Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
MME JULIANE KOKOTT
présentées le 1er mars 2018 [1]

Affaire C-116/16

Skatteministeriet
contre
T Danmark

[demande de décision préjudicielle formée par l'Østre Landsret (cour d'appel de la région Est, Danemark)]

« Renvoi préjudiciel – Directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres (appelée "directive 'mères-filiales'") – Nécessité d'un bénéficiaire effectif en cas de paiements de dividendes – Utilisation abusive des possibilités de montages fiscaux – Critères relatifs à l'existence d'un abus commis dans le but d'éluder une imposition à la source – Incidence des commentaires du modèle de convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur l'interprétation d'une directive de l'Union européenne – Application directe d'une disposition de directive non transposée – Interprétation conforme au droit de l'Union de principes nationaux de prévention des abus »

I. Introduction

1. Dans la présente affaire et dans l'affaire C-117/16, la Cour est appelée à déterminer – de la même manière que dans quatre autres affaires parallèles [2] relatives à la directive sur les intérêts et les redevances – dans quelles circonstances une filiale qui a distribué des dividendes à sa société mère, peut se voir refuser l'exonération de retenue à la source prévue par la directive 90/435/CEE [3] (ci-après la « directive "mères-filiales" »).

2. La question se pose dans le cadre d'une distribution (prévue) de dividendes à une société mère luxembourgeoise. Sa société mère est également résidente au Luxembourg, étant précisé que ses parts sont elles-mêmes détenues par plusieurs fonds de capital-investissement. Toutefois, on ne sait pas où ces derniers résident. Le Skatteministeriet (ministère des Finances, Danemark) souhaite refuser l'exonération de retenue à la source tant que l'on ne sait pas ce qu'il adviendra finalement des dividendes.

1 Langue originale : l'allemand.

2 Il s'agit plus spécifiquement des affaires C-118/16, C-119/16 (toutes deux jointes à l'affaire C-115/16) et C-299/16.

3 Directive du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (JO 1990, L 225, p. 6). Cette directive a été abrogée et remplacée, dans l'intervalle, par 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 (JO 2011, L 345, p. 8).

3. Pour la juridiction de renvoi, cela soulève en particulier la question de la définition et de l'applicabilité directe de l'interdiction de pratiques abusives édictée par le droit de l'Union et des modalités de détermination du bénéficiaire effectif des dividendes. Toutefois, contrairement à la directive sur les intérêts et les redevances, la directive « mères-filiales » ne fait pas référence à un « bénéficiaire effectif ».

4. Or, le Royaume de Danemark utilise cette notion dans la convention entre le Luxembourg et le Danemark tendant à éviter la double imposition (ci-après la « convention préventive de double imposition »). C'est pourquoi la juridiction de renvoi demande à qui il incombe d'interpréter cette notion tirée de la convention préventive de double imposition et s'il convient de tenir compte, dans ce cadre, des commentaires postérieurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur ses modèles de convention.

5. Toutefois, la question véritablement déterminante qui se pose est celle de savoir si l'exonération de retenue à la source prévue par la directive « mères-filiales » dépend de l'utilisation finale de dividendes dans des structures de société à plusieurs niveaux, en particulier lorsque ces structures de groupe ont également pour objectif de réduire une charge fiscale qui se traduit par un prélèvement à la source définitif sur des distributions de dividendes au sein du groupe. Cela soulève donc à nouveau la question de savoir où et comment se dessine la frontière entre un montage fiscal licite et un montage fiscal tout aussi légal, mais éventuellement abusif.

II. Cadre juridique

A. Droit de l'Union

6. La directive « mères-filiales » et les articles 49, 54 et 63 TFUE forment le cadre juridique de l'Union de l'affaire.

7. Conformément à son article 1er, paragraphe 1, la directive « mères-filiales » doit être appliquée par chaque État membre, notamment, aux distributions de bénéfices reçus par des sociétés de cet État et provenant de leurs filiales d'autres États membres.

8. L'article 1er de la directive « mères-filiales » prévoit :

« 1. Chaque État membre applique la présente directive :

– aux distributions de bénéfices reçues par des sociétés de cet État et provenant de leurs filiales d'autres États membres,

– aux distributions de bénéfices effectuées par des sociétés de cet État membre à des sociétés d'autres États membres dont elles sont les filiales,

[…]

2. La présente directive ne fait pas obstacle à l'application de dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires afin d'éviter les fraudes et abus. »

9. L'article 4 de la directive « mères-filiales » dispose :

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

– soit s'abstiennent d'imposer ces bénéfices,

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

[…]

2. Toutefois, tout État membre garde la faculté de prévoir que des charges se rapportant à la participation et des moins-values résultant de la distribution des bénéfices de la société filiale ne sont pas déductibles du bénéfice imposable de la société mère. Si, dans ce cas, les frais de gestion se rapportant à la participation sont fixés forfaitairement, le montant forfaitaire ne peut excéder 5 % des bénéfices distribués par la société filiale.

[…] »

10. L'article 5, paragraphe 1, de la directive « mères-filiales » énonce la réglementation suivante :

« 1. Les bénéfices distribués par une filiale à sa société mère sont exonérés de retenue à la source. »

B. Droit international

11. La convention entre le Luxembourg et le Danemark tendant à éviter la double imposition (ci-après la « convention préventive de double imposition ») du 17 novembre 1980 comporte, à son article 10, paragraphes 1 et 2, les dispositions suivantes sur la répartition des pouvoirs de taxation des dividendes :

« 1. Les dividendes payés par une société qui est un résident d'un État contractant à un résident de l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État.

2. Toutefois, ces dividendes sont aussi imposables dans l'État dont la société qui paie les dividendes est un résident, et selon la législation de cet État, mais si la personne qui reçoit les dividendes en est le bénéficiaire effectif, l'impôt ainsi établi ne peut excéder :

a) 5 pour cent du montant brut des dividendes si le bénéficiaire effectif est une société (autre qu'une société de personnes) qui détient directement au moins 25 pour cent du capital de la société qui paie les dividendes ;

b) 15 pour cent du montant brut des dividendes, dans tous les autres cas. »

12. Il s'ensuit que l'État d'origine, en l'occurrence le Danemark, ne peut imposer les dividendes versés à une société mère résidant au Luxembourg à un taux réduit que si cette société mère en est le « bénéficiaire effectif ». La convention ne définit pas la notion de « bénéficiaire effectif ».

C. Législation danoise

13. D'après les indications de la juridiction de renvoi, la législation danoise en vigueur au cours des années litigieuses était la suivante.

14. L'imposition des dividendes de sociétés mères nationales est régie à l'article 13, paragraphe 1, point 2, du Selskabsskattelov (loi relative à l'impôt sur les sociétés), dont l'arrêté de consolidation nº 1376 du 7 décembre 2010 contenait la version modifiée relative à l'année litigieuse de 2011 :

« Article 13. Ne constituent pas des revenus imposables : […]

2) Les dividendes perçus par les sociétés, associations etc. mentionnées à l'article 1er, paragraphe 1, points 1 à 2a, 2d à 2i et 3a à 5b au titre d'actions ou de parts sociales de sociétés visées à l'article 1er, paragraphe 1, points 1 à 2a, 2d à 2i et 3a à 5b, ou de sociétés ayant leur domicile fiscal à l'étranger. Toutefois, la présente disposition ne s'applique qu'aux dividendes au titre d'actions de filiales et d'actions de sociétés apparentées, voir les articles 4A et 4B de l'aktieavancebeskatningslov (loi relative à l'imposition des plus-values). […] »

15. L'obligation fiscale limitée des sociétés étrangères à raison de dividendes est régie par l'article 2, paragraphe 1, sous c), de la loi relative à l'impôt sur les sociétés.

16. Par conséquent, en 2011, l'obligation fiscale limitée n'incluait pas les dividendes payés à une société mère qui n'étaient soumis à aucun impôt ou seulement à un impôt réduit en application de la directive « mères-filiales » ou d'une convention préventive de double imposition.

17. Si, en application de l'article 2, paragraphe 1, sous c), de la loi relative à l'impôt sur les sociétés, une obligation fiscale limitée naît en raison de dividendes en provenance du Danemark, la loi danoise sur les retenues à la source [4] fait obligation à la société danoise distributrice de procéder à une retenue à la source de 28 %. En cas de retard de paiement de la retenue à la source (si l'obligation fiscale est limitée), des intérêts sont appliqués sur la dette d'impôt. Le redevable des intérêts moratoires est le débiteur de l'obligation de retenue à la source.

18. En 2011, il n'existait pas de disposition législative générale visant à lutter contre les abus. En revanche, la jurisprudence a développé le « principe de réalité », selon lequel l'imposition doit intervenir sur la base d'une appréciation concrète des faits. Cela signifie notamment que les montages fiscaux fictifs et artificiels peuvent, selon les circonstances, être écartés pour laisser place à une imposition fondée sur la réalité (*« substance-over-form »*, principe de la prééminence du fond sur la forme). Les parties au litige s'accordent sur le fait que le « principe de réalité » ne constitue pas un fondement suffisant pour écarter les actes juridiques réalisés dans la présente affaire.

19. La jurisprudence danoise a également développé le « principe du bénéficiaire légitime des revenus ». Ce principe repose sur les dispositions fondamentales relatives à l'imposition des revenus de l'article 4 de la statsskatteloven (loi danoise relative aux impôts de l'État), en vertu desquelles les autorités fiscales ne sont pas tenues d'admettre une dissociation artificielle entre l'entreprise ou l'activité qui génère les revenus et leur récipiendaire. Ce principe vise donc à déterminer la personne qui – quelles que soient les apparences formelles – est le véritable bénéficiaire d'un revenu donné et donc, redevable de l'impôt y afférent. Il convient par conséquent de déterminer à quelle personne le revenu doit être imputé sur le plan fiscal. Dès lors, le « bénéficiaire légitime des revenus » est celui qui est fiscalement redevable au titre desdits revenus.

4 Kildeskatteloven – Lovbekendtgørelse nr. 1086 af 14. November 2005 (arrêté de consolidation nº 1086 du 14 novembre 2005).

III. Le litige au principal

20. La requérante au principal (T Danmark) est une société danoise détenue à plus de 50 % par N Luxembourg 2, qui propose certaines prestations de services au Danemark en tant que groupe T Danmark. Les autres parts sociales sont détenues par des milliers d'actionnaires.

21. N Luxembourg 2 est une société ayant son siège au Luxembourg qui avait été constituée par N Luxembourg, société résidente du Luxembourg. N Luxembourg (qui, selon les informations fournies par N Luxembourg 2, est détenue par plusieurs fonds de capital-investissement) détient plus de 99 % du capital de N Luxembourg 2. Le reste du capital (moins de 1 %) est détenu par N Luxembourg 3, qui est également résidente au Luxembourg.

22. D'après un « certificat de résidence » établi par les autorités fiscales luxembourgeoises au printemps 2011, N Luxembourg 2 est une société entrant dans le champ d'application de la directive « mères-filiales », résidente au Luxembourg, qui y est effectivement gérée, qui est assujettie à l'impôt sur les sociétés au Luxembourg sans possibilité d'exonération, et qui est le bénéficiaire effectif (« *beneficial owner* ») de tous les dividendes qui lui sont versés. Ce certificat a été établi par les autorités fiscales du Luxembourg à la demande des autorités danoises.

23. T Danmark a voulu savoir, dans le cadre d'une demande de réponse contraignante, si les dividendes qu'elle devait distribuer à N Luxembourg 2 étaient exonérés en vertu de l'article 2, paragraphe 1, sous c), troisième phrase, de la loi relative à l'impôt sur les sociétés et, partant, de la retenue à la source danoise.

24. La demande de réponse contraignante indiquait que T Danmark envisageait de distribuer des dividendes à N Luxembourg 2 au troisième trimestre 2011 pour un montant total de 6 milliards de couronnes danoises (DKK). Étant donné que N Luxembourg 2 était une entité autonome dotée de sa propre direction et de l'autonomie de décision, il serait évidemment impossible de savoir à l'avance et avec certitude si, et de quelle façon, la direction de N Luxembourg 2 déciderait d'utiliser les dividendes versés par T Danmark.

25. Le ministère des Finances a estimé qu'il était impossible de rendre une réponse contraignante si l'on ne savait pas comment N Luxembourg 2 envisageait d'utiliser les dividendes versés par T Danmark.

26. C'est pourquoi T Danmark a indiqué au Skatterådet (Conseil national des impôts, Danemark) qu'il convient de considérer, aux fins de la réponse contraignante, que la plupart des dividendes de N Luxembourg 2 seront distribués en tant que dividendes à ses propriétaires, N Luxembourg 3 et N Luxembourg. Une plus petite partie des dividendes (probablement entre 3 % et 5 %) devrait servir à faire face aux coûts, ou servir de réserve pour couvrir les futurs coûts. La requérante au principal suppose également que les dividendes distribués à N Luxembourg (à titre de dividendes et/ou d'intérêts et/ou de remboursement de dette) seront reversés aux actionnaires des fonds de capital-investissement par les fonds de capital-investissement concernés. Toutefois, elle ne connaît ni les modalités de cette opération ni le traitement fiscal qui lui sera appliqué.

27. Le Conseil national des impôts a ensuite répondu « non » dans la réponse contraignante. T Danmark a introduit une réclamation contre la réponse contraignante devant le Landsskatteretten (Commission fiscale nationale, Danemark), qui est la plus haute instance en matière fiscale, laquelle a modifié la réponse à la question par un « oui ».

28. Le ministère des Finances a formé un recours contre la décision de la Commission fiscale nationale devant l'Østre Landsret (cour d'appel de la région Est, Danemark). L'Østre Landsret (cour d'appel de la région Est) a alors décidé d'engager une procédure de renvoi préjudiciel.

IV. La procédure devant la Cour

29. L'Østre Landsret (cour d'appel de la région Est) a soumis à la Cour les questions suivantes :

« 1) L'invocation par un État membre de l'article 1er, paragraphe 2, de [la directive 90/435], relatif à l'application des dispositions nationales nécessaires afin d'éviter les fraudes et abus, suppose-t-elle que ledit État membre ait adopté une disposition nationale spécifique pour transposer l'article 1er, paragraphe 2, de la directive ou que le droit national comporte des dispositions générales ou des principes généraux sur la fraude et l'abus pouvant être interprétés conformément à l'article 1er, paragraphe 2 ?

1.1) S'il est répondu par l'affirmative à la question 1, l'article 2, paragraphe 2, sous c), du Selskabsskattelov (loi relative à l'impôt sur les sociétés), selon lequel "les dividendes bénéficient d'une exonération ou d'une réduction de l'imposition en application des dispositions de [la directive 90/435]", peut-il être considéré comme étant une telle disposition nationale spécifique au sens de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 90/435 ?

2) Une disposition figurant dans une convention en vue d'éviter les doubles impositions conclue entre deux États membres et rédigée conformément au modèle de convention fiscale de l'OCDE, selon laquelle l'imposition des dividendes distribués dépend du point de savoir si leur bénéficiaire est considéré comme le bénéficiaire effectif de ces dividendes, constitue-t-elle une disposition conventionnelle anti-abus au sens de l'article 1er, paragraphe 2 ?

3) S'il est répondu par l'affirmative à la question 2, incombe-t-il alors au juge national de définir la notion de "bénéficiaire effectif", ou est-ce que, lors de l'application de la directive 90/435, cette notion doit être interprétée en ce sens qu'elle doit recevoir une définition en droit de l'Union soumise au contrôle de la Cour de justice ?

4) S'il est répondu par l'affirmative à la question 2 et qu'il est répondu à la question 3 qu'il n'incombe pas au juge national de définir la notion de "bénéficiaire effectif", cette notion doit-elle être interprétée en ce sens qu'une société résidente d'un État membre qui, dans les circonstances du litige au principal, reçoit des dividendes d'une filiale résidente d'un autre État membre, est le "bénéficiaire effectif" de ces dividendes au sens où cette notion doit être comprise en droit de l'Union ?

a) La notion de "bénéficiaire effectif" doit-elle alors être comprise dans le sens que cette même notion reçoit à l'article 1er, paragraphe 1, 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 (JO 2003, L 157, p. 49) (directive sur les intérêts et les redevances) ainsi qu'à l'article 1er, paragraphe 4, de celle-ci ?

b) Cette notion doit-elle être interprétée en tenant uniquement compte des commentaires sur l'article 10 du modèle de convention fiscale de 1977 (point 12) ou peut-il être tenu compte de commentaires plus récents, notamment ceux de 2003 sur les sociétés relais et ceux de 2014 sur les obligations contractuelles ou légales ?

c) Pour l'appréciation du point de savoir si le bénéficiaire des dividendes en est le "bénéficiaire effectif", quelle est l'incidence du fait que ledit bénéficiaire est tenu par une obligation contractuelle ou légale de reverser ces dividendes à un tiers ?

d) Pour l'appréciation du point de savoir si le bénéficiaire des dividendes doit être considéré comme le "bénéficiaire effectif", quelle est l'incidence du fait que la juridiction de renvoi pourrait conclure, au terme d'une appréciation des circonstances de fait de l'affaire au

principal, que, fondamentalement, le bénéficiaire – sans être tenu par une obligation contractuelle ou légale de reverser les dividendes reçus à un tiers – ne disposait pas du droit "d'utiliser le dividende et d'en jouir" au sens des commentaires de 2014 sur le modèle de convention fiscale de 1977 ?

5) S'il est constaté en l'espèce qu'il existe des "dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires afin d'éviter les fraudes et abus" (voir article 1er, paragraphe 2, de la directive 90/435), que la société A, résidente d'un État membre, a versé des dividendes à sa société mère B, résidente d'un autre État membre, qui les transfère ensuite à sa société mère C, résidente en dehors de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen [EEE] et qui, à son tour, les transfère à sa société mère D, également résidente en dehors de l'Union ou de l'EEE, qu'aucune convention fiscale n'a été conclue entre le premier de ces États et l'État de résidence de la société C, qu'une convention fiscale a été conclue entre le premier de ces États et l'État de résidence de la société D et qu'en application de sa loi, le premier de ces États ne pourrait exiger de retenue à la source sur les dividendes versés par la société A à la société D si cette dernière détenait directement la société A, y a-t-il alors abus au sens de ladite directive de sorte que la société B ne peut bénéficier de la protection qu'elle confère ?

6) Lorsque, concrètement, une société résidente d'un État membre (la société mère) ne peut être considérée comme pouvant bénéficier, en application de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 90/435, d'une exonération de la retenue à la source au titre de dividendes reçus d'une société résidente d'un autre État membre (la filiale), les dispositions combinées de l'article 49 et de l'article 54 TFUE font-elles obstacle à une législation selon laquelle le dernier de ces États membres impose la société mère résidente de l'autre État membre sur les dividendes lorsque ce même État membre considère que, dans des circonstances similaires, les sociétés mères résidentes sont exonérées d'impôt sur ces dividendes ?

7) Lorsque, concrètement, une société résidente d'un État membre (la société mère) ne peut être considérée comme pouvant bénéficier, en application de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 90/435, d'une exonération de la retenue à la source au titre de dividendes reçus d'une société résidente d'un autre État membre (la filiale) et que ce dernier État membre considère que la société mère y est tenue par une obligation fiscale limitée au titre de ces dividendes, les dispositions combinées de l'article 49 et de l'article 54 TFUE font-elles obstacle à une législation selon laquelle le dernier de ces États membres impose au débiteur de l'obligation de retenue à la source (la filiale) de s'acquitter d'intérêts moratoires en cas de retard de paiement de la retenue à la source, et ce à un taux plus élevé que celui appliqué par ce même État membre en matière de recouvrement de l'impôt sur les sociétés à l'encontre d'une société résidente dudit État membre ?

8) S'il est répondu par l'affirmative à la question 2 et qu'il est répondu à la question 3 dans le sens qu'il n'incombe pas au juge national de définir la notion de "bénéficiaire effectif" et si, concrètement, il s'ensuit qu'une société résidente d'un État membre (la société mère) ne peut être considérée comme pouvant bénéficier, en application de la directive 90/435, d'une exonération de la retenue à la source au titre de dividendes reçus d'une société résidente d'un autre État membre (la filiale), ce dernier État membre est-il alors tenu, en application de la directive 90/435 ou de l'article 4, paragraphe 3, TUE, d'indiquer quelle personne ou entité il considère être le bénéficiaire effectif ?

9) Lorsque, concrètement, une société résidente d'un État membre (la société mère) ne peut être considérée comme pouvant bénéficier, en application de la directive 90/435, d'une exonération de la retenue à la source au titre de dividendes reçus d'une société résidente d'un autre État membre (la filiale), les dispositions combinées de l'article 49 et de l'article 54 TFUE (et/ou de l'article 63 TFUE) font-elles obstacle, ensemble ou séparément, à une législation :

   a) selon laquelle le dernier de ces États membres fait obligation à la filiale de procéder à une retenue à la source au titre des dividendes et la rend responsable envers l'État des retenues à la source non prélevées, alors qu'une telle obligation de retenue n'est pas applicable si la société mère est résidente de ce même État membre ;

   b) selon laquelle ce dernier État membre impose des intérêts moratoires sur la retenue à la source due ?

   Pour la réponse à la question 9, il est demandé à la Cour de tenir compte des réponses aux questions 6 et 7.

10) Dans une situation où :

   1. une société résidente d'un État membre (la société mère) satisfait à la condition de détention d'au moins 10 % du capital d'une société résidente d'un autre État membre (la filiale) posée par la directive 90/435 (en 2011),

   2. concrètement, la société mère n'est pas considérée comme pouvant bénéficier, en application de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 90/435, d'une exonération de la retenue à la source au titre de dividendes reçus de la filiale,

   3. l'actionnaire (ou les actionnaires) (direct[s] ou indirect[s]) de la société mère, résident(s) d'un pays tiers, est (sont) considéré(s) comme le(s) bénéficiaire(s) effectif(s) des dividendes en question,

   4. l'actionnaire (ou les actionnaires) en question (direct[s] ou indirect[s]) satisfont également à cette condition relative au taux de participation,

   les dispositions de l'article 63 TFUE font-elles alors obstacle à une législation selon laquelle l'État membre de résidence de la filiale impose les dividendes en question lorsque ce même État membre considère que des sociétés résidentes satisfaisant à la condition de la directive 90/435 relative au taux de participation, c'est-à-dire détenant au moins 10 % du capital de la société distributrice au cours de l'exercice 2011, sont exonérées d'impôt sur de tels dividendes ? »

30. Par ordonnance du 13 juillet 2016, les affaires C-116/16 et C-117/16 ont été jointes. Dans le cadre des procédures jointes devant la Cour, T Danmark, Y Denmark ApS, le Royaume de Danemark, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume de Suède, la République italienne, le Royaume des Pays-Bas et la Commission européenne ont présenté des observations écrites sur les questions préjudicielles. T Danmark, Y Denmark ApS, le Royaume de Danemark, la République fédérale d'Allemagne, le Grand-Duché de Luxembourg et la Commission ont participé à l'audience du 10 octobre 2017, qui portait également sur les affaires C-115/16, C-118/16, C-119/16 et C-299/16.

V. Analyse juridique

A. Concernant la détermination du bénéficiaire des dividendes en cas d'abus commis par le contribuable (questions 1 à 5)

31. Il est constant entre les parties à la procédure que les paiements de dividendes en cause relèvent, en principe, du champ d'application de la directive « mères-filiales ». Par conséquent, le Royaume de Danemark, en tant qu'État de résidence de la société qui distribue les dividendes, devrait accorder l'exonération de retenue à la source, conformément à l'article 5 de cette directive. Or, le Royaume de Danemark considère manifestement que le refus d'exonération de retenue à la source est couvert par l'article 1er, paragraphe 2, de la directive « mères-filiales ». En vertu de cette disposition, la directive ne fait pas obstacle à l'application de dispositions nationales nécessaires afin d'éviter les fraudes et abus.

32. Par ses questions préjudicielles 1 à 5, la juridiction de renvoi demande certes avant tout si un État membre ne peut se fonder sur l'article 1er, paragraphe 2, de la directive « mères-filiales » afin d'éviter les fraudes et abus que lorsqu'il a adopté une réglementation nationale en vue de sa transposition (B.1) et, le cas échéant, si l'article 2, paragraphe 2, sous c), de la loi relative à l'impôt sur les sociétés ou une disposition tirée d'une convention préventive de double imposition, qui utilise la notion de « bénéficiaire effectif », doit être considéré comme une transposition suffisante (B.2). Si tel est le cas, la juridiction de renvoi souhaite savoir par qui et comment la notion de bénéficiaire effectif doit être interprétée.

33. Toutefois, toutes ces questions n'ont de sens que si les conditions de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive « mères-filiales » sont remplies. Ce dernier point implique que T Danmark ait commis, en l'espèce, une fraude ou un abus relatif à l'exonération de retenue à la source. C'est pourquoi il convient de répondre d'abord à la question 5.

34. À cet égard, il convient cependant de noter, à titre liminaire, que la question 5 de la juridiction de renvoi ne correspond pas au cas de figure exposé. La société mère de N Luxembourg 2 percevant les dividendes (N Luxembourg) est une société résidente du Luxembourg et non, comme la question préjudicielle le suggère, résidente d'un État tiers. La demande de renvoi préjudiciel ne précise pas non plus si certains actionnaires de cette « société grand-mère » sont résidents d'État tiers, ni leur identité. Ce seul élément suffit en fait à rendre impossible la constatation de l'existence d'un abus. La Cour peut néanmois fournir à la juridiction de renvoi des indications utiles sur ce point.

35. Dans cette mesure, il conviendra d'expliquer quelles sont les conditions permettant de constater un abus entrant dans le champ d'application de la directive « mères-filiales » (titre 2). Auparavant, la portée de l'interdiction des retenues à la source découlant de l'article 5, paragraphe 1, de la directive « mères-filiales » sera examinée de manière approfondie (titre 1).

1. L'esprit de l'interdiction des retenues à la source prévue par l'article 5, paragraphe 1, de la directive mère-filiales

36. La directive « mères-filiales », ainsi qu'il ressort de son troisième considérant, vise à éliminer, par l'instauration d'un régime fiscal commun, toute pénalisation de la coopération entre sociétés d'États membres différents par rapport à la coopération entre sociétés d'un même État membre et à faciliter ainsi le regroupement de sociétés à l'échelle de l'Union. La directive tend ainsi à assurer une neutralité, sur le plan fiscal, à la distribution de bénéfices par la société filiale d'un État membre à sa

société mère d'un autre État membre [5].

37. À cet effet, l'article 4, paragraphe 1, de la directive « mères-filiales », telle que modifiée, laisse aux États membres le choix entre deux systèmes, à savoir le système d'exonération et celui d'imputation. En effet, conformément aux considérants 7 et 9 de cette directive, cette disposition précise que, lorsqu'une société mère perçoit, au titre de l'association entre la société mère et sa filiale, des bénéfices distribués autrement qu'à l'occasion de la liquidation de cette dernière, l'État membre de la société mère soit s'abstient d'imposer ces bénéfices dans la mesure où ces derniers ne sont pas déductibles par la filiale, soit les impose tout en permettant à la société mère de déduire du montant de son impôt la fraction de l'impôt afférente à ces bénéfices et acquittée par la filiale et toute sous-filiale [6].

38. Ainsi, l'article 4 de cette directive vise à éviter que les bénéfices distribués à une société mère résidente par une filiale non-résidente soient imposés, dans un premier temps, dans le chef de la filiale dans son État de résidence et, dans un second temps, dans celui de la société mère dans son État de résidence [7].

39. L'article 4 de la directive « mères-filiales » porte sur une double imposition économique, car les dividendes proviennent en général de revenus imposés de la filiale (c'est-à-dire qu'ils sont déjà soumis, en amont, à l'impôt sur les sociétés d'un État membre) et font partie, chez la société mère, des revenus de cette dernière (et sont donc à nouveau soumis à l'impôt sur les sociétés d'un autre État membre). C'est pourquoi, au sein d'un grand groupe, la charge fiscale dépend du nombre de niveaux, qui s'explique, la plupart du temps, par des raisons purement organisationnelles. L'article 4 de la société « mères-filiales » tient donc également compte du fait que le nombre de personnes morales peut augmenter indéfiniment sans que les personnes qui les contrôlent, et par conséquent les bénéfices qu'ils réalisent par le biais de ces personnes morales, varient.

40. L'article 5, paragraphe 1, de la directive « mères-filiales » complète ce raisonnement en disposant qu'il convient, pour assurer la neutralité fiscale, d'exempter de retenue à la source les bénéfices qu'une société filiale distribue à sa société mère [8]. Ainsi, afin d'éviter la double imposition, l'article 5, paragraphe 1, de cette même directive pose le principe de l'interdiction des retenues à la source sur les bénéfices distribués par une filiale établie dans un État membre à sa société mère établie dans un autre État membre [9].

41. En interdisant aux États membres d'opérer une retenue à la source sur les bénéfices distribués par une filiale résidente à sa société mère non résidente, l'article 5, paragraphe 1, de la directive « mères-filiales » limite la compétence des États membres quant à l'imposition des bénéfices distribués par les sociétés établies sur leur territoire aux sociétés établies dans un autre État membre [10]. Les États membres ne sauraient, dès lors, instaurer unilatéralement des mesures restrictives et subordonner le droit de bénéficier de l'exonération de retenue à la source prévue audit article 5, paragraphe 1, à différentes conditions [11]. Par conséquent, le droit de bénéficier de l'exonération de retenue à la source ne dépend ni du fait que les actionnaires de la société mère soient établis sur le territoire national ni du fait que le payeur des dividendes indique l'utilisation qu'en fera le bénéficiaire.

5 Arrêts du 7 septembre 2017, Eqiom et Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, point 20) ; du 17 mai 2017, AFEP e.a. (C-365/16, EU:C:2017:378, point 21), et du 8 mars 2017, Wereldhave Belgium e.a. (C-448/15, EU:C:2017:180, point 25 et jurisprudence citée).

6 Arrêts du 17 mai 2017, X (C-68/15, EU:C:2017:379, point 71) ; du 17 mai 2017, AFEP e.a. (C-365/16, EU:C:2017:378, point 22), et du 12 décembre 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, point 44).

7 Arrêt du 17 mai 2017, AFEP e.a. (C-365/16, EU:C:2017:378, point 24).

8 Arrêt du 7 septembre 2017, Eqiom et Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, point 21).

9 Arrêt du 7 septembre 2017, Eqiom et Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, point 22) ; voir également, en ce sens, arrêts du 17 octobre 1996, Denkavit e.a. (C-283/94, C-291/94 et C-292/94, EU:C:1996:387, point 22), ainsi que du 25 septembre 2003, Océ van der Grinten (C-58/01, EU:C:2003:495, point 83).

10 Arrêt du 7 septembre 2017, Eqiom et Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, point 22) ; voir également, en ce sens, arrêt du 1er octobre 2009, Gaz de France – Berliner Investissement (C-247/08, EU:C:2009:600, point 38).

11 Arrêt du 7 septembre 2017, Eqiom et Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, point 24), et ordonannce du 4 juin 2009, KBC Bank et Beleggen, Risicokapitaal, Beheer (C-439/07 et C-499/07, EU:C:2009:339, point 38 et jurisprudence citée).

42. L'article 5, paragraphe 1, de la directive « mères-filiales » vise à éviter une nouvelle double imposition (plutôt juridique cette fois). En effet, comme la Cour l'a déjà jugé, dans le cadre d'une imposition à la source, c'est en fait le bénéficiaire des revenus (en l'espèce, des dividendes) qui est imposé [12]. Une imposition à la source dans l'État de résidence du débiteur des dividendes ne constitue donc pas une véritable catégorie d'impôt, mais simplement une technique d'imposition particulière. Une retenue à la source dans le chef du payeur par son État de résidence et une imposition « normale » dans le chef du bénéficiaire des dividendes par son État de résidence aboutissent, en soi, à une double imposition et, en général, aussi à un désavantage par rapport aux situations nationales.

43. C'est précisément dans le cas de structures de groupe d'envergure, qui s'étendent au-delà de plusieurs frontières, qu'une absence d'exonération aux deux niveaux multiplierait l'effet de cascade susvisé si une retenue à la source s'appliquait parallèlement à chaque fois. Il est évident que cela constituerait une entrave au fonctionnement du marché intérieur.

44. Toutefois, pour éviter cette double imposition économique et juridique en cascade, peu importe que le bénéficiaire des dividendes soit aussi le « bénéficiaire effectif » des dividendes ou qu'il ait un statut équivalent. La question déterminante est plutôt celle de savoir si le payeur des dividendes a été soumis à l'impôt sur les sociétés et si le bénéficiaire des dividendes doit à nouveau payer l'impôt sur les sociétés sur les dividendes. Il en va de même pour l'interdiction des retenues à la source. L'élément décisif à cet effet est de savoir si les revenus de dividendes sont soumis à l'impôt sur les sociétés dans l'État de résidence. Cela a été expressément confirmé par l'administration fiscale luxembourgeoise dans la présente affaire.

45. Dans cette mesure, il est logique que la directive « mères-filiales » (contrairement à la directive sur les intérêts et les redevances [13]) tienne « uniquement » compte des distributions de bénéfices effectuées par une filiale à sa société mère (à partir d'un certain pourcentage de participation). Étant donné que les dividendes – contrairement aux paiements d'intérêts – ne constituent pas, en principe, des charges d'exploitation réduisant le bénéfice, on peut également comprendre que la directive « mères-filiales » ne comporte pas, conformément à son libellé, d'autres critères matériels (tels que la perception de dividendes en nom propre et pour compte propre ou autre).

46. Le droit de percevoir des dividendes résulte en définitive de la fonction de société mère en droit des sociétés, qui ne peut être exercée qu'en nom propre. Même une opération effectuée pour compte d'autrui semble difficilement concevable en l'espèce. En tout état de cause, on ne saurait la déduire de la seule existence d'une « société grand-mère ». Par conséquent, tous les paiements de dividendes d'une filiale à sa société mère résidente d'un autre État membre sont, en principe, inclus si la société – ce qui est incontestable en l'espèce – remplit les conditions de l'article 2 de la directive « mères-filiales ».

47. Les seules limites sont posées par l'article 1er, paragraphe 2, de la directive « mères-filiales », lequel prévoit que la directive ne fait pas obstacle à l'application de dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires afin d'éviter les fraudes et abus.

12 Arrêts du 24 juin 2010, P. Ferrero et General Beverage Europe (C-338/08 et C-339/08, EU:C:2010:364, points 26 et 34), et du 26 juin 2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, point 52).

13 Directive 2003/49.

2. La notion d'« abus » en droit de l'Union

48. L'article 1er, paragraphe 2, de la directive « mères-filiales » est l'expression du principe général de droit de l'Union, selon lequel nul ne saurait bénéficier abusivement ou frauduleusement des droits prévus par le système juridique de l'Union [14]. En effet, l'application de la réglementation de l'Union ne saurait être étendue jusqu'à couvrir les pratiques abusives d'opérateurs économiques, c'est-à-dire les opérations qui sont réalisées non pas dans le cadre de transactions commerciales normales, mais seulement dans le but de bénéficier abusivement des avantages prévus par le droit de l'Union [15].

49. À cet égard, le libellé de la disposition n'apporte aucune précision sur la notion d'« abus » telle qu'il convient de l'entendre [16]. En tant que disposition d'exception, l'article 1er, paragraphe 2, de la directive « mères-filiales » doit cependant faire l'objet d'une interprétation stricte [17]. S'agissant des mesures relatives à la lutte contre les abus, c'est aussi ce qu'impose en particulier le principe de la sécurité juridique. Si, en effet, un particulier remplit du point de vue formel l'ensemble des conditions pour faire valoir un droit, il ne doit être possible que dans des cas exceptionnels de lui refuser ce droit au motif d'un abus de droit.

50. Toutefois, d'autres directives de l'Union fournissent des indices permettant d'identifier l'existence d'un abus. Ainsi, dans son article 11, paragraphe 1, sous a), deuxième phrase, la directive sur les fusions [18] donne, comme exemple type de l'existence d'un tel mobile, l'absence de motifs économiques valables justifiant l'opération en cause. En outre, l'article 6 de la directive établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale [19] – qui n'était pas encore applicable pour les années litigieuses – définit la notion d'« abus ». Conformément à cette disposition, il convient de déterminer, pour apprécier le caractère non authentique d'un montage, s'il a 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 du droit fiscal applicable. En vertu du paragraphe 2, un montage est considéré non authentique dans la mesure où il n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.

51. Il est important de noter que la Cour a jugé à plusieurs reprises que, pour qu'une restriction à la liberté d'établissement puisse être justifiée par des motifs de lutte contre des pratiques abusives, le but spécifique d'une telle restriction doit être de faire obstacle à des comportements consistant à créer des montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique, dans le but d'éluder l'impôt

14 Arrêt du 7 septembre 2017, Eqiom et Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, point 26), et conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire Eqiom et Enka (C-6/16, EU:C:2017:34, point 24).

15 Arrêts du 22 novembre 2017, Cussens e.a. (C-251/16, EU:C:2017:881, point 27) ; du 5 juillet 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, point 38) ; du 6 avril 2006, Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, point 20) ; du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, point 35) ; du 21 février 2006, Halifax e.a. (C-255/02, EU:C:2006:121, points 68 et 69), et du 9 mars 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, point 24) entre autres références ; voir également, à cet égard, mes conclusions dans l'affaire Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, point 57).

16 Voir, en revanche, notamment article 15 de la 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 (« directive sur les fusions », JO 2009, L 310, p. 34).

17 Voir arrêts du 17 octobre 1996, Denkavit e.a. (C-283/94, C-291/94 et C-292/94, EU:C:1996:387, point 27) ; du 17 juillet 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, points 38 et 39) ; du 5 juillet 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, point 37) ; du 11 décembre 2008, A.T. (C-285/07, EU:C:2008:705, point 31) ; du 20 mai 2010, Zwijnenburg (C-352/08, EU:C:2010:282, point 46), et du 10 novembre 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, point 44).

18 Directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents (JO 1990, L 225, p. 1).

19 Directive (UE) 2016/1164 du Conseil, du 12 juillet 2016, établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur (JO 2016, L 193, p. 1).

normalement dû sur les bénéfices générés par des activités réalisées sur le territoire national [20]. Comme la Cour l'a également jugé entre-temps à plusieurs reprises, il suffit que le montage ne soit pas effectué à la seule fin d'obtention d'un avantage fiscal [21], mais que celle-ci constitue le but essentiel de l'opération [22].

52. Cette jurisprudence de la Cour est constituée de deux éléments qui sont interdépendants. D'une part, la reconnaissance est refusée d'emblée aux montages purement artificiels qui n'existent en fait que sur le papier. D'autre part, l'inapplication de la loi fiscale, qui peut également être le résultat de montages existant dans la réalité économique, revêt une importance déterminante. Ce dernier cas de figure pourrait être le plus courant et est désormais expressément inclus également dans le nouvel article 6 de la directive 2016/1164. Dans une décision récente, la Cour elle-même ne voit, dans le caractère purement artificiel, qu'un élément de nature à montrer que l'obtention de l'avantage fiscal constitue le but essentiel poursuivi [23].

53. L'existence d'un abus dépend d'une appréciation d'ensemble de toutes les circonstances de chaque espèce qui incombe aux autorités nationales compétentes et qui doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel [24]. Il appartient certes à la juridiction de renvoi de procéder à cette appréciation d'ensemble [25]. Toutefois, pour déterminer si les opérations sont réalisées dans le cadre de transactions commerciales normales ou seulement dans le but de bénéficier abusivement des avantages prévus par le droit de l'Union [26], la Cour peut lui fournir des indications utiles [27].

3. Critères applicables à la présente espèce

a) Concernant l'existence d'un montage purement artificiel

54. La Cour ne peut pas apprécier si l'on peut considérer qu'il s'agit d'un montage purement artificiel, dépourvu de toute réalité économique. D'une part, les faits rapportés par la juridiction de renvoi ne permettent absolument pas de l'établir. D'autre part, l'appréciation de ces faits incombe à la juridiction de renvoi. La Cour ne peut fournir que des indications.

20 Arrêts du 20 décembre 2017, Deister Holding et Juhler Holding (C-504/16 et C-613/16, EU:C:2017:1009, point 60) ; du 17 décembre 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, point 35) ; du 18 juin 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, point 64) ; du 13 mars 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, point 74) ; voir, dans le même sens, arrêt du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, point 55).

21 Voir encore arrêts du 20 juin 2013, Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, point 46) ; du 12 juillet 2012, J. J. Komen en Zonen Beheer Heerhugowaard (C-326/11, EU:C:2012:461, point 35) ; du 27 octobre 2011, Tanoarch (C-504/10, EU:C:2011:707, point 51), et du 22 mai 2008, Ampliscientifica et Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301, point 28).

22 Concernant la législation sur la fiscalité indirecte : arrêts du 22 novembre 2017, Cussens e.a. (C-251/16, EU:C:2017:881, point 53) ; du 17 décembre 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, point 36), et du 21 février 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, point 45) ; dans le domaine d'application de la directive sur les fusions, dans le même sens : arrêt du 10 novembre 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, points 35 et 36).

23 Voir, de manière aussi explicite, arrêt du 22 novembre 2017, Cussens e.a. (C-251/16, EU:C:2017:881, point 60).

24 Arrêt du 17 juillet 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, point 41), et mes conclusions dans l'affaire Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, point 60).

25 Voir également arrêts du 22 novembre 2017, Cussens e.a. (C-251/16, EU:C:2017:881, point 59), et du 20 juin 2013, Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, point 49).

26 Arrêts du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, point 35) ; du 6 avril 2006, Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, point 20) ; du 21 février 2006, Halifax e.a. (C-255/02, EU:C:2006:121, points 68 et 69) ; du 9 mars 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, point 24 et jurisprudence citée) ; voir également mes conclusions dans l'affaire Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, point 57).

27 Arrêts du 17 décembre 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, point 34), du 21 février 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, point 56), et du 21 février 2006, Halifax e.a. (C-255/02, EU:C:2006:121, point 77).

55. Comme la Cour l'a récemment jugé, la circonstance que l'activité consiste dans la gestion d'actifs et que les revenus ne proviennent que de cette gestion ne saurait impliquer l'existence d'un montage purement artificiel, dépourvu de toute réalité économique [28]. Étant donné que les sociétés de gestion d'actifs en particulier exercent (peuvent exercer), en soi, peu d'activités, on ne peut guère assortir ce critère que d'exigences minimales. Si, en effet, la société a été valablement créée, qu'elle est effectivement joignable à son siège et qu'elle dispose, sur place, des moyens matériels et humains appropriés pour atteindre son objectif, on ne saurait, dans ce cas, parler de montage dépourvu de toute réalité économique.

56. Même la circonstance que le bénéficiaire des dividendes reverse son bénéfice à ses actionnaires ne permet pas de conclure à l'existence d'un montage artificiel. Le but des sociétés de capitaux consiste à distribuer, tôt ou tard, les bénéfices tirés de leurs revenus (au rang desquels comptent les revenus de capitaux mobiliers tels que les dividendes) à leurs actionnaires. Il ne découle pas de la directive « mères-filiales » que l'exonération de retenue à la source visée à l'article 5, paragraphe 1, de la directive « mères-filiales » (et éventuellement l'exonération d'impôt sur les dividendes visée à l'article 4 de la directive « mères-filiales ») dépendrait de la politique de distribution de la société mère. L'effet de cascade décrit précédemment, que la directive est censée éviter (à cet égard, voir ci-dessus points 36 et suivants), est justement renforcé en cas de redistribution.

57. Il en va de même concernant le fait que les actionnaires de la société grand-mère (les fonds de capital-investissement) puissent être résidents dans des États tiers. En effet, comme la Cour l'a également déjà jugé, le simple fait que la société qui reçoit les dividendes soit contrôlée directement ou indirectement par une personne qui n'est pas établie dans l'Union ne suffit pas à fonder la présomption qu'un avantage a été abusivement tiré de l'exonération de retenue à la source [29]. En effet, cela reviendrait à imposer aux contribuables de justifier systématiquement l'absence de motifs fiscaux sans que l'administration soit tenue de fournir des indices suffisants d'évasion fiscale [30].

58. Le refus de l'exonération de la retenue à la source se fonderait ainsi sur une présomption générale d'évasion fiscale. Pareille présomption ne peut toutefois être admise [31]. Il convient de toujours procéder à un examen des éléments objectifs et vérifiables du cas concret [32]. Toutefois, il n'y a pas, en l'espèce, d'éléments indiquant l'existence d'un montage purement artificiel, dépourvu de toute réalité économique. Le certificat délivré par l'administration fiscale luxembourgeoise (voir point 22) plaide au contraire contre l'existence d'un montage purement artificiel, dépourvu de toute réalité économique.

28 Arrêt du 20 décembre 2017, Deister Holding et Juhler Holding (C-504/16 et C-613/16, EU:C:2017:1009, point 73).

29 Arrêt du 7 septembre 2017, Eqiom et Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, points 27 et suivants).

30 Arrêt du 7 septembre 2017, Eqiom et Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, point 28), et du 5 juillet 2012, SIAR (C-318/10, EU:C:2012:415, point 55).

31 Arrêts du 7 septembre 2017, Eqiom et Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, point 30) ; du 4 mars 2004, Commission/France (C-334/02, EU:C:2004:129, point 27) ; du 9 novembre 2006, Commission/Belgique (C-433/04, EU:C:2006:702, point 35) ; du 28 octobre 2010, Établissements Rimbaud (C-72/09, EU:C:2010:645, point 34), ainsi que du 5 juillet 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, point 38 et jurisprudence citée).

32 Arrêts du 7 septembre 2017, Eqiom et Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, point 30) ; du 17 juillet 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, points 41 et 44) ; du 9 mars 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, point 25) ; du 21 novembre 2002, X et Y (C-436/00, EU:C:2002:704, point 42) ; du 20 mai 2010, Zwijnenburg (C-352/08, EU:C:2010:282, point 44), et du 10 novembre 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, point 37).

59. Toutefois, cela n'exclut pas, à mon avis, qu'il puisse néanmoins y avoir un montage fiscal abusif, comme cela ressort aussi du libellé du nouvel article 6 de la directive 2016/1164. À cet égard, la Cour a également déjà jugé, à propos de la directive « mères-filiales », que les structures de participation qui ont pour seul but de profiter des avantages fiscaux prévus par la directive représentent une forme d'abus [33]. Ainsi, selon la directive « mères-filiales » également, le montage doit reposer sur des motifs économiques. La seule recherche d'un avantage purement fiscal sans que la structure corresponde à une réalité économique ne bénéficie d'aucune protection [34].

b) Motifs non fiscaux à prendre en compte

60. Ainsi, d'autres critères revêtent en l'espèce une importance déterminante, en particulier les motifs non fiscaux qui doivent être pris en compte.

61. En vertu de la jurisprudence de la Cour, n'est pas constitutif en soi d'abus le fait d'établir le siège, statutaire ou réel, d'une société en conformité avec la législation d'un État membre dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse [35]. Le seul fait que des sociétés luxembourgeoises aient également été interposées dans la chaîne de participations ne permet dès lors pas de conclure à l'existence d'un abus.

62. Par ailleurs, lorsque l'assujetti a le choix entre deux opérations, il n'est pas obligé de choisir celle qui implique le paiement du montant de l'impôt le plus élevé, mais a le droit, au contraire, de choisir la structure de son activité de manière à limiter sa dette fiscale [36]. Les assujettis sont ainsi – la Cour ajoute – généralement libres de choisir les structures organisationnelles et les modalités transactionnelles qu'ils estiment les plus appropriées pour leurs activités économiques et pour limiter leurs charges fiscales [37]. Le seul fait qu'une structure de transactions ne générant pas la pression fiscale la plus élevée ait été choisie (en l'espèce, un prélèvement à la source supplémentaire et définitif) ne peut dès lors pas non plus être qualifié d'abus.

63. De surcroît – au-delà de tout montage purement artificiel, dépourvu de réalité économique –, le fait qu'un citoyen de l'Union, personne physique ou morale, a entendu profiter de la fiscalité avantageuse en vigueur dans un État membre autre que celui dans lequel il réside ne permet pas, à lui seul, de le priver de la possibilité d'invoquer les dispositions du traité [38]. Ainsi la mise en place d'une structure de transactions – telle que celle en cause – à laquelle est associé un État membre qui renonce à une retenue à la source, ne peut-elle être jugée abusive pour cette seule raison.

33 Arrêt du 17 octobre 1996, Denkavit e.a. (C-283/94, C-291/94 et C-292/94, EU:C:1996:387, point 31).

34 Arrêt du 7 septembre 2017, Eqiom et Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, point 26) ; concernant la directive sur les fusions, voir arrêts du 17 juillet 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, point 47), et du 10 novembre 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, point 34).

35 Voir arrêts du 25 octobre 2017, Polbud 34 – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, point 40) ; du 30 septembre 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, point 96), et du 9 mars 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, point 27).

36 Arrêts du 17 décembre 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, point 42) ; du 22 décembre 2010, Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804, point 27) ; du 21 février 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, point 47), et du 21 février 2006, Halifax e.a. (C-255/02, EU:C:2006:121, point 73).

37 Arrêts du 17 décembre 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, point 42), et du 22 décembre 2010, RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, point 53).

38 Arrêt du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, point 36) ; voir, en ce sens, arrêt du 11 décembre 2003, Barbier (C-364/01, EU:C:2003:665, point 71).

64. Dans cette mesure, la liberté d'établissement recouvre aussi celle de choisir l'État membre offrant à l'entreprise concernée la réglementation-cadre fiscale qui lui semble la meilleure. Si ce principe s'applique déjà à la législation en matière de taxe sur la valeur ajoutée (TVA), qui est nettement plus harmonisée [39], il s'applique, a fortiori, à la législation en matière d'imposition des revenus qui n'est pas aussi harmonisée, et dont les divergences que cela entraîne entre les ordres juridiques fiscaux [40] des différents États membres sont souhaitées en droit de l'Union ou bien délibérément admises sur le plan politique.

65. La Cour a également précisé que l'exonération de dividendes prévue par le droit de l'Union ne dépendait pas de l'origine ni de la résidence des actionnaires, puisque cela n'est pas pertinent dans la directive « mères-filiales» [41]. Dès lors, le fait que les actionnaires de T Danmark soient établis à Luxembourg et les actionnaires de sa société mère, dans un État tiers, pris isolément, n'a pas non plus de caractère abusif.

c) Concernant le contournement de l'objet de la loi

66. Toutefois, le fait que les bénéficiaires finaux des dividendes – en l'espèce, les fonds de capital-investissement, qu'ils soient considérés comme fiscalement transparents ou opaques – puissent avoir leur siège dans certains États tiers [en général, dans des petites îles telles que les Îles Caïmans [42], les Bermudes [43] ou Jersey [44]] qui sont connus pour leur manque de coopération avec les autres administrations fiscales, est plus significatif en l'espèce. Cela pourrait éventuellement être l'indication d'une démarche inhabituelle dans sa globalité, dont le motif économique n'est pas évident à première vue.

67. Toutefois, il n'y a, en l'espèce, aucune information sur la résidence des actionnaires à la tête de la structure de sociétés (c'est-à-dire les fonds de capital-investissement). La Cour peut néanmoins fournir quelques indications utiles à la juridiction de renvoi.

68. Si les fonds de capital-investissement résidaient effectivement dans ces États tiers, il se pourrait que l'on doive considérer l'organisation globale comme un montage abusif bien moins en raison de l'« interposition » de sociétés luxembourgeoises qu'en raison de l'« installation » des fonds de capital-investissement dans certains États tiers. À ce stade, l'objet du montage ou l'objet de la loi fiscale contournée (en l'espèce, l'imposition au Danemark) revêt une importance particulière.

1) Éluder les prélèvements d'impôt danois sur les revenus ?

69. Il convient tout d'abord de constater que le Danemark n'a pas été privé de l'imposition du bénéfice de la société d'exploitation (T Danmark). Ce bénéfice a été imposé tout à fait normalement dans l'État de résidence (soit au Danemark). Les dividendes ont donc été soumis en amont à l'impôt sur les sociétés danois.

39 Arrêts du 17 décembre 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, point 42), et du 22 décembre 2010, RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, point 53).

40 Arrêt du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, point 36) ; concernant la divergence de taux d'imposition autorisée y compris dans le droit fiscal harmonisé, voir également arrêt du 17 décembre 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, points 39 et 40).

41 Arrêt du 20 décembre 2017, Deister Holding et Juhler Holding (C-504/16 et C-613/16, EU:C:2017:1009, point 66).

42 Dans l'affaire C-119/16.

43 Dans l'affaire C-117/16.

44 Dans l'affaire C-299/16.

70. Les deux sociétés luxembourgeoises (société mère et société grand-mère) sont intégralement assujetties au Luxembourg et leurs revenus sont soumis, dans ce pays, à l'impôt sur les sociétés. Ainsi les conditions de l'article 2, de la directive « mères-filiales » sont-elles remplies. L'exonération des dividendes au Luxembourg correspond à l'esprit de la directive et tient compte de l'impôt sur les sociétés danois acquitté en amont.

71. Le fait que le Luxembourg n'applique pas d'imposition à la source lorsque les dividendes sont versés à des actionnaires établis dans des États tiers est donc sans incidence. Cette décision est la conséquence de l'autonomie fiscale de chaque État. Si la concurrence que se livrent les États membres en raison du défaut d'harmonisation de l'imposition des revenus est déjà admise en droit de l'Union, on ne peut pas reprocher à un contribuable de tirer effectivement profit, y compris dans la réalité (c'est-à-dire pas uniquement sur le papier), des avantages liés à la localisation qu'offrent les différents États membres.

2) Prévention de l'exploitation de l'insuffisance des échanges transfrontaliers d'information

72. Tout bien considéré, l'interposition des sociétés luxembourgeoises sert en fait « seulement » à éluder une retenue à la source grevant les paiements de dividendes au Danemark. Or, comme cela a déjà été indiqué (point 42), c'est en fait le bénéficiaire des revenus (en l'espèce, des dividendes) qui est taxé dans le cadre d'une imposition à la source [45]. Cette imposition intervient par la rétention à la source d'une partie des revenus que le payeur doit opérer au moment du paiement.

73. Une imposition à la source dans l'État de résidence du débiteur des dividendes ne constitue donc pas une véritable catégorie d'impôt, mais simplement une technique d'imposition particulière qui vise, en substance, à garantir une imposition (minimale) du bénéficiaire des dividendes. En effet, dans les situations comportant un élément transfrontalier en particulier, il n'existe aucune assurance que le bénéficiaire soumettra lui-même dûment ses revenus à l'impôt. En effet, l'État de résidence du bénéficiaire des dividendes a, en général, rarement connaissance de ses revenus provenant de l'étranger s'il n'existe pas – comme c'est désormais le cas dans l'Union – de systèmes fonctionnels d'échange des données entre les autorités fiscales.

74. Dès lors, deux conditions devraient être remplies pour que l'on puisse considérer que l'objet de cette loi (garantir l'imposition du bénéficiaire des dividendes) a été éludé de manière abusive. D'une part, en cas de paiement direct, le Danemark doit déjà détenir une créance fiscale (voir points 88 et suivants). D'autre part, il doit exister un risque de non-imposition résultant d'un non-assujettissement de ces revenus dans le véritable État bénéficiaire.

75. Par conséquent, s'il s'avérait que le paiement de dividendes à des investisseurs par le biais d'un État tiers, pour que leur État de résidence respectif ne soit pas informé de leurs revenus, avait motivé le choix de la structure de transactions, ce montage global devrait, à mon avis, être considéré comme un abus de droit.

76. Une telle présomption pourrait être renversée à son tour si les fonds de capital-investissement mettaient à la disposition de l'État de résidence des investisseurs les informations fiscales correspondantes, ou si l'État de résidence des fonds de capital-investissement disposait des informations correspondantes et les transmettait aux États concernés. Dans ce cas, cette structure d'entreprise ne contreviendrait pas à l'objet de la retenue à la source éludée (à cet égard, voir point 73 ci-dessus). La juridiction doit également en tenir compte dans son appréciation d'ensemble.

45 Arrêts du 24 juin 2010, P. Ferrero et General Beverage Europe (C-338/08 et C-339/08, EU:C:2010:364, points 26 et 34), et du 26 juin 2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, point 52).

d) Conclusion sur la question 5

77. En éludant une retenue à la source sur des paiements de dividendes à des fonds de capital-investissement établis dans des États tiers, on élude avant tout l'imposition des dividendes dans le chef des véritables bénéficiaires (c'est-à-dire les investisseurs). En l'espèce, on peut considérer qu'il existe un abus, en particulier si la structure d'entreprise choisie sert à exploiter une certaine insuffisance des échanges d'information entre les États impliqués afin d'empêcher une imposition effective de ces investisseurs. Il appartient à la juridiction de renvoi d'en juger.

4. Interprétation de la directive « mères-filiales » fondée sur les commentaires du modèle de convention de l'OCDE ? (questions 3 et 4)

78. Par ses questions 3 et 4, la juridiction de renvoi demande, entre autres, s'il convient de se fonder, pour refuser l'exonération de retenue à la source découlant de la directive « mères-filiales » en vertu d'une convention de droit international conclue par le Royaume de Danemark avec un autre État (c'est-à-dire une convention préventive de double imposition), sur une définition de principe du droit de l'Union qui serait soumise au contrôle de la Cour. Elle souhaite également savoir si cette interprétation conforme au droit de l'Union doit tenir compte des commentaires relatifs aux modèles de convention OCDE et, le cas échéant, si l'on doit aussi tenir compte des commentaires portant sur un modèle de convention OCDE élaboré après l'adoption de la directive.

79. Dans les commentaires postérieurs relatifs au modèle de convention OCDE, les sociétés dites relais ne sont pas, normalement, considérées comme les bénéficiaires effectifs – bien qu'elles soient les bénéficiaires effectifs d'un point de vue formel – si elles ont, en pratique, des compétences très limitées qui font d'elles de simples administrateurs fiduciaires ou gestionnaires agissant pour le compte des parties intéressées en ce qui concerne les revenus en cause.

80. Lorsqu'un État membre souhaite limiter une exonération prévue par le droit de l'Union au détriment du particulier, cette réglementation restrictive doit toujours être interprétée à la lumière du droit de l'Union. Dès lors, pour donner une réponse utile à la juridiction de renvoi, il convient d'interpréter la directive « mères-filiales ». Cette interprétation du droit de l'Union pourrait également devoir tenir compte des modèles de convention OCDE et des commentaires afférents à ces modèles de convention.

81. Toutefois, les modèles de convention OCDE ne font pas partie du droit de l'Union et ne sont pas juridiquement contraignants pour la Cour. Ce ne sont pas des traités internationaux multilatéraux, mais des actes unilatéraux élaborés par une organisation internationale sous la forme de recommandations adressées à leurs pays membres. Même du point de vue de l'OCDE, ces recommandations ne sont pas contraignantes. Conformément au règlement de procédure, les États membres doivent simplement vérifier que leur mise à exécution leur semble opportune [46]. Cela s'applique, a fortiori, aux commentaires formulés par l'OCDE à ce sujet, qui ne contiennent en définitive que des opinions juridiques.

46 Article 18, sous b), du règlement de procédure de l'OCDE : « Les recommandations de l'organisation, faites par le Conseil conformément aux articles 5, 6 et 7 de la convention, sont soumises à l'attention des membres pour que ceux-ci les mettent à exécution s'ils l'estiment opportun ». Disponible à l'adresse suivante : https://www.oecd.org/legal/rules%20of%20Procedure%20OECD%20Oct%202013.pdf

82. Toutefois, en vertu d'une jurisprudence constante, aux fins de la répartition de la compétence fiscale, il n'est pas déraisonnable pour les États membres de s'inspirer de la pratique internationale et, notamment, des modèles de convention [47]. Il en va de même s'agissant de la prise en compte de la conviction juridique internationale que l'on peut retrouver dans les commentaires du modèle de convention OCDE.

83. Cependant, les commentaires des modèles de convention OCDE ne peuvent pas avoir une incidence directe sur l'interprétation d'une directive de l'Union (et donc sur une interprétation du droit national conforme au droit de l'Union). Ainsi, ces commentaires reflètent uniquement l'opinion de ceux qui ont travaillé sur les modèles de convention, et non celle des législateurs parlementaires, ni même du législateur de l'Union. Ce n'est que si le libellé et la genèse de la directive faisaient ressortir que le législateur de l'Union s'est inspiré des dispositions d'un modèle de convention OCDE et des commentaires (de l'époque) relatifs à ce modèle de convention qu'une interprétation en ce sens serait indiquée.

84. C'est pourquoi la Cour a déjà également constaté qu'une disposition tirée d'une convention préventive de double imposition, interprétée à la lumière des commentaires de l'OCDE sur son modèle de convention applicable, ne peut pas limiter le droit de l'Union [48]. Cela s'applique, en particulier, aux modifications du modèle de convention OCDE et aux commentaires formulés après l'adoption de la directive. Dans le cas contraire, les pays membres de l'OCDE pourraient librement décider de l'interprétation d'une directive de l'Union.

85. Par conséquent, on peut répondre aux questions préjudicielles 3 et 4 que la directive « mères-filiales » doit faire l'objet d'une interprétation autonome en droit de l'Union, indépendante de l'article 10 du modèle de convention OCDE de 1977 ou de versions postérieures.

86. En outre, cette interrogation tend finalement à déterminer si la notion de « bénéficiaire des dividendes » au sens de la directive « mères-filiales » doit être interprétée comme celle de bénéficiaire effectif au sens de la directive sur les intérêts et les redevances. On peut également y répondre par la négative car, comme cela a été indiqué précédemment (point 36), la directive « mères-filiales » suit une autre approche que la directive sur les intérêts et les redevances et omet donc sciemment d'utiliser la notion de « bénéficiaire effectif ».

B. Concernant l'indication du véritable bénéficiaire des dividendes (question 8)

87. Par la question 8, la juridiction de renvoi souhaite savoir si l'État membre, qui refuse de reconnaître que le bénéficiaire des dividendes est également le bénéficiaire au sens de la directive « mères-filiales » au motif qu'il ne s'agirait que d'une société relais dite « artificielle », est tenu d'indiquer qui il considère comme le véritable bénéficiaire des dividendes. Ce faisant, la juridiction de renvoi soulève, en substance, la question relative à la charge de la preuve de l'existence d'un abus.

88. Une utilisation abusive des possibilités juridiques de montage suppose que le montage légal qui a été choisi et qui déroge au montage habituel aboutisse à un *résultat plus favorable* que le montage « normal ». Dans la présente affaire, un « montage normal » devrait s'entendre d'une distribution directe de dividendes entre les fonds de capital-investissement et la requérante au principal. Ce « montage normal » devrait également entraîner une charge fiscale supérieure.

47 Arrêts du 15 mai 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, point 22) ; du 13 mars 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, point 49) ; du 7 septembre 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, point 45) ; du 12 mai 1998, Gilly (C-336/96, EU:C:1998:221, point 31) ; du 23 février 2006, van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131, point 48) ; voir également, à cet égard, arrêt du 16 mai 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, point 67).

48 Arrêt du 19 janvier 2006, Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, points 50 et 56).

89. Il incombe, en principe, à l'administration fiscale de démontrer que le dispositif choisi est plus avantageux fiscalement que le montage normal, étant précisé que les contribuables peuvent être soumis à une obligation particulière de collaboration. Dans ce cas, le contribuable peut toutefois produire, « le cas échéant […], des éléments concernant les raisons commerciales sous-jacentes à la transaction en cause» [49]. S'il s'avère que le but essentiel [50] ne consiste pas à éluder des impôts qui seraient normalement dus, le dispositif choisi ne peut pas être considéré comme abusif, d'autant plus que l'État met lui-même ces possibilités de montage à la disposition du contribuable.

90. Il résulte également de la jurisprudence de la Cour [51] que la constatation d'une pratique abusive a comme conséquence de déterminer la situation telle qu'elle aurait existé en l'absence des opérations constitutives d'une telle pratique et, ensuite, d'apprécier cette situation requalifiée au regard des dispositions pertinentes du droit national et du droit de l'Union. Cependant, il faut pour cela que l'identité du véritable bénéficiaire des dividendes soit connue.

91. Ainsi, sous l'angle de la législation danoise, il ne pourrait y avoir d'abus au sens de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive « mères-filiales » que si un paiement direct des dividendes générait une imposition correspondante au Danemark. Toutefois, la législation danoise l'exclut lorsque, abstraction faite de la société dite intermédiaire, le véritable bénéficiaire des dividendes est également une société ayant son siège dans un autre État membre ou que le bénéficiaire des dividendes est établi dans un État avec lequel le Royaume de Danemark a conclu une convention préventive de double imposition. Si l'on devait effectivement considérer les fonds de capital-investissement comme des sociétés fiscalement transparentes, il conviendrait alors de prendre en compte les investisseurs concernés pour pouvoir répondre à cette question.

92. Par conséquent, on peut répondre à la question 8 que l'État membre qui refuse de reconnaître une société résidente d'un autre État membre – à laquelle les dividendes ont été versés – comme le bénéficiaire des dividendes doit en principe indiquer, pour constater l'existence d'un abus, qui il considère comme le véritable bénéficiaire des dividendes. Cette information est nécessaire pour pouvoir déterminer si le montage qualifié d'abusif permet éventuellement d'obtenir un résultat plus favorable d'un point de vue fiscal. Toutefois, les contribuables peuvent être soumis, à cette fin, à une obligation de collaboration renforcée, en particulier dans les situations comportant un élément transfrontalier.

C. Concernant l'invocation de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive « mères-filiales » (questions 1, 1.1 et 2)

93. Par ses questions 1, 1.1 et 2, la juridiction de renvoi souhaite en fait savoir si (titre 1) le Royaume de Danemark peut invoquer directement l'article 1er, paragraphe 2, de la directive « mères-filiales » pour refuser au contribuable l'exonération de retenue à la source prévue à l'article 5, paragraphe 1, de cette directive. Si tel n'était pas le cas, il conviendrait de préciser si (titre 2) le Royaume de Danemark a néanmoins suffisamment transposé l'article 1er, paragraphe 2, de la directive « mères-filiales » par le biais de la réglementation nationale en cause.

49 Arrêt du 13 mars 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, point 92).

50 Arrêts du 22 novembre 2017, Cussens e.a. (C-251/16, EU:C:2017:881, point 53) ; du 17 décembre 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, point 36), et du 21 février 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, point 45).

51 Arrêts du 22 novembre 2017, Cussens e.a. (C-251/16, EU:C:2017:881, point 47) ; du 17 décembre 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, point 52), et du 21 février 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, point 58).

1. Pas d'application directe d'une directive pour créer des obligations au détriment du particulier

94. Dans l'hypothèse où l'on constaterait l'existence d'un abus au sens de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive « mères-filiales » en application des critères susvisés, il convient de souligner que la présente affaire se caractérise par le fait que la réglementation danoise ne connaissait pas de disposition spécifique portant transposition de cette disposition. Il n'existerait pas non plus – selon la juridiction de renvoi – de disposition légale générale relative à la prévention de l'abus. C'est pourquoi certaines parties à la procédure estiment que l'on ne peut pas les priver de l'exonération prévue par le droit national, même dans l'hypothèse d'un abus.

95. Cependant, une reprise formelle des prescriptions de directives (en l'espèce, de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive « mères-filiales ») dans des dispositions spécifiques du droit interne n'est pas toujours requise. Au contraire, la mise en œuvre d'une directive peut, en fonction du contenu de celle-ci, se satisfaire d'un contexte juridique général – y compris de principes généraux de droit constitutionnel ou administratif interne – si la pleine application de la directive est de ce fait garantie de manière suffisamment précise et claire [52].

96. Dans la procédure préjudicielle, la juridiction de renvoi mentionne l'existence de deux principes (le « principe de réalité » et le « principe du bénéficiaire légitime des revenus »). Toutefois, les parties sont d'accord sur le fait que ceux-ci ne sont pas pertinents en l'espèce puisque, dans la réalité, les dividendes ont effectivement d'abord été versés, sur la forme, aux sociétés luxembourgeoises.

97. L'article 1er, paragraphe 2, de la directive « mères-filiales » autorise toutefois les États membres à lutter contre les abus en conséquence. Cette démarche est également conforme à une pratique qui a cours dans l'ensemble de l'Union. Presque tous les États membres ont développé certains instruments de prévention de l'abus de droit à des fins d'évasion fiscale [53]. Aussi règne-t-il également un consensus dans les ordres juridiques fiscaux internes sur le fait que l'application de la réglementation ne saurait être étendue jusqu'à tolérer les pratiques abusives d'opérateurs économiques. Ce principe, qui est reconnu dans toute l'Union [54], trouve désormais son expression à l'article 6 de la directive 2016/1164 également.

98. Dans cette mesure, toutes les dispositions nationales, qu'elles soient ou non adoptées aux fins de transposer la directive mères-filiales, doivent à chaque fois être interprétées et appliquées conformément à ce principe juridique général et, en particulier, au libellé et aux objectifs de la directive « mères-filiales » ainsi que de son article 1er, paragraphe 2 [55]. Ne milite pas contre une interprétation du

52 Voir, en ce sens, la jurisprudence constante, et notamment les arrêts du 5 juillet 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, point 44) ; du 6 avril 2006, Commission/Autriche (C-428/04, EU:C:2006:238, point 99) ; du 16 juin 2005, Commission/Italie (C-456/03, EU:C:2005:388, point 51), et mes conclusions dans l'affaire Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, point 62).

53 Certains États membres disposent de clauses générales relatives à la prévention contre les pratiques abusives, comme c'est le cas en Allemagne avec l'article 42 de l'Abgabenordnung (code des impôts), au Luxembourg avec l'article 6 du Steueranpassungsgesetz (loi d'amendement des taxes), en Belgique avec l'article 344, paragraphe 1er, du code des impôts sur les revenus, en Suède avec l'article 2 de la loi (1995:575), ou en Finlande avec l'article 28 de la loi sur la procédure de l'imposition des revenus. Il existe parfois des régimes spéciaux [comme c'est le cas au Danemark concernant les prix de transfert visés à l'article 2 de la Ligningslovens (loi relative à l'établissement de l'impôt d'État sur les revenus)], ou des principes juridiques généraux (en Allemagne, ce serait le principe de la prééminence de la substance sur la forme, qui peut être déduit, entre autres, des articles 39 et suivants de l'Abgabenordnung).

54 Voir uniquement arrêts du 22 novembre 2017, Cussens e.a. (C-251/16, EU:C:2017:881, point 27) ; du 21 février 2006, Halifax e.a. (C-255/02, EU:C:2006:121, point 68) ; du 3 mars 2005, Fini H (C-32/03, EU:C:2005:128, point 32) ; du 14 décembre 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, point 51), et du 23 mars 2000, Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, point 33).

55 Concernant l'obligation qui incombe aux juridictions nationales d'interpréter le droit interne d'une manière conforme aux directives, voir la jurisprudence constante et, en particulier, les arrêts du 4 juillet 2006, Adeneler e.a. (C-212/04, EU:C:2006:443, points 108 et suivants) ; du 5 octobre 2004, Pfeiffer e.a. (C-397/01 à C-403/01, EU:C:2004:584, points 113 et suivants), et du 10 avril 1984, von Colson et Kamann (14/83, EU:C:1984:153, point 26).

droit interne conforme au droit de l'Union le fait qu'elle puisse éventuellement grever le particulier. En effet, il est admis d'appliquer le droit de l'Union par l'intermédiaire de dispositions de droit interne, c'est-à-dire de procéder à une application indirecte du droit de l'Union au détriment du particulier [56].

99. Seule une application directe de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive « mères-filiales » au détriment de la requérante au principal serait interdite aux autorités danoises, en particulier pour des raisons de sécurité juridique [57]. Ainsi, un État membre ne peut pas opposer à un particulier une disposition de directive qu'il n'a lui-même pas transposée [58]. Cela est en effet conforme à une jurisprudence constante selon laquelle une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc être invoquée en tant que telle à son encontre [59]. Cet État membre commettrait lui-même un « abus de droit ». D'un côté, il ne transposerait pas une directive qui lui est adressée (alors qu'il pourrait le faire), et, d'un autre côté, il invoquerait une possibilité de lutter contre les abus prévue par la directive non transposée.

100. Les autorités compétentes dans l'affaire au principal ne devraient pas davantage être en droit d'invoquer directement à l'encontre d'un particulier le principe général de droit de l'Union selon lequel l'abus de droit est prohibé. En effet, pour les cas qui relèvent en tout état de cause du champ d'application de la directive « mères-filiales », un tel principe a trouvé son expression particulière ainsi qu'une traduction concrète à l'article 1er, paragraphe 2, de ladite directive [60]. Si l'on admettait encore en plus le recours direct à un principe juridique général dont le contenu est nettement moins clair et précis, cela risquerait de nuire à l'objectif d'harmonisation poursuivi par la directive « mères-filiales », ainsi que par toutes les autres directives qui contiennent des dispositions concrètes visant à prévenir les abus (par exemple, l'article 6 de la directive 2016/1164). Du reste, il serait de cette façon également porté atteinte à l'interdiction déjà mentionnée d'appliquer directement dans le chef du particulier des dispositions d'une directive non transposées [61].

2. La jurisprudence relative à la législation en matière de TVA n'est pas transposable

101. Les décisions rendues par la Cour dans les affaires Italmoda et Cussens ne s'y opposent pas [62]. Dans ces affaires, la Cour a jugé que le principe d'interdiction de pratiques abusives doit être interprété en ce sens qu'il peut, indépendamment d'une mesure nationale lui donnant effet dans l'ordre juridique interne, être directement appliqué afin de refuser l'exonération de la TVA sans que les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime s'y opposent.

56 Arrêts du 5 juillet 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, point 45) ; du 7 janvier 2004, Wells (C-201/02, EU:C:2004:12, point 57) ; du 14 juillet 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, points 20, 25 et 26), et du 13 novembre 1990, Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, points 6 et 8), ainsi que mes conclusions dans l'affaire Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, point 65).

57 Voir, en ce sens, expressément, arrêt du 5 juillet 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, point 42).

58 Arrêts du 22 novembre 2017, Cussens e.a. (C-251/16, EU:C:2017:881, point 49) ; du 21 septembre 2017, DNB Banka (C-326/15, EU:C:2017:719, point 41) ; du 5 juillet 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, point 42) ; du 19 novembre 1991, Francovich e.a. (C-6/90 et C-9/90, EU:C:1991:428, point 21) ; voir également mes conclusions dans l'affaire Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, point 66).

59 Arrêt du 5 juillet 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, point 42), et mes conclusions dans l'affaire Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, point 65) ; voir également, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt du 5 octobre 2004, Pfeiffer e.a. (C-397/01 à C-403/01, EU:C:2004:584, point 108 et la jurisprudence citée).

60 Voir mes conclusions dans l'affaire Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, point 67), et l'arrêt du 5 juillet 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, points 38 et suivants). Voir également, dans le même sens, mes conclusions dans l'affaire Satakunnan Markkinapörssi et Satamedia (C-73/07, EU:C:2008:266, point 103).

61 L'arrêt du 22 novembre 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, points 74 à 77) est ambigu sur ce point ; voir, à cet égard, mes conclusions dans l'affaire Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, point 67), et arrêt du 5 juillet 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, point 42) qui est également précis.

62 Arrêts du 22 novembre 2017, Cussens e.a. (C-251/16, EU:C:2017:881), et du 18 décembre 2014, Schoenimport « Italmoda » Mariano Previti (C-131/13, C-163/13 et C-164/13, EU:C:2014:2455).

102. Toutefois, ces deux décisions concernaient exclusivement la législation en matière de TVA. Celle-ci se distingue de la matière concernée en l'espèce. Tout d'abord, la législation en matière de TVA est beaucoup plus harmonisée par le droit de l'Union et touche beaucoup plus largement aux intérêts relevant du droit de l'Union, en raison de l'enveloppe financière de l'Union qui y est attachée, que le droit des États membres en matière d'imposition des revenus.

103. Par ailleurs, le droit de l'Union impose aux États membre une obligation de perception (effective) de la TVA conformément à l'article 325, paragraphes 1 et 2, TFUE [63], alors que ce n'est pas le cas en matière de fiscalité directe sur les revenus. À cela s'ajoute la vulnérabilité particulière de la TVA à la fraude, qui requiert assurément une exécution particulièrement efficace des créances fiscales. Dans cette mesure, la Cour elle-même établit également, dans sa dernière décision, une distinction entre la législation en matière de TVA et le droit de l'Union dérivé, qui prévoit expressément une autorisation de lutter contre les abus [64]. Dès lors, une application directe de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive « mères-filiales » au détriment du contribuable n'est pas envisageable [65].

3. Concernant l'existence d'une disposition nationale spécifiquement dirigée contre l'abus

104. La juridiction de renvoi va néanmoins devoir examiner si, dans le cadre d'une interprétation conforme au droit de l'Union, des dispositions générales ou des principes de droit national (dont les principes élaborés par la jurisprudence font partie) ne sont pas déjà applicables à la présente espèce, et dont on pourrait notamment déduire l'exclusion sur le plan fiscal des opérations fictives ou une interdiction de faire valoir certains avantages fiscaux de manière abusive.

105. En vertu de la jurisprudence de la Cour, pour qu'une restriction à la liberté d'établissement puisse être justifiée par des motifs de lutte contre des pratiques abusives, le but spécifique d'une telle restriction doit être de faire obstacle à des comportements consistant à créer des montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique, dans le but d'éluder l'impôt normalement dû sur les bénéfices générés par des activités réalisées sur le territoire national [66].

106. C'est pourquoi on peut répondre aux questions 1.1 et 2 que, ni l'article 2, paragraphe 2, sous c), de la loi danoise relative à l'impôt sur les sociétés ni une disposition tirée d'une convention préventive de double imposition, qui prend en compte le bénéficiaire effectif aux fins de l'imposition des dividendes, ne sont suffisants pour pouvoir être considérés comme une transposition de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive « mères-filiales ».

107. Il devrait toutefois en être autrement dans le contexte de l'application conforme au droit de l'Union du « principe de réalité » et du « principe du bénéficiaire légitime des revenus » au Danemark. Ceux-ci ont été élaborés précisément pour faire face à la problématique liée au fait que le droit civil permet l'élaboration de nombreux montages alors que le droit fiscal taxe des situations économiques. C'est pourquoi ces principes juridiques sont spécifiquement dirigés contre les montages artificiels ou l'abus de droit commis par le particulier, et constituent donc aussi, en principe, une base juridique suffisamment spécifique pour apporter une restriction à la liberté d'établissement. Le Royaume de Danemark n'ayant pas effectué de transposition explicite de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive « mères-filiales », cet élément est donc dénué de pertinence. En particulier, c'est à la juridiction nationale qu'il appartient d'en juger.

63 Arrêts du 8 septembre 2015, Taricco e.a. (C-105/14, EU:C:2015:555, points 36 et suivants), et du 26 février 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, point 26).

64 Voir, en ce sens, expressément, arrêt du 22 novembre 2017, Cussens e.a. (C-251/16, EU:C:2017:881, points 28, 31 et 38).

65 Voir, en ce sens, arrêt du 5 juillet 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, point 42).

66 Arrêts du 18 juin 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, point 64), du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, point 55), et du 13 mars 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, point 74).

108. Par conséquent, s'il était interprété d'une manière conforme au droit de l'Union, le « principe de réalité » élaboré au Danemark pourrait constituer une base juridique suffisante pour ignorer les montages purement artificiels ou abusifs – pour autant qu'ils existent (pour plus de détails à ce propos, voir points 53 et suivants) – aux fins de l'imposition. Même le « principe de réalité » n'est, à mon avis, rien d'autre qu'une forme particulière de l'approche économique qui sous-tend assurément la plupart des dispositions relatives à la prévention des abus des différents États membres [67]. Cela ressort clairement au niveau du droit de l'Union également, et notamment à l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2016/1164, selon lequel un montage est considéré comme non authentique dans la mesure où il n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.

109. Si le but du montage consiste à empêcher l'imposition des véritables investisseurs, la distribution revient en fait, d'un point de vue économique, aux fonds de capital-investissement ou à leurs investisseurs, en dépit de la distribution formelle des dividendes à la société mère luxembourgeoise. La distribution à la société mère luxembourgeoise ne reflète donc pas la réalité économique, mais uniquement la réalité (formelle) en droit civil. Toutefois, c'est à la juridiction nationale qu'il appartient d'en juger.

D. Violation des libertés fondamentales (questions 6, 7, 9 et 10)

110. Étant donné qu'il n'y a, dans la présente affaire, aucun élément permettant de comprendre pourquoi l'interdiction de retenue à la source visée à l'article 5 de la directive « mères-filiales » ne devrait pas s'appliquer, il n'y a plus lieu d'examiner les questions 6, 7, 9 et 10 de la juridiction de renvoi.

111. Si la juridiction de renvoi parvenait néanmoins à la conclusion qu'il s'agit d'un montage abusif en appliquant les principes de droit interne conformément au droit de l'Union, une imposition à la source serait envisageable dans certains cas. Toutefois, les questions ne se poseraient alors plus en l'espèce, puisque cette imposition est la conséquence de l'abus et que, selon une jurisprudence constante de la Cour, les justiciables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes du droit de l'Union [68].

112. Indépendamment de cela, la Cour a déjà également jugé que la différence de traitement entre les bénéficiaires nationaux et étrangers d'intérêts résultant de techniques d'imposition différentes concerne des situations qui ne sont pas objectivement comparables [69]. Cela s'applique également aux bénéficiaires nationaux et étrangers de dividendes. Même si l'on considérait qu'il s'agit de situations comparables, une restriction de la liberté fondamentale serait justifiée, selon la jurisprudence de la Cour, dès lors que l'imposition à la source danoise du bénéficiaire de dividendes résidant à l'étranger n'est pas supérieure à l'impôt sur les sociétés danois d'un bénéficiaire national de dividendes [70].

113. Il en va de même concernant une différence d'intérêts moratoires et de fait générateur entre, d'une part, la dette danoise d'impôt sur les sociétés à la charge du bénéficiaire des dividendes et, d'autre part, une obligation danoise de retenue à la source incombant au payeur des dividendes. Ces situations ne sont pas comparables puisqu'il s'agit, dans un cas, d'une dette d'impôt propre (impôt sur

67 Dans les États membres, il est très souvent fait référence au contenu réel d'un acte ou d'une transaction –par exemple en Finlande, en Hongrie, en Irlande, en Italie, en Lituanie, aux Pays-Bas, au Portugal et en Slovénie.

68 Voir, entre autres, arrêts du 22 novembre 2017, Cussens e.a. (C-251/16, EU:C:2017:881, point 27) ; du 21 février 2006, Halifax e.a. (C-255/02, EU:C:2006:121, point 68), et du 14 décembre 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, point 51 et jurisprudence citée).

69 Arrêt du 22 décembre 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, point 41) ; confirmé par l'arrêt du 18 octobre 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, point 26).

70 Voir arrêts du 17 septembre 2015, Miljoen e.a. (C-10/14, C-14/14 et C-17/14, EU:C:2015:608, point 90), et du 18 octobre 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, points 42 et suivants).

les sociétés), et, dans l'autre, de l'impôt d'un tiers, retenu et versé pour le bénéficiaire des dividendes (son impôt sur le revenu ou sur les sociétés). Un fait générateur et des intérêts moratoires différenciés résultent de la différence de technique et de fonction d'une imposition à la source (voir, à cet égard, point 73).

114. Concernant la question 10, il convient de noter que celle-ci se rapporte à une situation hypothétique. La juridiction de renvoi n'a indiqué ni les pourcentages de participation dont disposent les actionnaires (directs ou indirects) de la société grand-mère de T Danmark, ni lesquels de ces actionnaires résident dans des État tiers. Il ressort simplement de la demande de réponse contraignante de T Danmark qu'une partie des investisseurs réside aux États-Unis. Ainsi la situation entourant le pourcentage de participation a-t-elle un caractère hypothétique. Or, la Cour n'est pas tenue de répondre aux questions hypothétiques [71].

VI. Conclusion

115. Par conséquent, je propose à la Cour de répondre aux questions de l'Østre Landsret (cour d'appel de la région Est, Danemark) comme suit :

1) Il convient de répondre à la question 1 qu'un État membre ne peut pas invoquer l'article 1er, paragraphe 2, 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 s'il ne l'a pas transposé.

2) Concernant les questions 1.1 et 2, il convient de répondre que, ni l'article 2, paragraphe 2, sous c), du Selskabsskattelov (loi danoise relative à l'impôt sur les sociétés) ni une disposition tirée d'une convention préventive de double imposition rédigée conformément à l'article 10 du modèle de convention de l'OCDE, ne peuvent être considérés comme une transposition suffisante de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 90/435. Toutefois, cela n'interdit pas une interprétation et une application conformes au droit de l'Union des principes généraux et fondamentaux de droit interne dont l'objectif consiste à lutter spécifiquement contre les montages artificiels ou l'abus de droit du particulier.

3) Il convient de répondre aux questions 3 et 4 qu'une société mère résidente d'un autre État membre qui perçoit des dividendes de sa filiale, doit être considérée comme le bénéficiaire des dividendes visé par la directive 90/435.

   Les notions de la directive 90/435 doivent faire l'objet d'une interprétation autonome en droit de l'Union, sur le seul fondement de la directive 90/435, indépendante de l'article 10 du modèle de convention OCDE de 1977 ou de versions postérieures.

4) Il convient de répondre à la question 5 que la constatation d'un abus dépend d'une appréciation d'ensemble de toutes les circonstances de chaque espèce qui incombe à la juridiction nationale.

   a) Un abus peut exister en droit fiscal en cas de montages purement artificiels, dépourvus de toute réalité économique, ou si le but essentiel du montage consiste à éluder un impôt qui serait dû conformément à l'objet de la loi. À cet égard, l'administration fiscale doit démontrer que le montage authentique aurait généré une créance fiscale correspondante, alors que le contribuable doit démontrer que le montage choisi est justifié par des raisons importantes, étrangères à la législation fiscale.

71 Voir, parmi beaucoup d'autres, arrêts du 28 novembre 2017, Rodrigues de Andrade (C-514/16, EU:C:2017:908, point 44) et du 20 juillet 2017, Piscarreta Ricardo (C-416/16, EU:C:2017:574, point 56 et jurisprudence citée).

b) En éludant une retenue à la source sur des paiements de dividendes à des fonds de capital-investissement établis dans des États tiers par l'intermédiaire de sociétés d'autres États membres, on élude avant tout l'imposition des revenus de dividendes dans le chef des véritables bénéficiaires des dividendes (c'est-à-dire les investisseurs). En l'espèce, on peut considérer qu'il existe un abus, en particulier si la structure d'entreprise choisie sert à exploiter une certaine insuffisance des échanges d'information entre les États impliqués afin d'empêcher une imposition effective des véritables bénéficiaires de dividendes.

5) Il convient de répondre à la question 8 que l'État membre qui refuse de reconnaître une société résidente d'un autre État membre comme le bénéficiaire des dividendes doit, pour constater l'existence d'un abus, indiquer qui est le véritable bénéficiaire des dividendes. Toutefois, dans les situations comportant un élément transfrontalier, les contribuables peuvent être soumis à une obligation de collaboration renforcée.

6) Eu égard aux réponses susvisées qui ont été apportées aux questions 1 à 5, il n'y a pas lieu de répondre aux questions 6, 7, 9 et 10.