

Mission d'enquête

La contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés de 3% sur les revenus distribués (dividendes)

NOVEMBRE 2017

Marie-Christine **LEPETIT**

Antoine **CHOUC**
Jérôme **GAZZANO**

IGF

INSPECTION GÉNÉRALE DES FINANCES



MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE
ET DES FINANCES

MINISTÈRE DE L'ACTION
ET DES COMPTES PUBLICS



RAPPORT

N° 2017-M-076

MISSION D'ENQUÊTE

LA CONTRIBUTION ADDITIONNELLE À L'IMPÔT SUR LES SOCIÉTÉS DE 3% SUR LES REVENUS DISTRIBUÉS (DIVIDENDES)

Établi par

Marie-Christine LEPETIT
Inspectrice générale des finances
Chef du Service de l'Inspection générale des finances

Antoine CHOUC
Inspecteur des finances

Jérôme GAZZANO
Inspecteur des finances

- NOVEMBRE 2017 -

PRÉAMBULE MÉTHODOLOGIQUE

Par lettre du 27 octobre 2017, faisant suite à l'annulation par le Conseil constitutionnel de la contribution additionnelle de 3 % au titre des montants distribués, les ministres de l'économie et des finances et de l'action et des comptes publics m'ont confié une mission visant à établir une chronique des étapes qui ont conduit à sa création puis à son maintien ainsi qu'à apprécier les analyses juridiques disponibles à chaque période depuis 2012 et la manière dont elles ont été intégrées dans le processus de décision. Sur cette base, la mission devait également chercher des propositions de mesures utiles à la prévention de tels risques d'annulation. Le rapport ci-après présente les conclusions de ce travail.

Les lecteurs doivent savoir que j'ai pu être influencée dans cette enquête par mes fonctions antérieures en qualité de directrice de la législation fiscale (de janvier 2004 à mars 2012) et que j'ai personnellement été partie prenante à la genèse du sujet, puisque j'avais sollicité au début de l'année 2012 l'autorisation d'ouvrir une consultation de place pour remplacer la retenue à la source sur les dividendes versés aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) non-résidents, dont l'annulation par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) paraissait certaine ; cela n'a pas été possible avant le changement de majorité. Cette situation a été discutée avec le déontologue de l'Inspection générale des finances (IGF) ; il a été convenu de renforcer les processus de relecture interne pour tenter de limiter les risques de biais d'analyse.

La mission qui m'était confiée présentait une deuxième difficulté : elle invitait à poser le regard sur la globalité de la chaîne de décision, administrative et politique, dans et hors des ministères financiers. Il n'était pas certain que cela soit possible dans le cadre d'une mission de l'IGF. Cette difficulté a été partiellement surmontée grâce à la méthode employée et à la disponibilité de toutes les personnes sollicitées. La méthode est usuelle. Elle a consisté à s'appuyer sur les écrits accessibles (dossiers législatifs et travaux parlementaires, documents budgétaires, notes administratives, mails dans la mesure du possible, articles de doctrine, pièces de procédures, décisions de justice et commentaires associés, etc.) et sur une pluralité d'entretiens tous azimuts, dans la limite autorisée par le délai imparti, qui était de deux semaines. Les sources sont précisées dans le rapport et la liste des personnes contactées figure en annexe.

Je souhaite à cet égard remercier l'ensemble des personnes contactées qui ont toutes répondu positivement et rapidement à ma sollicitation, manifestant par là un souci commun d'éclairer la situation et d'aider à sa non reproduction dans le futur. Ces remerciements vont en particulier aux personnalités politiques, à l'ancien directeur des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances, actuellement secrétaire général du Conseil constitutionnel, aux membres du Conseil d'État et aux personnes privées.

Le champ des documents collationnés et des personnes rencontrées permet de couvrir d'une manière raisonnablement large l'ensemble de la chaîne de production de la norme en cause, ainsi que le processus de son annulation. Trois limites doivent cependant être soulignées :

- ♦ la sphère de décision politique (Gouvernement et Parlement) a été analysée principalement par les entretiens avec les membres des cabinets ministériels qui sont intervenus dans le processus, les rapports et débats parlementaires, les déclarations faites à la presse. Eu égard aux rôles qu'ils avaient joués, deux entretiens avec des personnalités politiques, Christian Eckert et Gilles Carrez, ont été conduits ;
- ♦ les institutions européennes n'ont pas été rencontrées. Des éléments étaient disponibles dans les documents de la Commission et dans les diverses plaidoiries et décisions de la Cour de justice ;

- ♦ enfin, les délais ont conduit à circonscrire le nombre d'entretiens : il a fallu faire un choix parmi les nombreux avocats fiscalistes ou professeurs de droit fiscal qui sont intervenus dans les affaires jugées, dans les colloques ou dans les publications de doctrine. Le choix s'est porté sur ceux qui avaient porté les affaires principales. Il a fallu aussi arrêter les entretiens à l'approche de la date limite, quand bien même le processus des entretiens qui s'enchaînent aurait pu se poursuivre. Il me semble toutefois que ces différentes limitations ne sont pas de nature à entacher la validité des constats.

Une troisième difficulté tient à l'absence de procédure contradictoire. Dans toutes les situations de contrôle ou d'audit, les bonnes pratiques professionnelles appellent une contradiction des constats et propositions par les parties prenantes. L'enquête qui a été menée aurait utilement profité d'un échange sur son résultat, tant sur la lecture des faits que sur les suggestions qui sont formulées. Gageons que sa publication permettra un effet voisin.

SYNTHÈSE

Dans sa décision n° 2017-660 QPC du 6 octobre 2017, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions de l'article 235 ter ZCA du code général des impôts prévoyant une contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés (IS) au titre des montants distribués (dividendes). Cette annulation a eu un effet immédiat sur la globalité de la taxe depuis son origine. L'impact estimé sur les finances publiques de cette annulation est de 10 Md€, dont environ 1 Md€ d'intérêts moratoires.

Par lettre du 27 octobre 2017, le ministre de l'économie et des finances et le ministre de l'action et des comptes publics ont décidé d'une mission visant à établir une chronique des étapes qui ont conduit à sa création puis à son maintien ainsi qu'à apprécier les analyses juridiques disponibles à chaque période depuis 2012 et la manière dont elles ont été intégrées dans le processus de décision. Sur cette base, la mission devait également chercher des propositions de mesures utiles à la prévention de tels risques d'annulation.

Les conclusions de ce travail font apparaître le déroulé suivant :

La contribution additionnelle de 3 % sur les revenus distribués des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés a été initiée suite à l'annulation le 10 mai 2012 par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) de la retenue à la source (RAS) sur les revenus versés aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) non résidents (800 M€ annuels environ). Le maintien, au prix d'une complexité certaine, d'une forme de RAS est en effet rapidement abandonné au profit d'une taxation des revenus distribués des sociétés, qui incarne une orientation du Président de la République nouvellement élu. Un texte élaboré par l'administration fiscale, arbitré par le Gouvernement et validé juridiquement par le Conseil d'État est transmis pour examen au Parlement. Il prévoit un prélèvement de 3 %, sauf dans les cas où les dividendes sont versés à une entreprise détenant plus de 10 % des titres de la société distributrice¹. En raison de la clarification de sa jurisprudence par la CJUE intervenue le 17 mai 2017, ce texte, s'il avait été adopté par le Parlement, aurait été censuré.

Les organisations professionnelles consultées avaient fait valoir les difficultés juridiques et économiques du dispositif initial, qui présentait aussi l'inconvénient de faire dépendre l'impôt de la composition de l'actionnariat.

Un amendement adopté par le Parlement a modifié le champ des exemptions : le régime mère-fille est abandonné. Sont désormais exonérés les dividendes circulant à l'intérieur d'un groupe intégré. Cet amendement a été élaboré par les services de l'Assemblée nationale et relu par la direction de la législation fiscale. La discussion parlementaire n'a pas mis en lumière les enjeux juridiques, économiques et budgétaires de ce changement.

Il est notable que la consultation sur le texte initial a été brève et limitée (pas d'association des juristes privés non plus que des autres directions d'administration centrale). Elle a été inexistante sur l'amendement. L'adoption de ce dernier a été soudaine.

En toutes hypothèses, à l'été 2012, il n'était pas possible d'anticiper la nature des risques juridiques apparus ultérieurement.

L'article d'octobre 2012 publié dans la Revue de droit fiscal n° 40, du 4 octobre 2012, s'il apparaît clairvoyant en 2017, demeure un avis isolé qui ne suffit pas à provoquer une alerte contentieuse. L'EU Pilot diligenté à l'automne 2013 par la Commission européenne n'en provoque pas davantage.

¹ Règle du régime « mère-fille » européen qui permet d'éviter l'imposition en cascade.

L'année 2015 marque un tournant décisif dans l'histoire de la taxe de 3 %. C'est en effet à partir de cette année qu'apparaissent des signes d'une perception élargie de la fragilité juridique de la taxe.

Sur le terrain communautaire, la CJUE est saisie en janvier d'une question préjudicielle par la Cour constitutionnelle belge sur la *fairness tax* qui, sans être semblable, présente des similitudes avec la taxe de 3 %. La France est intervenue dans cette affaire au soutien du Gouvernement belge. La France est mise en demeure sur la taxe de 3 % par la Commission européenne en février, cette dernière en informant les cabinets d'avocats.

Divers colloques (celui de l'institut des avocats conseils fiscaux, IACF, en juin et celui de l'*international fiscal association*, IFA, en octobre) consacrent la nature et l'intensité des questionnements, notamment autour des articles 4 et 5 de la directive mère-fille.

De son côté, le Gouvernement, informé par l'administration de cette situation, maintient la taxe inchangée du fait des incertitudes juridiques pesant sur l'interprétation de la directive, perçues comme grandes, et bloquantes pour construire une position de repli solide. De plus, ce n'est qu'à la toute fin d'année que sont déposés l'essentiel des contentieux². Une confusion dans les propos du secrétaire d'État devant le Sénat le 23 novembre a pu conduire certains avocats à précipiter le dépôt de ces contentieux – mais ils auraient été déposés en toutes hypothèses du fait du caractère connu des fragilités juridiques et des délais de prescription.

L'année 2016 présente une continuité de conduite de l'action publique : l'issue incertaine du contentieux rend difficile des aménagements ciblés et l'hypothèse d'un abandon complet n'étant pas envisagée compte tenu des enjeux financiers et du sens politique de cette taxe (taxation des dividendes). Seule l'inconstitutionnalité de l'exonération des distributions entre sociétés intégrées fiscalement (question prioritaire de constitutionnalité – QPC – du 30 septembre 2016) est corrigée (article 31 de la loi de finances rectificative).

La circonstance que les risques juridiques (discrimination à rebours vis-à-vis des nationaux en l'occurrence) se trouvent accrus du fait de la décision Metro Holding du Conseil constitutionnel du 3 février 2016 ne modifie pas le raisonnement. Dès lors que personne n'imagine à l'époque une possible censure complète de la taxe, il est rationnel de continuer à appliquer la stratégie de 2015 : en l'absence de clarté sur le résultat et surtout le détail de possibles décisions de justice, il y a lieu d'attendre.

Ce choix est fait par les autorités politiques en connaissance de cause. L'administration a informé les autorités ministérielles, sans être contredite auprès de celles-ci par des sollicitations des avocats ou représentants patronaux. Lorsque le texte initial du projet de loi de finances rectificative (PLFR) est examiné, sans encombre, par le Conseil d'État (CE), il est parfaitement clair que cette correction est effectuée à titre conservatoire en attendant la réponse à la question préjudicielle transmise par le CE à la CJUE le 27 juin. C'est également clair lors des débats au Parlement.

Il n'est cependant pas satisfaisant que la décision concernant la *fairness tax* belge (mi-novembre) n'ait pas été repérée comme un signal d'alerte dans le processus d'élaboration du PLFR : ni au sein de l'administration fiscale qui continuait de penser que le parallèle n'était pas pertinent, ni à l'occasion des débats au Parlement.

La mission a par ailleurs noté un manque de hiérarchisation dans le suivi des contentieux communautaires et un lien insuffisant avec la procédure budgétaire (retard dans la communication de la décision de la CJUE de statuer sans audience).

Cependant, ces deux décisions eussent-elles été connues que la situation n'aurait pas été significativement modifiée (intérêts moratoires moins élevés) : il était très tard pour modifier la taxe.

² Au cours du mois de décembre 2015, 429 réclamations sont déposées pour un montant total de 2,4 Md€. En cumulé, les réclamations déposées jusqu'au mois de décembre 2015 ne représentaient que 533 M€.

Après une tentative infructueuse d'ouverture d'une procédure orale début 2017, la France se voit condamnée par la CJUE le 17 mai 2017. Cette décision constitue aux yeux de l'administration fiscale et d'une partie des avocats fiscalistes une évolution jurisprudentielle, à tout le moins une clarification jurisprudentielle, de la part de la CJUE.

Dans le projet de loi de finances préparé pendant l'été 2017, la taxe est supprimée à compter de 2018 mais pas rétroactivement. Le calcul des sommes susceptibles d'être remboursées au titre des contentieux montre d'ailleurs que les services de Bercy pensent que la taxe, si elle devait être censurée par le Conseil d'État ou le Conseil constitutionnel (plusieurs procédures en cours), le serait partiellement selon des règles complexes obligeant, pour des raisons de gestion, à lisser les dégrèvements dans le temps. Il y a sur ce point une continuité.

L'annulation complète de la taxe par le Conseil constitutionnel en octobre constitue une deuxième mauvaise nouvelle jurisprudentielle, qui est allée au-delà de ce que l'administration et la doctrine anticipaient de l'application de la discrimination à rebours initiée dans le contentieux Metro Holding de février 2016. Les enjeux financiers n'ont pas interféré dans cette décision.

Autant les administrations et les autorités politiques savaient à l'été que la taxe était partiellement condamnée pour le passé, autant la portée de la décision du Conseil constitutionnel a surpris.

*

Au total, la situation analysée ne trouve pas sa source principale dans des défaillances touchant à l'organisation des processus ou à leur mise en œuvre, non plus que dans les motivations des différentes autorités politiques qui ont pris les décisions. S'il y a eu ici ou là des anicroches, le déroulé se comprend (aller au bout d'un contentieux dont on ne connaît pas l'issue) et s'appuie sur des fondements politiques qui auraient pu être différents mais qui sont affichés, clairs et assumés (taxer les dividendes, s'attacher à tenir la trajectoire des finances publiques). Le rapport formule différentes propositions pour améliorer les processus, en particulier en invitant à revisiter certains aspects de l'organisation des services, pour mettre en place une pratique de maîtrise des risques avec un audit régulier du suivi des contentieux en cours, pour renforcer les moyens comptables et financiers d'en suivre les enjeux et de permettre au Parlement d'exercer son contrôle.

Les causes sont ailleurs : pour partie dans un concours de circonstances extraordinaire, pour partie dans la chronique ordinaire des défauts français d'élaboration de la norme, pour partie dans des défauts systémiques d'ordre politique ou institutionnel.

Le concours de circonstances extraordinaire tient à la survenance concomitante sur le sujet de deux nouveautés jurisprudentielles : la lecture de l'article 4 de la directive mère-fille par la CJUE à partir de son objectif plutôt que de sa lettre, le constat d'une discrimination à rebours anticonstitutionnelle. Les effets ont été amplifiés par le choix du Conseil constitutionnel d'en tirer directement et immédiatement toutes les conséquences en annulant la taxe dans sa totalité depuis l'origine.

La taxe de 3 % sur les dividendes illustre de manière spectaculaire les difficultés d'élaboration de la norme fiscale (qui repose exclusivement sur la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution). La construction trop rapide, dans l'entre-soi, instable de cette norme a conduit à un gâchis pour les entreprises et une impasse budgétaire massive et a rendu difficile la tenue des engagements politiques pris devant les Français et vis-à-vis de nos partenaires européens. Les responsabilités sont plurielles, dans les sphères administratives, gouvernementales, parlementaires et chez les représentants d'intérêts. Le rapport invite à s'emparer de cette question qui dépasse le cas d'espèce analysé. Il serait utile de se donner davantage de temps pour préparer la loi, pour évaluer ses effets espérés, pour consulter largement, de manière transparente et dans un esprit d'écoute, à la fois au stade des textes initiaux et à celui des amendements. Ceci suppose des changements parfois constitutionnels ou relevant des Assemblées. Ceci suppose aussi de perdre de mauvaises habitudes : perfectionnisme des administrations, activisme des parties prenantes et recours excessif à la loi par les politiques.

La situation révèle enfin des questions politiques et institutionnelles : la combinaison des règles européennes et des règles constitutionnelles paraît rétrécir la souveraineté fiscale. La sécurité juridique est fragilisée. Trois axes de réflexion sont proposés :

- ◆ dresser un inventaire des conséquences potentielles sur notre système fiscal des effets des jurisprudences de la CJUE et du Conseil constitutionnel. Non pas en inventoriant les risques contentieux existants mais en s'efforçant de comprendre les logiques à l'œuvre et les nouvelles barrières qu'elles pourraient provoquer. Il s'agira par exemple de savoir, à l'avenir, s'il est possible de taxer différemment les revenus distribués des revenus réinvestis ;
- ◆ à partir des limites déjà connues et du résultat de cet inventaire, s'attacher à restaurer, y compris en envisageant la modification de textes institutionnels, les marges de manœuvre dont la perte ou l'absence choque. Ainsi doit-on se satisfaire de la quasi-impossibilité de considérer comme objectif d'intérêt général la finalité budgétaire alors qu'elle constitue par nature l'objectif premier de l'impôt ? De la même manière, le caractère extensif de la liberté de circulation des capitaux pourrait être questionné avec nos partenaires européens, spécialement dans le contexte de lutte contre les paradis fiscaux car il entraîne de fortes limitations au pouvoir d'imposer les flux financiers ;
- ◆ accroître la sécurisation juridique de notre système juridique auprès des autorités européennes d'une part, au regard du droit constitutionnel d'autre part. À l'instar de ce qui se pratique en matière d'aides d'État, la France pourrait développer l'interrogation de la Commission européenne sur des projets de texte dont elle n'est pas sûre de la compatibilité avec le droit européen. En interne, *a minima*, le Gouvernement pourrait plus souvent demander au Conseil constitutionnel avant sa publication la validation explicite de telle ou telle disposition législative.

SOMMAIRE

1. UN ENCHAÎNEMENT DE JURISPRUDENCES DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE ET DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL A CONDUIT À L'INVALIDATION TOTALE DE LA CONTRIBUTION ADDITIONNELLE DE 3 %.....	1
1.1. La contribution de 3 % sur les dividendes était une contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés.....	1
1.2. Selon l'arrêt du 17 mai 2017 de la CJUE, la contribution additionnelle appliquée à la redistribution des dividendes issus de filiales européennes non-françaises est contraire à l'article 4 de la directive mère-fille	3
1.3. Le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution le premier alinéa de l'article 235 ter ZCA du code général des impôts, censurant ainsi l'intégralité de la contribution additionnelle	5
1.4. L'inconstitutionnalité de la contribution additionnelle découlait de l'inconventionnalité précédemment jugée par la CJUE	6
2. SI LA CONTRIBUTION ADDITIONNELLE DE 3 % A ÉTÉ CRÉÉE EN 2012 DANS UN CONTEXTE JURIDIQUE QUI NE PERMETTAIT PAS D'ANTICIPER LA DÉCISION DE LA CJUE DE 2017, LE RISQUE DE CONTRARIÉTÉ AU DROIT DE L'UE APPARAÎT SÉRIEUX EN 2015 MAIS UNE MISE EN CONFORMITÉ SE RÉVÈLE TECHNIQUEMENT DÉLICATE	7
2.1. En 2012, au moment de la mise en place du dispositif, dans un délai court, le point de droit <i>in fine</i> invalidé par la Cour de justice de l'Union européenne ne pouvait pas être anticipé.....	7
2.1.1. <i>Les services des ministères économiques et financiers se sont attachés à construire un dispositif conforme au droit de l'Union européenne, sans identifier le risque relatif à l'article 4 de la directive mère-fille.....</i>	<i>7</i>
2.1.2. <i>Le projet de loi a suivi un circuit classique de validation par les cabinets ministériels, le Secrétariat général du Gouvernement et le Conseil d'État, sans qu'aucune difficulté liée à l'article 4 de la directive mère-fille ne soit relevée.....</i>	<i>12</i>
2.1.3. <i>L'administration a mené des consultations avec les entreprises et a par la suite proposé des adaptations du dispositif, sans pour autant le sécuriser au regard de l'article 4 de la directive mère-fille</i>	<i>12</i>
2.1.4. <i>Les enjeux juridiques du dispositif ont été abordés dans les débats parlementaires, mais les amendements apportés au texte initial ne le protégeaient pas du point de droit <i>in fine</i> soulevé par la CJUE.....</i>	<i>13</i>
2.1.5. <i>En 2012, le risque juridique lié à l'article 4 de la directive mère-fille ne pouvait pas être anticipé.....</i>	<i>17</i>
2.2. La multiplication des alertes en 2014 et 2015 aurait théoriquement pu entraîner une mise en conformité de la contribution additionnelle en anticipation du contentieux, mais celle-ci était gênée par des griefs contradictoires.....	21
2.2.1. <i>La Commission européenne a questionné à deux reprises, en 2013 et 2015, la conformité de la contribution additionnelle au droit européen.....</i>	<i>21</i>
2.2.2. <i>La Cour de justice de l'Union européenne est saisie en janvier 2015 d'un contentieux sur la fairness tax belge, comparable à la contribution additionnelle.....</i>	<i>23</i>

2.2.3.	<i>Les débats de doctrine mettaient de plus en plus clairement en évidence les fragilités juridiques de la contribution additionnelle.....</i>	25
2.2.4.	<i>Les réclamations des entreprises ont très fortement augmenté à partir de la fin de l'année 2015.....</i>	27
2.2.5.	<i>La mise en conformité du dispositif au regard de l'article 4 de la directive mère-fille se heurtait à des difficultés techniques.....</i>	30
2.3.	À la fin de l'année 2016, le dispositif a été adapté sans pouvoir prendre en compte la construction concomitante de sa jurisprudence par la Cour de justice de l'Union européenne.....	32
2.3.1.	<i>Une première décision du Conseil constitutionnel a invalidé une partie du dispositif, sur un point de droit distinct de celui invoqué par la suite par la Cour de justice de l'Union européenne.....</i>	32
2.3.2.	<i>En décembre 2016, la réforme du dispositif ne pouvait pas intégrer la construction concomitante de sa jurisprudence par la CJUE.....</i>	33
2.4.	L'enchaînement des jurisprudences européennes et constitutionnelles est allé au-delà de ce que l'administration et la doctrine anticipaient.....	36
2.4.1.	<i>La décision de la Cour de justice de l'Union européenne a invalidé une partie du dispositif, sans surprise au regard des conclusions de l'avocate générale.....</i>	36
2.4.2.	<i>L'ampleur de la décision du 6 octobre 2017 du Conseil constitutionnel a surpris.....</i>	37
3.	PROPOSITIONS.....	40
3.1.	Engager un inventaire des conséquences potentielles sur notre système fiscal des effets des jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil constitutionnel.....	40
3.2.	Renforcer la sécurité juridique par des évolutions des pratiques et des règles d'élaboration de la loi fiscale.....	42
3.2.1.	<i>Plus anticiper l'élaboration des nouveaux dispositifs fiscaux et systématiser une phase de consultation ouverte.....</i>	42
3.2.2.	<i>Développer une procédure de consultation en amont de la Commission européenne sur les nouveaux dispositifs fiscaux à enjeux.....</i>	43
3.2.3.	<i>Instaurer une procédure de consultation du Conseil d'État sur les amendements en matière fiscale à fort impact budgétaire.....</i>	43
3.2.4.	<i>Développer l'utilisation du contrôle de constitutionnalité a priori.....</i>	44
3.3.	Améliorer le suivi et la gestion des contentieux en matière fiscale.....	45
3.3.1.	<i>Prévoir une revue annuelle des risques juridiques et budgétaires associés aux contentieux fiscaux et mieux informer le Parlement.....</i>	45
3.3.2.	<i>Évaluer l'organisation administrative pour la gestion des contentieux fiscaux.....</i>	45
3.3.3.	<i>La prise en compte des enjeux budgétaires par le Conseil constitutionnel et la CJUE.....</i>	46

1. Un enchaînement de jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil constitutionnel a conduit à l'invalidation totale de la contribution additionnelle de 3 %

1.1. La contribution de 3 % sur les dividendes était une contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés

La contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés au titre des montants distribués est définie à l'article 235 ter ZCA du code général des impôts. Elle a été introduite par l'article 6 de la loi n° 2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificatives pour 2012.

Les personnes assujetties à la contribution additionnelle sont les sociétés et organismes, français ou étrangers, passibles de l'impôt sur les sociétés en France. Sont exclus du dispositif les organismes de placement collectif, les petites et moyennes entreprises ainsi que les très petites entreprises.

La contribution additionnelle s'élève à 3 % des montants que les sociétés ou organismes distribuent, au sens des articles 109 à 117 du code général des impôts. Ces articles du code général des impôts définissent la méthode de calcul des revenus distribués. Notamment, selon l'article 109 du code général des impôts : « *Sont considérés comme revenus distribués : 1° Tous les bénéfices ou produits qui ne sont pas mis en réserve ou incorporés au capital ; 2° Toutes les sommes ou valeurs mises à la disposition des associés, actionnaires ou porteurs de parts et non prélevées sur les bénéfices* ».

L'article 235 ter ZCA du code général des impôts définit quatre cas pour lesquels la contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés n'est pas applicable :

- ◆ les distributions réalisées :
 - entre sociétés qui remplissent les conditions leur permettant de constituer un groupe fiscalement intégré au sens de l'article 223 A du code général des impôts (notamment, la société mère détient au minimum 95 % du capital de la filiale) et entre membres d'un groupe d'établissements publics industriels et commerciaux fiscalement intégré ;
 - aux sociétés qui pourraient remplir les conditions permettant de constituer un groupe fiscalement intégré et qui sont soumises à un impôt équivalent à l'impôt sur les sociétés, dans un État membre de l'Union européenne ou dans un autre État ayant conclu avec la France une convention fiscale ;
- ◆ les distributions entre sociétés d'un même groupe bancaire mutualiste ;
- ◆ les distributions réalisées par les sociétés d'investissement immobilier cotées ;
- ◆ les distributions payées en actions et en certificats coopératifs d'investissement ou d'associés.

Concernant le premier cas, l'exonération prévue au a) du 1° du I de l'article 235 ter ZCA pour les groupes fiscalement intégrés ne s'applique pas pour les distributions effectuées par une société du groupe vers une société qui n'en fait pas partie, selon les dispositions du bulletin officiel des finances publiques³. Par extension, il est possible d'en déduire que la même règle s'applique aux sociétés susceptibles de bénéficier du régime de groupe intégré fiscalement.

³ Page « IS - Contribution additionnelle à l'IS au titre des montants distribués » du bulletin officiel des finances publiques-Impôts consulté à la date du 31 octobre 2017 : « *Les distributions effectuées à l'extérieur du périmètre d'intégration fiscale, par une société membre du groupe au profit d'une société non membre du groupe, ne peuvent bénéficier de l'exonération prévue au 1° du I de l'article 235 ter ZCA du CGI. Il en va de même pour les distributions réalisées par une société non membre du groupe au profit d'une société membre du groupe.* »

Encadré 1 : Contribution additionnelle de 3 % définie à l'article 235 ter ZCA du code général des impôts

I. – Les sociétés ou organismes français ou étrangers passibles de l'impôt sur les sociétés en France, à l'exclusion des organismes de placement collectif mentionnés au II de l'article L. 214-1 du code monétaire et financier ainsi que de ceux qui satisfont à la définition des micro, petites et moyennes entreprises donnée à l'annexe I au règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité sont assujettis à une contribution additionnelle à cet impôt au titre des montants qu'ils distribuent au sens des articles 109 à 117 du présent code.

La contribution est égale à 3 % des montants distribués. Toutefois, elle n'est pas applicable :

1° Aux montants distribués :

a) Entre sociétés qui remplissent soit les conditions fixées aux premier, deuxième, quatrième ou avant-dernier alinéas et au dernier alinéa du I de l'article 223 A, soit les conditions fixées au I de l'article 223 A bis du présent code pour être membres d'un même groupe ;

b) À des sociétés soumises à un impôt équivalent à l'impôt sur les sociétés dans un État membre de l'Union européenne ou dans un autre État ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales qui, si elles étaient établies en France, rempliraient avec la société distributrice les conditions mentionnées au a, le cas échéant par l'intermédiaire de sociétés qui, si elles étaient établies en France, rempliraient ces conditions.

Les a et b s'apprécient à la date de la mise en paiement des montants distribués.

Le b n'est pas applicable aux montants distribués à une société établie dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A, sauf si la société distributrice apporte la preuve que les opérations de la société établie dans cet État ou territoire correspondent à des opérations réelles qui n'ont ni pour objet ni pour effet de permettre, dans un but de fraude fiscale, la localisation de bénéfices dans un État ou territoire non coopératif ;

2° Aux montants distribués aux entités mentionnées au 2° du 6 de l'article 206 par des entités affiliées à un même organe central au sens de l'article L. 511-31 du code monétaire et financier ou aux montants distribués, directement ou indirectement, aux caisses locales, départementales ou interdépartementales mentionnées au cinquième alinéa du I de l'article 223 A du présent code et rattachées au même organe central au sens de l'article L. 511-31 précité par des entités que ces caisses contrôlent conjointement, directement ou indirectement, à plus de 95 % ;

3° Aux montants distribués par les sociétés ayant opté pour le régime prévu à l'article 208 C à des sociétés ayant opté pour le même régime et détenant la société distributrice dans les conditions prévues au premier alinéa du II ou au III bis de ce même article ainsi qu'aux montants distribués par ces sociétés pour satisfaire à leurs obligations de distribution mentionnées aux deuxième à quatrième alinéas du II dudit article ;

4° Aux distributions payées en actions en application de l'article L. 232-18 du code de commerce ou en certificats coopératifs d'investissement ou d'associés en application de l'article 19 viciés de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, à la condition qu'il ne soit pas procédé à un rachat de titres en vue d'une réduction de capital en application de l'article L. 225-207 du code de commerce ou du second alinéa de l'article 19 *sexdecies* de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 précitée dans le délai d'un an suivant la distribution. En cas de non-respect de ce délai, la société distributrice est tenue de verser une somme égale au montant de la contribution dont elle a été exonérée, majorée de l'intérêt de retard prévu à l'article 1727 du présent code. Ce versement est payé spontanément lors du premier versement d'acompte d'impôt sur les sociétés suivant le mois au cours duquel il est procédé au rachat de titres.

Pour les bénéfices réalisés en France par les sociétés étrangères et réputés distribués en application du 1 de l'article 115 *quinquies*, la contribution est assise sur les montants qui cessent d'être à la disposition de l'exploitation française.

II. – Les crédits d'impôt de toute nature ainsi que la créance mentionnée à l'article 220 *quinquies* ne sont pas imputables sur la contribution.

III. – La contribution est établie, contrôlée et recouvrée comme l'impôt sur les sociétés et sous les mêmes garanties et sanctions.

Elle est payée spontanément lors du premier versement d'acompte d'impôt sur les sociétés suivant le mois de la mise en paiement de la distribution.

Pour l'application du deuxième alinéa du présent III, les sommes réputées distribuées au titre d'un exercice au sens des articles 109 à 117 sont considérées comme mises en paiement à la clôture de cet exercice.

Source : Article 235 ter ZCA du code des impôts, version modifiée par la loi n° 2016 1918 du 29 décembre 2016.

1.2. Selon l'arrêt du 17 mai 2017 de la CJUE, la contribution additionnelle appliquée à la redistribution des dividendes issus de filiales européennes non-françaises est contraire à l'article 4 de la directive mère-fille

Le 17 mai 2017, la CJUE a rendu un arrêt⁴ en réponse à une question préjudicielle posée par le Conseil État. Elle a jugé que la contribution additionnelle de 3 % était contraire à l'article 4 de la directive mère-fille.

Les règles encadrant la distribution de bénéfices entre sociétés mères et filiales, lorsqu'elles sont situées dans des États membres différents, sont fixées par la directive n° 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 « *concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents* »⁵. L'article 4 de la directive encadre l'imposition des bénéfices distribués par une filiale à une société mère, dans le cadre d'une relation mère-fille dont les sociétés sont situées dans plus d'un État membre. Dans son arrêt du 17 mai 2017, la CJUE a ainsi interprété l'objectif de cet article : « *l'article 4 de cette directive vise à éviter que les bénéfices distribués à une société mère résidente par une filiale non-résidente soient imposés, dans un premier temps, dans le chef de la filiale dans son État de résidence et, dans un second temps, dans celui de la société mère dans son État de résidence.* »

Conformément au 3 de l'article 4, un plafond de 5 % est prévu pour la non-déduction du bénéfice de la société filiale dans le bénéfice imposé de la société mère, au titre des frais de gestion se rapportant à la participation. La CJUE a considéré dans sa décision du 17 mai 2017 que la contribution additionnelle soumettait les bénéfices d'une filiale redistribués par sa société mère à un niveau d'imposition dépassant ce plafond.

Elle juge dès lors que « *l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive mères-filiales doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une mesure fiscale prévue par l'État membre d'une société mère, telle que celle en cause au principal, prévoyant la perception d'un impôt à l'occasion de la distribution des dividendes par la société mère et dont l'assiette est constituée par les montants des dividendes distribués, y compris ceux provenant des filiales non-résidentes de cette société.* »

Encadré 2 : Article 4 de la directive mère-fille

1. Lorsqu'une société mère ou son établissement stable perçoit, au titre de l'association entre la société mère et sa filiale, des bénéfices distribués autrement qu'à l'occasion de la liquidation de cette dernière, l'État membre de la société mère et l'État membre de son établissement stable :

a) soit s'abstiennent d'imposer ces bénéfices ;

b) soit les imposent tout en autorisant la société mère et l'établissement stable à déduire du montant de leur impôt la fraction de l'impôt sur les sociétés afférente à ces bénéfices et acquittée par la filiale et toute sous-filiale, à condition qu'à chaque niveau la société et sa sous-filiale relèvent des définitions de l'article 2 et respectent les exigences prévues à l'article 3, dans la limite du montant dû de l'impôt correspondant.

[...]

3. Tout État membre garde la faculté de prévoir que des charges se rapportant à la participation et des moins-values résultant de la distribution des bénéfices de la société filiale ne sont pas déductibles du bénéfice imposable de la société mère.

Si, dans ce cas, les frais de gestion se rapportant à la participation sont fixés forfaitairement, le montant forfaitaire ne peut excéder 5 % des bénéfices distribués par la société filiale.

4. Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent jusqu'à la date de mise en place effective d'un système commun d'imposition des sociétés. [...]

Source : Directive n° 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011.

⁴ CJUE, 1ère chambre, 17 mai 2017, affaire C-365/16.

⁵ Cette directive remplace la directive n° 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990. Elle a été modifiée pour la dernière fois par la directive n° 2015/121/UE du Conseil du 27 janvier 2015.

Rapport

La CJUE appuie son interprétation de l'article 4 sur les considérants de la directive : « *la directive mères-filiales poursuivant, conformément à son considérant 3, l'objectif d'éliminer la double imposition des bénéfices distribués par une filiale à sa société mère au niveau de la société mère, une imposition de ces bénéfices par l'État membre de la société mère dans le chef de cette société lors de la redistribution de ces derniers, qui aurait pour effet de soumettre lesdits bénéfices à une imposition dépassant le plafond de 5 % prévu à l'article 4, paragraphe 3, de cette directive, entraînerait une double imposition au niveau de ladite société contraire à ladite directive.* »

Le considérant 7 de la directive prévoit que, dans le cadre d'une relation mère-fille dont les sociétés sont situées dans plus d'un État membre, la société mère ne peut être imposée sur les bénéfices distribués par sa filiale ou, si elle est imposée, elle doit pouvoir déduire l'imposition de ces bénéfices du montant de son impôt. Les considérants 9 et 11 de la directive précisent ensuite l'application de ce principe aux distributions réalisées par la société mère et au cas des groupes organisés en chaînes de sociétés.

Encadré 3 : Considérants de la directive mère-fille

[3] L'objectif de la présente directive est d'exonérer de retenue à la source les dividendes et autres bénéfices distribués par des filiales à leur société mère, et d'éliminer la double imposition de ces revenus au niveau de la société mère.

[7] Lorsqu'une société mère reçoit, à titre d'associée de sa société filiale, des bénéfices distribués, l'État membre de la société mère doit ou bien s'abstenir d'imposer ces bénéfices, ou bien les imposer, tout en autorisant cette société à déduire du montant de son impôt la fraction de l'impôt de la filiale afférente à ces bénéfices.

[9] Les distributions de bénéfices à un établissement stable de la société mère, et leur réception par celui-ci, devraient donner lieu au même traitement que celui qui s'applique entre une filiale et sa société mère. Cela devrait inclure les cas où une société mère et sa filiale se situent dans le même État membre et l'établissement stable se situe dans un autre État membre. Par ailleurs, il apparaît que les cas où l'établissement stable et la filiale se situent dans le même État membre peuvent, sans préjudice de l'application des principes du traité, être traités par l'État membre concerné sur la base de son droit national.

[11] Lorsque les groupes sont organisés en chaînes de sociétés et lorsque les bénéfices sont distribués à la société mère par le canal de sa chaîne de filiales, la double imposition devrait être éliminée par exonération ou par crédit d'impôt. Dans le cas du crédit d'impôt, la société mère devrait donc pouvoir déduire tout impôt payé par n'importe laquelle des filiales de la chaîne, pour autant que les conditions imposées par la présente directive soient remplies.

Source : Directive n° 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011.

Dans sa décision n° 399757 du 7 juillet 2017, le Conseil d'État tire les conséquences de l'arrêt de la CJUE : « *la Cour a jugé [...] que la contribution prévue à l'article 235 ter ZCA du code général des impôts ne pouvait être appliquée aux bénéfices redistribués par une société mère en provenance d'une filiale établie dans l'Union européenne relevant du régime mère-fille au sens de la directive du 30 novembre 2011. Elle n'a, en revanche, pas entendu juger que cette taxe ne pouvait être appliquée aux bénéfices redistribués par cette société mère en provenance d'une filiale résidente de France ou d'un État tiers à l'Union européenne.* »

Est dès lors contraire au droit de l'Union européenne, du fait de l'arrêt du 17 mai 2017 de la CJUE, l'application de la contribution additionnelle aux dividendes redistribués par une société mère, lorsque ceux-ci proviennent d'une distribution de dividendes par une filiale européenne non soumise à l'impôt sur les sociétés en France.

1.3. Le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution le premier alinéa de l'article 235 ter ZCA du code général des impôts, censurant ainsi l'intégralité de la contribution additionnelle

Par une décision n° 2017-660 QPC du 6 octobre 2017, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la question prioritaire de constitutionnalité issue du renvoi par le Conseil d'État, décidé dans sa décision n° 399757 du 7 juillet 2017.

Le deuxième alinéa de la décision du Conseil constitutionnel vise deux griefs présentés par les requérants :

- ♦ *« une différence de traitement injustifiée entre les redistributions de dividendes provenant de filiales selon que ces dernières sont établies dans un État membre de l'Union européenne, auquel cas elles sont exonérées de la contribution, ou qu'elles sont établies en France ou dans un État tiers, auquel cas elles y sont soumises » ;*
- ♦ *« une différence de traitement injustifiée entre les sociétés redistribuant des dividendes reçus de leurs filiales établies dans des États membres de l'Union européenne et celles distribuant des dividendes prélevés sur leur propre profit d'exploitation ».*

Au septième paragraphe de sa décision, le Conseil constitutionnel juge que le dispositif de contribution additionnelle sur les dividendes, tel qu'il existe après la décision de la CJUE, crée une différence de traitement entre les sociétés mères, en fonction du pays d'établissement de leurs filiales : *« il résulte ainsi des dispositions contestées une différence de traitement entre les sociétés mères, selon que les dividendes qu'elles redistribuent proviennent ou non de filiales établies dans un État membre de l'Union européenne autre que la France. Or, ces sociétés se trouvent dans la même situation au regard de l'objet de la contribution, qui consiste à imposer tous les montants distribués, indépendamment de leur localisation d'origine et y compris ceux relevant du régime mère-fille issu du droit de l'Union européenne ».*

Jugeant que le législateur n'a pas poursuivi une *« raison d'intérêt général de nature à justifier la différence de traitement instituée entre les sociétés mères qui redistribuent des dividendes provenant d'une filiale établie dans État membre de l'Union et celles qui redistribuent des dividendes provenant d'une filiale établie en France ou dans un État tiers à l'Union européenne »*, le Conseil constitutionnel a déclaré le premier alinéa du paragraphe I de l'article 235 ter ZCA du code général des impôts contraire à la Constitution.

Ce premier alinéa de l'article 235 ter ZCA⁶ définit à la fois les sociétés redevables et l'assiette de la contribution additionnelle. **La déclaration d'inconstitutionnalité emporte dès lors l'ensemble du dispositif.** Les effets de cette déclaration d'inconstitutionnalité n'ont pas été reportés dans le temps.

Dans sa décision comme dans son commentaire, le Conseil constitutionnel se fonde sur le premier grief visé au deuxième paragraphe de sa décision, c'est-à-dire sur la différence de traitement liée au pays d'établissement de la filiale. La différence de traitement liée à la nature du dividende redistribué par la société mère (*« dividendes reçus de leurs filiales »* et *« dividendes prélevés sur leur propre profit d'exploitation »*) n'est pas mentionnée au-delà de la mention initiale des griefs présentés par les requérants.

⁶ « Les sociétés ou organismes français ou étrangers passibles de l'impôt sur les sociétés en France, à l'exclusion des organismes de placement collectif mentionnés au II de l'article L. 214-1 du code monétaire et financier ainsi que de ceux qui satisfont à la définition des micro, petites et moyennes entreprises donnée à l'annexe I au règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité sont assujettis à une contribution additionnelle à cet impôt au titre des montants qu'ils distribuent au sens des articles 109 à 117 du présent code. »

1.4. L'inconstitutionnalité de la contribution additionnelle découlait de l'inconventionnalité précédemment jugée par la CJUE

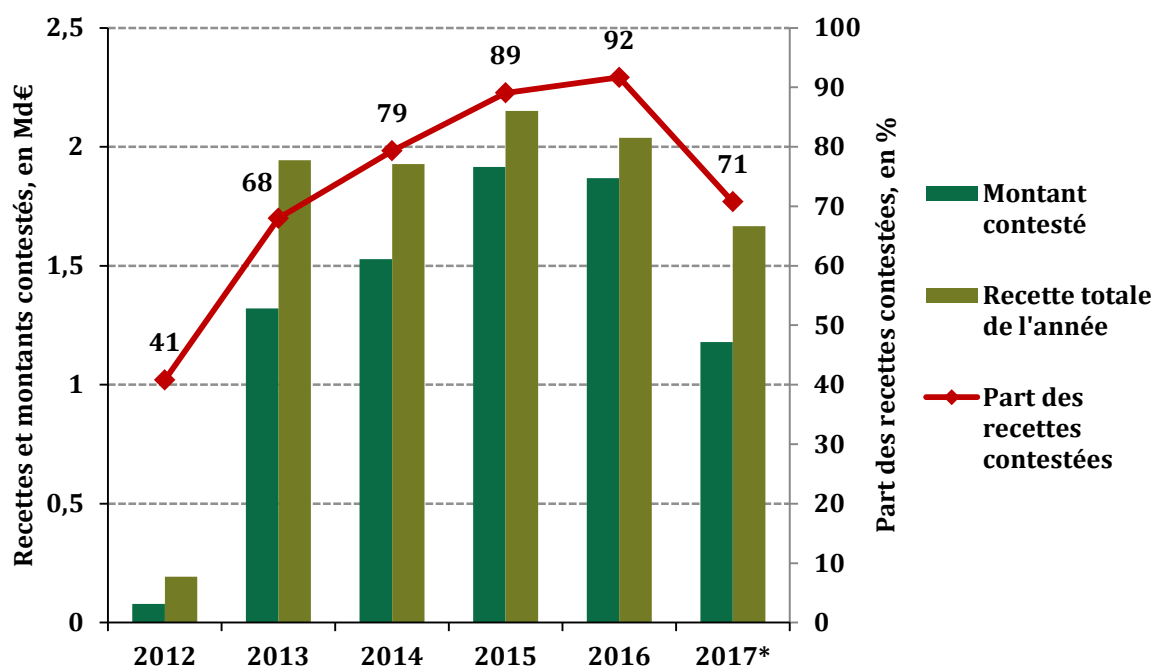
La contribution additionnelle sur l'impôt sur les sociétés au titre des montants distribués a été déclarée successivement :

- ♦ **inconventionnelle** en ce qu'elle constituait une double imposition des bénéfices distribués par une filiale européenne non soumise à l'impôt sur les sociétés en France à sa société mère redistribués par cette-dernière, ce qui est jugé contraire à l'article 4 de la directive mère-fille ;
- ♦ **inconstitutionnelle** en ce que l'inconventionnalité entraînait une différence de traitement entre les redistributions de dividendes provenant de filiales selon que ces dernières sont établies dans un État membre de l'Union européenne ou qu'elles sont établies en France ou dans un État tiers.

C'est à la lumière de ces deux invalidations, par le juge européen et par le juge constitutionnel, que les développements *infra* décrivent les analyses juridiques réalisées et l'information portée à la connaissance des différents acteurs.

Au 30 septembre 2017, 7,9 Md€ étaient contestés sur une recette de 9,9 Md€, soit près de 80 %. À ces sommes s'ajoutent les intérêts moratoires⁷.

Graphique 1 : Part de recettes contestées, par année, au 30 septembre 2017



Source : Service juridique de la fiscalité, Sous-direction du contentieux des impôts des professionnels, bureau JF-2A.

* Année 2017 : jusqu'au 30 septembre.

⁷ Dont l'ordre de grandeur à date serait d'environ un milliard d'euros. Le chiffre précis est dépendant de l'échéancier des remboursements.

2. Si la contribution additionnelle de 3 % a été créée en 2012 dans un contexte juridique qui ne permettait pas d'anticiper la décision de la CJUE de 2017, le risque de contrariété au droit de l'UE apparaît sérieux en 2015 mais une mise en conformité se révèle techniquement délicate

2.1. En 2012, au moment de la mise en place du dispositif, dans un délai court, le point de droit *in fine* invalidé par la Cour de justice de l'Union européenne ne pouvait pas être anticipé

2.1.1. Les services des ministères économiques et financiers se sont attachés à construire un dispositif conforme au droit de l'Union européenne, sans identifier le risque relatif à l'article 4 de la directive mère-fille

2.1.1.1. Les propositions formulées dans la première moitié de l'année 2012 par la direction de la législation fiscale visant à mettre en conformité la retenue à la source sur les OPCVM n'ont pas été retenues

Jusqu'en 2012, un dispositif de retenue à la source s'appliquait aux dividendes des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM). Il a été contesté par la Commission européenne devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Le 1^{er} juillet 2011, le tribunal administratif de Montreuil a transmis une question préjudicielle à la CJUE. Par une note au ministre du 16 février 2012, la direction de la législation fiscale (DLF) considérait qu'il était « *probable* » que la France perde ces contentieux devant la CJUE. Elle estimait les enjeux financiers à 4 Md€ en droits et 500 M€ d'intérêts moratoires.

L'arrêt de la CJUE *Santander Asset Management et autres* du 10 mai 2012 a finalement invalidé le dispositif de retenue à la source, qui a été jugé contraire au droit de l'Union européenne sur la liberté de circulation des capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers.

La création de la contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés au titre des montants distribués s'insère dans ce contexte. Il s'agissait de remplacer rapidement la retenue à la source sur les OPCVM afin de maintenir une recette budgétaire sans subir des astreintes, selon une note au ministre de la DLF du 1^{er} juin 2012. La DLF proposait alors une inscription de cette réforme dans le projet de loi de finances rectificative (PLFR) de l'été 2012.

Encadré 4 : Invalidation de la retenue à la source sur les dividendes des OPCVM

Les OPCVM regroupent les sociétés d'investissement à capital variable (SICAV) et les fonds communs de placement (FCP). Selon l'article 208 1^obis A du code général des impôts, les SICAV sont exonérées de l'impôt sur les sociétés pour les bénéfices réalisés dans le cadre de leur objet légal. S'agissant des FCP, leur qualité de copropriété les place de plein droit en dehors du champ d'application de l'impôt sur les sociétés. L'article 119 bis, paragraphe 2, du code général des impôts dispose : « *Les [dividendes] donnent lieu à l'application d'une retenue à la source dont le taux est fixé par l'article 187 lorsqu'ils bénéficient à des personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal ou leur siège en France [...]* ». Ce taux est de 25 %. Le montant de la retenue à la source prélevée au titre de l'article 119 bis du code général des impôts était de 1,9 Md€ en 2009.

Le 18 mai 2011, la Commission européenne a porté un recours en manquement contre la France sur le dispositif de retenue à la source sur les OPCVM, en ce qu'il aurait introduit une différence de traitement contraire au droit de l'Union européenne entre OPCVM français et OPCVM résidents dans

un autre État.

Le tribunal administratif de Montreuil, par un jugement du 1^{er} juillet 2011, a transmis à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle relative à :

- la prise en compte des porteurs de parts des OPCVM pour statuer sur l'existence d'une discrimination ;
- la compatibilité du dispositif avec la libre circulation des capitaux, si la situation des porteurs de parts devait être prise en compte.

L'arrêt de la CJUE sur les affaires jointes C-338/11 à C-347/11 (*Santander Asset Management et autres*) du 10 mai 2012 déclare la retenue à la source sur les OPCVM contraire au droit de l'Union européenne au titre de la liberté de circulation des capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers : « les articles 63 TFUE⁸ et 65 TFUE⁹ doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un État membre qui prévoit l'imposition, au moyen d'une retenue à la source, des dividendes d'origine nationale lorsqu'ils sont perçus par des OPCVM résidents dans un autre État, alors que de tels dividendes sont exonérés d'impôts dans le chef des OPCVM résidents dans le premier État »¹⁰.

Source : Code général des impôts ; arrêt de la CJUE sur les affaires jointes C-338/11 à C-347/11, *Santander Asset Management et autres*, 10 mai 2012.

Dans un premier temps, la DLF a proposé de conserver la retenue à la source sur les dividendes des OPCVM, en l'adaptant pour la rendre conforme à la décision de la CJUE. Par la note au ministre en date du 16 février 2012, la DLF proposait l'« *instauration d'une retenue à la source sur les distributions de dividendes de source française aux OPCVM établis en France à un taux équivalent à celui pratiqué sur ces distributions à des OPCVM établis hors de France* ». La DLF proposait de fixer ce taux à 15 %. De ce fait :

- ♦ une retenue à la source des distributions de dividendes de source française aux OPCVM établis en France aurait été instaurée, au taux de 15 % ;
- ♦ le taux de droit interne de la retenue à la source appliqué aux distributions de dividendes de source française aux OPCVM établis hors de France aurait été abaissé de 30 % à 15 %.

Pour éviter que ce dispositif n'entraîne des conséquences trop importantes sur les OPCVM français (perte d'attractivité, réorientation des investissements des OPCVM français dans des sociétés non résidentes et contournement possible de la retenue à la source ainsi créée par des techniques d'ingénierie financière), la DLF suggérait de compléter le dispositif par une neutralisation au niveau des porteurs de parts.

Cette solution avait alors fait l'objet d'échanges au sein de l'administration, avec la direction générale du Trésor, le service juridique de la direction générale des finances publiques et la direction des résidents à l'étranger et des services généraux. Elle était considérée par la DLF comme « *a priori conforme au droit communautaire* ». Selon la DLF, à la date du 16 février 2012, « *il n'existe en tout état de cause pas d'alternative budgétairement accessible* ».

⁸ L'article 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne interdit toute restriction à la liberté de circulation des capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers.

⁹ L'article 65 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne reconnaît le droit des États membres : « *d'appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis ; de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers, de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique ou de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique.* »

¹⁰ Paragraphe 55 de l'arrêt.

Rapport

Le 1^{er} juin 2012, c'est-à-dire après la décision de la CJUE du 10 mai 2012, une note au ministre de la DLF envisageait deux scénarios de réforme :

- ♦ l'instauration d'une retenue à la source interne portant sur les distributions de dividendes à tous les actionnaires résidents (OPCVM et investisseurs en direct). Afin de préserver la rentabilité de l'investissement dans les entreprises françaises, la DLF précisait que ce scénario devait être accompagné d'une compensation au niveau de la fiscalité des dividendes perçus ;
- ♦ l'instauration d'une retenue à la source interne portant sur les distributions de dividendes aux OPCVM établis en France. Plusieurs sous-scénarios déclinaient cette option, qui reprend par ailleurs la proposition de la note du 16 février 2012 de la DLF.

En fin de note, l'attention du ministre de l'économie, des finances et du commerce extérieur était attirée par la directrice de la législation fiscale sur la difficulté du dossier, dont « *les marges de manœuvre juridiques et économiques sont assez antinomiques* ».

Les différents scénarios proposés par la direction de la législation fiscale au ministre de l'économie, des finances et du commerce extérieur, jusqu'au 1^{er} juin 2012, consistaient tous en des retenues à la source sur les distributions de dividendes des OPCVM (et dans un cas des OPCVM et investisseurs en direct). Toutefois, aucune de ces options n'a été *in fine* retenue. **La DLF proposait donc, dans premier temps, une mise en conformité du dispositif antérieur vis-à-vis du droit de l'Union européenne, et non la suppression de la retenue à la source existante et son remplacement complet par un dispositif d'une autre nature et portant un autre objectif économique.**

La commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale a transcrit dans son rapport sur le deuxième projet de loi de finances pour 2012 les raisons ayant conduit à écarter ces propositions d'adaptation de la retenue à la source sur les OPCVM (cf. encadré 5).

Encadré 5 : Extrait du rapport de la commission des finances de l'Assemblée nationale sur le projet de loi de finances rectificative pour 2012

Pour remédier à cette inconvencionnalité, plusieurs options étaient envisageables. Il aurait ainsi notamment été possible, soit de prévoir l'imposition des dividendes à la fois pour les OPCVM résidents et non-résidents (comme la législation belge, jugée conforme au droit de l'Union par un arrêt du 22 décembre 2008, *Truck Center*, affaire C-282/07), soit de subordonner l'exonération fiscale pour les OPCVM à la condition que l'intégralité de leurs bénéfices soit distribuée à leurs porteurs de parts (comme la législation néerlandaise, jugée conforme au droit de l'Union par un arrêt du 20 mai 2008, *Orange European Smallcap Fund*, affaire C-194/06).

Le Gouvernement a choisi de supprimer la retenue à la source pour les OPCVM non-résidents, plutôt que de prévoir une imposition équivalente pour les OPCVM résidents qui sont aujourd'hui exonérés de prélèvement sur les dividendes qu'ils perçoivent en vertu du principe de transparence fiscale. Les OPCVM nationaux auraient alors risqué en effet de devenir moins compétitifs du point de vue des investisseurs, tant nationaux qu'étrangers, et auraient eu intérêt à réorienter leurs investissements vers des sociétés étrangères. Dans le contexte actuel de crise financière et de restriction de l'accès au crédit bancaire pour les entreprises, il n'a pas paru souhaitable de limiter les investissements intermédiés dans l'économie productive de notre pays. On rappellera à cet égard que la totalité des encours détenus par les 7 222 OPCVM français représentait 1 120 Md€ au début de l'année 2012.

Source : Rapport n° 71 de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances rectificative pour 2012.

2.1.1.2. Le projet de loi initial élaboré par la direction de la législation fiscale ne protégeait pas le dispositif du point de droit sur lequel s'est fondée la CJUE

Le 19 juin 2012, une première version d'article pour le projet de loi de finance rectificative est établie au sein des ministères financiers. L'évaluation préalable de ce projet listait trois options possibles :

- ◆ la suppression de la retenue à la source appliquée aux distributions de dividendes de source française aux OPCVM non-résidents, sans mesure de compensation ;
- ◆ l'instauration d'une retenue à la source sur les distributions de dividendes de source française à des OPCVM résidents ou non-résidents, avec une éventuelle neutralisation en aval au niveau des porteurs de part ;
- ◆ la suppression de la retenue à la source et l'instauration d'une contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés de 3 % sur les montants distribués par les sociétés et organismes résidents ou non-résidents passibles de l'impôt sur les sociétés en France.

Cette troisième option – qui est l'option retenue dans le projet d'article – n'apparaissait pas dans les notes antérieures de la direction de la législation fiscale. Notamment, elle était absente de la note au ministre en date du 1^{er} juin 2012 (cf. § 2.1.1.1), c'est-à-dire 18 jours plus tôt. Devant l'Assemblée nationale en première lecture du projet de loi de finances rectificative, lors de la deuxième séance publique, le 19 juillet 2012, M. Jérôme Cahuzac, ministre délégué au budget, justifiait ainsi le choix d'une taxation sur les dividendes : *« cela permet, par la même occasion, de mettre en œuvre l'une des promesses du candidat François Hollande qui a toujours indiqué vouloir privilégier l'investissement sur la distribution. En taxant à 3 % la distribution de dividendes, c'est-à-dire avec un taux faible et une assiette large, cet engagement commence à être mis en œuvre. Il est vrai que l'investissement sera ainsi mieux traité que la distribution puisque celle-ci pâtera d'une taxation de 3 % »*. Le 23 juin 2012, en commission des finances du Sénat, M. François Marc, rapporteur général, affirmait : *« la contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés sur les montants distribués, à l'article 5, correspond à un des engagements du président de la République : l'impôt sera modulé selon que l'entreprise met en réserve ses bénéfices, les réinvestit ou les redistribue à ses actionnaires »*. Ces mentions correspondent à un extrait du troisième des 60 engagements de campagne du Président de la République, ainsi formulé : *« une distinction sera faite entre les bénéfices réinvestis et ceux distribués aux actionnaires »*.

Le projet d'article 5¹¹ du projet de loi de finances rectificative, transmis à l'Assemblée nationale le 4 juillet 2012, a connu deux versions, qui prévoyaient toutes deux d'exonérer les dividendes versées à une société bénéficiant (ou susceptible de bénéficier) du régime mère-fille :

- ◆ la première version du projet d'article, en date du 19 juin 2012, prévoyait une exception pour les sociétés bénéficiant du régime mère-fille français (condition de participation minimale de 5 %) ;
- ◆ la deuxième version du projet d'article, en date du 25 juin 2012, insérait une condition de participation au capital à hauteur d'au moins 10 % dans le cadre de la relation mère-fille et ajoutait les organismes de placement collectif immobilier (OPCI) et les sociétés d'investissement à capital variable (SICAV) aux OPCVM dans la liste des organismes concernées par la contribution additionnelle.

¹¹ Devenu l'article 6 dans la loi promulguée.

Rapport

Le texte de l'article 235 ter ZCA du code général des impôts, transmis au Conseil d'État et à l'Assemblée nationale (avant tout amendement), intégrait la mention suivante au deuxième alinéa du I : *« cette contribution est égale à 3 % des montants distribués après déduction des montants [...] éligibles au régime prévu aux articles 145 et 216 [régime mère-fille] à la condition qu'ils proviennent de titres de participation représentant au moins 10 % du capital de la société émettrice ou respectant la condition prévue au 9 de l'article 145 pour les entités visées à ce même 9 [participation minimale de 22,8 M€] »*. L'exposé des motifs et l'évaluation préalable de l'article confirmaient cette exonération des *« dividendes versés à une société susceptible de bénéficier du régime mère-fille et détenant une participation supérieure à 10 % du capital de la société ou l'organisme distributeur »*.

Dans l'évaluation préalable de l'article 5 du projet de loi de finances rectificatives, la présentation des avantages de l'option retenue mettait en avant sa compatibilité avec le droit de l'Union européenne : *« cette option est compatible avec le droit communautaire dès lors d'une part qu'elle rétablit l'égalité de traitement entre OPCVM, OPCI et SICAV résidents et non-résidents de France et, d'autre part, que les dividendes versés à une société susceptible de bénéficier du régime mère-fille et détenant une participation supérieure à 10 % du capital de la société ou l'organisme distributeur seraient exonérés de la nouvelle contribution sur les montants distribués, que cette société soit établie en France ou dans un autre État de l'Union européenne. Elle permet de maintenir inchangées les recettes budgétaires et n'introduit pas de distorsion entre investissements directs et indirects. Elle est par ailleurs conforme à la volonté de favoriser relativement le réinvestissement des bénéfices des sociétés au regard de leur distribution. »*

Pour autant, **il apparaît que ce projet initial d'article 235 ter ZCA du code général des impôts aurait été, selon toute vraisemblance, déclaré contraire au droit de l'Union européenne pour les mêmes motifs que le texte finalement voté (après modification par les amendements parlementaires)**. La CJUE a en effet jugé le 17 mai 2017 que l'article 4 de la directive mère-fille devait être interprété en ce sens qu'il interdit toute mesure fiscale qui prévoit *« la perception d'un impôt à l'occasion de la distribution des dividendes par la société mère et dont l'assiette est constituée par les montants des dividendes distribués, y compris ceux provenant des filiales non-résidentes de cette société »*. Dans la version originelle de l'article 235 ter ZCA, seuls les dividendes versés à une société susceptible de bénéficier du régime mère-fille sont exonérés. De ce fait, les dividendes redistribués par une société mère en dehors du régime mère-fille ne sont pas exonérés de la contribution additionnelle de 3 %. Ainsi, le dividende distribué par une filiale d'un État membre de l'Union européenne autre que la France à une société mère française est *in fine* soumis à la contribution additionnelle au moment de sa redistribution par cette société mère. Il y a, dès lors, un risque de caractérisation d'une double imposition de ce dividende, au sens de l'arrêt du 17 mai 2017 de la CJUE. Le même risque existe dans le cadre d'une relation mère-fille en cascade, le dividende au départ distribué par une filiale européenne étant taxé au moment de la redistribution par la société mère qui fait sortir le dividende du groupe de sociétés.

Rapport

2.1.2. Le projet de loi a suivi un circuit classique de validation par les cabinets ministériels, le Secrétariat général du Gouvernement et le Conseil d'État, sans qu'aucune difficulté liée à l'article 4 de la directive mère-fille ne soit relevée

Le Conseil d'État est obligatoirement consulté sur les projets de loi, en application de l'article 39 de la Constitution.

Le Conseil d'État a rendu un avis sur le deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2012. Dans son rapport annuel de 2013 pour l'année 2012, il indique au sujet du deuxième PLFR pour l'année 2012 : « à l'occasion de l'examen chacun de ces articles, le Conseil d'État s'est livré à un contrôle de constitutionnalité, de conventionnalité, de cohérence interne et de qualité légistique. S'il a procédé à de nombreuses réécritures et formulé plusieurs recommandations, aucune des dispositions examinées n'a fait l'objet d'une disjonction. » Une disjonction correspond à un rejet de tout ou partie du texte.

L'article 5 du PLFR a été transmis au Conseil d'État le mardi 26 juin 2012. Il n'a pas fait l'objet d'une disjonction. Notamment, l'article 4 de la directive mère-fille n'a pas été identifié comme faisant courir un risque juridique au projet d'article 235 ter ZCA du code général des impôts.

2.1.3. L'administration a mené des consultations avec les entreprises et a par la suite proposé des adaptations du dispositif, sans pour autant le sécuriser au regard de l'article 4 de la directive mère-fille

Deux réunions de consultation ont été organisées par la direction de la législation fiscale avec des entreprises et leurs représentants au moment de la préparation de l'article 5 du projet de loi de finances rectificative. Elles ont fait l'objet de comptes-rendus en date du 21 juin 2012 pour la première et du 22 juin 2012 pour la seconde. Ces consultations se sont tenues avant la validation de la deuxième version du projet d'article originel, validée le 25 juin 2012, sans être intégrées dans cette dernière.

En ce qui concerne la première réunion de consultation, une note intitulée « *analyse des retours de consultation sur la contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés sur les montants distribués* » a été transmise par la directrice de la législation fiscale, au directeur de cabinet du ministre de l'économie, des finances et du commerce extérieur, le 21 juin 2012. Cette fiche a été réalisée à la suite de la consultation de plusieurs organismes :

- ◆ l'association française des entreprises privées (Afep) ;
- ◆ l'association française de la gestion financière (AFG) ;
- ◆ l'association française des investisseurs pour la croissance (Afic) ;
- ◆ le mouvement des entreprises de France (Medef).

L'exonération des dividendes versés à une société bénéficiant du régime mère-fille a fait l'objet de cette concertation avec ces associations.

Sur la base de cette consultation et d'une analyse des critères définissant une retenue à la source selon le droit de l'Union européenne¹², qui avaient relevé une fragilité juridique, la note de la DLF du 21 juin 2012 présente « *pour arbitrage* » la question suivante : « *faut-il réintégrer dans l'assiette de la contribution les dividendes soumis au régime mère-fille ?* ».

¹² Ce point est défini à l'article 5 de la directive mère-fille (directive 2011/96/UE du 30 novembre 2011), selon lequel : « Les bénéfices distribués par une filiale à sa société mère sont exonérés de retenue à la source ».

Rapport

Selon cette note, la suppression de l'exonération bénéficiant au régime mère-fille ne serait pas contraire à l'article 5 de la directive mère-fille. Elle conclut qu'un élargissement de l'assiette de la contribution additionnelle aux dividendes versés par les filiales à leurs sociétés mères *« accroîtrait le rendement de la nouvelle contribution et supprimerait un paramètre qui rapprochait cette contribution d'une retenue à la source. Son rendement en serait sécurisé »*. **La note ajoute que ce changement du texte « pourrait être porté par amendement parlementaire ».**

La seconde réunion de consultation a eu lieu le 22 juin 2012. Elle rassemblait la DLF avec l'Afep, le Medef, la fédération bancaire française (FBF), ainsi que plusieurs entreprises. Au cours de cette consultation, ces entreprises et organismes représentant les entreprises ont soulevé plusieurs difficultés relatives au régime mère-fille, l'exonération leur posant des *« forts problèmes pratiques »* selon les termes du compte-rendu réalisé par la DLF :

- ◆ les entreprises ne disposent pas de l'information sur la durée de détention des titres par leurs sociétés mères ;
- ◆ la composition de leur capital est susceptible de varier entre le moment où la distribution est décidée et celui où elle est mise en paiement ;
- ◆ faire dépendre le niveau de taxation d'une entreprise de la composition de son actionnariat pourrait poser un problème constitutionnel.

Ces deux consultations ont justifié, selon la direction de la législation fiscale, une réflexion sur l'abandon de l'exonération du régime mère-fille. Une évolution du texte est envisagée consistant à organiser une exonération pour les entreprises ayant opté pour le régime de l'intégration fiscale, évolution proposée par la suite par M. Christian Eckert, rapporteur général de la commission des finances de l'Assemblée nationale, sous forme d'amendement.

De façon plus générale et selon les interlocuteurs de la mission, les entreprises et leurs représentants étaient en 2012 opposés à la contribution additionnelle dans son principe même, contestant sa justification économique.

Par ailleurs, **ces deux concertations avec les entreprises et leurs représentants**, telles que synthétisées dans les notes de la DLF du 21 juin 2012 et du 22 juin 2012, **n'ont pas mis en évidence de risque de non-conformité du projet de loi de finances rectificative avec l'article 4 de la directive mère-fille.** Les débats ont en revanche porté sur la conformité du dispositif à l'article 5 de la directive.

2.1.4. Les enjeux juridiques du dispositif ont été abordés dans les débats parlementaires, mais les amendements apportés au texte initial ne le protégeaient pas du point de droit *in fine* soulevé par la CJUE

2.1.4.1. Les rapports des commissions des finances de l'Assemblée nationale et du Sénat et les débats qui se sont tenus en commission et en séance ont soulevé des risques juridiques, sans remédier au point de droit *in fine* jugé par la CJUE

Les rapports des commissions des finances de l'Assemblée nationale et du Sénat ont présenté et approuvé le projet d'article 235 ter ZCA du code général des impôts sans expliciter un risque juridique lié à l'article 4 de la directive mère-fille.

Rapport

Les rapports des commissions des finances ont évoqué la notion de double imposition, qui a constitué une base sur laquelle la CJUE a invalidé une partie du dispositif :

- ♦ le rapport de l'Assemblée nationale affirme que l'exonération mère-fille prévue dans le texte initial ne consistait pas à éviter une double imposition : *« il s'agit en tout état de cause d'un régime de faveur, car la transposition du régime mère-fille pour le calcul de la nouvelle contribution ne va pas de soi. En effet, il ne s'agit pas ici d'éviter une double imposition des dividendes, à la fois dans le chef de la société qui les distribue et dans celui de la société qui les perçoit, mais seulement de ne pas augmenter les coûts de la société qui verse des dividendes »* ;
- ♦ le rapport de M. François Marc, fait au nom de la commission des finances du Sénat mentionne le risque de double imposition, voire d'imposition en cascade dans le cas d'une distribution de dividendes de filiales en filiales, jusqu'à la société mère : *« chacune des sociétés d'un même groupe aurait dû être assujettie, à son niveau, à la contribution additionnelle au titre de dividendes correspondant, en réalité, aux mêmes bénéfices initiaux »*.

Le rapport sénatorial approuve toutefois l'article, les amendements de l'Assemblée nationale compris (cf. § 2.1.4.2).

Encadré 6 : Extraits des rapports des commissions des finances de l'Assemblée nationale et du Sénat sur le deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2012

▪ Extrait du rapport n° 71 de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale sur le projet de loi de finances rectificative pour 2012 :

Il est prévu une exonération au titre du régime des sociétés mères et filiales. [...] [La nouvelle contribution] ne serait pas due au titre des dividendes versés à la mère par une filiale, à condition que cette dernière soit détenue à hauteur de 10 % de son capital par la mère.

Ce taux dérogatoire de 10 % est fixé par référence à celui applicable pour les sociétés mères européennes, prévu par l'article 119 ter pour l'exonération de retenue à la source au titre des dividendes distribués par une filiale française à une mère européenne. En raison du principe d'égalité de traitement entre sociétés françaises et européennes, le même taux doit être retenu dans les deux cas. [...]

Il s'agit en tout état de cause d'un régime de faveur, car la transposition du régime mère-fille pour le calcul de la nouvelle contribution ne va pas de soi. En effet, il ne s'agit pas ici d'éviter une double imposition des dividendes, à la fois dans le chef de la société qui les distribue et dans celui de la société qui les perçoit, mais seulement de ne pas augmenter les coûts de la société qui verse des dividendes. L'article 5 de la directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents impose seulement que les bénéfices distribués par une filiale à sa mère soient exonérés de retenue à la source. La contribution ne constituant pas une retenue à la source, cet article de la directive ne lui est pas applicable.

▪ Extrait du rapport n° 689 (2011-2012) de M. François Marc, fait au nom de la commission des finances, déposé le 23 juillet 2012 :

Dans les groupes de sociétés, les bénéfices transitent, par la distribution de dividendes, de filiales en filiales, jusqu'à la société mère. Ainsi, chacune des sociétés d'un même groupe aurait dû être assujettie, à son niveau, à la contribution additionnelle au titre de dividendes correspondant, en réalité, aux mêmes bénéfices initiaux. Afin d'éviter ce phénomène de double imposition, voire d'imposition en cascade, l'alinéa 15 prévoit que sont exonérés les dividendes distribués aux sociétés mères dans le cadre du régime mères-filles, à condition que ces dernières détiennent au moins 10 % du capital de la société émettrice. Il s'agit donc, en quelque sorte, d'un dispositif « renforcé » par rapport au régime mères-filles, auquel sont éligibles les sociétés à partir d'un seuil de détention de seulement 5 %. Ce choix s'explique par la nécessité de traiter de façon similaire les filiales françaises de sociétés étrangères européennes, au sens de l'article 119 ter du CGI. Dans ce cadre, sont en effet exonérés les dividendes distribués à une société établie dans un autre État membre de l'Union européenne et détenant durablement au moins 10 % du capital de la société émettrice.

Source : Rapports des commissions cités.

Les débats en commissions des finances et en séances, à l'Assemblée nationale comme au Sénat, n'ont pas porté sur le point *in fine* invalidé par la CJUE. Les amendements déposés (à l'exception du remplacement de l'exonération reposant sur le régime mère-fille par une exonération pour les groupes fiscalement intégrés, traité ci-dessous) ont été sans incidence sur le point de droit *in fine* jugé par la CJUE. Il s'agissait notamment, pour les parlementaires, de ne pas appliquer la contribution additionnelle aux structures mutualistes et aux dividendes versés sous forme d'actions.

2.1.4.2. L'amendement présenté par le rapporteur général de la commission des finances de l'Assemblée, revu par la direction de la législation fiscale, n'était pas plus conforme à l'article 4 de la directive mère-fille que le projet de loi initial

Le 11 juillet 2012, un amendement est déposé en commission des finances par M. Christian Eckert, rapporteur général. Cet amendement consiste à substituer à l'exonération mère-fille une exonération concernant l'intégration fiscale (et, par ailleurs, il exonère de la contribution additionnelle les dividendes versés sous forme d'actions).

Cette substitution du régime exonéré est expliquée par l'exposé sommaire de l'amendement comme répondant à un objectif « *industriel* » (qui, après l'objectif budgétaire, est le deuxième objectif de la contribution additionnelle selon l'exposé sommaire de l'amendement) : « *pour favoriser l'autofinancement des entreprises plutôt que la rémunération des actionnaires* ». Au titre de cet objectif, l'amendement est justifié par le fait que « *l'assiette de la taxe ne doit pas dépendre de la structure capitaliste des sociétés distributrices* ». Par ailleurs, selon l'exposé sommaire de l'amendement : la « *référence au régime mère-fille n'est ni pertinente ni juridiquement obligatoire au regard du droit de l'Union européenne, car n'est pas en cause une retenue à la source ou une imposition des dividendes reçus* »¹³. Cet amendement a été présenté par plusieurs interlocuteurs rencontrés comme un moyen permettant de renforcer la solidité du texte vis-à-vis de l'article 5 de la directive mère-fille (relative à l'interdiction des retenues à la source) tout en gageant sur le plan budgétaire l'exonération des distributions de dividendes en action (demandée par les représentants des entreprises).

La première version de cet amendement a été rédigée au sein de la commission des finances de l'Assemblée nationale¹⁴. La direction de la législation fiscale a ensuite fait des propositions de corrections sur le texte de l'amendement, transmises à la conseillère fiscalité et financement des entreprises au cabinet du ministre de l'économie, des finances et du commerce extérieur et partiellement intégrées.

L'amendement est discuté en commission des finances de l'Assemblée nationale. Il y aurait fait l'objet d'un consensus, selon les déclarations du rapporteur général de la commission des finances en séance publique le 19 juillet 2012. Aucune critique contre l'amendement n'apparaît dans le compte-rendu de la séance du 11 juillet 2012 de la commission des finances. En séance publique du 19 juillet 2012, le Gouvernement donne un avis favorable à l'amendement.

Le rapport de la commission des finances du Sénat approuve l'amendement, considérant que : « *cette modification rend le régime de la contribution additionnelle à la fois plus simple, plus équitable et plus efficace.* »

¹³ La Cour de justice de l'Union européenne a *in fine* jugé que l'article 4 de la directive mère-fille s'appliquait lorsqu'une société mère redistribue des dividendes issus d'une filiale implanté dans un autre État membre de l'Union européenne.

¹⁴ Point confirmé à la mission par M. Jean-Luc Matt, alors administrateur à la commission des finances de l'Assemblée nationale.

Encadré 7 : Discussion de l'amendement à l'Assemblée nationale, en commission des finances et en séance publique

- Séance du 11 juillet 2012 de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale

La Commission examine ensuite l'amendement CF 316 du rapporteur général.

M. le rapporteur général [M. Christian Eckert]. Il est vrai que l'article 5 pose certains problèmes. C'est pourquoi je suggère de ne pas appliquer la contribution additionnelle aux montants distribués entre sociétés membres du même groupe au sens de l'article 223 A du code général des impôts, et non de l'article 145 du même code comme le propose le projet, ni aux distributions payées en actions en application de l'article L. 232-18 du code de commerce. Cet amendement, que le Gouvernement semble prêt à accepter, répond aux objections formulées à juste titre par certains de nos collègues.

M. le président Gilles Carrez. L'amélioration est évidente.

M. Charles de Courson. Il est en effet légitime de prévoir une exonération pour les distributions payées en actions. Cela étant, il existe encore d'autres formes de paiement des dividendes. Il conviendrait de les passer toutes en revue.

La Commission adopte l'amendement.

Elle adopte ensuite l'article 5 ainsi modifié.

- Discussion le 19 juillet 2012 en première lecture devant l'Assemblée nationale, deuxième séance publique, présentation de l'amendement n° 155 de M. Christian Eckert :

M. Christian Eckert, rapporteur général. L'amendement n° 155 est important. En effet, le projet de loi propose d'exonérer les dividendes distribués par une filiale à sa société mère dès lors que celle-ci la détient à plus de 10 %. Cette exonération est une transposition du régime mère-fille qui retient, lui, un taux de 5 % de détention du capital de la filiale, mais qui ne concerne que la mère. Celle-ci est alors exonérée d'IS sur les dividendes qu'elle reçoit. Dès lors que la nouvelle contribution taxe la société distributrice et non le bénéficiaire de la distribution, ce régime n'est pas pertinent, car il fait dépendre le niveau de la taxe de la structure capitalistique de la filiale. À ce titre, par exemple, il défavorise la détention par l'État. Il est donc proposé de supprimer cette exonération.

En revanche, dans le cadre d'un groupe fiscal intégré avec détention directe ou indirecte à 95 %, l'imposition globale serait à la charge de la tête de groupe, de sorte que la taxe additionnelle à l'IS ne soit perçue que pour les distributions à ce niveau.

Par ailleurs, si la société prévoit une distribution sous forme d'actions, elle renforce les fonds propres, ce qui est un des objectifs de la nouvelle taxe. Cette forme de distribution doit donc, elle aussi, être exonérée.

Au total, la substitution de ces deux exonérations ciblées – intégration fiscale et distribution d'actions – à la disposition initialement envisagée constitue une exonération large qui permettra de sécuriser le rendement de la taxe. Pour ceux qui auraient des craintes, je rappelle que les PME dont le chiffre d'affaires est inférieur à 50 millions d'euros demeureront exonérées.

Cet amendement est le fruit d'un long travail et a fait l'objet d'un consensus au sein de la commission des finances. Il permettra de résoudre un certain nombre de problèmes et sécurisera le rendement tout en étant tout à fait juste. En outre, il évitera les effets pervers que la disposition initiale pouvait engendrer.

Source : Compte-rendu des débats en commission des finances de l'Assemblée nationale et en séance publique.

L'exonération mère-fille est ainsi remplacée par une exonération fondée sur l'intégration fiscale. **A posteriori, en connaissant la décision rendue par la CJUE le 17 mai 2017, il apparaît que ce dispositif est contraire au droit de l'Union européenne sur le même point de droit que le texte originel (article 4 de la directive mère-fille).**

Cette modification de la contribution additionnelle de 3 % en a par ailleurs augmenté les recettes espérées de manière importante¹⁵ et donc accru le risque budgétaire.

¹⁵ De l'avis de toutes les personnes interrogées sur ce point, sans que la mission ait pu retrouver le chiffre exact. Plusieurs interlocuteurs de la mission ont indiqué que l'article d'équilibre du PLFR n'avait pas été corrigé en conséquence. Ce point n'a pas été vérifié par la mission.

2.1.5. En 2012, le risque juridique lié à l'article 4 de la directive mère-fille ne pouvait pas être anticipé

2.1.5.1. Jusqu'au vote du texte final, le risque lié à l'article 4 de la directive n'a pas été identifié, contrairement au risque relatif à l'article 5 de la directive

Il ressort des entretiens menés par la mission que les débats juridiques, qui se sont tenus au moment de la préparation du projet de loi et de l'amendement, au sein de la direction de la législation fiscale et avec les entreprises consultées, n'ont pas porté sur la question de l'applicabilité de l'article 4 de la directive mère-fille aux dividendes redistribués par une société mère après une distribution initiale par une filiale établie dans un autre État membre. À l'été 2012, la préoccupation principale portait sur le respect de l'article 5 de la directive mère-fille.

Selon l'article 5 de la directive mère-fille (directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011) : « *Les bénéfices distribués par une filiale à sa société mère sont exonérés de retenue à la source* ». Une retenue à la source est caractérisée lorsque trois conditions sont réunies :

- ◆ le versement des dividendes constitue le fait générateur de la retenue ;
- ◆ l'assiette est constituée du rendement des titres ;
- ◆ l'assujetti de la retenue est le détenteur des titres.

Dans le cadre de la contribution additionnelle, la troisième condition n'est pas remplie, la taxe de 3 % étant due par l'entreprise distributrice. L'élargissement de l'assiette aux dividendes versés par les filiales à leurs sociétés mères a été vu par la DLF comme la suppression d'un paramètre qui rapprochait la contribution additionnelle d'une retenue à la source.

2.1.5.2. Le risque lié à l'article 4 a été soulevé pour la première fois après le vote du texte, dans un article de doctrine isolé qui ne suffit pas à provoquer une alerte contentieuse

L'état du droit lors de l'adoption de la contribution de 3% pouvait être interprété dans le sens d'une non-application de l'article 4 de la directive pour les redistributions de bénéfices par la société mère, lorsque ces bénéfices sont issus d'une distribution par sa filiale.

En 2012, cette interprétation pouvait se fonder sur l'arrêt *Accor* du Conseil d'État, du 3 juillet 2009 (cf. encadré 8), qui indiquait notamment, au sujet du précompte :

- ◆ « *il résulte clairement des termes mêmes de l'article 1^{er} de la directive [mère-fille] que ses dispositions s'appliquent aux distributions de bénéfices reçues par une société mère située dans un État membre et provenant de ses filiales établies dans d'autres États membres de la Communauté européenne* » ;
- ◆ « *le précompte n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer ces bénéfices mais est exigible seulement lors de la redistribution, par une société mère à ses actionnaires, de dividendes reçus de ses filiales situées dans un autre État membre* ».

Le Conseil d'État en concluait que le précompte n'était pas soumis à l'article 4 de la directive mère-fille.

La contribution additionnelle de 3 % étant également exigible seulement lors de la redistribution par la société mère de dividendes reçus de ses filiales situées dans un autre État membre, la décision du Conseil État semblait raisonnablement pouvoir s'appliquer.

Encadré 8 : Extrait de l'arrêt Accor du Conseil d'État du 3 juillet 2009

Sur la compatibilité des dispositions relatives au précompte avec la directive 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents :

Considérant que la société Accor soutient que les dispositions législatives relatives au précompte méconnaissent l'article 4 de cette directive ;

Considérant qu'aux termes du 1 de l'article 1^{er} de cette directive : Chaque État membre applique la présente directive : - aux distributions de bénéfices reçues par des sociétés de cet État et provenant de leurs filiales d'autres États membres, - aux distributions de bénéfices effectuées par des sociétés de cet État à des sociétés d'autres États membres dont elles sont les filiales. (...) ; qu'aux termes du 1 de l'article 4 de cette directive dans sa rédaction applicable pendant les années d'imposition en litige : Lorsqu'une société mère reçoit, à titre d'associée de sa société filiale, des bénéfices distribués autrement qu'à l'occasion de la liquidation de celle-ci, l'État de la société mère : - soit s'abstient d'imposer ces bénéfices, - soit les impose, tout en autorisant cette société à déduire du montant de son impôt la fraction de l'impôt de la filiale afférente à ces bénéfices (...) ; **qu'il résulte clairement des termes mêmes de l'article 1^{er} de la directive que ses dispositions s'appliquent aux distributions de bénéfices reçues par une société mère située dans un État membre et provenant de ses filiales établies dans d'autres États membres de la Communauté européenne** ; que la société Accor ne peut soutenir que les dispositions précitées relatives au précompte entreraient dans le champ d'application de cette directive et en méconnaîtraient l'article 4 dès lors que **le précompte n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer ces bénéfices mais est exigible seulement lors de la redistribution, par une société mère à ses actionnaires, de dividendes reçus de ses filiales situées dans un autre État membre** ;

Source : Conseil d'État, 8ème et 3ème sous-sections réunies, arrêt Accor SA du 3 juillet 2009, n° 317075.

Cette décision du Conseil d'État a été critiquée par M. Philippe Derouin, avocat au barreau de Paris (Skadden Arps Slate Meagher & Flom LLP), dans un article de la revue de droit fiscal en date du 4 octobre 2012 (« La contribution de 3 % sur les montants distribués et le régime des sociétés mères et filiales : de Charybde en Scylla »). Selon lui, l'article 6 de la loi du 16 août 2016 de finances rectificative serait à la fois « *contraire à la tradition française d'élimination de la double ou multiple imposition des bénéfices distribués entre sociétés liées* » et « *contestable au regard de la directive européenne n° 90/435/CEE du 23 juillet 1990 modifiée concernant le régime des sociétés mères et filiales* ».

Il mettait en regard l'arrêt Accor du Conseil d'État avec les conclusions de l'avocat général, M. Leendert Adrie Geelhoed, présentées le 6 avril 2006 dans le cadre de l'affaire *Test Claimants in the FII Group Litigation* de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁶. L'avocat général – qui n'a, par ailleurs, pas été suivi par la Cour de justice pour l'ensemble de ses recommandations – rejetait l'argument du Gouvernement du Royaume-Uni selon lequel « *l'article 4, paragraphe 1, de la directive vise uniquement les impôts perçus au moment où la société mère reçoit les dividendes de sa filiale, mais pas un impôt tel que l'ACT [advanced corporate tax], qui n'est levé que si et lorsqu'une distribution de bénéfices a lieu* ». Il rejette cette « *interprétation restrictive* » en se fondant « *sur l'objectif de l'article 4, paragraphe 1, qui est d'éviter la double imposition dans l'État de résidence de la société mère* » (cf. encadré 9).

¹⁶ Affaire C-446/04, jugée le 12 décembre 2006.

Rapport

L'arrêt *Test Claimants in the FII Group Litigation* n'a pas conclu à l'incompatibilité entre l'*advanced corporate tax* et la directive mère-fille. Si la comparaison avec la contribution de 3 % a parfois pu être faite¹⁷, elle ne semble pas opérante selon l'auteur de l'article d'octobre 2012. L'*advanced corporate tax* était en effet un système d'exonération pour les dividendes d'origine nationale et d'imputation en cas de dividendes d'origine étrangère ; l'imposition provisoire prévue par l'*advanced corporate tax* ne créait pas de double imposition. C'est en ce sens que l'arrêt de la CJUE a déclaré que la taxe britannique n'était pas contraire à l'article 4 de la directive mère-fille¹⁸. La contribution additionnelle française, au contraire, crée une double imposition des bénéfices des filiales selon l'arrêt de la CJUE du 17 mai 2017.

La direction de la législation fiscale avait connaissance de la publication de cet article de doctrine, comme en atteste une fiche d'analyse réalisée par le bureau E2. Selon la conclusion de cette fiche, la compatibilité au droit de l'Union européenne de la contribution paraissait « *pouvoir être sérieusement défendue en l'état de la jurisprudence européenne* ».

En dehors de l'administration, selon les interlocuteurs de la mission, la publication d'octobre 2012 a ouvert un débat juridique, sans pour autant emporter à sa publication la conviction dans le sens de l'invalidité de la contribution additionnelle.

Encadré 9 : Conclusions de l'avocat général auprès de la CJUE, M. Leendert Adrie Geelhoed, présentées le 6 avril 2006

82. L'article 4, paragraphe 1, de la directive dispose en substance que, lorsqu'une société mère reçoit des bénéfices qui lui sont distribués par une filiale résidant dans un autre État membre, l'État de résidence de la société mère doit soit exonérer ces bénéfices de l'impôt, soit lui permettre de déduire du montant de son impôt la fraction de l'impôt que sa filiale a déjà payée sur ses bénéfices dans son État de résidence (et, le cas échéant, le montant de la retenue à la source perçu par ce dernier).

[...]

84. Le Royaume-Uni ayant, en l'espèce, opté pour la méthode du crédit d'impôt afin d'éviter la double imposition, il est tenu, par l'effet de l'article 4, paragraphe 1, de la directive d'accorder, à concurrence du montant de l'impôt national correspondant, un crédit pour l'impôt des sociétés étranger acquitté par une filiale non britannique sur les bénéfices qu'elle a distribués à cette société mère résidant au Royaume-Uni. Étant donné que, pour les raisons que j'ai exposées plus haut, l'ACT devrait, aux fins de la présente affaire, être considéré comme un paiement anticipé de l'impôt des sociétés britannique (bien qu'il soit perçu sur la distribution des bénéfices, lorsqu'une telle distribution a lieu), il devrait, en combinaison avec le MCT britannique, être considéré comme constituant l'impôt national britannique « correspondant » à l'impôt des sociétés étranger déjà acquitté, au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive. Selon moi, l'obligation énoncée dans cet article a pour essence de garantir qu'aucune double imposition économique n'aura lieu dans l'État de la société mère lorsque sa filiale a déjà acquitté l'impôt des sociétés dans son État de résidence et, le cas échéant, subi des retenues à la source sur les bénéfices qu'elle a distribués. En tant que telle, l'obligation que cet article fait au Royaume-Uni est, à l'instar que celle que lui imposent les articles 43 CE et 56 CE, de garantir que ces dividendes soient frappés d'aucune double imposition économique. Une telle interprétation est conforme à l'objectif de la directive, qui est d'instaurer pour les regroupements d'entreprises des « règles fiscales

¹⁷ Par exemple par le sous-directeur de la prospective et des relations internationales de la direction de la législation fiscale, lors du colloque de l'IFA « la fiscalité des distributions au sein des groupes de sociétés : actualité et perspectives » du 8 octobre 2015, dont les actes ont été publiés au n° 47 de la Revue de droit fiscal, le 19 novembre 2015.

¹⁸ Point 137 de l'arrêt de la CJUE : « S'agissant de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 90/435, il suffit de relever que, si cette disposition oblige un État membre à garantir à une société mère percevant des dividendes d'une filiale établie dans un autre État membre que l'impôt acquitté par sa filiale à l'étranger sur les bénéfices distribués sera entièrement imputé sur le montant dû par la société mère au titre de l'impôt sur les sociétés dans le premier État membre, il n'en découle aucune obligation pour cet État de veiller, en pareil cas, à ce que le dégrèvement accordé à cette société mère au titre de l'impôt étranger ne réduise pas le montant sur lequel elle peut imputer la fraction de l'impôt sur les sociétés payée par anticipation à l'occasion d'une distribution de dividendes à ses propres actionnaires ni d'étendre la possibilité pour cette même société mère de transférer le montant d'impôt payé par anticipation qu'elle ne peut imputer sur sa dette fiscale à des filiales non-résidentes assujetties à l'impôt sur les sociétés dans ce même État. »

neutres au regard de la concurrence ».

85. Pour réfuter cette position, **le Gouvernement du Royaume-Uni s'emploie à démontrer que l'article 4, paragraphe 1, de la directive vise uniquement les impôts perçus au moment où la société mère reçoit les dividendes de sa filiale, mais pas un impôt tel que l'ACT, qui n'est levé que si et lorsqu'une distribution de bénéfices a lieu et ne peut dès lors pas être qualifié d'impôt sur les bénéfices distribués par la filiale. Je ne saurais accepter cet argument et me fonde en cela, de nouveau, sur l'objectif de l'article 4, paragraphe 1, qui est d'éviter la double imposition dans l'État de résidence de la société mère.** Appliquer à la présente situation l'interprétation restrictive que le Gouvernement du Royaume-Uni donne à cette disposition compromettrait la réalisation de cet objectif.

Source : Affaire C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation contre Commissioners of Inland Revenue, du 12 décembre 2006.

En outre, si l'arrêt de la CJUE pris en réponse à la question préjudicielle du Conseil État posée par son arrêt Accor du 3 juillet 2009 n'aborde pas l'article 4 de la directive mère-fille, il en va autrement des conclusions présentées dans cette affaire par l'avocat général, M. Paolo Mengozzi (cf. encadré 10).

Évoquant la thèse de la contrariété du précompte mobilier avec l'article 4 de la directive, soutenu par la société Accor devant le Conseil d'État, M. Paolo Mengozzi souscrit à la position du Conseil. Il affirme, au point 21 de ses conclusions, que « *la directive 90/435 ne se rapporte qu'aux distributions des bénéfices entre une filiale et sa société mère établies dans deux États membres différents. Elle ne préjuge donc pas du régime fiscal de la redistribution de produits de participation par la société mère à ses propres actionnaires* ».

Encadré 10 : Conclusions de l'avocat général auprès de la CJUE, M. Paolo Mengozzi, présentées le 22 décembre 2010

18. Devant le Conseil d'État, mais également de nouveau dans ses observations écrites devant la Cour, Accor a défendu la thèse de la contrariété du précompte mobilier avec l'article 4 de la directive 90/435. Cette thèse reposait en substance sur le syllogisme suivant, à savoir la République française, en vertu des articles 145 et 216 du CGI, a opté pour l'exonération de l'impôt sur les sociétés des dividendes versés à une société mère par une filiale quelle qu'en soit leur provenance. Or, au moment de la redistribution à ses actionnaires de dividendes en provenance de bénéfices versés par une filiale établie dans un autre État membre que la France, la société mère française était tenue d'acquitter le précompte mobilier, lequel avait pour objet de se substituer à l'impôt sur les sociétés dans la mesure où il ne portait que sur les bénéfices distribués qui n'avaient pas été soumis au préalable à l'impôt sur les sociétés au taux plein. Par conséquent, selon Accor, le précompte mobilier constituait une imposition des dividendes reçus des filiales non-résidentes en France contraire à l'article 4 de la directive 90/435.

19. Le Conseil d'État a rejeté cette argumentation au motif que le fait générateur du précompte mobilier litigieux était non pas le versement de dividendes au profit de la société mère française par les filiales établies dans les autres États membres, mais la redistribution par cette dernière à ses propres actionnaires des dividendes ainsi perçus. En d'autres termes, le précompte mobilier n'avait donc ni pour objet ni pour effet d'imposer les bénéfices distribués, et ne se substituait dès lors pas à l'impôt sur les sociétés, mais était uniquement exigible lors de la redistribution des dividendes aux actionnaires de la société mère.

20. Malgré la tentative d'Accor dans ses observations écrites déposées devant la Cour d'élargir la portée des questions posées par le Conseil d'État à l'interprétation de la directive 90/435, **je souscris au rejet par cette juridiction de l'argument** présenté dans l'affaire au principal par cette société.

21. En effet, comme déjà indiqué, **la directive 90/435 ne se rapporte qu'aux distributions des bénéfices entre une filiale et sa société mère établies dans deux États membres différents. Elle ne préjuge donc pas du régime fiscal de la redistribution de produits de participation par la société mère à ses propres actionnaires.** La motivation de la juridiction de renvoi rejoint, en définitive, l'esprit du raisonnement développé par la Cour dans l'arrêt Test Claimants in the FII Group Litigation, précité, à propos de l'« advance corporate tax » (ACT) qu'était tenue d'acquitter une société mère établie au Royaume-Uni lors de la redistribution de dividendes à ses actionnaires perçus de

filiales établies dans d'autres États membres et qui a été considérée comme échappant au champ d'application de la directive 90/435.

Source : Affaire C-310/09, Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique contre Accor SA, jugée le 15 septembre 2011.

2.2. La multiplication des alertes en 2014 et 2015 aurait théoriquement pu entraîner une mise en conformité de la contribution additionnelle en anticipation du contentieux, mais celle-ci était gênée par des griefs contradictoires

2.2.1. La Commission européenne a questionné à deux reprises, en 2013 et 2015, la conformité de la contribution additionnelle au droit européen

2.2.1.1. La procédure de l'EU Pilot, en 2013, a constitué une première alerte de la Commission européenne

Par lettre en date du 6 septembre 2013, la Commission européenne a appelé l'attention des autorités françaises sur la conformité au droit de l'Union européenne de la contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés au titre des montants distribués, institué par l'article 235 ter ZCA du code général des impôts. Dans le cadre de cet EU Pilot¹⁹ n° 5371/13/TAXUD, la Commission reproche à ce dispositif de contrevenir à la directive mère-fille (2011/96/UE) et à la liberté d'établissement.

La procédure de l'EU Pilot n'emportait pas un caractère exceptionnel en 2013. Sur une période de dix mois, du 1^{er} juin 2012 au 26 mars 2013, la Commission a ouvert 1 251 dossiers EU Pilot. Un EU Pilot peut aboutir sur une procédure formelle d'infraction au titre de l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Sur cette même période, 8 % des dossiers ouverts avaient trait à la fiscalité et à l'union douanière.

Dans son analyse, la Commission européenne faisait trois reproches à la contribution additionnelle :

- ♦ elle serait contraire au I de l'article 4 de la directive mère-fille (c'est l'article retenu par la CJUE le 17 mai 2017 pour invalider la contribution additionnelle), en ce qu'elle n'exonère pas les sociétés filiales qui, en leur qualité de sociétés mères, redistribuent les dividendes en provenance de leurs sous-filiales à leur propre société mère étrangère ;
- ♦ il existerait un « *doute sérieux* » quant à la possible requalification de retenue à la source de la contribution additionnelle, ce qui la rendrait incompatible avec l'article 5 de la directive mère-fille ;
- ♦ l'exonération des groupes fiscalement intégrés constituerait une différence de traitement, selon que le siège de la société mère est situé en France ou dans un autre État membre de l'Union européenne ou État partie de l'espace économique européen, ce qui serait contraire à la liberté d'établissement.

¹⁹ Selon la Commission européenne : « *Le projet EU Pilot a été lancé par la Commission en 2008 avec plusieurs États membres intéressés, dans le but d'améliorer la coopération entre les États membres et la Commission sur des questions relatives à la conformité de la législation nationale avec le droit européen ou à la bonne application du droit de l'UE. De manière générale, le système EU Pilot est utilisé à un stade précoce afin de tenter de clarifier ou de résoudre des problèmes afin d'éviter, si possible, le lancement d'une procédure d'infraction. Les États membres doivent normalement réagir dans les 70 jours* ».

(http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/_archives/2013/07/performance_by_governance_tool/eu_pilot/index_fr.htm)

Rapport

Le premier point mis en évidence par la Commission européenne diffère du cas très général jugé par la Cour de justice de l'Union européenne. Là où la CJUE considère dans sa décision du 17 mai 2017 *« la perception d'un impôt à l'occasion de la distribution des dividendes par la société mère et dont l'assiette est constituée par les montants des dividendes distribués, y compris ceux provenant des filiales non-résidentes de cette société »*, la Commission se contente, en 2013, d'imaginer la situation d'une société filiale, redistribuant les dividendes issus d'une de ses sous-filiales d'un autre État membre, à une société mère également d'un autre État membre. Dans l'EU Pilot du 6 septembre 2013, la Commission ne questionne donc pas de façon générale l'application de la directive mère-fille aux dividendes provenant des filiales non-résidentes et redistribués par une société mère.

Par une note adressée au secrétaire général des affaires européennes, la direction de la législation fiscale répond le 6 décembre 2013 à l'EU Pilot n° 5371/13/TAXUD de la Commission européenne. La DLF se fonde sur une lecture de la lettre du I de l'article 4 de la directive mère-fille pour affirmer que *« la directive ne prohibe que l'imposition (ou la double imposition) de la distribution au moment de sa perception par la société mère »*. De ce fait, la DLF conclut que la contribution additionnelle de 3 % n'entre pas dans le champ de l'article 4 de la directive en ce que *« l'opération appréhendée par cette contribution n'est pas la perception par une société mère de bénéfices distribués par une filiale, mais la distribution par cette société mère à ses associés de bénéfices pouvant inclure, entre autres, des distributions d'amont éligibles au régime prévu à l'article 4.1 de la directive mère-fille »*.

La réponse de la France à l'EU Pilot aborde également les deux autres points évoqués par la Commission et ne propose aucune modification du dispositif en vigueur.

2.2.1.2. En 2015, l'ouverture de la procédure de mise en demeure par la Commission européenne constituait une alerte sérieuse

Considérant que la réponse française à l'EU Pilot n'a pas donné satisfaction, la Commission européenne a décidé le 26 février 2015 de l'ouverture de la procédure de mise en demeure (infraction n° 2013/4329, signée par M. Pierre Moscovici, membre de la Commission) en application de l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²⁰. Elle concerne la possible incompatibilité de la contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés avec les articles 4 et 5 de la directive mère-fille, ainsi qu'avec les libertés d'établissement et de circulation des capitaux au sein de l'Union européenne.

En ce qui concerne l'application de l'article 4 à la contribution additionnelle, la mise en demeure de la Commission reprend le même cas que celui précédemment décrit dans l'EU Pilot du 6 septembre 2013 (cf. § 2.2.1.1) : il s'agit de versements de dividendes entre une sous-filiale établie dans un État membre, une filiale établie en France et sa mère établie dans l'Union. La Commission estime que les dividendes versés par la filiale française à sa société mère devraient être exonérés de la contribution additionnelle.

La Commission européenne fonde son argumentation sur le but de la directive mère-fille, qui est de *« prévenir les doubles impositions économique des dividendes afférents à des participations en chaîne à l'intérieur de l'Union »*. Imposer les bénéfices d'une société mère intermédiaire serait contraire à cet objectif, selon la Commission.

²⁰ Article 258 TFUE : *« Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations.*

Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne. »

Rapport

La réponse de la France, en date du 28 mai 2015, s'appuie sur deux arguments : sur la lecture du texte de l'article 4, qui s'applique à la réception et non à la distribution de dividendes, et sur l'arrêt *Test Claimants in the FII Group Litigation* de la CJUE (affaire C-446/04 du 12 décembre 2012). La Commission démontrait dans sa lettre de mise en demeure que cette jurisprudence ne peut se transposer au cas de la contribution additionnelle en France (ce point est détaillé au § 2.1.5.2).

Selon les interlocuteurs de la mission, la procédure de mise en demeure lancée par la Commission européenne était connue par les avocats fiscalistes, au moins à partir du mois d'avril 2015. La Commission avait notamment informé le cabinet d'avocat Ydès de l'ouverture de cette procédure, par une lettre en date du 28 avril 2015²¹.

Cette mise en demeure de la France n'a pas été suivie d'un avis motivé, ni d'une saisine de la CJUE par la Commission, comme l'autorise l'article 258 TFUE. La question préjudicielle posée par le Conseil d'État qui donnera lieu à la décision de la CJUE du 17 mai 2017 est par ailleurs posée le 27 juin 2016, soit un an et quatre mois après la mise en demeure.

2.2.2. La Cour de justice de l'Union européenne est saisie en janvier 2015 d'un contentieux sur la *fairness tax* belge, comparable à la contribution additionnelle

La Belgique a institué le 30 juillet 2013 une imposition dite « *fairness tax* » qui présentait certaines similitudes avec la contribution additionnelle française. Ces deux impositions ont connu un destin lié devant la Cour de justice de l'Union européenne²².

La *fairness tax* était prélevée, dans certains cas, auprès des sociétés imposables en Belgique à l'occasion de la distribution de dividendes. D'un taux de 5 %, elle était assise sur un montant égal à la différence entre, d'une part, les dividendes bruts distribués au cours de la période imposable et, d'autre part, le résultat fiscal de la société effectivement soumis à l'impôt sur les sociétés. Son introduction, postérieure à la contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés au titre des montants distribués, a été justifiée par le souhait de faire acquitter un impôt minimum lorsqu'une société distribue alors qu'elle n'a pas été imposée sur ses bénéfices en amont, compte tenu du report illimité des pertes et la déductibilité des intérêts notionnels.

La Cour constitutionnelle belge, saisie d'une demande d'annulation des dispositions légales créant la *fairness tax*, renvoie une série de questions préjudicielles à la CJUE, par un arrêt n° 11/2015 du 28 janvier 2015. Parmi ces renvois préjudiciels, la Cour constitutionnelle de Belgique questionne la CJUE sur le champ d'application de l'article 4 de la directive mère-fille.

²¹ <http://www.ydes-avocats.com/fr/actualite/irregularite-de-la-contribution-de-3-sur-les-distributions> :

« Sur la base de cette analyse, nous avons saisi la Commission Européenne d'une plainte en manquement contre la France. Cette plainte a été accueillie favorablement par la Commission qui nous a informés, par la lettre du 28 avril 2015 qu'elle avait "engagé une procédure d'infraction contre la République française au titre de l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, par l'envoi d'une lettre de mise en demeure le 26 février 2015". »

²² La *fairness tax* belge et les contentieux relatifs à cette imposition étaient bien identifiés par la direction de la législation fiscale comme étant liés à la contribution additionnelle française. Une analyse de la *fairness tax* était par exemple présente dans la note de la DLF du 19 juin 2015.

Rapport

La question préjudicielle posée par la Cour constitutionnelle belge a constitué une alerte supplémentaire quant au risque juridique pesant sur la contribution additionnelle française par rapport à l'article 4 de la directive mère-fille, du fait des parallèles établis entre ces deux impositions. Certains interlocuteurs de la mission contestent toutefois la comparaison entre la *fairness tax* et la contribution additionnelle. **La France intervient dans l'instance *fairness tax* en soutien de la Belgique** : si la *fairness tax* peut se distinguer de la contribution additionnelle française, la question de droit posée par la CJUE restait la même pour les deux dispositifs.

Par ailleurs, l'arrêt *Groupe Steria* de la CJUE (affaire C-386/14 du 2 septembre 2015) aurait également renforcé la fragilité juridique de la contribution additionnelle aux yeux de certains cabinets d'avocats et entreprises. Cette décision entraînait un risque pour la contribution additionnelle relatif à la liberté d'établissement, garantie par l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, du fait de l'exonération prévue par l'article 235 ter ZCA du code général des impôts sur les distributions de dividendes entre sociétés d'un même groupe fiscalement intégrés (cf. encadré 11).

Encadré 11 : Arrêt *Steria* de la CJUE et conséquences sur la contribution additionnelle

Le régime de l'intégration fiscale permet à une société mère établie en France de neutraliser la réintégration de la quote-part de frais et charges de 5 % du montant des dividendes qu'elle perçoit d'une autre société française, appartenant au groupe fiscalement intégré. Le régime de l'intégration fiscale n'est pas ouvert à des sociétés qui n'acquittent pas l'impôt sur les sociétés en France.

En réponse à une question préjudicielle posée par la Cour administrative d'appel de Versailles le 29 juillet 2014, la CJUE juge que l'article 49 du TFUE instaurant la liberté d'établissement, « *s'oppose à une législation d'un État membre relative à un régime d'intégration fiscale en vertu de laquelle une société mère intégrante bénéficie de la neutralisation de la réintégration d'une quote-part de frais et charges forfaitairement fixée à 5 % du montant net des dividendes perçus par elle des sociétés résidentes parties à l'intégration, alors qu'une telle neutralisation lui est refusée, en vertu de cette législation, pour les dividendes qui lui sont distribués par ses filiales situées dans un autre État membre qui, si elles avaient été résidentes, y auraient été objectivement éligibles, sur option.* »

La différence de traitement entre les sociétés résidentes et les sociétés non résidentes était donc, en l'espèce, contraire à la liberté d'établissement telle que définie à l'article 49 du TFUE. Or, la contribution additionnelle de 3 % prévoit une exonération pour la distribution des dividendes au sein des groupes fiscalement intégrés. Cette exonération n'est pas ouverte aux sociétés non résidentes. C'est en ce sens que l'article 235 ter ZCA du code général des impôts aurait pu être invalidé par la CJUE.

Source : CJUE, *Steria*, affaire C-386/14 du 2 septembre 2015 ; mission.

Rapport

2.2.3. Les débats de doctrine mettaient de plus en plus clairement en évidence les fragilités juridiques de la contribution additionnelle

2.2.3.1. Des articles de doctrine ont questionné la conformité du dispositif vis-à-vis de l'article 4 de la directive mère-fille dès 2012 et 2013

Outre l'article publié dans la Revue de droit fiscal en octobre 2012, un article de la revue de droit fiscal du 7 mars 2013, intitulé « *Contribution de 3 % au titre des montants distribués : quelle compatibilité avec les engagements internationaux de la France ?* », de M. Emmanuel Dinh²³, a analysé la compatibilité de la contribution additionnelle au droit européen et au droit conventionnel. L'auteur étudie plusieurs fragilités juridiques du dispositif. Notamment, il écarte les doutes liés à la qualification de retenue à la source, prohibée par l'article 5 de la directive mère-fille, mais questionne la validité des exonérations décidées par le législateur. Il identifie clairement le point de droit sur lequel la CJUE s'est *in fine* fondée dans son arrêt du 17 mai 2017, c'est-à-dire la conformité de l'article 235 ter ZCA du code général des impôts à l'article 4 de la directive mère-fille. Il oppose une « *interprétation téléologique des dispositions de la directive* » à une « *interprétation trop restrictive, fondée sur la casuistique complexe de la distinction entre perception et redistribution des revenus concernés* », affirmant que la première devrait primer sur la seconde.

À titre d'exemple, un article intitulé « *Quid de la compatibilité de la contribution additionnelle à l'IS de 3% sur les dividendes avec les engagements internationaux de la France ?* » a été publié en 2013 sur le site internet de la société d'avocats Taj²⁴. Il passe en revue plusieurs sujets d'incertitude sur la compatibilité de la contribution additionnelle avec le droit conventionnel et le droit européen. Le risque relatif à l'article 4 de la directive mère-fille est alors évoqué en dernier et l'applicabilité en l'espèce de l'article 4 est jugée « *discutable* ».

2.2.3.2. La non-conformité du dispositif vis-à-vis de l'article 4 de la directive mère-fille aurait été mentionnée au cours des assises de la fiscalité des entreprises, au début de l'année 2014

Les assises de la fiscalité des entreprises, au début de l'année 2014, ont donné lieu à une prise de position de M. Philippe Derouin au sujet de la contribution additionnelle. Au sein du groupe 4, en charge des relations entre l'administration et les entreprises et présidé par M. Guillaume Goulard, conseiller d'État, et M. Hervé Le Lous, président de la société VivaSanté, il a contribué au titre de la première partie (sur l'élaboration de la norme fiscale), où il donnait l'exemple de la contribution additionnelle comme un texte sur lequel le législateur avait pris des risques juridiques trop grands²⁵.

Il proposait par ailleurs un texte modifiant l'article 235 ter ZCA du code général des impôts, afin de le mettre en conformité avec les dispositions de la directive mère-fille et les stipulations des conventions internationales contre la double imposition. Il proposait notamment de déduire de l'assiette de la contribution additionnelle les produits de participations ayant ouvert droit au régime des sociétés mères et filiales défini aux articles 145 et 216 du même code perçus par la société distributrice.

²³ Maître de conférences à l'université Paris Ouest-Nanterre-La Défense, avocat, STC Partners.

²⁴ <https://taj-strategie.fr/quid-de-compatibilite-de-contribution-additionnelle-a-lis-de-3-dividendes-engagements-internationaux-de-france> consulté le 9 novembre 2017.

²⁵ « *Est-ce le rôle du législateur national de "tenter sa chance" en adoptant des textes dont il apparaît dès l'abord, qu'ils sont d'une compatibilité douteuse ? Raisonner en termes de conflits de normes afin de tester la limite n'est pas satisfaisant pour la sécurité juridique dans l'intérêt tant de l'État que des entreprises.* »

Rapport

Cette intervention au sujet de l'article 235 ter ZCA du code général des impôts n'a pas été transcrite dans les conclusions du groupe 4 des assises. Il apparaît, selon les interlocuteurs de la mission, que cette proposition n'a pas été diffusée au sein de l'administration. Elle n'est pas non plus remontée à l'administration par le biais des associations représentant les entreprises.

2.2.3.3. Les colloques de l'IACF du 12 mai 2015 et de l'IFA du 8 octobre 2015 marquent un tournant dans la prise de conscience des risques juridiques pesant sur la contribution additionnelle

L'institut des avocats conseils fiscaux (IACF) a organisé le 12 mai 2015 un colloque intitulé « *la contribution de 3 % à l'épreuve du droit de l'Union européenne* ». M. Stéphane Austry, M. Olivier Dauchez et M. Philippe Derouin étaient invités à intervenir.

Selon les supports de ce colloque, la contestation du dispositif au titre du droit de l'Union européenne apparaît sérieuse, dès le mois de mai 2015. Les intervenants voient deux éléments nouveaux pouvant justifier cette situation : la question préjudicielle posée par la Cour constitutionnelle belge à la CJUE sur la *fairness tax* (cf. § 2.2.2) et la procédure de mise en demeure contre la France (cf. § 2.2.1.2). Les enjeux y sont présentés comme importants : « *selon les griefs et les estimations, le produit de la contribution pourrait être réduit de moitié* ».

Les supports du colloque confirment que si des risques existaient dès cette période vis-à-vis du droit de l'Union européenne, il n'y avait pas d'accord de place ni de certitude sur le grief à retenir. Plusieurs griefs étaient alors disponibles : les libertés d'établissement et de circulation des capitaux, l'article 4 et l'article 5 de la directive mère-fille.

Concernant le grief relatif à l'article 4 – celui sur lequel la CJUE s'est *in fine* fondé – les intervenants ont soutenu que l'article 4 « *ne distingue pas selon que l'imposition prohibée est perçue lors de la réception du dividende par la société mère ou à un stade ultérieur, tel que leur redistribution par la société mère* ». Ils mettent en évidence le fait que cette interprétation de la directive mère-fille serait contraire à la lecture du Conseil d'État (CE, 3 juillet 2009, Accor et Rhodia). Par ailleurs, elle pourrait s'étendre aux dividendes reçus de filiales nationales, voire de pays tiers, afin d'éviter l'apparition de discriminations.

Ces développements mettent en évidence dès le mois de mai 2015 les points sur lesquels la CJUE et le Conseil constitutionnel se sont *in fine* fondés pour rendre les décisions du 17 mai 2017 et du 6 octobre 2017. Pour autant, les supports du colloque développent avec une égale attention les griefs relatifs à la non-conformité vis-à-vis des libertés d'établissement et de circulation des capitaux, et de l'article 5 de la directive mère-fille. Ce dernier grief est notamment incompatible avec le grief portant sur l'article 4 de la même directive, l'article 5 correspondant à une retenue à la source et l'article 4 à un supplément d'impôt sur les sociétés.

Le 8 octobre 2015, l'*International fiscal association* (IFA) a organisé un colloque intitulé « *la fiscalité des distributions au sein des groupes de sociétés : actualité et perspectives* »²⁶. Au cours du colloque, le débat relatif à la taxe de 3 % s'est ouvert sur sa compatibilité avec l'article 5 de la directive mère-fille. Il s'agissait alors de savoir si la contribution additionnelle constituait une retenue à la source, prohibée par l'article 5.

²⁶ Actes du colloque : « la fiscalité des distributions au sein des groupes de sociétés : actualité et perspectives », soirée annuelle de l'IFA du 8 octobre 2015, publiés au n° 47 de la Revue de droit fiscal, le 19 novembre 2015.

Rapport

Lorsque la conformité de la taxe de 3 % à l'article 4 de la directive est évoquée, la question est introduite par M. Gauthier Blanluet, professeur à l'université Panthéon-Assas et avocat (Sullivan & Cromwell), comme étant « *sans doute la plus difficile* ». Le sous-directeur de la prospective et des relations internationales de la direction de la législation fiscale, présente une distinction qu'il estime compatible avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, entre l'imposition de dividendes entrants sous forme de bénéfices et l'imposition au stade ultérieur de la redistribution ; ce deuxième cas ne serait pas, selon lui, un impôt sur les bénéfices. Il appuie son argumentation sur l'arrêt de la CJUE *Test Claimants in the FII Group Litigation* du 12 décembre 2006²⁷ relatif à l'*advanced corporate tax*, un impôt anticipé britannique sur l'impôt sur les sociétés, dans lequel la Cour de justice a considéré que cet impôt avancé était différent de l'impôt sur les sociétés. Selon M. Gauthier Blanluet, la comparaison avec l'*advanced corporate tax* britannique n'est pas opérante, en ce que cet impôt « *constitue une avance sur l'IS, une imposition provisoire qui peut en tout état de cause être déduite du montant d'IS britannique finalement dû par le contribuable* » et qu'il ne crée dès lors pas de double imposition, contrairement à la contribution additionnelle française.

Le sous-directeur de la prospective et des relations internationales de la DLF considère que la double imposition se limite au seul impôt sur les sociétés, et que « *si le juge va au-delà de toutes segmentations conceptuelles, cela devient compliqué pour les États comme pour les entreprises de se repérer. Il faut forcément qu'il y ait une limite, et il est difficile de savoir exactement où elle se trouve* ». Sur ce point, la CJUE a jugé dans sa décision du 17 mai 2017 (au point 33) que le fait que la contribution additionnelle se distinguait ou non de l'impôt sur les sociétés était sans conséquence sur le respect de l'article 4 de la directive mère-fille : « *il importe peu que la mesure fiscale nationale soit ou non qualifiée d'impôt sur les sociétés. À cet égard, il suffit de constater que l'application de l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive mères-filiales n'est pas subordonnée à un impôt en particulier. En effet, cette disposition prévoit que l'État membre de la société mère s'abstient d'imposer les bénéfices distribués par sa filiale non-résidente. Ladite disposition vise ainsi à éviter que les États membres n'adoptent des mesures fiscales qui conduisent à une double imposition de tels bénéfices dans le chef des sociétés mères.* »

2.2.4. Les réclamations des entreprises ont très fortement augmenté à partir de la fin de l'année 2015

Selon les données du service juridique de la fiscalité, de la direction générale des finances publiques, la première réclamation d'entreprise relative à la contribution additionnelle est déposée en décembre 2013, pour un montant de 6 M€. Peu de réclamations sont ensuite déposées : 23 en cumulé jusqu'au 1^{er} janvier 2015 et 220 au 1^{er} décembre 2015 (pour un montant de 533 M€).

Le mois de décembre 2015 marque une accélération sensible du dépôt des réclamations, avec 429 nouvelles réclamations déposées pour un montant de 2,4 Md€. Cette augmentation rapide peut s'expliquer par les publications et colloques de l'année 2015. La mise en demeure de la France par la Commission et le renvoi de la question préjudicielle sur l'affaire *fairness tax* peuvent également en expliquer une partie. Il s'agissait surtout, en décembre 2015, de se prémunir de la prescription qui allait toucher les montants versés au titre de la contribution additionnelle pour 2013, première année complète d'imposition. Plusieurs cabinets d'avocats encourageaient les entreprises à déposer des réclamations pour cette raison²⁸.

²⁷ CJUE, 12 décembre 2006, affaire C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

²⁸ À titre d'exemple, une courte analyse juridique et la mention suivante ont été publiées le 9 avril 2015 sur le site internet <http://www.avocat-fiscaliste-flin.fr/publication-23914-contribution-additionnelle-de-3-pourcent-sur-les-dividendes-lheure-des-reclamations-a-sonne.html> : « *Votre cabinet se tient à votre disposition pour approfondir avec vous ces points et vous accompagner dans la préparation de réclamations. Les demandes de restitution peuvent*

Rapport

Suite au mois de décembre 2015, la progression du nombre de réclamations déposées et des droits contestés est régulière jusqu'à la moitié de l'année 2017. Au 31 octobre 2017, le service juridique de la fiscalité dénombre 6 388 réclamations, pour un montant de 7,9 Md€ (hors intérêts moratoires).

La contribution additionnelle de 3 % faisait l'objet d'un suivi régulier et d'une remontée d'information aux cabinets des ministres ainsi qu'à la direction générale du Trésor, à la direction du budget et à la direction de la législation fiscale au titre du suivi des enjeux des principaux litiges fiscaux de l'État. À partir de février 2015, la procédure de contentieux de série a été déclenchée, afin de suivre de façon plus précise l'évolution des réclamations. Dans une note au Ministre des finances et comptes publics en date du 5 février 2016²⁹, le directeur général des finances publiques indique que le litige portant sur la contribution additionnelle de 3 % « présente un risque de décaissement évalué à 3,1 Mds€ ». Cette même note précise que « le risque d'une décision défavorable de la CJUE est élevé » et que « la récente décision du 3 février 2016 du Conseil constitutionnel dans le cadre d'une QPC posée par la société Metro Holding [cf. encadré 13] relative aux discriminations à rebours est susceptible d'ouvrir un second volet du contentieux relatif à la « taxe de 3% » ».

Comme pour les autres contentieux de masse, au titre de l'exercice 2015, le contentieux de la taxe de 3 % a fait l'objet d'une provision pour risques sur litiges fiscaux dans les comptes de l'État³⁰ qui a été évaluée à hauteur de 3,1 Md€ (2,9 Md€ en droits et 227 M€ en intérêts moratoires). Cette provision, examinée par la Cour des comptes dans le cadre de la procédure de certification, s'est fondée sur les montants contestés et sur une évaluation des intérêts moratoires associés (cf. encadré 12).

Selon le service juridique de la DGFIP, les réclamations des entreprises se fondaient souvent sur plusieurs griefs à la fois. Autrement dit, le grief tiré de la non-conformité de la contribution additionnelle à l'article 4 de la directive mère-fille n'était pas considéré comme un moyen certain et suffisant d'invalidité du dispositif vis-à-vis du droit de l'Union européenne.

Encadré 12 : Le provisionnement comptable du risque contentieux

Le risque de décaissements liés à des contentieux fiscaux fait l'objet d'une provision enregistrée dans le compte général de l'État. Cette provision est réévaluée chaque année.

Dans le cadre d'un contentieux de série, le risque est évalué en fonction du montant des droits contestés, auxquels l'administration applique un taux de dégrèvement identique à toutes les affaires relevant de ce contentieux : plus le risque d'un dénouement favorable pour l'État est élevé, plus le risque est faible, et plus le montant provisionné sera bas. Au cas d'espèce, 100 % des montants contestés ont été provisionnés. La procédure de provisionnement fait l'objet d'échanges entre la DGFIP chargée d'établir le compte général de l'État et la Cour des comptes dans le cadre de l'exercice de certification³¹.

La mise en œuvre de cette procédure dans le cadre du contentieux sur la contribution de 3% sur les montants distribués s'est traduite :

- dans les comptes 2015 par une provision de 3 082 M€ (2 855 M€ en droits et 227 M€ en intérêts moratoires) ;

porter sur la contribution acquittée à raison des distributions mises en paiement en 2013, 2014 et 2015. Pour la contribution payée en 2013, les réclamations peuvent être adressées à l'administration jusqu'au 31 décembre 2015. »

²⁹ Note du directeur général des finances publiques au Ministre des finances et des comptes publics en date du 5 février 2016 et ayant pour objet « les enjeux des principaux litiges fiscaux ».

³⁰ En comptabilité générale et donc sans impact budgétaire.

³¹ Cour des comptes, Certification des comptes de l'État pour l'exercice 2015, mai 2016, § 242 : « Comme chaque année, un suivi des réserves ou des parties de réserve levées au cours des exercices précédents a été réalisé, concernant notamment : (...) les contentieux fiscaux de série et les passifs non financiers résultant d'accords bien définis (...) ».

Rapport

- dans les comptes 2016 par une provision de 5 933 M€ (5 360 M€ en droits et 572 M€ en intérêts moratoires).

Cette méthode de provisionnement appelle deux remarques :

- les provisions ainsi calculées ne tiennent compte que des litiges fiscaux déclarés, sans tenir compte du risque de contestation par d'autres redevables des montants non encore prescrits et pour les mêmes motifs. À cet égard, la provision inscrite peut apparaître comme trop limitée ;
- le choix de provisionner à 100 % les montants contestés peut en revanche être considéré comme prudent. En effet, comme indiqué ci-après, même après la décision de la CJUE, le scénario d'une censure totale par le Conseil constitutionnel n'était pas celui privilégié par l'administration ou par la doctrine.

Enfin, il faut souligner que ces provisions n'apparaissent qu'en comptabilité générale de l'État. Elles n'ont d'impact ni en comptabilité budgétaire ni en comptabilité nationale. Ainsi que le relevait récemment la Cour des comptes³², dans les débats parlementaires, « *un intérêt limité* » est porté « *aux écritures comptables n'ayant pas de traduction immédiate en caisse, par exemple les provisions pour risques* ».

Tableau 1 : Nombre de réclamations et droits contestés, depuis 2012

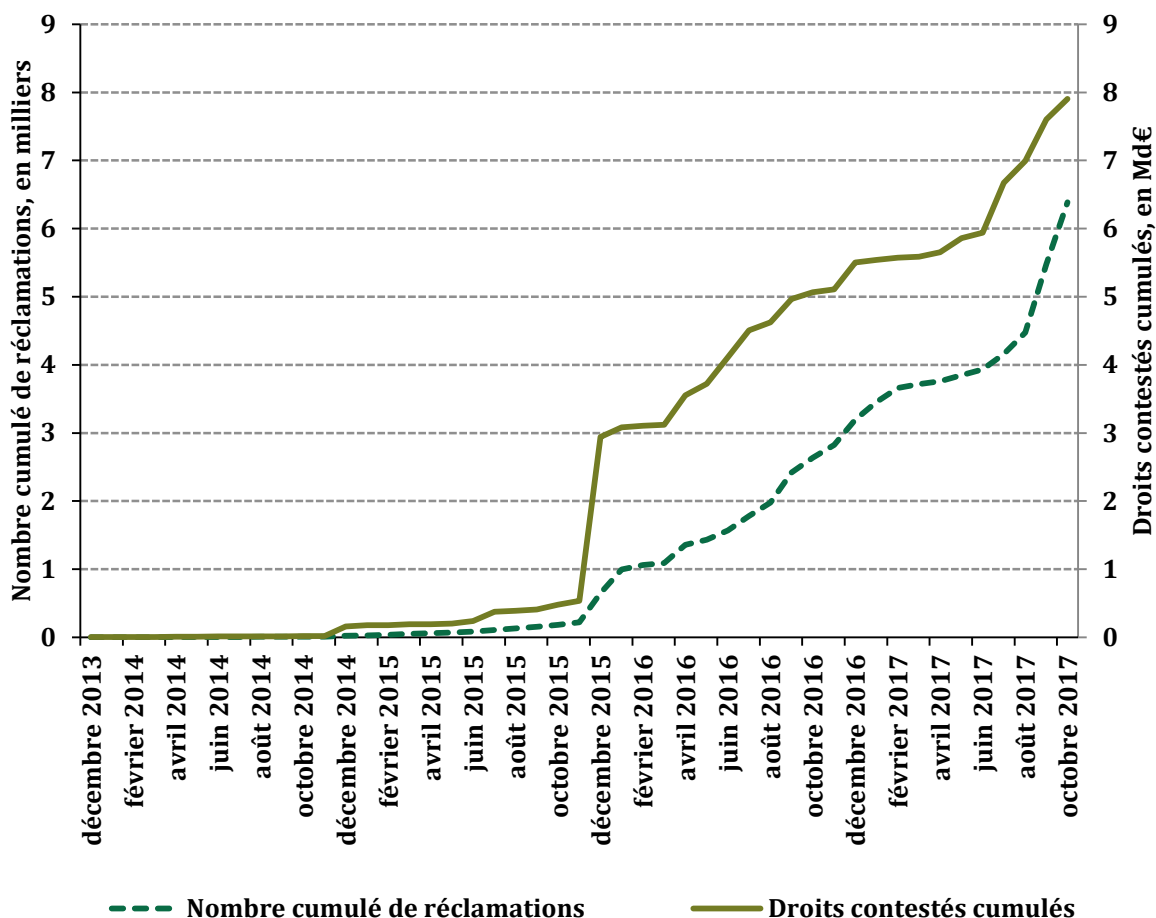
Année	Nombre de réclamations	Droits contestés (en €)
2012	0	0
2013	1	6 013 272
2014	22	155 190 153
2015	626	2 781 883 442
2016	2 545	2 559 090 824
2017*	3 194	2 402 916 145
Total	6 388	7 905 093 836

Source : Service juridique de la fiscalité, Sous-direction du contentieux des impôts des professionnels, bureau JF-2A.

* Année 2017 : jusqu'au 31 octobre.

³² La comptabilité générale de l'État, dix ans après, Cour des comptes, février 2016.

Graphique 2 : Nombre de réclamations et montants des droits contestés cumulés, de la première réclamation (en décembre 2013) au 31 octobre 2017



Source : Service juridique de la fiscalité, Sous-direction du contentieux des impôts des professionnels, bureau JF-2A.

2.2.5. La mise en conformité du dispositif au regard de l'article 4 de la directive mère-fille se heurtait à des difficultés techniques

2.2.5.1. L'administration fiscale alerte le cabinet du ministre des finances et des comptes publics, invite à des contacts politiques mais ne formule pas de proposition législative

Par une note au ministre datée du 19 juin 2015, la DLF a alerté le cabinet du ministre des finances et des comptes publics sur les risques juridiques élevés pesant sur la contribution additionnelle vis-à-vis de l'article 4 de la directive mère-fille (ainsi que sur la neutralisation de la quote-part pour frais et charges). Dans la transmission de cette note, la directrice de la législation fiscale, a pointé qu'il s'agissait de deux dossiers « *potentiellement aux conséquences lourdes* ».

L'article 4 est considéré dans cette note comme « *un moyen sérieux de contestation* ». Le risque juridique identifié par la DLF concerne les redistributions soumises à la taxe de 3 % versées à un bénéficiaire tant en France que dans un autre État membre. Selon la DLF, « *l'issue d'un contentieux [relatif à l'application de l'article 4 de la directive] devant la CJUE paraît incertaine et ferait courir un risque important au budget de l'État* ». La note précise que les contribuables pourraient prétendre à la restitution des montants d'imposition prélevés en contravention avec le droit européen au titre des deux années précédant leur prélèvement, auxquels s'ajoutent les intérêts légaux. Malgré le faible niveau de réclamations – en comparaison de celui atteint dès décembre 2015 – la note de la DLF met en avant l'augmentation des réclamations contentieuses introduites devant l'administration et les tribunaux administratifs (32 réclamations, pour un montant de 202 M€ au moment de l'élaboration de la note du 19 juin 2015).

Pour mettre en conformité le dispositif en cas d'un jugement allant dans le sens de la lecture de la Commission, la note de la DLF identifie la question de la discrimination à rebours – sans la nommer – et indique que le champ de la contribution devrait alors exclure les redistributions de dividendes reçus par les sociétés françaises dans le contexte du régime mère-fille ainsi que les redistributions de dividendes reçus de sociétés résidentes. La conséquence d'une mise en conformité sur le rendement de la contribution est estimée par la DLF à « *la moitié du rendement actuel* ».

La note du 19 juin 2015 de la DLF recommande des prises de contacts politiques à haut niveau à la Commission, « *afin de permettre aux autorités françaises de faire valoir leurs arguments à un niveau approprié. Les échanges techniques qui ont en effet prévalu jusqu'ici ne dépendent pas à l'enjeu de ce dossier* ».

Par ailleurs, **du fait du caractère contradictoire entre les deux griefs reprochés par la Commission (articles 4 et 5 de la directive mère-fille), aucune proposition opérationnelle n'est faite par la DLF pour adapter et sécuriser la contribution additionnelle.**

Malgré le caractère alarmiste de la note de la DLF en date du 19 juin 2015, il ressort des notes transmises à la mission qu'aucune adaptation du dispositif n'est envisagée. Aucune note n'est transmise au ministre au sujet de la contribution additionnelle jusqu'au 11 octobre 2016.

2.2.5.2. Le 23 novembre 2015, à la suite d'une confusion, le secrétaire d'État au budget, semble reconnaître que la France n'est pas en conformité avec le droit européen et annonce une modification de la contribution additionnelle par voie d'amendement

Au cours de la séance du 23 novembre 2015 du Sénat, consacrée à l'examen de la loi de finances pour 2016, M. Christian Eckert, secrétaire d'État au budget, a pris la parole au sujet d'un amendement parlementaire visant à doubler le taux de 3 % appliqué au versement de dividendes dans le cadre de la contribution additionnelle. Évoquant le régime des sociétés mères et de leurs filiales, les conséquences de l'arrêt Steria et le dispositif de la contribution additionnelle, il a déclaré : « *Pardonnez-moi d'être quelque peu elliptique, mesdames, messieurs les sénateurs, mais sachez, en tout cas, que la France n'est pas en conformité avec le droit européen en la matière. Dès lors, accroître le taux de la contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés au titre des montants distribués nous éloignerait encore davantage de ce que la Commission européenne attend de nous.* »

Rapport

Plus haut dans son intervention, le secrétaire d'État a annoncé la modification de la contribution additionnelle par voie d'amendement, en loi de finances rectificative, afin de la « corriger » : *« Nous aurons probablement à étudier la cohérence de cette contribution avec les autres régimes en vigueur. Nous sommes d'ailleurs en train de travailler sur cette question, même si nous ne serons vraisemblablement pas prêts pour le prochain projet de loi de finances rectificative. En revanche, à l'occasion de l'examen de ce texte, nous devrions être en mesure d'introduire par voie d'amendement un dispositif qui corrige le système d'imposition créé par cette contribution additionnelle. »*

Ces annonces faites en séance au Sénat faisaient en fait référence à l'action du Gouvernement pour tirer les conséquences de l'arrêt Steria de la CJUE (cf. encadré 11, p. 24). Elles ont pu conduire certains avocats à précipiter le dépôt de réclamations contentieuses. **Elles auraient été déposées en toutes hypothèses du fait des fragilités juridiques et des délais de prescription.**

2.3. À la fin de l'année 2016, le dispositif a été adapté sans pouvoir prendre en compte la construction concomitante de sa jurisprudence par la Cour de justice de l'Union européenne

2.3.1. Une première décision du Conseil constitutionnel a invalidé une partie du dispositif, sur un point de droit distinct de celui invoqué par la suite par la Cour de justice de l'Union européenne

2.3.1.1. Le Conseil constitutionnel a jugé le 30 septembre 2016 que l'exonération des dividendes versés au sein des groupes fiscalement intégrés n'était pas conforme à la Constitution

Le 27 juin 2016, le Conseil d'État saisit le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) par une décision n° 399506. Cette question a été posée pour la société Layher.

Dans sa décision n° 2016-571 QPC du 30 septembre 2016, le Conseil constitutionnel constate que l'article 235 ter ZCA en vigueur exonère les distributions de dividendes entre sociétés d'un même groupe fiscalement intégré de la contribution additionnelle : *« en sont exonérées, en vertu des dispositions contestées, les distributions réalisées entre sociétés du même groupe fiscalement intégré au sens de l'article 223 A du code général des impôts. Cet article permet, sur option, à une société de se constituer seule redevable de l'impôt sur les sociétés dû sur l'ensemble des résultats du groupe formé par elle-même et par les sociétés dont elle détient, directement ou indirectement, au moins 95 % du capital. Le régime de l'intégration fiscale a pour objet, en matière d'impôt sur les sociétés, de compenser, au titre d'un même exercice, les résultats bénéficiaires et déficitaires des sociétés membres du groupe. »*

A contrario, le Conseil constitutionnel constate que *« sont exclues du bénéfice de cette exonération les distributions réalisées entre sociétés d'un même groupe dès lors que celui-ci ne relève pas du régime de l'intégration fiscale, même si la condition de détention de 95 % fixée par l'article 223 A est remplie. Il en va ainsi pour les filiales françaises de sociétés étrangères qui se trouvent dans l'impossibilité de constituer un groupe fiscalement intégré avec leur société mère dès lors que, n'étant pas établie en France, cette dernière n'est pas assujettie à l'impôt sur les sociétés. Il en résulte, lorsque la condition de détention est satisfaite, une différence de traitement entre les sociétés d'un même groupe qui réalisent, en son sein, des distributions, selon que ce groupe relève ou non du régime de l'intégration fiscale. »*

Rapport

Constatant une différence de traitement et considérant que celle-ci n'est justifiée par aucune raison d'intérêt général (mais seulement un objectif de rendement), le Conseil constitutionnel juge qu'il y a violation du principe d'égalité devant la loi et devant les charges publiques. Il reporte l'abrogation de l'exonération du régime de groupe fiscalement intégré au 1^{er} janvier 2017.

2.3.1.2. La contribution additionnelle a été adaptée en loi de finances rectificative pour le mettre en conformité avec la décision du Conseil constitutionnel, sans que cette réforme n'ait une incidence sur le point de droit litigieux devant la CJUE

Par une note au ministre en date du 11 octobre 2016, la direction de la législation fiscale propose des adaptations de l'article 235 ter ZCA du code général des impôts pour le mettre en conformité avec la décision prise le 30 septembre 2016 par le Conseil constitutionnel. Deux options étaient envisagées :

- ♦ l'extension du champ de l'exonération aux distributions entre sociétés – y compris non résidentes – qui sont susceptibles de constituer un groupe fiscal ;
- ♦ la suppression totale de l'exonération sur les groupes fiscalement intégrés.

Il a été décidé de retenir la première option : l'extension de l'exonération aux groupes qui remplissent les conditions pour être fiscalement intégrés. Cette condition étant fixée à une détention directe ou indirecte d'au moins 95 % du capital de la filiale, elle ne recouvrait pas la notion de mère-fille définie dans le droit de l'Union européenne, qui retient une détention minimale de 10 %. Ainsi, cette exonération étendue était sans incidence sur le point de droit qui a entraîné l'invalidation du dispositif par la CJUE le 17 mai 2017.

La proposition d'adaptation du dispositif est intégrée au projet de loi de finances rectificative pour 2016 ; elle ne fait l'objet d'aucune disjonction ni d'aucune alerte particulière au Gouvernement par le Conseil d'État. Le projet de loi est déposé à l'Assemblée nationale le 18 novembre 2016.

2.3.2. En décembre 2016, la réforme du dispositif ne pouvait pas intégrer la construction concomitante de sa jurisprudence par la CJUE

2.3.2.1. Les conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott sur la fairness tax belge ne laissaient subsister que peu de doutes sur la non-conformité du dispositif français

Le 17 novembre 2016, l'avocate générale M^{me} Juliane Kokott présente ses conclusions sur l'affaire C-68/15, dans laquelle la CJUE répond à une question préjudicielle posée par la Cour constitutionnelle belge au sujet de la *fairness tax* (cf. § 2.2.2). La France a présenté des observations dans le cadre de cette affaire.

Parmi les trois questions posées à la CJUE par la Cour constitutionnelle belge, la troisième concerne l'application de l'article 4 de la directive mère-fille à la *fairness tax*. Elle intéressait en ce sens la résolution de la question préjudicielle posée par le Conseil d'État à la CJUE le 27 juin 2016.

Rapport

Plus précisément, selon le texte des conclusions de M^{me} Juliane Kokott : « la question préjudicielle vise une configuration de faits dans laquelle une société établie en Belgique reçoit elle-même des dividendes, comme maillon intermédiaire d'une chaîne de distribution de dividendes, et les (re)distribuent ensuite à son tour. La question repose en outre sur la prémisse que ces dividendes, dans la mesure où ils sont (re)distribués plus tard que dans l'année au cours de laquelle ils ont été perçus, seront soumis à une charge fiscale plus élevée que celle qu'autorise l'article 4, paragraphe 3, de la directive mère-filiale [5 % au titre des frais et charges]. »

Selon l'avocate générale : « n'est pas compatible avec la directive mère-filiale une situation dans laquelle les bénéfices d'une société sont soumis, dans le chef d'une société qui se trouve à un niveau plus élevé dans la chaîne des participations, à une imposition d'un montant plus élevé que celui qu'autorise l'article 4 de la directive ». Elle ajoute : « est par ailleurs dépourvue de pertinence la question de savoir si l'impôt est prélevé à l'occasion de la perception des dividendes ou à l'occasion de la redistribution. Toute autre interprétation aurait pour effet qu'un État membre pourrait contourner ses obligations au titre de la directive en modifiant la technique de perception de l'imposition. » Dans son argumentation, M^{me} Juliane Kokott rejette les arguments relatifs à l'arrêt *Test Claimants in the FII Group Litigation* (cf. § 2.1.5.2), considérant qu'il s'agit d'un cas différent et que la décision de la CJUE n'est pas applicable en l'espèce.

M^{me} Juliane Kokott fonde une partie de son argumentation sur « l'économie et la finalité de la directive mère-filiale » et prend en considération son « effet utile » pour appliquer l'article 4 de la directive mère-fille aux cas de redistributions de dividendes perçus.

La CJUE décide le 29 novembre 2016 de statuer sans audience, sans plaidoiries et sans conclusion de l'avocat général en ce qui concerne l'affaire C-365/16, *Afep contre ministre des finances et des comptes publics*, transmise sous forme de question préjudicielle par le Conseil d'État le 27 juin 2016. **Il apparaît à ce stade de façon quasi-certaine que ces conclusions sur la *fairness tax* belges sont transposables à la contribution additionnelle française.**

2.3.2.2. L'évolution concomitante des contentieux devant la CJUE ne pouvait être prise en compte au moment de la réforme du dispositif en projet de loi de finances rectificative pour 2016

La CJUE décide le 29 novembre 2016 de statuer sans audience, sans plaidoiries et sans conclusion de l'avocat général sur l'affaire *Afep*. Par une lettre envoyée le 1^{er} décembre 2016 et reçue au secrétariat général des affaires européennes le 2 décembre 2016 par l'application E-Curia, le greffe de la CJUE a informé le SGAE de sa décision du 29 novembre 2016. Selon les interlocuteurs de la mission, la direction de la législation fiscale réceptionne cette information le 5 décembre 2016, par un message du SGAE adressé à la sous-direction E, en charge de la prospective et des relations internationales. La sous-direction B de la DLF, en charge de la fiscalité des entreprises, et la directrice de la législation fiscale sont informées le 9 décembre 2016.

À cette date, l'invalidation du dispositif par la CJUE est quasiment certaine. Pour autant, la proposition de modification de l'article 235 ter ZCA du code général des impôts, visant à l'adapter à la décision du 30 septembre 2016 du Conseil constitutionnel, continue de façon concomitante son parcours au Parlement. Au 9 décembre 2016, le PLFR a déjà été :

- ◆ discuté en commission des finances de l'Assemblée nationale le 30 novembre ;
- ◆ discuté en séance du 5 au 7 décembre ;
- ◆ adopté par l'Assemblée nationale le 7 décembre ;
- ◆ déposé au Sénat le 8 décembre, pour un travail en commission des finances dès le 9 décembre.

Rapport

La note au ministre de la DLF, en date du 11 octobre 2016, analysait la nécessité de répondre à deux enjeux :

- ♦ l'adaptation de la contribution additionnelle à la décision du Conseil constitutionnel, qui a donné au législateur jusqu'au 1^{er} janvier 2017 pour redéfinir un champ d'exonérations du dispositif conforme à la Constitution ;
- ♦ la prise en compte des griefs de la Commission européenne pendant la mise en demeure, qui sont repris par les requérants devant la CJUE dans le cadre des affaires *Afep* et *fairness tax*.

La note signale qu'« *un règlement global assurant la mise en conformité de la contribution à la fois avec la récente décision du Conseil constitutionnel et avec le droit de l'UE serait souhaitable, tant pour des raisons de pilotage budgétaire que de sécurité juridique pour les entreprises, mais n'est pas envisageable avant de connaître les griefs qui seront retenus au niveau européen* ». Notamment, le Conseil d'État a posé deux questions à la CJUE (une sur l'application de l'article 4 de la directive mère-fille et une autre sur l'article 5) ; il n'était pas possible, en amont, de connaître le contenu de la décision de la Cour de justice, ni l'article sur lequel elle se fonderait.

Une note complémentaire de la DLF en date du 17 octobre 2016, faisant suite à une demande du conseiller fiscal du Premier ministre, évoque notamment un scénario de mise en conformité avec l'article 4 de la directive mère-filles³³ mais relève que la constitutionnalité de cette mise en conformité est sujette à caution en l'absence de décision expresse de la CJUE puisque « *l'exclusion des distributions éligibles au régime mère-fille [devrait] correspondre à une obligation de mise en conformité avec la directive* ».

Considérant ces éléments de calendrier et d'incertitude juridique (et « *sauf accélération, peu probable, du calendrier communautaire* » comme l'indique la note de la DLF), **le législateur pouvait seulement corriger la contribution additionnelle sur le champ constitutionnel au moment du projet de loi de finances rectificative pour 2016.**

Il faut également relever que la réalisation d'une analyse coûts/avantages fin 2016 aurait plutôt encouragé à attendre la décision finale de la CJUE. À ce stade avancé de la procédure contentieuse, il y avait beaucoup à gagner dans l'hypothèse d'une décision favorable de la CJUE (même si la probabilité de ne pas être condamné par la CJUE était faible) et les pertes sur le plan budgétaire, en cas de jugement défavorable de la Cour de justice, dépendaient plus des réclamations relatives aux quatre années de perception de la contribution que des réclamations à venir sur les quelques mois restant avant la conclusion de la phase contentieuse.

Par ailleurs, il n'était à ce stade pas anticipé que le Conseil constitutionnel invaliderait l'intégralité du dispositif une fois les griefs relatifs au droit de l'Union européenne jugés. Dans l'hypothèse – assez improbable à l'époque – d'une censure *in fine* complète de la taxe, les intérêts moratoires au titre des acomptes de la contribution versés en 2017 (et dans l'hypothèse d'un remboursement fin 2017) auraient été de l'ordre de 40 M€.

De ce fait, **amender – voire supprimer – la contribution additionnelle, en fin d'année 2016, aurait représenté à la fois :**

- ♦ **un risque juridique** (du fait de la nécessité de légiférer vite et dans un univers incertain, en amont des décisions des juges européens et constitutionnels) ;
- ♦ **un risque de perte de recettes** (sur des pans de la contribution qui auraient pu ne pas faire l'objet d'une invalidation par les juges européens et constitutionnels).

³³ Il s'agirait « *d'extourner de l'assiette brute de la contribution la part du bénéfice distribué correspondant à des redistributions de ces dividendes* ».

Au titre de l'exercice 2016, de nouvelles provisions pour risques ont été inscrites dans la comptabilité générale de l'État (cf. encadré 12). En revanche, du fait des difficultés à anticiper l'issue du contentieux et surtout le rythme des décaissements associés en 2017, la loi de finances pour 2017 votée fin 2016 n'intégrait pas de prévisions de décaissement budgétaire. De même, le programme de stabilité pour la période 2017-2020 présenté en Conseil des ministres le 12 avril 2017 n'intégrait pas les probables remboursements associés au contentieux dans la mesure où, en comptabilité nationale, l'impact des contentieux est comptabilisé après une décision de justice définitive – qui correspond à l'obligation de payer³⁴.

2.4. L'enchaînement des jurisprudences européennes et constitutionnelles est allé au-delà de ce que l'administration et la doctrine anticipaient

2.4.1. La décision de la Cour de justice de l'Union européenne a invalidé une partie du dispositif, sans surprise au regard des conclusions de l'avocate générale

2.4.1.1. La décision de la CJUE est défavorable à la France, sans avoir fait l'objet d'une phase orale ou de conclusions de l'avocat général

La CJUE décide le 29 novembre 2016 de statuer sans audience, sans plaidoirie et sans conclusion de l'avocat général sur l'affaire Afep. La direction de la législation fiscale a demandé, dans une note du 23 mars 2017, l'ouverture d'une phase orale. Elle affirme la différence entre la *fairness tax* belge et la contribution additionnelle française. Elle estime également que les arguments présentés par M^{me} Juliane Kokott, avocate générale sur l'affaire *fairness tax*, sont nouveaux et n'ont pas pu être débattus devant la CJUE, notamment en ce qui concerne son interprétation non littérale de l'article 4 de la directive mère-fille. Cette demande d'ouverture de procédure orale est faite par la France le 31 mars.

La CJUE a finalement jugé les affaires sur la *fairness tax* et la contribution additionnelle le même jour, le 17 mai 2017, sans audience et sans nouvelles conclusions d'un avocat général.

2.4.1.2. Les services des ministères économiques et financiers ont informé les ministres sur les conséquences de la décision de la CJUE et sur les refontes possibles du dispositif pour y répondre

En 2017, avant l'arrêt de la CJUE, le cabinet du ministre de l'économie et des finances était informé du risque – élevé – que la France perde le contentieux Afep. Par exemple, la note en date du 2 mars 2017 du service juridique de la direction générale des finances publiques considérait qu'il était « *très vraisemblable* » que la CJUE statue dans le même sens que les conclusions de l'avocate générale.

³⁴ Selon le Système européen des comptes de 2010, les flux en comptabilité nationale sont constatés « *au moment de la naissance, de la transformation ou de la disparition/l'annulation d'une valeur économique, d'une créance ou d'une obligation* » (§1.101). Au contraire, l'enregistrement dans la comptabilité budgétaire de l'État se fonde sur les encaissements et les décaissements qui peuvent intervenir, suivant les cas, avant ou après les décisions définitives.

Rapport

Par une note au ministre en date du 5 juillet 2017, la direction de la législation fiscale faisait état au ministre de l'économie et des finances de la perte du contentieux Afep devant la CJUE le 17 mai 2017. Trois scénarios étaient alors proposés pour mettre la contribution additionnelle en conformité avec la réglementation européenne :

- ♦ instaurer une exonération des distributions à hauteur des dividendes bénéficiant du régime mère-fille perçus par la société redevable au cours des exercices antérieurs. Ce scénario – privilégié par la DLF – aurait permis de garantir le niveau de recette et de respecter le droit de l'Union européenne. Il aurait rendu nécessaire des obligations spécifiques de suivi par les entreprises ;
- ♦ instaurer une exonération des distributions à hauteur de la part que représentent les dividendes bénéficiant du régime mère-fille dans le bénéfice et les réserves distribuables de la société redevable ;
- ♦ instaurer une exonération de distributions à hauteur de la part que représentent les dividendes bénéficiant du régime mère-fille dans le total des produits de la société redevable.

2.4.2. L'ampleur de la décision du 6 octobre 2017 du Conseil constitutionnel a surpris

2.4.2.1. *Après la décision de la CJUE, il ne faisait pas de doute qu'une part significative de la taxe allait être censurée par le Conseil constitutionnel au titre de la discrimination à rebours, mais pas son intégralité*

Après la décision de la CJUE, la doctrine semblait s'accorder sur le fait que seules les redistributions des dividendes étaient de nature à être éventuellement *in fine* (c'est-à-dire après la décision anticipée du Conseil constitutionnel) exclues de l'assiette de la contribution³⁵. En d'autres termes, la doctrine anticipait que le Conseil constitutionnel ferait une application de sa jurisprudence *Metro Holding*³⁶ (cf. encadré 13) sur les discriminations à rebours sans aller jusqu'à une annulation complète de la taxe.

Il s'agissait également de l'analyse de l'administration fiscale qui a proposé des ajustements du dispositif fiscal. Le service juridique de la direction générale des finances publiques a adressé une note au ministre de l'action et des comptes publics le 21 juillet 2017. Cette note analyse le risque que le Conseil constitutionnel reconnaisse l'existence d'une discrimination à rebours, ainsi que le risque qu'il reconnaisse l'existence d'une différence de traitement selon la nature des sommes distribuées (dividende ou profit opérationnel). Dans ce deuxième cas seulement, le service juridique de la DGFIP envisage que soit remise en cause l'intégralité de l'assiette de la taxe, et donc son existence.

Par ailleurs, le service juridique de la DGFIP considère que l'impact financier d'une décision d'inconstitutionnalité est difficile à déterminer, faute d'une obligation déclarative imposée aux entreprises. Pour la même raison, l'instruction des réclamations issues d'une inconstitutionnalité partielle serait complexe, en ce qu'il faudrait identifier la source et la nature des dividendes qui ont fait l'objet de la taxation.

³⁵ Voir par exemple : G. Blanluet et S. Austry, « Contrariété de la contribution de 3% à la directive mère-filiales : quelles conséquences ? », FR 26/2017 ou encore l'analyse de P. Derouin dans *Les Échos* en date du 16 mai 2017 : https://www.lesechos.fr/16/05/2017/lesechos.fr/0212094784818_fiscalite---la-taxe-a-3---sur-les-dividendes-en-sursis.htm. De même, après la décision du Conseil constitutionnel, N. Jacquot et P. Mispelon relèvent : « *au-delà de la portée de la décision, la censure intégrale par le Conseil, sans limitation, intrigue.* » (« Contribution de 3 % : le dernier métro », *Revue de droit fiscal* n° 41, 12 octobre 2017).

³⁶ Décision *Metro Holding* n° 2015-520 QPC du 3 février 2016.

Rapport

C'est en se fondant sur cette analyse juridique – partagée largement par la doctrine et l'administration fiscale – des conséquences de la décision de la CJUE qu'a été retenue pour la construction du projet de loi de programmation des finances publiques pour les années 2018 à 2022, présentée en septembre au Parlement, l'évaluation de 5,7 Md€ de remboursements. Les remboursements étaient alors étalés sur la période 2017-2020 (300 M€ en 2017 puis 1,8 Md€ par an de 2018 à 2020). Cet échéancier était fondé sur le fait qu'une censure constitutionnelle partielle aurait rendu nécessaire l'attente de l'arrêt du Conseil d'État. Toutefois, cet arrêt n'aurait sans doute pas donné le mode opératoire du traitement des réclamations dans la mesure où le contentieux au fond accompagnant la QPC portait sur un recours pour excès de pouvoir contre une instruction fiscale et non sur une réclamation individuelle. Dans ce scénario, il était possible qu'il faille attendre un jugement du tribunal administratif de Montreuil pour connaître la règle à appliquer, lequel aurait sans doute sollicité le Conseil d'État (dans le cadre d'une demande d'avis). L'impossibilité de l'administration fiscale à rembourser des sommes importantes en 2018 était donc vraisemblable.

Encadré 13 : La décision du Conseil constitutionnel n° 2015-520 QPC du 3 février 2016 « Metro Holding »

Le Conseil Constitutionnel reconnaît pour la première fois, par sa décision n°215-520 QPC du 3 février 2016, l'existence d'une discrimination à rebours en matière fiscale.

La disposition législative en cause concernait la nature des titres éligibles au régime fiscal des sociétés mères. Plus précisément, la société requérante contestait l'absence d'application de ce régime fiscal aux produits retirés de la cession de titres de participation dépourvus de droits de vote (dispositions du b ter du 6 de l'article 145 du code général des impôts dans sa version issue de la loi du 30 décembre 1992). Elle estimait être l'objet d'une discrimination à rebours à la suite d'une récente jurisprudence du Conseil d'État (Société Metro Holding France du 12 novembre 2015) reconnaissant l'application du régime fiscal des sociétés mères aux produits des titres de participation dépourvus de droits de vote versés par une filiale établie dans un autre État membre de l'Union européenne (CE, 8^e et 3^e ss. sect., n°367256).

Le Conseil Constitutionnel raisonne en deux temps.

Il rappelle dans un premier temps la jurisprudence précitée du Conseil d'État dans laquelle le juge neutralise la condition du droit de vote pour les participations versées par des filiales établies dans d'autres États membres (la directive modifiée du 23 juillet 1990 n'imposant, pour l'application du régime des sociétés mères aux dividendes de source européenne, aucune condition de détention de droits de vote). Le juge peut en effet neutraliser une loi nationale contraire à une directive pour les situations communautaires, mais ne peut le faire « à la lumière de la directive » pour des situations non régies par le droit communautaire lorsque la lettre de la loi est clairement contraire à une directive.

Au cas particulier, le Conseil d'État établissait l'impossibilité de retenir une interprétation uniforme du même texte pour les situations communautaires et les situations internes et ne pouvait neutraliser la condition du droit de vote que pour les participations versées par des filiales établies dans d'autres États membres de l'UE.

Le Conseil Constitutionnel constate dès lors qu'il en résulte « *une différence de traitement entre sociétés bénéficiant du régime fiscal des sociétés mères selon que les produits des titres de participation auxquels ne sont pas attachés de droits de vote sont versés soit par une filiale établie en France ou dans un État autre qu'un État membre de l'Union européenne soit, à l'inverse, par une filiale établie dans un État membre de l'Union européenne* » alors que ces sociétés se trouvent, au regard de l'objet de ce régime fiscal, dans la même situation.

Dans un second temps, après avoir rappelé l'objectif que poursuivait le législateur en refusant le bénéfice du régime des sociétés mères aux titres dépourvus de droits de vote, à savoir favoriser l'implication des sociétés mères dans le développement économique de leurs filiales, le Conseil Constitutionnel conclut que « *la différence de traitement entre les produits de titres de filiales, qui repose sur la localisation géographique de ces filiales, est sans rapport avec un tel objectif* ».

Il en résulte une méconnaissance des principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques,

Rapport

de sorte que l'article 145 6° b ter du CGI (applicable jusqu'à 2005) est déclaré inconstitutionnel.

Au-delà de la question de l'application du régime mère fille à des distributions issues de titres de sociétés sans droit de vote, la décision du Conseil Constitutionnel, largement commentée, a ouvert un champ de possibilités d'examen des dispositions de droit interne qui auraient pour effet un traitement différencié en défaveur d'un contribuable français.

Source : Service juridique de la direction générale des finances publiques.

2.4.2.2. Le Conseil constitutionnel a censuré l'intégralité de la taxe avec un effet sur l'ensemble des montants non prescrits

Dans sa décision du 6 octobre 2017, le Conseil constitutionnel a appliqué sa jurisprudence *Metro Holding* du 3 février 2016 au regard de l'objet de la loi en cause : *« il résulte ainsi des dispositions contestées une différence de traitement entre les sociétés mères, selon que les dividendes qu'elles redistribuent proviennent ou non de filiales établies dans un État membre de l'Union européenne autre que la France. Or, ces sociétés se trouvent dans la même situation au regard de l'objet de la contribution, qui consiste à imposer tous les montants distribués, indépendamment de leur localisation d'origine et y compris ceux relevant du régime mère-fille issu du droit de l'Union européenne. »* Jugeant que le législateur n'avait pas poursuivi une *« raison d'intérêt général de nature à justifier la différence de traitement instituée entre les sociétés mères qui redistribuent des dividendes provenant d'une filiale établie dans État membre de l'Union et celles qui redistribuent des dividendes provenant d'une filiale établie en France ou dans un État tiers à l'Union européenne »*, le Conseil constitutionnel a déclaré le premier alinéa du paragraphe I de l'article 235 ter ZCA du code général des impôts contraire à la Constitution.

Ce premier alinéa de l'article 235 ter ZCA³⁷ définit à la fois les sociétés redevables et l'assiette de la contribution additionnelle. **La déclaration d'inconstitutionnalité emporte dès lors l'ensemble du dispositif.**

Les effets de cette déclaration d'inconstitutionnalité n'ont pas été reportés dans le temps : *« en l'espèce, aucun motif ne justifie de reporter les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité. Celle-ci intervient donc à compter de la date de publication de la présente décision. Elle est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date. »*

L'effet de l'application de la jurisprudence *Metro Holding* a ainsi été augmenté par ces deux éléments : l'annulation complète du dispositif et l'absence de mesure de report de l'effet de l'inconstitutionnalité.

Au cours du travail de préparation de la défense du Gouvernement devant le Conseil constitutionnel, le secrétariat général du Gouvernement et le service juridique de la DGFIP se sont interrogés sur le risque d'une décision de censure dont le bénéfice serait accordé aux contribuables qui n'ont pas déjà déposé de réclamation. Le Conseil constitutionnel a déjà appliqué ses décisions de cette manière en matière fiscale dans la décision n° 2017-629 QPC du 19 mai 2017, CVAE groupe. Les échanges entre le SGG et le service juridique de la DGFIP mettaient toutefois en avant les conclusions de M. Romain Victor, rapporteur public, pour la décision n° 399506 du 29 mars 2017, Layher, du Conseil d'État, pour indiquer que les entreprises pourraient toujours faire valoir leurs droits en se fondant sur le respect de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

³⁷ « Les sociétés ou organismes français ou étrangers passibles de l'impôt sur les sociétés en France, à l'exclusion des organismes de placement collectif mentionnés au II de l'article L. 214-1 du code monétaire et financier ainsi que de ceux qui satisfont à la définition des micro, petites et moyennes entreprises donnée à l'annexe I au règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité sont assujettis à une contribution additionnelle à cet impôt au titre des montants qu'ils distribuent au sens des articles 109 à 117 du présent code. »

2.4.2.3. La défense du Gouvernement s'est attachée à circonscrire les effets de la décision vraisemblable du Conseil constitutionnel

Les mémoires défendant la position du Gouvernement transmis au Conseil constitutionnel se caractérisent par les points suivants :

- ♦ le mémoire du Gouvernement admet le « *caractère similaire à celle qui a été examinée par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 2015-520 QPC du 3 février 2016 [Metro Holding]* » et, de ce fait, « *s'en rapporte à la sagesse du Conseil constitutionnel quant à l'appréciation de l'éventuelle atteinte à l'égalité devant l'impôt ou devant les charges publiques qui pourrait en résulter* » ;
- ♦ sur le grief tiré de la discrimination résultant de la nature des bénéfices distribués, qui est invoqué à titre subsidiaire par le requérant, le mémoire du Gouvernement développe une argumentation juridique.

À l'oral, le Gouvernement a complémentirement défendu que la décision ne s'applique pas aux impositions dues au titre des exercices clos avant le 7 juillet 2017, date de renvoi par le Conseil d'État au juge constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité. Il a également défendu l'idée d'un effet d'aubaine dont bénéficieraient les contribuables placés en dehors du champ des textes communautaires si le Conseil constitutionnel venait à prendre une décision de censure large. Ces éléments visaient à limiter les risques financiers, qui n'étaient pas chiffrés dans la défense du Gouvernement.

3. Propositions

3.1. Engager un inventaire des conséquences potentielles sur notre système fiscal des effets des jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil constitutionnel

Au-delà du cas d'espèce, les principes communautaires, appliqués de manière affirmée et déterminée par la CJUE, de libre circulation de capitaux et de liberté d'établissement ainsi que les principes constitutionnels d'égalité devant les impôts et les charges publiques (dont la portée a été renforcée par les évolutions jurisprudentielles récentes sur la discrimination à rebours, cf. *supra*) sont source de risques, y compris sur des dispositifs parfois anciens et structurants de notre droit fiscal.

Si le phénomène n'est pas nouveau, les évolutions jurisprudentielles récentes portant sur le régime d'intégration fiscale (cf. encadré 14) constituent une bonne illustration des pressions croissantes de la norme communautaire.

Encadré 14 : Le champ d'application du régime d'intégration fiscale au regard du droit de l'UE

Des ajustements du champ d'application du régime d'intégration fiscale ont été rendus nécessaires dans les années récentes. L'application de ce régime a été récemment élargie, sous la pression de la jurisprudence communautaire. Ce régime est ainsi désormais ouvert, depuis le 1^{er} janvier 2010, consécutivement à l'arrêt Papillon de la CJUE³⁸, aux groupes dans lesquels la société mère détient 95 % au moins d'une filiale française, par l'intermédiaire d'une ou plusieurs « sociétés intermédiaires » établies dans l'Union européenne³⁹. Un nouvel assouplissement de la législation est applicable depuis 2015⁴⁰ avec l'introduction de la notion de groupe fiscal « horizontal » permettant la création d'un

³⁸ CJUE, 27 novembre 2008, aff. 418-07, *Papillon*.

³⁹ Ou dans un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, ayant conclu avec la France une convention contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales (à ce jour la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein).

⁴⁰ Cf. article 63 de la loi n° 2014-1655 du 29 décembre 2014 de finances rectificative pour 2014.

groupe fiscal entre sociétés sœurs établies en France détenues par une même société mère établie dans un État membre de l'Union européenne. Enfin, dans l'arrêt l'arrêt Steria du 2 septembre 2015⁴¹, la CJUE remet en cause la neutralisation de la quote-part de frais et charges de 5% sur les dividendes de filiales intégrées en ce qu'elle exclut les remontées de dividendes de filiales communautaires, ne pouvant être intégrées par construction du fait des règles de territorialité.

Ainsi, si le droit de l'Union européenne ne fait pas obstacle à l'existence d'un régime d'intégration fiscale réservé aux seuls établissements français⁴², la question de la compatibilité avec le droit de l'UE des mécanismes de neutralisation qui ne sont pas directement liés à la compensation des profits et des pertes entre sociétés membres du groupe (qui sont par hypothèse des sociétés résidentes) se pose. Pour ne pas constituer une atteinte à la liberté d'établissement, ces opérations doivent être justifiées par la démonstration d'un lien direct avec un désavantage résultant de l'application du régime de groupe, ce que la doctrine ne tient pour évident, par exemple pour la neutralisation des plus-values sur des cessions intra-groupes ou la neutralisation des subventions et des abandons de créance⁴³.

Or, si d'autres possibilités de neutralisation fiscale d'opérations intragroupe non directement liées à la compensation des pertes et profits venaient à être remises en cause par la jurisprudence de la CJUE, la logique d'ensemble du régime d'intégration fiscale français pourrait être remise en question⁴⁴ et nécessiterait probablement des adaptations structurelles, qu'il vaudrait mieux anticiper.

Dans ces conditions, il conviendrait de lancer un exercice d'inventaire de l'ensemble des risques juridiques communautaires et constitutionnels qui pèsent sur notre système fiscal. Ce travail devra tout particulièrement analyser l'impact des évolutions jurisprudentielles récentes sur la nécessité de faire converger le traitement des situations internes et des situations communautaires voire extra-communautaires.

Cette réflexion pourrait être confiée, sous la présidence d'une personnalité politique, à un groupe d'experts reconnus (anciens membres du Conseil constitutionnel ou de la Cour de justice de l'Union européenne, conseillers d'État, universitaires, etc.), indépendants de l'administration autant que d'intérêts privés, même si les administrations et les fiscalistes de la place auront vocation à contribuer aux travaux. La protection de la confidentialité des conclusions qui viendraient à fragiliser les dispositifs fiscaux existants devra être assurée.

Les résultats de cet inventaire devraient servir à sécuriser davantage la préparation des mesures nouvelles et, en cas de besoin, à rechercher les moyens institutionnels de conforter le droit de choisir l'architecture de nos prélèvements obligatoires. Au cas où ces moyens institutionnels concernent l'échelon européen, des démarches communes avec d'autres États membres devraient être recherchées.

⁴¹ CJUE 2 septembre 2015, Groupe Steria SCA, aff. 386/14.

⁴² Dans sa décision *X Holding BV*⁴² de 2010, la CJUE s'est prononcée sur la compatibilité avec le droit de l'Union européenne de la législation fiscale néerlandaise qui prévoit, comme en France, la possibilité pour une société mère de constituer une entité fiscale unique avec sa filiale résidente, mais interdisant de faire de même avec une filiale non résidente non soumise à l'impôt sur les sociétés aux Pays-Bas. Si la Cour a reconnu que ce régime constitue une entrave à la liberté d'établissement, elle a considéré que cette différence de traitement entre filiales résidentes et non résidentes est justifiée par la nécessité de préserver la répartition du pouvoir d'imposition entre États membres.

⁴³ Voir : « *Le régime d'intégration fiscale et le droit de l'Union européenne, la cohérence rompue* », Emmanuel Dinh, La Semaine Juridique – Entreprise et affaires, 14 avril 2016, n° 15.

⁴⁴ Voir : « *La robustesse des régimes de groupe à l'épreuve du droit de l'Union européenne* », Stéphane Austry, FR 48/15 (paru le 26/11/15).

3.2. Renforcer la sécurité juridique par des évolutions des pratiques et des règles d'élaboration de la loi fiscale

3.2.1. Plus anticiper l'élaboration des nouveaux dispositifs fiscaux et systématiser une phase de consultation ouverte

Moins de trois semaines se sont écoulées entre la décision de créer une taxe sur les dividendes et le dépôt du projet de loi au Parlement. Cette précipitation réduit la capacité de l'administration à procéder dans de bonnes conditions à une consultation de place, laisse un temps très restreint au Conseil d'État pour se prononcer sur le texte et peut *in fine* nécessiter de prévoir des ajustements, éventuellement à fort impact, par voie d'amendements au Parlement.

D'autres États européens, notamment l'Allemagne et le Royaume-Uni⁴⁵, ont une pratique beaucoup aboutie de la concertation préalable à l'élaboration des textes fiscaux qui repose en principe sur des documents de consultation diffusés largement.

A minima lorsqu'il s'agit de dispositifs fiscaux nouveaux, une consultation publique, d'au moins trois mois et sur la base d'un document de référence⁴⁶, apparaît utile avant la présentation d'un texte au Parlement. Un compte rendu de la consultation pourrait être joint à l'étude d'impact préalable transmise au Parlement. Le principe d'une consultation plus longue et plus large qu'aujourd'hui pourrait faire l'objet d'un engagement du Gouvernement dans le cadre d'un code de conduite ou d'une circulaire. Le précédent de la préservation du monopole des lois de finances pour les réformes fiscales du Gouvernement par simple circulaire⁴⁷ montre que des engagements juridiquement non contraignants peuvent se révéler efficaces. Toutefois, elles ont leur limite : par exemple, l'engagement de non rétroactivité fiscale plusieurs fois réitéré n'a jamais été tenu.

A maxima, l'introduction d'une contrainte nouvelle dans les calendriers d'élaboration de la loi fiscale pourrait être envisagée et prendre diverses formes :

- ◆ modifier la date de dépôt du projet devant le Parlement (aujourd'hui fixée au premier mardi d'octobre par l'article 39 de la Constitution) ;
- ◆ prévoir par une disposition supra-légale la présentation des seuls articles fiscaux de la loi de finances avec leurs études préalables dans le courant du mois de juillet.

Naturellement, ces calendriers devraient être adaptés s'agissant de la première année de mandature. Un dispositif équivalent devrait être envisagé pour celles des dispositions fiscales non portées par des lois de finances.

⁴⁵ Voir par exemple : *Propositions pour améliorer la sécurité juridique en matière fiscale*, Avril 2010, rapport au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi.

⁴⁶ Au Royaume-Uni, la concertation repose sur des *green papers* qui permettent de stimuler les discussions sur un point précis ou sur des *white papers* qui contiennent, eux, des propositions formelles de règles fiscales pour lesquelles l'administration entend recevoir des avis et commentaires.

⁴⁷ Circulaire du Premier ministre du 4 juin 2010 relative à l'édiction de mesures fiscales et de mesures affectant les recettes de la sécurité sociale.

Rapport

3.2.2. Développer une procédure de consultation en amont de la Commission européenne sur les nouveaux dispositifs fiscaux à enjeux

Une plus grande anticipation du calendrier de préparation des dispositifs fiscaux pourrait également permettre d'intégrer une phase de consultation de la Commission Européenne, sur le modèle du régime de la notification préalable en matière d'aides d'État, afin d'obtenir de celle-ci une prise de position sur la conformité communautaire des dispositifs à enjeux impliquant une différence de traitement entre situations internes et situations externes. Si cette prise de position *ex ante* ne lierait évidemment pas la CJUE, elle permettrait au moins de prévenir les procédures de la Commission européenne. Or, dans le cas de la contribution additionnelle, ce sont précisément les procédures précontentieuses engagées par la Commission qui ont alimenté les recours contentieux qui ont abouti à la question préjudicielle du Conseil d'État et à la décision de la CJUE. Cette proposition présente en outre l'intérêt de ne pas avoir à modifier les traités et de ne nécessiter qu'une procédure administrative d'échanges entre les services de la Commission européenne (DG Taxud) et l'administration fiscale française.

La recherche d'une sécurité supplémentaire, auprès de la CJUE, nécessiterait une réflexion approfondie qui ne pouvait être entreprise dans le cadre du présent rapport. Elle ne pourrait aboutir sans modification du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)⁴⁸.

3.2.3. Instaurer une procédure de consultation du Conseil d'État sur les amendements en matière fiscale à fort impact budgétaire

Comme indiqué *supra*, le projet de loi initial n'était pas immunisé contre le grief *in fine* retenu par la CJUE. Ce n'est donc pas l'amendement du rapporteur général de la commission des finances de l'Assemblée nationale, qui réduit significativement les exonérations initialement prévues, qui est à l'origine de la contrariété de la taxe au droit de l'Union européenne. Toutefois, en créant une forme d'imposition en cascade des dividendes reçus et redistribués, cet amendement a accru le risque. D'ailleurs, le premier article de doctrine évoquant une possible incompatibilité⁴⁹ avec l'article 4 de la directive mère-fille se fonde sur l'imposition en cascade résultant de l'amendement. Or, comme tout amendement, gouvernemental ou parlementaire, le Conseil d'État n'a pas été amené à en connaître.

Une extension du pouvoir d'avis du Conseil d'État aux projets d'amendement les plus significatifs, en particulier en termes d'impact budgétaire, apparaît donc utile et souhaitable. Sauf à envisager la définition d'un code de conduite, par définition non contraignant, entre le Gouvernement et les commissions des finances des assemblées parlementaires, cette proposition nécessiterait vraisemblablement une disposition organique, voire constitutionnelle (cf. encadré 15). Cette proposition a été récemment développée par M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, dans une interview⁵⁰.

Quand bien même cette procédure n'était pas mise en place, en cas de difficulté juridique sérieuse apparue à l'occasion d'un amendement, rien n'empêche le Gouvernement de saisir ponctuellement pour avis le Conseil d'État au cours de la procédure législative.

⁴⁸ Pourrait par exemple être étudiée la mise en place d'une forme de rescrit conduisant, en amont de toute litispendance, à autoriser les États membres à consulter la CJUE sur l'interprétation de telle disposition du droit de l'Union.

⁴⁹ « La contribution de 3 % sur les montants distribués et le régime des sociétés mère et filiales : de Charybde en Scylla », Philippe Derouin, Revue de droit fiscal, octobre 2012.

⁵⁰ Acteurs publics, newsletter 1730 du 6 novembre 2017.

Encadré 15 : Cadre juridique du pouvoir d'amendement

L'article 44 de la Constitution énonce que « *les membres du Parlement et le Gouvernement ont le droit d'amendement* ». Depuis la révision du 23 juillet 2008, cet article précise que ce droit « *s'exerce en séance ou en commission selon les conditions fixées par les règlements des assemblées, dans le cadre déterminé par une loi organique* ».

La loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009⁵¹ encadre de manière relativement précise le contenu du règlement des assemblées parlementaires concernant la présentation et l'examen des amendements. En particulier, l'article 15 prévoit **la possibilité qu'un amendement parlementaire fasse l'objet d'une évaluation préalable** communiquée à l'assemblée avant la discussion en séance, **qui ne peut intervenir qu'à la demande de l'auteur de l'amendement**⁵². Ainsi, une modification des règlements des assemblées ne pourrait pas rendre obligatoire un avis préalable du Conseil d'État sur des amendements. Au demeurant, le Conseil constitutionnel a été amené à censurer les dispositions organiques relatives à l'examen des projets de loi qui ne trouvaient pas de fondement direct dans la Constitution⁵³. La nécessité de passer par une révision de la Constitution doit donc être finement analysée.

3.2.4. Développer l'utilisation du contrôle de constitutionnalité *a priori*

La facilité pour un justiciable de contester la loi fiscale grâce aux QPC⁵⁴ autant que la portée récemment renforcée des principes constitutionnels d'égalité devant les impôts et les charges publiques avec les censures des discriminations à rebours appellent une attention toute particulière à la conformité à la Constitution de la loi fiscale. L'avis du Conseil d'État sur le projet de loi, et peut-être demain sur les amendements significatifs ou à risque, constitue déjà une garantie.

Une utilisation plus active du contrôle de constitutionnalité *a priori* permettrait également d'accroître la sécurité juridique de la loi fiscale au regard de la Constitution. Le Gouvernement pourrait ainsi saisir le Conseil constitutionnel avant la promulgation de la loi et plus généralement, lorsque le juge constitutionnel est saisi par des parlementaires en application de l'article 61 de la Constitution, intervenir dans l'instance pour lui faire expliciter certaines dispositions non visées par la saisine des parlementaires et obtenir une prise de position de sa part.

Si cette proposition présente l'intérêt de ne pas nécessiter d'évolutions des textes, le développement du contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel n'est pas pour autant optimal puisqu'il intervient après le vote de la loi (et avant la promulgation). Pour prévenir plus en amont les risques constitutionnels et apporter une garantie supplémentaire, une procédure d'avis du Conseil constitutionnel, qui serait alors saisi par le Conseil d'État lorsque l'examen des projets de loi révèle une question sérieuse, pourrait être étudiée. Elle nécessiterait d'organiser au sein du Conseil constitutionnel une fonction consultative compatible avec le droit européen.

⁵¹ LOI organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

⁵² « Les règlements des assemblées peuvent déterminer les conditions dans lesquelles des amendements des membres du Parlement, à la demande de leur auteur, ou des amendements de la commission saisie au fond peuvent faire l'objet d'une évaluation préalable communiquée à l'assemblée avant leur discussion en séance ».

⁵³ DC n°2009-579 du 9 avril 2009.

⁵⁴ La contestation est d'autant plus aisée qu'un simple recours pour excès de pouvoir contre une instruction fiscale permet d'accéder immédiatement au Conseil d'État et d'adjointre une QPC relative à la disposition législative en cause.

3.3. Améliorer le suivi et la gestion des contentieux en matière fiscale

3.3.1. Prévoir une revue annuelle des risques juridiques et budgétaires associés aux contentieux fiscaux et mieux informer le Parlement

Avec près d'un milliard d'euros d'intérêts moratoires qui devraient être *in fine* à la charge de l'État, cette affaire révèle qu'il y a un coût potentiellement élevé à l'attente d'une décision juridictionnelle définitive en matière fiscale. Dès lors, quand le risque juridique est ou devient sérieux, un arbitrage sur l'opportunité d'un ajustement du dispositif contesté devrait pouvoir être fait sur la base d'une évaluation coûts/avantages de différents scénarios prenant en compte le temps d'attente d'une décision définitive.

Des procédures existent déjà mais sont insuffisantes pour fonder une décision politique. Ainsi, l'information semestrielle de la direction des affaires juridiques des ministères financiers à l'attention des cabinets sur l'état des contentieux communautaires intéressant le ministère est trop descriptive pour fonder un arbitrage. De même, le provisionnement comptable dans le cas de contentieux fiscaux de masse (validé annuellement par la Cour des comptes dans le cadre de la certification des comptes de l'État) constitue une indication financière intéressante mais présente des limites (cf. encadré 12).

Dans ces conditions, il est proposé de systématiser annuellement un exercice de cartographie et de cotation des risques juridiques et budgétaires associés aux contentieux en cours. Comme toute démarche d'audit interne, cet exercice gagnerait à être conduit par une structure autre que l'administration fiscale, capable de porter un regard distancié sur les contentieux. La direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers, en s'appuyant le cas échéant sur un renfort ponctuel d'expertise externe, pourrait jouer ce rôle. Ce travail pourrait utilement donner lieu chaque année à une réunion inter-directionnelle (DAJ, DLF, DGFIP) pour envisager d'éventuelles adaptations de la loi fiscale en amont du calendrier budgétaire. Pour la partie de la revue ayant des enjeux européens, cette réunion devrait associer les services du ministère en charge des affaires étrangères et le secrétariat général aux affaires européennes (SGAE). Les présidents et rapporteurs généraux des commissions des finances du Parlement pourraient utilement être tenus informés des conclusions de ces audits annuels, même si, là encore, pour éviter un effet d'entraînement sur les contentieux, la confidentialité des résultats de cette analyse devra être préservée.

3.3.2. Évaluer l'organisation administrative pour la gestion des contentieux fiscaux

Entre la DLF, le SGAE, les services du ministère en charge des affaires étrangères, la représentation permanente à Bruxelles pour les contentieux communautaires et la DLF, le service juridique de la DGFIP et le secrétariat général du Gouvernement pour le contentieux constitutionnel, la multiplicité des intervenants et des processus non toujours parfaitement formalisés peuvent conduire à des dysfonctionnements dans la circulation de l'information sur les contentieux en cours, qu'ils soient européens ou constitutionnels. C'est ainsi que la directrice de la législation fiscale a été prévenue avec retard du refus de la CJUE d'entendre la défense de la France dans le cadre d'une procédure orale. Au sein même de la direction de la législation fiscale, le suivi par une sous-direction spécifique des problématiques de droit communautaire ne peut fonctionner qu'au prix d'une perméabilité très forte avec les bureaux préparant les textes législatifs. L'articulation et l'échange d'information entre la direction de la législation fiscale et le service juridique de la DGFIP n'a également rien d'évident.

Un travail d'évaluation des processus de gestion des contentieux fiscaux associant l'ensemble des parties prenantes gagnerait à être lancé pour s'assurer que la meilleure expertise existante est toujours sollicitée à bon escient et que les administrations à l'origine des textes soient systématiquement informées de l'évolution des contentieux.

Il est impératif de parvenir à suivre les contentieux les plus importants distinctement et conjointement par les juristes et les responsables des procédures budgétaires.

3.3.3. La prise en compte des enjeux budgétaires par le Conseil constitutionnel et la CJUE

Dans sa décision du 6 octobre dernier, le Conseil constitutionnel a considéré que la finalité de rendement poursuivie par la contribution additionnelle ne constitue pas, en elle-même, une raison d'intérêt général de nature à justifier la différence de traitement instituée entre les sociétés mères qui redistribuent des dividendes provenant d'une filiale établie dans l'État membre de l'Union et celles qui redistribuent des dividendes provenant d'une filiale établie en France ou dans un État tiers à l'Union européenne. Pour autant, l'objectif de rendement demeure bien l'objectif naturel de l'impôt et la nécessité de l'impôt figure explicitement à l'article 13⁵⁵ de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui fait partie intégrante du bloc de constitutionnalité. En conséquence, l'incidence financière de ses décisions ne peut être indifférente au Conseil constitutionnel. M. Louis Favoreu écrivait d'ailleurs qu'il « *incombe aux neuf sages la tâche délicate d'établir un équilibre entre le respect des droits des individus et des familles et l'intérêt général qui peut être un intérêt financier* »⁵⁶. Et, de fait, on peut affirmer que les enjeux budgétaires ont pu influencer les décisions du Conseil constitutionnel ou le conduire à moduler dans le temps les effets de sa décision. Un article de doctrine⁵⁷ notait ainsi « *les Cours constitutionnelles ont conçu différentes techniques contentieuses pour limiter ou suspendre l'impact financier de certaines de leurs décisions. Les implications financières de l'exercice de la justice constitutionnelle ont été un puissant moteur de diversification des dispositifs décisionnels* ». En conséquence, la dimension budgétaire doit être pleinement assumée par le Gouvernement dans sa ligne de défense. *A minima*, il pourrait être prévu de mentionner systématiquement les enjeux financiers dans les mémoires en défense présentés par le Gouvernement.

La prise en compte de l'incidence financière de ses décisions par la CJUE se pose également. La Cour semble refuser de limiter les effets de sa décision pour le futur, alors qu'une position inverse permettrait de limiter le coût budgétaire de la mise en conformité communautaire et pourrait même constituer une incitation aux États membres à corriger leur législation⁵⁸. Dès lors, une réflexion pourrait être engagée pour faire évoluer la portée des décisions de la CJUE pour l'avenir, par exemple dès lors que les États auraient fait la démarche de soumettre l'examen de leurs régimes existants (cf. *supra*).

⁵⁵ « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable [...] ».

⁵⁶ « Les sages et les deniers publics », Le Figaro, 2 janvier 1998.

⁵⁷ « L'incidence financière des décisions du juge constitutionnel », Didier RIBES, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 24 (Dossier : Le pouvoir normatif du juge constitutionnel) - juillet 2008.

⁵⁸ La CJUE, si elle dispose de la capacité de limiter les effets de ses décisions dans le temps ne le fait qu'à la seule condition que deux critères soient réunis, à savoir la bonne foi des milieux intéressés et le risque de troubles graves (CJCE, 28 sept. 1994, aff. C-57/93, Vroege : Rec. CJCE 1994, I, p. 4541. – CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-313/05, Brzezinski : Rec. CJCE 2007, I, p. 513).

Rapport

À Paris, le 13 novembre 2017

L'inspectrice générale des finances,
Chef du Service de l'Inspection générale des finances,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'mcl' with a large flourish at the end.

Marie-Christine LEPETIT

L'inspecteur des finances,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'A. Chouc' with a large flourish at the end.

Antoine CHOUC

L'inspecteur des finances,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'J. Gazzano' with a large flourish at the end.

Jérôme GAZZANO

Le présent rapport a été relu par M. François AUVIGNE, inspecteur général des finances et par M. Jérôme Dian, inspecteur des finances.

ANNEXES

LISTE DES ANNEXES

ANNEXE I : LETTRE DE MISSION

ANNEXE II : LISTE DES PERSONNES AUDITIONNEES

ANNEXE I

LETTRE DE MISSION



LE MINISTRE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES

LE MINISTRE DE L'ACTION ET DES COMPTES PUBLICS

Paris, le 27 OCT. 2017

à l'attention de
Madame Marie-Christine LEPETIT
Chef du service de l'inspection
générale des finances

Objet : Lettre de mission d'enquête administrative relative à la contribution additionnelle de 3 % au titre des montants distribués (dividendes).

Dans sa décision n° 2017-660 QPC du 6 octobre 2017, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions de l'article 235 ter ZCA du code général des impôts prévoyant une contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés (IS) au titre des montants distribués (dividendes). Le taux de cette contribution était de 3 % et s'appliquait aux montants de revenus distribués¹ par les sociétés et organismes français ou étrangers passibles de l'IS et dont la mise en paiement était intervenue à compter du 17 août 2012.

Cette contribution avait été instituée par l'article 6 de la loi n° 2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012. Elle avait été conçue comme un impôt de rendement² destiné à compenser le manque à gagner, alors estimé entre 800 millions et un milliard d'euros en année pleine, résultant de la suppression³ de la retenue à la source de 30 % sur les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) non-résidents.

Elle avait déjà fait l'objet de mesures correctives⁴ à la suite de la décision n° 2016-571 QPC du 30 septembre 2016 du Conseil constitutionnel, qui avait censuré le régime d'exonération applicable aux distributions réalisées entre sociétés membres d'un groupe fiscalement intégré. Le Conseil constitutionnel avait en effet relevé que la contribution instituait une différence de traitement entre les sociétés d'un même groupe qui réalisent, en son sein, des distributions, selon que ce groupe relève ou non du régime de l'intégration fiscale.

La récente décision du Conseil constitutionnel se fonde également sur l'existence d'une différence de traitement, qui crée une discrimination entre les sociétés mères⁵, selon que les

¹ Revenus distribués au sens des articles 109 à 117 du code général des impôts.

² Comme l'indiquent l'exposé des motifs de l'article 5 du projet de loi, devenu l'article 6 de la loi, et l'évaluation préalable de cet article.

³ Cette suppression était la conséquence d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) du 10 mai 2012. CJUE, 10 mai 2012, aff. 338/11 à 347/11, *Santander Asset Management SGIIIC SA et autres*, RJF 07/12 n° 775.

⁴ L'article 95 de la loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016 de finances rectificative pour 2016 a étendu l'exonération de la contribution additionnelle à toutes les sociétés remplissant les conditions de l'intégration fiscale, qu'elles aient opté ou non pour le statut de groupe fiscalement intégré.

⁵ Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents.

dividendes qu'elles redistribuent proviennent de filiales établies dans un État membre de l'Union européenne autre que la France (cas dans lequel la contribution n'était pas due) ou de filiales établies en France ou dans un État tiers (cas dans lesquels la contribution était due).

Cette déclaration d'inconstitutionnalité a un impact sur les finances publiques, en raison à la fois de la disparition de la contribution et des montants que l'État aura à rembourser au titre des réclamations des sociétés concernées. Le Conseil constitutionnel a en effet jugé que l'annulation de la contribution intervenait à compter de la date de publication de sa décision et qu'elle était applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date.

Dans ce contexte, nous vous confions une mission d'enquête administrative destinée à éclaircir le processus de décision ayant conduit à la création de la contribution additionnelle à l'IS au titre des montants distribués et à son maintien jusqu'à son annulation par le Conseil constitutionnel. Dans le cadre de cette mission, vous vous attacherez principalement à :

- recenser les différentes étapes qui ont conduit à la création puis au maintien de la contribution en précisant le rôle qu'a exercé chacun des acteurs, qu'ils se situent au niveau politique ou au niveau administratif ;
- décrire les analyses juridiques réalisées pour la conception de la contribution ainsi que celles complémentaires conduites à la lumière des décisions de justice survenues par la suite ;
- apprécier les conditions dans lesquelles ces analyses ont été portées à la connaissance des autorités et dans quelle mesure elles ont été prises en compte dans la décision de maintenir la contribution.

Sur cette base, il vous reviendra de proposer les mesures utiles à la correction des éventuels manquements qui auraient été constatés afin d'éviter à l'avenir la matérialisation de tels risques.

Les conclusions de cette enquête devront être remises d'ici deux semaines.



Bruno LE MAIRE



Gerald DARMANIN

ANNEXE II

LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES

1. Au titre de leurs fonctions politiques

- ♦ M. Gilles Carrez
- ♦ M. Christian Eckert

2. Au titre de leurs fonctions en cabinet ministériel

2.1. Cabinet du Premier ministre

- ♦ M. Philippe-Emmanuel de Beer
- ♦ M. Frédéric Brédillot
- ♦ M. Laurent Martel

2.2. Cabinets des ministères financiers

- ♦ M. François Adam
- ♦ M. Thierry Aulagnon
- ♦ M. Maxime Boutron
- ♦ M. Frédéric Brédillot
- ♦ M^{me} Irène Grenet
- ♦ M. Laurent Martel
- ♦ M. Christophe Pourreau
- ♦ M^{me} Amélie Verdier
- ♦ M^{me} Claire Waysand

3. Au titre de leurs fonctions au sein du Conseil d'État

- ♦ M. Henri Toutée
- ♦ M. Rémi Bouchez
- ♦ M. Vincent Uher

4. Au titre de leurs fonctions au sein des administrations

4.1. Secrétariat général du Gouvernement

- ♦ M. Marc Guillaume
- ♦ M. Thierry-Xavier Girardot

4.2. Secrétariat général des affaires européennes

- ♦ M. Philippe Léglise-Costa

4.3. Ministères financiers

4.3.1. Direction de la législation fiscale

- ◆ M^{me} Véronique Bied-Charreton
- ◆ M. Christophe Pourreau
- ◆ M. Edouard Marcus
- ◆ M. Bruno Mauchauffée
- ◆ M. Matias de Sainte Lorette

4.3.2. Direction générale des finances publiques

- ◆ M. Jean-Luc Barçon-Maurin
- ◆ M. Philippe-Emmanuel de Beer
- ◆ M. Philippe Weill
- ◆ M. Gilbert Borjon

4.3.3. Direction des affaires juridiques

- ◆ M. Jean Maïa
- ◆ M^{me} Laure Bédier

4.3.4. Direction du budget

- ◆ M^{me} Amélie Verdier
- ◆ M. Renaud Duplay
- ◆ M. Pascal Lefèvre

4.3.5. Direction générale du Trésor

- ◆ M. Alexandre Baclet

4.4. Direction des affaires juridiques du ministère chargé des affaires étrangères

- ◆ M. Diégo Colas

5. En leur qualité d'avocats conseils

- ◆ M. Stéphane Austry
- ◆ M. Philippe Derouin
- ◆ M. Nicolas Jacquot

6. En leur qualité de représentants des entreprises

- ◆ M. François Soulmagnon (Afep)
- ◆ M^{me} Laëtitia de la Rocque (Afep)
- ◆ M^{me} Marie-Pascale Antoni (Medef)