

# Le principe de non-discrimination appliqué aux OPCVM : le droit européen au secours des dividendes de source française

La CJUE a développé une jurisprudence considérable sur le fondement de l'entrave à la liberté d'établissement et de circulation des capitaux. Il est donc utile d'étudier son impact sur les distributions de dividendes de source française à des OPCVM non résidents.



Par Alain Charlet, senior manager, avocat, WTS Seseke

Si le principe de non-discrimination fiscale n'est pas inconnu en droit conventionnel<sup>1</sup>, ce dernier a connu une évolution considérable en droit européen grâce notamment à l'effet que lui a donné la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui en est le gardien, si ce n'est le cerbère. La Cour ne souffre que peu de restrictions à ce principe et joue notamment sur les deux têtes de la liberté d'établissement et liberté de circulation des capitaux. En ce qui concerne les organismes

## 1. Une situation fiscale comparable

de placement collectifs en valeurs mobilières (OPCVM), la question est de savoir si l'application d'une retenue à la source (RAS) à des dividendes de source française ne créerait pas une discrimination entre OPCVM résidents et non résidents dès lors que ces derniers seraient traités fiscalement d'une manière équivalente dans les deux pays de l'Union européenne (UE). En effet, un OPCVM français qui recevrait des dividendes de source française ne se verrait par définition pas appliquer de RAS contrairement à son homologue européen. Si la réponse à cette question semble évidente, elle est en réalité plus complexe

qu'il n'y paraît. L'entrave à une des libertés fondamentales suppose, pour qu'elle soit caractérisée, la réunion d'un certain nombre de conditions.

Il faut tout d'abord définir si les éléments devant être comparés sont d'une nature similaire, autrement dit, si les OPCVM non résidents à qui sont versés les dividendes sont d'une nature similaire aux OPCVM français, c'est-à-dire s'ils sont placés dans une situation juridique et fiscale comparable. S'agissant d'OPCVM, la comparaison n'est pas nécessairement aisée. On sait que les OPCVM se subdivisent en fonds commun de placement (FCP) et sociétés d'investissement à capital variable (Sicav). Un FCP est une copropriété de valeurs mobilières qui émet des parts. Il n'a pas de personnalité morale. Chaque porteur de part dispose d'un droit de copropriété sur les actifs du fonds, droit proportionnel au nombre de parts possédées. La Sicav dispose au contraire d'une personnalité morale.

Fiscalement, du point de vue du droit français, FCP et Sicav sont considérés comme transparents. Il en ressort qu'ils ne peuvent en principe avoir la qualification de résidents et que les revenus qui leur sont versés gardent la qualification qui leur est propre. Autrement dit les porteurs de parts pour les FCP et les actionnaires pour les Sicav sont considérés comme les bénéficiaires effectifs des revenus versés<sup>2</sup>. Cette analyse conduit en principe à ce qu'on applique les dispositions d'une éventuelle convention fiscale pouvant réduire ou supprimer la RAS sur les revenus perçus de source française au niveau des bénéficiaires effectifs de ces revenus et non au niveau de l'OPCVM, situation qui ne facilite pas la tâche de l'établissement payeur français qui doit normalement produire des certificats de résidence de l'Administration du bénéficiaire non

*La question est de savoir si l'application d'une retenue à la source à des dividendes de source française ne créerait pas une discrimination entre OPCVM résidents et non résidents dès lors que ces derniers seraient traités fiscalement d'une manière équivalente dans les deux pays de l'Union européenne.*

1. L'article 24 de la convention modèle OCDE interdit la discrimination dans le traitement fiscal des nationaux et non nationaux placés dans une même situation.  
2. Pour les FCP : D. adm. 4 K 1712, en date du 1<sup>er</sup> novembre

1995, voir notamment les paragraphes 2 et 11. Pour les SICAV : D. adm. 4 K 162, en date du 1<sup>er</sup> novembre 1995, voir notamment les paragraphes 3, 11, 17 et 18.

résident<sup>3</sup>. Comment établir dans ces circonstances une comparaison entre la situation d'un OPCVM français et non-résident dès lors que l'incidence fiscale doit s'apprécier en réalité au niveau des bénéficiaires réels qui peuvent être résidents de plusieurs pays différents ? C'est une situation délicate.

En pratique toutefois, l'application du droit conventionnel peut venir bouleverser cette analyse. Par exemple, la convention franco-allemande<sup>4</sup> vient rétablir un certain degré d'opacité. Ainsi l'article 25 B de la convention autorise les OPCVM allemands à demander globalement les avantages prévus par la convention pour la fraction des revenus correspondant aux droits détenus dans l'OPCVM

par des résidents allemands. Ainsi un OPCVM allemand qui a des porteurs allemands et a qui sont versés des dividendes de source française pourra bénéficier du taux conventionnel de RAS de 15 %<sup>5</sup>.

Il faut relever à cet égard que la position française consistant à refuser d'appliquer le bénéfice conventionnel aux OPCVM eux-mêmes est marginale. L'OCDE dans sa version à jour au 22 juillet 2010 de la convention modèle<sup>6</sup>, et plus particulièrement dans ses commentaires sur l'article 1 de la convention relatif à la notion de

personnes couvertes par la convention, recommande de traiter généralement les OPCVM comme des personnes ou, à tout le moins, pour les conventions existantes, d'adopter des procédures leur permettant de réclamer pour le compte de leurs investisseurs le bénéfice des dispositions conventionnelles. L'approche préférée est donc – contrairement à l'approche française – celle d'une plus grande opacité où l'OPCVM est traité comme un résident de l'Etat contractant et le bénéficiaire des revenus qu'il perçoit.

Dans cette hypothèse on peut alors comparer efficacement l'OPCVM français à son homologue non résident. Tout d'abord, il convient de vérifier si le fonds étranger est un

instrument comparable au fonds français. Présente-t-il des similitudes d'un point de vue juridique ? Par exemple, s'agit-il d'une copropriété ? Est-ce qu'il peut être représenté à l'égard des tiers par sa société de gestion ? Ensuite, il faut déterminer si le fonds étranger est soumis à un régime fiscal comparable au régime français. Est-ce que, comme en droit français, le fonds n'est pas soumis à l'impôt sur les sociétés<sup>8</sup> ? Est-ce que les revenus sont imposés directement entre les mains des investisseurs ? Si la réponse à ces questions est positive nous sommes alors en présence de deux instruments comparables.

## 2. Une discrimination effective

S'agissant de deux éléments comparables, se pose alors la question de savoir s'il existe une discrimination effective entre un OPCVM français recevant des revenus de source française et un OPCVM de l'UE recevant ces mêmes revenus du fait de l'application d'une RAS à ce dernier.

Cette discrimination s'apprécie au vu de la liberté d'établissement<sup>9</sup> et/ou de la liberté de circulation des capitaux<sup>10</sup>. En pratique, ces deux libertés peuvent recouvrir des situations similaires<sup>11</sup>. La liberté d'établissement interdit que des dividendes versés à un non-résident européen soient plus lourdement imposés que s'ils sont versés à un résident dès lors que ces derniers sont comparables et sont traités fiscalement d'une manière similaire. Le principe de la liberté de circulation des capitaux s'oppose à ce que soient défavorisés les investissements dans des sociétés françaises par des OPCVM non résidents européens.

Ainsi, la CJUE a jugé dans l'arrêt *Aberdeen* que la législation finlandaise prévoyant l'application d'une RAS sur les dividendes versés par une société finlandaise à une Sicav luxembourgeoise constituait une restriction discriminatoire à la liberté d'établissement dans la mesure où ces dividendes sont exonérés de RAS lorsqu'ils sont versés à une société finlandaise d'investissement<sup>12</sup>. D'autre part, en avril 2010, le tribunal administratif de Paris a jugé «que l'application de la retenue à la source au versement de dividendes de source française aux OPCVM de droit irlandais a pour effet de leur faire supporter une charge fiscale qui n'est pas supportée par les organismes identiques établis en France et constitue ainsi une restriction à la liberté de circulation des capitaux<sup>13</sup>».

*La liberté d'établissement interdit que des dividendes versés à un non-résident européen soient plus lourdement imposés que s'ils sont versés à un résident dès lors que ces derniers sont comparables et sont traités fiscalement d'une manière similaire.*

3. Instruction 4 J-1-05 du 25 février 2005, § 21 et suivants concernant la procédure simplifiée qui s'applique en principe par défaut.

4. Convention entre la France et République fédérale d'Allemagne du 21 juillet 1959 modifiée par les avenants du 9 juin 1969, du 28 septembre 1989 et du 20 décembre 2001.

5. Article 9 de la Convention franco-allemande.

6. Modèle OCDE de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune.

7. Il n'est pas requis que la structure juridique soit identique dans les deux Etats membres dans la mesure où le droit des sociétés des Etats membres n'est pas entièrement harmonisé (CJCE, 18 juin 2009, aff. 303/07, *Aberdeen*, § 50).

8. En droit fiscal français, les FCP sont en dehors du champ d'application de l'impôt sur les sociétés dans la mesure où ce sont des copropriétés et les Sicav sont expressément exonérées de cet impôt en vertu de l'article 208 1° bis A du Code général des impôts (CGI).

9. En principe, La liberté d'établissement (article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE), ex-article 43 du Traité CE) vise

à garantir le bénéfice du traitement national dans l'Etat membre d'accueil (CJCE, 14 décembre 2006, aff. 170/05, *Denkavit*, § 22).

Elle a pour objet de permettre à un ressortissant de l'UE de participer de façon stable et continue à la vie économique d'un Etat membre autre que son Etat d'origine et d'en tirer profit.

10. La liberté de circulation des capitaux (article 63 du TFUE, ex-article 56 du Traité CE) veille à ce que les mouvements ou paiement entre Etats membres ne soient pas pénalisés.

11. L'entrave à la liberté d'établissement est généralement invoquée lorsqu'une société détient une participation dans une autre société qui lui confère une influence certaine sur les décisions de celle-ci et lui permet d'en déterminer les activités. En effet, dans cette hypothèse, une différence dans le traitement fiscal pourrait inciter une société de l'UE non résidente à renoncer à l'acquisition, à la création ou au maintien d'une filiale dans l'Etat membre qui met en œuvre cette différence (voir sur ce point, CJCE, 12 septembre 2006, aff. 196/04 *Cadbury Schweppes*, § 31 et CJCE, 14 décembre 2006, aff. 170/05, *Denkavit*, § 29 et 30).

12. CJCE, 18 juin 2009, aff. 303/07, *Aberdeen*.

13. Tribunal administratif de Paris, 22 avril 2010, n° 061033/2-3, *Société Axa Rosenberg Alpha Trust*.

### 3. L'absence de justifications sur le fondement de raisons impérieuses d'intérêt général

Enfin, lorsqu'une restriction est caractérisée, il faut encore vérifier si cette dernière ne peut pas être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général et si cette raison est proportionnée à l'objectif recherché<sup>14</sup>.

Constitue notamment une raison impérieuse d'intérêt général la nécessité de préserver la cohérence d'un système fiscal<sup>15</sup>, la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les Etats membres<sup>16</sup>, l'efficacité des contrôles fiscaux<sup>17</sup> et d'exclure les montages purement artificiels dont le but serait de contourner la législation fiscale nationale<sup>18</sup>. En revanche, ne constitue pas un juste motif le risque de perte de recettes fiscales ou la prévention de l'évasion fiscale<sup>19</sup>.

### 4. Conclusion

L'examen d'une entrave aux libertés fondamentales du TFUE doit donc faire l'objet d'un examen au cas par cas dans la mesure où une analyse de la législation de l'Etat membre du fonds doit permettre de déterminer le degré de similarité de ce dernier avec un OPCVM français.

L'analyse que nous avons développée ici au regard des

OPCVM pourrait dans l'absolu être étendue à toute entité percevant des revenus de source française sur lesquels sont prélevés une RAS dès lors que l'entité étrangère est placée dans une situation similaire à son homologue français. En pratique, néanmoins, les dispositions conventionnelles et nationales peuvent réduire le montant des RAS, voire le supprimer dans le cas de distributions à une société mère européenne<sup>20</sup>.

En ce qui concerne plus particulièrement les OPCVM, il faut remarquer que la Commission européenne s'est également positionnée. Elle a officiellement demandé à la France en mars 2010 de modifier ses règles d'imposition des dividendes de source française versés notamment à des fonds d'investissements étrangers. La Commission juge ces règles discriminatoires dans la mesure où une RAS est prélevée sur les versements à des fonds étrangers alors qu'aucune RAS ou autre taxe n'est prélevée sur les versements à des fonds nationaux<sup>21</sup>.

Il en ressort que les fonds d'investissement non résidents qui n'ont pas encore introduit de réclamation quant aux montants de RAS prélevés sur les revenus de source française pourraient envisager de le faire rapidement afin de préserver leurs droits<sup>22</sup>. ■

14. CJCE, 15 mai 2008, *Lidl Belgium*, aff. 414/06, § 27 ; CJCE, 13 décembre 2005, aff. 446/03, *Marks & Spencer*, § 35.

15. CJCE, 28 janvier 1992, aff. 204/90, *Bachmann*, § 28.

16. CJCE, 7 juin 2007, aff. 379/05, *Amurta*, § 58 ; CJCE, 13 décembre 2005, aff. 446/03, *Marks & Spencer*, § 45.

17. CJCE, 15 mai 1997, aff. 250/95, *Futura*, § 31.

18. CJCE, 12 septembre 2006, aff. 196/04 *Cadbury Schweppes*, § 51 à 55.

19. CJCE, 11 mars 2004, aff. 9/02, de *Lasteyrie du Saillant*, § 50 à 58.

20. Article 119 ter du CGI et instructions 4 C-7-07 du 10 mai 2007 et 4 C-8-07 du 12 juillet 2007.

21. Communiqué de la Commission européenne IP/10/300 en date du 18 mars 2010.

22. Il convient de rappeler que, selon l'article R 196-1 du Livre des procédures fiscales (LPF), le délai imparti pour présenter une réclamation à l'administration expire, en principe, le 31 décembre de la seconde année suivant – s'agissant de RAS – celle du versement de l'impôt. Autrement dit, des fonds d'investissement non résidents pourraient déposer jusqu'à fin 2011 des réclamations au titre des années 2009 et 2010. Les conventions fiscales peuvent par ailleurs prévoir des délais spécifiques. Ainsi l'article 29 B 2° de la convention franco-allemande prévoit que les demandes de remboursement de RAS doivent être présentées afin la fin de la quatrième année suivant celle au cours de laquelle les revenus ont été payés.