

Edición provisional

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. JULIANE KOKOTT

presentadas el 19 de enero de 2017 (1)

Asunto C-6/16

Eqiom SAS, anteriormente Holcim France SAS,

Enka SA

contra

Ministre des finances et des comptes publics

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État (Consejo de Estado, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Francia)]

«Legislación tributaria — Libertad de establecimiento (artículo 43 CE) — Libre circulación de capitales (artículo 56 CE) — Directiva 90/435/CEE — Directiva sobre sociedades matrices y filiales — Retención en origen sobre los dividendos transferidos al exterior — Prevención de la evasión fiscal — Abuso de derecho»

I. Introducción

1. El presente procedimiento versa básicamente sobre las circunstancias en que un Estado miembro puede denegar, por razones de prevención de la evasión fiscal, una exención de la retención en origen concedida normalmente en caso de pago de dividendos de una filial residente a su sociedad matriz no residente.

2. La cuestión se plantea en relación con una disposición francesa mediante la cual se pretende evitar la invocación fraudulenta de dicha exención de la retención en origen, establecida con carácter general en el artículo 5 de la Directiva 90/435/CEE (2) (en lo sucesivo, «Directiva sobre sociedades matrices y filiales»), que resulta aplicable *ratione temporis* al presente asunto. En aplicación de dicha disposición, las autoridades tributarias denegaron la exención de la retención en origen sobre los dividendos abonados por una sociedad establecida en Francia a su sociedad matriz luxemburguesa. Por su parte, la empresa domiciliada en Luxemburgo se hallaba sometida al control indirecto de una sociedad con domicilio en Suiza, y no se pudo aportar la prueba, exigida en estos casos, de que la estructura de la cadena de participaciones no respondía principalmente a motivos fiscales.

3. Se cuestiona la compatibilidad de la disposición francesa, dirigida en principio a combatir una forma de «Directive shopping», (3) con la Directiva sobre sociedades matrices y filiales y con las libertades fundamentales. Precisamente, los renovados esfuerzos de los últimos tiempos por combatir las prácticas fiscales fraudulentas en el ámbito europeo (4) y en el internacional (5) ponen de manifiesto la especial relevancia de este tema. Aunque, por razones mismas de equidad tributaria, es necesario hacer frente constantemente a la evasión fiscal, en este empeño debe respetarse siempre la proporcionalidad.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

4. El marco jurídico del Derecho primario en este caso lo constituyen las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de capitales. Dado que en el litigio principal se ha de juzgar la legalidad de la tributación de distribuciones de beneficios efectuadas en los años 2005 y 2006, para responder a la petición de decisión prejudicial debe hacerse referencia a las disposiciones de los Tratados en su versión del Tratado de Ámsterdam. (6)

5. En cuanto al Derecho derivado, es relevante la Directiva sobre sociedades matrices y filiales, la cual, con arreglo a su artículo 1, apartado 1, debe ser aplicada por cada Estado miembro:

«[...]

— a las distribuciones de beneficios efectuadas por sociedades de dicho Estado [a sociedades] en otros Estados miembros [de las cuales sean filiales],

[...]»

6. Respecto a dichas distribuciones de beneficios, el artículo 5 de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales establece:

«Los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz quedarán exentos de la retención en origen.»

7. El artículo 1, apartado 2, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales dispone:

«La presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos.»

B. Derecho nacional

8. Con arreglo al artículo 119 *bis*, apartado 2, de la versión aquí pertinente del Code général des impôts français (Código tributario general; en lo sucesivo, «CGI»), están sujetos a retención en origen los rendimientos distribuidos por personas jurídicas francesas a personas que no tengan su domicilio fiscal o su sede en Francia.

9. De conformidad con el artículo 119 *ter*, apartado 1, en relación con el apartado 2, del CGI, en determinadas circunstancias están exentos de dicha retención en origen los rendimientos distribuidos a una persona jurídica. Entre esas circunstancias figura la de que dicha persona jurídica acredite, ante el deudor o el pagador de tales rendimientos, que es el beneficiario efectivo de los dividendos. Además, dicha persona jurídica debe tener su sede de dirección efectiva en un Estado miembro de la Unión Europea, debe revestir una de las formas enumeradas en el anexo de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales y, asimismo, debe tener una participación mínima del 20 % en el capital de la persona jurídica que distribuye los dividendos.

10. Sin embargo, con arreglo al artículo 119 *ter*, apartado 3, del CGI, la exención no es aplicable cuando el beneficiario de los dividendos distribuidos sea una persona jurídica controlada directa o indirectamente por una o varias personas residentes en Estados que no son miembros de la Unión, salvo que dicha persona jurídica acredite que la cadena de participaciones no tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales beneficiarse de la exención.

III. Procedimiento principal y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

11. El presente procedimiento tiene su origen en un litigio entre las sociedades Egiom SAS y Enka SA (en lo sucesivo, también denominadas «demandantes en el procedimiento principal»), por un lado, y las autoridades tributarias francesas, por otro.

12. En los años 2005 y 2006, una predecesora jurídica de la sociedad Egiom, residente en Francia, distribuyó dividendos a su sociedad matriz y única accionista, la sociedad Enka, con sede en Luxemburgo. Las participaciones de esta última, en el período aquí relevante, eran casi íntegramente propiedad de una sociedad establecida en Chipre, que, a su vez, estaba controlada por una sociedad con sede en Suiza.

13. La autoridad competente no concedió la exención de la retención en origen sobre los dividendos distribuidos, con arreglo al artículo 119 *ter*, apartado 1, en relación con el apartado 2, del CGI. En su opinión, las distribuciones estaban comprendidas en el ámbito de aplicación de la excepción establecida en el apartado 3 de la citada disposición, ya que la beneficiaria no pudo acreditar que el disfrute de la exención no constituía el objetivo principal o uno de los objetivos principales de la cadena de participaciones. Las sociedades afectadas interpusieron recurso contra dicha decisión.

14. El Conseil d'État (Consejo de Estado), que actualmente conoce del litigio, considera que el Derecho de la Unión es determinante para la resolución del asunto y, por este motivo, el 30 de diciembre de 2015 remitió al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales en virtud del artículo 267 TFUE:

«1) Cuando en una normativa nacional de un Estado miembro se haga uso en Derecho interno de la facultad prevista en el artículo 1, apartado 2, de la [Directiva sobre sociedades matrices y filiales], ¿procede efectuar un control de los actos o acuerdos adoptados para el ejercicio de esta facultad a la luz del Derecho primario de la Unión Europea?

2) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 2, de la misma Directiva, que concede a los Estados miembros un amplio margen de apreciación para determinar qué disposiciones son

«necesarias a fin de evitar fraudes y abusos», en el sentido de que se opone a que un Estado miembro adopte una medida destinada a excluir de la exención los dividendos distribuidos a una persona jurídica controlada directa o indirectamente por una o varias personas residentes en Estados que no son miembros de la Unión, salvo que dicha persona jurídica acredite que la cadena de participaciones no tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales beneficiarse de la exención?

3) a) En el supuesto de que la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la medida «antiabuso» mencionada anteriormente deba evaluarse también a la luz de las disposiciones del Tratado, ¿procede examinar dicha compatibilidad, teniendo en cuenta el objetivo de la normativa de que se trata, a la luz del artículo 43 [CE], actualmente artículo 49 [TFUE], aun cuando la sociedad beneficiaria de la distribución de los dividendos esté controlada directa o indirectamente, en virtud de una cadena de participaciones que tenga entre sus objetivos principales el beneficiarse de la exención, por una o varias personas residentes en Estados terceros que no pueden acogerse a la libertad de establecimiento?

b) En caso de respuesta negativa a la cuestión anterior, ¿debe apreciarse esta compatibilidad a la luz del artículo 56 [CE], actualmente artículo 63 [TFUE]?

4) ¿Deben interpretarse las disposiciones citadas en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que prive de la exención de la retención en origen a los dividendos pagados por una sociedad de un Estado miembro a una sociedad establecida en otro Estado miembro cuando el beneficiario de tales dividendos sea una persona jurídica controlada directa o indirectamente por una o varias personas residentes en Estados que no son miembros de la Unión Europea, a menos que ésta acredite que la cadena de participaciones no tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales beneficiarse de la exención?»

15. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia han presentado observaciones por escrito las demandantes en el procedimiento principal, la República Francesa, el Reino de Dinamarca, la República Italiana, el Reino de España y la Comisión Europea. En la vista oral celebrada el 30 de noviembre de 2016 han intervenido las mencionadas partes, con excepción de la República Italiana, del Reino de España y de la República Federal de Alemania.

IV. Apreciación jurídica

16. Con sus cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si la Directiva sobre sociedades matrices y filiales y las libertades fundamentales se oponen a una disposición de un Estado miembro como el artículo 119 *ter*, apartado 3, del CGI, con arreglo a la cual los dividendos distribuidos por una sociedad de ese Estado miembro a una sociedad establecida en otro Estado miembro no gozan de la exención de la retención en origen si la sociedad destinataria está sometida al control, directo o indirecto, de partícipes sitos en Estados terceros, a no ser que la sociedad destinataria acredite que el disfrute de la exención no constituye el objetivo principal ni uno de los objetivos principales de la cadena de participaciones.

17. En mi apreciación voy a ocuparme en primer lugar de la segunda cuestión prejudicial, referida a la Directiva sobre sociedades matrices y filiales (véase la sección A). Posteriormente, me dedicaré a las cuestiones primera, tercera y cuarta, que tienen por objeto la compatibilidad de la medida con el Derecho primario, concretamente con las libertades fundamentales (véase la sección B).

A. Sobre la segunda cuestión prejudicial

18. Con la segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente se pretende

aclarar si la disposición controvertida es compatible con la Directiva sobre sociedades matrices y filiales.

19. Entre las partes no se discute que el pago de dividendos de que se trata está comprendido, en principio, en el ámbito de aplicación de dicha Directiva. Por lo tanto, Francia, como Estado de establecimiento de la sociedad que los distribuye, debería eximir los dividendos de la retención en origen, con arreglo al artículo 5 de la Directiva. Sin embargo, Francia considera que los requisitos añadidos que impone a la concesión de la exención se ven respaldados por el artículo 1, apartado 2, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales. En virtud de este precepto, la Directiva no se opone a la aplicación de disposiciones nacionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos.

20. En consecuencia, procede comprobar si una disposición nacional como el artículo 119 *ter*, apartado 3, del CGI puede hallar fundamento en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales.

21. En opinión de la Comisión, el artículo 1, apartado 2, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales no es pertinente. Considera que, dado que en la adopción de la disposición controvertida no se aprecia medida alguna de transposición de la Directiva, a la hora de valorar su compatibilidad con el Derecho de la Unión se ha de atender únicamente al Derecho primario.

22. Esta tesis no puede prosperar. El artículo 1, apartado 2, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales constituye un marco que traza ciertos límites para la actuación de los Estados miembros cuando deniegan la concesión de beneficios de la Directiva a fin de evitar fraudes y abusos. En efecto, del propio tenor del citado precepto se desprende, *a sensu contrario*, que la Directiva se opone a aquellas disposiciones que *no* persigan la prevención de fraudes y abusos y a las que vayan más allá de lo necesario a tal fin. (7)

23. Por otro lado, una interpretación diferente podría socavar el efecto útil de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales, ya que, en contra de lo que implícitamente entiende la Comisión, no pueden considerarse necesariamente equivalentes los análisis de la disposición francesa controvertida efectuados a la luz de la Directiva, por un lado, y de las libertades fundamentales, por otro. Si con la aplicación del artículo 119 *ter*, apartado 3, del CGI Francia hubiese sobrepasado el margen que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales concede a los Estados miembros, procedería conceder sin reservas la exención de la retención en origen. En cambio, en caso de que prosperase la invocación de las libertades fundamentales, sólo se garantizaría, en principio, la igualdad de trato con una situación interior comparable.

24. En el artículo 1, apartado 2, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales se plasma el principio general del Derecho de la Unión que prohíbe el abuso de derecho. (8) Nadie puede invocar abusivamente el Derecho de la Unión. (9) Aunque el tenor del precepto no especifica el concepto de «abuso», (10) en modo alguno puede verse en él una mera remisión a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. De lo contrario, existiría el riesgo de que se restringiese a voluntad, según la práctica de cada Estado miembro, el ámbito de aplicación de la Directiva.

25. Sin embargo, en tanto que excepción, el artículo 1, apartado 2, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales debe ser interpretado restrictivamente. (11) Así lo exige también, particularmente en cuanto a las medidas de prevención de abusos, el principio de seguridad jurídica. En efecto, si un particular cumple formalmente todos los requisitos para disfrutar de un derecho, sólo en ciertos casos especiales podrá verse privado de ese derecho en virtud de un reproche de abuso.

26. Como ya ha resuelto el Tribunal de Justicia en relación con la Directiva sobre sociedades matrices y filiales, las estructuras de participación concebidas con el único fin de beneficiarse de las ventajas fiscales previstas en la Directiva constituyen una forma de abuso. (12) A este respecto, esta Directiva también presupone que deben existir razones económicas que expliquen la estructura. En cambio, no está protegido el simple propósito de obtener una ventaja puramente fiscal, sin relación con realidad económica alguna. (13) Por lo tanto, el artículo 1, apartado 2, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales no se opone a la denegación de una exención de la retención en origen en virtud del artículo 119 *ter*, apartado 3, del CGI si la sociedad beneficiaria forma parte de una cadena de participaciones constituida esencialmente por motivos meramente fiscales. (14)

27. Ahora bien, con arreglo al artículo 119 *ter*, apartado 3, del CGI, el solo hecho de que la sociedad que percibe los dividendos esté controlada directa o indirectamente por personas no residentes en la Unión justifica la presunción de un uso abusivo de la exención de la retención en origen. Corresponde entonces al beneficiario acreditar que la cadena de participaciones no responde esencialmente a fines fiscales.

28. Este planteamiento va más allá de lo necesario para combatir la evasión fiscal y excede los límites marcados por el artículo 1, apartado 2, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales.

29. La aplicación de la disposición controvertida impone al contribuyente justificar sistemáticamente la existencia de motivos no fiscales, sin que la Administración esté obligada a aportar indicios suficientes de evasión fiscal. (15) La mera remisión al control directo o indirecto por partícipes de Estados terceros no puede entenderse como un indicio en este sentido, puesto que en modo alguno se puede afirmar categóricamente que el tratamiento fiscal de las distribuciones de beneficios a sociedades situadas fuera de la Unión sea más favorable en el Estado miembro de la sociedad matriz o de la sociedad matriz última que en Francia.

30. La denegación de la exención de la retención en origen se basa a este respecto en la presunción general de que se producirán evasiones fiscales. Pero tal presunción es inadmisibles. (16) Siempre es necesario un análisis de las circunstancias objetivas y verificables del caso concreto. (17) En caso de que, a raíz de dicho análisis, se genere una sospecha fundada de que no se puede descartar una motivación esencialmente fiscal de la estructura de participación, la denegación por motivo de abuso quedará aun así desvirtuada si el contribuyente alega otras razones, no meramente fiscales, para la estructura, (18) pues la prohibición de prácticas abusivas carece de pertinencia cuando las operaciones en cuestión pueden tener una justificación distinta de la mera obtención de una ventaja fiscal. (19)

31. Por lo tanto, procede responder a la cuestión del órgano jurisdiccional remitente que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales se opone a una disposición de un Estado miembro como el artículo 119 *ter*, apartado 3, del CGI, en la medida en que dicha disposición impone a las sociedades no residentes sometidas al control directo o indirecto de personas residentes en Estados terceros la acreditación de motivos no fiscales para la estructura de la cadena de participaciones, a fin de poderse beneficiar de la exención de la retención en origen con arreglo al artículo 5 de la Directiva, sin que la Administración esté

obligada a aportar indicios suficientes de evasión fiscal.

B. Sobre las cuestiones prejudiciales primera, tercera y cuarta

32. Las cuestiones primera, tercera y cuarta se refieren esencialmente a la compatibilidad de la disposición controvertida del artículo 119 *ter*, apartado 3, del CGI con las libertades fundamentales. Pese a mis anteriores consideraciones, no está de más dar respuesta a estas cuestiones, puesto que de las libertades fundamentales quizá se puedan deducir otras exigencias. A este respecto procede ocuparse en primer lugar de las dudas del órgano jurisdiccional remitente acerca de la existencia de margen para un control a la luz del Derecho primario (véase el epígrafe 1). En segundo lugar se ha de determinar cuál es la libertad fundamental aplicable (epígrafe 2) y, por último, si existe una restricción de dicha libertad fundamental (epígrafe 3).

1. Control a la luz del Derecho primario de la Unión

33. En primer lugar se plantea la cuestión de si la disposición francesa puede ser juzgada a la luz del Derecho primario.

34. Procedería responder negativamente a esta cuestión si la disposición perteneciese a un ámbito que hubiese sido armonizado con carácter exhaustivo a escala de la Unión, pues en ese caso, conforme a reiterada jurisprudencia, la misma no debería apreciarse a la luz de los preceptos del Derecho primario, sino sólo de los de la medida de armonización. (20)

35. Sin embargo, por su objeto el artículo 119 *ter*, apartado 3, del CGI no pertenece a ningún ámbito que haya sido armonizado con carácter exhaustivo. En particular, el artículo 1, apartado 2, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales no puede considerarse como medida de armonización, ya que dicho precepto no obliga a los Estados miembros a aplicar medidas para combatir abusos ni tampoco define requisitos taxativos.

36. Por el contrario, el artículo 1, apartado 2, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales deja al criterio de los Estados miembros la decisión de si procede actuar y, en caso afirmativo, cómo actuar, dentro del marco antes expuesto, contra los abusos en relación con el disfrute de las ventajas que ofrece la Directiva. Ahora bien, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, los Estados miembros sólo pueden hacer uso de las posibilidades que les concede la Directiva respetando las disposiciones fundamentales del Tratado y, en particular, se encuentran vinculados por las libertades fundamentales. (21)

37. Por lo tanto, la disposición controvertida del artículo 119 *ter*, apartado 3, del CGI también está sujeta al control a la luz del Derecho primario de la Unión.

2. Libertad fundamental aplicable

38. A continuación procede determinar cuál es la libertad fundamental pertinente para el examen de la disposición francesa. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si resultan aplicables la libertad de establecimiento (artículo 43 CE, actualmente artículo 49 TFUE) y la libre circulación de capitales (artículo 56 CE, actualmente artículo 63 TFUE).

39. El litigio principal versa sobre el tratamiento fiscal de los dividendos, y éste, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, puede quedar sujeto tanto al artículo 43 CE como al artículo 56 CE. Lo determinante es el objeto de la normativa nacional de que se trate. En caso de que ésta sólo sea aplicable a las participaciones que confieran una influencia real en las decisiones de una sociedad y que permitan determinar las actividades de ésta, serán de aplicación las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento. En cambio, si las

disposiciones nacionales tratan de las participaciones adquiridas con el único objetivo de realizar una inversión de capital sin intención de influir en la gestión y en el control de la empresa, deberán examinarse exclusivamente en relación con la libre circulación de capitales. (22)

40. A juicio de la Comisión, en el presente caso se ve afectada la libertad de establecimiento, pues el artículo 119 *ter*, apartado 3, del CGI se refiere al pago de dividendos a personas que, a su vez, son *controladas* directa o indirectamente por una o más personas residentes fuera de la Unión.

41. Sin embargo, la relación entre la destinataria de los dividendos y las sociedades que la anteceden en la cadena de participaciones no puede ser determinante. En efecto, el litigio principal se refiere a la tributación del pago de dividendos de una sociedad francesa a su accionista establecida en Luxemburgo.

42. La aplicación del artículo 119 *ter*, apartado 3, del CGI a dichos pagos de dividendos requiere que entre la destinataria y la sociedad que los distribuye exista una relación de participación de, al menos, el 20 %. No obstante, tal participación no permite presumir necesariamente que su titular posea una influencia real en las decisiones de la sociedad. (23) Por lo tanto, para determinar la libertad fundamental aplicable debe atenderse a los elementos fácticos del caso concreto. (24)

43. De acuerdo con las explicaciones del órgano jurisdiccional remitente, en la época de que se trata las participaciones en la sociedad francesa que distribuyó los dividendos estaban íntegramente en manos de la sociedad luxemburguesa destinataria. Dado que tal participación, sin duda alguna, confiere a su titular una influencia real en las decisiones de la sociedad, son pertinentes las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento.

3. Restricción de la libertad de establecimiento

44. Por lo tanto, procede verificar si existe una restricción de la libertad de establecimiento. Podría ser así, ya que en aplicación del artículo 119 *ter*, apartado 3, del CGI se excluye la exención de la retención en origen para la sociedad luxemburguesa destinataria de los dividendos.

45. De conformidad con el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE, la libertad de establecimiento confiere a una sociedad constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión Europea el derecho, entre otros, a ejercer su actividad en otros Estados miembros por medio de una filial. (25) Dicha libertad pretende, en particular, garantizar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, al prohibir cualquier discriminación basada en el domicilio de las sociedades. (26)

46. Tal y como ha confirmado el Gobierno francés en la vista oral, sólo están sometidas al requisito especial de acreditación del artículo 119 *ter*, apartado 3, del CGI las distribuciones de beneficios a sociedades no residentes. Los pagos de dividendos a sociedades residentes quedan excluidos. Este hecho hace menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento por parte de sociedades de otros Estados miembros, las cuales podrían verse inducidas a renunciar a la adquisición, la creación o el mantenimiento de una filial en Francia. (27)

47. A este respecto es irrelevante que la sociedad que invoca la libertad de establecimiento esté controlada indirectamente por personas residentes en Estados terceros, ya que, tal y como ha aclarado el Tribunal de Justicia, de ninguna disposición del Derecho de la Unión se deduce que el origen de los accionistas de una sociedad repercute en el derecho de ésta a prevalerse de la libertad de establecimiento. (28)

48. En consecuencia, la referida diferencia de trato fiscal de los dividendos respecto a las sociedades matrices en función del lugar de su domicilio social constituye una restricción a la libertad de establecimiento, prohibida en principio por los artículos 43 CE y 48 CE. (29)

49. Conforme a la jurisprudencia, tal restricción sólo puede admitirse si afecta a situaciones que no son objetivamente comparables entre sí [véase la letra a)] o si resulta justificada por una razón imperiosa de interés general [véase la letra b)]. (30)

a) Sobre la comparabilidad objetiva

50. En general, el Tribunal de Justicia juzga la comparabilidad objetiva de las situaciones en relación con el objetivo de la normativa de que se trate. (31) A este respecto, podría cuestionarse si los pagos de dividendos a sociedades residentes y a sociedades no residentes constituyen situaciones comparables, ya que la medida controvertida pretende evitar que nacionales de Estados terceros eludan la retención en origen constituyendo en la Unión sociedades interpuestas y aprovechándose de las diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En cambio, los dividendos distribuidos a sociedades residentes se someten en todo caso al mismo ordenamiento jurídico.

51. Sin embargo, para el Tribunal de Justicia el criterio decisivo respecto a los pagos de dividendos es el ejercicio de la potestad tributaria. (32) Conforme a este criterio debe reconocerse, sin más, la comparabilidad objetiva, ya que Francia somete a su potestad tributaria los pagos de dividendos tanto a destinatarios residentes como a no residentes.

b) Sobre la justificación

52. Por lo tanto, queda por comprobar si la restricción de la libertad de establecimiento que resulta del artículo 119 *ter*, apartado 3, del CGI está justificada por una razón imperiosa de interés general.

53. Francia alega que tal razón reside en la lucha contra el fraude y la evasión fiscales.

54. De acuerdo con reiterada jurisprudencia, una medida restrictiva puede estar justificada por la citada razón si se refiere específicamente a los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, cuyo único objetivo sea lograr una ventaja fiscal. (33)

55. Sin embargo, en el presente caso no está claro que la medida francesa se dirija específicamente contra tales montajes. En efecto, habida cuenta de que el artículo 119 *ter*, apartado 3, del CGI exige acreditar que la cadena de participaciones no tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales beneficiarse de la exención de la retención en origen, lo determinante para dicho precepto es la búsqueda de una ventaja fiscal. Pero este criterio subjetivo no basta por sí solo para apreciar la existencia de un montaje artificial en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. (34) Es preciso que, además, resulte de elementos objetivos que, a pesar del cumplimiento formal de los requisitos para la concesión de la exención fiscal, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por la libertad de establecimiento. (35)

56. Dicho objetivo ha de considerarse desvirtuado cuando de una apreciación global de las

circunstancias se desprenda que la exención de la retención en origen en realidad no beneficia a la sociedad del otro Estado miembro, destinataria de los dividendos, sino directamente a un nacional de un Estado tercero. En efecto, la libertad de establecimiento protege, por definición, sólo a los nacionales de los Estados miembros. (36)

57. La naturaleza de la sociedad interpuesta puede ofrecer indicios al respecto. Así, habrá de presumirse la existencia de un montaje artificial cuando la sociedad constituya una mera implantación ficticia, en el sentido de una «sociedad fantasma». (37) E incluso aunque exista una presencia física, las circunstancias económicas y personales podrían llevar a la conclusión de que se trata de un montaje artificial. A este respecto parecen determinantes, por ejemplo, las facultades efectivas de decisión de los órganos de la sociedad, la dotación de ésta con medios económicos propios o la existencia de un riesgo comercial.

58. Dado que estos factores no se tienen en cuenta a la hora de aplicar el artículo 119 *ter*, apartado 3, del CGI, la medida no constituye un medio adecuado para actuar específicamente contra los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, cuyo único objetivo sea lograr una ventaja fiscal.

59. En todo caso, la disposición controvertida va más allá de lo necesario para combatir la evasión fiscal, ya que, en definitiva, impone a las sociedades que se acogen a la exención de la retención en origen la carga de la prueba de la inexistencia de un abuso, sólo por el hecho de estar sometidas al control directo o indirecto de una persona no residente en la Unión. (38) De acuerdo con la jurisprudencia, tal presunción general de evasión fiscal no puede justificar una medida tributaria restrictiva. (39) Sin embargo, el artículo 119 *ter*, apartado 3, del CGI invierte la carga de la prueba sin que las autoridades tributarias estén obligadas a aportar indicios suficientes de evasión fiscal. (40)

4. Conclusión parcial

60. Por lo tanto, procede responder a las cuestiones primera, tercera y cuarta que el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE, se opone a una disposición de un Estado miembro como el artículo 119 *ter*, apartado 3, del CGI, en la medida en que dicha disposición impone a las sociedades no residentes sometidas al control directo o indirecto de personas residentes en Estados terceros la acreditación de motivos no fiscales para la estructura de la cadena de participaciones, a fin de poderse beneficiar de la exención de la retención en origen con arreglo al artículo 5 de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales, sin que la Administración esté obligada a aportar indicios suficientes de la existencia de un montaje artificial, carente de realidad económica, cuyo único objetivo sea lograr una ventaja fiscal.

V. Conclusión

61. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia responder del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Conseil d'État (Consejo de Estado):

«El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/435/CEE y el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE, se oponen a una disposición de un Estado miembro con arreglo a la cual se impone a las sociedades no residentes sometidas al control directo o indirecto de personas residentes en Estados terceros la acreditación de motivos no fiscales para la estructura de la cadena de participaciones, a fin de poderse beneficiar de la exención de la retención en origen con arreglo al artículo 5 de la Directiva, sin que la Administración esté obligada a aportar indicios suficientes de la existencia de un montaje artificial, carente de realidad económica, cuyo único objetivo sea lograr una ventaja fiscal.»

1 Lengua original: alemán.

2 Directiva del Consejo de 23 de julio de 1990 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DO 1990, L 225, p. 6), sustituida actualmente por la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011 (DO 2011, L 345, p. 8).

3 En la variante que aquí interesa, un nacional de un Estado tercero no favorecido por la Directiva sobre sociedades matrices y filiales configura sus relaciones constituyendo una sociedad interpuesta en la Unión, de manera que le permita aprovecharse de la exención de la retención en origen prevista en la Directiva.

4 Véanse la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (DO 2016, L 193, p. 1); la Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 de enero de 2015 (DO 2015, L 21, p. 1), mediante la cual se incorporó a la versión actual de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales la llamada «norma mínima contra las prácticas abusivas», y la Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012 sobre la planificación fiscal agresiva [C(2012) 8806 final].

5 Véanse, en particular, los Informes finales de la OCDE relativos al Proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios («BEPS»), publicados el 5 de octubre de 2015 y disponibles en <http://www.oecd.org/ctp/beps?2015?final?reports.htm>.

6 DO 1997, C 340, p. 1.

7 Con excepción de las versiones alemana y neerlandesa, el artículo 1, apartado 2, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales se refiere expresamente a las disposiciones necesarias a fin de evitar fraudes y abusos, a las cuales no se opone la Directiva.

8 Véase la sentencia de 5 de julio de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408), apartado 38 y jurisprudencia citada.

9 Véanse las sentencias de 12 de mayo de 1998, Kefalas y otros (C-367/96, EU:C:1998:222), apartado 20; de 23 de marzo de 2000, Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150), apartado 33; de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (C-255/02, EU:C:2006:121), apartado 68; de 13 de marzo de 2014, SICES y otros (C-155/13 EU:C:2014:145), apartado 29, y de 28 de julio de 2016, Kratzer (C-423/15, EU:C:2016:604), apartado 37.

10 A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el artículo 15 de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, en materia de fusiones (DO 2009, L 310, p. 34).

11 Véanse las sentencias de 17 de octubre de 1996, Denkavit y otros (C-283/94, C-291/94 y C-292/94, EU:C:1996:387), apartado 27; de 17 de julio de 1997, Leur-Bloem (C-28/95,

EU:C:1997:369), apartados 38 y 39; de 5 de julio de 2007, Kofoed (C?321/05, EU:C:2007:408), apartado 37; de 11 de diciembre de 2008, A.T. (C?285/07, EU:C:2008:705), apartado 31; de 20 de mayo de 2010, Zwijnenburg (C?352/08, EU:C:2010:282), apartado 46, y de 10 de noviembre de 2011, FOGGIA?Sociedade Gestora de Participações Sociais (C?126/10, EU:C:2011:718), apartado 44.

12 Véase la sentencia de 17 de octubre de 1996, Denkavit y otros (C?283/94, C?291/94 y C?292/94, EU:C:1996:387), apartado 31.

13 Sobre la Directiva 2009/133, véanse las sentencias de 17 de julio de 1997, Leur?Bloem (C?28/95, EU:C:1997:369), apartado 47, y de 10 de noviembre de 2011, FOGGIA?Sociedade Gestora de Participações Sociais (C?126/10, EU:C:2011:718), apartado 34.

14 En cuanto a la estructura de participación de que aquí se trata, me permito observar, no obstante, que en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia no ha quedado claro en qué consiste la ventaja fiscal. En efecto, según parece, en caso de pago de dividendos a un partícipe establecido en Suiza, Francia tampoco aplicaría la retención en origen. Véanse el artículo 11, apartado 2, letra b), del Convenio de doble imposición entre Francia y Suiza y el artículo 15, apartado 1, del Acuerdo entre Suiza y la UE, de 26 de octubre de 2004, en materia de fiscalidad de los intereses (DO 2004, L 385, p. 30).

15 Véase la sentencia de 5 de julio de 2012, SIAT (C?318/10, EU:C:2012:415), apartado 55.

16 Véanse las sentencias de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia (C?334/02, EU:C:2004:129), apartado 27; de 9 de noviembre de 2006, Comisión/Bélgica (C?433/04, EU:C:2006:702), apartado 35; de 28 de octubre de 2010, Établissements Rimbaud (C?72/09, EU:C:2010:645), apartado 34, y de 5 de julio de 2012, SIAT (C?318/10, EU:C:2012:415), apartado 38 y jurisprudencia citada.

17 Véanse las sentencias de 17 de julio de 1997, Leur?Bloem (C?28/95, EU:C:1997:369), apartados 41 y 44; de 9 de marzo de 1999, Centros (C?212/97, EU:C:1999:126), apartado 25; de 21 de noviembre de 2002, X e Y (C?436/00, EU:C:2002:704), apartado 42; de 20 de mayo de 2010, Zwijnenburg (C?352/08, EU:C:2010:282), apartado 44, y de 10 de noviembre de 2011, FOGGIA?Sociedade Gestora de Participações Sociais (C?126/10, EU:C:2011:718), apartado 37.

18 Véanse las sentencias de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C?524/04, EU:C:2007:161), apartado 82; de 5 de julio de 2012, SIAT (C?318/10, EU:C:2012:415), apartado 50, y de 3 de octubre de 2013, Itelcar (C?282/12, EU:C:2013:629), apartado 37.

19 Véanse las sentencias de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (C?255/02, EU:C:2006:121), apartado 75; de 22 de diciembre de 2010, Weald Leasing (C?103/09, EU:C:2010:804), apartado 30; de 12 de septiembre de 2013, Slancheva sila (C?434/12, EU:C:2013:546), apartado 42; de 13 de marzo de 2014, SICES y otros (C?155/13, EU:C:2014:145), apartado 33; de 9 de julio de 2015, Cimmino y otros (C?607/13, EU:C:2015:448), apartado 65; de 14 de abril de 2016, Cervati y Malvi (C?131/14, EU:C:2016:255), apartado 34, y de 28 de julio de 2016, Kratzer (C?423/15, EU:C:2016:604), apartado 40.

- 20 Véanse las sentencias de 12 de octubre de 1993, Vanacker y Lesage (C?37/92, EU:C:1993:836), apartado 9; de 23 de mayo de 1996, Hedley Lomas (C?5/94, EU:C:1996:205), apartado 18; de 11 de diciembre de 2003, Deutscher Apothekerverband (C?322/01, EU:C:2003:664), apartado 64, y de 30 de abril de 2014, UPC DTH (C?475/12, EU:C:2014:285), apartado 63.
- 21 Véanse las sentencias de 18 de septiembre de 2003, Bosal (C?168/01, EU:C:2003:479), apartado 26; de 23 de febrero de 2006, Keller Holding (C?471/04, EU:C:2006:143), apartado 45; de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C?446/04, EU:C:2006:774), apartado 46; de 1 de octubre de 2009, Gaz de France ? Berliner Investissement (C?247/08, EU:C:2009:600), apartado 53, y de 2 de septiembre de 2015, Groupe Steria (C?386/14, EU:C:2015:524), apartado 39.
- 22 Véanse las sentencias de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C?446/04, EU:C:2006:774), apartados 36 y 37; de 10 de febrero de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel y Österreichische Salinen (C?436/08 y C?437/08, EU:C:2011:61), apartados 33 a 35; de 15 de septiembre de 2011, Accor (C?310/09, EU:C:2011:581), apartados 30 a 32, y de 11 de septiembre de 2014, Kronos International (C?47/12, EU:C:2014:2200), apartados 29 a 32.
- 23 Acerca de la tenencia de una tercera parte de las participaciones de una sociedad, véase la sentencia de 13 de abril de 2000, Baars (C?251/98, EU:C:2000:205), apartado 20. Sobre una participación del 10 %, véanse también las sentencias de 3 de octubre de 2013, Itelcar (C?282/12, EU:C:2013:629), apartado 22, y de 11 de septiembre de 2014, Kronos International (C?47/12, EU:C:2014:2200), apartado 31.
- 24 Véanse las sentencias de 13 de abril de 2000, Baars (C?251/98, EU:C:2000:205), apartado 21; de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C?446/04, EU:C:2006:774), apartados 37 y 38; de 13 de noviembre de 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C?35/11, EU:C:2012:707), apartados 93 y 94, y de 11 de septiembre de 2014, Kronos International (C?47/12, EU:C:2014:2200), apartado 37.
- 25 Véanse las sentencias de 21 de septiembre de 1999, Saint?Gobain ZN (C?307/97, EU:C:1999:438), apartado 35; de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C?446/03, EU:C:2005:763), apartado 30; de 17 de julio de 2014, Nordea Bank (C?48/13, EU:C:2014:2087), apartado 17, y de 17 de diciembre de 2015, Timac Agro Deutschland (C?388/14, EU:C:2015:829), apartado 40.
- 26 Véanse las sentencias de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia (270/83, EU:C:1986:37), apartado 14; de 21 de septiembre de 1999, Saint?Gobain ZN (C?307/97, EU:C:1999:438), apartado 35; de 14 de diciembre de 2006, Denkavit Internationaal y Denkavit France (C?170/05, EU:C:2006:783), apartado 22, y de 12 de junio de 2014, SCA Group Holding y otros (C?39/13 a C?41/13, EU:C:2014:1758), apartado 45.
- 27 Véanse las sentencias de 12 de diciembre de 2002, Lankhorst?Hohorst (C?324/00, EU:C:2002:749), apartado 32; de 23 de febrero de 2006, Keller Holding (C?471/04, EU:C:2006:143), apartado 35, y de 14 de diciembre de 2006, Denkavit Internationaal y Denkavit France (C?170/05, EU:C:2006:783), apartado 30.
- 28 Véase la sentencia de 1 de abril de 2014, Felixstowe Dock and Railway Company y otros (C?80/12, EU:C:2014:200), apartado 40.

- 29— Véase la sentencia de 14 de diciembre de 2006, Denkvit Internationaal y Denkvit France (C?170/05, EU:C:2006:783), apartado 29.
- 30 Véanse las sentencias de 25 de febrero de 2010, X Holding (C?337/08, EU:C:2010:89), apartado 20; de 6 de septiembre de 2012, Philips Electronics (C?18/11, EU:C:2012:532), apartado 17; de 17 de julio de 2014, Nordea Bank (C?48/13, EU:C:2014:2087), apartado 23, y de 17 de diciembre de 2015, Timac Agro Deutschland (C?388/14, EU:C:2015:829), apartado 26.
- 31 Véanse las sentencias de 25 de febrero de 2010, X Holding (C?337/08, EU:C:2010:89), apartado 22; de 21 de febrero de 2013, A (C?123/11, EU:C:2013:84), apartado 33, y de 12 de junio de 2014, SCA Group Holding y otros (C?39/13 a C?41/13, EU:C:2014:1758), apartado 28.
- 32 Véanse las sentencias de 14 de diciembre de 2006, Denkvit Internationaal y Denkvit France (C?170/05, EU:C:2006:783), apartados 34 y 36, y de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C?374/04, EU:C:2006:773), apartado 68.
- 33 Véanse las sentencias de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C?196/04, EU:C:2006:544), apartado 55; de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C?524/04, EU:C:2007:161), apartado 74; de 4 de diciembre de 2008, Jobra (C?330/07, EU:C:2008:685), apartado 35, y de 5 de julio de 2012, SIAT (C?318/10, EU:C:2012:415), apartado 40.
- 34 Véase la sentencia de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C?196/04, EU:C:2006:544), apartado 63.
- 35 Véase la sentencia de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C?196/04, EU:C:2006:544), apartado 64.
- 36 Véanse las sentencias de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C?196/04, EU:C:2006:544), apartado 53; de 11 de marzo de 2010, Attanasio Group (C?384/08, EU:C:2010:133), apartado 36, y de 23 de febrero de 2016, Comisión/Hungría (C?179/14, EU:C:2016:108), apartado 148.
- 37 Véase la sentencia de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C?196/04, EU:C:2006:544), apartados 67 y 68.
- 38 Véanse los puntos 27 a 30 de las presentes conclusiones.
- 39 Véanse las sentencias de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia (C?334/02, EU:C:2004:129), apartado 27; de 9 de noviembre de 2006, Comisión/Bélgica (C?433/04, EU:C:2006:702), apartado 35; de 28 de octubre de 2010, Établissements Rimbaud (C?72/09, EU:C:2010:645), apartado 34, y de 5 de julio de 2012, SIAT (C?318/10, EU:C:2012:415), apartado 38 y la jurisprudencia allí citada.
- 40 Véase la sentencia de 5 de julio de 2012, SIAT (C?318/10, EU:C:2012:415), apartado 55.