CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. F. G. JACOBS

présentées le 2 mai 1996 *

1. Dans les présentes affaires, soumises à la Cour par le biais de demandes de décision préjudicielle formées par le Finanzgericht Köln, la Cour est invitée à interpréter pour la première fois 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 [1] (ci-après la « directive »). La directive exige, notamment, que les États membres exemptent de retenue à la source les bénéfices distribués par une société filiale située sur leur territoire à une société mère située dans un autre État membre. Les États membres ont toutefois la faculté de ne pas appliquer la directive aux bénéfices distribués par des filiales situées sur leur territoire dans lesquelles les sociétés mères ne conservent pas, pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, une participation donnant droit à la qualité de société mère.

2. La question principale soulevée dans les présentes affaires est celle de savoir si la directive permet à un État membre d'appliquer une règle en vertu de laquelle une retenue à la source doit être déduite par une filiale des bénéfices qu'elle distribue à sa société mère au cours de la première année suivant son achat par cette société, de telle sorte que la société mère se voit refuser l'exemption de la retenue pour la première année même si elle conserve en définitive sa participation au-delà de cette période. Dans la négative, la juridiction nationale demande si la société mère peut se prévaloir de la directive devant les juridictions de l'État de la filiale.

3. Dans une des affaires, il est demandé en outre si, dans l'hypothèse où la règle nationale en cause est contraire à la directive, une société mère qui a reporté, en raison de cette règle, l'exécution d'une distribution jusqu'à l'expiration du délai de participation minimal peut réclamer des dommages-intérêts à l'État de la filiale pour les pertes d'intérêts qu'elle a subies, conformément aux principes énoncés dans l'arrêt Francovich e. a. [2].

Les règles communautaires pertinentes

4. La directive est un des trois instruments adoptés le 23 juillet 1990 en vue d'éliminer certains obstacles fiscaux aux regroupements transfrontières de sociétés établies dans la Communauté. Les autres instruments sont la directive 90/434/CEE du Conseil, du

* Langue originale: l'anglais.

1 — JO L 225, p. 6.

2 — Arrêt du 19 novembre 1991 (C-6/90 et C-9/90, Rec. p. I-5357).

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 [3] (la directive « fusions ») et la convention 90/436/CEE relative à l'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéfices d'entreprises associées [4].

5. Conformément à son préambule, la directive vise à instaurer des règles fiscales neutres au regard de la concurrence « afin de permettre aux entreprises de s'adapter aux exigences du marché commun, d'accroître leur productivité et de renforcer leur position concurrentielle sur le plan international » [5]. La directive vise, en particulier, à éliminer les désavantages fiscaux subis par les sociétés d'États membres différents par rapport aux sociétés d'un même État membre, lorsqu'elles s'unissent pour créer des groupes de sociétés [6].

6. La nécessité de la directive résulte de la double imposition à laquelle peuvent être soumis des groupes de sociétés établis dans plusieurs pays. Sous réserve d'exemption particulière accordée par les États soit unilatéralement soit en vertu de conventions bilatérales, les bénéfices réalisés par une filiale sont susceptibles d'être imposés à la fois dans l'État de la filiale, en tant que revenus d'exploitation de la filiale, et lors de la distribution des revenus à la société mère de la filiale, en tant que dividendes de la société mère dans son État de résidence; les revenus peuvent être soumis à une imposition supplémentaire au niveau de la société si la société mère n'est qu'une société holding intermédiaire détenue par une société d'un autre État membre.

7. En outre, les États imposent généralement la distribution de bénéfices par les sociétés, c'est-à-dire les dividendes payés aux actionnaires. Il s'agit normalement d'une retenue à la source, c'est-à-dire d'impôts perçus à la source par la société distributrice au nom des autorités fiscales. Les retenues à la source sont souvent utilisées, dans le cadre national, pour éviter la fraude et simplifier la perception; la retenue correspond généralement à ou est à valoir sur la dette des bénéficiaires qui sont des contribuables résidents. Les retenues sur les dividendes transfrontières représentent la perception d'un impôt supplémentaire de l'État taxateur sur les non-résidents, dont l'État de résidence de ces derniers ne tient pas compte lorsqu'il impose les dividendes.

8. Afin d'éliminer de tels obstacles fiscaux à l'égard de groupes de sociétés établies dans la Communauté, la directive abolit, sous réserve de certaines exceptions, les retenues à la source sur les distributions de bénéfices entre filiales et sociétés mères situées dans différents États membres de la Communauté et prévoit que les États membres exemptent de double imposition les sociétés mères recevant des distributions de bénéfices de filiales situées dans d'autres États membres.

3 — JO L 225, p. 1.
4 — JO L 225, p. 10.
5 — Premier considérant.
6 — Deuxième et troisième considérants.

9. L'article 1[er] de la directive dispose:

« 1. Chaque État membre applique la présente directive:

— aux distributions de bénéfices reçues par des sociétés de cet État en provenance de leurs filiales d'autres États membres,

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

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

10. L'article 2 définit ce qu'il convient d'entendre par « société d'un État membre ». Il n'est pas contesté que les sociétés néerlandaises et allemandes concernées par les présentes affaires correspondent à la notion définie à l'article 2.

11. L'article 3, paragraphe 1, de la directive dispose:

« Aux fins de l'application de la présente directive:

a) la qualité de société mère est reconnue au moins à toute société d'un État membre qui remplit les conditions énoncées à l'article 2 et qui détient, dans le capital d'une société d'un autre État membre remplissant les mêmes conditions, une participation minimale de 25%;

b) on entend par 'société filiale' la société dans le capital de laquelle la participation visée au point a) est détenue. »

12. L'article 3, paragraphe 2, deuxième tiret, de la directive — la disposition sur laquelle est fondée la règle nationale litigieuse — prévoit que, par dérogation au paragraphe 1, les États membres ont la faculté:

« de ne pas appliquer la présente directive à celles de leurs sociétés qui ne conservent pas, pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, une participation donnant droit à la qualité de société mère, ni aux

sociétés dans lesquelles une société d'un autre État membre ne conserve pas, pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, une telle participation ».

13. L'article 4 prévoit que l'État de la société mère exempte d'impôt les bénéfices distribués à des sociétés mères par des filiales d'autres États membres.

14. L'article 5 — qui présente également un intérêt immédiat en l'espèce — dispose:

« 1. Les bénéfices distribués par une société filiale à sa société mère sont, au moins lorsque celle-ci détient une participation minimale de 25 % dans le capital de la filiale, exemptés de retenue à la source.

...

3. Par dérogation au paragraphe 1, la République fédérale d'Allemagne peut, aussi longtemps qu'elle soumet les bénéfices distribués à un taux d'impôt des sociétés inférieur d'au moins 11 points à celui applicable aux bénéfices non distribués, mais au plus tard jusqu'à la mi-1996, percevoir, à titre d'impôt compensatoire, une retenue à la source de 5% sur les bénéfices distribués par ses sociétés filiales.

... »

15. Les articles 6 et 7 ne sont pas pertinents en l'espèce. En vertu de l'article 8, la date limite pour la transposition de la directive était le 1er janvier 1992.

Les dispositions nationales pertinentes

16. L'article 43, paragraphe 1, de l'Einkommensteuergesetz (loi allemande relative à l'impôt sur le revenu, ci-après la « loi ») prévoit une taxation des revenus sous la forme d'un prélèvement à la source sur les revenus du capital, dénommé impôt sur les revenus du capital (Kapitalertragsteuer). L'article 20, paragraphe 1, point 1), de la loi prévoit que les revenus du capital incluent les dividendes d'actions. Conformément à l'article 43a, paragraphe 1, point 1), le taux de l'impôt sur les revenus du capital est fixé à 25% des dividendes.

17. L'article 50d, paragraphe 3, de la loi prévoit l'application de taux réduits d'impôt sur les revenus du capital en vertu de conven-

tions relatives à la double imposition conclues entre l'Allemagne et d'autres pays. Selon la convention germano-néerlandaise visant à éviter la double imposition, le taux de la retenue à la source applicable aux distributions de bénéfices en cause dans les affaires au principal est de 15%.

18. L'article 44d, paragraphe 1, de la loi, qui transpose en droit allemand l'obligation de réduire la retenue à la source imposée à la République fédérale d'Allemagne par l'article 5, paragraphes 1 et 3, de la directive, prévoit que l'impôt est appliqué au taux de 5% sur le revenu du capital payé à une société mère n'ayant ni son siège ni son principal établissement en Allemagne par une société de capitaux entièrement imposable en Allemagne (c'est-à-dire une filiale résidente).

19. Toutefois, l'article 44d, paragraphe 2, de la loi — la disposition litigieuse dans les affaires au principal — est libellé comme suit:

« La qualité de société mère, au sens du paragraphe 1, est reconnue à toute société ... qui, au moment de l'exigibilité de l'impôt sur les revenus des capitaux mobiliers conformément à l'article 44, paragraphe 1, deuxième phrase, peut prouver qu'elle détient depuis au moins douze mois ininterrompus une participation directe égale à au moins un quart du capital nominal de la société ... [filiale]. »

20. Il résulte donc des règles allemandes qu'une retenue à la source est due au taux normal ou au taux prévu par une convention en matière fiscale sur les dividendes payés dans les douze premiers mois suivant l'acquisition d'une filiale allemande et n'est pas remboursable, même si la société mère conserve sa participation dans la filiale au-delà de cette période. Les demanderesses dans les présentes affaires soutiennent que la directive oblige la République fédérale d'Allemagne à appliquer un taux de 5% dès l'acquisition.

Les faits et les questions posées par la juridiction nationale

21. Les demanderesses au principal, Denkavit Internationaal BV (affaire C-283/94), VITIC Amsterdam BV (affaire C-291/94) et Voormeer BV (affaire C-292/94), sont toutes des sociétés néerlandaises détenant des participations dans des sociétés allemandes. Les trois affaires sont en instance devant le Finanzgericht Köln.

22. Dans l'affaire C-291/94, VITIC Amsterdam BV (ci-après « VITIC ») a augmenté sa

participation dans la société allemande Wesumat GmbH (ci-après « Wesumat ») de 19 à 95%, avec effet au 2 janvier 1992. Le 15 octobre 1991, Wesumat a décidé de distribuer un dividende, exigible au 15 janvier 1992, imputé sur le bénéfice reporté au 31 décembre 1990. VITIC avait droit à 95% de la somme distribuée. L'impôt sur les revenus du capital a été retenu sur la distribution au taux normal de 25%, en même temps que la majoration de solidarité (c'est-à-dire le supplément perçu à titre de contribution à la reconstruction économique des nouveaux Länder). VITIC a sollicité ultérieurement des autorités fiscales le remboursement de la majoration de solidarité et de l'impôt sur les revenus du capital, dans la mesure où il excédait le taux de 5% autorisé pour la République fédérale d'Allemagne en vertu de l'article 5, paragraphe 3, de la directive. Par décision du 16 octobre 1992, les autorités fiscales ont remboursé intégralement la majoration de solidarité, mais n'ont remboursé l'impôt sur les revenus du capital que pour la partie excédant 15% du dividende, c'est-à-dire le taux prévu par la convention germano-néerlandaise relative à la double imposition. Elles ont refusé d'appliquer le taux de 5% prévu à l'article 44d, paragraphe 1, de la loi, au motif que la condition d'un délai de participation de douze mois n'était pas remplie. Dans son recours devant le Finanzgericht, VITIC conteste cette décision et réclame un remboursement supplémentaire de 190 000 DM.

23. Des faits similaires sous-tendent le renvoi à la Cour dans l'affaire C-292/94. Voormeer BV (ci-après « Voormeer ») réclame également le remboursement de l'impôt sur les revenus du capital retenu par sa filiale Framode GmbH dans la mesure où il excède le taux de 5%, les autorités fiscales n'ayant remboursé que la majoration de solidarité et la partie de l'impôt sur les revenus du capital excédant 15% du dividende. Voormeer prétend avoir droit à un remboursement supplémentaire de 240 333,30 DM.

24. Les faits dans l'affaire C-283/94 sont légèrement différents. Denkavit Internationaal BV (ci-après « Denkavit ») a augmenté sa participation dans la société allemande Denkavit Futtermittel de 20 à 99,4 %, avec effet au 14 juillet 1992. Par demande du 6 octobre 1992, elle a sollicité une déclaration suivant laquelle le taux de retenue de 5 % était applicable aux dividendes distribués par sa filiale, conformément aux dispositions combinées des articles 50d et 44d de la loi. En même temps, elle a donné l'assurance à l'administration fiscale que sa participation dans la filiale avait été supérieure à 25% depuis le 14 juillet 1992 et le resterait pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans. L'administration fiscale a néanmoins rejeté la demande de Denkavit au motif que le délai de participation de douze mois imposé par l'article 44d, paragraphe 2, de la loi n'avait pas été respecté et n'a accordé que le taux de retenue de 15% applicable en vertu de la convention fiscale germano-néerlandaise pour la période allant du 1er octobre 1992 au 30 septembre 1995. Après une réclamation infructueuse et la formation d'un recours par Denkavit, l'administration fiscale a modifié sa décision et autorisé un prélèvement de la retenue au taux de 5% à partir du 15 juillet 1993 (c'est-à-dire un an après l'acquisition de la participation donnant droit à ce taux), à la condition que Denkavit conserve une participation suffisante jusqu'au 30 septembre 1995. Denkavit a alors limité son recours à la période antérieure au 15 juillet 1993 et, modifiant la nature de sa demande, elle a présenté des conclusions en constatation de l'illégalité de la décision. Elle a soutenu qu'elle avait un intérêt à obtenir

une constatation en ce sens afin de pouvoir demander une indemnisation dans une procédure séparée devant les juridictions allemandes. Denkavit soutient que le refus de sa demande par l'administration fiscale l'a amenée à reporter la distribution de bénéfices initialement prévue le 16 octobre 1992, ce qui lui a causé des pertes d'intérêts considérables.

25. Dans les affaires en instance devant le Finanzgericht Köln, les sociétés ont soutenu que l'article 44d, paragraphe 2, de la loi était contraire à l'article 3, paragraphe 2, de la directive. Le Finanzgericht a dès lors décidé de demander à la Cour de statuer à titre préjudiciel sur les questions suivantes.

Dans les affaires C-291/94 et C-292/94 (VITIC et Voormeer):

« 1) 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 (JO L 225, p. 6), et, notamment, son article 3, paragraphe 2, doit-elle être interprétée en ce sens que les États membres sont autorisés à exclure une société mère ayant son siège dans un autre État membre du bénéfice des avantages fiscaux prévus à l'article 5 lorsque, au moment de la distribution des bénéfices en question, la société mère ne détient certes pas encore directement, depuis une période ininterrompue d'au moins deux ans, une participation d'au moins un quart du capital nominal de la filiale nationale mais que ce délai de conservation minimal est toutefois respecté par la suite?

2) Au cas où la première question appellerait une réponse négative: la directive précitée doit-elle être interprétée en ce sens qu'une société mère qui remplit les conditions des articles 2 et 3 de la directive peut se prévaloir directement, à l'égard de l'État membre de la filiale, de l'article 5 de la directive à l'appui de son droit à l'exemption ou au dégrèvement de la retenue à la source qui y sont prévus et, dans l'affirmative, la sauvegarde de ce droit incombe-t-elle aux juridictions nationales de l'État de la filiale? »

Dans l'affaire C-283/94 (Denkavit):

« 1) 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 (JO L 225, p. 6), et, notamment, son article 3, paragraphe 2, doit-elle être interprétée en ce sens que les États membres sont en droit d'exclure une société mère ayant son siège dans un autre État membre du bénéfice des avantages fiscaux prévus à l'article 5 lorsque, d'une part, au moment de la distribution des bénéfices en question, la société mère ne participe pas encore

directement, depuis au moins douze mois sans interruption, à au moins un quart du capital nominal de la filiale nationale et, d'autre part, la société mère s'est toutefois engagée, à l'égard des autorités fiscales compétentes de l'État membre de la filiale, à conserver sa participation dans la filiale pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans à compter de l'acquisition?

2) Au cas où la première question appellerait une réponse négative: 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 (JO L 225, p. 6), doit-elle être interprétée en ce sens qu'une société mère qui remplit les conditions des articles 2 et 3 de la directive peut se prévaloir directement, à l'égard de l'État membre de la filiale, de l'article 5 de la directive à l'appui de son droit à l'exemption ou au dégrèvement de la retenue à la source qui y sont prévus et, dans l'affirmative, la sauvegarde de ce droit appartient-elle aux juridictions nationales de l'État de la filiale?

3) Au cas où la première question appellerait une réponse négative: lorsque l'État membre de la filiale a mal transposé dans le droit national l'article 3, paragraphe 2, de la directive en ce sens que, en vertu de la législation nationale, le délai de participation minimal qui y est prévu doit déjà être écoulé avant le moment de la distribution des bénéfices devant faire l'objet de l'avantage fiscal en vertu de l'article 5 de la directive, la société mère décrite aux questions 1 et 2 a-t-elle, eu égard aux critères de l'arrêt rendu par la Cour le 19 novembre 1991 dans les affaires jointes C-6/90 et C-9/90 (Francovich e. a.), un droit à réparation, fondé sur le droit communautaire ou qui s'impose en vertu du droit communautaire, envers cet État membre pour les pertes sur les intérêts qu'elle a subies du fait qu'elle a reporté l'exécution d'une distribution de bénéfices de la filiale, décidée pendant que le délai de participation minimal national susmentionné courait, jusqu'à l'expiration de ce délai? »

Première question

26. La première question de la juridiction nationale dans les trois affaires vise à savoir si l'article 3, paragraphe 2, de la directive permet à un État membre d'appliquer une règle refusant à une société mère établie dans un autre État membre l'exemption de la retenue visée à l'article 5 de la directive, sauf si elle a détenu une participation de 25% dans la filiale concernée pendant une période donnée. Dans l'affaire C-283/94, la juridiction nationale souhaite également savoir si la situation est différente lorsque la société mère s'est engagée à conserver sa participation pendant la période requise.

27. Des observations écrites sur cette question ont été déposées par Denkavit (dans

l'affaire C-283/94) ainsi que par le Bundesamt für Finanzen, les gouvernements allemand, belge, grec, italien et néerlandais et la Commission (dans les trois affaires). A l'audience, Denkavit, les gouvernements allemand, français, grec et néerlandais, ainsi que la Commission, ont plaidé.

28. Denkavit soutient que sa thèse, selon laquelle la règle allemande est contraire à l'article 3, paragraphe 2, de la directive, est étayée par le libellé de ladite disposition, qui exclut une interprétation autorisant un État membre à refuser l'exemption de la retenue jusqu'à l'expiration du délai de participation minimal. Elle affirme que ce point de vue est compatible avec l'objectif de la directive visant à faciliter la coopération transfrontière, qui ne serait pas atteint si l'exemption pouvait être refusée pendant une période pouvant aller jusqu'à deux ans. Il est étayé également par l'exposé des motifs de la proposition de directive [7], aux termes duquel l'article 3, paragraphe 2, visait à permettre aux États membres de ne plus considérer comme mère, avec effet rétroactif, une société qui cesse de remplir les conditions requises.

29. La conception de Denkavit est appuyée par la Commission qui ajoute que l'article 3, paragraphe 2, en tant que disposition dérogatoire, est d'interprétation stricte et que la suppression rétroactive de l'exemption, lorsqu'une société mère cesse de remplir les conditions requises, n'entraînerait pas de difficultés administratives importantes. La Commission soutient en outre que la règle allemande, qui présume l'intention frauduleuse jusqu'à preuve du contraire, enfreint le principe de proportionnalité.

30. Le gouvernement allemand, dont le point de vue est partagé par le Bundesamt für Finanzen, estime que le libellé de l'article 3, paragraphe 2, est suffisamment large pour couvrir la règle allemande. Il n'y aurait donc incompatibilité avec la directive que si l'esprit et la finalité de cette dernière imposaient une interprétation plus stricte, ce qui n'est pas le cas. Le gouvernement allemand considère que l'exonération fiscale accordée par l'État de la société mère en vertu de l'article 4 de la directive doit être distinguée de l'exemption de la retenue à la source accordée par l'État de la filiale en vertu de l'article 5. Dans ce dernier cas, l'État de la filiale renonce dès le départ à la retenue à la source; il est donc indispensable qu'il soit clairement établi à ce moment que les conditions de l'exemption de la retenue à la source sont réunies. La retenue à la source est un instrument de perception d'un impôt dont le recouvrement supposerait sinon l'engagement de frais considérables. Bien qu'il soit envisageable que le droit national prévoie le recouvrement a posteriori d'un impôt auprès de la filiale ou de la société mère, cela doit être l'exception plutôt que la règle.

31. La latitude laissée aux États membres par le libellé neutre de l'article 3 peut s'expliquer, selon le gouvernement allemand, par la difficulté qu'aurait l'État de la filiale à vérifier si la société mère respecte le délai de participation minimal requis. Le gouvernement allemand reconnaît que d'autres techniques

7 — COM(69) 6 final.

pourraient être utilisées, consistant, par exemple, à ne rembourser la retenue qu'après l'expiration du délai de participation minimal ou à accorder une exemption provisoire de la retenue à la source contre fourniture d'une garantie. Le gouvernement allemand estime toutefois que ces solutions sont incompatibles avec la nature d'une exemption de retenue à la source et qu'elles ne sont de toute façon pas imposées par la directive.

32. Le gouvernement allemand est appuyé dans les présentes affaires par les gouvernements belge, français, grec, italien et néerlandais. Le gouvernement grec soutient que l'interprétation de Denkavit ne répond pas au souci de fonctionnalisme et de rationalité qui doit régir les dispositions en matière fiscale. Elle ne répond pas davantage au principe de la sécurité juridique. La dérogation a été insérée dans la directive pour refuser les avantages qu'elle prévoit aux regroupements temporaires, en les réservant aux regroupements présentant un caractère durable et stratégique. Cet objectif implique l'instauration de critères propres à assurer un certain degré de certitude et de permanence. Suivant la conception de Denkavit, il faudrait instituer des procédures administratives spéciales qui détruiraient la simplicité du système et entraîneraient des coûts disproportionnés. L'exemption conditionnelle ou proportionnelle engendrerait également l'insécurité, tant vis-à-vis des particuliers que vis-à-vis des autorités fiscales, et aurait des conséquences financières négatives pour les États membres. Le gouvernement grec ajoute que l'argument historique fondé sur les raisons avancées par la Commission pour justifier sa proposition n'a qu'une valeur limitée, étant donné que la directive a fait l'objet de négociations interminables durant plus de 25 ans.

33. Le gouvernement néerlandais observe que, bien que les règles néerlandaises permettent d'accorder immédiatement l'exemption de la retenue à la source dans certaines circonstances lorsque la filiale offre des garanties suffisantes, la directive autorise l'adoption de règles plus restrictives. Si les dispositions néerlandaises sont moins restrictives, c'est afin de créer un climat fiscal favorable aux Pays-Bas.

34. Avant d'examiner ces arguments, il peut être utile de résumer brièvement l'utilisation faite par les États membres de la faculté qui leur est accordée par le deuxième membre de phrase du deuxième tiret de l'article 3, paragraphe 2. Il apparaît que, à l'exception du Portugal (dont la législation ne réglemente pas explicitement ce point), les dix États membres qui ont utilisé cette faculté (c'est-à-dire l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas et le Portugal) exigent expressément que la période donnant droit à l'exemption — et qui, dans certains cas, a été ramenée de deux ans à un an — soit accomplie avant la distribution des dividendes [8]. Toutefois, en vertu de la législation autrichienne, la filiale ou la société mère non résidente peut demander un remboursement de la retenue une fois que le délai de participation a été respecté [9]. Par ailleurs, en vertu

8 — Article 44 d, paragraphe 2, de la loi allemande concernant l'impôt sur le revenu, précitée; article 94 a de la loi autrichienne relative à l'impôt sur le revenu; article 106, paragraphe 5, de l'arrêté royal belge du 27 août 1993; article 2, paragraphe 5, de la loi danoise du 2 août 1994 relative à l'impôt sur les sociétés; article 17, paragraphe 2, de la loi espagnole n° 29 du 16 décembre 1991 et article 46 de la loi n° 43 du 27 décembre 1995, ramenant le délai de participation de deux ans à un an; article 119 b, paragraphe 2, sous c), du code général des impôts français; article 2, paragraphe 1, du décret italien n° 136/93; article 147, paragraphe 1, de la loi luxembourgeoise relative à l'impôt sur le revenu; article 4 a de la loi néerlandaise de 1965 relative à l'impôt sur les dividendes.

9 — Article 94 a, paragraphe 2, point 2, de la loi autrichienne relative à l'impôt sur le revenu.

des dispositions néerlandaises, l'exemption de la retenue à la source peut être accordée immédiatement si la filiale constitue une garantie égale au montant de l'impôt prévu [10].

35. Bien que, dans les présentes affaires, le gouvernement néerlandais appuie la position du gouvernement allemand, il nous semble qu'il existe une différence fondamentale entre les législations néerlandaise et autrichienne, d'une part, et la règle allemande, d'autre part. Tandis que la règle allemande a pour effet d'imposer de manière définitive toute distribution faite par une filiale allemande dans la première année suivant son acquisition par une société mère non résidente, les dispositions autrichiennes et néerlandaises, bien qu'elles imposent soit une taxation provisoire pendant la période de participation requise, soit la constitution d'une garantie égale au montant de l'impôt, accordent finalement l'exemption pour cette période, pourvu que certaines conditions soient remplies. Elles ne traitent pas, comme la Commission l'a dit à l'audience, les regroupements de sociétés de manière identique, que le délai de participation soit ou non respecté.

36. Revenant dès lors à l'interprétation de l'article 3, paragraphe 2, nous estimons tout d'abord que la disposition est davantage compatible avec le point de vue de Denkavit et de la Commission qu'avec celui des gouvernements intervenants. L'article 3, paragraphe 2, accorde aux États membres la faculté « de ne pas appliquer la présente directive ... aux sociétés dans lesquelles une société d'un autre État membre ne conserve pas, pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, une telle participation ». Ces termes, et, en particulier, l'utilisation du présent (« ne conserve pas ») [11], ont pour effet d'autoriser les États membres à ne pas appliquer l'article 5 de la directive lorsque la société mère ne conserve pas sa participation pendant deux ans. Ils ne donnent pas à un État membre la faculté de refuser carrément d'accorder l'exemption pour la période initiale, même dans le cas où la société mère conserve effectivement sa participation dans la filiale pendant cette période.

37. Il existe néanmoins une certaine ambiguïté dans le libellé de l'article 3, paragraphe 2, dans la mesure où il n'établit pas clairement à quel moment un État membre devrait décider si la condition de participation est remplie. En d'autres termes, il n'est pas dit clairement si un État membre doit — ainsi que le suggèrent Denkavit et la Commission — appliquer provisoirement la directive et, s'il apparaît ultérieurement que la condition n'est pas remplie, appliquer la retenue avec effet rétroactif ou s'il peut — comme l'Autriche — appliquer provisoirement la retenue (ou, comme les Pays-Bas, exiger la constitution d'une garantie égale au montant de l'impôt) jusqu'à ce qu'il ait la preuve que la condition de participation a été remplie. Ainsi que nous l'expliquerons

10 — Article 4 b, paragraphe 1, de la loi de 1965 relative à l'impôt sur les dividendes.

11 — Voir également, par exemple, les versions linguistiques allemande (« nicht hält »), anglaise (« does not maintain »), espagnole (« no conserve »), italienne (« non conservi ») et portugaise (« não conserve »). La version danoise, qui utilise le passé du verbe « conserver » (« har besiddet »), se démarque apparemment des autres versions linguistiques.

ci-après, nous estimons qu'il convient de laisser aux États membres la liberté de choix entre ces deux possibilités.

38. Aller toutefois au-delà de cette solution, en interprétant l'article 3, paragraphe 2, contrairement à la lettre, en ce sens qu'il autorise les États membres à appliquer définitivement dans tous les cas une retenue à la source au taux normal pendant une période pouvant aller jusqu'à deux ans serait incompatible avec l'objectif de la directive. Contrairement à la thèse soutenue par les gouvernements, une telle interprétation serait susceptible d'entraver la coopération transfrontière, étant donné que l'impossibilité pour une société mère de recevoir un dividende non grevé d'une retenue à la source d'une filiale nouvellement acquise pendant un délai pouvant aller jusqu'à deux ans constitue un désavantage dont il faudrait tenir compte dans le cadre d'une éventuelle opération de restructuration ou de regroupement. Ainsi que le montre le cas de Denkavit, l'obligation de prélever la retenue à la source incite à reporter le paiement d'un dividende jusqu'à l'expiration du délai donnant droit à l'exemption. Il peut toutefois s'avérer nécessaire qu'une société mère reçoive une distribution immédiate de sa filiale afin de financer un emprunt ou de rémunérer correctement le capital souscrit à l'occasion de l'acquisition de la filiale. La retenue provisoire à la source ou l'obligation de constituer une caution constituent des obstacles moins sérieux puisqu'une distribution de bénéfices peut toujours être effectuée en sachant que l'exemption de la retenue à la source sera finalement accordée, pourvu que la condition de participation soit remplie.

39. L'interprétation proposée par les gouvernements intervenants est, en outre, disproportionnée par rapport au but poursuivi par l'article 3, paragraphe 2, qui est d'éviter que des sociétés puissent prétendre aux avantages de la directive pour des acquisitions à court terme ne répondant pas aux objectifs de la directive. Ainsi que le montrent les dispositions autrichiennes et néerlandaises, ce but peut être atteint par des mesures moins contraignantes, telle l'obligation de procéder à une retenue provisoire à la source pendant le délai minimal de participation requis ou de constituer d'une garantie égale au montant de l'impôt.

40. Nous ne sommes pas convaincu par l'argument des gouvernements fondé sur la nature de la retenue ou les difficultés administratives qu'entraînerait l'application de règles moins restrictives. Nous admettons l'argument du gouvernement allemand selon lequel une des caractéristiques essentielles d'une retenue à la source est de permettre une gestion et un recouvrement simplifiés de l'impôt, en particulier dans le cas des paiements transfrontières. Mais, bien que cela puisse justifier une perception provisoire de l'impôt jusqu'à ce que la société mère fournisse la preuve qu'elle a respecté le délai de participation requis, nous ne pensons pas qu'il soit inhérent à la nature d'une retenue à la source qu'il ne puisse jamais y avoir de remboursement de l'impôt lorsque la retenue à la source excède la dette du bénéficiaire. Le remboursement d'impôts retenus à la source sur diverses catégories de revenus n'est pas rare, que ce soit dans un cadre national ou transfrontière.

41. Il peut s'avérer que, dans le cas de paiements de dividendes transfrontières, les deux fonctions d'une retenue à la source coïncident normalement: la retenue à la source correspond à la dette fiscale du bénéficiaire non résident dans l'État de la société distributrice tout en servant d'instrument de perception de l'impôt. En conséquence, le montant perçu est normalement le montant dû en définitive, de sorte que la question du remboursement ne se pose pas. Mais, en réalité, une société qui remplit la condition de participation prévue par l'article 3, paragraphe 2, de la directive n'est pas redevable de l'impôt. Dans ces circonstances, la retenue à la source ne peut servir que de moyen de perception provisoire. L'imposition définitive d'une retenue à la source n'est justifiée qu'à l'égard de sociétés qui sont redevables de l'impôt parce qu'elles ne remplissent pas la condition de participation requise.

42. Nous ne pensons pas que les autorités fiscales auraient à supporter une charge intolérable si elles étaient obligées de rembourser le trop-perçu d'impôt aux sociétés mères qui apportent la preuve du respect de l'exigence de participation. Le contrôle des affaires des contribuables et l'application des ajustements nécessaires font partie des tâches quotidiennes des autorités fiscales et il paraît peu probable qu'une telle obligation augmenterait beaucoup leur charge de travail. Questionnés spécialement sur ce point à l'audience, les gouvernements n'ont pas pu relever de difficultés significatives et le gouvernement allemand a même reconnu que le remboursement de l'impôt serait techniquement possible. Les règles autrichiennes étayent une fois de plus ce point de vue puisqu'elles permettent le remboursement de l'impôt sur demande dûment introduite par le contribuable. Par ailleurs, d'autres solutions n'impliquant pas un véritable remboursement de l'impôt, telle la fourniture de garanties bancaires, sont possibles.

43. Nous ne souscrivons pas à l'argument du gouvernement grec, selon lequel le refus de rembourser la retenue perçue pendant les deux premières années de l'acquisition est justifié par le besoin de sécurité juridique des autorités fiscales et des contribuables. Ainsi que le suggère la Commission, il convient de présumer qu'une distribution effectuée par une filiale à sa société mère est couverte par la directive et exemptée d'impôt. Il appartient aux États membres, au besoin, de prévoir leurs budgets en conséquence. Quant au contribuable, nous ne voyons pas comment on peut soutenir sérieusement que le remboursement de l'impôt après l'accomplissement de la période de participation porte atteinte, en ce qui le concerne, au principe de la sécurité juridique.

44. On peut même douter que les États membres puissent justifier la taxation provisoire ou l'exigence de garanties égales au montant de l'impôt. L'exemption provisoire pourrait être le mode de mise en œuvre approprié. Nous ne sommes pas totalement convaincu par l'argument selon lequel il n'est pas possible d'accorder l'exemption provisoire parce que les États membres pourraient rencontrer des difficultés lors du recouvrement a posteriori de l'impôt auprès de filiales établies sur leur territoire. Il serait loisible aux États membres de prévoir que les filiales sont redevables conjointement de l'impôt. A notre avis, il ne serait pas plus difficile de recouvrer la retenue auprès d'une filiale résidente que de recouvrer d'autres impôts sur

les revenus et plus-values auprès de contribuables résidents. De surcroît, même dans l'éventualité d'une liquidation, les autorités fiscales disposent, dans certains cas, de créances privilégiées.

45. Il est également difficile de concilier cet argument avec la prémisse qui sous-tend la directive « fusions » [12]. Cette dernière prévoit que les États membres reportent l'imposition des plus-values afférentes aux biens apportés en ce qui concerne, notamment, les fusions, scissions et apports d'actifs intéressant des sociétés de deux ou plusieurs États membres. La directive est fondée explicitement sur la supposition que les intérêts financiers des États membres peuvent être sauvegardés malgré le report de l'imposition parce que les opérations en question ont normalement pour résultat soit la transformation de la société apporteuse en établissement stable, situé sur le territoire de l'État de la société apporteuse, de la société bénéficiaire de l'apport, soit le rattachement des actifs à un établissement stable de cette dernière société [13]. En d'autres termes, l'État de la société apporteuse peut accorder un report d'imposition en sachant que les actifs, bien qu'apportés à une société résidant dans un autre État membre, continueront à être rattachés à un établissement stable de cette société sur son territoire, ce qui lui permet d'imposer ces actifs au moment de leur réalisation par cette société. Ainsi, en marquant leur accord sur l'adoption de cette directive, les États membres ont de toute évidence considéré que le risque que l'impôt reporté ne puisse être recouvré auprès de l'établissement stable d'une société bénéficiaire non résidente était un risque acceptable; à notre avis, le risque de perte de revenus résultant d'un report d'imposition dans ces circonstances est bien plus grand que dans le présent contexte.

46. Nous acceptons néanmoins la thèse générale des gouvernements selon laquelle les États membres doivent avoir une certaine latitude pour adopter des solutions fondées sur l'article 3, paragraphe 2, qui soient praticables et aussi efficaces dans les préventions des abus. En particulier, ainsi que le gouvernement néerlandais l'a suggéré à l'audience, le recouvrement de l'impôt pourrait s'avérer difficile dans le cas d'un arrangement spécialement imaginé pour abuser des avantages conférés par la directive. Pour cette raison — et compte tenu de l'ambiguïté évoquée ci-dessus du libellé de l'article 3, paragraphe 2 — nous ne partageons pas le point de vue de Denkavit et de la Commission, selon lequel il conviendrait d'interpréter l'article 3, paragraphe 2, en ce sens que les États membres doivent accorder immédiatement une exemption, les obligeant ainsi à tenter d'appliquer la retenue avec effet rétroactif lorsqu'il apparaît que l'exigence de participation n'a pas été respectée. Ainsi que nous l'avons déjà expliqué, l'application provisoire de la retenue à la source, bien qu'elle entrave les regroupements transfrontières, est susceptible de créer un obstacle beaucoup moins important que la règle allemande en cause en l'espèce. Il nous semble dès lors qu'un État membre devrait être libre, s'il l'estime nécessaire, d'effectuer provisoirement une retenue à la source jusqu'à ce qu'il puisse être raisonnablement assuré du respect de l'exigence de participation ou d'exiger la constitution d'une garantie égale au montant de l'impôt, pourvu qu'il n'applique pas ses règles de manière arbitraire. Conformément au principe de l'égalité de traitement des demandes

12 — Citée à la note 3.

13 — Voir, en particulier, les cinquième et sixième considérants du préambule.

fondées sur le droit communautaire, les intérêts devraient être payés sur le remboursement de toute retenue à la source aux mêmes conditions que celles applicables aux remboursements d'impôt en vertu de la législation nationale.

47. En conséquence, nous estimons qu'il convient de répondre à la première question posée par la juridiction nationale dans les trois affaires qu'un État membre n'est pas en droit d'exclure une société mère ayant son siège dans un autre État membre du bénéfice de l'exemption de la retenue à la source prévue à l'article 5 de la directive lorsque, au moment de la distribution, le délai de participation minimal n'est pas encore écoulé. Il peut toutefois procéder à une taxation provisoire ou exiger la constitution d'une garantie égale au montant de l'impôt jusqu'à ce qu'il obtienne la preuve que le délai de participation minimal a été respecté. Il n'est pas obligé d'accorder une exemption immédiate lorsque la société mère s'engage à respecter le délai de participation minimal.

Deuxième question

48. Par sa deuxième question, qui est formulée de manière identique dans les trois affaires, la juridiction nationale cherche à savoir si l'article 5 de la directive a un effet direct et si une société mère peut se prévaloir de cette disposition devant les juridictions de l'État de la filiale.

49. Denkavit et la Commission proposent de répondre à cette question par l'affirmative. Denkavit observe que, nonobstant l'article 3, paragraphe 2, il est possible de déterminer des droits minimaux conférés par la directive. La Commission estime que la réponse de la Cour devrait être suffisamment large pour tenir compte de la situation de la filiale.

50. Le Bundesamt et les gouvernements n'ont pas présenté d'observations sur la deuxième question.

51. Nous partageons le point de vue de Denkavit selon lequel le libellé de l'article 5 est à la fois inconditionnel et suffisamment précis. En outre, comme l'observe Denkavit, il est constant que la circonstance qu'une certaine marge d'appréciation est laissée aux États membres n'exclut pas l'effet direct d'une disposition d'une directive si l'on peut déterminer des droits minimaux [14]. A notre avis, les possibilités de choix accordées aux États membres par les articles 1^er^, paragraphe 2, 3, paragraphe 2, et 5, paragraphes 2 à 4, de la directive n'excluent pas que l'on puisse déterminer les droits minimaux conférés par l'article 5. Nonobstant le deuxième tiret de l'article 3, paragraphe 2, et l'article 5, paragraphe 3, la directive confère à une société mère recevant des dividendes d'une filiale allemande le droit minimal de ne pas être

14 — Voir, par exemple, l'arrêt du 14 juillet 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. p. I-3325, point 17).

obligée de payer une retenue à la source de plus de 5%, pourvu qu'elle conserve sa participation dans la filiale pendant une période minimale ne pouvant être supérieure à deux ans.

52. Nous ne pensons pas, par ailleurs, que l'effet direct de l'article 5 soit annulé par l'article 1er, paragraphe 2, aux termes duquel la directive « ne fait pas obstacle à l'application de dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires afin d'éviter les fraudes et abus ». Il nous semble que les limites du pouvoir conféré aux États membres par cette disposition peuvent faire l'objet d'une détermination judiciaire; la thèse contraire nuirait gravement à l'effet utile de la directive. L'article 1er, paragraphe 2, n'a de toute façon pas été invoqué directement dans les présentes affaires.

53. Les procédures de recouvrement de l'impôt sur la base de la directive relèvent toutefois du droit national. Sous réserve de l'exigence primordiale de la protection effective des droits fondés sur le droit communautaire, il appartient donc au droit national de déterminer les procédures suivant lesquelles une société mère devrait exercer ses droits en vertu de la directive. Dans le cadre de telles procédures, une société mère peut se prévaloir de l'article 5 de la directive devant les juridictions de l'État de la filiale.

Troisième question

54. Par cette troisième question posée dans l'affaire C-283/94, la juridiction nationale demande si, à supposer que la règle nationale litigieuse soit contraire à l'article 3, paragraphe 2, de la directive, une société mère qui a reporté la distribution de bénéfices jusqu'à l'expiration du délai de participation a un droit à réparation à l'encontre de l'État de la filiale pour les pertes d'intérêts, en application des critères posés par l'arrêt Francovich e. a.

55. Denkavit soutient que les conditions exigées par la Cour dans l'arrêt Francovich e. a. sont réunies: le résultat prescrit par l'article 5, paragraphe 3, de la directive comporte l'attribution de droits aux particuliers; le contenu de ces droits peut être identifié sur la base des dispositions de la directive; il existe un lien de causalité entre l'infraction et les pertes d'intérêts.

56. La Commission observe que l'obligation de réparer le dommage énoncée par la Cour dans l'arrêt Francovich e. a. a un caractère subsidiaire par rapport aux voies de recours principales dont disposent les particuliers lorsqu'une directive a été mal transposée. Si la disposition en cause est d'effet direct, la question d'une réparation sous forme de dommages-intérêts ne se pose plus.

57. Le Bundesamt fait principalement valoir que l'action devant la juridiction nationale n'est pas une action en dommages-intérêts et que la question posée par la juridiction nationale est dès lors dépourvue de pertinence pour la solution du litige.

58. Le Bundesamt observe en outre que, contrairement à la situation qui se présentait dans l'affaire Francovich e. a. , la République fédérale d'Allemagne a transposé la directive; de plus, les règles allemandes, dans l'hypothèse où elles seraient illégales, ne comportent pas de violation manifeste du droit communautaire.

59. Le gouvernement allemand n'a pas présenté d'observations sur la troisième question. Il demande toutefois comment il se peut que Denkavit ait subi une perte puisque sa filiale allemande avait la possibilité de placer les fonds qu'elle retenait.

60. Contrairement au Bundesamt, nous ne pensons pas que l'on puisse conclure que la question posée par la juridiction nationale est dépourvue de pertinence pour le litige en instance devant le Finanzgericht. Selon la jurisprudence constante de la Cour, le rejet d'une demande formée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît, de manière manifeste, que la demande n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige principal [15]. L'ordonnance de renvoi indique que le Bundesamt ayant modifié sa décision en cours d'instance, Denkavit a limité son action à la période antérieure au 15 juillet 1993 et abandonné ses conclusions initiales pour présenter des conclusions visant à faire constater par le Finanzgericht que la décision du Bundesamt était entachée d'illégalité. Son but déclaré en cherchant à obtenir une telle constatation était de demander, sur cette base, une indemnisation dans une procédure séparée devant d'autres juridictions allemandes. Questionnée par la Cour à l'audience, Denkavit a expliqué que, selon les règles procédurales allemandes pertinentes, elle ne pouvait obtenir une telle constatation du Finanzgericht que si elle y avait un intérêt légitime; la troisième question du Finanzgericht devait être comprise en ce sens. Dès lors, bien que Denkavit ne demande pas une indemnisation dans la procédure devant de Finanzgericht, on ne saurait conclure que la question posée par ce dernier n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige principal. Nous souhaitons ajouter qu'il n'appartient pas à la Cour de rechercher si, en vertu des dispositions allemandes réglant la procédure et l'organisation judiciaire, Denkavit avait le droit de modifier ses conclusions en vue d'obtenir la constatation en question dans la procédure devant le Finanzgericht [16].

61. Nous partageons en revanche le point de vue du Bundesamt selon lequel le droit communautaire n'oblige pas la République fédérale d'Allemagne à indemniser Denkavit pour toute perte ou tout dommage qu'elle peut avoir subi à cause de la transposition

15 — Voir, tout récemment, l'arrêt du 18 janvier 1996, SEIM (C-446/93, Rec. p. I-73, point 28).

16 — Voir, par exemple, l'arrêt du 20 octobre 1993, Balocchi (C-10/92, Rec. p. I-5105, points 16 et 17).

défectueuse de la directive. Ainsi que la Cour l'a déclaré dans les arrêts Francovich e. a. [17] et Brasserie du pêcheur et Factortame [18], les conditions dans lesquelles il incombe à un État de réparer la perte ou le préjudice causés dépendent de la nature de la violation. Dans son récent arrêt British Telecommunications [19], la Cour a énoncé les principes gouvernant la responsabilité de l'État en matière de dommages dans l'hypothèse où un État membre avait cherché à transposer une directive en droit national mais l'avait fait incorrectement. La Cour a déclaré que, compte tenu du pouvoir d'appréciation dont disposent les États membres lorsqu'ils exercent leur activité normative en vue de transposer une directive, un État membre n'est responsable de dommages causés par une mauvaise transposition que si les conditions restrictives énoncées dans l'arrêt Brasserie du pêcheur et Factortame sont réunies, et, notamment, si la violation est suffisamment caractérisée. Une violation est suffisamment caractérisée lorsqu'un État membre, dans l'exercice de son pouvoir normatif, a méconnu, de manière manifeste et grave, les limites qui s'imposent à l'exercice de ses pouvoirs.

62. Dans l'arrêt British Telecommunications, la Cour, tout en reconnaissant qu'il appartient, en principe, aux juridictions nationales de vérifier si les conditions pertinentes sont réunies, a considéré qu'elle disposait de tous les éléments nécessaires pour apprécier elle-même les faits de l'espèce. Parmi les éléments à prendre en considération figurait le degré de clarté et de précision de la règle violée. La disposition concernée supportait raisonnablement l'interprétation, bien que différente de celle de la Cour, qu'en avait donnée, de bonne foi, le Royaume-Uni. Cette interprétation était partagée par d'autres États membres et n'était pas manifestement contraire au texte de la directive ni à son objectif. En outre, le Royaume-Uni ne disposait d'aucune indication résultant de la jurisprudence de la Cour ou d'une quelconque prise de position de la Commission. La Cour a conclu que, dans ces circonstances, les conditions de la responsabilité du Royaume-Uni pour les dommages causés n'étaient pas réunies.

63. A notre avis, la même conclusion vaut en l'espèce. La Cour est en mesure de vérifier elle-même si les conditions pertinentes sont réunies. Bien que nous ayons suggéré qu'il n'y a pas lieu d'adopter l'interprétation de l'article 3, paragraphe 2, de la directive proposée par la République fédérale d'Allemagne, nous ne pensons pas que cette interprétation puisse être qualifiée de manifestement contraire au texte et à l'objectif de la directive. Elle est partagée par un certain nombre d'autres États membres. En outre, il n'existe pas à ce jour de jurisprudence relative à la directive.

64. En conséquence, nous ne pensons pas que le droit communautaire confère à Denkavit un droit à indemnisation pour les pertes qu'elle peut avoir subies du fait du report de la distribution par sa filiale. La situation ne serait différente que si le droit national conférait un tel droit dans des circonstances comparables.

17 — Précité à la note 2, point 38.

18 — Arrêt du 5 mars 1996 (C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029, point 38).

19 — Arrêt du 26 mars 1996 (C-392/93, Rec. p. I-1631).

Conclusion

65. Nous estimons dès lors qu'il convient de répondre comme suit aux questions posées à la Cour par le Finanzgericht Köln dans les affaires jointes C-283/94, C-291/94 et C-292/94.

« 1) L'article 3, 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, n'autorise pas les États membres à exclure une société mère du bénéfice de l'exemption de la retenue à la source sur les bénéfices distribués par sa filiale, accordée par l'article 5 de la directive, lorsque, au moment de la distribution, le délai de participation minimal visé au deuxième tiret de l'article 3, paragraphe 2, n'est pas encore écoulé. Les États membres peuvent toutefois effectuer une retenue à la source provisoire ou exiger la constitution d'une garantie égale au montant de l'impôt jusqu'à ce que la société mère apporte la preuve que le délai de participation minimal a été respecté. Les États membres ne sont pas tenus d'accorder l'exemption immédiate de la retenue à la source à une société qui s'engage à rester en possession de ses parts jusqu'à l'expiration du délai de participation minimal.

2) Une société mère peut se prévaloir directement de l'article 5 de la directive 90/435 à l'encontre des autorités de l'État membre de la filiale devant les juridictions de cet État, conformément aux procédures prévues par cet État.

3) Le droit communautaire ne confère pas à une société mère un droit à réparation dans des circonstances telles que celles de l'espèce pour les pertes d'intérêts qu'elle peut avoir subies du fait du report de la distribution de bénéfices. »