

Affaire C-257/20**Demande de décision préjudicielle****Date de dépôt :**

9 juin 2020

Jurisdiction de renvoi :

Varhoven administrativen sad (Bulgarie)

Date de la décision de renvoi :

4 mai 2020

Partie requérante :

« Viva Telecom Bulgaria » EOOD

Partie défenderesse :

Direktor na Direktsia « Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika » - Sofia

L'affaire résulte d'un pourvoi en cassation formé par « Viva Telecom Bulgaria » OOD dans lequel cette société demande l'annulation du jugement [omissis] du 29 mars 2019 [omissis] de l'Administrativen sad – Sofia grad [tribunal administratif de la ville de Sofia] rejetant le recours contre le redressement fiscal [omissis] du 16 octobre 2017 de la Teritorialna direktsia na Natsionalna agentsia za prihodite – Sofia [direction territoriale de l'agence nationale des recettes publiques - Sofia] comme étant illégal.

[omissis] Dans le cadre de l'examen sur le fond, [omissis] la Varhoven administrativen sad [Cour administrative suprême] considère que pour statuer à bon droit dans ce litige, il est nécessaire d'interpréter des dispositions du droit de l'UE [.] [omissis] **[Or. 2]** [omissis]

Parties au litige :

1. Partie requérante au pourvoi – « Viva Telecom Bulgaria » EOOD ayant son siège et son adresse de gestion à Sofia [omissis].

2. Partie défenderesse au pourvoi – Direktor na Direktsia « Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika » – Sofia [directeur de la direction « Recours et pratique en matière de fiscalité et de sécurité sociale »].
3. Varhovna administrativna prokuratura na Republika Balgaria [parquet administratif suprême de la République de Bulgarie].

Objet du litige :

4. La procédure enrôlée devant la Varhoven administrativen sad [Cour administrative suprême] est un pourvoi dont l'objet est l'illégalité du jugement [omissis] du 29 mars 2019 [omissis] de l'administrativen sad – Sofia grad [tribunal administratif de la ville de Sofia] rejetant la requête contre le redressement fiscal [omissis] du 16 octobre 2017 de la teritorialna direktsia na natsionalna agentsia za prihodite - Sofia. Dans le redressement fiscal [omissis], est imposée l'obligation, au titre de l'article 195 de la zakon za korporativnoto podohodno oblagane [loi sur l'imposition des revenus des personnes morales, ci-après « ZKPO »] pour la période comprise entre le 14 février 2014 et le 31 mars 2015, d'acquitter un impôt à la source de 1 831 926,74 BGN et 544 079,86 BGN [au titre des intérêts] concernant certains revenus d'intérêts versés à une personnes non résidente – « InterV Investment » Sàrl – personne morale ayant son siège et son adresse à Luxembourg, enregistrée au registre des sociétés commerciales au Luxembourg, unique détentrice du capital de « Viva Telecom Bulgaria » EOOD [société unipersonnelle à responsabilité limitée] jusqu'au 5 octobre 2017 et du 13 décembre 2019 jusqu'à aujourd'hui. Le 5 octobre 2017, « Viva Telecom Bulgaria » EOOD a été transformée en société à responsabilité limitée avec un capital libéré de 251 805 616 BGN et comme associés, « InterV Investment », Sàrl avec 211 465 616 BGN de part de capital et « Balgarska telekomunikatsionna kompania » EAD avec 40 340 000 BGN de part de capital.
6. Le 22 novembre 2013, entre l'associé unique, en tant que prêteur, et « Viva Telecom Bulgaria » EAD [société anonyme unipersonnelle], en tant que débiteur (l'emprunteur, dans le contrat), une convention été conclue concernant un prêt convertible d'un montant de 145 700 910,32 euros, soit 284 966 211 BGN. La convention prévoyait [Or. 3] la destination de la somme empruntée – le remboursement des obligations au titre d'une convention de financement auprès d'une banque écossaise, le paiement d'un impôt retenu à la source et des frais d'opérations, le remboursement du crédit et des intérêts concernant une convention de crédit du 20 décembre 2012 conclue avec « Bramak » EOOD, le remboursement du crédit et les intérêts concernant une convention de crédit du 8 août 2013 conclue avec « BTK NET » EOOD. Au point 3 de la convention, il est convenu que le prêt soit accordé sans intérêt et avec une date d'échéance dans 60 ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la convention, à savoir le 22 novembre 2013. Au point 4.2 de la convention, il est convenu que l'obligation de rembourser le prêt qui incombe à l'emprunteur tombe à tout moment après la date d'octroi du financement, sur la base d'une décision de l'emprunteur visant à réaliser un apport en nature du montant dû du prêt à son capital dans le respect des

conditions visées point 5 de la convention. Les conditions sont que l'emprunteur doit aviser de son intention d'apporter le prêt en tant qu'apport en nature au capital et notifier au prêteur un avis concernant l'apport ; dans un délai de 25 jours, le prêteur prend la décision de déposer une demande au registre du commerce concernant la nomination d'experts pour évaluer le prêt, annexe [à cette demande] les documents selon lesquels le prêt est inscrit dans la comptabilité en tant que créance du prêteur et en tant que passif de l'emprunteur ; après la réalisation de l'évaluation, le prêteur en tant qu'actionnaire unique de l'emprunteur prend la décision d'augmenter le capital enregistré de l'emprunteur moyennant l'émission de nouvelles actions conformément à l'évaluation, d'inscrire au capital l'intégralité de l'émission de nouvelles actions et de modifier l'acte constitutif de l'emprunteur, les décisions sont inscrites au registre du commerce.

7. Après la conclusion de la convention, l'emprunteur (société anonyme unipersonnelle) a été radié le 14 février 2014 et le registre du commerce a inscrit « Viva Telecom Bulgaria » EOOD – successeur moyennant la transformation réalisée à cette date. Le 24 juin 2019, « InterV Investment » Sàrl et « Viva Telecom (Luxembourg) » SA sont inscrites au registre du commerce en tant que personnes morales exerçant un contrôle direct sur la société « Viva Telecom Bulgaria » EOOD. En tant que personnes morales exerçant un contrôle indirect sur la société sont inscrites « Viva Edge Telecom Limited » – Chypre, « Arimany Limited » – Chypre et « Fannemel Limited » – Chypre. En tant que détenteur effectif, personne physique, est inscrit Spas Rusev, résidant en Bulgarie, qui détient indirectement 46 % des actions et des droits de vote de « Viva Telecom (Luxembourg) SA », laquelle détient indirectement 100 % des parts de « Viva Telecom Bulgaria » EOOD au 24 juin 2019.
8. La procédure d'apport de la créance [Or. 4] issue du prêt n'avait pas encore eu lieu lorsque le contrôle fiscal s'est achevé. Après le contrôle fiscal, un redressement fiscal a été émis dans lequel les services fiscaux ont constaté que l'emprunteur n'avait pas honoré des échéances du prêt et n'avait pas payé d'intérêts.
9. Sur la base de l'article 16, paragraphe 1, ZKPO, les services fiscaux ont constaté l'existence d'une opération conduisant à une évasion fiscale et dans cette hypothèse la base d'imposition est établie sans prendre en considération ces opérations [ou] certaines de leurs conditions, mais est prise en considération la base d'imposition qui aurait été obtenue si une opération habituelle de ce type avait été réalisée conformément aux prix du marché et visant à atteindre le même résultat économique. Conformément à l'article 16, paragraphe 2, point 3, ZKPO, on entend également par évasion fiscale le fait de recevoir ou de fournir des prêts à des taux d'intérêts se distinguant des taux du marché au moment de la conclusion de l'opération, y compris en cas de prêts sans intérêts.
10. Dans la procédure de contrôle fiscal, l'expertise a établi le taux d'intérêt du marché pour l'emprunt à 5,723 % et a établi pour 2014 des intérêts non payés

s'élevant à 14 297 964,80 BGN et, pour 2015, des intérêts non payés au prêteur jusqu'au 31 mars 2015 correspondaient à un montant de 4 021 302,80 BGN. Sur la base des articles 195, 16, paragraphes 1 et 2, point 3 et de l'article 200, paragraphe 2, de l'article 200a, paragraphes 1 et 5, point 4, ZPKO, pour 2014, a été établi un impôt à la source de 10 % sur les intérêts non payés, soit 1 429 786,48 BGN plus 443 472,94 BGN d'intérêts. Pour 2015, jusqu'au 31 mars 2015, sur la base de l'article 195, paragraphes 1 et 11, point 4 et de l'article 200, paragraphe 2, ZKPO, a été établie un impôt à la source de 402 130,26 BGN plus 100 606,92 BGN d'intérêts. Sur la base de l'article 195, paragraphe 2, ZKPO, la retenue de l'impôt à la source est opérée par les personnes morales résidentes versant les revenus aux personnes morales non résidentes.

11. Le recours administratif contre le redressement fiscal a été rejeté. Par jugement [omissis], du 29 mars 2019 [omissis], l'administrativen sad – Sofia grad [tribunal administratif de la ville de Sofia] a rejeté le recours contre le redressement fiscal. La juridiction a considéré que le prêt accordé était un actif financier de « Viva Telecom Bulgaria » OOD – pour la société, il y a un bénéfice économique grâce au non-paiement d'intérêts sur le prêt et pour le prêteur, il y a une perte économique à cause de la non perception d'intérêts sur le prêt. La juridiction a rejeté les arguments de la société selon lesquels l'emprunteur ayant eu au cours des deux ans un résultat financier négatif, la perte ne donne pas lieu à une retenue d'impôt à la source payable par l'emprunteur. Dans la mesure où le prêt n'a pas été transformé en capital au titre du point 4.2 de la convention, sur la base de l'article 16, paragraphes 1 et 2, point 3, ZKPO, les services fiscaux ont établi les taux d'intérêts du marché concernant le prêt et, à partir de leur montant, ont établi **[Or. 5]** un impôt à la source que la société devait verser dans le délai imparti à l'article 202 ZKPO. Selon la juridiction, les montants empruntés ont été utilisés pour rembourser les obligations de l'emprunteur énoncées dans la convention et ne sont pas un élément de capital propre.
12. D'après l'expertise comptable, le prêt est inscrit au compte en tant que prêt de longue durée à une personne apparentée. La situation financière de « Viva Telecom Bulgaria » EOOD ne lui permettait pas de payer les intérêts fixés dans le redressement fiscal au prêteur. Les revenus de la société au cours de la période allant de novembre 2013 à octobre 2014 ne lui permettaient pas d'acquitter les obligations de son emprunt liées à acquisition des actions de « Balgarska telekomunikatsionna kompania » EAD ni d'autres obligations résultant de ses emprunts, acquittées par le prêt litigieux. Pour 2014, le résultat financier d'« InterV Investment » Sàrl, y compris la liquidation de revenus d'intérêts non perçus effectuée dans le redressement fiscal, montre 13 262 587,69 BGN de pertes, et pour 2015 7 545 335,59 BGN de pertes. Les calculs comprennent des intérêts payés pour un crédit relai et des frais y afférents, utilisé par le prêteur pour l'octroi du prêt litigieux du 22 novembre 2013.
13. Au cours de la procédure en première instance, le 13 décembre 2019 un changement de propriété et de forme juridique de la société en société unipersonnelle à responsabilité limitée, avec « InterV Investment » Sàrl comme

seul détenteur du capital, a été inscrit au registre du commerce. Le 31 octobre 2018, tandis que le capital libéré de la société faisant l'objet du contrôle fiscal était de 251 806 616 BGN, un apport en nature – la créance de l'associé « InterV Investment » Sàrl sur « Viva Telecom Bulgaria » OOD d'une valeur de 284 966 211 BGN, c'est-à-dire la valeur du prêt litigieux, a été inscrit au registre du commerce. Il est clair au regard des statuts de la société « Viva Telecom Bulgaria » OOD, modifiés par la décision de l'assemblée générale des associés du 19 août 2018, qu'en vertu de l'article 14, paragraphe 3, chaque associé a une part des biens de la société dont le montant n'est pas égal à sa part du capital, mais est conforme à la juste valeur des apports respectifs, à savoir : « InterV Investment » Sàrl a une part des biens de la société égale à la part du capital d'un montant de 221 340 986 BGN alors que l'associé « BTK » EOOD a une part des biens de la société égale à la part du capital d'un montant de 30 465 630 BGN. Conformément à l'article 10 [omissis] des statuts « InterV Investment » Sàrl est un associé de la société détenant 211 466 616 parts du capital de la société, et « Balgarska telekomunikatsionna kompania » EAD est un associé de la société détenant 40 340 000 parts du capital de la société.

14. Le litige entre les parties porte sur la comptabilisation [Or. 6] du prêt et son caractère, à savoir s'il s'agit d'un passif financier ou d'un instrument de capital propre.

Dispositions applicables

Législation nationale

15. Zakon za korporativnoto podohodno oblagane (loi sur l'imposition des revenus des personnes morales [...])

Chapitre quatre « Prévention de l'évasion fiscale »

« Évasion fiscale

Article 16

1. (Modifié – Journal officiel [bulgare] n° 95/2009, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2010) Lorsqu'une ou plusieurs opérations, y compris entre personnes non apparentées, sont conclues à des conditions dont la réalisation donne lieu à évasion fiscale, la base d'imposition est établie sans prendre en considération ces opérations, certaines de leurs conditions ou leur forme juridique, mais est prise en considération la base d'imposition qui aurait été obtenue si une opération habituelle de ce type avait été réalisée conformément aux prix du marché et visant à atteindre le même résultat économique, mais sans donner lieu à évasion fiscale.

(2) On entend également par évasion fiscale :

[...]

3. l'obtention ou l'octroi de crédits à un taux d'intérêts s'écartant du taux du marché au moment de la conclusion de l'opération, y compris lorsqu'il s'agit de prêts sans intérêt ou d'une autre aide financière gratuite temporaire ainsi que l'annulation de crédits ou le remboursement pour son compte de crédits non liés à l'activité ; »

16. Troisième partie « Impôt retenu à la source », chapitre vingt-trois « Objets de l'imposition »

« Impôt retenu sur des revenus de personnes non résidentes

Article 195

1. (Ajouté - journal officiel [bulgare] n° 94/2010, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2011) Les revenus que les personnes morales non résidentes tirent de sources nationales [...] sont soumis à un impôt à la source définitif.

(2) L'impôt à la source prévu au paragraphe 1 est retenu par les personnes morales résidentes, [...] versant les revenus aux personnes morales non résidentes [...].
[Or. 7]

[...]

(6) Ne sont pas soumis à l'impôt à la source :

[...]

3. (Nouveau – journal officiel [bulgare] n° 105/2014, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2015) les revenus tirés des intérêts, des rémunérations de droits d'auteur et de licences, dans les conditions visées aux paragraphes 7 à 12 ;

[...]

7. (Nouveau – journal officiel [bulgare] n° 105/2014, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2015) Les revenus tirés des intérêts, des rémunérations de droits d'auteur et de licences ne sont pas soumis à un impôt à la source lorsque les conditions suivantes sont remplies simultanément :

[...]

11. (nouveau – journal officiel [bulgare] n° 105/2014, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2015) les paragraphes 7, 8, 9 et 10 ne s'appliquent pas aux :

1. revenus qui représentent une distribution de bénéfices ou un remboursement de capital ;

[...]

4. revenus de créances résultant d'une dette pour lesquelles aucune clause ne prévoit le remboursement du principal ou pour lesquelles le remboursement est dû plus de 50 ans après la date d'émission de la dette ;

[...]

7. revenus d'opérations dont le principal motif ou l'un des principaux motifs est l'évasion fiscale ou l'élimination de l'imposition. »

Chapitre vingt-quatre « Base d'imposition »

« Base d'imposition de l'impôt retenu à la source sur les revenus de personnes non résidentes

Article 199

1. La base d'imposition permettant de déterminer l'impôt retenu à la source concernant les revenus visés à l'article 195, paragraphe 1 correspond au montant brut de ces revenus, [...]. »

17. Chapitre vingt-cinq « Taux d'imposition »

« Taux d'imposition

Article 200

[...]

2. (Complété, journal officiel [bulgare] n° 94/2010, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2011) **[Or. 8]** Le taux d'imposition de l'impôt sur le revenu visé à l'article 195 est de 10 pour cent, à l'exception des cas visés à l'article 200a ».

« Article 200

[...]

2. ([omissis], modifié, journal officiel [bulgare] n° 105/2014, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2015) Le taux d'imposition de l'impôt sur le revenu visé à l'article 195 est de 10 pour cent ».

« Article 200a (nouveau, journal officiel [bulgare] n° 94/2010, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2011, modifié et complété – journal officiel [bulgare] n° 100/2013, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2014)

1. Le taux d'imposition de l'impôt sur le revenu des intérêts, des rémunérations de droits d'auteur et de licences est de 5 pour cent, lorsque les conditions suivantes sont remplies simultanément ;

[...]

5. Les paragraphes 1 à 4 ne s'appliquent pas aux :

1. revenus qui représentent une distribution de bénéfices ou un remboursement de capital ;
2. revenus de créances résultant d'une dette qui donnent droit à participation aux bénéfices du débiteur ;
3. revenus de créances résultant d'une dette qui habilite le créancier à échanger son droit aux intérêts contre un droit de participation aux bénéfices du débiteur ;
4. revenus de créances résultant d'une dette pour lesquelles aucune clause ne prévoit le remboursement du principal ou pour lesquelles le remboursement est dû plus de 50 ans après la date d'émission de la dette ; [...] »

« Article 200a ([omissis], abrogé – journal officiel [bulgare] n° 105/2014, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2015) ».

18. Deuxième partie « Impôt des personnes morales », chapitre cinq « Généralités »

« Taux d'imposition

Article 20

Le taux d'imposition de l'impôt des personnes morales est de 10 pour cent. »

Droit de l'UE

19. Article 5, paragraphe 4, du traité sur l'Union européenne : **[Or. 9]**

« En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ; »

20. Article 12, sous b), du traité sur l'Union européenne :

« Les parlements nationaux contribuent activement au bon fonctionnement de l'Union :

[...]

b) en veillant au respect du principe de subsidiarité conformément aux procédures prévues par le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ; »

21. Article 19, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne :

« „La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ».

22. Article 47, premier alinéa, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne :

« Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial

1. Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal [...] ».

[omissis] Article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

« Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. [...].

La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux. »

[omissis] Article 54 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

« Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, **[Or. 10]** leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres.

Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif. »

[omissis] Article 56 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

« Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation. »

[omissis] Article 63 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

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

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

[omissis] Article 65 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

« 1. L'article 63 ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres :

a) 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 leurs capitaux sont investis ;

b) 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 **[Or. 11]** à la sécurité publique.

[...]

3. Les mesures et procédures visées aux paragraphes 1 et 2 ne doivent 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 63. »

23. Article 20 du protocole relatif aux conditions et modalités d'admission de la République de Bulgarie et de la Roumanie à l'Union Européenne, annexé au Traité [omissis] relatif à l'adhésion de la République de Bulgarie et de la Roumanie à l'Union européenne (traité d'adhésion) :

« Les mesures énumérées aux annexes VI et VII du présent protocole sont applicables à la Bulgarie et à la Roumanie dans les conditions définies dans lesdites annexes. »

24. Article 23 de l'acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République de Bulgarie et de la Roumanie et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne (acte d'adhésion) :

« Les mesures énumérées aux annexes VI et VII du présent acte sont applicables à la Bulgarie et à la Roumanie dans les conditions définies dans lesdites annexes. »

25. Annexe VI du protocole du traité d'adhésion « Liste visée à l'article 20 du protocole : mesures transitoires – Bulgarie », partie « Fiscalité », point 3 et

annexe VI « Liste visée à l'article 23 de l'acte d'adhésion [...] », partie « Fiscalité », point 3 :

« La Bulgarie est autorisée à ne pas appliquer les dispositions de l'article 1^{er} de la directive 2003/49/CE jusqu'au 31 décembre 2014. Pendant cette période transitoire, le taux de l'impôt sur les paiements d'intérêts ou de redevances effectués en faveur d'une société associée d'un autre État membre ou en faveur d'un établissement stable d'une société associée [Or. 12] d'un État membre situé dans un autre État membre ne doit pas dépasser 10 % jusqu'au 31 décembre 2010 et 5 % pour les années suivantes jusqu'au 31 décembre 2014. »

26. Article 1^{er} de la directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents :

« 1. Les paiements d'intérêts et de redevances échus dans un État membre sont exonérés de toute imposition, retenue à la source ou recouvrée par voie de rôle, dans cet État d'origine, lorsque le bénéficiaire des intérêts ou redevances est une société d'un autre État membre ou un établissement stable, situé dans un autre État membre, d'une société d'un État membre.

[...] ».

27. Article 4 « Exclusion de certains paiements en tant qu'intérêts ou redevances » :

« 1. L'État membre d'origine n'est pas tenu de faire bénéficier des avantages de la présente directive dans les cas suivants :

- a) les paiements assimilés à des distributions de bénéfices ou à un remboursement de capital en vertu de la législation de l'État d'origine ;
- b) les paiements résultant de créances assorties d'une clause de participation aux bénéfices du payeur ;
- c) les paiements résultant de créances habilitant le créancier à échanger son droit aux intérêts contre un droit de participation aux bénéfices du payeur ;
- d) les paiements résultant de créances ne prévoyant pas le remboursement du principal ou pour lesquelles le remboursement est dû plus de 50 ans après la date d'émission. »

28. Article 5 « Fraude et abus » de la directive 2003/49/CE :

1. La présente directive ne fait pas obstacle à l'application des dispositions nationales ou des dispositions fondées sur des conventions, qui sont nécessaires pour prévenir les fraudes ou les abus.

2. Les États membres peuvent, dans le cas d'opérations dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est la fraude ou l'évasion fiscales ou les abus, retirer le bénéfice de la présente directive ou refuser d'appliquer celle-ci. »

29. Considérants de la directive 2003/49/CE : **[Or. 13]**

« (1) Dans un marché unique ayant les caractéristiques d'un marché intérieur, les opérations entre sociétés d'États membres différents ne devraient pas être soumises à des conditions fiscales moins favorables que celles qui sont applicables aux mêmes opérations effectuées entre sociétés du même État membre.

[...]

(10) Étant donné que les objectifs de l'action envisagée, à savoir l'établissement d'un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents, ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc être mieux réalisés au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs. »

30. Article 1^{er} de la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents :

« 1. Chaque État membre applique la présente directive :

[...]

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

[...]

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

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

31. Article 5 de la directive 2011/96/CE : **[Or. 14]**

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

32. Article 9 de la directive 2011/96/CE :

« La directive 90/435/CEE, telle que modifiée par les actes visés à l'annexe II, partie A, est abrogée, sans préjudice des obligations des États membres en ce qui concerne les délais de transposition en droit national des directives indiqués à l'annexe II, partie B.

Les références faites à la directive abrogée s'entendent comme faites à la présente directive et sont à lire selon le tableau de correspondance figurant à l'annexe III. »

33. Article 3 « Apports de capital » de la directive 2008/7/CE du Conseil du 12 février 2008 concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux :

« Aux fins de la présente directive, sous réserve des dispositions de l'article 4, sont considérées comme des apports de capital les opérations suivantes :

[...]

h) l'augmentation de l'avoir social d'une société de capitaux au moyen de prestations effectuées par un associé qui n'entraînent pas une augmentation du capital social, mais qui trouvent leur contrepartie dans une modification des droits sociaux ou bien qui sont susceptibles d'augmenter la valeur des parts sociales ;

i) l'emprunt que contracte une société de capitaux, si le créancier a droit à une quote-part des bénéfices de la société ;

j) l'emprunt que contracte une société de capitaux auprès d'un associé, du conjoint ou d'un enfant d'un associé, ainsi que celui contracté auprès d'un tiers, lorsqu'il est garanti par un associé, à la condition que ces emprunts aient la même fonction qu'une augmentation du capital social ».

34. Article 5 « Opérations non soumises à la fiscalité indirecte » de la directive 2008/7/CE :

1. Les États membres exonèrent les sociétés de capitaux de toute forme d'imposition indirecte :

a) sur les apports de capital ;

b) sur les prêts ou prestations effectués dans le cadre d'apports de capital [...]. »

35. Article 7 « perception du droit d'apport dans certains États membres » de la directive 2008/7/CE : **[Or. 15]**

« [...] »

3. Si un État membre cesse de percevoir le droit d'apport sur les apports de capital visés à l'article 3, points g) à j), à tout moment ultérieur au 1^{er} janvier 2006, il ne peut rétablir ce droit sur les apports de capital considérés, nonobstant l'article 10, paragraphe 2. »

36. Article 8 « Taux du droit d'apport » de la directive 2008/7/CE :

« [...] »

3. Le taux du droit d'apport ne peut en aucun cas être supérieur à 1 %. »

37. Considérants de la directive 2008/7/CE :

« (6) [...] Il y a lieu qu'un État membre ayant choisi de ne pas percevoir de droit d'apport sur tout ou partie des opérations relevant de la présente directive n'ait pas la faculté de rétablir ce droit.

[...] »

(9) Il y a lieu qu'aucun impôt indirect ne soit perçu sur les rassemblements de capitaux en dehors du droit d'apport. En particulier, aucun droit de timbre ne devrait être perçu sur les titres, que ceux-ci soient représentatifs des capitaux propres de sociétés ou de capitaux d'emprunt, et quelle que soit leur provenance. »

Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

38. Au point 34 des motifs de l'arrêt du 17 septembre 2009, dans l'affaire préjudicielle C-182/08 en interprétation de l'article 56 TFUE, la Cour a rappelé que si la fiscalité directe relève de la compétence des États membres, ces derniers doivent toutefois exercer celle-ci dans le respect du droit communautaire, et sont cités les arrêts du 13 décembre 2005 , Marks & Spencer, C-446/03, Rec. p. I-10837, point 29 ; du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, Rec. p. I-7995, point 40 ; du 12 décembre 2006 , Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, C-374/04, Rec. p. I-11673, point 36, ainsi que du 8 novembre 2007, Amurta, C-379/05, Rec. p. I-9569, point 16. En ce sens, voir également l'arrêt du 29 mars 2012, C-417/10, point 25.

39. Dans l'arrêt du 5 février 1991, dans l'affaire C-249/89, points 11 à 14, et dans le dispositif, la Cour énonce qu'un prêt sans intérêts consenti à une société par l'un de ses associés est un apport de capital en vertu de l'article 4, paragraphe 2, sous b), de la directive 69/335/CEE du Conseil, du 17 juillet 1969, concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de **[Or. 16]** capitaux. Au point 11 des motifs, la Cour énonce que l'octroi d'un prêt sans intérêts revient à utiliser du capital sans avoir à en supporter le coût. Au point 14 des motifs, la Cour énonce que l'octroi d'un prêt sans intérêts, dans la mesure où il permet à la société de

disposer de capitaux sans avoir à en supporter le coût, doit, dès lors, être regardé comme augmentant la valeur des parts sociales de la société. Selon le tableau de correspondance, l'article 4, paragraphe 2, sous b), de la directive 69/335/CE correspond à l'article 3, sous g) à j) de la directive 2008/7/CE, qui l'a remplacée.

40. Au point 20 des motifs de l'arrêt du 11 novembre 1999, dans l'affaire C-350/98, la Cour énonce que la qualification d'une imposition ou d'une taxe incombe à la Cour en fonction des caractéristiques objectives de l'imposition, indépendamment de la qualification qui lui est donnée en droit national.
41. Dans l'arrêt du 19 novembre 2009 dans l'affaire C-540/07, au point 45, la Cour énonce qu'une différence de traitement est susceptible de dissuader les sociétés établies dans d'autres États membres de procéder à des investissements en Italie. Elle constitue, par conséquent, une restriction à la libre circulation des capitaux prohibée, en principe, par l'article 56, paragraphe 1, CE. Au point 52 de ce même arrêt, la Cour énonce qu'à partir du moment où un État membre, de manière unilatérale ou par voie conventionnelle, assujettit à l'impôt sur le revenu non seulement les actionnaires résidents, mais également les actionnaires non-résidents, pour les dividendes qu'ils perçoivent d'une société résidente, la situation desdits actionnaires non-résidents se rapproche de celle des actionnaires résidents.
42. Dans l'arrêt du 13 mars 2007 dans l'affaire C-524/04, la Cour énonce au point 27 que relèvent du champ d'application matériel des dispositions du traité CE relatives à la liberté d'établissement, les dispositions nationales qui trouvent à s'appliquer à la détention par un ressortissant de l'État membre concerné, dans le capital d'une société établie dans un autre État membre, d'une participation lui permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de cette société et d'en déterminer les activités.
43. Dans ce même arrêt, au point 73, la Cour précise que la seule circonstance qu'une société résidente se voit accorder un prêt par une société apparentée établie dans un autre État membre ne saurait fonder une présomption générale de pratiques abusives et justifier une mesure portant atteinte à l'exercice d'une liberté fondamentale garantie par le traité. En ce sens, sont cités les arrêts du 26 septembre 2000, Commission/Belgique, C-478/98, Rec. p. I- 7587, point 45 ; du 21 novembre 2002, X et Y, C-436/00, Rec. p. I-10829, point 62 ; du 4 mars 2004, Commission/France, C-334/02, Rec. p. I- 2229, point 27, et du 12 septembre 2006, [Or. 17] C-196/04, point 50.
44. Au point 81 de ce même arrêt, selon la Cour, la circonstance qu'une société résidente s'est vu octroyer un prêt par une société non-résidente dans des conditions qui ne correspondent pas à ce que les sociétés concernées auraient convenu dans des conditions de pleine concurrence constitue pour l'État membre de résidence de la société emprunteuse un élément objectif et vérifiable par des tiers pour déterminer si la transaction en cause constitue, en tout ou en partie, un montage purement artificiel dont le but essentiel est d'échapper à l'emprise de la

législation fiscale de cet État membre. Il s'agit de savoir si, en l'absence de relations spéciales entre les sociétés concernées, le prêt n'aurait pas été accordé ou si celui-ci aurait été accordé pour un montant ou à un taux d'intérêt différents.

45. Au point 82 de ce même arrêt, selon la Cour une législation nationale qui se base sur un examen d'éléments objectifs et vérifiables pour déterminer si une transaction présente le caractère d'un montage purement artificiel à des seules fins fiscales doit être considérée comme n'allant pas au-delà de ce qui est nécessaire pour prévenir des pratiques abusives lorsque, en premier lieu, dans chaque cas où l'existence d'un tel montage ne peut être exclue, le contribuable est mis en mesure, sans être soumis à des contraintes administratives excessives, de produire des éléments concernant les éventuelles raisons commerciales pour lesquelles cette transaction a été conclue.
46. Au point 89 de ce même arrêt, la Cour énonce que dans un tel cas, l'État membre de résidence de la société octroyant le prêt peut traiter les intérêts versés par cette société comme une distribution de bénéfices.
47. Dans l'arrêt du 31 mai 2018, dans l'affaire C-382/16, la Cour énonce au point 49 qu'une législation nationale qui se fonde sur un examen d'éléments objectifs et vérifiables pour déterminer si une transaction présente le caractère d'une construction artificielle à des fins fiscales doit être considérée comme n'allant pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs relatifs à la nécessité de sauvegarder la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres et à celle de prévenir l'évasion fiscale, lorsque, en premier lieu, dans chaque cas où existe un soupçon qu'une transaction dépasse ce que les sociétés concernées auraient convenu dans les conditions du marché, le contribuable est mis en mesure, [Or. 18] sans être soumis à des contraintes administratives excessives, de produire des éléments relatifs aux éventuelles raisons commerciales pour lesquelles cette transaction a été conclue. En second lieu, la mesure fiscale correctrice doit, le cas échéant, se limiter à la fraction qui dépasse ce qui aurait été convenu entre les sociétés concernées dans les conditions du marché. Voir en ce sens l'arrêt du 21 janvier 2010, C-311/08, points 71 et 72.
48. Au point 54 de ce même arrêt, selon la Cour, lorsque le développement des activités d'une filiale dépend d'un apport de capital supplémentaire, en raison du fait qu'elle ne dispose pas de fonds propres suffisants, des raisons commerciales peuvent justifier la mobilisation de fonds par la société mère, dans des conditions qui seraient inhabituelles entre tiers.
49. Dans le dispositif de l'arrêt, la Cour énonce que l'article 49 TFUE, lu en combinaison avec l'article 54 TFUE, ne s'oppose pas à une réglementation nationale en vertu de laquelle les revenus d'une société résidente d'un État membre, qui a consenti à une société établie dans un autre État membre, à laquelle elle est liée par des liens d'interdépendance, des avantages dans des conditions qui s'écartent de celles dont auraient convenu, dans des circonstances identiques ou similaires, des tiers indépendants les uns des autres, doivent être calculés comme

ils l'auraient été si les conditions dont auraient convenu de tels tiers avaient été applicables et faire l'objet d'une rectification, alors qu'il n'est pas procédé à une telle rectification des revenus imposables lorsque ces mêmes avantages ont été consentis par une société résidente à une autre société résidente, à laquelle elle est liée par des liens d'interdépendance. Il appartient toutefois à la juridiction nationale de vérifier si la réglementation en cause au principal donne la possibilité au contribuable résident de prouver que les conditions convenues l'ont été pour des raisons commerciales résultant de sa position d'associé de la société non-résidente.

50. Dans l'arrêt du 16 juin 2011, dans l'affaire C-212/10, au point 37 des motifs, la Cour énonce que les termes « [p]euvent continuer à être soumises au droit d'apport », qui figurent à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 69/335, doivent ainsi être interprétés en ce sens qu'ils impliquent que, pour pouvoir être soumises au droit d'apport par les États membres, les opérations visées audit paragraphe doivent non seulement avoir été taxables, au sens de cette disposition, en vertu du droit national en vigueur au 1^{er} juillet 1984, mais encore avoir été par la suite continuellement soumises à une telle taxation. Dans le cas contraire, l'État membre ne justifierait pas d'une perte de recettes nécessitant le maintien du droit d'apport. **[Or. 19]**

Arguments des parties

51. « Viva Telecom Bulgaria » EOOD demande un renvoi préjudiciel à la Cour. Selon elle, l'impôt à la source grève un revenu d'intérêts fictif sans que soit pris en considération le fait que, dans cette affaire, il y avait des considérations commerciales fondées justifiant l'octroi d'un prêt sans intérêt. La société ayant octroyé le prêt était seule détentrice du capital à la date de l'octroi du prêt, le bénéficiaire du prêt n'avait pas les moyens de payer des intérêts sur ce prêt, il avait besoin de fonds pour payer les actions de « BTK » EAD. Elle soutient que l'article 16, paragraphe 2, point 3, ZKPO, qui a introduit la fiction du cas d'évasion fiscale lorsqu'un prêt sans intérêt est accordé, est contraire à la jurisprudence de la Cour, dans la mesure où les parties au prêt ne peuvent pas prouver qu'il y avait des considérations économiques valables à l'octroi du prêt sans intérêt.
52. Subsidiairement, elle soutient que la République de Bulgarie a exercé l'option visée à l'article 4, paragraphe 1, sous d), de la directive 2003/49/CE qui, avec les autres hypothèses visées à l'article 4 de la directive, permet aux États membres d'exclure du champ d'application de la directive, les intérêts sur les prêts qu'ils traitent fiscalement comme des revenus résultant d'instruments de fonds propres. Pour les revenus résultant d'instruments de fonds propres est applicable la directive 2011/96/CE [omissis]. Sur la base de l'article 5 de cette directive, les bénéfices distribués par la filiale à la société mère ne sont pas soumis à un impôt retenu à la source. S'il est considéré que le prêt sans intérêt accordé avec une date d'échéance dans 60 ans est un instrument de fonds propres, elle soutient que, sur

la base de l'article 5 de la directive 2011/96/CE et de l'article 194 ZKPO, la rémunération tirée de celui-ci n'est pas soumise à l'impôt retenu à la source.

53. Il est fait référence à la proposition de directive du Conseil concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents (COM/98/0067 final – CNS 98*0087), présentée par la Commission européenne, qui est à la base de l'adoption de la directive 2003/49/CE. Les considérants de la proposition exposent les considérations de **[Or. 20]** la Commission concernant les objectifs et les limites des options figurant à l'article 4 de la proposition de directive. S'agissant des hypothèses visées à l'article 4, paragraphe 1, sous a) à d), de la proposition de directive, elle soutient que les États membres peuvent exclure les paiements liquidés comme des intérêts ayant le caractère de distribution de bénéfices, les sommes qualifiées de bénéfices doivent pouvoir profiter du régime de la directive 90/435/CEE remplacée ultérieurement par la directive 2011/96/CE.
54. Elle se réfère également à une étude du 19 décembre 2005 du bureau international de documentation fiscale concernant la manière d'appliquer la directive 2003/49/CE, dans laquelle il est exposé que tous les États membres ayant exercé l'option visée à l'article 4 de cette directive appliquent, s'agissant des revenus des instruments pertinents, les avantages de la directive 90/435/CEE, remplacée ensuite par la directive 2011/96/CE, ou exonèrent ces revenus de l'impôt à la source sur la base de leur droit interne prévoyant l'exonération des revenus des dividendes et, en pratique, il n'appliquent aucun impôt à la source en ce qui concerne les revenus de ces instruments.
55. Subsidiairement, elle soutient que cette imposition grève les intérêts économisés par la société qui fait l'objet du contrôle fiscal, et que l'impôt à la source sur ces revenus représente ainsi un impôt indirect sur les rassemblements de capitaux, au sens de la directive 2008/7/CE [omissis] qui a abrogé la directive 69/335/CEE, illégal.
56. Subsidiairement, elle soutient que le prêt en cause est un apport de capital au sens de l'article 3, paragraphes h), i) et j), de la directive 2008/7/CE [omissis] et qu'en vertu de l'article 5 de la directive, il ne doit être soumis à aucun impôt indirect. Conformément à l'article 3 de la directive, on entend par apports de capitaux, les opérations suivantes : point h) – « l'augmentation de l'avoir social d'une société de capitaux au moyen de prestations effectuées par un associé qui n'entraînent pas une augmentation du capital social, mais qui trouvent leur contrepartie dans une modification des droits sociaux ou bien qui sont susceptibles d'augmenter la valeur des parts sociales i) l'emprunt que contracte une société de capitaux, si le créancier a droit à une quote-part des bénéfices de la société ; j) l'emprunt que contracte une société de capitaux auprès d'un associé [...], lorsqu'il est garanti par un associé, à la condition que ces emprunts aient la même fonction qu'une augmentation du capital social ».

57. L'apport en nature au capital a entraîné une **[Or. 21]** modification des droits des associés conformément à la modification des statuts de la société applicable à l'espèce. Elle cite les points 11 à 14 de l'arrêt dans l'affaire C-249/89 susmentionnée, dans lesquels la Cour a énoncé que l'octroi d'un prêt sans intérêt doit être considéré comme un apport de capital aux fins de la directive 2008/7/CE dans la mesure où il augmente l'avoir de la société qui en bénéficie et augmente la valeur économique des parts sociales. Au point 18, la Cour énonce que la valeur de l'apport est égale aux intérêts économisés par l'emprunteur. Voir également en ce sens le point 18 de l'arrêt dans l'affaire C-392/00. Ces arrêts ont été rendus sous l'empire de la directive 69/335/CEE qui autorisait l'imposition du même type d'apport de capital au taux de 1 % pour l'impôt sur les apports de capitaux, qui a été remplacée par la directive 2008/7/CE. Dans la nouvelle directive, l'imposition de ces apports n'est pas prévue sauf si l'État membre imposait ces apports de capitaux au 1^{er} janvier 2006. Dans ce cas, le taux d'imposition visé à l'article 8, paragraphe 3 ne peut être supérieur à 1 %. Elle cite les points 16 et 20 de l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-350/98 dans lequel il est énoncé que l'impôt national, perçu à l'occasion d'une opération ayant le caractère d'un apport de capital au sens de la directive 69/335/CEE, sur la valeur de cet apport est illégal.
58. Dans la législation bulgare, l'impôt sur certains revenus fictifs d'intérêts dans les opérations relevant d'un prêt sans intérêt consenti par un associé détenant des parts de capital de l'emprunteur, est considéré comme un impôt à la source qui, en vertu de l'article 6, paragraphe 2, point 3, ZKPO, est prélevée sur les intérêts économisés par l'emprunteur, par conséquent il a le caractère d'un impôt sur les apports de capital. La République de Bulgarie a introduit l'impôt à la source visée à l'article 195, paragraphe 1, ZKPO sur les intérêts économisés par l'emprunteur lors de la modification de l'article 16, paragraphe 1, ZKPO, promulguée au journal officiel bulgare n° 95/2009 et en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2020 bien après le 1^{er} janvier 2006.
59. Dans ses observations sur la réponse de la partie défenderesse concernant la demande de renvoi préjudiciel, elle se fonde sur le point 52 de l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-540/07 dans lequel il est énoncé qu'à partir du moment où un État membre assujettit à la retenue à la source les personnes non résidentes, leur situation se rapproche de celle des sociétés résidentes qui perçoivent de tels revenus. Au cours de la période faisant l'objet du contrôle fiscal (14 février 2014 – 31 mars 2015) le prêteur a détenu directement toutes les actions/parts du capital de l'emprunteur, par conséquent l'arrêt conforte la thèse de l'emprunteur. Elle se fonde sur le point 89 des motifs de cet arrêt de la Cour aux termes duquel les intérêts payés à la société mère, à savoir le prêteur, peuvent être traités comme une distribution de bénéfices. **[Or. 22]**
60. Aux yeux de la société, l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-382/16, cité par la partie défenderesse, prévoit la possibilité de rectifier les revenus de la société résidente qui a octroyé à une autre société d'un autre État membre qui lui est interdépendante des avantages à des conditions différentes de celles que des sociétés indépendantes aurait convenues, à la condition que la réglementation

nationale prévoit que la société résidente puisse prouver que les conditions ont été acceptées pour des raisons commerciales. Eu égard à l'expertise réalisée dans l'affaire, l'impossibilité pour l'emprunteur d'honorer ses obligations sans le prêt litigieux conforte le fait qu'il a été prouvé qu'il y avait une raison commerciale à l'octroi du prêt.

61. Elle soutient que l'apport en nature au capital d'une valeur égale au prêt a modifié les statuts de la société de sorte à refléter l'apport réalisé et le fait que l'apporteur a des droits proportionnels à son apport (et non pas à la part du capital enregistré) sur les dividendes et le boni de liquidation.
62. La partie défenderesse demande que la demande de renvoi préjudicielle sur les questions posées par la société soit rejetée dans la mesure où les dispositions des articles 49, 54, 63 à 65 TFUE sont claires et catégoriques. Les limites à la libre circulation des capitaux et des paiements ne sont pas autorisées, mais l'article 65, paragraphe 1, sous a), TFUE prévoit que cela ne porte pas atteinte au droit des États 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 leurs capitaux sont investis. La modification de l'article 16, paragraphe 1, ZKPO, qui est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2010 permet de soumettre toute personne, résidente ou non résidente, à un impôt à la source d'une seule et même manière. Elle fait référence à l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-524/04 dans lequel, au point 81, il est énoncé qu'au regard du prêt octroyé à la personne résidente par une société non résidente à des conditions qui ne répondent pas à une pleine concurrence, l'État membre de résidence de l'emprunteur peut déterminer si l'opération est entièrement ou partiellement un montage artificiel dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation fiscale de cet État membre. Au point 82 des motifs de ce même arrêt, il est énoncé que l'appréciation du fait de savoir si l'opération est un montage purement artificiel doit être considérée comme n'allant pas au-delà de ce qui est nécessaire pour prévenir les pratiques abusives.
63. Selon la partie défenderesse, le capital libéré de la société **[Or. 23]** avant le 31 octobre 2018 était de 251 805 616 BGN. Lors de l'enregistrement de l'apport en nature, au montant du prêt de 284 966 211,43 BGN, le capital libéré n'a été augmenté que de 1 000 BGN, de sorte qu'après le 31 octobre 2018, lorsque l'apport en nature a été réalisé, et à présent, le capital libéré était de 251 806 616 BGN. Elle soutient qu'il y a un montage purement artificiel concernant l'octroi du prêt sans intérêt. Preuve en est le fait que le détenteur effectif du capital du prêteur est une personne physique qui réside en République de Bulgarie d'après les données du registre du commerce.
64. Elle se fonde sur l'arrêt dans l'affaire C-382/16 dans lequel la Cour énonce que qu'est permise une réglementation nationale en vertu de laquelle les revenus d'une société résidente d'un État membre, qui a consenti à une société établie dans un autre État membre, à laquelle elle est liée par des liens d'interdépendance, des avantages dans des conditions qui s'écartent de celles dont auraient convenu, dans

des circonstances identiques ou similaires, des tiers indépendants les uns des autres, doivent être calculés comme ils l'auraient été si les conditions dont auraient convenu de tels tiers avaient été applicables.

65. S'agissant de la demande d'interprétation de l'article 4, paragraphe 1, sous d), de la directive 2003/49/CE, elle soutient qu'en vertu du traité d'adhésion, la République de Bulgarie a le droit de ne pas appliquer la directive jusqu'au 31 décembre 2014, par conséquent la question de l'interprétation ne se pose pas.
66. S'agissant de la demande d'interprétation de l'article 3, sous h), i) et j), de la directive 2008/7/CE, il est soutenu qu'il n'a pas été prouvé que le prêt accordé s'est transformé en moyen d'augmenter le capital de « Viva Telecom Bulgaria » OOD, devenu EOOD, par conséquent le prêt sans intérêt accordé entre personnes apparentées ne correspond pas à l'expression « apport de capital » visée à l'article 3 de la directive 2008/7/CE. Au regard des considérants de la directive, celle-ci fait référence au droit d'apport, au droit de timbre sur les valeurs mobilières, aux taxes sur les opérations de restructuration, ainsi qu'aux impôts ayant les mêmes caractéristiques, lesquels ne sont pas prévus par le droit national et aucun impôt de ce type n'a été imposé en l'espèce.
67. Elle fait référence au dispositif de l'arrêt dans l'affaire C-212/10. Elle soutient que les intérêts qui sont dus sur le prêt accordé sont des revenus de créance résultant d'une dette, visés au paragraphe 1, point 7, des dispositions complémentaires de la ZKPO, qu'ils soient ou non garantis par une hypothèque ou par une clause de participation aux bénéfices du débiteur. Il n'y a pas de jurisprudence de la Cour en vertu de laquelle les intérêts d'un prêt doivent être considérés aux fins des impôts conformément à la directive 2008/7/CE. Elle soutient qu'il n'est pas admissible d'utiliser le mécanisme du renvoi préjudiciel à la Cour pour dénaturer la notion d'intérêts visée au paragraphe 1, point 7, des dispositions complémentaires de la ZKPO. [Or. 24]
68. Le procureur de la Varhovna administrativna prokuratura est d'avis que la demande de renvoi préjudiciel sur les questions formulées par la société est dépourvue de fondement.

Motifs justifiant le renvoi préjudiciel

69. L'article 16, paragraphe 2, point 3, ZKPO prévoit une présomption irréfragable d'évasion fiscale en cas d'octroi d'un prêt sans intérêt que ce soit entre personnes apparentées ou non, sans que le prêteur ou l'emprunteur ne puissent réfuter la présomption de constatation d'une évasion fiscale. Dans la jurisprudence de la Cour, à savoir l'arrêt du 13 mars 2007 dans l'affaire C-524/06, précitée, point 73, la Cour a énoncé que la seule circonstance qu'une société résidente se voit accorder un prêt par une société apparentée établie dans un autre État membre ne saurait fonder une présomption générale de pratiques abusives et justifier une mesure portant atteinte à l'exercice d'une liberté fondamentale garantie par le traité. S'agissant de personnes non apparentées, l'octroi d'un prêt sans intérêt peut

justifier une présomption d'intention de réaliser une évasion fiscale. S'agissant de personnes apparentées, les parties au prêt sans intérêt peuvent avoir des considérations économiques liées aux intérêts du groupe de sociétés qui motivent la conclusion du contrat de prêt sans intérêt. L'application de l'article 16, paragraphe 2, point 3, ZKPO prive de toute signification juridique la preuve de l'existence de considérations économiques ou commerciales pour l'octroi du prêt sans intérêt. La présomption irréfragable a la même importance procédurale qu'en cas de prêt sans intérêt conclu entre personnes non apparentées.

70. En vertu de l'article 47, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal. Pour la juridiction de céans, une interprétation est indispensable pour savoir si la règle de droit nationale de l'article 16, paragraphe 2, point 3, ZKPO contredit le principe de proportionnalité visé à l'article 5, paragraphe 4 et à l'article 12, sous b), du traité sur l'Union européenne et le droit à un recours effectif devant un tribunal visé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, par conséquent il convient de poser la question suivante à titre préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne : **[Or. 25]** [omissis : formulation de la première question préjudicielle]
71. Conformément à l'article 4, paragraphe 1, sous d), de la directive 2003/49/CE, l'État membre d'origine n'est pas tenu de faire bénéficier des avantages de la présente directive dans les cas de paiements résultant de créances ne prévoyant pas le remboursement du principal ou pour lesquelles le remboursement est dû plus de 50 ans après la date d'émission. La date d'échéance du prêt est dans 60 ans à compter de l'entrée en vigueur de la convention, à savoir le 22 novembre 2013, et relève de l'article 4, paragraphe 1, sous d), de la directive 2003/49/CE.
72. La directive a été transposée dans la législation nationale par la loi modifiant et complétant la ZKPO, publiée au journal officiel bulgare n° 94/2010, entrée en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2011 qui a modifié l'article 200, paragraphe 1, ZKPO, et, selon la nouvelle rédaction, le taux d'imposition de l'impôt sur le revenu visé à l'article 195 est de 10 pour cent à l'exception des cas visés à l'article 200a. Dans le cadre de cette même modification un nouvel article 200a, ZKPO, a été adopté, dont le paragraphe 3 prévoit que les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas aux revenus de créances résultant d'une dette pour lesquelles aucune clause ne prévoit le remboursement du principal ou pour lesquelles le remboursement est dû plus de 50 ans après la date d'émission de la dette. L'article 200a, paragraphe 3, points 1 à 3, ZKPO prévoit les hypothèses visées à l'article 4, sous a) à c), de la directive 2003/49/CE. Pour 2014, en vertu de l'article 16, paragraphes 1 et 2, point 3, de l'article 195, paragraphe 1, de l'article 200, paragraphe 2 et de l'article 200a, paragraphes 1 et 5, point 4, ZKPO, les revenus versés aux sociétés non résidentes d'autres États membres par des personnes résidentes apparentées sont soumis à un impôt à la source au taux de 10 %, s'agissant de revenus de créances résultant d'une dette pour lesquelles

aucune clause ne prévoit le remboursement du principal ou pour lesquelles le remboursement est dû plus de 50 ans après la date d'émission de la dette.

73. Pour 2015, la loi modifiant et complétant la ZKPO, publiée au journal officiel bulgare n° 105/2014, entrée en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2015, qui a abrogé l'article 200a ZKPO, a modifié l'article 200, paragraphe 2, ZKPO de sorte que le taux d'imposition de l'impôt sur le revenu visé à l'article 195 est de 10 pour cent. Cette modification a également modifié l'article 195, paragraphe 6, ZKPO en y ajoutant un point 3 en vertu duquel les revenus d'intérêts ne sont pas soumis à un impôt à la source lorsque les conditions visées aux nouveaux paragraphes 7 à 12 sont remplies. Le paragraphe 7 prévoit les conditions dans lesquels les revenus d'intérêts ne sont pas soumis à un impôt à la source. En vertu du paragraphe 11, point 4, le paragraphe 7 ne s'applique pas aux revenus de créances résultant d'une dette pour lesquelles aucune clause ne prévoit le remboursement du principal [Or. 26] ou pour lesquelles le remboursement est dû plus de 50 ans après la date d'émission de la dette. Le paragraphe 11, points 1 à 3, prévoit les autres hypothèses visées à l'article 4 de la directive 2003/49/CE. Conformément à ces dispositions, pour 2015, cette directive est transposée à l'article 195 ZKPO. Pour 2015, en vertu de l'article 195, paragraphes 1, 6, point 3, 11, point 4 et de l'article 200, paragraphe 2, ZKPO les revenus versés à une société non résidente située dans un autre État membre par une personne résidente apparentée sont soumis à un impôt à la source de 10 % pour les revenus de créances résultant d'une dette pour lesquelles aucune clause ne prévoit le remboursement du principal ou pour lesquelles le remboursement est dû plus de 50 ans après la date d'émission de la dette.
74. La proposition de directive du Conseil [omissis] (COM/ 98/0067 final – CNS 98/0087*) de la Commission européenne énonce les considérations de la Commission en vue de l'adoption de la directive 2003/49/CE. À la page 9 de la proposition, sont énoncées les considérations de la Commission concernant les hypothèses visées à l'article 4 de la directive et il est exposé dans la proposition que les intérêts doivent être requalifiés de distribution de bénéfices et soumis à la directive 90/435/CEE lorsqu'ils sont payés entre sociétés apparentées pour lesquelles elle s'applique. Cette directive a été abrogée par la directive 2011/96/UE du Conseil, du 30 novembre 2011, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents.
75. Conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous b), de la directive 2011/96/UE, les États membres appliquent la directive aux distributions de bénéfices effectuées par des sociétés d'un État membre à des sociétés d'autres États membres dont elles sont les filiales. Conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 2, les États membres n'appliquent pas la directive aux montages non authentiques dont un des objectifs principaux est d'obtenir un avantage fiscal. En vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 3, de la directive 2011/96/UE, aux fins du paragraphe 2, un montage est considéré comme non authentique s'il n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique. Conformément à

l'article 5 de la directive 2011/96/UE, les bénéficiaires distribués par une filiale à sa société mère sont exonérés de retenue à la source.

76. Au point 89 des motifs de l'arrêt du 13 mars 2007 dans l'affaire C-524/04, la Cour énonce que l'État membre de résidence d'une filiale versant des intérêts d'un prêt à la société mère située dans un autre [Or. 27] État membre peut traiter les intérêts payés par la filiale résidente comme une distribution de bénéficiaires.
77. Au point 54 des motifs de l'arrêt du 31 mai 2018 dans l'affaire C-382/16, la Cour précise que lorsque le développement des activités d'une filiale dépend d'un apport de capital supplémentaire, en raison du fait qu'elle ne dispose pas de fonds propres suffisants, des raisons commerciales peuvent justifier la mobilisation de fonds par la société mère, dans des conditions qui seraient inhabituelles entre tiers.
78. Les parties font référence à différents points des motifs des mêmes arrêts de la Cour. Les arrêts de la Cour cités ont été adoptés dans des affaires avec des circonstances factuelles différentes. Compte tenu de la différence entre les faits du présent litige et les circonstances factuelles des affaires susmentionnées et eu égard au caractère de précédent de la jurisprudence de la Cour, la juridiction de céans demande l'interprétation des dispositions de la directive 2003/49/CE et de la directive 2011/96/UE citées dans le cadre des questions suivantes : [omissis : formulation des deuxième, troisième et quatrième questions]
79. L'article 16, paragraphe 1, de la directive 2008/7/CE [omissis] a abrogé la directive 69/335/CE, à compter du 1^{er} janvier 2009, [Or. 28] et en vertu du paragraphe 2, les références faites à la directive abrogée s'entendent comme faites à la présente directive et sont à lire selon le tableau de correspondance figurant à l'annexe III. Conformément à l'article 3, paragraphe 1, de la directive, sont considérées comme des apports de capital les opérations suivantes : « h) l'augmentation de l'avoir social d'une société de capitaux au moyen de prestations effectuées par un associé qui n'entraînent pas une augmentation du capital social, mais qui trouvent leur contrepartie dans une modification des droits sociaux ou bien qui sont susceptibles d'augmenter la valeur des parts sociales » ; « i) l'emprunt que contracte une société de capitaux, si le créancier a droit à une quote-part des bénéfices de la société » et « j) l'emprunt que contracte une société de capitaux auprès d'un associé, du conjoint ou d'un enfant d'un associé, ainsi que celui contracté auprès d'un tiers, lorsqu'il est garanti par un associé, à la condition que ces emprunts aient la même fonction qu'une augmentation du capital social ». Conformément à l'article 5, paragraphe 1, de cette directive « Les États membres exonèrent les sociétés de capitaux de toute forme d'imposition indirecte [...] : a) sur les apports de capital ; b) sur les prêts ou prestations effectués dans le cadre d'apports de capital ; [...] ». Conformément à l'article 7 de la directive, les États membres qui percevaient un droit sur les apports à des sociétés de capitaux, au 1^{er} janvier 2006, peuvent continuer à percevoir ce droit, pour autant qu'ils se conforment aux dispositions des articles 8 à 14. Aux termes de l'article 8, paragraphe 3, de la directive, le taux du droit d'apport ne peut en aucun cas être supérieur à 1 %.

80. Au point 15 de l'arrêt du 5 février 1991, dans l'affaire C-249/89, la Cour énonce que l'octroi d'un prêt sans intérêts à une société par l'un de ses associés constitue une opération d'apport de capital visée à l'article 4, paragraphe 2, sous b), de la directive 69/335. Au point 1[2] de cet arrêt, la Cour précise que l'octroi d'un prêt sans intérêts permet de disposer de capitaux sans avoir à en supporter le coût. Au point 14 des motifs, la Cour énonce que l'octroi d'un prêt sans intérêts, dans la mesure où il permet à la société de disposer de capitaux sans avoir à en supporter le coût doit, dès lors, être regardé comme susceptible d'augmenter la valeur des parts sociales de la société. Conformément au tableau de correspondance, l'article 4, paragraphe 2, sous b), de la directive 69/335/CE correspond à l'article 3, sous g) à j), de la directive 2008/7/CE qui la remplace.
81. Conformément à l'arrêt de la Cour précité, l'octroi d'un prêt sans intérêt au requérant répond à la définition d'apport de capital de l'article 3, paragraphe 1, sous h) à j), de la directive 2008/7/CE.
82. Au point 20 de l'arrêt du 11 novembre 1999 dans l'affaire C-350/98, **[Or. 29]** la Cour considère que la qualification d'une imposition, taxe, droit ou prélèvement au regard du droit communautaire incombe à la Cour en fonction des caractéristiques objectives de l'imposition, indépendamment de la qualification qui lui est donnée en droit national.
83. Au point 37 de l'arrêt du 16 juin 2011 dans l'affaire C-212/10, la Cour énonce que les termes « [p]euvent continuer à être soumises au droit d'apport », qui figurent à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 69/335, doivent être interprétés en ce sens qu'ils impliquent que, pour pouvoir être soumises au droit d'apport par les États membres, les opérations visées audit paragraphe doivent non seulement avoir été taxables, au sens de cette disposition, en vertu du droit national en vigueur au 1^{er} juillet 1984, mais encore avoir été par la suite continuellement soumises à une telle taxation. Dans le cas contraire, l'État membre ne justifierait pas d'une perte de recettes nécessitant le maintien du droit d'apport.
84. L'application d'un impôt à la source sur les revenus des personnes non résidentes tirés de prêts sans intérêt a été introduite dans la législation nationale à l'occasion de la modification de l'article 16, paragraphe 1, ZKPO, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2010, conformément à laquelle le champ d'application des dispositions régissant les cas d'évasion fiscale est étendu à tous les impôts visés à la ZKPO, y compris l'impôt à la source de l'article 195 de la loi, et non pas seulement l'impôt des personnes morales comme c'était le cas jusqu'au 1^{er} janvier 2010.
85. Compte tenu du caractère de précédent de la jurisprudence de la Cour, la juridiction de céans demande l'interprétation des dispositions de la directive 2008/7/CE citées dans le cadre de la question suivante : [formulation de la cinquième question préjudicielle]

[omissis]

86. La directive 2003/49/CE a été transposée dans la législation nationale par la loi modifiant et complétant la ZKPO, publiée au journal officiel bulgare n° 94/2010, en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2011, qui a modifié l'article 200, paragraphe 1, ZKPO de sorte que conformément à la nouvelle rédaction, le taux d'imposition de l'impôt sur le revenu visé à l'article 195 est de 10 pour cent, à l'exception des cas visés à l'article 200a. Cette même modification a introduit un **[Or. 30]** nouvel article 200a ZKPO dont le paragraphe 3 prévoit que les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas aux revenus de créances résultant d'une dette pour lesquelles aucune clause ne prévoit le remboursement du principal ou pour lesquelles le remboursement est dû plus de 50 ans après la date d'émission de la dette. Pour 2014, en vertu de l'article 16, paragraphes 1 et 2, point 3, de l'article 195, paragraphe 1, de l'article 200, paragraphe 2 et de l'article 200a, paragraphes 1 et 5, point 4, ZKPO, le taux d'imposition de l'impôt à la source est en l'espèce de 10 pour cent.
87. Sur la base de l'article 20 du protocole relatif aux conditions et modalités d'admission de la République de Bulgarie et de la Roumanie à l'Union Européenne, annexé au traité d'adhésion, et de l'annexe VI [concernant] la liste visée à l'article 20 du protocole : mesures transitoires, partie « Fiscalité », point 3, et sur la base de l'article 23 de l'acte relatif aux conditions d'adhésion de la République de Bulgarie [et de] l'annexe VI [concernant] la liste visée à l'article 23 de l'acte d'adhésion, partie « Fiscalité », point 3, la Bulgarie est autorisée à ne pas appliquer les dispositions de l'article 1^{er} de la directive 2003/49/CE jusqu'au 31 décembre 2014. Pendant cette période transitoire, le taux de l'impôt sur les paiements d'intérêts ou de redevances effectués en faveur d'une société associée d'un autre État membre ou en faveur d'un établissement stable d'une société associée d'un État membre situé dans un autre État membre ne doit pas dépasser 10 % jusqu'au 31 décembre 2010 et 5 % pour les années suivantes jusqu'au 31 décembre 2014.
88. Les dispositions susmentionnées de l'article 200, paragraphe 2 et de l'article 200a, paragraphes 1 et 5, point 4, ZKPO, en vigueur en 2014 sont contraires au taux d'imposition maximal de 5 % adopté au point 3 de l'annexe VI de l'acte d'adhésion et du protocole au traité d'adhésion.
89. Conformément à l'article 19, paragraphe 1, TUE, la Cour de justice de l'Union européenne assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités.
90. La juridiction de céans demande une interprétation au titre de l'article 19, paragraphe 1, TFUE dans le cadre de la question suivante : [formulation de la sixième question]

[omissis] **[Or. 31]** [omissis]

Par ces motifs, la Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême)
[omissis]

ORDONNE :

[omissis]

DÉFÉRER à la Cour de justice de l'Union européenne une demande de décision préjudicielle comportant les questions suivantes en vertu de l'article 267, premier alinéa, sous b), TFUE :

1. Le principe de proportionnalité visé à l'article 5, paragraphe 4 et à l'article 12, sous b), du traité sur l'Union européenne et le droit à un recours effectif devant un tribunal, visé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, admettent-ils une disposition de droit national telle que l'article 16, paragraphe 2, point 3, ZKPO [Zakon za korporativnoto podohodno oblagane – loi sur l'imposition des revenus des personnes morales] ?

2. Les paiements d'intérêts visés à l'article 4, paragraphe 1, sous d), de la directive 2003/49/CE représentent-ils une distribution de bénéfices relevant du champ d'application de l'article 5 de la directive 2011/96/CE ?

3. Les dispositions de l'article 1^{er}, paragraphes 1, sous b) et 3, et de l'article 5 de la directive 2011/96/CE sont-elles applicables aux paiements relatifs à un prêt sans intérêt, dont la date d'échéance intervient 60 ans après sa conclusion, et qui relève de l'article 4, paragraphe 1, sous d), de la directive 2003/49/CE ?

4. L'article 49 et l'article 63, paragraphes 1 et 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'article 1^{er}, paragraphes 1, sous b) et 3, et l'article 5 de la directive 2011/96/CE ainsi que l'article 4, paragraphe 1, sous d), de la directive 2003/49/CE admettent-ils des dispositions de droit national telles que l'article 195, paragraphe 1, l'article 200, paragraphe 2, ZKPO et l'article 200a, paragraphes 1 et 5, point 4, ZKPO (abrogé) dans leurs versions en vigueur du 1^{er} janvier 2011 au 1^{er} janvier 2015 et l'article 195, paragraphes 1, 6, point 3, et 11, point 4, ZKPO dans la version en vigueur après le 1^{er} janvier 2015, par ailleurs admettent-ils une pratique fiscale qui consiste à soumettre à un impôt à la source les intérêts non payés [Or. 32] d'un prêt sans intérêt qui a été octroyé par une société mère située dans un autre État membre à une société résidente et dont la date d'échéance intervient 60 ans après le 22 novembre 2013 ?

5. L'article 3, paragraphe 1, sous h) à j), l'article 5, paragraphe 1, sous a) et b), l'article 7, paragraphe 1 et l'article 8 de la directive 2008/7/CE du Conseil, du 12 février 2008, concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux admettent-ils des dispositions de droit national telles que l'article 16, paragraphes 1 et 2, point 3 et l'article 195, paragraphe 1, ZKPO relatives à l'application d'un impôt à la source sur un revenu fictif d'intérêts, déterminé dans le cadre d'un prêt sans intérêt qui a été octroyé à une société résidente par une société d'un autre État membre – propriétaire unique du capital de l'emprunteur ?

6. La transposition de la directive 2003/49/CE à partir de 2011, avant l'expiration de la période transitoire visée à l'annexe VI, partie « Fiscalité », point 3, de l'acte

relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République de Bulgarie et du protocole relatif aux conditions et modalités d'admission de la République de Bulgarie à l'Union européenne, dans l'article 200, paragraphe 2 et dans l'article 200a, paragraphes 1 et 5, point 4, ZKPO avec un taux d'imposition fixé à 10 % au lieu du taux maximal de 5 % prévu à l'acte et au protocole du traité d'adhésion enfreint-elle le principe de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime ?

[omissis : procédure nationale]

SURSEOIR à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice de l'Union européenne se prononce.

[omissis : procédure nationale]

DOCUMENT DE TRAVAIL