

# ÉTUDE

---

## EXONÉRATION DE PRÉCOMPTE MOBILIER SUR LES DIVIDENDES « MÈRE-FILLE » ET DISPOSITION ANTI-ABUS. ÉTAT DES LIEUX EN DROIT FISCAL BELGE

### TABLE DES MATIÈRES

|                                                                                                                                                                                        |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUCTION . . . . .                                                                                                                                                                 | 6  |
| CHAPITRE 1 — LE CADRE LÉGAL . . . . .                                                                                                                                                  | 7  |
| Section 1 — <i>Les « avantages » conférés par la Directive mère-fille</i> . . .                                                                                                        | 7  |
| Section 2 — <i>La directive 2015/121/UE du Conseil de l'Union<br/>                  européenne du 27 janvier 2015</i> . . . . .                                                        | 10 |
| Section 3 — <i>L'article 266, alinéa 4, du CIR</i> . . . . .                                                                                                                           | 17 |
| CHAPITRE 2 — LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE EN MATIÈRE<br>D'ABUS DE DROIT DES AVANTAGES CONFÉRÉS PAR LA DIRECTIVE MÈRE-<br>FILLE . . . . .                                     | 21 |
| Section 1 — <i>Introduction</i> . . . . .                                                                                                                                              | 21 |
| Section 2 — <i>Les arrêts du 7 septembre 2017, en cause Egiom et<br/>                  Enka, et du 20 décembre 2017, en cause Deister Holding</i> . . . . .                            | 22 |
| Section 3 — <i>L'arrêt du 26 février 2019 dans les affaires T Danmark<br/>                  et Y Denmark Aps</i> . . . . .                                                             | 26 |
| Sous-section 1 — Contexte . . . . .                                                                                                                                                    | 26 |
| Sous-section 2 — L'interdiction de l'abus de droit de l'Union<br>comme principe permettant d'écarter le bénéfice des<br>avantages des directives en l'absence de disposition anti-abus | 28 |
| Sous-section 3 — Les éléments constitutifs de l'abus du droit de<br>l'Union dans le contexte de la Directive mère-fille . . . . .                                                      | 31 |
| a) Synthèse du raisonnement de la Cour . . . . .                                                                                                                                       | 31 |
| b) L'obtention d'un avantage fiscal indu, élément central de<br>la pratique abusive . . . . .                                                                                          | 34 |

J.D.F. 2021



|                                                                                                                                                                                                   |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| c)     Peut-on avoir égard à la situation du bénéficiaire<br>«final»? .....                                                                                                                       | 36 |
| Sous-section 4 — L'arrêt de la juridiction de renvoi sur le fond du<br>litige après l'arrêt de la Cour de justice du 26 février 2019 dans<br>les affaires <i>T Danmark et Y Denmark Aps</i> ..... | 37 |
| QUELQUES CONCLUSIONS .....                                                                                                                                                                        | 40 |

## INTRODUCTION

Le 1<sup>er</sup> décembre 2016, le législateur transposait en droit belge(1) la disposition anti-abus récemment introduite(2) dans la 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, dite «Directive mère-fille»(3).

Cette disposition anti-abus figure dans le Code des impôts sur les revenus 1992 (CIR) dans deux textes, l'un applicable à la déduction des revenus définitivement taxés (RDT), l'autre applicable aux exonérations de précompte mobilier.

Peu de temps après, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu une série d'arrêts sur la portée de l'interdiction de l'abus des avantages conférés par la Directive mère-fille, plus précisément sur l'exonération de retenue à la source sur les dividendes, dans le contexte antérieur à l'adoption de la disposition anti-abus spécifique.

L'attention s'est particulièrement concentrée sur l'un de ces arrêts, rendu le 26 février 2019 dans ce que l'on appelle «les affaires danoises» ou «Danish cases», qui ont également donné lieu à un deuxième arrêt, relatif à l'exonération de retenue à la source sur les intérêts, dans le cadre cette fois de la Directive dite

---

(1) Loi du 1<sup>er</sup> décembre 2016 portant des dispositions fiscales, *M.B.*, 8 décembre 2016.

(2) La disposition anti-abus a été introduite par la directive 2015/121/UE du Conseil de l'Union européenne du 27 janvier 2015. La loi du 1<sup>er</sup> décembre 2016 transpose également la directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014, qui instaure une disposition relative aux prêts hybrides, imposant aux États membres de taxer les dividendes dans la mesure où ils sont déductibles par la filiale.

(3) La directive 2011/96/UE est une refonte de 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.

«intérêt-redevances»(4). On ne compte plus le nombre d'études fouillées sur ces arrêts(5).

Le propos de cette étude n'est pas de refaire une théorie générale de l'abus en droit fiscal (européen) ou l'exégèse des «Danish cases», mais d'analyser les conditions d'application spécifique, en droit positif belge, de la disposition anti-abus en matière de pré-compte mobilier sur les dividendes mère-fille, en partant du texte de la disposition anti-abus insérée dans la Directive mère-fille en 2015 et de sa transposition en droit belge, à la lumière notamment des enseignements de la Cour de justice sur les dispositions destinées à prévenir l'abus des avantages conférés par une directive fiscale en général, et par la Directive mère-fille en particulier .

## CHAPITRE 1 — LE CADRE LÉGAL

### Section 1 — *Les «avantages» conférés par la Directive mère-fille*

La Directive mère-fille instaure à certaines conditions un régime fiscal favorable (des «avantages», pour reprendre la terminologie de la Cour de justice) pour les distributions de dividendes entre sociétés établies dans deux États membres différents de l'Union européenne.

---

(4) Directive 2003/49/CE du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents.

(5) Voir notamment R. DANON, D. GUTMANN, G. MAISTO, A. MARTIN JIMENEZ et B. MALEK, «The Prohibition of Abuse of Rights After the ECJ Danish Cases», *Intertax*, 2021, 6/7, pp. 482 et s., L. DE BROE et S. GOMMERS, «De Deense 'uiteindelijk gerechtigde'-arresten van het Hof van Justitie. Analyse en relevantie voor België», *AFT*, 2020/5, p. 29; S. BAERENTZEN, «Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A new Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity?», *World Tax Journal*, février 2020, p. 3; A. ZALASINSKI, «The ECJ's decisions in the Danish 'Beneficial Ownership' cases: Impact on the reaction to tax avoidance in the European Union», *International Tax Studies*, 2019, vol. 2, n° 4; voir également A. DEVADDER, «Doorstroomconstructies vanuit een Belgisch perspectief», *TFR*, 2021/4, n° 606, p. 721; B. PEETERS et K. MORBÉE, «Het verbod van fiscaal misbruik: risico op overinterpretatie vs. terug naar de essentie», *TFR*, 2021, n° 576, pp. 140 et s.; P. DELACROIX et O. HERMAND, «'Bénéficiaire effectif' en matière de dividende: effet des 'affaires danoises'», *Fiscologue International*, n° 440, 31 août 2020, p. 1.

Historiquement, il s'agissait d'uniformiser le régime applicable aux dividendes intragroupes entre États membres et d'éliminer les différences de traitement avec les situations internes (6).

Comme on le sait, les avantages conférés par la Directive mère-fille sont de deux ordres :

- d'une part, une exonération de retenue à la source sur les dividendes versés par une société filiale à sa société mère (article 5 de la Directive) ;
- d'autre part, chez la société mère, un mécanisme de prévention de la double imposition des dividendes qui prend la forme, à l'option de chaque État membre, soit d'une exonération des dividendes perçus par une société mère de sa filiale (article 4, § 1<sup>er</sup>, a) soit d'un crédit d'impôt accordé à la société mère sur les dividendes perçus de sa filiale – ou de sa sous-filiale (article 4, § 1<sup>er</sup>, b).

Ceci avec le double objectif, suivant les considérants de la Directive mère-fille «d'exonérer de retenue à la source des dividendes et autres bénéfices distribués par des filiales à leur société-mère, et d'éliminer la double imposition de ses revenus au niveau de la société mère» (7) et avec pour finalité de faciliter les regroupements de sociétés d'États membres différents en supprimant les restrictions, désavantages ou distorsions découlant des dispositions fiscales des États membres par l'instauration de règles fiscales neutres au regard de la concurrence (8).

Telle est donc la finalité de la Directive mère-fille : rendre fiscalement neutre la localisation des filiales au sein de l'Union européenne.

Les groupes de sociétés peuvent ainsi librement choisir la manière dont ils se structurent au sein de l'Union, sans conséquence fiscale défavorable au regard de la taxation des dividendes. Les avantages conférés par la Directive mère-fille permettent également d'éviter une taxation en cascade des dividendes dans les groupes de sociétés.

---

(6) Directive mère-fille, considérant n° 6 : «Avant l'entrée en vigueur de la directive 90/435/CEE, les dispositions fiscales régissant les relations entre sociétés mères et filiales d'États membres différents variaient sensiblement d'un État membre à l'autre et étaient, en général, moins favorables que celles applicables aux relations entre sociétés mères et filiales d'un même État membre».

(7) Directive mère-fille, considérant n° 3.

(8) Directive mère-fille, considérant n° 4.

Pour prétendre aux avantages de la Directive mère-fille, la société distributrice et la société bénéficiaire doivent toutes deux être qualifiées de «société d'un État membre».

Est une «société d'un État membre», la société

- qui revêt l'une des formes énumérées à l'annexe I de la Directive;
- qui, selon la législation fiscale d'un État membre, est considérée comme ayant dans cet État membre son domicile fiscal et qui, aux termes d'une convention en matière de double imposition conclue avec un État tiers, n'est pas considérée comme ayant son domicile fiscal hors de l'Union;
- et qui est assujettie, sans possibilité d'option et sans en être exonérée, à l'un des impôts sur les sociétés énumérés à l'annexe I de la Directive (qui énumère les différentes formes d'impôts sur les sociétés dans les États membres).

Est une «société mère», la société d'un État membre qui détient une participation minimale de 10 % dans le capital d'une société d'un autre État membre<sup>(9)</sup>; est une «société filiale» une société dont le capital comprend la participation minimale de 10 %. Les États membres peuvent subordonner l'application des avantages conférés par la Directive à une condition de détention de la participation minimale pendant une période ininterrompue de deux ans.

Le bénéfice des avantages conférés par la Directive mère-fille n'est soumis à aucune autre condition, notamment quant à l'activité de la société mère ou de la société filiale, ou quant à leur taille ou la manière dont celles-ci sont organisées<sup>(10)</sup>. Comme le relève la Cour de justice, «en interdisant aux États membres d'opérer une retenue à la source sur les dividendes distribués par une filiale résidente à sa société-mère non-résidente, la Directive limite la compétence des États membres quant à l'imposition des bénéfices

---

(9) La qualité de société mère est également reconnue à une société d'un État membre qui détient une participation d'au moins 10 % dans le capital d'une société du même État membre, lorsque cette participation est détenue en tout ou en partie via un établissement stable situé dans un autre État membre.

(10) Ainsi, selon TERRA et WATTEL, «The Directive does not allow Member States to require that the 10% or larger holding of the parent company in the subsidiary must serve substantive entrepreneurial purposes rather than passive investment purposes. The simple passing of the 10% threshold suffices, irrespective of the entrepreneurial activities (or lack thereof) of the subsidiary» (P. WATTEL, O. MARRES et H. VERMEULEN, *Terra/Wattel European Tax Law*, vol. I, Deventer, Wolters Kluwer, 2019, 7<sup>e</sup> éd., pp. 235-236).

distribués par des sociétés établies sur leur territoire aux sociétés établies dans un autre État membre»(11).

Section 2 — *La directive 2015/121/UE du Conseil de l'Union européenne du 27 janvier 2015*

La Directive mère-fille a précisé dès son adoption en 1990 qu'elle ne faisait pas obstacle à l'application de dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires afin d'éviter les fraudes et abus(12).

Il a toutefois été jugé nécessaire, dans le courant des années deux mille dix, de modifier la directive pour y ajouter une disposition anti-abus spécifique, partiellement inspirée de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'abus de droit de l'Union. Cette disposition spécifique, introduite par la directive 2015/121/UE du 25 janvier 2015 (la Directive de 2015), a été adoptée à la fois «pour éviter tout usage abusif de cette directive» et pour faire en sorte que la disposition anti-abus «soit appliquée de façon plus cohérente dans les différents États membres» (considérant 5).

L'article 1<sup>er</sup> de la Directive mère-fille précise désormais :

«§ 2. Les États membres n'accordent pas les avantages de la présente directive à un montage ou à une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la présente directive, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents.

Un montage peut comprendre plusieurs étapes ou parties.

§ 3. Aux fins du paragraphe 2, un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.»

Suivant les considérants de la directive de 2015, «l'application des règles anti-abus devrait être proportionnée et avoir pour objectif spécifique de lutter contre un montage ou une série de montages non authentique, c'est-à-dire qui ne reflète pas la réalité

---

(11) Voir notamment CJUE, 7 septembre 2017, *Egiom et Enka*, affaire C-6/16, point 23 et la jurisprudence citée.

(12) Cette disposition est désormais libellée comme suit : «La présente directive ne fait pas obstacle à l'application de dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires pour prévenir la fraude fiscale ou les abus.» (article 1, § 4, de la Directive mère-fille).

économique. À cet effet, lorsqu'elles évaluent le caractère abusif ou non d'un montage ou d'une série de montages, les administrations fiscales des États membres devraient procéder à une analyse objective de l'ensemble des faits et circonstances pertinents» (considérants 6 et 7).

On retrouve ainsi dans ces considérants un certain nombre de principes dégagés par la Cour de justice sur l'application de dispositions anti-abus dans le cadre du droit de l'Union, parmi lesquels le principe de proportionnalité (13).

Il ressort du texte de la disposition anti-abus de la Directive mère-fille que celle-ci est applicable lorsque deux conditions cumulatives sont satisfaites.

D'une part, on doit être en présence d'un «montage» ou d'une «série de montages» mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la Directive mère-fille (condition dite «subjective»).

D'autre part, ce «montage» ou cette «série de montages» doit être non authentique(s). Le caractère non authentique est présent «dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique» (condition dite «objective»).

Cette disposition a donc pour objectif d'éviter que des contribuables puissent se prévaloir indûment des avantages conférés par la Directive mère-fille.

Elle poursuit à cet égard un objectif de même nature que la disposition anti-abus de la directive 90/434/CEE, devenue directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre (14), dite «Directive fusions transnationales». Celle-ci contient de longue date une disposition permettant aux États membres de refuser le régime de neutralité fiscale organisée par cette directive lorsque la réorganisation en question «a comme objectif principal

---

(13) Voir à ce sujet notamment E. TRAVERSA, «The prohibition of abuse of rights in European Tax Law: sacrificing the internal market for the fight against base erosion and profit shifting?», *Studi Tributari Europei*, vol. 9, n° 1, p. 1-14 (2019), <https://ste.unibo.it/article/view/10682/11222> (open access).

(14) *J.O.U.E.*, L 310, 25 novembre 2009.

ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales» (15) (condition que l'on peut également qualifier de « subjective »).

Comme la disposition anti-abus de la Directive mère-fille, la disposition anti-abus de la Directive fusions transnationales permet de refuser le bénéfice des avantages qu'elle instaure lorsque l'opération n'a d'autre véritable motif que l'obtention d'un avantage fiscal indu.

À cet effet, la disposition anti-abus de la Directive fusions transnationales prévoit que le fait que l'opération de réorganisation en cause « n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération, peut constituer une présomption que cette opération a comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales ». L'absence de motifs économiques valables s'apparente ainsi à une condition – ou à tout le moins à une appréciation – « objective » (16).

Ces deux dispositions sont une application particulière de l'interdiction de l'abus de droit de l'Union européenne, consacrée à de nombreuses reprises par la Cour de justice de l'Union européenne. Suivant la Cour de justice « les justiciables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes du droit communautaire. L'application de celles-ci ne saurait être étendue jusqu'à couvrir des pratiques abusives, c'est-à-dire des opérations réalisées non dans le cadre de transactions commerciales normales, mais seulement dans le but de bénéficier abusivement des avantages prévus par le droit communautaire » (17).

Ces deux dispositions étant l'expression d'un même principe général, les précisions données par la Cour de justice sur la portée de la disposition anti-abus de la Directive fusions transnationales sont à notre avis en large partie transposables pour l'interprétation de la disposition anti-abus de la Directive mère-fille.

---

(15) Article 15, par. 1<sup>er</sup>, a), de la Directive fusions transnationales.

(16) On observera que la rédaction de la disposition anti-abus de la Directive fusions transnationales est antérieure à la jurisprudence de la Cour de justice qui a précisé la portée du principe de l'interdiction de l'abus du droit de l'Union en matière fiscale. La disposition anti-abus de la Directive fusions transnationales n'intègre donc pas la terminologie de la Cour de justice, même si l'on aperçoit la similitude des conditions qu'elle pose au principe de l'interdiction de l'abus de droit de l'Union en matière fiscale développé par la Cour de justice au fil de ses arrêts.

(17) Voir notamment CJUE, 5 juillet 2007, *Kofoed*, affaire C-321/05, point 38.

L'on retrouve dans le texte des deux dispositions le même élément central, l'élément subjectif, consistant en la volonté de se prévaloir abusivement des avantages conférés par la directive. L'opération doit avoir pour objectif principal ou pour l'un de ses objectifs principaux « l'obtention d'un avantage contraire à l'objet ou la finalité de la directive » (Directive mère-fille) ou « la fraude ou l'évasion fiscale » (Directive fusions transnationales).

Que faut-il entendre par « motifs commerciaux » au sens de la disposition anti-abus de la Directive mère-fille ? Faut-il prendre les termes au pied de la lettre et écarter tout motif non « commercial » au sens strict ? Et qu'en est-il des termes « réalité économique » que ces motifs sont censés refléter ?

Ces termes doivent faire l'objet d'une interprétation autonome, propre au contexte de la Directive-mère fille et de la disposition anti-abus qu'elle instaure.

Comme la Cour de justice l'a rappelé, la Directive mère-fille ne contient aucune exigence quant à la nature de l'activité économique des sociétés relevant de son champ d'application. Le fait, par exemple, que la gestion d'actifs ne soit pas considérée comme constituant une activité économique dans le cadre de la taxe sur la valeur ajoutée est pour la Cour de justice dépourvu de pertinence, dès lors que la Directive mère-fille et la réglementation TVA relèvent de cadres juridiques distincts, poursuivant chacun des objectifs différents (18).

La disposition anti-abus de la Directive mère-fille a pour objet de rendre inopérant d'un point de vue fiscal les actes ou opérations qui ont pour objectif de bénéficier des avantages de la Directive en contrariété avec la finalité de celle-ci, en d'autres termes d'obtenir un avantage indu.

En opposant « montage authentique » au « montage non authentique » (19), la disposition vise à écarter les actes ou opérations qui ne reposent sur aucune autre logique que celle de l'obtention de l'avantage fiscal indu.

---

(18) Voir CJUE, 20 décembre 2017, *Deister Holding*, affaires jointes C-504/16 et C-613/16, point 73.

(19) La notion de « montage authentique » – inconnue en droit fiscal belge avant l'adoption de la Directive de 2015 – semble être inspirée de l'expression anglaise « genuine arrangement ». Le terme « genuine » peut également être traduit par « réel » ou « sincère », des termes sans doute plus familiers aux fiscalistes de notre pays.

Cet aspect procède d'une question fondamentale pour l'application de la disposition anti-abus, qui est de déterminer si le montage ou la série de montages réalisé(e) par le contribuable a procuré un avantage fiscal par rapport à la situation de ce contribuable si ce montage ou série de montages n'avait pas été réalisé(e).

Et c'est à notre avis dans ce contexte qu'intervient la rationalité « commerciale » ou « économique » de la structure ou de l'opération.

Dans sa jurisprudence sur la disposition anti-abus de la Directive fusions transnationales, la Cour de justice raisonne à cet égard en deux temps. Elle identifie au préalable l'avantage fiscal de l'opération, pour ensuite confronter cet avantage fiscal aux autres motifs invoqués par le contribuable, et déterminer sur cette base si l'objectif fiscal est prépondérant.

L'exemple le plus parlant étant à cet égard l'affaire *Foggia* (20). Dans cette affaire, la réalisation de la fusion entre plusieurs sociétés permettait de transférer les pertes fiscales de sociétés dormantes, sans actifs ni activité, à une société profitable. Après avoir identifié cet avantage fiscal, la Cour de justice va inviter la juridiction nationale à examiner si, compte tenu de cet avantage fiscal, les motifs économiques – en réalité les motifs non fiscaux – invoqués par le contribuable peuvent justifier que l'opération n'a pas pour objet principal ou pour l'un de ses objectifs principaux l'évasion fiscale.

Il ne fait pas de doute que, dans l'affaire *Foggia*, s'il n'y avait pas eu d'avantage fiscal, il ne pouvait tout simplement pas y avoir d'objectif d'évasion fiscale, ce qui suffisait à exclure l'application de la disposition anti-abus de la Directive fusions transnationales.

C'est à notre avis à ce même examen qu'il faut procéder dans le cadre de la disposition anti-abus de la Directive mère-fille.

Première étape: le « montage » ou « la série de montages » permettent-ils d'obtenir un avantage fiscal par rapport à la situation où ce « montage » ou cette « série de montages » n'auraient pas été réalisés ? Dans le cadre de l'application de la Directive mère-fille, cette question revient à se demander si la manière dont le groupe a été structuré permet d'éviter une retenue à la source par l'interposition d'une société dans la chaîne de détention, retenue à

---

(20) CJUE, 10 novembre 2011, *Foggia*, affaire C-126/10.

la source qui serait due sans la présence de cette société dans la chaîne.

Si la réponse à cette question est «non», on s'arrête là. Il ne peut en effet y avoir de contrariété avec l'objet ou la finalité de la Directive mère-fille, à défaut même d'avantage fiscal.

Si la réponse est «oui», la question est alors si ce montage peut être considéré comme non authentique, ce qui implique de vérifier les motifs autres que fiscaux que le contribuable invoque pour justifier la manière dont il a organisé ses activités. À ce titre, il faut examiner l'ensemble des motifs autres que fiscaux – les motifs qualifiés de «commerciaux» – invoqués par le contribuable.

Rappelons enfin une série de principes dégagés par la Cour de justice dans le cadre de la disposition anti-abus de la Directive fusions transnationales qui sont à notre avis transposables dans le cadre de la disposition anti-abus de la Directive mère-fille, s'agissant dans les deux cas de dispositions qui sont l'application particulière du principe général de l'interdiction de l'abus de droit de l'Union européenne, spécialement en matière d'impôts directs.

La Cour de justice a indiqué notamment dans ses arrêts *Kofoed*(21) et *Zwijnenburg* (22) que ce n'est qu'à titre exceptionnel et dans des cas particuliers que la mesure anti-abus peut être invoquée pour refuser les avantages organisés par la directive applicable.

Il n'est donc pas permis aux administrations fiscales d'établir des listes de cas ou de situations dans lesquelles elles entendent appliquer systématiquement la disposition anti-abus. Ce principe a du reste été rappelé par la Cour de justice dans le cadre de la Directive mère-fille, comme on le verra ci-dessous.

Comme la Cour de justice l'a décidé dans son arrêt *Zwijnenburg*(23), le champ d'application de la disposition anti-abus instaurée par une directive doit s'apprécier au regard de l'impôt concerné par cette directive. À notre avis, pour cette raison, ce

---

(21) CJUE, 5 juillet 2007, *Kofoed*, affaire C-321/05, point 38.

(22) CJUE, 20 mai 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*, affaire C-352/08, point 45.

(23) Voir à cet égard CJUE, 20 mai 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*, affaire C-352/08. Selon la Cour (point 50), «seuls les impôts explicitement visés dans la [Directive fusions transnationales] sont appelés à bénéficier des régimes de faveur instaurés par cette dernière et sont, dès lors, susceptibles de tomber dans le champ d'application de l'exception prévue à l'article [15], paragraphe 1, sous a), de ladite directive».

n'est que lorsque les actes posés par le contribuable l'ont été en vue de bénéficier indûment des avantages de la Directive mère-fille que la disposition anti-abus qu'elle instaure peut s'appliquer. L'évitement d'autres impôts que ceux sur les dividendes ne peut donc à notre avis pas donner lieu à l'application de cette disposition particulière.

Enfin, rappelons que l'application de dispositions anti-abus par les administrations fiscales doit respecter le principe de proportionnalité, comme le rappellent du reste les considérants de la Directive de 2015.

Ce principe est essentiel dans la sanction de l'abus. Celle-ci consiste à rétablir la situation telle qu'elle aurait été celle en l'absence de cet abus, ni plus, ni moins.

Selon la Cour de justice (24) :

«Il convient de rappeler que lorsque l'existence d'une pratique abusive a été constatée, les opérations impliquées dans celle-ci doivent être redéfinies de manière à rétablir la situation telle qu'elle aurait existé en l'absence des opérations constitutives de cette pratique abusive (voir arrêt *Halifax e.a.*, précité, points 94 et 98).»

Ce qui revient, dans le cadre de la Directive mère-fille, à procéder en deux étapes :

- première étape : déterminer l'avantage indu que le « montage » ou « la série de montages » a permis d'obtenir ;
- deuxième étape : neutraliser l'avantage ainsi obtenu, ni plus, ni moins.

Cet aspect est d'importance dans le cadre de la Directive mère-fille, car des dividendes peuvent faire l'objet de plusieurs redistributions, par exemple entre plusieurs États membres.

Dans ce cas, il faut identifier la retenue à la source qui a été évitée par le montage ou la série de montages, et rectifier la situation en appliquant la retenue qui a ainsi été évitée. Une rectification multiple ne respecterait pas le principe de proportionnalité.

---

(24) Voir notamment CJUE, 22 décembre 2010, *Weld Leasing*, affaire C-103/09, point 48.

### Section 3 — *L'article 266, alinéa 4, du CIR*

C'est donc par la loi du 1<sup>er</sup> décembre 2016 que le législateur a transposé la disposition anti-abus de la Directive mère-fille en droit belge.

En ce qui concerne le précompte mobilier, le législateur a complété l'article 266 du CIR d'un alinéa, rédigé comme suit :

«La renonciation à la perception du précompte mobilier visée à l'alinéa 1<sup>er</sup> ne peut pas produire ses effets en ce qui concerne les dividendes qui sont liés à un acte juridique ou à un ensemble d'actes juridiques dont l'administration, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents, a démontré, sauf preuve contraire, que cet acte ou cet ensemble d'actes n'est pas authentique et est mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, la déduction des revenus visés à l'article 202, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>, la renonciation visée à l'alinéa 1<sup>er</sup> de ces revenus ou un des avantages de la directive 2011/96/EU dans un autre État membre de l'Union européenne.

Un acte juridique ou un ensemble d'actes juridiques est considéré comme non authentique dans la mesure où cet acte ou cet ensemble d'actes n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.»(25)

Le champ d'application de cette disposition va au-delà du seul précompte mobilier afférent aux dividendes mère-fille puisqu'il porte sur «la renonciation visée à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 266», laquelle concerne toutes les renonciations au précompte mobilier accordées par arrêté royal.

Il est également plus large que celui de la Directive de 2015, puisqu'il s'applique tant aux distributions de dividendes à une société mère résidente d'un autre État membre de l'Union qu'aux distributions à une société mère résidente belge ou résidente d'un État tiers avec lequel la Belgique a conclu une convention pré-

---

(25) Le texte a été complété comme suit par la loi du 11 janvier 2019 (*M.B.*, 22 janvier 2019), afin de lutter contre certaines pratiques de *coupon-stripping*: «Le fait qu'un bénéficiaire de dividendes dont l'objet social consiste uniquement ou principalement dans la gestion et le placement de fonds récoltés dans le but de servir des retraites légales ou complémentaires, n'a pas détenu en pleine propriété pendant une période ininterrompue d'au moins 60 jours les titres qui produisent les dividendes, constitue une présomption réfragable que l'acte juridique ou l'ensemble d'actes juridiques avec lequel les dividendes sont liés, n'est pas authentique.» Sur les pratiques de *coupon-stripping* dans le cadre des affaires *Cum-Ex*, voir R. COLLIER, *Banking on Failure: Cum-Ex and Why and How Banks Game the System*, Oxford University Press, 2020.

ventive de la double imposition (ces distributions étant également exemptes de précompte mobilier par l'arrêté d'exécution du CIR dans des conditions analogues à celles de la Directive mère-fille).

Le législateur a introduit une disposition similaire à l'article 203, § 1<sup>er</sup>, 7<sup>o</sup>, du CIR, pour la déduction des revenus définitivement taxés.

Bien que l'examen de cette dernière disposition sorte du champ de cette étude, observons que les cas d'application de celle-ci devraient être limités. En effet, à la différence de l'exonération de précompte mobilier sur les dividendes entre sociétés filiales et sociétés mères, qui s'applique dès que les deux sociétés remplissent les conditions d'application définies plus haut, l'exonération au titre des RDT est de très longue date soumise à une série de catégories d'exclusions, qui visent à s'assurer que la déduction ne soit accordée que lorsque les revenus distribués par la société filiale ont effectivement été soumis à un impôt. Les hypothèses dans lesquelles une société belge serait interposée en vue d'obtenir l'exonération au titre des revenus définitivement taxés de dividendes qui ne tomberaient pas déjà dans l'une des autres catégories d'exclusions devraient dès lors être exceptionnelles.

Le texte belge utilise les termes « acte juridique » et « ensembles d'actes juridiques » plutôt que « montage » et « série de montages » mais ces termes doivent être interprétés de la même manière, le législateur belge ayant simplement choisi d'adopter pour la facilité une terminologie déjà utilisée dans d'autres dispositions du CIR (26), en particulier dans l'article 344, § 1<sup>er</sup>.

L'application de la disposition anti-abus suppose que les deux conditions de fond fixées par la Directive mère-fille soient cumulativement satisfaites, à savoir :

- une condition subjective: le contribuable doit avoir posé un acte ou un ensemble d'actes pour obtenir « à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, la déduction [au titre de revenus définitivement taxés], la renonciation [au précompte mobilier] ou un des avantages de la [Directive mère-fille] dans un autre État membre de l'Union européenne ».
- une condition objective: l'acte ou ensemble d'actes doit être « non authentique »; il doit s'agir d'un acte ou d'un ensemble

---

(26) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-2052/001, p. 7.

d'actes qui « n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique ».

Le texte belge ne reprend pas *expressis verbis*, dans la condition subjective, que l'objectif principal poursuivi par le contribuable de bénéficier de l'exonération de précompte mobilier, de la déduction RDT ou des avantages de la Directive mère-fille, doit être contraire « à l'objet ou la finalité de la ... directive ».

Les travaux préparatoires précisent cependant que cette condition doit être considérée comme sous-entendue dans le dispositif des articles 266, alinéa 4, et 203, § 1<sup>er</sup>, 7<sup>o</sup>, du CIR (27), ce que confirme la circulaire que l'administration a consacrée à ce texte (28).

Si tel n'était pas le cas, les articles 266 et 203, § 1<sup>er</sup>, 7<sup>o</sup>, du CIR ne seraient pas conformes à la Directive mère-fille (29). Cette condition est en effet un élément cardinal des dispositions anti-abus en droit de l'Union européenne. Pour tomber sous le champ d'application de la disposition anti-abus de l'article 266, alinéa 4, il faut que l'acte ou l'ensemble d'actes (i) procure un avantage fiscal (ii) qui est indu. C'est au regard de l'objectif et de la finalité de la directive que l'on examine si cet avantage est indu.

Il faut donc comparer la situation fiscale du contribuable selon que l'acte ou l'ensemble d'actes est ou n'est pas posé et examiner si l'avantage fiscal obtenu est contraire à l'objet ou à la finalité de la Directive mère-fille.

Si la réponse est négative, la disposition anti-abus de l'article 266, alinéa 4, n'est pas applicable, sans qu'il faille examiner la condition relative au caractère « authentique » de l'acte ou de l'ensemble d'actes.

---

(27) Suivant l'Exposé des motifs : « afin de reprendre dans le champ d'application de cette disposition anti-abus toutes les constructions qui sont mises en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, l'obtention d'un avantage fiscal, en vertu duquel l'obtention de cet avantage fiscal est en contradiction avec l'objet ou le but de la directive 2011/96/UE, toutes les constructions artificielles ou non authentiques et qui visent à l'octroi d'un des avantages de cette directive ou d'un avantage similaire sont visées. » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-2052/001, p. 8).

(28) Circulaire 2017/C/67 du 6 novembre 2017 concernant la transposition de directives modificatives de la directive mères-filiales, point 15.

(29) Voir également en ce sens L. DE BROE et S. GOMMERS, « De Deense 'uiteindelijk gerechtigde'-arresten van het Hof van Justitie. Analyse en relevantie voor België », *op. cit.*, p. 70.

En revanche, s'il y a avantage fiscal contraire à l'objet ou au but de la Directive, il faut examiner si l'acte ou l'ensemble d'actes a un caractère « authentique », c'est-à-dire s'il peut se justifier autrement que par l'avantage fiscal. Comme déjà indiqué, les termes « motifs commerciaux valables » utilisés par ce texte doivent être entendus au sens large, et, notamment, le terme « commercial » ne doit pas s'entendre au sens strict (30). Une société holding, par exemple, ne poursuit pas à proprement parler une activité « commerciale » au sens du droit des sociétés, et pourtant l'exercice de cette activité répond en règle à des « motifs commerciaux valables ».

Les travaux préparatoires indiquent du reste que l'examen du caractère authentique ou non du montage « vise à déterminer si la réalité juridique qui est réalisée par le montage contient une logique qui est également valable dans un contexte non fiscal et qui est conforme à la réalité économique » (31).

Selon les déclarations du ministre des Finances faites au cours des travaux parlementaires, lorsque l'administration fiscale dispose d'indices ou de présomptions qui lui permettent de supposer que les conditions d'application de la disposition peuvent être remplies, elle invite le contribuable à lui communiquer tous les faits et circonstances pertinents à l'évaluation de l'acte juridique ou de l'ensemble d'actes juridiques. Sur cette base, l'administration fiscale évalue alors s'il existe des motifs commerciaux valables reflétant la réalité économique. Il y a donc suivant le législateur une forme de collaboration du contribuable dans le cadre de l'application de la disposition (32).

Lorsqu'il est constaté que les actes posés par le contribuable ont permis d'obtenir une exonération de retenue à la source qui n'aurait pas pu être obtenue sans la présence de la société concernée dans la chaîne de détention, il faut donc examiner si la présence de cette société peut s'expliquer par un motif non fiscal. Lorsqu'il n'y a pas de motif à la présence de cette société autre que l'obtention de l'avantage fiscal indu, ou que ce motif est tellement ténu pour justifier raisonnablement la présence de la société dans la chaîne, l'administration fiscale pourra établir le caractère non authentique du montage.

---

(30) Ici aussi, il semble s'agir d'une traduction littérale du terme anglais « commercial », qui a une portée plus large qu'en langue française, et qui se réfère de manière générique à l'activité économique ou d'entreprise marchande.

(31) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-2052/001, p. 9.

(32) Rapport fait au nom de la commission des Finances et du Budget, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-2052/002, p. 5-6.

En synthèse, compte tenu des précisions données durant les travaux parlementaires, le texte de l'article 266, alinéa 4, du CIR, doit être considéré sur le fond de la règle comme la transposition – toute la transposition mais rien que la transposition – de la disposition anti-abus de la Directive mère-fille.

Si le champ d'application de l'article 266, alinéa 4, du CIR est plus large que celui de la Directive, puisqu'il s'applique également aux distributions de dividendes dans un contexte purement national, il n'instaure en revanche pas de règle qui, sur le fond, aurait un contenu distinct de la disposition anti-abus de la Directive mère-fille<sup>(33)</sup>. Les développements que nous avons consacrés à celle-ci et à sa portée sont donc applicables tels quels à l'article 266, alinéa 4, du CIR.

## CHAPITRE 2 — LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE EN MATIÈRE D'ABUS DE DROIT DES AVANTAGES CONFÉRÉS PAR LA DIRECTIVE MÈRE-FILLE

### Section 1 — *Introduction*

La Cour de justice a rendu entre 2017 et 2019 trois arrêts sur l'abus du droit aux avantages conférés par la Directive mère-fille.

De ces trois arrêts, le troisième, rendu en février 2019, a le plus retenu l'attention. Ce troisième arrêt a fini par occulter les deux autres, voire plus généralement à occulter les autres principes consacrés par la Cour de justice sur l'abus du droit de l'Union en matière fiscale que nous nous sommes attachés à rappeler dans cette étude.

Ces trois arrêts ont été rendus dans le cadre légal antérieur à l'adoption de la disposition anti-abus de la Directive mère-fille. Leur portée doit donc être comprise dans ce contexte, à un moment où la Directive contenait pour seule clause une disposition selon laquelle celle-ci «ne fait pas obstacle à l'application de dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires afin d'éviter les fraudes et abus.» Ils ne portent donc pas sur la disposition anti-abus spécifique instaurée en 2015, mais les enseignements qu'ils

---

(33) Ainsi, suivant les déclarations faites par le ministre des Finances devant la commission des Finances et du Budget, «afin de transposer au mieux les objectifs du Conseil dans la loi, il a été décidé de reprendre littéralement la formulation du test de substance repris dans la directive 2015/121/UE», *Doc. parl.*, Chambre, 54, n° 2052/002, p. 5.

contiennent peuvent notamment éclairer certains aspects de cette disposition, qui elle-même, on l'a dit, est inspirée de la jurisprudence de la Cour de justice.

Les deux premiers arrêts, tous deux rendus en 2017, traitent des conditions de validité de dispositions anti-abus nationales telles qu'autorisées par la disposition précitée. Ils contiennent une série de précisions sur la manière dont les autorités nationales sont autorisées à faire application de dispositions anti-abus dans le cadre de la Directive mère-fille.

Le troisième, rendu en 2019, traite plus spécifiquement des éléments constitutifs de l'abus des avantages conférés par la Directive mère-fille. Il a été très largement commenté et l'administration fiscale belge s'y réfère très largement lorsqu'elle entend appliquer la disposition de l'article 266, alinéa 4, du CIR.

Ces trois arrêts sont d'intérêt égal pour les questions qui nous occupent. Dans leur analyse, nous accorderons une large place à ce que dit la Cour, en reproduisant les passages pertinents des décisions.

Section 2 — *Les arrêts du 7 septembre 2017,  
en cause Egiom et Enka, et du 20 décembre 2017, en  
cause Deister Holding*

Dans ces deux affaires, la Cour de justice devait se prononcer sur la validité de dispositions nationales destinées à prévenir l'abus des avantages conférés par la Directive mère-fille.

Ces deux dispositions étaient fondées sur le passage déjà cité de la Directive mère-fille qui, avant sa modification en 2015, permettait déjà aux États membres de prendre des dispositions nécessaires «afin d'éviter les fraudes ou les abus».

Dans les deux affaires, la question était posée de la compatibilité de ces dispositions anti-abus nationales avec la Directive mère-fille.

La première affaire concernait une disposition française, et la seconde une disposition allemande.

La disposition française refusait l'application de l'exonération de retenue à la source organisée par la Directive mère-fille «lorsque les dividendes distribués bénéficient à une personne morale contrôlée directement ou indirectement par un ou plusieurs résidents d'États qui ne sont pas membres de la Commu-

nauté, sauf si cette personne morale justifie que la chaîne de participations n'a pas comme objet principal ou comme un de ses avantages principaux de tirer avantage [de l'exonération de retenue à la source qu'elle instaure]».

Dans l'affaire en cause, l'administration fiscale française avait refusé l'exonération de retenue à la source sur les dividendes distribués par la société française *Egiom* à sa société mère luxembourgeoise *Enka*, au motif que celle-ci était indirectement détenue par une société résidente suisse.

La disposition allemande refusait les avantages de la Directive mère-fille lorsque la société mère étrangère était détenue par des personnes qui ne pouvaient elles-mêmes se prévaloir de ces avantages, dans les trois situations suivantes : soit, des raisons économiques ou d'autres raisons importantes justifiant l'interposition de la société étrangère font défaut, soit la société étrangère ne tire pas plus de 10 % de ses recettes brutes totales de l'exercice concerné de sa propre activité économique, soit la société étrangère ne participe pas à l'activité économique générale avec une entreprise organisée de manière adéquate compte tenu de son objet social.

La Cour de justice relève que, suivant la législation allemande en cause, pour l'application de ces dispositions, «c'est uniquement la situation de la société étrangère qui est déterminante; les caractéristiques organisationnelles, économiques ou les autres caractéristiques importantes des entreprises qui ont des liens avec la société étrangère ne sont pas prises en compte. Toujours selon la législation en cause, il n'existe pas d'activité économique propre lorsque la société étrangère tire ses recettes brutes de la gestion d'actifs ou transfère ses principales activités à des tiers.»

Dans les affaires en cause, l'administration allemande avait refusé d'accorder les avantages de la Directive mère-fille à des dividendes distribués par des sociétés filiales allemandes à leur société mère, l'une résidente des Pays-Bas et l'autre du Danemark, au motif que les participations dans ces sociétés filiales étaient indirectement détenues par une société de Singapour, dans le premier cas, et une personne physique résidente d'Allemagne, dans le second cas, étant donc des personnes qui n'auraient pu se prévaloir des avantages de l'exonération de retenue à la source organisée par la Directive mère-fille si elles avaient reçu directement le dividende des filiales allemandes.

La Cour de justice va juger les dispositions nationales françaises et allemandes contraires à la Directive mère-fille.

Dans l'affaire relative à la disposition anti-abus française, en cause *Eqiom et Enka*, la Cour de justice va s'attacher aux termes de la disposition de la Directive, qui permet aux États membres de prendre les mesures «nécessaires» aux fins de prévenir la fraude et les abus.

Et la Cour de justice va rappeler que, pour satisfaire le critère de «nécessité», le but d'une législation nationale doit être de faire obstacle à des montages artificiels en vue d'obtenir un avantage fiscal indu. Selon la Cour (points 27 à 30)(34) :

«Si l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive mères-filiales reflète le principe général du droit de l'Union selon lequel nul ne saurait bénéficier abusivement ou frauduleusement des droits prévus par le système juridique de l'Union, il doit cependant, en tant qu'il constitue une dérogation aux règles fiscales établies par ladite directive, faire l'objet d'une interprétation stricte (voir, en ce sens, arrêt du 25 septembre 2003, *Océ van der Grinten*, C-58/01, EU:C:2003:495, point 86).

Ainsi, le pouvoir conféré aux États membres par l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive mères-filiales d'appliquer, dans le domaine régi par celle-ci, des dispositions nationales ou conventionnelles aux fins d'éviter les fraudes et les abus ne saurait recevoir une interprétation allant au-delà des termes mêmes de cette disposition (voir, en ce sens, arrêt du 25 septembre 2003, *Océ van der Grinten*, C-58/01, EU:C:2003:495, point 86).

À cet égard, il y a lieu de relever qu'il ressort du libellé de ladite disposition qu'elle permet uniquement l'application des dispositions nationales ou conventionnelles «nécessaires» à cette fin.

Se pose alors la question de savoir si une législation fiscale nationale, telle que celle en cause au principal, remplit cette exigence de nécessité.

Dans ce contexte, il y a lieu de rappeler que, pour qu'une législation nationale soit considérée comme visant à éviter les fraudes et les abus, son but spécifique doit être de faire obstacle à des comportements consistant à créer des montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique, dont le but est de bénéficier indûment d'un avantage fiscal.»

Suivant la Cour, pour vérifier si une opération poursuit un objectif de fraude et d'abus, «les autorités nationales compétentes ne sauraient se contenter d'appliquer des critères généraux prédéterminés, mais doivent procéder à un examen individuel de l'ensemble de l'opération concernée. L'institution d'une mesure fiscale revêtant une portée générale excluant automatiquement certaines catégories de contribuables de l'avantage fiscal, sans que

---

(34) CJUE, 7 septembre 2017, *Eqiom et Enka*, affaire C-6/16.

l'administration fiscale soit tenue de fournir ne serait-ce qu'un commencement de preuve ou d'indice de fraude et d'abus, irait au-delà de ce qui est nécessaire pour éviter les fraudes et les abus» (point 33).

Or, constate la Cour, la disposition anti-abus française en cause «n'a pas pour objet spécifique d'exclure du bénéfice d'un avantage fiscal les montages purement artificiels dont le but serait de bénéficier indûment de cet avantage, mais vise, de manière générale, toute situation dans laquelle une société mère contrôlée directement ou indirectement par des résidents d'États tiers a son siège, pour quelque raison que ce soit, en dehors de France». Et, relève la Cour, «la seule circonstance qu'une société résidant dans l'Union soit contrôlée directement ou indirectement par des résidents d'États tiers n'implique pas, en elle-même, l'existence d'un montage purement artificiel, dépourvu de réalité économique, créé uniquement dans le but de bénéficier indûment d'un avantage fiscal».

Cette décision de la Cour met l'accent sur deux éléments essentiels pour l'application des principes de l'abus de droit dans le cadre de la Directive mère-fille. D'une part, l'objectif de la mesure doit être de contrecarrer des montages mis en place pour bénéficier d'un avantage indu. D'autre part, compte tenu de cet objectif, toutes les dispositions nationales qui dispenseraient l'administration fiscale de procéder à un examen *in concreto* de l'existence d'un avantage indu et du caractère artificiel de la structure et créent une présomption d'abus ne sont pas conformes aux dispositions de la Directive mère-fille.

Dans l'affaire relative à la disposition anti-abus allemande, en cause *Deister Holding* (35), la juridiction de renvoi avait relevé que la version en allemand du texte de la Directive mère-fille ne reprenait pas *expressis verbis*, dans la disposition permettant aux autorités nationales d'adopter des mesures destinées à prévenir la fraude ou les abus, le terme «nécessaires» apparaissant dans d'autres versions linguistiques, dont la version française.

La Cour va cependant juger que ce terme est sous-entendu, et n'est qu'une application du principe de proportionnalité, qui est un principe général du droit de l'Union. Et ce principe requiert que les mesures prévues par les États membres, visant à éviter les fraudes et les abus, doivent être propres à réaliser cet objectif et ne

---

(35) CJUE, 20 décembre 2017, *Deister Holding*, affaire C-504/16.

doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (point 56).

La Cour va ensuite réitérer dans son arrêt du 20 décembre 2017 les enseignements de l'arrêt *Egiom* du 7 septembre 2017. Elle va en outre constater que la législation allemande en cause crée une présomption irréfragable de fraude ou d'abus.

Elle va ensuite s'attacher aux trois situations dans lesquelles la législation allemande présume l'abus, en constatant que celles-ci, qu'elles soient prises isolément ou ensemble, ne sauraient, en elles-mêmes, impliquer l'existence d'une fraude ou d'un abus.

Ainsi, au sujet de l'activité économique de la société mère, le fait que celle-ci se limite à gérer les actifs de ses filiales ou que ses revenus ne proviennent que de la gestion de ces filiales ne saurait, par elle-même, impliquer l'existence d'un montage purement artificiel, dépourvu de toute réalité économique (point 73).

Quant à l'examen au cas par cas qu'exige l'application de dispositions anti-abus dans le cadre de la Directive mère-fille, celui-ci requiert un examen global de la situation concernée, portant sur des éléments tels que les caractéristiques organisationnelles, économiques et les autres caractéristiques importantes du groupe de sociétés auquel appartient la société mère concernée ainsi que les structures et les stratégies de ce groupe (point 74).

### Section 3 — *L'arrêt du 26 février 2019 dans les affaires T Danmark et Y Denmark Aps*

#### Sous-section 1 — *Contexte*

La Cour de justice a rendu le 26 février 2019 deux arrêts concernant l'application de directives fiscales instaurant une exemption de retenue à la source, l'une sur les dividendes dans le cadre de la Directive mère-fille<sup>(36)</sup> (affaires jointes C-116/16 et C-117/16) et, l'autre sur les intérêts et redevances dans le cadre de la directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents,

---

(36) CJUE, 26 février 2019, *T. Danmark et Y Denmark Aps*, affaires jointes C-116/16 et C-117/16.

dite Directive intérêts-redevances(37) (affaires jointes C-115/16, C-118/16, C-199/16 et C-299/16).

Dans le cadre de cette étude, nous limiterons notre examen à l'arrêt rendu en matière d'exemption de retenue à la source sur les dividendes dans le cadre de la Directive mère-fille, qui concernait deux affaires jointes devant la Cour.

Bien que l'arrêt dans ces deux affaires ait été rendu à propos du cadre légal antérieur à l'adoption de la disposition anti-abus spécifique en 2015, il a, *de facto*, une influence sur l'interprétation de celle-ci et de sa transposition en droit belge, fût-ce parce que l'administration fiscale belge y fait largement référence lorsqu'elle entend appliquer l'article 266, alinéa 4, du CIR.

Au-delà de la question des relations entre les dispositions anti-abus spécifiques, les principes généraux du droit de l'Union et la jurisprudence de la Cour de justice(38), il nous a dès lors semblé que l'examen de cet arrêt devait s'intégrer dans cette étude. Tout en relevant d'emblée qu'il a été rendu dans des circonstances de fait particulières, comme on va le voir à l'instant.

La première affaire (C-116/16, *T Danmark*) concernait des fonds d'investissement résidents en dehors de l'Union européenne – en l'espèce les îles Caïman – ayant investi dans une société danoise, au travers de deux sociétés luxembourgeoises interposées.

La société cible danoise, T Danmark, distribue en 2011 et en 2012 des dividendes à sa société mère luxembourgeoise, et ces dividendes sont redistribués vers les fonds d'investissement établis hors de l'Union européenne.

Dans la deuxième affaire (C-117/16, *Y Denmark Aps*), la structure concernait une participation d'une société américaine dans une société danoise au travers, notamment, d'une société holding intermédiaire chypriote et d'une société établie aux Bermudes. Dans cette affaire, la société danoise avait distribué en 2006 deux dividendes à sa société mère chypriote qui avait elle-même quasi immédiatement redistribué ces dividendes à la société établie aux Bermudes.

---

(37) CJUE, 26 février 2019, *N Luxembourg I*, *X Denmark A/S*, *C Danmark I* et *Z Denmark ApS*, affaires jointes C-115/16, C-118/16, C-199/16 et C-299/16.

(38) Voir à ce sujet L. DE BROE et S. GOMMERS, «De Deense 'uiteindelijk gerechtigde'-arresten van het Hof van Justitie. Analyse en relevantie voor België», *op. cit.*, pp. 66-70.

Les deux affaires concernaient donc la situation de dividendes qui transitaient par une société mère établie dans l'Union, pour être redistribués à une société qui ne pouvait se prévaloir des avantages de la Directive mère-fille, puisque cette société était établie dans un pays tiers. Circonstance aggravante, dans un pays tiers qui, de ce côté de l'Atlantique, est considéré comme un paradis fiscal.

Autre élément essentiel du litige, les sociétés intermédiaires résidentes de l'Union avaient été constituées et interposées peu de temps après l'annonce par le Danemark de l'instauration d'une retenue à la source sur les dividendes.

À l'époque des faits, la législation fiscale danoise ne contenait pas de disposition dans sa législation fiscale lui permettant de contrecarrer l'usage abusif des avantages conférés par la Directive mère-fille et celle-ci ne contenait pas non plus la disposition anti-abus spécifique introduite par la Directive de 2015.

Dans les deux cas, l'administration fiscale danoise avait toutefois refusé l'application de l'exonération de retenue à la source mère-fille en constatant, en substance, que le bénéficiaire effectif des dividendes n'était pas l'actionnaire établi dans l'Union européenne mais des résidents hors Union européenne qui ne pouvaient se prévaloir directement de cette exonération de retenue à la source.

La Cour de justice devait examiner principalement deux questions :

- au moment où la Directive mère-fille ne contenait pas de disposition anti-abus spécifique, les États membres pouvaient-ils refuser le bénéfice des avantages prévus par la Directive mère-fille en l'absence de disposition nationale anti-abus à cet égard ?
- dans l'affirmative, à quelles conditions les États membres pouvaient-ils refuser le bénéfice des avantages conférés par la Directive mère-fille ?

Sous-section 2 — *L'interdiction de l'abus de droit de l'Union comme principe permettant d'écarter le bénéfice des avantages des directives en l'absence de disposition anti-abus*

Comme on l'a indiqué, au moment où les dividendes en litige dans les deux affaires ont été distribués, la Directive mère-fille ne contenait pas de disposition anti-abus spécifique, et le droit danois

ne contenait pas de disposition anti-abus en matière de retenue à la source sur les dividendes. Dès son adoption, la Directive permettait toutefois aux États membres d'appliquer des «dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires pour prévenir la fraude fiscale ou les abus».

La Cour devait dans ce contexte particulier trancher la question de savoir si l'administration fiscale danoise pouvait refuser le bénéfice des avantages de la Directive mère-fille et, si oui, sur quelle base.

À cet égard, la juridiction de renvoi a demandé si une disposition d'une convention préventive de la double imposition selon laquelle l'imposition des dividendes distribués dépend du point de savoir si leur bénéficiaire est considéré comme le bénéficiaire effectif de ces dividendes peut constituer une disposition conventionnelle anti-abus au sens du texte reproduit ci-dessus. La question préjudicielle contenait alors une série de sous-questions relatives à la notion de bénéficiaire effectif.

La Cour de justice va répondre que l'administration fiscale danoise non seulement pouvait, mais devait refuser l'application des avantages conférés, et ce directement sur la base du principe de l'interdiction de l'abus du droit de l'Union européenne. Suivant la Cour (points 70 à 72):

«À cet égard, il est de jurisprudence constante qu'il existe, dans le droit de l'Union, un principe général de droit selon lequel les justiciables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes du droit de l'Union (...).

Le respect de ce principe général de droit s'impose aux justiciables. En effet, l'application de la réglementation de l'Union ne saurait être étendue jusqu'à couvrir les opérations qui sont réalisées dans le but de bénéficier frauduleusement ou abusivement des avantages prévus par le droit de l'Union (...).

Il découle ainsi de ce principe qu'un État membre doit refuser le bénéfice des dispositions du droit de l'Union lorsque celles-ci sont invoquées non pas en vue de réaliser les objectifs de ces dispositions, mais dans le but de bénéficier d'un avantage du droit de l'Union alors que les conditions pour bénéficier de cet avantage ne sont que formellement remplies.»

Sur cette base, la Cour conclut que «le principe général du droit de l'Union selon lequel les justiciables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes du droit de l'Union doit être interprété en ce sens que le bénéfice de l'exonération de la retenue à la source sur les bénéfices distribués par une filiale

à sa société mère, prévue à l'article 5 de ladite directive, doit, en présence d'une pratique frauduleuse ou abusive, être refusé à un contribuable par les autorités et les juridictions nationales, même en l'absence de dispositions du droit national ou conventionnel prévoyant un tel refus».

La Cour n'examine donc pas les questions et sous-questions qui lui étaient posées sur la notion de bénéficiaire effectif au sens des conventions préventives de la double imposition, dès lors qu'elle a considéré que les États membres tiraient le droit de refuser le bénéfice des avantages de la Directive mère-fille directement du principe de l'interdiction de l'abus du droit de l'Union, principe qui a ses propres conditions d'application (39).

L'on a fait observer (40) que, par cette décision, la Cour a opéré un revirement par rapport à sa jurisprudence antérieure quant à l'application des dispositions anti-abus autorisées par une directive.

Suivant la jurisprudence antérieure de la Cour (arrêt *Kofoed*, au sujet d'une disposition similaire dans la Directive fusions transnationales), si de telles dispositions anti-abus ne devaient pas être reprises telles quelles directement dans la transposition de la directive par le droit national pour être opposables aux contribuables, il devait à tout le moins exister, dans le droit national, une disposition ou un principe général selon lequel l'abus de droit est prohibé, ou bien d'autres dispositions sur la fraude ou l'évasion fiscales qui pourraient être interprétées comme formant la disposition anti-abus prévue par le droit de l'Union applicable (41).

Ici, la Cour de justice ne formule pas – ou plus – cette réserve, alignant son interprétation de la notion d'abus en matière de fiscalité directe sur celle déjà développée en matière de taxe sur la valeur ajoutée (42).

---

(39) On observera du reste qu'à aucun moment depuis l'adoption de la Directive mère-fille et à l'occasion des modifications et refonte dont elle a fait l'objet il n'a été fait référence au lien entre les avantages conférés par cette directive et le concept de «bénéficiaire effectif» propre aux conventions préventives de la double imposition.

(40) L. DE BROE et S. GOMMERS, «De Deense 'uiteindelijk gerechtigde'-arresten van het Hof van Justitie. Analyse en relevantie voor België», *op.cit.*, p. 33.

(41) CJUE, 5 juillet 2007, *Kofoed*, affaire C-321/05, point 46.

(42) K. LENAERTS, «Le juge de l'Union, promoteur de la lutte contre l'abus de droit en matière fiscale», *R.G.C.F.*, 2019/6, pp. 433 et s., spéc. p. 447.

Sous-section 3 — *Les éléments constitutifs de l'abus du droit de l'Union dans le contexte de la Directive mère-fille*

Après avoir posé le principe que, dans le cadre légal applicable au moment des faits, les États membres pouvaient/devaient refuser d'accorder les avantages de la Directive mère-fille sur la base du principe de l'interdiction de l'abus de droit de l'Union, il revenait à la Cour de préciser les contours de ce principe dans le cadre plus particulier de la Directive mère-fille.

a) *Synthèse du raisonnement de la Cour*

La Cour devait donc préciser ce qu'il faut entendre par « pratique frauduleuse ou abusive » dans le contexte particulier de la Directive mère-fille.

La Cour commence par rappeler qu'en droit de l'Union, la preuve d'une « pratique abusive » requiert deux éléments<sup>(43)</sup> (point 97) :

- d'une part, un ensemble de circonstances objectives d'où il résulte que, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation de l'Union, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint ; et
- d'autre part, un élément subjectif consistant en la volonté d'obtenir un avantage résultant de la réglementation de l'Union en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention.

Cela requiert qu'il soit établi, sur la base de l'examen d'un ensemble de faits, que des opérateurs économiques ont effectué des opérations purement formelles ou artificielles dénuées de toute justification économique et commerciale dans le but essentiel de bénéficier d'un avantage indu (point 98).

La Cour va rappeler qu'il ne lui appartient pas d'apprécier les faits au principal, mais qu'elle peut fournir des indices de la pratique abusive à la juridiction nationale afin de la guider dans l'appréciation des cas d'espèce dont elle a à connaître. La Cour va ensuite s'atteler à identifier des indices qui, dans les cas d'espèce des affaires qui lui sont soumises, peuvent guider la juridiction nationale, tout en indiquant qu'il revient à celle-ci de « vérifier si

---

(43) Voir également CJUE, 14 décembre 2000, *Esmland-Stärke*, affaire C-110/99, spéc. points 52 et 53 ; CJUE, 12 mars 2014, *O. et B.*, affaire C-456/12, spéc. point 58.

ces indices sont objectifs et concordants» et «si les [sociétés contribuable] ont eu la possibilité d'apporter la preuve contraire» (point 99).

La Cour va ensuite énoncer les conditions de la pratique abusive dans le contexte de la Directive mère-fille. Suivant la Cour (point 100):

«Peut être considéré comme étant un montage artificiel un groupe de sociétés qui n'est pas mis en place pour des motifs qui reflètent la réalité économique, a une structure purement formelle et a pour principal objectif ou pour l'un de ses objectifs principaux l'obtention d'un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable. Tel est le cas notamment lorsque, grâce à une entité relais insérée dans la structure du groupe entre la société qui verse des dividendes et la société du groupe qui en est le bénéficiaire effectif, le paiement d'impôts sur les dividendes est évité.»

Ce dernier membre de phrase met en exergue l'élément essentiel de la pratique abusive, à savoir l'existence d'un avantage fiscal indu, consistant dans le cadre particulier de la Directive mère-fille en l'évitement d'un paiement d'impôts sur le dividende qui eût été dû si une entité relais n'avait pas été interposée dans la structure du groupe.

C'est donc assez logiquement que la Cour va examiner en premier lieu les indices de l'avantage fiscal indu. Et identifier à cet égard que la redistribution du dividende à une personne qui ne peut se prévaloir des avantages de la Directive mère-fille est un indice d'un montage mis en place pour obtenir un avantage indu. Suivant la Cour (point 101):

«Ainsi, constitue un indice de l'existence d'un montage visant à bénéficier indûment de l'exonération prévue à l'article 5 de la [Directive mère-fille] le fait que lesdits dividendes sont reversés, en totalité ou quasi-totalité et dans un délai très bref suivant leur perception, par la société qui les a perçus à des entités qui ne répondent pas aux conditions d'application de la [Directive mère-fille], soit parce qu'elles ne sont établies dans aucun État membre, soit parce qu'elles ne sont pas constituées sous l'une des formes visées par cette directive, soit parce qu'elles ne sont pas assujetties à l'un des impôts énumérés à l'article 2, sous c), de ladite directive, soit encore parce qu'elles n'ont pas la qualité de «société mère» et ne répondent pas aux conditions prévues à l'article 3 de la même directive.»

L'indice retenu par la Cour n'est pas une simple redistribution du dividende, mais une redistribution à une personne qui ne peut bénéficier des avantages conférés par la Directive mère-fille.

Et si ceci n'était pas suffisamment clair, la Cour de justice le répète une nouvelle fois dans le paragraphe qui suit, dans lequel elle examine cette fois la situation de fait qui est à la base du litige dont elle est saisie. Suivant la Cour (point 102):

«Or, ne répondent pas aux conditions d'application de la [Directive mère-fille] des entités ayant leur résidence fiscale en dehors de l'Union, telles que, semble-t-il, les sociétés en cause dans l'affaire C-117/16 ou les fonds d'investissement en cause dans l'affaire C-116/16. Dans ces affaires, si les dividendes avaient été payés directement par la société danoise débitrice aux entités qui, selon le ministère des Impôts, en ont été les bénéficiaires effectifs, le Royaume de Danemark aurait pu percevoir l'impôt retenu à la source.»

Ce qui est donc essentiel, aux yeux de la Cour, c'est l'indice que les actes posés par les contribuables l'ont été pour éviter la perception de la retenue à la source due dans des circonstances «normales», ce qui peut ressortir du constat que les sociétés auxquelles le dividende a été finalement redistribué ne peuvent se prévaloir des avantages de la Directive mère-fille.

Et, relève la Cour, l'obligation pour la société qui perçoit le dividende de le reverser à une telle personne qui ne peut bénéficier des avantages conférés par la Directive mère-fille est de nature à corroborer le caractère artificiel du montage (point 103).

«Le caractère artificiel d'un montage est susceptible d'être corroboré par la circonstance que le groupe de sociétés concerné est structuré de manière telle que la société qui perçoit les dividendes payés par la société débitrice doit elle-même reverser ces dividendes à une troisième société ne répondant pas aux conditions d'application de la [Directive mère-fille], ce qui a pour conséquence qu'elle ne réalise qu'un bénéfice taxable insignifiant lorsqu'elle agit en qualité de société relais afin de permettre le flux financier de la société débitrice vers l'entité qui est le bénéficiaire effectif des sommes versées.»

C'est donc à trois reprises, en tête du raisonnement de la Cour, que celle-ci fait le lien entre avantage indu et redistribution à une personne qui ne répond pas aux conditions pour bénéficier des avantages de la Directive mère-fille.

Ce n'est qu'ensuite que la Cour va examiner dans quelles circonstances une société peut être considérée comme une «société relais» dont l'intervention se limite à reverser les dividendes, ce qui peut être un indice du caractère artificiel du montage lorsque l'avantage indu a été au préalable établi.

Tel est le cas, selon la Cour, lorsque cette société «a pour unique activité la perception des dividendes et la transmission de ceux-ci au bénéficiaire effectif ou à d'autres sociétés relais. L'absence d'activité économique effective doit, à cet égard, à la lumière des spécificités caractérisant l'activité économique en question, être déduite d'une analyse de l'ensemble des éléments pertinents relatifs, notamment, à la gestion de la société, à son bilan comptable, à la structure de ses coûts et aux frais réellement exposés, au personnel qu'elle emploie ainsi qu'aux locaux et à l'équipement dont elle dispose» (point 104).

La Cour relève également comme indices d'un montage artificiel «les différents contrats existant entre les sociétés impliquées dans les opérations financières en cause, donnant lieu à des flux financiers intragroupes, les modalités de financement des opérations, l'évaluation des fonds propres des sociétés intermédiaires, ainsi que l'absence de pouvoir des sociétés relais de disposer économiquement des dividendes perçus. À cet égard, sont susceptibles de constituer de tels indices non seulement une obligation contractuelle ou légale, pour la société mère qui perçoit les dividendes, de les reverser à un tiers, mais également le fait que, “fondamentalement” (44), ainsi que le mentionne la juridiction de renvoi, cette société, sans être tenue par une telle obligation contractuelle ou légale, ne dispose pas du droit d'utiliser ces dividendes et d'en jouir.» (point 105)

*b) L'obtention d'un avantage fiscal indu, élément central de la pratique abusive*

Les passages précités de l'arrêt de la Cour font apparaître combien l'avantage fiscal indu est au centre de la pratique abusive.

Ce n'est pas de manière fortuite que la Cour de justice commence son raisonnement par déterminer les indices de l'avantage indu, pour ensuite examiner les indices du caractère artificiel du montage.

Dans la langue française, l'abus se définit comme «l'usage injuste ou excessif de quelque chose».

Il n'y a pas d'abus du simple usage des avantages conférés par le cadre légal pertinent, ici par la Directive mère-fille. Le seul fait

---

(44) Ce terme nous paraît plutôt devoir être traduit par «dans les faits» ou «concrètement» ; la traduction anglaise «in substance» ou la traduction néerlandaise «in wezen» paraissent plus correctes que la traduction française.

de bénéficier d'un avantage prévu par la Directive mère-fille, ou la simple prise en compte, dans la manière de structurer un groupe de sociétés, des avantages conférés par la Directive mère-fille n'est pas suffisant, il faut que l'objectif soit d'en bénéficier de manière «indue» au regard des objectifs de la réglementation en question, ce qui rend alors la pratique «abusive».

Ce qui suppose, au préalable, qu'il y ait un avantage fiscal dans la structure telle qu'adoptée par le contribuable et que cet avantage soit en contradiction avec les objectifs du législateur.

Il faut à cette fin comparer la charge fiscale dans la structure adoptée par le contribuable par rapport à celle qui serait la sienne sans l'élément de la structure qui fait l'objet de l'examen au regard de l'abus, pour déterminer si cette structure présente un avantage fiscal.

C'est ainsi que, comme le relèvent à juste titre Luc De Broe et Sam Gommers dans leur commentaire de l'arrêt de la Cour de justice ici étudié, pour qu'il y ait abus de la Directive mère-fille, il faut un avantage fiscal, qui consiste en ce que la structure adoptée par le contribuable permet d'obtenir globalement une réduction du taux de retenue à la source dans des hypothèses qui n'ont pas été voulues par leur législateur. Ces auteurs citent le cas où une *conduit company* est établie dans un État qui applique un taux de retenue à la source sur le paiement au bénéficiaire qui est inférieur au taux de retenue à la source que l'État de résidence de la société qui a fait le paiement à la *conduit company* appliquerait en cas de paiement direct au bénéficiaire.

Dans une étude parue tout récemment sur l'interdiction de l'abus de droit après les arrêts de la Cour de justice dans les affaires danoises, à laquelle ont notamment contribué Robert Danon, Daniel Gutmann et Guglielmo Maisto, les auteurs rappellent à cet égard que l'obtention d'un avantage est une condition d'application de la théorie de l'abus de droit de l'Union européenne, car l'existence d'un avantage fiscal est une condition sous-jacente même de l'abus(45).

Telle est d'ailleurs la conclusion de Koen Lenaerts lorsqu'il examine les éléments objectif et subjectif de l'abus de droit dans la jurisprudence de la Cour de justice, dans son étude sur le rôle de la Cour de justice dans la lutte contre l'abus de droit en matière

---

(45) R. DANON, D. GUTMANN, G. MAISTO, A. MARTIN JIMENEZ et B. MALEK, «The Prohibition of Abuse of Rights After the ECJ Danish Cases», *Intertax*, 2021, 6/7, pp. 482 et s., spéc. p. 496.

fiscale. Suivant cet auteur, par ailleurs président de la Cour de justice de l'Union européenne, «D'un point de vue subjectif, la personne ou la société concernée doit avoir l'intention d'obtenir un avantage fiscal en créant le montage purement artificiel» (46).

Dès lors, sans avantage fiscal, il ne pourrait être question de faire application de la théorie de l'abus de droit.

*c) Peut-on avoir égard à la situation du bénéficiaire «final» ?*

Dans le cadre des affaires soumises à la Cour de justice, la juridiction de renvoi demandait «s'il peut y avoir abus de droit lorsque des dividendes transférés par des sociétés relais ont finalement pour bénéficiaire effectif une société ayant son siège dans un État tiers avec lequel l'État membre d'origine a conclu une convention fiscale, en vertu de laquelle les dividendes n'auraient fait l'objet d'aucune retenue s'ils avaient été directement versés à la société ayant son siège dans cet État tiers.»

La Cour répond de manière nuancée.

La Cour commence par poser que la circonstance que certains bénéficiaires effectifs d'un dividende sont établis dans un État avec convention ne saurait exclure, *en soi*, un abus de droit. Suivant la Cour (points 108 et 109):

«À cet égard, lors de l'examen de la structure du groupe, il est sans pertinence que certains des bénéficiaires effectifs des dividendes versés par la société relais aient leur résidence fiscale dans un État tiers ayant conclu une convention de prévention de la double imposition avec l'État membre d'origine. Force est en effet de constater que l'existence d'une telle convention ne saurait exclure, en soi, un abus de droit. Ainsi, une convention de cette nature ne saurait remettre en question l'existence d'un abus de droit dûment établie sur la base d'un ensemble de faits attestant que des opérateurs économiques ont effectué des opérations purement formelles ou artificielles dénuées de toute justification économique et commerciale dans le but essentiel de bénéficier indûment de l'exonération de la retenue à la source prévue à l'article 5 de la [Directive mère-fille].

Il convient d'ajouter que, alors qu'une taxation doit correspondre à une réalité économique, l'existence d'une convention de prévention de la double imposition n'est pas comme telle de nature à établir la réalité d'un

---

(46) K. LENAERTS, «Le juge de l'Union, promoteur de la lutte contre l'abus de droit en matière fiscale», *op. cit.*, p. 441.

paiement effectué à des bénéficiaires résidents de l'État tiers avec lequel cette convention a été conclue. Si la société débitrice des dividendes souhaite bénéficier des avantages d'une telle convention, il lui est loisible de verser ces dividendes directement aux entités ayant leur résidence fiscale dans un État ayant conclu une convention de prévention de la double imposition avec l'État d'origine.»

La Cour nuance ensuite et pose que lorsque les dividendes auraient pu être exonérés en cas de versement direct au bénéficiaire établi dans un État tiers, le but de la structure du groupe peut être étranger à tout abus de droit (point 110):

«Cela étant, il ne saurait non plus être exclu, en présence d'une situation dans laquelle les dividendes auraient été exonérés en cas de versement direct à la société ayant son siège dans un État tiers, que le but de la structure du groupe soit étranger à tout abus de droit. Dans un tel cas, il ne saurait être reproché au groupe d'avoir opté pour une telle structure plutôt que pour un versement direct des dividendes à ladite société.»

Que retenir de ces passages de l'arrêt ?

À notre avis, la Cour a voulu éviter que les contribuables puissent systématiquement se retrancher derrière l'existence d'une convention préventive de la double imposition dont aurait pu se prévaloir l'un des bénéficiaires des dividendes dans la chaîne pour écarter *de plano* tout abus. Cela en particulier dans le contexte des affaires qui lui étaient soumises, qui impliquaient, rappelons-le, des sociétés résidentes dans des juridictions qualifiées de paradis fiscaux.

Mais elle n'a pas non plus écarté cette circonstance pour apprécier l'existence ou l'absence d'un abus. Ce que fait la Cour dans le point 110 reproduit ci-dessus, c'est rappeler que le principe reste le libre choix du contribuable de structurer le groupe comme il l'entend, même si cela implique des (re)distributions de dividendes, pour autant que ce choix ne soit pas constitutif d'un abus de droit, ce qui est le cas lorsque le contribuable entend obtenir un avantage indu.

Sous-section 4 — *L'arrêt de la juridiction de renvoi sur le fond du litige après l'arrêt de la Cour de justice du 26 février 2019 dans les affaires T Danmark et Y Denmark Aps*

Dans les affaires *T. Danmark et Y Denmark Aps*, la Cour de justice se prononçait sur une question préjudicielle posée par la cour d'appel de la région Est du Danemark.

J.D.F. 2021

Après l'arrêt de la Cour de justice, il revenait à cette juridiction de trancher le fond du litige sur la base des éléments d'interprétation fournis par la Cour de justice.

La juridiction danoise s'est prononcée sur ces affaires le 3 mai 2021 (47).

Dans l'affaire *Y. Denmark Aps*, la juridiction danoise a examiné l'ensemble de la chaîne de distributions pour déterminer s'il y avait abus des avantages conférés par la Directive mère-fille.

Pour rappel, dans cette affaire, la société Y Denmark Aps avait distribué en 2006 deux dividendes, l'un de respectivement l'équivalent de 91 millions USD et l'autre de l'équivalent de 16,5 millions USD à sa société mère établie à Chypre, et invoqué pour ces deux distributions l'exonération de retenue à la source sur la base des dispositions de la Directive mère-fille.

La société mère chypriote avait ensuite redistribué ce dividende très peu de temps après (quasi) intégralement à sa société mère établie aux Bermudes, elle-même détenue par une société américaine.

Le fisc danois avait refusé le bénéfice de l'exonération de retenue à la source prévue par la directive mère-fille en considérant que le bénéficiaire effectif des dividendes était la société établie aux Bermudes.

La juridiction danoise ne va pas s'arrêter à la situation de la mère chypriote mais va procéder plus globalement à une analyse détaillée des flux de dividendes entre les sociétés du groupe pour déterminer s'il y a abus des avantages conférés par la directive.

Elle va examiner en particulier la situation des dividendes versés par la société des Bermudes à sa société mère américaine.

En ce qui concerne la première distribution, d'environ 91 millions USD, la Cour constate que la société des Bermudes a reversé ce dividende à sa société mère américaine quelques mois après les avoir reçus de sa filiale chypriote.

Elle constate que la société mère américaine avait utilisé les sommes correspondantes pour faire des investissements aux États-Unis.

---

(47) Pour un commentaire, voir B. TOLSTRUP et N. BJØRNHOLM, «Denmark – First Danish decisions on beneficial ownership following the ECJ decisions in the 'Danish cases'», *ET*, 2021, vol. 61.

La cour conclut sur cette base que le bénéficiaire final des dividendes était la société américaine, et que celle-ci avait fait usage de ces sommes pour réaliser des investissements dans le cadre de son activité propre.

La cour va se fonder sur le point 110 de l'arrêt de la Cour de justice, reproduit *supra*, pour conclure à l'absence d'abus de la directive mère-fille pour cette distribution. Suivant la juridiction danoise(48):

«Le fait que le bénéficiaire effectif est un résident d'un pays avec lequel le Danemark a conclu une convention préventive de la double imposition doit également être pris en compte lors de l'évaluation de l'existence d'un abus de droit dans le cadre de la Directive mère-fille, comme l'exprime également l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans cette affaire (paragraphe 110). [...]

Étant donné qu'il aurait été possible de distribuer le dividende directement de [Y Denmark Aps] vers [la société mère indirecte établie aux États-Unis] sans déclencher la retenue à la source danoise, et qu'il est établi que la distribution a été réalisée dans le cadre d'un projet de rapatriement de dividendes vers la société mère du groupe [aux États-Unis], la Cour constate qu'il n'y a pas d'abus de la convention de double imposition entre le Danemark et Chypre ou de la Directive mère-fille.»

S'agissant du second dividende, également suivi d'une distribution d'un dividende de la société chypriote vers la société des Bermudes, la juridiction danoise considère qu'il n'est pas établi qu'il a été redistribué à la société mère américaine, à tout le moins pas avant quatre ans à compter de la réception par la société des Bermudes. Au contraire, relève la Cour, la société des Bermudes a reçu des intérêts sur ces sommes pendant plusieurs années. Elle considère sur cette base que la société des Bermudes est la bénéficiaire du dividende et que l'interposition de la société chypriote

---

(48) Traduction libre des passages suivants de l'arrêt: «Den omstændighed, at den retmæssige ejer er hjemmehørende i et land, som Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med, må også inddrages ved vurderingen af, om der foreligger retsmisbrug efter moder/datterselskabsdirektivet, således som det også er udtrykt i EU-Domstolens dom i denne sag (præmis 110).[...] Idet det ville have været muligt at udlodde udbyttet direkte fra H1 til H1 Y4-land, uden at dette ville have udløst dansk kildeskat, og da det findes godtgjort, at udlodningen skete som led i en planlagt udbyttehjemtagning til koncernens Y4-landske moderselskab, finder landsretten, at der hverken foreligger retsmisbrug af den danskcypritiske dobbeltbeskatningsoverenskomst eller af moder-/datterselskabsdirektivet.». Le texte complet de l'arrêt en danois est disponible à l'adresse suivante: <https://skat.dk/skat.aspx?oid=2304049>.

emporte un abus de droit car l'interposition de la société chypriote ne se justifie que par la volonté de bénéficier de la directive (49).

On voit donc que la juridiction de renvoi a tenu compte de la situation du bénéficiaire « final » des dividendes et du contexte spécifique à chaque distribution, tant au regard des règles applicables (convention préventive et directive) que du comportement et des intentions des différentes sociétés du groupe impliquées, pour examiner s'il y avait eu l'intention d'obtenir un avantage indu, et constater que tel n'était pas le cas pour l'une des deux distributions.

Dans l'affaire *T. Danmark*, la situation était différente car les contribuables concernés avaient toujours refusé de donner des précisions quant à l'identité ou la résidence fiscale des investisseurs finaux dans les structures. La cour danoise constate que, compte tenu du fait qu'il n'était pas contesté que les dividendes seraient reversés à ces investisseurs dont il n'a pas été établi qu'ils auraient eux-mêmes pu se prévaloir d'une retenue à la source en cas de versement direct, et à défaut des éléments factuels lui permettant de vérifier les fonctions des sociétés intermédiaires luxembourgeoises, l'administration fiscale danoise avait refusé à bon droit l'application de l'exonération de retenue à la source organisée par la Directive mère-fille.

On le voit, dans ces deux affaires, la juridiction de renvoi a tenu compte des indices relevés par la Cour de justice, tout en examinant la situation des sociétés concernées *in concreto*, sur la base des éléments d'appréciation qui lui ont été fournis et tout en laissant, comme l'y invitait la Cour de justice, à apporter la preuve contraire.

La décision de la juridiction danoise de renvoi dans les deux affaires est frappée d'un recours devant la Cour suprême danoise, qui devrait rendre son arrêt dans le courant de l'année 2023.

## QUELQUES CONCLUSIONS

À l'issue de cet examen, nous pensons pouvoir tirer les quelques conclusions suivantes.

---

(49) Voir B. TOLSTRUP et N. BJØRNHOLM, « Denmark – First Danish decisions on beneficial ownership following the ECJ decisions in the 'Danish cases' », *op. cit.*, vol. 61.

Le droit belge contient aujourd'hui, à l'article 266, alinéa 4, du CIR, une disposition anti-abus spécifique pour l'application de l'exonération de précompte mobilier sur les dividendes distribués par une société filiale à sa société mère.

Cette disposition est, sur le fond, la transposition de la Directive de 2015 et doit être interprétée à la lumière de cette directive et, plus généralement, en tenant compte de l'ensemble des enseignements de la Cour de justice sur la portée de dispositions anti-abus dans les directives fiscales, spécialement en matière d'impôt sur les sociétés.

La Cour de justice a de longue date balisé la portée de telles dispositions.

C'est ainsi que, de jurisprudence constante de la Cour, elles n'ont vocation à s'appliquer que de manière exceptionnelle et dans des cas particuliers, sur la base d'une appréciation *in concreto* de l'ensemble des circonstances de fait pertinentes.

Comme le rappellent d'ailleurs les considérants de la Directive de 2015, l'application des dispositions anti-abus doit être proportionnée.

La disposition instaurée par la Directive de 2015 reste une exception au principe suivant lequel les États membres doivent accorder les avantages de la Directive mère-fille lorsqu'une société mère résidente dans l'Union verse un dividende à une société résidente dans l'Union.

Cette disposition anti-abus n'a pas pour objet de remettre en cause la liberté qu'ont les groupes de structurer leurs activités comme ils l'entendent, en créant des sociétés filiales dans les États membres, qu'elles soient des sociétés opérationnelles ou des sociétés holding ou sous-holding. L'usage des avantages de la Directive mère-fille, et la prise en compte de ceux-ci dans la structuration d'un groupe de sociétés, ne sont pas prohibés. La disposition a pour seul objectif de contrecarrer l'usage abusif des avantages conférés par la Directive mère-fille. Ce qui suppose que cet usage aboutisse à un avantage indu.

C'est dans ce cadre qu'il faut interpréter les conditions de l'article 266, alinéa 4, du CIR.

Pour déterminer s'il y a usage abusif, il faut donc examiner en première instance l'avantage obtenu par le contribuable, et ensuite évaluer si cet avantage est indu, ce qui permet de déterminer si le contribuable a posé un acte ou ensemble d'actes avec pour objec-

tif principal ou l'un de ses objectifs principaux un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la directive mère-fille.

Pour déterminer l'avantage, il faut examiner si l'interposition dans la structure du groupe a permis d'éviter une retenue à la source sur la base de l'application des dispositions de la Directive mère-fille sur les dividendes qui remontent dans une chaîne. En d'autres termes, il faut déterminer la charge fiscale due en tenant compte de cette interposition et la charge fiscale qui aurait été celle en l'absence de la société dans la chaîne. La (re)distribution du dividende à une personne qui ne peut se prévaloir des avantages de la Directive mère-fille peut être un indice pour déterminer s'il y a un avantage indu. Un indice. Pas une preuve.

S'il n'y a aucun avantage indu, la disposition anti-abus ne peut trouver à s'appliquer, le simple usage des avantages conférés par la Directive mère-fille n'étant, on l'a dit, pas prohibé.

La question de savoir si l'on est en présence d'un montage «non authentique» n'a de sens à notre avis que si l'avantage a été au préalable établi.

La question du montage «non authentique», à savoir celui «qui n'est pas mis en place pour des motifs économiques valables» ne peut à notre avis en effet être appréhendée qu'au regard de l'avantage fiscal obtenu. De la même manière que, dans le cadre de la disposition anti-abus de la Directive fusions transnationales, la question des «motifs économiques valables» ne se pose que lorsque la réorganisation envisagée présente un avantage fiscal et au regard de cet avantage.

Dans l'application de la disposition anti-abus, les autorités fiscales ne sauraient se référer à des critères généraux qui aboutiraient à appliquer des présomptions d'abus des avantages conférés par la Directive mère-fille.

En particulier, la disposition anti-abus de la Directive mère fille ne saurait s'interpréter comme un blanc-seing laissé aux administrations nationales pour taxer les dividendes versés par ou à des sociétés dont l'activité est principalement financière. À ce sujet, il est utile de renvoyer à la récente proposition de la Commission visant à lutter contre l'utilisation abusive d'entités écrans à des fins fiscales inappropriées(50). Le fait que la Commission considère qu'un instrument spécifique est nécessaire pour priver certaines

---

(50) Proposition du 22 décembre 2021, COM(2021) 565 final.

sociétés de bénéfices de l'application de la Directive mère-fille (51) n'est que la confirmation de ce qu'en l'état actuel du droit, les caractéristiques de sociétés bénéficiaires de dividendes telles que la qualité ou la résidence des actionnaires, le nombre d'employés, la nature et le volume des activités ne peuvent seules suffire à justifier le refus d'octroyer une exonération de retenue à la source.

Au contraire, les autorités fiscales doivent examiner la situation *in concreto*, sur la base de l'ensemble des éléments de fait dont elles ont connaissance et des explications qui leur sont communiquées par les contribuables.

Enfin, en cas d'abus dûment établi, les autorités fiscales doivent appliquer une sanction proportionnée, qui revient à annuler l'avantage fiscal indu recherché par le contribuable, à établir par rapport à ce qui aurait été le traitement fiscal de l'opération qui aurait été réalisée si le montage non authentique n'avait pas été mis en place.

JEAN-MICHEL DEGÉE

Avocat

Professeur à l'ULiège et

à l'Executive Master en gestion fiscale –

Solvay Brussels School

EDOARDO TRAVERSA

Avocat

Professeur à l'UCLouvain

---

(51) Voir à ce sujet l'article 11 de la proposition de la Commission.