

Double taxation des dividendes français en Belgique : « Traité contre la double imposition » ne veut pas dire « Traité pour organiser la double imposition »

Marc DASSESSE

Professeur à l'Université Libre de Bruxelles (ULB)
Conseil fiscal I.E.C. (Krockaert – Sambaere et Associés)

I. Remarque préliminaire

La législation belge n'est pas « en ligne » avec la communication de la Commission concernant l'imposition des dividendes étrangers.

1.1. Dans sa communication du 19 novembre 2003 concernant « l'imposition des dividendes au niveau des personnes physiques dans le marché intérieur », la Commission Européenne a décrit comme suit la « double imposition juridique internationale » des dividendes et la façon dont les Etats membres y portent remède :

«En cas de double imposition juridique internationale, deux États imposent le même contribuable pour le même revenu. En ce qui concerne les dividendes, cette situation peut se produire lorsque, d'une part, l'actionnaire est soumis à une retenue à la source sur les dividendes qui lui sont versés dans un État et que, d'autre part, il est soumis à l'impôt sur le revenu dans un autre État. Les distributions de bénéfices des sociétés peuvent faire ainsi l'objet à la fois d'une double imposition économique et d'une double imposition juridique.

«Le modèle de convention de l'OCDE concernant le revenu et la fortune comporte des principes directeurs largement acceptés dont l'objet est de supprimer la double imposition juridique internationale, notamment des dividendes. L'article 10 de ce modèle prévoit que les dividendes sont imposables dans l'État de résidence, mais aussi dans l'État de la source. L'im-

pôt prélevé par l'État de la source est cependant limité à 15% si l'actionnaire est une personne physique. Dans leurs conventions fiscales bilatérales, les États membres peuvent s'accorder sur le principe d'appliquer une imposition moins élevée dans l'État de la source ou de ne prélever aucun impôt à la source (prérogative qu'ils peuvent aussi exercer unilatéralement, bien entendu, hors du cadre des conventions).

« Les articles 23 A et 23 B du modèle de convention de l'OCDE régissent les mécanismes visant à éliminer la double imposition. Ces dispositions, conjuguées à l'article 10, ont pour effet d'autoriser l'État de résidence de l'actionnaire, lorsqu'il s'agit d'une personne physique, à imposer les dividendes originaires de l'autre État. Il est cependant tenu d'imputer sur le montant de l'impôt qui lui est dû sur ces dividendes l'impôt qui a été perçu par l'État dans lequel ces dividendes ont leur source. Aucun Etat membre n'a émis de réserve quant à cet aspect du modèle de convention de l'OCDE.

« Le système d'imputation prévu par ce modèle consiste en une imputation ordinaire, par opposition à une imputation intégrale. L'imputation ordinaire a pour effet que l'État de résidence limite cette imputation à l'impôt qui lui est dû sur les dividendes. Par conséquent, si l'État de résidence n'impose pas les dividendes ou les impose à un taux inférieur à celui que pratique l'État de la source, le modèle de convention de l'OCDE n'oblige pas l'État de résidence à verser la part de la retenue

à la source étrangère qui excède l'impôt exigé par l'État de résidence lui-même.

« Par ailleurs, les articles 10, 23 A et 23 B du modèle de convention de l'OCDE concernent essentiellement les mécanismes d'imputation de l'impôt directement prélevé sur les dividendes par l'État de la source, c'est-à-dire la retenue à la source effectuée par la société au nom de l'actionnaire, et non ceux qui portent sur l'imputation de l'impôt sous-jacent, comme c'est le cas dans les systèmes d'imputation.

« Enfin, il convient d'observer que le système d'imputation prévu par le modèle de convention de l'OCDE est applicable quel que soit le mode d'imposition des dividendes (système classique, système cédulaire, imputation, exonération...) ».

I. 2. Cette description tient pour acquis que les Etats membres estiment qu'il y a lieu pour eux de se conformer au modèle de Convention OCDE s'ils n'ont pas formulé de réserve à l'encontre de certaines de ses dispositions.

Tel est (apparemment) le cas pour tous les Etats membres... sauf la Belgique.

La Belgique considère apparemment qu'elle peut s'écarter du modèle OCDE, même sur les points pour lesquels elle n'a pas formulé de réserve, car il ne s'agit, comme son nom l'indique, que d'un modèle.

Certains considéreront sans doute que cette approche n'est guère convaincante.

Les difficultés créées par cette approche sont illustrées de manière particulièrement frappante, dans le contexte de l'offre publique d'échange de Suez sur Electrabel, par l'article 15 du Traité préventif de la double imposition entre la Belgique et la France (ci-après, le Traité).

Le Traité, qui dans sa version actuelle remonte à 1964, réserve à

l'Etat de résidence de l'actionnaire le pouvoir de taxer les dividendes reçus de l'Etat de la source, tout en prévoyant que l'Etat de la source peut, par exception au principe général ainsi affirmé, procéder à une retenue de maximum 15% sur les dividendes « sortant ».

En conséquence, la France peut appliquer et, en règle générale, applique une retenue à la source sur les dividendes payés par des sociétés françaises à des actionnaires belges (personnes physiques ou sociétés).

Toutefois, le Traité n'impose pas, dans ce cas, une obligation inconditionnelle à la Belgique d'accorder aux résidents belges actionnaires des sociétés françaises concernées un crédit d'impôt étranger venant compenser la retenue française à la source.

En effet, l'article 19 du Traité prévoit que la Belgique accordera aux actionnaires belges sociétés ou personnes physiques une « quotité forfaitaire d'impôt étranger » de minimum 15% selon les conditions prévues par la loi belge. Les actionnaires belges personnes physiques peuvent, s'ils le préfèrent, opter pour un crédit d'impôt belge équivalant au crédit d'impôt accordé, selon les conditions prévues par la loi belge, aux actionnaires belges qui recueillent des dividendes de source belge.

Comme le savent toutefois pertinemment les lecteurs de la présente Revue, le législateur belge a supprimé depuis plusieurs années tant la quotité forfaitaire d'impôt étranger que le crédit d'impôt pour ce qui concerne les dividendes... mais le Traité n'a pas été modifié pour autant en vue de supprimer le droit accordé à la France, aux termes de l'article 15, d'appliquer une retenue maximum à la source de 15% sur les dividendes « sortant ».

En conséquence, les dividendes français reçus par des actionnaires belges sont sujets à une double taxation juridique dans (au moins) trois cas :
Dividendes français reçus par une personne physique résidant en Belgique ;

Dividendes français reçus par des sociétés belges, chaque fois que le montant de leur participation dans la société française concernée n'atteint pas le pourcentage minimum requis par la loi française pour que l'exemption de retenue à la source prévue par la Directive mère-filiale trouve à s'appliquer ;

Dividendes français reçus par les entités belges qui se sont pas soumises à l'impôt des sociétés mais qui sont soumis au précompte mobilier (belge) sur les dividendes qu'elles perçoivent.

Le but du présent article n'est pas d'examiner si la Belgique, dans les exemples ci-avant, est tenue, en termes de droit communautaire, d'accorder aux actionnaires belges de sociétés françaises un crédit d'impôt étranger compensant la retenue française à la source.

L'objet du présent article est, par contre, d'examiner si la disposition du Traité entre la France et la Belgique aux termes de laquelle la France peut appliquer une retenue à la source sur les dividendes sortant, sans que cette disposition impose dans ce cas à la Belgique une obligation correspondante inconditionnelle d'accorder un crédit d'impôt aux actionnaires belges est elle-même contraire au droit communautaire.

En d'autres mots, deux Etats membres peuvent-ils convenir, dans le cadre de la conclusion d'un traité préventif de la double imposition, d'appliquer une double imposition juridique à un dividende « sortant » sans violer, par là même, le droit européen ?

I. 3. Nous examinerons cette question en trois temps.

a) Tout d'abord, un bref rappel de l'état actuel de la libre circulation des capitaux et des paiements en droit européen ;

b) Ensuite, les leçons qui peuvent être tirées de l'arrêt Manninen.

c) Enfin, les implications possibles pour la question examinée ici de l'arrêt qui vient d'être rendu dans l'affaire D.

II. Etat actuel de la libre circulation des capitaux et des paiements dans la Communauté – Rappel

II. 1. C'est seulement depuis l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht le 3 janvier 1994 que la liberté de circulation des capitaux et des paiements est devenue une liberté à part entière, sur un pied d'égalité avec les autres libertés fondamentales consacrées par le Traité. Le siège de la matière se trouve aujourd'hui aux articles 56 et 58 CE.

L'article 56 CE se lit comme suit :

«1. Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les Etats membres et entre les Etats membres et les pays tiers sont interdites.

Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux paiements entre les Etats membres et entre les Etats membres et les pays tiers sont interdites. »

L'article 58 CE se lit comme suit :

«1. L'article 56 ne porte pas atteinte au droit qu'ont les Etats membres :

↯ d'appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où les capitaux sont investis ;

↯ de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers, de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique ou de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique.

2. Le présent chapitre ne préjuge pas la possibilité d'appliquer des restrictions en matière de droit d'établissement qui sont compatibles avec le présent traité.

3. Les mesures et procédures visées au paragraphe 1 et 2 ne doivent pas constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux et des paiements telle que définie à l'article 56 ».

II. 2. En d'autres mots, les Etats membres peuvent, entre autres, faire une distinction dans leurs lois fiscales entre les contribuables qui sont résidents et les contribuables qui sont non-résidents, de même qu'en fonction du lieu où les capitaux des contribuables sont investis.

Le pouvoir ainsi reconnu aux Etats membres est toutefois soumis à une limite importante : Les possibilités de différenciation autorisées par l'article 58 (1) (a) et (b) (c) (e) ne peuvent pas constituer un moyen de discrimination arbitraire ou des restrictions déguisées à la libre circulation des capitaux et des paiements affirmée par l'article 56 CE.

En conséquence, les mesures arrêtées par les Etats membres sur pied de l'article 58 (1) (a) ou (b) doivent être proportionnées aux objectifs poursuivis, et ces objectifs doivent eux-mêmes être compatibles avec les dispositions du Traité.

II. 3. Contrairement à ce qui était le cas dans le régime applicable avant l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, les dispositions des articles 56 à 60 CE sont « directement applicables ».

En vue de clarifier les conditions dans lesquelles les règles nationales qui restreignent directement ou indirectement les mouvements de capitaux et les paiements transfrontaliers sont susceptibles d'être considérées comme contraires au nouveau régime communautaire mis en vigueur par le Traité de Maastricht, la Commission Européenne adopta en 1996 une « Communication concernant certains aspects juridiques touchant aux investissements intracommunautaires » (ci-

après la Communication). L'objectif de la Communication est d'indiquer aux autorités nationales et aux opérateurs économiques la façon dont la Commission se propose d'interpréter ces articles, et ce essentiellement sur base de la jurisprudence de la Cour de Justice.

La Communication, par sa nature même, n'a toutefois pas de portée contraignante, sauf pour la Commission. C'est à la Cour de Justice qu'il revient, dans l'ordre juridique communautaire, de donner l'interprétation authentique des articles 56 à 60 CE.

D'autre part, il convient d'être attentif au fait que, dans la mesure où la Communication adoptée en 1996 se base sur la jurisprudence de la Cour de Justice, elle le fait nécessairement par référence à des litiges régis par les règles communautaires en matière de libre circulation des capitaux et des paiements telles qu'elles étaient applicables avant l'entrée en vigueur des articles 56 à 60 CE.

II. 4. Depuis lors, toutefois, la Cour de Justice a rendu plusieurs arrêts concernant l'interprétation à donner aux règles applicables en matière de libre circulation des paiements et des capitaux depuis l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht. Elle a indiqué, en particulier, la portée qu'il convient de donner au « fiscal carve-out » (régime d'exception) faisant l'objet de l'article 58 (1) (a) et (b) CE.

Dans le cadre du présent article, nous n'examinerons pas l'ensemble de ces décisions, à l'exception des récents arrêts Manninen et D. Bornons-nous à dire ici que, contrairement à ce qu'avaient espéré les Etats membres qui avaient fait un intense lobbying en vue de l'introduction du « fiscal carve-out » dans le Traité de Maastricht, le droit conféré aux Etats membres, sur pied de l'article 58 (1) (a) et (b) CE d'établir un traitement différencié en fonction du lieu de résidence de l'investisseur, ou du lieu de placement de ses capitaux, s'est révélé largement illusoire. Les tentatives qui ont été faites par les Etats membres pour

justifier, sur base du « fiscal carve-out », des mesures fiscales restreignant les libertés fondamentales, en ce compris la liberté de mouvement des capitaux et des paiements, n'ont pas été couronnées de succès devant la Cour de Justice, tout au moins à ce jour.

C'est la raison pour laquelle, à l'instigation de la France, de nouveaux efforts en ce sens furent entrepris à l'occasion de la préparation de ce qu'il est convenu d'appeler la « Constitution Européenne ». L'objectif en était de renforcer le « fiscal carve-out » contenu dans le Traité de Maastricht. Heureusement, à notre estime, ces efforts n'ont rencontré qu'un succès très limité.

En effet, la « Constitution Européenne », dont le futur est encore fort incertain à la date de rédaction du présent article, autorise seulement, en termes délibérément ambigus, les Etats membres agissant à titre individuel à restreindre (dans une mesure limitée) la libre circulation des mouvements de capitaux et des paiements dans leurs rapports avec des pays tiers.

III. Leçons à tirer de l'arrêt Manninen

III.1. L'enseignement essentiel à tirer de l'arrêt Manninen pour les besoins de la question faisant l'objet du présent article, est l'affirmation par la Cour que

« ...les actionnaires assujettis à l'impôt à titre principal en Finlande se trouvent dans une situation comparable, qu'ils perçoivent des dividendes de sociétés établies dans cet Etat membre ou de sociétés établies dans d'autres Etats membres [en l'espèce, en Suède]... »

La législation finlandaise en cause refusait d'octroyer aux actionnaires finlandais de sociétés suédoises le bénéfice du crédit d'impôt accordé aux actionnaires finlandais de sociétés finlandaises en vue de remédier à la double imposition économique des dividendes recueillis par les actionnaires finlandais de sociétés finlan-

daises, tout d'abord au niveau de la société finlandaise concernée et, ensuite, au niveau de l'actionnaire finlandais.

La Cour de Justice a considéré que cette restriction était contraire à la libre circulation des capitaux et des paiements :

« ...Au moment où l'actionnaire assujetti à l'impôt à titre principal en Finlande perçoit des dividendes, les bénéficiaires ainsi distribués ont déjà été soumis à une imposition au titre de l'impôt sur les sociétés, indépendamment de la question de savoir si ces dividendes proviennent de sociétés finlandaises ou suédoises. L'objectif poursuivi par la législation fiscale finlandaise, qui est d'éliminer la double imposition des bénéficiaires distribués sous la forme de dividendes, peut être atteint en octroyant l'impôt fiscal également en faveur des bénéficiaires ainsi distribués par les sociétés suédoises aux personnes assujetties à l'impôt à titre principal en Finlande ».

En d'autres mots, si la double imposition économique des dividendes est considérée comme indésirable par le législateur du pays de résidence de l'actionnaire, le crédit d'impôt accordé à l'actionnaire pour supprimer, ou réduire, la double imposition économique des dividendes ne peut pas être accordé seulement si les dividendes proviennent de sociétés locales. Il doit également être accordé pour les dividendes reçus par l'actionnaire résident en provenance de sociétés ayant leur siège social dans d'autres Etats membres de la Communauté.

III. 2. Ce qui a été dit par la Cour de Justice dans l'arrêt Manninen vaut également lorsque l'actionnaire qui reçoit le dividende est résident dans un Etat qui est membre de l'Espace Economique Européen (ci-après, EEE). En effet, les dispositions de l'EEE relatives aux capitaux et aux paiements sont similaires aux dispositions correspondantes en droit communautaire.

Il est dès lors intéressant de relever que dans son arrêt Fokus Bank du 23 novembre 2004 la Cour de Justice

EFTA est arrivée à la même conclusion que la Cour de Justice des Communautés Européennes dans une affaire qui concernait la législation discriminatoire applicable non pas dans l'Etat membre de résidence de l'actionnaire (Allemagne et Royaume-Uni) mais bien dans l'Etat membre de la société payant les dividendes « sortant » (Norvège).

La Cour de Justice EFTA a estimé que si la double imposition économique des dividendes est considérée comme indésirable par le législateur de l'Etat membre où la société payant le dividende a son siège, le crédit d'impôt qu'il accorde en vue de prévenir ou de réduire cette double imposition économique doit être disponible non seulement pour ce qui concerne les dividendes payés par les sociétés locales aux actionnaires locaux, mais également pour ce qui concerne les dividendes payés par les sociétés locales à des actionnaires résidant dans la Communauté Européenne ou dans l'Espace Economique Européen.

III. 3. Il convient de souligner que l'arrêt Manninen ne concerne pas la question de savoir si l'Etat de résidence de l'actionnaire (en l'espèce la Finlande) doit accorder un crédit d'impôt aux actionnaires finlandais de sociétés suédoises en vue d'éviter la double imposition juridique des dividendes reçus de sociétés suédoises, lesquels sont sujets à une retenue à la source de 15%.

En effet, comme le relève expressément l'arrêt Manninen « ... conformément à la convention... conclue entre les pays membres du Conseil nordique... l'impôt à la source prélevé en Suède, dont le taux ne saurait excéder 15 % ... est déductible des impôts dus au titre de l'impôt sur le revenu frappant les revenus de capitaux par l'actionnaire assujetti à l'impôt à titre principal en Finlande ».

IV. Implications de l'arrêt D

1. Les faits à l'origine du litige soumis à la Cour de Justice

dans l'affaire D peuvent être résumés comme suit :

Monsieur D est résident en Allemagne. Il possède des biens immobiliers aux Pays-Bas. L'Allemagne, à l'époque du litige, ne prélevait plus un impôt sur la fortune à charge de ses contribuables.

A la même époque, les Pays-Bas prélevaient un impôt sur la fortune :

- a) sur le patrimoine mondial des contribuables résidents aux Pays-Bas ;
- b) sur les avoirs appartenant aux non-résidents localisés aux Pays-Bas.

Les résidents des Pays-Bas ont droit à une exemption de 193.000 Gulden (à l'époque des faits).

Les non-résidents des Pays-Bas ont droit à la même exemption de 193.000 Gulden si 90% au moins de leur patrimoine mondial est localisé aux Pays-Bas.

Les immeubles possédés par M. D aux Pays-Bas représentaient moins de 90% de son patrimoine mondial. En conséquence l'impôt sur la fortune était dû par M. D sur ses immeubles localisés aux Pays-Bas, sans pouvoir bénéficier de la quotité exemptée de 193.000 Gulden dont il aurait pu bénéficier s'il avait résidé aux Pays-Bas.

Toutefois, si M. D avait eu sa résidence en Belgique et non pas en Allemagne, il n'aurait pas été soumis à l'impôt sur la fortune aux Pays-Bas.

En effet, la convention préventive de la double imposition entre les Pays-Bas et la Belgique prévoit que les résidents belges ont droit aux abattements fiscaux dont peuvent se prévaloir les contribuables résidents aux Pays-Bas, indépendamment du pourcentage de leur patrimoine mondial qui se trouve localisé aux Pays-Bas.

La Belgique, tout comme l'Allemagne, ne connaît pas l'impôt sur la fortune.

M. D entendit en conséquence revendiquer devant les tribunaux néerlandais le bénéfice du traitement qui aurait été le sien s'il avait été résident

non pas en Allemagne mais en Belgique.

C'est dans ces circonstances que la Cour de Justice fut saisie d'une question préjudicielle par le tribunal néerlandais compétent : Le refus des autorités fiscales néerlandaises d'accorder à M. D le bénéfice de l'abattement en matière d'impôt sur la fortune auquel il aurait pu prétendre s'il avait été résident de la Belgique constitue-t-il une restriction prohibée à la liberté de mouvement des capitaux affirmée par l'article 56 CE ?

2. Selon la Cour de Justice, il convient de répondre par la négative à cette question pour les raisons suivantes :

« ... en vertu de l'article 293 CE, les Etats membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants, l'élimination de la double imposition à l'intérieur de la Communauté.

« La Cour a constaté dans l'arrêt du 12 mai 1998, Gilly (C-336/96, Rec. p. I-2793, point 23), que, abstraction faite de la convention 90/436/CEE relative à l'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéficiaires d'entreprises associées... aucune mesure d'unification ou d'harmonisation visant à éliminer les doubles impositions n'a été adoptée dans le cadre communautaire et que les Etats membres n'ont conclu, au titre de l'article 293 CE, aucune convention multilatérale à cet effet.

« En l'absence d'autres mesures communautaires ou de conventions impliquant tous les Etats membres, de nombreuses conventions bilatérales ont été conclues entre ces derniers.

« Ainsi que la Cour l'a déjà rappelé, les Etats membres sont libres, dans le cadre de ces conventions, de fixer les facteurs de rattachement aux fins de la répartition de la compétence fiscale.... La Cour a également admis qu'une différence de traitement entre ressortissants des deux Etats

contractants, résultant de cette répartition, ne saurait être constitutive de discrimination contraire.

« Le litige au principal n'a cependant pas pour objet les conséquences d'une répartition des compétences fiscales à l'égard des ressortissants ou des résidents d'Etats membres parties à une même convention, mais vise à établir une comparaison entre la situation d'une personne résidente d'un Etat tiers à une telle convention et celle d'une personne couverte par cette convention.

« A cet égard, il y a lieu de rappeler que le champ d'application d'une convention fiscale bilatérale est limité aux personnes physiques ou morales mentionnées dans celle-ci ;

« ... [la question] posée par la juridiction de renvoi part de la prémisse qu'un non-résident tel que M. D. n'est pas dans une situation comparable à celle d'un résident des Pays-Bas. La question vise à savoir si la situation de M. D. peut être comparée à celle d'un autre non-résident qui bénéficie d'un traitement particulier en vertu d'une convention préventive de la double imposition.

« Un traitement similaire au regard de l'impôt sur la fortune aux Pays-Bas d'un assujetti, tel que M. D., résident de l'Allemagne et d'un assujetti résident de la Belgique présuppose que ces deux assujettis soient considérés comme étant dans la même situation.

« Or, il convient de rappeler que, afin d'éviter que les mêmes revenus et le même patrimoine soient imposés à la fois aux Pays-Bas et en Belgique, la convention belgo-néerlandaise prévoit à son article 24 une répartition de la compétence fiscale entre ces deux Etats membres, ainsi qu'une règle énoncée à son article 25, paragraphe 3, selon laquelle les personnes physiques résidentes de l'un de ces deux Etats bénéficient dans l'autre Etat des déductions personnelles qui sont accordées par ce dernier à ses propres résidents.

« Le fait que ces droits et obligations réciproques ne s'appliquent qu'à des personnes résidentes de l'un

des deux Etats membres contractants est une conséquence inhérente aux conventions bilatérales préventives de la double imposition. Il en découle qu'un assujetti résident de la Belgique ne se trouve pas dans la même situation qu'un assujetti résidant en dehors de la Belgique en ce qui concerne l'impôt sur la fortune établi à raison de biens immobiliers situés aux Pays-Bas.

« Une règle telle que celle prévue à l'article 25, paragraphe 3, de la convention belgo-néerlandaise ne saurait être analysée comme un avantage détachable du reste de la convention, mais en fait partie intégrante et contribue à son équilibre général.

« Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la deuxième question posée que les articles 56 CE et 58 CE ne s'opposent pas à ce qu'une règle prévue par une convention bilatérale visant à prévenir la double imposition telle que la règle en cause au principal, ne soit pas, dans une situation et dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, étendue à un résident d'un Etat membre non partie à ladite convention».

3. Le raisonnement suivi par la Cour paraît dès lors être le suivant :

Les Etats membres sont libres de conclure des traités bilatéraux en vue d'éliminer la double imposition, en fixant des facteurs de rattachement aux fins de la répartition de leurs compétences fiscales respectives et ce même si cette répartition aboutit à un traitement différent entre nationaux ou résidents des deux Etats contractants. Les Etats mem-

bres, par contre, violent le droit communautaire s'ils conviennent dans une convention bilatérale ayant pour objectif affirmé d'éliminer la double imposition que, au contraire, une situation déterminée fera l'objet d'une double taxation.

En effet « ... les Etats membres peuvent disposer librement de leur souveraineté fiscale, mais à condition de respecter le droit communautaire tant dans leur action individuelle que s'ils agissent de concert. »

Un parallèle peut être fait à cet égard avec la position adoptée par la Commission dans l'affaire Lankhorst-Hohorst GmbH : Devant la Cour de Justice, la Commission avait fait valoir que l'Allemagne disposait de raisons valables, en terme de droit communautaire, pour appliquer des règles de sous-capitalisation qui avaient pour effet de requalifier en dividendes non déductibles les intérêts payés par une société allemande à une société mère hollandaise (nonobstant le fait qu'une telle requalification n'aurait pas eu lieu si la société mère avait été une autre société allemande). La Commission poursuit toutefois comme suit :

« ... la Commission relève, en l'occurrence, un risque de double imposition dans la mesure où la filiale allemande est soumise à l'impôt allemand au titre des intérêts versés alors que la société mère non-résidente doit encore déclarer aux Pays-Bas, en tant que recette, les intérêts qu'elle a perçus. Le principe de proportionnalité exigerait que les deux Etats membres concernés se concertent afin d'éviter une double imposition ».

Le Traité préventif de la double imposition entre la Belgique et la France pose comme principe, afin de prévenir la double imposition, que c'est à la Belgique que revient le droit d'imposer les dividendes des actionnaires belges de sociétés françaises.

Par voie d'exception à cette règle générale, la France peut procéder à une retenue à la source de maximum 15% sur les dividendes « sortant ».

L'usage actuellement fait par la France de cette exception est contraire à la libre circulation des capitaux car il aboutit à une double imposition juridique des dividendes français « sortant ».

Il ne peut y être remédié que si la Convention fait l'objet d'une renégociation en vue d'imposer à la Belgique une obligation inconditionnelle d'accorder aux actionnaires belges un crédit d'impôt étranger correspondant à la retenue française à la source.

Aussi longtemps que tel n'est pas le cas, la retenue française doit être considérée comme contraire au droit communautaire, nonobstant le fait qu'elle est expressément autorisée par le Traité préventif de la double imposition entre les deux pays concernés.

En effet, ainsi que l'a dit excellemment l'Avocat Général Colomer dans ses conclusions précédant l'arrêt D, « ...la circonstance qu'un fait imposable est susceptible d'être grevé à deux reprises constitue l'obstacle le plus sérieux au passage des frontières intérieures par les sujets de droit et par leurs capitaux ».

1. Le présent article constitue l'adaptation en langue française de notre contribution en langue anglaise du 30 septembre 2005 au Liber Amicorum Professeur Jacques Malherbe (publication prévue 2006) intitulée: Double taxation of French dividends in Belgium in the light of the D judgement: "Allocating power of taxation" by way of a double tax treaty does not mean "carte blanche to double tax".
 2. Communication de la Commission relative à "l'imposition des dividendes au niveau des personnes physiques dans le marché intérieur". COM (2003) 810 final.
 3. Voyez paragraphe 2.1.3.
 4. Paragraphe 49 du commentaire des articles 23 A et 23 B du modèle de convention fiscale de l'OCDE.
 5. Paragraphe 1 du commentaire des articles 23 A et 23 B.
 6. Les termes actionnaire belge, société belge, actionnaire français ou société française doivent s'entendre ci-après par voie de référence au domicile fiscal (personnes physiques) ou au lieu du siège social (sociétés).
 7. Nous n'examinerons pas ici le traitement fiscal des dividendes belges reçus par des actionnaires français.
 8. 20% à la date de rédaction du présent article.
 9. Directive du Conseil du 23 juillet 1990 "concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents (90/435/CEE)".
 10. L'on observera que la situation actuelle constitue un obstacle aux efforts faits par une société française ayant un actionnaire belge important (20% ou plus du capital de la société française) lorsqu'elle souhaite obtenir l'accord de ses actionnaires pour effectuer une offre publique d'échange sur une autre société (la société « cible »). Dans ce cas en effet, si l'actionnaire belge approuve le projet, le résultat peut en être que le pourcentage de sa participation dans la société française, après qu'elle ait absorbé la société cible, tombera en dessous du pourcentage minimum de 20% requis par la loi française pour que l'exemption de retenue à la source française sur les dividendes « sortant » puisse continuer à s'appliquer. En d'autres mots, en marquant son accord à la reprise par la société française de la société « cible » (peut importe qu'elle soit française ou étrangère), l'actionnaire belge s'expose au risque d'une double taxation juridique des dividendes à recevoir à l'avenir de la société française.
 11. Ceci sera le cas, pour ce qui concerne le secteur privé, pour une série d'organisations sans but lucratif, tels certains types de fonds de pension, fondations et autres. Il en ira de même, pour ce qui concerne le secteur public, pour (notamment) les communes et autres entités de droit public qui possèdent des actions dans des sociétés françaises. A la date de rédaction du présent article, un exemple fort médiatisé de cette situation est fourni par les communes belges qui possèdent actuellement des actions dans Electrabel. Ces communes s'exposent à une double taxation juridique des dividendes si elles acceptent l'offre de Suez d'échanger leurs actions Electrabel contre (pour partie) des actions de la société Suez. Le même risque existe pour toutes les sociétés belges actionnaires de Electrabel: En effet, vu l'importance relative de Suez par rapport à Electrabel, aucun actionnaire public ou privé-société d'Electrabel n'est susceptible d'atteindre le pourcentage minimum de 20% dans le capital de Suez qui permet d'échapper à la retenue française à la source.
- Pour ce qui concerne la situation particulièrement inconfortable des communes, voyez, notamment, la question orale de M. Petitjean sur « la double taxation des dividendes « Electrabel » pour les communes et la réponse de M. Courar, Ministre des Affaires intérieures et de la Fonction publique, Commission des Affaires intérieures et de la Fonction publique du Parlement Wallon, séance du 11 octobre 2005, compte-rendu analytique, page 15: "... tout dividende distribué par [Suez] sera soumis à un premier précompte mobilier de 15% prélevé par le fisc français. Ensuite il y aura, lors de l'encaissement effectif de ces dividendes en Belgique, le prélèvement par le fisc belge d'un précompte mobilier de 25% sur le dividende net en provenance de France. Le prélèvement fiscal total sera donc fort élevé.
- De manière à réduire un tel impact fiscal, une réunion aura lieu prochainement entre le Ministre [belge des Finances, M. Reynders], les autorités françaises et les dirigeants du Groupe Suez afin d'analyser la possibilité de supprimer le précompte mobilier prélevé en France ». L'on doute qu'il soit possible de réaliser cette suppression pour les seuls dividendes Suez...
- Les mêmes difficultés avaient surgi en 2004 lorsque le management français de la banque belge Dexia avait tenté d'obtenir l'accord de ses actionnaires en vue de l'absorption de Dexia par une grande banque italienne. Certains actionnaires publics belges de Dexia, qui détiennent un pourcentage fort important de son capital, ont souligné à l'époque que s'ils marquaient leur accord ils s'exposeraient à une double taxation juridique, d'abord en Italie, et ensuite en Belgique. L'on sait que ce projet resta sans suite.
12. Cette problématique fait présentement l'objet d'une question préjudicielle adressée à la Cour de Justice par le Tribunal de Première Instance de Gand. (Aff. C-513/04 Kerckaert et Morres c/Etat belge JO. C 57/14). La question préjudicielle soumise à la Cour ne demande toutefois pas à celle-ci de se prononcer sur la question de savoir si la Belgique a introduit une restriction (prohibée) à la libre circulation des capitaux et des paiements lorsqu'elle a mis fin à la quotité forfaitaire d'impôt étranger à laquelle pouvaient précédemment prétendre les actionnaires belges recueillant des dividendes français. La question posée vise seulement à savoir si le régime belge actuel, qui refuse toute imputation de la retenue française étrangère sur l'impôt belge, est constitutif d'une restriction prohibée à la libre circulation des capitaux. Dans certaines circonstances, cette nuance peut être importante.
 13. L'on observera à ce propos que, avant le 1er janvier 2005, il n'y avait généralement pas d'intérêt (économique) pour un actionnaire personne physique d'une société française à soulever cette question. En effet, aux termes du Traité, la France accordait, sur demande, aux actionnaires personnes physiques belges le remboursement de « l'avoir fiscal » accordé aux actionnaires français de sociétés françaises en vue de remédier à la double imposition économique des dividendes, au niveau de la société française d'abord, et ensuite au niveau de ses actionnaires. (Un système différent -et moins généreux- était applicable pour les sociétés belges actionnaires de sociétés françaises, si ces dernières recueillaient une grande partie de leurs bénéficiaires au départ d'opérations en dehors de la France).
- Le régime de « l'avoir fiscal » a toutefois été supprimé avec effet au 1er janvier 2005. Une des raisons de cette décision a été le risque que présentait l'affaire Manninen (Voyez ci-après), alors pendante devant la Cour de Justice, pour le régime français de l'avoir fiscal : Pouvait-on exiger de la France qu'elle accorde le bénéfice de « l'avoir fiscal » aux actionnaires français non seulement pour ce qui concerne les dividendes recueillis en provenance de sociétés françaises, mais aussi pour ce qui concerne les dividendes recueillis en provenance de sociétés établies dans d'autres Etats membres de la Communauté Européenne ou de l'Espace Economique Européen ? Pour une analyse détaillée, voyez, notamment, M. Dassesse, « Taxation des dividendes transfrontaliers après l'arrêt

- Manninen - Etat des lieux et perspectives », Cahiers de Droit Européen, 3/2005, également publié dans Journal de droit fiscal 2004 (publié en 2005), pages 258 sq. Nous n'examinerons pas ici la question de savoir si la France, en mettant un terme à l'avoir fiscal, qu'elle avait précédemment accordé à (certains) actionnaires étrangers en vue de les inciter à investir dans des sociétés françaises, a introduit une restriction nouvelle, et par conséquent prohibée, à la libre circulation des capitaux et des paiements.
14. Arrêt du 7 septembre 2004, Aff. C-319/02.
 15. Arrêt du 5 juillet 2005, Aff. C-376/03. Aux termes d'une ordonnance de la Cour du 15 juillet 2004 intitulée « rectification d'arrêt » dans l'affaire D, il y a lieu de lire « résident » au lieu de « ressortissant » au paragraphe 62 des motifs, et au numéro 2 du dispositif de l'arrêt D du 5 juillet 2005.
 16. Elle peut, à certains égards, être qualifiée de « super liberté » : En effet, contrairement à ce qui est le cas pour les autres libertés fondamentales, la libre circulation des capitaux et des paiements vaut, en règle, non seulement dans les rapports entre Etats membres mais également dans les rapports entre Etats membres et pays tiers.
 17. Précédemment, articles 73b à 73h du Traité CE. Depuis la ratification du Traité d'Amsterdam, la numérotation de ces articles a été modifiée.
 18. L'article 58.1.a. doit être lu à la lumière de la déclaration explicative qui a été incluse dans le Traité de Maastricht et qui se lit comme suit : « CITATION A INSERER PAR MD. ».
- Pour une étude détaillée, voyez J.P.Raz « The European Community regime and the free movement of capital ». Une version en langue turque de cette étude a été publiée en janvier 2002 par la Economic Development Foundation (Istanbul) sous le titre suivant : « EU Legislation on the free movement of capital and Turkey's harmonisation » dans la série « The process of Turkey's accession to the EU » (Volume n° 9). Voyez également, entre autres, M.Dassesse, Does the EU directive « on taxation of savings » violate the freedom of movement of capital ? », Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, janvier 2004, pages 12 sq.
19. JO. C-220/15 du 19 juillet 1997.
 20. Reste à voir toutefois quelle sera la réponse donnée par la Cour à la question préjudicielle qui lui est posée dans l'affaire C-265/04 Bouanich. Voyez également l'arrêt rendu le 8 septembre 2005 dans l'affaire C-512/03 Blanckaert, qui concerne toutefois des dispositions fiscales étroitement liées aux régimes de sécurité sociale.
 21. Voyez l'article III-158/par.4. Pour un commentaire détaillé voyez Ph.Vigneron et Ph. Steinfeld, "l'effet "erga omnes" de la libre circulation des capitaux dans la Constitution européenne: Un retour en arrière?". Revue Européenne de Droit Bancaire et Financier/European Banking & Financial Law Journal-Euredia 2004/3, pages 365 sq.
 22. Pour une analyse détaillée voyez, entre autres, M. Dassesse, "Taxation des dividendes transfrontaliers après l'arrêt Manninen - Etat des lieux et perspectives », Cahiers de Droit Européen, 3/2005 ; également publié dans Journal de droit fiscal 2004 (publié en 2005), pages 258 sq.
 23. Arrêt paragraphe 37.
 24. Arrêt, paragraphe 48.
 25. Aff. E-1/04 Fokus Bank c/Royaume de Norvège.
 26. Voyez l'arrêt Fokus Bank, paragraphe 38: "...[the freedom of movement of capital and payments] precludes legislation whereby shareholders resident in [Norway in the instant case] are granted a tax credit on dividends paid by a [local] company..., whereas non-resident shareholders [resident in another EC/EEA Member State] are not granted such a tax credit. Whether the taxpayer is a resident in another [EC/EEA Member State] which, in a tax agreement with the [Member State of the company paying the dividend] has undertaken to grant credit for withholding tax, or whether the taxpayer in the specific case actually is granted, or will be granted, credit for the withholding tax [by his Member State of residence] is of no legal significance" (une traduction authentique française de l'arrêt Fokus Bank n'est pas disponible).
 27. Arrêt, paragraphe 13.
 28. Voyez arrêt, paragraphes 49 à 54 et 58 à 63.
 29. Ainsi, dans la célèbre affaire Gilly (Aff. C-336/96) il fut décidé par la Cour que les Etats membres pouvaient convenir dans une convention bilatérale préventive de la double imposition que les fonctionnaires publics ayant la nationalité de l'Etat membre où ils exerçaient leurs fonctions, et résidant dans l'autre Etat membre, étaient taxés sur leur salaire dans l'Etat membre où ils exerçaient leurs fonctions, alors que les fonctionnaires publics n'ayant pas la nationalité de l'Etat membre où ils exerçaient leurs fonctions étaient taxés dans l'Etat membre où ils avaient leur résidence.
 30. Voyez les conclusions de l'Avocat Général Colomer dans l'affaire D, paragraphe 85. Il s'agit d'une jurisprudence constante de la Cour depuis son jugement dans l'affaire Commission c/France « avoir fiscal » du 28 janvier 1986 (Aff. C-270/83, paragraphe 26).
 31. Aff. C-324/00, arrêt du 12 décembre 2002. Voyez également l'arrêt prononcé le même jour par la Cour de Justice dans l'affaire De Groot (Aff. C-385/00), paragraphe 101, et n° 1 du dispositif.
 32. Voyez arrêt, paragraphe 35. Voyez également les conclusions de l'Avocat Général Mischo, au paragraphe 68. La Cour de Justice n'a pas eu à se prononcer dans l'affaire Lankhorst-Hohorst sur la problématique de la double imposition soulevée par la Commission. Elle a considéré en effet que la règle de sous-capitalisation allemande en litige constituait une restriction injustifiée à la liberté d'établissement de la société mère hollandaise aux Pays-Bas. Il n'était pas contesté que, en application de la législation allemande en litige, « les intérêts versés par une filiale résidente en rémunération de capitaux externes provenant d'une société mère non-résidente sont imposés comme des dividendes occultes au taux de 30% alors que, s'agissant d'une filiale résidente, dont la société mère, bénéficiaire du crédit d'impôt, est également résidente [en Allemagne], les intérêts versés sont traités comme des dépenses et non comme des dividendes occultes ». Voyez l'arrêt, paragraphe 29.
 33. Conclusions, paragraphe 85.