329 Les 15 ans du Code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises : état des lieux et perspectives

Nous reproduisons ci-après les actes du colloque intitulé « Les 15 ans du Code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises : état des lieux et perspectives », organisé par les universités de Paris-Est Créteil Val de Marne et de Rennes 1, en partenariat avec la *Revue de droit fiscal*, le 29 novembre 2012 au Palais du Luxembourg à Paris.
L'organisation scientifique du colloque a été assurée par M. Emmanuel Raingeard de la Blétière et Mme Marilyne Sadowsky. Les présidences des différentes sessions incombaient à M. Philippe Durand, M. Emmanuel Raingeard de la Blétière, M. Alexandre Maitrot de la Motte et M. Daniel Gutmann.

Sommaire

330 **Allocution d'ouverture**,
par Emmanuel RAINGEARD DE LA BLÉTIÈRE

331 **Les raisons d'être du Code de conduite contre la concurrence fiscale dommageable**,
par Michel AUJEAN et Clara MAIGNAN

332 **L'objectif de lutte contre la concurrence fiscale dommageable : regards croisés UE-OCDE**,
par Philippe DURAND, Pascal SAINT-AMANS et Philip KERMODE

333 **Vers une lutte contre le « planning » fiscal dommageable ?**,
par Emmanuel RAINGEARD DE LA BLÉTIÈRE, Raphaël COIN, Philip KERMODE et Pascal SAINT-AMANS

334 **Les aides d'État et la concurrence fiscale dommageable**,
par Alexandre MAITROT DE LA MOTTE

335 **L'arrêt *Gibraltar* de la CJUE : la fin des paradis fiscaux au sein de l'Union européenne ?**,
par Emmanuelle BROUSSY

336 **A Model Fiscal Aid Assessment for the Internal Market**,
par Pierpaolo ROSSI-MACCANICO

337 **Vers un système fiscal standard ?**,
par Marilyne SADOWSKY

338 **Code de conduite, droit des aides d'État : quels résultats sur l'évolution de la fiscalité et des comportements ?**,
par Daniel GUTMANN, Gaël PERRAUD, Raffaele RUSSO et Patrick SUET

339 **Conclusion**,
par Philippe DURAND

330 Allocution d'ouverture

Emmanuel Raingeard de la Blétière,
maître de conférences à l'université de Rennes 1 et membre du CDA-PR, avocat, Landwell & Associés

1 - Je vous souhaite la bienvenue à ce colloque consacré aux quinze ans du code de conduite en matière de fiscalité des entreprises. Si j'en crois le fait que sur le papier nous faisons salle comble, il s'agit d'un thème qui mobilise. Longtemps considéré comme théorique, il intéresse désormais l'ensemble des parties prenantes, comme le montre la diversité de l'audience ici présente : des universitaires, des représentants d'administrations fiscales française ou étrangère (qu'ils soient impliqués dans les procédures de contrôles ou d'élaboration des normes fiscales), des entreprises et des conseils.

2 - Votre participation tient très probablement à la qualité des intervenants qui nous ont fait l'honneur de leur présence aujourd'hui et que Mme Maryline Sadowsky et moi-même remercions vivement, car sans eux cet événement n'aurait pas reçu un tel écho. Nous remercions aussi M. le Sénateur J. Cornano de nous avoir ouvert les portes du palais du Luxembourg, ainsi que sa collaboratrice parlementaire, Mme Leslie Rival, pour son aide précieuse. Nous remercions aussi nos partenaires sans lesquels nous n'aurions pas été en mesure de l'organiser : nos universités respectives – l'université de Rennes 1, l'UPEC et son centre de recherche Obligations, Biens et Marchés (OBM) dirigé par M. le Professeur Dupichot, qui a contribué au financement de cet événement – le cabinet Landwell & associés, la *Revue de droit fiscal* représentée par son rédacteur en chef M. Thomas Jacquemont.

3 - Il y a quinze ans, le 1er décembre 1997, était adopté ce fameux code de conduite, cette résolution politique par laquelle les États membres s'engageaient à mettre un terme à la concurrence fiscale dommageable au sein de l'Union européenne. L'OCDE menait elle aussi une telle initiative. Des listes de mesures fiscales potentiellement dommageables voyaient le jour.

4 - J'étudiais alors à l'étranger et les professeurs et praticiens ne faisaient que peu de cas de ces « initiatives politiques ». L'opacité des travaux, les difficultés politiques rencontrées et, peut-être, le fait que l'UE et l'OCDE aient suivi des chemins un peu différents ont probablement participé à ce que ces initiatives soient, au départ, mal appréhendées.

5 - Avec du recul, force est de constater que s'amorçait alors une évolution notable voir majeure. Ces travaux, on doit le constater, ont abouti à de nombreuses réformes des systèmes fiscaux, des pratiques fiscales, à un accroissement de l'échange de renseignement et plus largement à des changements de mentalités.

6 - Au fur et à mesure, ces travaux semblent avoir été recentrés sur une autre cible : les comportements dommageables des entreprises. En effet, ces dernières années l'accent est mis sur l'optimisation fiscale, les schémas dits agressifs. Aujourd'hui, les institutions visent plus largement les doubles non-impositions, comme le montrent la consultation de la Commission et le nouveau projet de l'OCDE intitulé « BEPS ».

7 - La lutte contre la fraude et l'évasion fiscale semble être mise au cœur de ce débat par l'Union européenne. Ainsi, mi-novembre (2012), le Conseil de l'UE se félicitait-il de la récente communication de la Commission en matière de fraude et d'évasion fiscale encourageant à la poursuite de ces travaux tout en soulignant qu'il appartenait aux États membres de prendre des mesures en la matière, mais que « des efforts communs devaient être déployés pour mettre un terme aux failles / aux lacunes dans la législation fiscale ».

8 - Cette évolution est nécessairement liée à la crise et aux besoins de ressources budgétaires. Mais pas seulement. Certains États n'ont probablement pas joué le jeu de l'abolition de la concurrence fiscale dommageable en continuant à faire bénéficier les entreprises de leur largesse, mais de manière plus... discrète, moins ostensible. Certains États ont probablement intégré les principes du Code de conduite et développé une nouvelle stratégie visant à attirer non plus des capitaux mobiles – dont la gestion ne requiert que peu voir pas de substance – mais des investissements de plus long terme, des fonctions créatrices de valeur qui impliquent nécessairement des ressources et des emplois, ne serait-ce que par ce que la réglementation prix de transfert requiert que la masse imposable soit localisée là où les fonctions sont exercées. Enfin, cette évolution est probablement liée au niveau technique des entreprises et des conseils lequel aboutit à la mise en place de schémas d'optimisation très complexes.

9 - Comment réagissent les entreprises qui se retrouvent au cœur de ce processus et pour certaines au cœur de la tourmente faisant la une de l'actualité du fait de la mise en place de structures supposées optimisantes. Le public, profane, ne peut que rester songeur, voire accusateur lorsque la presse pointe du doigt la charge fiscale – supposée effective – minime de certains groupes du fait de l'utilisation de schémas, de mécanismes, du type « double structure irlandaise », intérêt notionnel, sandwich néerlandais, etc.

10 - N'oublions pas que dans la quasi-totalité des cas, ces structures sont totalement légales – légalité parfois confirmée par des *rulings* – et même parfois encouragées par les législateurs nationaux ou les administrations fiscales. De même, dans un passé récent, nombre d'administrations ne voyaient aucun problème dans les mécanismes

hybrides considérant que de leur seul point de vue, l'État n'était pas lésé...

11 - Si les temps ont changé, si les mentalités ont évolué, tel n'est pas nécessairement le cas des législations ; or, seul le législateur devrait pouvoir sonner la fin de la récréation... D'ailleurs, l'UE et l'OCDE ne semblent pas dire autre chose en proposant d'adopter des mesures anti-abus coordonnées.

12 - Voilà, en quelques mots, présenté le thème de cette journée et le programme de la matinée durant laquelle nous traiterons des initiatives passées et présentes de l'UE et de l'OCDE.

Le programme de l'après-midi n'est pas moins riche et est le complément nécessaire de cette matinée.

13 - Le début d'après-midi sera consacré à l'analyse des politiques fiscales des États membres sous l'angle des aides d'État. Ce pan du droit de la concurrence est sous-estimé par les différents acteurs. Peu savent que la lutte contre la concurrence fiscale dommageable doit beaucoup à l'action de la Commission en matière d'aide d'État, action qui, me semble-t-il, a été décisive.

14 - Il est légitime de se demander si cette « arme » pourrait être utilisée dans le cadre de la lutte contre les comportements dommageables des entreprises ou plus largement dans le cadre de la lutte contre la double non-imposition.

15 - Dans le prolongement direct de nos réflexions de la matinée, nous nous interrogerons sur la possibilité que les régimes ciblés – du type *patent box* – qui se développent dans l'UE, et dans le monde, puissent être qualifiés d'aides d'État.

16 - Quelles sont les contraintes des États et quels sont les risques encourus par les entreprises bénéficiaires de ces régimes ? Gardons à l'esprit qu'à l'heure actuelle la procédure en matière d'aide d'État fait l'objet d'une refonte majeure qui devrait permettre aux services de la Commission de se concentrer sur les aides d'État les plus dommageables pour le marché intérieur, au rang desquelles se trouve, selon le vice-président de la Commission responsable pour la politique de concurrence Joaquín Almunia [1], les aides fiscales.

17 - La dernière table ronde sera l'occasion de faire le point sur l'impact de l'ensemble de ces développements sur le droit fiscal et sur le comportement des entreprises. Comment les États membres réagissent-ils à ces évolutions ? Qui aurait pensé il y a quelques années que Malte ou les Pays-Bas feraient partie des premiers États membres à adopter des mesures anti-hybrides ? Quel regard l'administration fiscale française porte-t-elle sur ces développements ? Quelle est sa contribution ? Quels enseignements en tire-t-elle ? S'agissant des entreprises, comment voient-elles la multiplication des règles anti-abus ? Comment, en pratique, s'adaptent-elles à ces évolutions, par exemple, en matière de gouvernance fiscale, de prise de risque ? Que pensent-elles des nouveaux développements en matière de *enhanced relationship*, concept promu par l'OCDE ayant pour objet l'instauration d'un dialogue serein et constructif avec l'administration fiscale.

18 - Thème d'actualité s'il en est, mêlant technique et politique fiscales (internationale et nationale) et ayant des incidences pratiques pour les entreprises, tout est réuni pour faire de cet anniversaire un bel événement !

19 - Le programme est, on l'a vu, chargé et je vous propose donc d'ouvrir notre première session en donnant la parole à Maître Philippe Durand, avocat associé du Cabinet Landwell & associés et président du groupement français de l'IFA, qui la présidera.

Mots-Clés : *Colloques - Les 15 ans du Code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises : état des lieux et perspectives - Allocution d'ouverture*

1. *J. Almunia, European Competition Forum, 2 févr. 2011*, discours accessible sur le site de la Commission.

331 Les raisons d'être du Code de conduite contre la concurrence fiscale dommageable

Michel Aujean,
associé Of Counsel,
Taj, société d'avocats membre de Deloitte Touche Tohmatsu Limited

Avec la participation de :

Clara Maignan,
Taj, société d'avocats membre de Deloitte Touche Tohmatsu Limited

1 - Le fonctionnement de l'Union européenne a connu bien des bouleversements depuis 1958 : mondialisation des échanges et de la production, accroissement de la mobilité des biens, des capitaux et des entreprises, croissance rapide des échanges de services, suppression des contrôles aux frontières, adoption de la monnaie unique, vague d'élargissement ayant conduit à l'intégration de douze nouveaux membres, pour la plupart de « petits pays » dont les structures économiques et les niveaux de développement diffèrent sensiblement de l'UE à 15.

Parmi ces changements, l'intensification de la concurrence fiscale apparaît comme l'un des plus significatifs et, potentiellement, des plus dangereux, même s'il a parfois pu sembler porteur de certaines vertus pour limiter les excès des finances publiques.

Il est permis de définir, de manière sommaire, la concurrence fiscale comme la concurrence à laquelle se livrent gouvernements nationaux ou locaux pour attirer la base fiscale sur leur territoire en abaissant leurs taux d'imposition (effectifs). La concurrence fiscale repose donc sur la mobilité de la base fiscale [1].

Or, précisément, le processus d'intégration économique au sein de l'Union européenne a, depuis plusieurs années, tendu à encourager et renforcer la mobilité des opérateurs, des transactions et des capitaux. Ainsi, les entreprises ont pu, grâce au marché unique, diversifier leurs implantations et multiplier les établissements dans les différents États membres. Il leur a dès lors été possible d'exploiter les différences de fiscalité, notamment sur les bénéfices des sociétés, soit en choisissant d'investir davantage là où les taux effectifs d'imposition sont les plus bas, soit, plus simplement, en faisant apparaître le bénéfice imposable dans les pays où son taux d'imposition est le plus faible : grâce à la manipulation des prix de transfert entre établissements au sein d'une même multinationale ou en ayant recours à des techniques de financement à base d'endettement – dont les intérêts sont, dans la plupart des pays, déductibles de l'assiette de l'IS – ou encore à travers la localisation et la valorisation de leurs actifs incorporels.

Les États membres se trouvent ainsi placés dans une situation quelque peu délicate : alors que le principe de non-discrimination vise à empêcher la discrimination à l'encontre des activités ou investisseurs étrangers, la concurrence fiscale vise, à l'opposé, à attirer activités et investisseurs des autres États membres et leurs assiettes d'imposition ! En outre, le contexte institutionnel et macroéconomique de l'Union européenne a contribué à favoriser l'épanouissement la concurrence fiscale entre États membres, surtout depuis l'élargissement aux pays d'Europe centrale. En particulier du fait que dans l'Union européenne, la fiscalité relève, selon l'interprétation dominante des traités et du principe de subsidiarité, de la compétence des États membres, toute initiative commune étant soumise à la règle de l'unanimité, il est devenu extrêmement difficile d'encadrer les développements fiscaux dans une législation commune.

Certes, selon le Traité de Rome, les États membres doivent concourir à « *l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun* » (article 3) au moyen du « *rapprochement progressif* » de leurs politiques économiques qu'ils « *coordonnent* » en ce sens. Toutefois, la fiscalité échappe très largement à la coordination dans le Traité. Si les articles 95 à 98 imposent aux États membres de trouver les voies d'une harmonisation de l'imposition indirecte, aucun n'évoque directement la nécessité de coopérer dans le domaine de l'imposition directe. Par ailleurs, l'article 99 conditionne tout amendement au Traité en matière fiscale à la règle du vote du Conseil à l'unanimité.

1. *A. Bénassy-Quéré, Concurrence et harmonisation fiscale dans l'Union européenne, in M. Aujean et Ch. Saint-Étienne, Stratégies fiscales des États et des entreprises : souveraineté et concurrence : Descartes & Cie, 2009, p. 31 à 43.*

1. L'identification des risques de la concurrence fiscale au sein de l'Union européenne

A. - Les prémices : les rapports Neumark et Ruding

2 - Les risques que la concurrence fiscale peut faire peser sur le Marché commun transparaissent pour la première fois en filigrane dans le rapport Neumark de 1962 [2]. Ainsi, lorsque le rapport analyse les disparités quantitatives et qualitatives existant dans les systèmes financiers des État membres en tant que facteurs capables de nuire à la réalisation des objectifs du marché commun, en comparant la charge fiscale globale, il conclut que « (...) si la différence de charge fiscale entraîne des migrations de capitaux et de personnes, (...) de nombreux facteurs non fiscaux jouent en sens inverse et que les facteurs fiscaux ne jouent ici qu'un rôle limité. Mais une fois déclenché, un tel mouvement provoqué par des facteurs fiscaux a tendance à s'accentuer progressivement. Car, dans la mesure où des êtres humains et des capitaux quittent un lieu de haute pression fiscale pour un lieu de pression fiscale moindre, ces migrations tendent à accentuer encore les disparités locales de potentiel financier ».

C'est toutefois au début des années 90, dans le cadre du rapport Ruding [3], que la notion de concurrence fiscale a, pour la première fois, été véritablement abordée. La Commission avait confié à ce comité d'experts fiscaux indépendants une étude visant à savoir si les différences d'imposition des entreprises au sein de l'Union engendraient des distorsions économiques importantes et incompatibles avec le fonctionnement du marché unique et si on pouvait s'attendre à ce qu'elles disparaissent par le jeu des forces du marché et de la concurrence fiscale ou si une action communautaire devait être envisagée. Le Comité Ruding indique que « rien ne permet de penser qu'une action autonome des gouvernements nationaux pourrait provoquer une concurrence fiscale générale effrénée qui entraînerait l'érosion des recettes de l'impôt sur les sociétés des États membre ». Il relève pourtant « avec inquiétude une tendance chez les États membres à instaurer des régimes fiscaux spéciaux destinés à attirer les activités internationales mobiles, en particulier dans le domaine financier ». Ses principales conclusions furent que les différences entre régimes fiscaux étaient susceptibles d'affecter la localisation des investissements et de fausser la concurrence et que, si certaines convergences avaient été observées dans le passé, les distorsions principales ne pouvaient être réduites grâce aux seuls efforts déployés de manière isolée par les États membres.

Malheureusement, ce rapport ne reçut guère d'appuis. La Commission, elle-même, dans une Communication de juin 1992, écarte l'idée d'un risque sérieux d'érosion des recettes d'impôt sur les sociétés du fait de la concurrence fiscale et ne retient pas les suggestions du rapport Ruding en matière de taux minimum d'IS (30 %), ni de rapprochement des assiettes.

La question ne sera donc plus débattue pendant plusieurs années, alors même que la concurrence fiscale dans laquelle se sont engagés nombre d'États membres s'amplifie et s'avère être un jeu à somme négative pour l'Union : les États membres perdant collectivement des recettes sans pour autant créer des activités ou des emplois au niveau de l'Union [4].

Les conséquences de la concurrence fiscale sur la structure des prélèvements obligatoires sont également préoccupantes, compte tenu des contraintes budgétaires et notamment celles qui pèsent sur le financement de la protection sociale en général dans les pays de l'Union européenne (en particulier en France). En effet, dès lors que la concurrence fiscale conduit à un déplacement de la charge fiscale du facteur mobile (capital) vers un facteur moins mobile (travail), un cercle vicieux tend à se développer qui, en renchérissant le coût du travail tend à accélérer la substitution de capital et à réduire l'emploi créant ainsi un besoin accru de financement de la protection sociale.

On notera à cet égard qu'entre 1980 et 1993, le taux implicite d'imposition du travail salarié a globalement augmenté d'environ 20 % dans l'Union européenne, alors que le taux implicite d'imposition des autres facteurs de production – essentiellement le capital et les revenus des entrepreneurs individuels – a chuté de plus de 10 %. En 1996, le taux moyen des impôts et cotisations sociales de l'Union européenne a dépassé le taux record de 42 % réalisé en 1995. En 1995, l'imposition du travail salarié atteignait 51,4 % du total des recettes fiscales de l'Union européenne à quinze États membres ; vingt-cinq ans plus tôt, ce chiffre était de 43,2 % pour l'Europe à six États membres [5].

À la même époque, l'OCDE entame des travaux sur la « dégradation fiscale », travaux qui conduiront cette organisation à publier en mai 1998 un rapport sur la concurrence fiscale dommageable, pour permettre une action coordonnée en vue d'éliminer les pratiques fiscales dommageables.

B. - Le Conseil ECOFIN informel de Vérone

3 - La Commission va finalement relancer la discussion sur le rôle de la politique fiscale au sein de l'Union européenne en présentant un document de réflexion au Conseil ECOFIN informel de Vérone en avril 1996. Celui-ci est novateur en ce qu'il propose une approche globale de la fiscalité (au lieu des approches partielles retenues dans le passé), qu'il évoque l'idée d'un « paquet de mesures », de nature à garantir des avantages à chacun des États membres et qu'il entend placer la politique fiscale dans un cadre géographique allant au-delà des seules frontières de l'Union européenne.

Ce document expose les trois défis auxquels doivent faire face les États membres :

– restaurer la capacité de collecte fiscale des États membres en luttant contre la concurrence fiscale dommageable ;

– éliminer les obstacles fiscaux à l'activité transfrontalière dans le marché intérieur ;

– restructurer les prélèvements fiscaux en réduisant la fiscalité qui pèse sur le travail.

La logique de l'approche résidait également dans ce constat que les États membres n'accepteraient jamais de prendre des risques pour leurs recettes en consentant d'éliminer certains obstacles fiscaux au sein du marché unique tant qu'ils se sentiraient menacés par la concurrence fiscale (dommageable) de leurs voisins [6].

À la suite du Conseil de Vérone, est créé un groupe à haut niveau, réunissant les représentants personnels des ministres des finances et présidé par le commissaire en charge de la fiscalité (à l'époque, Mario Monti), chargé d'aider la Commission dans la définition et la mise en œuvre d'une stratégie fiscale globale. C'est ce groupe de travail, baptisé en décembre 1996 groupe de politique fiscale, qui va élaborer les projets et textes conduisant à l'adoption d'un paquet fiscal le 1er décembre 1997.

2. *Rapport du Comité fiscal et financier, 1962.*
3. *Rapport du Comité d'Experts indépendants sur la fiscalité des entreprises (Commission Ruding), Commission européenne 1992.*
4. *M. Aujean, Une politique fiscale pour la Communauté européenne : le programme de la Commission : Gaz. Pal. 18 déc. 2003, n° 352, p. 6.*
5. *Cabinet d'avocats Fontaneau, Derniers développements en matière de concurrence fiscale dommageable : Fiscalité européenne – Revue Droit international des affaires, Les cahiers fiscaux européens, 2000, p. 39 ; Incitants fiscaux et lutte contre l'évasion fiscale et la concurrence fiscale dans l'Union européenne : Les Cahiers fiscaux européens, 2e semestre 2000, p. 69.*
6. *M. Aujean, L'évolution de la fiscalité en Europe sous l'impulsion de la Commission : 50 ans du Traité de Rome : Gaz. Pal. 10 juill. 2007, n° 191, p. 16.*

En parallèle, la Commission va présenter un plan d'action en faveur du Marché unique [7]. Celui-ci sera adopté par le Conseil européen d'Amsterdam des 16 et 17 juin 1997 et prévoit un volet fiscal tendant à répondre à la nécessité de renforcer la coopération entre États membres. Il s'agit selon le plan de :

– supprimer les distorsions liées à la fiscalité grâce à un large accord des États membres sur un « paquet fiscal » permettant le développement des activités économiques transfrontalières tout en protégeant les systèmes fiscaux contre les distorsions liées aux pertes des recettes résultant de l'évasion et de la fraude fiscales ou du choix de systèmes fiscaux plus avantageux faits par certains agents économiques ;

– créer un système commun de TVA, plus simple et plus cohérent, fondé sur l'origine ;

– restructurer le cadre communautaire en matière de taxation des produits énergétiques.

La Commission présente ensuite, en octobre 1997 [8], une communication proposant les grandes lignes d'un « paquet » de mesures plus réduit, en vue de limiter la concurrence fiscale dommageable. Elle indique, en préambule, qu'une démarche au niveau de l'Union européenne est nécessaire pour réduire les distorsions provoquées au sein du marché unique, d'une part pour prévenir d'importantes pertes de recettes fiscales des États membres et, d'autre part, pour inverser la tendance qui consiste à imposer davantage le travail pour compenser la réduction des charges fiscales sur les facteurs les plus mobiles, celles-ci étant toutes des conséquences du manque de coordination fiscale entre les pays membres.

Le paquet fiscal finalement adopté lors du Conseil ECOFIN du 1er décembre 1997, comporte des actions dans trois domaines de la fiscalité :

– la mise en place d'un code de conduite en matière de fiscalité des entreprises afin de lutter contre la concurrence fiscale dommageable ;

– les principaux éléments d'une directive sur la fiscalité de l'épargne ;

– une directive éliminant les retenues à la source sur les paiements d'intérêts et de dividendes entre entreprises associées ;

– et, un engagement de la Commission de publier des lignes directrices pour l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité des entreprises et de réexaminer les régimes fiscaux en vigueur afin d'assurer cohérence et égalité de traitement en matière d'aides d'État.

2. Le Code de conduite contre la concurrence fiscale dommageable

A. - L'identification des mesures dommageables

4 - Le Code de conduite n'est créateur ni de droits ni d'obligations. La Commission indiquait ainsi dans sa communication du 1er octobre 1997 qu'il s'agissait d'un « instrument non contraignant sur le plan juridique mais par lequel les États membres s'engagent au niveau politique à respecter les principes d'une concurrence loyale et à s'abstenir de toute mesure fiscale dommageable ». Autrement dit, « c'est en quelque sorte un *gentlemen's agreement* qui repose sur un engagement politique des États membres » [9]. Il fait cependant partie de l'acquis communautaire que les pays candidats doivent respecter pour leur adhésion.

Le Code a pour objectif de geler, inventorier, démanteler (*refrain, review, remove*) les mesures fiscales dommageables en matière de fiscalité des entreprises (même si certains États membres arguaient que les régimes fiscaux spéciaux pour les salariés « impatriés » pourraient relever de la problématique couverte par le Code).

Aux termes du Code, sont considérées comme potentiellement dommageables les « mesures ayant, ou pouvant avoir, une incidence sensible sur la localisation des activités économiques au sein de la Communauté » et qui ont « un niveau d'imposition effective nettement inférieur, y compris une imposition nulle, par rapport à ceux qui s'appliquent normalement dans l'État membre concerné ». L'idée n'est donc pas de procéder à une comparaison des taux d'imposition des différents États membres, mais de s'intéresser aux seules mesures dérogeant au taux d'imposition généralement applicable à l'intérieur de chaque pays.

Le Code de conduite ne propose pas de définition précise de la notion de concurrence fiscale dommageable, mais développe un certain nombre de critères permettant d'identifier des mesures effectivement dommageables en fonction de leurs effets négatifs supposés sur le marché unique, les recettes fiscales et l'emploi. Les cinq critères (non cumulatifs) retenus sont les suivants :

– les avantages sont accordés exclusivement à des non-résidents ou pour des transactions conclues avec des non-résidents ;

– les avantages sont totalement isolés de l'économie domestique, de sorte qu'ils n'ont pas d'incidence sur la base fiscale nationale ;

– les avantages sont accordés même en l'absence de toute activité économique réelle et de présence économique substantielle à l'intérieur de l'État membre offrant ces avantages fiscaux ;

– les règles de détermination des bénéfices issus des activités internes d'un groupe multinational divergent des principes généralement admis sur le plan international, notamment les règles approuvées par l'OCDE ;

– les mesures fiscales manquent de transparence y compris lorsque les dispositions légales sont appliquées de manière moins rigoureuse et d'une façon non transparente au niveau administratif.

Les mesures fiscales visées par le Code incluent à la fois les dispositions législatives ou réglementaires, ainsi que les pratiques administratives. Lors de l'évaluation des mesures, il convient tout particulièrement d'en apprécier les effets sur les autres États membres, entre autres à la lumière des impositions effectives des activités concernées à travers la Communauté. Une dérogation spécifique est toutefois prévue en faveur des mesures fiscales utilisées pour soutenir le développement économique de régions déterminées.

Le Code prévoit en outre l'adoption de ses principes dans un cadre géographique aussi large que possible. Aussi, les États membres doivent s'engager à en promouvoir l'adoption dans les pays tiers ainsi que dans les territoires dépendants ou associés.

Sur cette base, un groupe « Code de conduite » composé de hauts représentants des États membres et de la Commission a été créé par la décision du Conseil ECOFIN du 9 mars 1998. Sa présidence a été confiée à Dawn Primarolo, Paymaster General du Royaume-Uni, pour une durée de deux ans. Deux vice-présidents ont été désignés parmi les représentants des États membres assumant la présidence en cours et appelés à assumer les présidences suivantes.

Le groupe Code de conduite est chargé d'inventorier et d'évaluer les mesures existantes susceptibles d'être qualifiées de dommageables et de proposer au Conseil ECOFIN les décisions appropriées. Il lui incombe, en outre, d'examiner chaque année au titre du « gel » les notifications de nouvelles mesures potentiellement dommageables et de présenter au Conseil des conclusions en la matière.

Alors que les décisions prises par le Conseil le sont à l'unanimité, les décisions prises au sein du groupe tiennent, quant à elles, du consensus. Le rapport Primarolo [10] souligne à cet égard que lors de l'évaluation des mesures fiscales dommageables, « dans le cas où

7. *Doc. CSE(97) 1 final, 4 juin 1997.*
8. *Comm. CE, communiqué 1er oct. 1997, IP/97/830.*
9. *T. Lambert, Marché intérieur et évasion fiscale : LPA 2002, p. 39.*
10. *Rapport du groupe « Code de conduite » (fiscalité des entreprises) au Conseil, 29 nov. 1999.*

l'unanimité n'a pu être obtenue, le rapport traduit le large consensus auquel on est parvenu ». On notera que, dans la très grande majorité des cas, la voix manquante était celle de l'État membre dont la mesure était examinée.

Les travaux d'évaluation du groupe Code de conduite ont débuté en juillet 1998, sur la base d'une liste initiale indicative des mesures susceptibles de relever du champ d'application du code de conduite (fiscalité des entreprises), élaborée et présentée par la Commission au moyen des données qui lui avaient été fournies par les États membres, les résultats de travaux antérieurs menés au sein du groupe « Politique fiscale », ainsi que des informations accessibles au public. Cette liste a ensuite été révisée en octobre 1998 pour être enrichie d'informations supplémentaires communiquées par les États membres. Elle comportait alors quatre-vingt-cinq mesures classées en cinq catégories :

– services intragroupe (dix-sept) ;

– services financiers et sociétés offshore (treize) ;

– autres régimes sectoriels spécifiques (transports maritimes, aviation, audiovisuel, extractives – quinze) ;

– incitations régionales (dix-sept) ;

– autres mesures (vingt-trois).

Une catégorie supplémentaire a été ajoutée pour couvrir les territoires dépendants et associés.

Après une étude des Pays-Bas et une étude sur les pratiques administratives, la liste a finalement atteint 271 mesures. Chacune de ces mesures a fait l'objet d'une description détaillée par la Commission, validée par les États membres, puis d'une évaluation au moyen des critères dégagés par le Code de conduite. Les États membres ont ensuite été invités à expliquer pourquoi ils considéraient que la mesure incriminée ne conduisait pas à une imposition effective inférieure au niveau normalement applicable ou pourquoi les mesures en faveur des îles ou régions ultrapériphériques étaient ciblées et proportionnées aux difficultés de ces régions.

Enfin, ces mesures ont fait l'objet d'une évaluation finale par le groupe Primarolo qui a identifié soixante-six mesures (quarante-trois dans les États membres et vingt-trois dans les territoires associés et dépendants des États membres) comme étant effectivement dommageables et devant être démantelées. Cette liste de soixante-six mesures fera finalement l'objet d'un accord unanime du Conseil ECOFIN lors de la réunion du 26 et 27 novembre 2000. On notera qu'en ce qui concerne la France, si soixante-cinq mesures ont été identifiées comme potentiellement dommageables, seulement quatre d'entre elles ont été jugées effectivement dommageables (le régime des quartiers généraux d'entreprises, le régime des brevets et redevances, les provisions pour reconstitution de gisements minéraux, les provisions pour reconstitution de gisement de gaz).

En outre, dès lors que le Code de conduite fait partie de l'acquis communautaire, chacun des nouveaux États membres est tenu de s'y conformer. C'est ainsi que soixante-trois mesures ont été examinées dans les douze nouveaux États membres et que trente-sept mesures dommageables y ont également été démantelées.

B. - Le démantèlement des mesures dommageables

5 - Tous les régimes dommageables devaient, en principe, être démantelés pour le 31 décembre 2002. Toutefois, pour tenir compte du principe de confiance légitime, des assouplissements ont été prévus en faveur des entreprises qui bénéficiaient des régimes devant être démantelés. Ainsi, pour les entreprises qui bénéficiaient d'un régime dommageable au 31 décembre 2000, il a été convenu que les effets de ces régimes expirent au plus tard le 31 décembre 2005, qu'il s'agisse de régimes accordés pour une durée déterminée ou non, en réservant cependant au Conseil la faculté d'en admettre la prorogation au-delà de cette date, après rapport du groupe Code de conduite. Il a, en revanche, été décidé que les entreprises ne puissent plus entrer dans ces régimes dommageables que jusqu'au 31 décembre 2001 et n'en bénéficier dans tous les cas que jusqu'au 31 décembre 2002.

En pratique, le démantèlement a été vigoureusement débattu et plusieurs États membres se sont montrés très réticents à respecter leurs engagements. La Commission a par conséquent été amenée à intervenir, sur la base de sa communication en matière d'aides d'État en engageant un assez grand nombre de procédures.

À la demande de certains États membres, cinq régimes dommageables ont, en outre, été prorogés jusqu'au 31 décembre 2010 [11] (Belgique : centres de coordination, Irlande : revenus étrangers, Luxembourg : sociétés holdings exonérées en vertu de la loi de 1929, Pays-Bas : activités de financement internationales, Portugal : zone franche de Madère).

Le démantèlement a pris des formes diverses selon la nature des mesures incriminées et selon le caractère des aspects dommageables. Il a pu prendre la forme d'un retrait pur et simple (régime du « capital informel » belge), d'aménagement du régime (ce fut le cas pour la plupart des régimes de quartiers généraux et de centres de coordinations) ou même d'élaboration de lignes directrices pour le gel et le démantèlement (succursales de financement, holdings, et en matière de transparence et d'échange d'informations dans le domaine des prix de transfert).

Selon les conclusions du Conseil ECOFIN, l'ensemble des mesures qualifiées de dommageables ont aujourd'hui été démantelées. Pour autant, peut-on considérer que la concurrence fiscale dommageable a été éliminée ?

Cela n'est pas certain, dès lors qu'il est permis de se demander si les régimes de remplacement des mesures dommageables sont effectivement en eux-mêmes non dommageables. Ainsi, nombre d'États membres ont abaissé leurs taux d'impôt sur les sociétés aux fins d'encourager la localisation des capitaux sur leur territoire. Pour certains, cette situation découle du démantèlement des mesures dommageables [12]. Cela a pu conduire à des situations extrêmes : dans certains territoires dépendants ou associés, le démantèlement des mesures s'est accompagné de l'introduction d'un taux zéro d'imposition ou de la suppression pure et simple de l'impôt sur les sociétés. En outre, certaines mesures potentiellement dommageables ont pu passer entre les mailles du filet du Code, soit parce qu'elles ne tombaient pas dans son champ d'application, soit parce qu'elles n'ont pas été évaluées. C'est notamment le cas des instruments hybrides et des avantages découlant du traitement fiscal divergeant que leur accordent les différents États membres.

Par ailleurs, de nombreuses mesures ont depuis lors été notifiées ou examinées au titre du gel. Parmi elles, un nombre croissant de mesures s'inspire des décisions prises par le groupe Code de conduite comme d'une référence pour définir de nouvelles mesures qui se situent à la limite extrême des mesures adoptées par le passé (*copying the lowest benchmark* [13]. Il en a, par exemple, été ainsi dans le cas des régimes de holdings ou de fonds d'investissement collectifs.

Certains ont également pu arguer que le Code de conduite avait incité certaines sociétés sises dans l'Union européenne à transférer leurs actifs à d'autres sociétés du groupe implantées hors Union européenne, soulevant ainsi la question de l'adéquation du champ d'application géographique du Code à ses objectifs.

L'ensemble de ces développements ne donne finalement pas une image très favorable du Code de conduite, au moins dans ses dévelop-

11. Conclusions du Conseil ECOFIN du 21 janvier 2003.

12. *P. Cattoir, A history of the tax package – the principles and issues underlying the Community approach : Taxation Papers n° 10, Commission européenne.* http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/gen_info/economic_analysis/tax_papers/taxation_paper_10_history_en.pdf

13. *P. Cattoir, A history of the tax package – the principles and issues underlying the Community approach, préc.*

pements ultérieurs. Si dans une première phase son caractère non contraignant a produit des effets utiles en débloquant un processus décisionnel rigide, l'évolution des décisions et la tentation pour nombre d'États de continuer d'attirer les investisseurs, ou plutôt les bases d'imposition des pays voisins, ont considérablement affaibli l'effectivité d'un code [14]. On doit donc se féliciter que la Commission européenne, dans son récent plan d'action contre la fraude et l'évasion fiscale [15], invite les États membres à améliorer l'efficacité dans la réalisation des objectifs initiaux du Code et à éliminer les incohérences, quitte, le cas échéant, à devoir formuler des propositions législatives à la place. Idéalement une révision substantielle du Code de conduite et de son champ d'application serait souhaitable mais il n'est pas sûr que la Commission trouve un soutien suffisant des États membres à cette fin.

Mots-Clés : *Concurrence fiscale dommageable - Code de conduite - Historique*

14. *M. Aujean et J. Le Cacheux, Concurrence fiscale et stratégie des États, in Stratégies fiscales des États et des entreprises : souveraineté et concurrence, in M. Aujean et Ch. Saint-Étienne, Stratégies fiscales des États et des entreprises : souveraineté et concurrence, préc., p. 45 à 86.*

15. *Communication de la Commission, Plan d'action pour renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales : Doc. COM(2012) 722 final, 6 déc. 2012.*

332

L'objectif de lutte contre la concurrence fiscale dommageable : regards croisés UE-OCDE

Philippe Durand,
avocat associé, Landwell & Associés,
président du Groupement français de l'IFA

Pascal Saint-Amans,
directeur du Centre de politique et d'administration fiscales de l'OCDE

Philip Kermode,
directeur fiscalité directe, coordination fiscale, analyse économique et évaluation de la Direction générale Fiscalité et Union douanière de la Commission européenne

1 - Philippe Durand : Sur l'aspect définition de la concurrence, l'approche de l'OCDE est-elle convergente, aussi précise ou aussi formalisée que celle de l'UE ?

2 - Pascal Saint-Amans : En mai 1996, mes premières fonctions ont été à la DLF de suivre la politique de l'UE et j'ai débuté en tant que *junior member* du groupe de politique fiscale mis en place par M. Monti. C'est comme cela que je me suis intéressé à la lutte contre la concurrence fiscale dommageable.

L'OCDE avait pour sa part été mandatée en juin 1996 par le G8 pour travailler sur les questions de compétition fiscale dommageable. En 1998, un rapport a été publié par l'Organisation.

Ce qui est important à retenir, c'est qu'il y a deux piliers qui ne sont pas identifiés comme tels. Le pilier « fiscalité des entreprises », qui est ce que Michel Aujean a décrit, « un code de conduite ». Puis, le pilier « lutte contre les paradis fiscaux » dans la dimension opacité, absence de transparence. Ceci donne lieu à deux types de travaux importants au sein de l'OCDE :

– un premier volet, parallèle à ce qu'a fait l'UE, qui est un démantèlement des régimes considérés comme dommageables à partir de certains critères. Il y a toute une série de mesures que l'on a sans doute oubliées, sur lesquelles je vais revenir car je pense que c'est intéressant de les avoir en tête ;

– le second volet est la lutte contre le secret bancaire. C'est d'abord la modification de l'article 26 du modèle de convention fiscale et l'élaboration d'un modèle d'accord d'échange de renseignements en 2002. C'est ensuite, en 2004 et 2005, la publication du nouvel

article 26 du modèle de convention fiscale qui prévoit l'échange de renseignements à la demande lorsque l'information est vraisemblablement pertinente pour l'assiette et l'administration de l'impôt de l'État requérant, sans obstacle dû à l'existence d'un secret bancaire ou à l'existence d'un intérêt fiscal national. En d'autres termes, l'intérêt fiscal national est le fait que je ne peux collecter et donc échanger de l'information que si elle est utile pour l'assiette de mes propres impôts. Or, lorsque vous taxez sur une base territoriale pure, vous n'avez jamais intérêt à avoir l'information et donc vous ne pouvez jamais l'échanger.

Toujours est-il que le rapport « Concurrence fiscale dommageable » aboutit, en avril 1998, à une résolution du Conseil qui fixe un certain nombre de recommandations aux États. À l'OCDE, on fonctionne sur la base du consensus. Lorsqu'un État n'affirme pas son désaccord, on considère qu'il est d'accord, ce qui n'est pas l'unanimité. Et donc par consensus, même si le Luxembourg et la Suisse expriment des réserves, les recommandations sont adoptées.

3 - Dans une première partie, on invite les États à réfléchir aux modifications qu'ils peuvent apporter à leurs législations et pratiques internes :

– en revisitant les régimes des sociétés étrangères contrôlées (*Controlled Foreign Companies* ou CFC) ;

– en regardant les régimes des fonds de placement étrangers ;

– en regardant la possibilité de remettre en cause la participation-exemption (si vous avez un régime d'exemption des dividendes pour un régime de groupe, vérifiez si les bénéfices qui remontent n'ont pas été réalisés via un régime fiscal dommageable) ;

– en encourageant les États à échanger des renseignements ;

– en encourageant la transparence sur les décisions administratives, les *ruling* ;

– en encourageant l'application du principe de pleine concurrence (*arm's lenght principle*) en matière de prix de transfert en veillant à s'écarter d'arrangements qui se départiraient de ce principe [*e.g.* les centres de coordinations belges avec un *cost plus* fixé à l'amiable] ;

– en permettant l'accès aux informations bancaires.

4 - Dans une deuxième partie, relative aux conventions fiscales, vous avez aussi le mélange :

– échange de renseignements, c'est ce que j'ai décrit sur l'article 26 ;

– l'assistance au recouvrement, c'est ce qui sera introduit sous la forme de l'article 27. C'est aider et s'entraider pour collecter l'impôt et pas seulement échanger les informations ;

– le développement des clauses anti-abus ;

– s'attaquer aux paradis fiscaux avec lesquels on ne va pas conclure de conventions fiscales ;

– et organiser des vérifications simultanées.

5 - Dans une troisième partie, on cherche à intensifier la coopération internationale face à la concurrence fiscale. C'est là qu'apparaît la recommandation 15 qui est l'équivalent du Code de conduite et de la démarche que Michel Aujean a décrite. Cette recommandation 15 comporte plusieurs aspects :

– le premier, c'est un *standstill* : ne pas introduire de nouveaux régimes dommageables ;

– le second, c'est l'analyse des régimes dénoncés par les pairs dans les deux ans qui viennent. Le forum des pratiques fiscales dommageables mis en place va permettre leur examen. Les entreprises qui en bénéficient avant le 31 décembre 2000 pourront continuer à en bénéficier jusqu'au 31 décembre 2005, c'est la clause de grand-père (clause de *grand-fathering*). L'objectif est d'éliminer tous ces régimes dans les 5 ans. On mettra en place une surveillance pour s'assurer que de nouveaux régimes ne sont pas introduits. Si tel est le cas, et qu'un pays les signale, alors le forum sur les pratiques fiscales dommageables les examinera.

– enfin, on coordonnera les mesures défensives nationales ou conventionnelles. En d'autres termes, pour l'OCDE si des régimes ne sont pas démantelés, il sera légitime d'utiliser des armes de défense, notamment les CFC. Nous introduirons dans le modèle de convention fiscale, et cela a été fait en commentaire de l'article 1, des règles visant à autoriser les dispositifs anti-abus de manière à ce que les régimes fiscaux dérogatoires dommageables ne puissent pas bénéficier des conventions fiscales et s'ils en bénéficient, alors lis devraient pouvoir faire l'objet de mesures anti-abus. Ceci était absent de la démarche de l'UE. En effet, pour des raisons juridiques évidentes, l'UE ne pouvait pas autoriser les États à utiliser des contre-mesures même si cela a donné lieu à débat au sein du groupe Monti. Concernant la liste des paradis fiscaux, les pays qui en ont dans leur juridiction doivent en tenir compte et l'on tentera d'impliquer les pays non membres de l'OCDE.

6 - Les critères de l'OCDE sur le Code de conduite, légèrement différents de ceux de l'UE, sont de quatre ordres :

– premièrement, un taux effectif d'imposition nul ou faible ;

– le second, comme dans l'UE, est le cantonnement (je n'en développe pas les raisons parce que Michel Aujean l'a excellemment fait) ;

– le troisième critère est l'absence de transparence, non pas sur le fait que les *rulings* doivent être publiés, mais sur les règles qui vont présider à leur élaboration ;

– et enfin l'absence d'échange de renseignements. Lorsqu'une information est vraisemblablement pertinente, il faut l'échanger, y compris de façon spontanée pour que le partenaire sache s'il est bien pertinent de faire bénéficier l'entreprise de cette convention fiscale. Ce qui est demandé de la part des États, c'est l'élimination dans les cinq ans de tout caractère dommageable d'un régime. Une cinquantaine de régimes ont été démantelés. Le dernier à l'avoir été était le régime des holdings luxembourgeoises de 1929, qui n'a pas été démantelé à cause du Code de conduite de l'UE, ni du Code de conduite de l'OCDE, mais à cause du régime des aides d'État de l'UE.

7 - Cette démarche a eu un grand succès. En gros, on a (je parle collectivement UE et OCDE) très vite, en 2003-2004, démantelé les régimes. Néanmoins, l'Irlande démantèle ses docks de Dublin et met son IS à 12,5 %. Par ailleurs, les nouveaux venus d'Europe de l'Est, qui arrivent à l'OCDE avant d'arriver à l'UE, ont des régimes fiscaux très concurrentiels.

On se retrouve avec l'application de ce critère de cantonnement à des régimes décantonnés, à des régimes généraux qui ne font qu'accroître ce que les Français craignaient : la compétition fiscale, dommageable ou pas. En tout cas, elle n'est plus dommageable au regard des critères de l'OCDE. Et donc là, c'est un grand succès avec une sorte d'effet boomerang. Les États sont démunis parce qu'ils avaient des critères pour identifier ce qui est dommageable, les pays s'adaptent et mettent en place des régimes qui ne sont plus considérés comme dommageables, mais qui ne font que renforcer la compétition fiscale.

Tout ceci dans un contexte où l'administration américaine a changé en 2000. La lutte contre la compétition fiscale n'était pas nécessairement la priorité de l'administration Bush. Au début des années 2000, la pression exercée vis-à-vis des États est beaucoup moins grande. Puis, le fait d'avoir une fiscalité basse devient en réalité un objectif.

8 - En outre, le FMI produit des études critiques vis-à-vis de ce que l'on fait, soulignant le manque d'analyse économique profonde sur le caractère dommageable de la compétition fiscale au regard des critères de l'OCDE. Il faut donc revisiter les fondamentaux économiques. Si en 1992, Ruding disait que finalement 30 % d'impôt sur les sociétés pour tous était peut-être la solution, aujourd'hui je crois qu'il y a consensus au sein de la communauté internationale pour dire que l'on ne sait pas quel est un niveau pertinent minimum d'impôt sur les sociétés.

Donc il y a eu une sorte de révolution intellectuelle même en France et dans les États nordiques. Il y a une sorte de consensus pour dire qu'on ne peut pas imposer à un État ou à un territoire d'avoir un niveau minimum de fiscalité. Pour un expert en fiscalité, avoir un niveau « minimum » de fiscalité ne veut pas dire grand-chose. On constate que le problème s'est en réalité accru malgré le démantèlement des régimes dommageables. Il y a vraisemblablement un impact, je dis vraisemblablement parce que quand vous regardez les données, la contribution de l'impôt sur les sociétés aux prélèvements obligatoires ne s'est pas effondrée du tout. Elle suit le cycle économique. Quand il y a la crise, elle baisse puis elle reprend. Il n'y a donc pas d'effondrement. Il faudra sans doute rechercher des données un peu plus fines. Intuitivement, cela s'expliquerait par le fait qu'il y a de plus en plus d'entrepreneurs qui s'incorporent et donc la matière taxable augmente. En revanche, dans le cadre international, la contribution des multinationales a tendance à baisser fortement. Il y aurait une compensation de la contribution locale vis-à-vis de la contribution de ceux qui sont à l'international. Toujours est-il que les États ne comprennent plus trop comment ça marche et quelle solution apporter à ce problème qui non seulement demeure, mais s'est accru.

9 - Deux mots néanmoins sur l'autre aspect qui est la lutte contre les paradis fiscaux. Au départ, on a ce rapport de 1998, la liste des paradis fiscaux de 2000 et le fait que tout le monde va dire qu'il faut appliquer le nouveau standard qui est l'échange de renseignements en 2002. De 2002 à 2008, il ne se passe rien, car ces États – sauf trois – ont pris cet engagement, mais ne font rien. En 2008, les politiques s'intéressent au fait que l'on ne peut pas, dans le cadre de la crise financière, laisser survivre le secret bancaire à des fins fiscales.

Il y a donc une pression très forte pour mettre fin au secret bancaire, aux paradis fiscaux sous les angles de l'absence de transparence et de l'absence d'échange de renseignements. On a mis de côté l'absence de fiscalité. Tout le monde doit être transparent et le « tout le monde », cette fois-ci est inclusif. Alors qu'en 2000 c'était les pays exotiques des Caraïbes, du Pacifique ou de la côte niçoise, cette fois-ci c'est l'ensemble des juridictions, y compris les 4 grandes places financières qui ont un secret bancaire strict ou l'équivalent de l'intérêt fiscal national : la Suisse, le Luxembourg, Singapour et Hongkong. Ceci va aboutir à l'élaboration d'une liste par le forum mondial en septembre 2009, à la mise en place de l'examen par les pairs et du fait que dans chaque déclaration du G20 depuis le 15 novembre 2008, qui a été le premier sommet du G20 à Washington, vous avez trois ou quatre lignes sur la nécessité de faire des progrès en matière de transparence. Les progrès sont là et tous les pays, non seulement se sont engagés, mais ont, à l'exception du Liban, commencé a appliquer l'échange de renseignements. Il y a eu je ne sais plus combien de centaines de changements de législation interne pour rendre l'information disponible sur les trustees, sur les bénéficiaires des trusts, sur les propriétaires des sociétés, sur les comptes bancaires, sur l'accès à l'information des administrations fiscales. En trois ans, plus de 800 accords d'échange de renseignements ont été signés contre 43 entre 2000 et 2008. C'est donc cette branche-là qui a fonctionné, l'autre branche a fonctionné plus vite, mais a laissé un point d'interrogation.

Pour faire la transition avec la prochaine session, ce que je trouve aujourd'hui passionnant, c'est qu'on a, ces jours-ci, la même dimension politique qui revient pour traiter ce qui avait été traité en 1998-2002 : la compétition fiscale dommageable. C'est le sujet de la contribution par les entreprises multinationales à l'impôt sur les sociétés. Vous avez aujourd'hui la même dimension politique dans l'approche de ce sujet que vous avez eu en 2008-2009 sur le sujet du secret bancaire. Je reviendrai sur le BEPS plus tard.

10 - Philippe Durand : Tout cela est très intéressant et je ne reviendrais pas sur la définition même de la concurrence fiscale, parce que l'on voit que l'approche est à peu près la même, même si l'OCDE peut effectivement élargir un peu le champ du fait de sa faculté à l'origine à être ouverte vers les problématiques paradis fiscaux, vers les États tiers et vers le problème des conventions bilatérales et au-delà. D'ailleurs, c'est l'une des raisons qui a pu pousser, à une certaine période, un certain nombre d'États membres de l'UE à favoriser le déplacement du sujet vers l'OCDE. Du côté des États à fiscalité relativement lourde ou significative, il y avait le souhait de contourner la règle de l'unanimité et peut être le rôle un peu embarrassant de la Commission et son pouvoir d'initiative. Pour les autres États, ceux qui n'avaient pas intérêt nécessairement à ce que les choses bougent, ils pouvaient montrer du doigt les États tiers en disant : « pourquoi nous pénaliser, la concurrence est à l'extérieur ». Et puis cela permettait ce glissement conceptuel de la concurrence fiscale vers la compétition fiscale dommageable qui, de leur point de vue, était plus présentable. Cela permettait enfin de réintégrer les États-Unis dans le débat. Ils ont un peu été à l'initiative du sujet, puis ont sans doute cherché à demander à une organisation internationale de le faire avancer, sans trop nécessairement regarder ce qui, dans leur législation nationale, pose un problème – notamment en matière de rapatriement des profits et des groupes internationaux. Mais cela est un autre sujet.

Je laisse la parole à Philip Kermode sur la mise en œuvre du Code de conduite, sur ses résultats et perspectives.

11 - Philip Kermode : Ce que je voudrais vous présenter c'est un peu le passé, un peu le présent, un peu l'avenir. Je ne vais pas trop m'attarder sur les questions du passé, parce qu'elles ont été déjà très bien traitées.

D'abord, ce qui a été mis en place est une solution pragmatique. Toute cette complication institutionnelle, les États membres qui se réunissent au sein du Conseil, met en lumière l'impuissance à mettre en place un régime communautaire proprement dit. Mais ce qui compte dans cet exercice, est ce que cela donne comme résultat et si cela peut créer les conditions pour aller encore plus loin dans les années à venir. Je crois que ce qui a compté le plus, était la nature confidentielle des débats. Cela a déjà été souligné par Michel Aujean dans le contexte de la politique fiscale, mais plus particulièrement au début des discussions sur le Code de conduite. La nature confidentielle a beaucoup aidé aux résolutions de conflits politiques internes.

Le problème c'est que c'était la force, mais aussi la faiblesse d'un système dans lequel des décisions plus politiques qu'objectives sont prises. Je crois que maintenant, après toutes ces années de fonctionnement du groupe, on s'oriente vers une plus grande transparence dans la mise en œuvre des décisions.

Le consensus a déjà été commenté par Pascal Saint-Amans. Je reviens encore sur la question, quels sont les résultats ? Si à la fin de l'exercice tout le monde reconnaît que certains régimes sont dommageables et qu'il faut les supprimer, je crois que là c'est déjà un grand pas en avant.

Je voudrais dire quelques mots sur les différents régimes, et vous allez voir que j'en ai compté 250 contrairement à Michel Aujean qui en a relevé 261. Ce qui compte sont les 66 mesures dommageables. Ici on est face à un sujet politiquement très délicat. On a commencé en 1998 et effectivement, un ou deux ans plus tard on a déjà une situation relativement claire. Si on compte les différents régimes identifiés et examinés, la plupart ont été traités dans les premières années. C'est pour cela qu'il faut se concentrer sur ce que le Code va faire à l'avenir étant donné le faible nombre de régimes spécifiques à traiter sur la base des critères appliqués actuellement. Vous voyez également, c'est un point qui a été soulevé par Michel Aujean, que dans les territoires indépendants 26 régimes étaient considérés comme dommageables. Il ne s'agissait pas des États membres, mais de territoires souvent considérés comme des paradis fiscaux.

Je passe relativement vite sur le rapport Primarolo, mentionné par Michel Aujean. Je crois que ce qui est intéressant, c'est de voir les groupes de mesures examinées qui donnent une appréciation globale

des sujets. On y trouve tous les points contentieux qui existaient à l'époque et qui, pour certains, existent encore – *e.g.* les services financiers, les charges intragroupes, les holdings et l'exonération des sociétés *offshore*. Un petit exemple avec le fameux régime irlandais cité par Pascal Saint-Amans. L'historique des régimes irlandais commence avec Shannon, s'en est suivi le régime des 10 % qualifié de « dommageable » et qui finalement a donné lieu au régime actuel, c'est-à-dire un taux généralisé de 12,5 % que mes compatriotes irlandais partagent actuellement avec nos amis du Liechtenstein. Un autre exemple avec la Belgique et les centres de coordination déjà cités. Ce régime a été abrogé, mais a été remplacé par le régime des intérêts notionnels. Je ne dis pas que les 12,5 % et les intérêts notionnels enfreignent les principes du Code, mais cela démontre la créativité des États membres à trouver d'autres moyens pour attirer certaines entreprises.

Il convient de souligner que le Code n'a pas formellement une nature communautaire. Néanmoins, lors de l'entrée des nouveaux États membres dans l'Union, ces principes ont été acceptés par ces États alors même qu'ils ne font pas partie de l'acquis communautaire. Les régimes des 12 États membres qui ont été les derniers à entrer dans l'Union ont été ainsi analysés au regard des principes du Code. Finalement, tous les États membres de l'Union doivent se plier aux exigences du Code.

Il y a bien sûr la question du lien avec les aides d'État. Je vous rappelle que les sujets qui sont traités par le Code passent également par les procédures d'aide d'État devant la Commission. Dans ce cadre, la Commission dispose de beaucoup plus de pouvoir. En pratique, dès qu'une procédure d'aide d'État est ouverte par la Commission à l'encontre d'un régime, les activités du groupe du Code de conduite sont suspendues. Cela présente des avantages et des inconvénients, en termes de construction d'une approche harmonisée. Mais je trouve que du côté de la Commission, cela présente un grand avantage, car nous disposons de moyens contraignants, ce qui peut être utile pour pouvoir menacer certains États récalcitrants si on n'arrive pas à trouver une solution.

12 - Que se passe-t-il à l'heure actuelle ?

Le Code de conduite risque-t-il de tomber en désuétude en raison du manque de sujets intéressants ? Déjà, le Code a un effet dissuasif dans le sens où les États membres doivent notifier les différents régimes. Nous sommes toujours attentifs aux différentes nouveautés mises en place, aux « *inputs* » donnés chaque année par les États membres. Par rapport au nombre de cas examinés dans le passé, il y en a relativement peu. Vous pouvez le constater dans les rapports du groupe Code de conduite adoptés chaque semestre. Bien sûr, nous avons toujours ce processus d'examen des pays en voie d'adhésion, traité par un sous-groupe du Conseil qui effectivement s'assure, avant l'élargissement, que ces États membres potentiels, comme d'ailleurs la Croatie, qui va nous rejoindre bientôt, sont en ligne avec les principes du Code. Mais ce qui compte pour l'instant, et que je trouve important, ce sont les nouveaux projets horizontaux formalisés en 2008 et les deux programmes de travail adoptés en 2008 et 2011. D'abord l'échange d'informations et le traitement des profits entrants, les « *inbound tranfers* », ensuite les notes d'orientation qui, en principe, semblent assez anodines mais qui comptent beaucoup pour le développement de la future politique, par exemple le lien avec les pays tiers et les clauses anti-abus.

Dans le cadre des échanges d'informations, on a déjà pas mal travaillé au sein du groupe Code de conduite. Cette question concerne les *rulings* mais aussi les accords préalables et unilatéraux en matière de prix de transfert. La directive assistance mutuelle, adoptée en 2011, offre un nouveau cadre légal, plus particulièrement pour les échanges spontanés. On essaie d'avoir beaucoup plus de transparence dans les *rulings* et aussi sur ce qui est discuté au sein du groupe. On espère, l'année prochaine, pouvoir produire quelque chose de solide, de concret, sur ces thèmes. Pour l'instant, cela reste au niveau de l'examen technique. Mais en termes de procédure, ce qui est nouveau est que le groupe du Code a accepté que les groupes qui viennent de la mise en œuvre de la directive s'occupent des textes qui vont ensuite être soumis d'une certaine manière au groupe du Code de conduite.

S'agissant des profits entrants, les fameux « *inbound transfers* », la situation était relativement claire. On est allé chercher un consensus sur le traitement des profits entrants des pays non communautaires. On est arrivé à cette conclusion que l'État membre d'entrée, s'il exonère le flux, doit appliquer des mesures anti-abus. C'est un premier pas vers une approche plus harmonisée des États membres, plus coordonnée dans le traitement des profits qui proviennent des pays tiers. Effectivement, il y a une validation de la nécessité de sécuriser l'imposition. C'est important parce qu'il y avait des points de vue assez divergents. Pour l'instant la Commission est en train d'examiner avec les États dans le groupe Code de conduite ce qu'ils font dans les faits pour mettre en œuvre ces « *guidelines* », qu'ils ont tous acceptés. Cela nous donnera la possibilité d'y revenir éventuellement avec une approche plus progressiste.

Concernant l'orientation sur les soi-disant régimes de faveur, nous sommes en train d'essayer, avec les membres du groupe du Code, d'établir des lignes directrices sur un certain nombre de régimes qui ont fait l'objet de décisions au sein du groupe Code de conduite. On s'intéresse, en particulier, aux domaines des intérêts, des redevances et des zones économiques spéciales. Mais le plus intéressant me semble être le traitement des intérêts et redevances, sujet à la une en ce moment. Cela peut aboutir à une coordination beaucoup plus poussée en la matière.

13 - Où en est-on maintenant avec les pays tiers ?

Michel Aujean a déjà souligné le fait que dans le Code, on avait déjà prévu d'essayer de promouvoir les principes du Code de conduite auprès des pays tiers. On avance de deux manières sur ce sujet. D'abord la Commission, répondant à la demande du Conseil de 2008, essaye de négocier dans le cadre des accords de coopération et de développement avec les pays tiers, des clauses de bonne gouvernance. C'est un peu pour essayer de mettre tout le monde sur la même longueur d'onde. On insiste toujours sur les éléments du Code de conduite, afin d'éviter les pratiques dommageables, en plus de ce qui a été expliqué par Pascal Saint-Amans concernant la transparence et l'échange d'informations. Ensuite, à la demande du groupe, la Commission a entamé un dialogue avec la Suisse et le Liechtenstein. Avec le Liechtenstein, on a pas mal avancé sur la loi de 2010 qui a bouleversé leur système fiscal, et un certain nombre de choses sont en débat. Pour l'instant, on se concentre plutôt sur la question des régimes fiscaux cantonaux suisses. C'est un sujet qui a été traité il y a quelques années sous l'angle des aides d'État. Maintenant le dialogue que l'on a avec eux s'insère dans un examen que les Suisses font de leur propre système. Mais nous insistons pour que nos intérêts soient pris en compte, et c'est un débat qui continue pour l'instant.

14 - *Quid* des règles anti-abus ?

Ici, on parle de disparités. Dans le Code de conduite, on s'est toujours focalisé sur l'application des règles de conduite pour identifier le régime dommageable et le faire supprimer. Cela a commencé à partir de l'analyse des fameux *Profit Participating Loan* (PPL). On a effectivement attaqué le régime en estimant qu'il était dommageable. Ceci a débouché sur une décision du groupe, lequel a considéré qu'il fallait aller plus loin dans la politique et qu'il convenait d'analyser les disparités sous l'angle de leur effet dommageable plutôt que de leurs caractéristiques. Ce qui a été très important. Là bien sûr, on a su tirer profit de ce qui a été fait par l'OCDE.

15 - Que retenir des résultats de cette politique ?

D'abord, les choses ont un peu changé. Depuis le début, on s'est concentré sur la fiscalité des sociétés. Mais face à la créativité de certaines juridictions, le groupe du Code s'est lui aussi montré créatif.

Ainsi en est-il du traitement accordé à Jersey, à l'île de Man et à Guernesey. Dans ces cas, on était face à des régimes prévoyant un taux d'impôt de 0 %, qui était en principe d'application générale. En parallèle était prévu un système de soi-disant *deemed distribution contribution*. Il y a eu un long débat à l'intérieur du groupe sur le point de savoir si l'on pouvait appréhender le régime dans sa totalité. Finalement, nous avons répondu par l'affirmative. L'examen qui a été réalisé a été assez clair. Le système en question a été incriminé parce qu'effectivement quand on regardait dans les faits, ce n'étaient que des sociétés qui avaient des investisseurs étrangers qui profitaient du système de 0 %. Si on avait essayé de faire ce genre d'exercice dès le début, cela aurait déclenché une guerre sans fin. Mais vous voyez, les esprits ont changé.

Deuxième point que je voulais souligner, comme cela a été dit dans le passé, si nous n'arrivons pas dans le contexte du groupe du Code de conduite à trouver des solutions aux problèmes de disparités, la Commission se réserve le droit de légiférer ou de prendre d'autres actions. Cela reste toujours d'actualité. Nous sommes d'ailleurs assez contents, pour l'instant, de l'instauration d'un sous-groupe chargé d'aller dans le détail des discussions sur le thème des disparités.

Qu'est-ce qui va se passer pour le Code ? Est-ce que cela va changer ? Pour l'instant, je crois qu'il n'y a pas de souhait d'étendre ces critères aux personnes physiques, ni pour modifier les critères de base. Mais on entre maintenant dans une période où les intérêts de l'Union, les intérêts de gouvernance économique, les possibilités d'Union fiscale et les pressions de l'agenda, y compris dans le contexte du BEPS, pourraient nous donner les fondements d'une évolution possible.

16 - Pascal Saint-Amans : Le forum des pratiques fiscales dommageables a vraiment vivoté sur ces sujets-là de 2004/2005, jusqu'à 2008/2010. On est juste en train de réexaminer une série de mesures, les *patent boxes* par exemple, les régimes possiblement régionaux, ce qui peut apporter quelques nouveautés et ce qui va accompagner l'UE dans cette dimension.

17 - Philippe Durand : Je crois que si on commence à étudier dans ces enceintes par exemple le sujet français des pôles de compétitivité, je ne sais pas ce que sera la position de la France sur ces sujets. Au-delà de cela, j'ai quand même le sentiment qu'il y a un consensus pour dire qu'on avait, à certains égards, épuisé le sujet de la compétition fiscale dommageable. Néanmoins, il reste des pôles de résistance qui touchent plutôt aux problèmes de transparence – *e.g.* APA unilatéraux, certains systèmes de *rulings* ou les problèmes d'échanges d'information – et le sujet des paradis fiscaux, qui est un sujet en soit. Pour le reste, on en revient d'une certaine façon au point de départ : la concurrence fiscale.

18 - Pascal Saint-Amans : Je n'en suis pas certain. D'abord je ne sais pas ce qu'est la compétition fiscale. À chaque fois que j'essaie de travailler là-dessus, je pense que l'on a un problème fondamental de définition. Qu'est-ce que la compétition fiscale ? Cela a été toujours été approché sous l'angle : « les États se font concurrence ».

Je crois que la question doit se formuler plutôt sous l'angle : comment est-ce que les États favorisent la compétitivité fiscale de leurs entreprises ou de l'activité qui est réalisée chez eux ? Le BEPS, c'est changer l'approche. Au lieu de dire le problème c'est la compétition fiscale, on devrait s'interroger sur les raisons de cette perception politique. Pourquoi y a-t-il cette perception lorsque ces grands groupes multinationaux (et vous avez cela tous les jours dans la presse américaine, anglaise, allemande, française, japonaise) ont des taux effectifs d'imposition très, très bas ? On peut toujours expliquer l'écart entre le taux effectif d'imposition et le taux nominal. Il y a de très « bonnes » raisons, c'est-à-dire des raisons objectives, qui ne sont pas liées au *tax planning*, même si le *tax planning* n'est pas mauvais en lui-même. Néanmoins, vous avez un écart aujourd'hui qui n'est plus considéré comme justifiable par les politiques. Comment est-ce qu'on approche cette question ?

Il y a plusieurs voies possibles et les gouvernements tâtonnent et nous tâtonnons aussi. Il y a la voie : « c'est la faute du *business* », qui ne paye pas ses impôts parce qu'il fait de l'« *agressive tax planning* ». Il y a aussi de ça vraisemblablement. Je ne suis pas sûr que ce soit cela la bonne réponse. L'autre voie consiste à dire : « c'est la faute des Irlandais, c'est la faute des Luxembourgeois, c'est la faute des Bermudiens, parce qu'ils ont zéro de fiscalité ».

Ce qui est intéressant, c'est que dans la façon dont les débats se nouent et se dénouent à l'OCDE, on considère que l'existence de tel territoire, de tel régime est plutôt le symptôme que la cause du problème.

D'où la question : quel est le problème ?

19 - Philippe Durand : C'était effectivement cela la concurrence fiscale dans mon esprit, étant arrivé à Bruxelles à l'époque Thatcher, dont le discours était en substance « s'il y a des pays et des États qui veulent avoir des taux bas et une fiscalité basse, c'est leur problème et laissons se développer la concurrence fiscale ». Aujourd'hui, avec les problématiques d'endettement des États, cette approche-là pose quand même une difficulté. Et donc le problème est de dire : est-ce que ce sujet-là revient sur la table avec une volonté politique d'en sortir ou est-ce qu'il n'est toujours pas sur la table ?

20 - Pascal Saint-Amans : La réponse est oui, il est sur la table, mais sans doute dans un paradigme différent.

Mots-Clés : *Concurrence fiscale dommageable - Regards croisés UE-OCDE*

333 Vers une lutte contre le « planning » fiscal dommageable ?

Emmanuel Raingeard de la Blétière,
maître de conférences à l'université de Rennes 1 et membre du CDA-PR, avocat, Landwell & Associés

Raphaël Coin,
directeur fiscal, General Electric

Philip Kermode,
directeur fiscalité directe, coordination fiscale, analyse économique et évaluation de la Direction générale Fiscalité et Union douanière de la Commission européenne

Pascal Saint-Amans,
directeur du Centre de politique et d'administration fiscales de l'OCDE

1 - Emmanuel Raingeard de la Blétière : Nous allons nous interroger sur le point de savoir si après avoir visé les États qui se livrent à une concurrence fiscale dommageable, les institutions de l'Union européenne et l'OCDE visent désormais le contribuable et, en particulier, leurs « comportements dommageables ». Une petite illustration permet d'appréhender le sujet. L'exemple des « prêts participatifs » (les *profits participating loan* ou PPL), ces hybrides financiers, est topique. En 2006, la Commission européenne identifie le problème de qualifications divergentes pouvant conduire à une double exonération. Elle souligne dans un rapport que cela peut-être le résultat malheureux des différences de systèmes sans que personne ne puisse être blâmé [1]. En revanche, dans les cas où un État membre fait la promotion active de schémas de planifications basés sur ces différences, ou même introduit une législation pour les générer, elle estime qu'on ne peut plus considérer qu'il s'agisse de simples conséquences « malheureuses ». Donc en 2006, on incrimine le comportement des États membres.

En 2007, dans une communication [2], la Commission attire l'attention sur les règles anti-abus et souligne le risque de chevauchement, c'est-à-dire les conflits de qualification aboutissant à cette double non-imposition. En 2008, le groupe « Code de Conduite » entreprend l'analyse de l'hybride financier belge, la Belgique ayant, en toute transparence, publié un *ruling* sur leur traitement fiscal [3]. On peut déduire à la lecture des rapports de 2009 du groupe « Code de Conduite » que le sujet des PPL est abordé, mais la partie du rapport public qui y est relative porte la mention *Deleted*, « effacé ». On voit cela de temps en temps lorsque, me semble-t-il, le sujet est politiquement « sensible ». Concomitamment, le Conseil de l'UE décide, en juillet 2009, la création d'un sous-groupe du « Code de Conduite » qui se consacrera aux mesures anti-abus et aura pour mission d'examiner les problématiques liées, entre autres, aux chevauchements entre les systèmes fiscaux [4]. En 2010, une ligne directrice les concernant a été adoptée par les membres du groupe « Code de Conduite », une partie de ce dernier rapport comporte la mention *Deleted*. Les rapports de 2011 mentionnent que le groupe s'accorde sur le fait que les implications juridiques des différentes lignes directrices concernant les hybrides financiers doivent être analysées pour être discutées. On a donc identifié le problème, adopté une ligne directrice pour y mettre un terme, mais il faut encore les discuter plus en détail pour pouvoir prendre une décision sur ce problème spécifique... En 2012, la consultation de la Commission européenne sur la double non-imposition [5] met en avant les hybrides – ainsi que d'autres schémas

1. *Cons. UE, Rapp. Groupe, ann., 9655/06, 19 mai 2006, LIMITE FISC 73.*
2. *Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, L'application des mesures de lutte contre les abus dans le domaine de la fiscalité directe – au sein de l'Union européenne et dans les rapports avec les pays tiers, du 10 décembre 2007 : Doc. COM(2007) 785 final, spéc. p. 6 et 7.*
3. *Cons. UE, Rapp. Groupe, 16084/08, 20 nov. 2008, 16084/08, LIMITE FISC 166, pt 12 et 13.*
4. V. *Secrétariat général, 20 juill. 2009, 11967/09.*
5. *Comm. UE, 29 févr. 2012, consultation publique : « Marché intérieur : exemples concrets de cas de double non-imposition »*, V. *E. Raingeard de la Blétière, La Commission européenne lance sa consultation sur la double non-imposition : Dr. fisc. 2012, n° 12, act. 139.* Les contributions, ainsi que l'étude intitulée *« Summary report of the responses received on the consultation on factual examples and possible ways to tackle double non taxation*

sur lesquels nous aurons l'occasion de revenir – et l'OCDE publie son rapport sur les hybrides proposant des solutions [6] sur lesquelles nous reviendrons. Voici, par cet exemple, l'illustration du mouvement, de l'évolution que nous avons identifiée. D'une lutte contre le comportement des États qui se livrent à une concurrence fiscale dommageable on aboutit à une lutte contre les comportements dommageables des entreprises. Peut-être ai-je un train de retard, M. Pascal Saint-Amans nous expliquera le projet BEPS lequel semble porter le problème à un autre niveau. Il n'en reste pas moins que le dernier rapport publié par l'OCDE sur l'*agressive tax planning* visait le comportement des entreprises. Je laisse la parole quelques minutes à Raphaël Coin qui nous exposera la position des entreprises ou devrais-je dire, pour ne pas généraliser, sa position sur ce sujet.

2 - Raphaël Coin : Ce n'est pas une situation très simple pour nous.

D'abord, le sujet est polémique. À Thanksgiving, il y a une situation qui n'est pas enviable, c'est celle de la dinde. Je préférerais donc être le cuisinier que le cuisiné. Je ne suis pas non plus totalement paranoïaque ou sujet à un syndrome de Stockholm. Il me semble cependant qu'il convient de définir et d'expliquer nos hypothèses de réflexion, cela aidera à comprendre où nous en sommes et où l'on peut aller.

3 - Notre première hypothèse de réflexion, c'est que la situation n'est pas satisfaisante.

Une situation dans laquelle certains groupes, notamment d'origine américaine, mais je crois que ce n'est pas lié à l'origine américaine mais plutôt aux incertitudes techniques liées au secteur d'activité, se retrouvent en première page, c'est je crois, le signe que notre système a échoué à un moment ou un autre. C'est anormal d'en être là, en tout cas pour des groupes raisonnables. Pas uniquement parce que c'est une question d'image, de réputation, de publicité, mais aussi parce que tout cela coûte de l'argent, du temps, des ressources et de l'énergie. Notre système a échoué sur ce point. Il y a un problème de « grippage ». C'est pour éviter cela que nous sommes ici ce matin. Pour trouver des solutions.

4 - La deuxième chose, c'est qu'il faut sortir de l'idée généralisée que les États sont exclusivement à la recherche de ressources budgétaires immédiates et que les entreprises sont exclusivement à la recherche d'évasions fiscales. Je ne dis pas que le monde est parfait et que ni l'un ni l'autre n'a d'idées derrière la tête, mais il est important d'essayer de tordre le cou à ces idées reçues, d'un côté comme de l'autre, même si je pense que la situation budgétaire, en particulier des États que nous connaissons bien, Europe et États-Unis, est un *driver* essentiel du changement qui est en train de s'opérer.

5 - La troisième remarque est que ce n'est pas uniquement par plaisir que je suis là ce matin. Notre analyse est que le mouvement est en marche et qu'un choix s'impose :

– soit nous considérons que les choses ne vont pas se faire, auquel cas on y investit des ressources mineures, on agit comme le politique, on fait une liste des *top priorities*, et puis c'est numéro 6, puis numéro 5, de toute manière personne ne se souvient de la liste ;

– soit nous considérons que cette « chose » va se faire, et alors notre intérêt, qui est probablement partagé avec celui des institutions, c'est d'être partie à cette chose qui va se faire. Dans une telle hypothèse, ce n'est pas en essayant de « ramer à contre-courant » qu'on va y arriver. Ca va se faire, personne ne sait aujourd'hui la forme que cela prendra, mais en tout État de cause si ça se passe mal « c'est moi qui serai la dinde ». Donc, notre intérêt est que cela se passe bien, pas seulement parce qu'on préfère que tout tourne bien, mais surtout parce que personne n'a les moyens que cela se passe mal. Que les États aient les moyens que cela se passe mal, je n'en suis pas sûr non plus, à la limite c'est moins mon problème, mais j'espère que l'on parviendra tous au même constat et qu'on pourra déboucher sur des choses positives.

6 - Il y a deux aspects.

Il y tout d'abord un aspect classique, qu'il ne faut pas oublier et qui est aussi culturel. C'est le côté « responsable mais pas coupable ».

On peut être considéré comme responsable parce que c'est à nous de gérer le profil fiscal de notre entreprise et ce vis-à-vis de nos actionnaires, vis-à-vis de nos employés, vis-à-vis des États dans lesquels nous sommes localisés. Notre profil fiscal doit être géré car le coût fiscal est un coût comme les autres, et donc un coût de compétitivité. Pas de compétitivité au sens que l'entende les journaux, mais un coût de concurrence : si j'ai pour une opération particulière un taux effectif d'imposition de 15 % et que tous mes concurrents sont à 5 %, pour une même acquisition, ils peuvent payer 10 % de plus, sans que cela ne leur coûte rien. Donc ce qui est important, ce n'est pas d'être le moins fiscalisé, à la limite c'est ce qui se passait dans les années antérieures, mais c'est de m'assurer que je suis parmi le groupe de ceux qui sont le moins fiscalisé, ce n'est pas tout à fait la même chose...

Donc, on est responsable, et on assume cette responsabilité. Lorsque l'on visionne les auditions qui ont été réalisées en Angleterre sur les groupes anglo-saxons et que leurs représentants répondent aux questions par : « je ne sais pas », « je ne sais pas quels chiffres d'affaires je réalise en Angleterre, je ne sais pas quel est mon profil fiscal, je ne sais pas pourquoi je ne paye pas d'impôts », c'est assez terrifiant. On pourrait effectivement répondre « parce qu'on a un système d'optimisation fiscale accessible », « parce qu'il est hors de question qu'on paye 30 % de taux effectif, en France et aux États-Unis où c'est même 35 % », « parce qu'aucun groupe ne survivrait avec un taux effectif réel de 35 % »...

7 - Le second aspect, c'est que même si nous sommes bien responsables, nous ne sommes pas totalement coupables parce que l'on utilise les régimes fiscaux mis en place par les États eux-mêmes... Il ne faut pas oublier que ce que nous faisons est légal, c'est-à-dire que cela respecte la lettre de la loi, mais nous pensons aussi respecter l'esprit de la loi.

8 - La communication est importante. Pourquoi ?

Parce qu'il est difficile d'amener à la table de négociation les entreprises ou leur demander de faire progresser les choses, (et pourtant c'est le but) en commençant par « vous entreprises... Vous êtes des gens qui profitez du système en ne laissant pas votre *fair share*. Pourtant ce que nous faisons est légal et c'est important de le rappeler. C'est pour ça que nous sommes peut-être responsables mais pas coupables.

Ensuite, comme nous l'avons indiqué ce sont quand même les États qui élaborent des systèmes pour nous attirer. On ne devrait pas se laisser attirer par tout ce qui brille, c'est vrai, mais quand quelqu'un nous dit, avec le même nombre d'employés, avec la même usine, tu as un taux effectif deux fois moins important...

Je remets cela en perspective avec la productivité bien sûr. Nous avons plus de 10 000 employés en France, donc si nous pensions que le coût du travail ou le coût fiscal était la seule motivation nous n'en aurions qu'un je pense... moi ! Nous ne regardons pas que le coût fiscal même s'il est important.

9 - Ensuite, le deuxième point important que je voulais faire en introduction, c'est, je pense, qu'il y a quand même « plus de choses qui nous rapprochent, que de choses qui nous séparent ». Pourquoi ?

Revenons sur le point de la tension budgétaire actuelle subie par les États. Un groupe comme le nôtre sait très bien que si le budget est vidé d'un côté, c'est à nous que l'on va demander de combler le trou. Certes, on peut penser qu'on sera toujours plus malin et que ce seront toujours les autres qui rempliront les caisses, je l'espère, mais j'ai peur que comme hypothèse de travail à long terme ce ne soit un tout petit peu présomptueux. Ensuite, quand on cherche à voir le bout du tun-

cases » (datée du 5 juillet 2012), ont été publiées sur le site internet de la Commission.

6. *OCDE, Dispositifs hybrides, Questions de politique et de discipline fiscales, 5 mars 2012.*

nel et qu'on analyse ce qui existe, on peut se mettre ensemble en se disant qu'il y a toujours une bonne et une moins bonne direction. Il n'y a pas que des fous qui disent qu'il faut payer « le double, le triple, quadruple, cent fois, mille fois » ou qui disent, c'est « 30 % de votre chiffre d'affaire que vous devez payer », ce qui n'a pas de sens. Il existe des gens plus raisonnables.

On se dit qu'il y a déjà eu des initiatives positives, des choses essentielles, comme l'OCDE, par exemple, et les institutions européennes qui ont quand même démontré leur aptitude à lutter contre les doubles impositions. Ce point est essentiel, c'est là notre vrai problème. La ligne jaune qu'on ne peut pas franchir, c'est un système qui aboutirait à des impositions multiples. Ça ne marche pas et le mouvement historique montre que cela a été parfaitement compris. C'est un élément positif.

Ensuite, le facteur compétition est pris en compte par ces institutions, et le mouvement qui a eu lieu est intéressant. Ce facteur de compétition du taux d'imposition, ou de l'imposition effective, puisque c'est celle-là qui est intéressante, a évolué. Il nous semble positif de dire que toute solution et toute évolution ne doit pas créer de distorsions de compétition entre les agents. On peut se croire plus intelligent, on peut croire qu'on sera toujours celui qui profitera des distorsions de concurrence pour payer le moins d'impôts... Ce n'est pas sûr qu'on puisse avoir comme stratégie de croissance durable à long terme d'être celui qui aura la fiscalité la plus faible.

10 - C'est toujours la même chose. Les entreprises sont probablement prêtes à accepter des niveaux d'imposition différents de ceux actuels, selon qu'on leur donne ou pas une sécurité quant à la comparabilité de la concurrence. Aujourd'hui le problème que l'on a, qui est commun, c'est que la compétition entre États aboutit à ce que le plus malin ou le plus mobile bénéficie du taux le plus faible. Alors pour l'instant si c'est nous, tant mieux. Est-ce que cela durera ? Probablement pas. Les temps changent et les pays aussi. Le taux effectif est conduit par des choses autres que le seul planning fiscal. Il est conduit par la localisation géographique, et c'est fondamental dans la formation d'un taux effectif. Je crois aussi que l'on a besoin de stabilité au moins dans les objectifs des autorités à un moment où l'économie, elle, ne l'est pas.

Si on arrive à faire évoluer les règles, les groupes comme le nôtre les appliqueront « sans clause de conscience ». On les appliquera parce que la plupart des groupes comme le nôtre, sont des agents objectifs dans leurs choix. C'est aussi simple que ça. Dans le système actuel de concurrence fiscale, il y a des coûts induits et des dommages collatéraux en termes de ressources, de simplification, de transparence, de compétitivité... qui sont très importants. Il ne faut pas regarder uniquement le taux effectif auquel on aboutit avec « les montages » mais le coût global.

11 - Philip Kermode : Je ne voulais pas intervenir pour dire que j'étais en désaccord, mais je crois que quelque chose d'important a été souligné. À la Commission, nous sommes partis en effet d'un examen des questions de double imposition, et on voit très clairement l'intérêt d'avoir des systèmes fiscaux bien équilibrés. Il ne sert strictement à rien de créer des situations complexes avec des doubles impositions en essayant de régler tous les problèmes de disparités différenciées et autres. L'élimination de la double imposition a poussé la Commission à faire des propositions, depuis des années, en matière de fiscalité. C'est l'attrait du marché intérieur, et le marché intérieur ne vaut pas grand-chose sans entreprises. À partir de là, nous avons procédé à une consultation publique, comme nous l'avions fait pour la double imposition. Il s'agissait aussi d'un exercice du type *fact finding* pour mesurer l'ampleur du problème, comme en matière de prêts participatifs. Parce qu'il faut poser clairement les problèmes ! On peut faire le lien avec la question de la concurrence. Quand on analyse ce qu'il se passe dans l'Union, on constate qu'il y a un degré de concurrence entre les États membres, mais pour lequel nous disposons maintenant de différents instruments. Par exemple, s'agissant des questions de taux autres que les taux généraux, pour les délocalisations fiscales nous avons le Code de conduite. Concernant l'assiette, il y a effectivement des questions de disparité – des différences entre les régimes fiscaux – et des principes généraux de la fiscalité internationale. Dans l'Union, on essaye d'abord de passer par un processus consistant à cibler les régimes susceptibles de poser problème et également à traiter des questions de disparité. Si les États membres partent du principe que les disparités ne sont pas des pratiques dommageables qu'ils mettent volontairement en place, il est une évidence que tout le monde doit vouloir les faire disparaître, et s'agissant des règles de fond nous avons sur la table du conseil une proposition sur l'ACCIS qui traite les aspects les plus fondamentaux des systèmes.

Pour terminer, je voulais insister sur le fait que nous ne voulons pas, du tout, chercher des boucs émissaires du côté des entreprises, qui sont essentielles pour le développement de la croissance et de l'emploi au sein de l'Union. Cela serait assez futile.

12 - Emmanuel Raingeard de la Blétière : Pour illustrer le débat nous avons choisi d'analyser ensemble quelques schémas identifiés par la Commission européenne.

Le premier exemple est celui de la disparité de traitement d'une même entité. Une société mère résidente d'un État membre 1 souhaite acquérir une cible dans un État membre 2. Elle utilise pour ce faire un véhicule d'acquisition localisé dans l'État membre 2, au cas présent une société de personnes, un *partnership*. Ce *partnership* est opaque du point de vue de l'État membre 2, c'est-à-dire qu'il est traité comme une société soumise à l'impôt sur les sociétés. Ce véhicule acquiert la cible en s'endettant et opte pour le régime d'intégration fiscale : les profits opérationnels et les charges financières du véhicule d'acquisition se compensent. Dans l'État membre 1, le véhicule est traité comme une société fiscalement transparente, i.e. les résultats sont pris en compte au niveau de l'associé comme si le véhicule n'existait pas. Dès lors, les frais financiers engagés par le véhicule sont aussi déductibles, au même moment, des résultats fiscaux de la société mère dans l'État membre 1. Nous aboutissons donc à une double déduction de ces frais financiers.

Deuxième exemple, la disparité de traitement d'un même instrument financier. Une société mère souhaite financer les opérations de sa filiale localisée dans un autre État membre. Pour ce faire, elle lui octroie du « quasi-capital », c'est-à-dire, de façon caricaturale, un prêt subordonné d'une durée d'une cinquantaine d'années avec un taux variable en fonction des résultats de la filiale. Dans l'État membre de la société mère cet instrument présente les caractéristiques dominantes de capital, dès lors, les revenus qu'il génère seront qualifiés de dividendes et bénéficieront du régime mère-fille. En revanche, dans l'État membre 2, dans lequel la filiale est localisée, cet instrument est qualifié de dette. Dès lors, la rémunération payée par cette filiale est déductible de ses résultats. Nous avons donc pour un même flux une déduction dans l'État membre 2 sans imposition corrélative dans l'État membre 1.

13 - Raphaël Coin : Si on veut avancer sur ces questions, et qu'on dit que le point de départ est de considérer que la situation est optimisée fiscalement, on ne va pas avancer beaucoup. Il faut essayer de sortir de cela justement. On pourrait aussi transformer ces structures en des structures doublement imposées !

14 - Ces deux exemples sont deux thèmes qui sont la variation d'une même question mais ne sont pas tout à fait identiques. Pour le premier, il y a quand même un élément de complexité comme l'OCDE l'a noté dans son rapport sur les sociétés de personnes et son rapport sur les situations triangulaires. Dans les deux travaux, surtout celui sur les situations triangulaires, il y a un aspect « évasion fiscale » qui bloque un peu politiquement l'évolution, mais les deux ont apporté des aides techniques en disant par exemple sur les situations triangulaires que c'est plutôt à l'État de l'établissement de régler les

problèmes, et sur les sociétés de personnes que les États doivent accepter une qualification unique pour éviter ce conflit. Le problème qu'on a ici, c'est que la complexité ne vient pas seulement du fait que ce sont des structures optimisées, mais que ce sont aussi des structures qui sont soumises à des conflits de qualifications, et la première surtout. Le problème qu'on a en étant français, c'est qu'on oublie qu'il y a une toute petite île, qui est la France et qui traite les sociétés de personnes d'une manière, et puis il y a une grande, grande, grande partie du monde, qui n'est pas le reste du monde, mais une grande partie du monde qui les traite de manière transparente. Si on avait un traitement aligné, ce qu'a essayé de faire l'OCDE et le pouvoir exécutif français, cette question n'existerait, en pratique, pas. Donc un règlement technique d'arbitrage global sur un conflit de qualification peut régler le problème.

Ensuite, on peut aborder le sujet d'une autre manière en disant : « qu'est-ce qui est abusif » ? La question qu'il faut alors se poser est de demander à l'un des États d'abandonner son droit d'exonérer mais il faut qu'on me dise lequel.

15 - Pour le premier schéma, cela fait quand même un petit moment qu'il existe sous une forme sous ou une autre. Les États ont déjà eu des problèmes budgétaires avant. Donc, il y a des États qui ont déjà regardé ce genre de chose, il y a des États qui ont des *dual consolitated loss regime,* qui sont quand même assez opposées à ce genre de chose. Ces règles sont destinées à éviter, il y a plusieurs variantes, que l'on consolide ou que l'on déduise plusieurs fois.

Par ailleurs, il faut être certain que l'avantage fiscal a été correctement mesuré.

Je ne veux pas revenir sur les cas qui sont dans l'actualité, mais, si lorsque la société hybride distribue, certains États de localisation de la société mère taxent, il y a un aspect *timing*. L'imposition n'est pas éludée mais différée. Je ne dis pas que ce n'est pas optimisé, mais dans l'optimisation il est nécessaire de descendre dans le détail pour savoir quelle est l'optimisation et ce qu'elle représente. Pourquoi ? Pour savoir qui doit abandonner son droit d'imposer.

Par exemple, lorsque l'on va devant le juge français ou le juge communautaire et qu'on regarde les problèmes de retenue à la source et d'imputation, on nous dit, que le *timing*, le fait qu'on impute plus vite ou non un crédit d'impôt n'est pas forcément un élément important. Dans ce cas le fait que l'État de la mère taxe un jour ou non est-il important ?

L'avantage fiscal peut dépendre de l'activité de la société. Pour les groupes américains notamment, il faut toujours garder à l'esprit qu'ils ont un système de rapatriation qui fait qu'on taxe les revenus lorsqu'ils sont rapatriés aux USA, avec par définition peu de crédits d'impôt puisqu'ils sont localisés dans notre exemple dans des États qui sont faiblement taxés. La fiscalité américaine est suffisamment compliquée, il ne suffit pas d'ouvrir une SARL à Epinal, de mettre tout son *cash* dedans et d'attendre que ça se passe : c'est un peu plus compliqué que cela.

Je ne remets pas en cause l'aspect « optimisé », mais il est une optimisation qui est aussi liée à la complexité.

16 - Le second exemple n'est pas lié à la complexité mais à une finesse d'analyse juridique sur la nature juridique, fiscale et financière de l'instrument. Ce qui rend la vision conflictuelle des instruments est souvent qu'elle est poussée à l'extrême d'un côté et de l'autre. Un prêt participatif de 90 ans, il faut me dire comment le *pricer*, parce que ça doit être assez amusant de faire un *pricing* d'un prêt participatif de 90 ans, sauf s'il est à 0 % ! Là il est vraiment devenu du capital. Dans ce cas, cela ce n'est pas grave qu'on déduise puisqu'il n'y a pas d'intérêt payé... Ce que j'essaye de dire, c'est que ce n'est pas cet instrument en lui-même qui est un problème. Le prêt participatif, à la limite si tout le monde dit qu'il est normal et que c'est juste un prêt avec un taux variable, il ne présente pas de problème immédiat. Heureusement qu'il y a des obligations variables, et des prêts à taux variables, déduites d'un côté, taxables de l'autre. Parfois il y a une différence en termes de *timing* puisqu'il peut y avoir des intérêts capitalisés ou non. Ce qui rend le prêt problématique ici c'est qu'il est poussé à l'extrême.

17 - Pour ce genre de chose, il faut aussi déterminer qui est la « victime » et qui est le « coupable » parmi les États. J'ai tendance à dire, que c'est quand même l'État du bénéficiaire qui est plus coupable que l'État de source. Je me trompe peut-être, mais du côté de l'État source, et c'est une vision extrêmement française des choses, un prêt participatif c'est un prêt, donc l'intérêt est déductible sous réserve des règles normales applicables à un prêt. Pour moi l'État de cible ne perd pas grand-chose. Pour l'État du bénéficiaire c'est un peu plus douteux. Pourquoi ? Parce qu'il y a une différence entre être actionnaire et être porteur d'un prêt. Disons que l'on ne frappe pas à notre porte au même moment. Quand on frappe à la porte de l'actionnaire, c'est que cela fait déjà un petit moment qu'il est trop tard. Et dans ces exemples, bien entendu, c'est de l'intragroupe à coup sûr, et on ne frappe jamais à la porte quand la société cible est en redressement car on ne frappe jamais à la porte du prêteur. Pour ce second schéma, le besoin est peut-être un besoin de clarification, sans remettre en cause les prêts participatifs. Si l'on ne veut pas emmener le bébé avec l'eau du bain, on peut proposer des règles communes ciblées sur le dévoiement des prêts participatifs, plutôt que de supprimer le prêt participatif en lui-même. Le prêt participatif est aussi un instrument qui a été inventé pour de bonnes raisons de prise du risque du prêteur vis-à-vis de l'emprunteur.

Ce qui serait vraiment terrible serait que l'on combine toutes ces structures..., ce serait vraiment « moche ». Mais là personne ne peut le faire, parce que personne ne le fait évidemment...

18 - Pascal Saint-Amans : Juste quelques mots de réaction par rapport à ce schéma, mais le commentaire vaudra pour tous les autres schémas qui sont en réalité assez connus. L'OCDE travaille depuis une demi-douzaine d'années sur ces questions qu'on a appelées *agressive tax planning*, la planification fiscale agressive. Agressive ne voulant pas dire qu'elle est illégale. Il y a néanmoins un jugement moral dans *agressive*, la perception que quelque chose ne va pas. On est dans un environnement où il y a le développement de structures, d'entités, de produits, dont le premier objet n'est pas de faire du *business*. Je crois que c'est ce qui ressort de l'exemple qui est toutefois simplifié. Mais fondamentalement ce qui est décrit là, c'est qu'il y a des zones de non-concordance (*mismatches* en anglais) qui existent entre les pays, et qu'il serait paradoxal de ne pas les utiliser. Pour ce faire on crée un objectif d'entreprise qui est déconnecté de la réalité. Jusqu'à un certain moment, je ne sais pas quand, on avait l'impression qu'il y avait des opérations économiques réelles et qu'ensuite sur cette base on optimisait plus ou moins. Alors que ce qui est décrit là, c'est une autre approche qui est : il existe des opportunités, on les utilise, on maximise et on arrive à une réaction des États. Cette réaction est antérieure à la crise budgétaire, il y a six-sept ans. Les administrations fiscales sont frustrées par des produits qui réduisent la base taxable, ou qui font glisser le profit vers une juridiction qui ne taxe pas. Les inspecteurs des impôts des administrations fiscales se sont mis à travailler dans le cadre de l'OCDE au sein du S*teering group on agressive tax planning.* Ils échangent sur les structures qu'ils découvrent. Ensuite, l'OCDE attire l'attention de tous les inspecteurs des impôts de tous les pays de l'OCDE sur ces schémas-là, et il y a le développement d'un répertoire des schémas fiscaux agressifs. À partir de là des analyses transversales sont menées sur la façon dont par exemple les particuliers disposant d'une valeur nette élevée (*high-net worth individuals)* – les riches – optimisent, un rapport est ensuite publié. Tout comme celui sur l'utilisation des paradis fiscaux. Au-delà de ça, il y a eu le rapport sur les dispositifs hybrides qui, je crois, est un rapport très important. Il a été l'une de nos contributions pour la consultation publique qu'a faite l'Union européenne, et propose des éléments de réponse à ces sujets-là qui permettraient peut-être de clôturer une

partie de ces régimes. Vous avez des éléments de réponse de type contrôle fiscal ou encore meilleurs échanges d'informations, là on est vraiment sur le degré zéro de l'intelligence, sur le schéma qui va se faire prendre. Un autre élément est l'introduction de dispositifs anti-abus spécifiques. Au-delà de ça vous avez aussi des problèmes liés à l'absence d'harmonisation ou en tout cas d'approche politique, de politique fiscale. Le problème de ces schémas est qu'on ne sait pas qui est l'État perdant : c'est un peu les deux ou c'est aucun, puisque ce sont des questions de qualification nationale. *In fine* on a bien un problème d'érosion de la base, et on est sur un jeu non coopératif entre les États.

19 - Il faut apporter des éléments de réponse que le rapport sur les dispositifs hybrides a essayé de donner. Ceci se cumule avec le changement global d'environnement. D'une part avec la façon dont les entreprises font leur *business*, c'est-à-dire de façon globale et de façon plus agressive du point de vue fiscal. Elles ont en quelque sorte banalisé le compte fiscal, comme s'il s'agissait d'un autre poste du bilan : on traite avec les États comme on traite avec les fournisseurs, on optimise au maximum. Tout de même, quand on voit l'introduction du taux d'imposition effectif comme un critère important de notation, cela n'existait pas quand j'ai commencé. Ce sont des choses que j'ai vu apparaître au fur et à mesure de ma carrière. D'autre part, on a aussi un souci, je crois, avec les normes elles-mêmes, les États et la façon dont ils changent de politiques fiscales. Les États passent, ou sont passés, de systèmes mondiaux à des systèmes territoriaux. Les standards internationaux qui avaient été développés pour des systèmes de résidence basés sur des taxations mondiales n'ont pas évolué en même temps. Ceci se cumule avec cette optimisation fiscale, qui une fois de plus peut être légitime ou pas. On peut avoir ce débat, et il est nécessaire de l'avoir, mais peut être que ce n'est pas tout à fait la seule ni même la bonne question : il faut le placer dans un contexte plus large.

20 - Emmanuel Raingeard de la Blétière : Deux autres exemples, toujours tirés de la consultation de la Commission. Dans le premier, un investisseur résident d'un État membre 1 souhaite acquérir une cible dans un État membre 2. Il crée dans ce dernier État, une *holding* intermédiaire laquelle réalise cette acquisition en s'endettant auprès d'un tiers. Le régime d'intégration fiscale permet la compensation des profits opérationnels de la cible et des frais financiers de la *holding*. Ici, pas de conflit de qualification, il s'agit uniquement d'une allocation de la dette dans l'État dans lequel les profits opérationnels sont générés. Nous éprouvons des difficultés à identifier la double non-imposition.

L'autre exemple est le traitement différent des revenus actifs et passifs. Une société, en général dans le cadre d'une transaction intragroupe, octroie une licence d'exploitation d'un brevet. Elle perçoit en contrepartie des redevances qui seront imposées mais bénéficieront d'un régime spécial du type *Patent box*, i.e. un taux réduit d'imposition. L'autre État permettra la déduction de ces redevances. Il n'y a pas de retenue à la source, notamment au sein de l'Union Européenne et dans une relation mère/fille puisque la directive intérêts et redevances trouve à s'appliquer. Le régime spécial du concédant n'a pas été considéré comme une mesure de concurrence fiscale dommageable par le groupe Code de conduite et ne semble pas constituer une aide d'État (on y reviendra dans l'après-midi)... Qu'y a-t-il de problématique ?

21 - Raphaël Coin : Sur ces deux schémas, j'aurai un commentaire général qui est que « le politique ne peut pas être différencié du technique ». C'est important de ne pas privilégier l'un par rapport à l'autre, parce que sinon on ne comprend pas les réactions des uns et des autres. Pour le premier, je crois qu'il y a un aspect communication qui est assez intolérable. On voudrait limiter la déduction des intérêts parce que les dividendes seraient non taxés. Ça à l'air séduisant comme ça, mais cela n'a aucun sens. Je déduis les intérêts parce que les profits de la cible sont taxables. Évidemment si les profits de la cible ne sont pas taxables, je veux bien comprendre. Mais aujourd'hui je ne comprends pas la différence entre cette proposition et mettre la dette directement dans la cible pour acheter des actifs et des équipements. Quand on voit que l'un des facteurs de compétitivité des États développés est le coût du capital, l'investissement capitalistique, on se dit que c'est se tirer une balle dans le pied. Le problème qu'il y a est politique, et je le comprends bien. Je ne suis pas inconscient. Le problème, c'est que souvent la cible est dans un autre pays et qu'un État ne souhaite pas être celui qui a toujours la déduction et l'autre celui qui a toujours l'imposition. Mais c'est un autre problème que je peux concevoir et pour lequel on est partie prenante. Pourquoi ? Parce que nous sommes la victime. À part les questions de CFC, qui devraient régler le problème, si on paye l'impôt dans le pays de la cible, on devrait dire : « attendez, peut-être que l'impôt est mal reparti, mais on l'a déjà payé, on ne peut pas le payer une seconde fois ». On est face à une situation où il faut absolument éviter la double imposition. Ici c'est un risque de double imposition et non de double exonération. En revanche si on met en place cette structure et qu'elle est combinée avec les précédentes, on retombe sur une discussion qui me paraît assez classique, et je n'ai pas de problème avec ça.

Si le politique recommence pour parler de déduction d'intérêts en disant, « vous êtes exonérés sur les dividendes », disons que la discussion va être assez dure, parce que dans nos comptes ce n'est pas exact.

22 - Le second schéma est très intéressant parce qu'il rejoint mes premiers commentaires, et c'est vraiment du politico-technique. Celui-ci, c'est : « je déduis, je n'ai pas de retenues à la source, je ne taxe pas le revenu, et puis si je peux avoir un petit crédit d'impôt recherche en même temps, je prends aussi ».

Je crois que celui-là est un peu « trop beau pour durer ». Donc notre rôle stratégique est de gérer la transition et l'avenir, alors le raisonnement politique intervient. Il faut déjà prévoir le changement que ce soit dans un mois, dans deux mois, dans six mois.

Ensuite quand on dit que ça va changer, il y a deux approches.

23 - Il y a d'abord l'approche « recherche fondamentale », qui sont les travaux absolument indispensables et très intéressants qui ont été fait par l'OCDE, et qui se développent dans d'autres organisations. Le problème est que les États qui dominaient étaient des États de localisation du bénéficiaire du revenu, les États de « résidence », or ils sont devenus aussi des États de « source ». Donc aujourd'hui on ne sait plus trop où on est. État de source, État du bénéficiaire, on est toujours très content du *planning* qui permet à ses entreprises d'exporter, on n'est jamais content du *planning* qui fait fuir la masse budgétaire.

Donc il y a cette recherche fondamentale qui est en cours sur la nature des incorporels, et c'est très important parce que les incorporels et leur nature, c'est ce qui a changé dans le monde. On peut l'appeler comme on veut : du *know how*, du *process*, etc. Peu importe. L'hypothèse de travail aujourd'hui c'est que cela a de la valeur. C'est notre nerf de la guerre. On n'est plus sur une vision purement de chiffre d'affaires, il n'y a qu'à voir toutes les entités qui sont dans l'internet. Certaines se sont vendues plusieurs milliards, sans un franc, un euro, un dollar de chiffre d'affaires. Donc, je crois que ce point est mûr, qu'il est compliqué, qu'il y a une composante fiscale importante, mais cependant qu'il n'est pas assez mûr pour que les entreprises comme les nôtres se lancent dans la recherche fondamentale. C'est-à-dire que les développements sur les incorporels m'intéressent, sur leur nature, leur allocation, mais je crois que le terme pour cette recherche est trop éloigné pour qu'il permette de résoudre le problème, qui à mon avis est politique et qui va arriver plus vite. Donc la solution de la recherche fondamentale n'apportera pas une réponse au politique.

24 - Après, il y a les réponses qui permettent non pas de soigner la maladie mais d'en enlever les symptômes. En médecine cela permet de sauver des millions de personnes chaque année. Je ne vois pas

pourquoi cela ne pourrait pas marcher en fiscalité. On peut trouver aujourd'hui des solutions qui ne sont pas aussi fondamentales, pas aussi définitives parce qu'on ne sait pas encore trop ce que sont ces incorporels, mais de trouver un accord entre États, par la petite porte.

Il n'y en a pas cinquante techniquement.

N'oublions pas la discussion sur les intérêts, qui a eu lieu en Europe et dans le monde. II y a eu cette espèce de balancier entre « tous les intérêts sont déductibles », « demain il n'y en aura plus, il y en aura, il n'y en aura plus, il y en aura, il n'y en aura plus », et puis chacun disant j'ai une méthode super, c'est sur les..., j'ai une méthode super, c'est sur le..., j'ai une méthode géniale c'est de..., j'ai une méthode encore mieux et c'est la même que l'autre.

En fait, on sent bien qu'il y a un niveau moyen de déduction des intérêts, et que cette déduction est un mécanisme essentiel pour un État qui souhaite développer à la fois ses champions nationaux et faire venir des entreprises chez lui.

25 - Il y a beaucoup de gens qui nous rappellent que c'est quand même assez dangereux d'empêcher la déduction totalement. Mais la déduction totale de tous les intérêts n'est plus à la mode.

Donc je crois que sur les redevances peut être qu'on pourrait réfléchir aux mêmes choses.

Il y a deux axes, il y a la retenue à la source et la non-déductibilité. Je ne suis pas en train de dire qu'il ne faille pas déduire les redevances. La discussion sur les intérêts a eu lieu il y a quelques années et est toujours en cours, elle évolue, etc. Chacun a essayé de regarder comment il limite ce problème en restreignant la déductibilité. Je ne dis pas, encore une fois, qu'il faut interdire la déductibilité, mais il vaut mieux un mauvais accord sur une déductibilité, presque totale d'une redevance, qu'un bon accord sur une déductibilité totale qui durera encore trois semaines, ou une absence de déductibilité totale qui durera pendant vingt ans.

Je crois que les entreprises ont un intérêt aujourd'hui à faire un pas en avant sur ce thème en particulier, car c'est un thème qui est extrêmement important du point de vue *business* et de l'organisation de nos activités, or il va devenir très disruptif s'il y a un mouvement de balancier politique vers des mesures radicales.

26 - Emmanuel Raingeard de la Blétière : Nous sommes, sur ce point, en désaccord. Si je devais proposer quelque chose, je préconiserais non pas la non-déductibilité, même partielle, des redevances mais le retour à la bonne vieille solution : la retenue à la source. Je suis évidemment conscient des difficultés : renégociation des traités, de la directive intérêts et redevances et risque de discriminations entre résident et non-résident du fait des différences de taux effectif d'imposition... Néanmoins, c'est la seule solution valable : celle qui permet de répartir la base imposable et l'impôt entre l'État source et l'État de résidence. En outre, l'État membre de résidence qui a mis en place ce régime spécial (*e.g.* un taux d'IS faible) sera dans l'obligation d'octroyer un crédit d'impôt en raison de la convention fiscale. L'imputation du crédit d'impôt aboutira à ce que, au bout du compte, l'État de résidence ne percevra aucun impôt sur ce revenu. En d'autres termes, le fait d'attirer la propriété intellectuelle sur son territoire, parfois au détriment des autres États, ne lui rapportera rien en termes d'impôt sur les sociétés. De l'autre côté, les finances publiques des États sources seront moins affectées.

27 - Philip Kermode : Le premier cas est relativement simple. Ce qui compte avant tout est le sort des intérêts payés sur le prêt consenti par la tierce partie. S'ils sont effectivement imposés, je crois que les arguments sont moins pertinents. Nous voulions tester les réactions sur ce genre de structure.

L'autre cas est beaucoup plus intéressant, parce qu'on tombe directement dans une discussion qui a lieu à l'heure actuelle au sein du Conseil, sur la proposition de modification de la directive intérêts-redevances de la Commission. Je suis fort intéressé par l'idée de non-déduction d'une partie des paiements. En effet, avec la directive on n'a pas la possibilité d'appliquer de retenue à la source et ceci a déjà été accepté à l'unanimité, donc certains pensent effectivement à la non-déductibilité. Mais il faut voir jusqu'où on peut aller avec ce raisonnement parce que, encore une fois, nous nous basons à la Commission sur les impératifs du marché intérieur. Il ne faut pas arriver à une situation dans laquelle soit on rétablit des barrières du type retenue à la source, soit on les remplace par quelque chose de pire. Je m'attends maintenant à une discussion beaucoup plus poussée sur ce genre de problème. On a la possibilité de l'avoir au niveau du Conseil avec la proposition de modification de la directive qui est actuellement sur la table. Mais pour cela il faut une volonté politique, et jusqu'à maintenant, on a ce désaccord entre les États qui pratiquent des taux relativement élevés et les autres. À un moment, on l'espère, cela va aboutir à une décision qui ne sera pas un compromis complètement boiteux qui affecterait les sociétés. Cela fait quelques années que la Commission propose des modifications de la directive pour y voir plus clair sur ce sujet. Quand on voit l'ensemble des choses qui doivent être débattues maintenant, y compris les disparités, nous espérons aboutir à quelque chose de plutôt convenable.

28 - Pascal Saint-Amans : Un commentaire sur le deuxième schéma et les incorporels, parce que je crois aujourd'hui que le sujet est dans le débat sur la fiscalité internationale. Vous trouvez des histoires dans la presse qui font qu'il y a beaucoup d'attention à ce sujet. Au-delà de l'aspect anecdotique des journaux, il est clair que dans la chaîne de valeur du *business* moderne dont vous êtes en charge, c'est dans les incorporels que se trouve la valeur, et il n'y a rien de plus facile à bouger que l'incorporel. C'est pourquoi on a lancé, d'ores et déjà, des travaux à l'OCDE pour changer les règles. Ce qui est décrit là, c'est un problème pris sous deux angles : l'aspect retenue à la source et déductibilité, et l'aspect régime fiscal dérogatoire du type *patent box*. Mais il y a aussi le volet prix de transfert, parce que je crois qu'il faudrait, en tout cas théoriquement, bien faire la distinction entre les transactions qui sont faites entre entreprises non liées et les entreprises liées. Du point de vue économique, la théorie selon laquelle il ne faut pas de retenues à la source, vaut pour les transactions entre entreprises non liées. Pourquoi ? Parce que si on met une retenue à la source sur le payement d'une redevance, c'est celui qui supporte cette retenue, c'est-à-dire celui qui paye la redevance, qui va en porter le poids. Donc cela réduit son incitation à acheter, à importer de la technologie, et globalement pour l'économie où il se trouve, cela réduit la capacité de développement. C'est en tout cas comme ça que, économiquement, a été justifiée la suppression des retenues à la source. Le problème aujourd'hui avec la localisation des incorporels, pour faire simple, ce sont les conduits aux Bermudes. Dans les groupes, le raisonnement économique ne tient plus, parce que celui qui supporte le coût n'est plus l'entreprise indépendante située dans le pays ou de consommation ou d'utilisation de la propriété intellectuelle donc le raisonnement n'est plus le même. Alors quelles sont les conséquences qu'il faut en tirer ? Je n'en sais rien. J'aimerais bien savoir. Est-ce que c'est un traitement spécifique dans le domaine des prix de transfert ou autres, sachant que les prix de transfert c'est une question de *pricing*, ce n'est pas une question de retenues à la source ? Voilà une difficulté théorique et pratique. L'un des problèmes récurrent et majeur est le traitement des incorporels dans le cadre des groupes.

29 - Emmanuel Raingeard de la Blétière : Sur les solutions, l'OCDE dans son rapport *agressive tax planning*, avançait les propositions (i) de l'harmonisation des législations internes, (ii) de dispositions générales contre l'évasion fiscale, (iii) de dispositifs spécifiques contre l'évasion fiscale et, enfin, (iv) de dispositifs spécifiques contre les hybrides.

30 - Raphaël Coin : Les mesures anti-abus générales sont très bien en théorie mais elles ne passent cependant souvent pas le cap des frontières parce que culturellement elles sont très difficiles à faire

admettre à des anglo-saxons, pour de bonnes raisons qui sont liées à une méfiance de principe vis-à-vis de celle-ci. Même si, à mon avis, les mesures anti-abus européennes générales sont à peu près claires et l'on comprend à peu près ce qu'elles veulent dire, je pense que c'est très difficile à faire comprendre aux anglo-saxons.

Les mesures anti-abus spécifiques, c'est clairement plus prometteur immédiatement. Pourquoi ? Parce qu'on peut arriver, compte tenu de ce que l'on a dit ce matin, à trouver un ou deux sujets communs sur lesquels les gens se mettent d'accord.

Ensuite, il reste la lecture constructive des normes qui existent. Il ne faut pas oublier que dans les normes qui existent il y a certaines solutions à certains des problèmes que l'on a évoqués ce matin, et ça c'est un travail qu'il faut faire.

Enfin, Je pense que sur les incorporels, faire une mesure anti-abus générale n'est pas impossible, mais ce n'est pas possible maintenant. Je ne vois pas comment on ferait. En revanche sur les mesures spécifiques, sur les incorporels, là il y a peut-être un progrès à faire, et le faire graduellement et pour le futur pour le rendre acceptable.

31 - Pascal Saint-Amans : Je voudrais juste partager deux ou trois idées, sentiments sur le contexte, et ensuite sur les directions du projet BEPS. Et je les partage volontiers parce que ce n'est pas encore fixé, donc on est encore dans les limbes. Le premier c'est le sentiment, du côté des politiques, qu'il y a urgence à traiter un problème. Je ne suis pas sûr que le problème soit totalement identifié, mais il a été qualifié sous le nom de *base erosion and profits shifting* (érosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices). Le constat est celui d'une diminution des bases taxables et de leur déplacement vers des juridictions à faible fiscalité. Il y est fait référence dans le communiqué du G20 de Los Cabos. Plus surprenant, récemment Monsieur Schäuble et Monsieur Osborne ont tous deux pris une position très forte en l'identifiant comme un problème majeur. Ceci n'est pas étranger à l'environnement politique et médiatique que l'on a décrit. N'oubliez pas que sur trente-trois pays membres de l'OCDE qui ont une TVA, vingt-deux ont augmenté leur taux au cours des trois dernières années. Si vous êtes ministre, et que vous avez à expliquer aux gens qui payent plus d'impôts pour faire face au déficit alors que par ailleurs les journaux répètent à longueur de journée que les grands groupes multinationaux, parce qu'ils déduisent des intérêts, parce qu'ils bougent des incorporels, ne payent pas d'impôts du tout, ou pratiquement pas, vous avez un problème politique. Ce problème politique qui est là permet de faire bouger les choses, d'avancer, et on veut changer les choses. D'un autre côté, il simplifie les choses, ce qui est regrettable parce que ça déplace le débat sur un terrain qui n'est pas forcément le terrain des techniciens que l'on partage.

32 - Je voudrais vous lire une phrase d'une lettre reçue hier par Monsieur Angel Gurria, secrétaire général de l'OCDE, cosignée par Messieurs Osborne, Moscovici et Schäuble : « global companies are significant sources of growth investments, employments, and taxes in Germany, Britain, France and the UE as a whole. However, international tax standards have had difficulties keeping up with changes in global business practices, such as the growing importance of intangibles and the development of the digital economy. As a result, so many multinational businesses are able to shift the taxation of their profits, way from the jurisdiction where they are been generated, thus minimizing the tax payments compared to smaller or less international companies » (...) « the work that the OECD is doing on identifying possible gaps in the standards, is welcome by the G20 ». Et on vous donne mission de travailler là-dessus dans les six mois qui viennent.

33 - Le second élément ; si on ne fait rien pour traiter cette perception politique, qui est aussi une réalité juridique ayant des conséquences budgétaires et économiques, qu'est-ce qui se passe ? Je pense qui si on ne fait rien, on va se retrouver dans une situation, non pas de chaos, mais à l'image de ce qu'il se passe dans le domaine du commerce international, de protectionnisme non coordonné. Des mesures anti-abus vont être prises ici et là, avec le soutien de la Commission européenne et ce malgré la Cour de justice de l'Union qui risque de compliquer les choses. Mais les autres États vont en prendre, et n'oublions pas qu'on est passé du monde du G7 au monde du G20. Vous avez toute une série de pays – Chine, Inde, Afrique du Sud, Brésil, Indonésie, Russie – qui ne sont pas membres de l'OCDE, qui n'étaient pas dans le G7, mais qui sont dans le G20. Et ces pays-là parlent haut et fort. Ils se disent prêts dans le cadre de l'ONU à rétablir les droits de taxer à la source partout et s'agissant des incorporels, de changer les règles en matière de prix de transfert – *fair formulary apportionement*.

34 - Donc, si on ne fait rien, je pense que les entreprises vont se trouver confrontées à des doubles impositions, des triples impositions, des quadruples impositions et à un système plutôt chaotique. D'où l'importance de concevoir ensemble, quand je dis « ensemble », ce sont les gouvernements et les entreprises, et quand je dis les « gouvernements », ce n'est pas seulement les gouvernements des pays de l'OCDE, ce sont ces pays et les grands pays non membres de l'OCDE. Il faudra aussi tenir compte des intérêts des pays en voie de développement, qu'il ne faut pas oublier. Il faut essayer de trouver des solutions à un problème qui reste, peut-être, à mieux définir.

L'*agressive tax planning* est un aspect qui joue sur des *mismatches*, sur les règles des prix de transfert, sur l'existence des conventions fiscales, sur l'existence de régimes fiscaux dommageables. Ces derniers sont toujours là pour certains d'entre eux et, étant donné les évolutions à la fois du *business* et des pratiques en matière de planification fiscale, sont encore plus nocifs qu'ils ne l'étaient hier. Tout ceci doit être pensé de façon globale pour essayer de trouver des solutions. Même si le BEPS n'est assurément pas la solution miracle, j'ai tendance à penser qu'on a trois pistes qui correspondent à trois horizons. Il y a un horizon très court, qui est tout simplement que l'OCDE doit faire un rapport d'analyse de la situation et d'exploration de pistes au G20 lors de la réunion de février 2013.

35 - Alors quelles sont les pistes ? C'est d'abord agir à très court terme pour à la fois traiter l'aspect politique mais aussi je crois un aspect technique, et c'est le prolongement de ce qui a été fait depuis six ans par le forum des administrations fiscales, par le groupe sur l'*agressive tax planning*. Il y a des comportements, que les gouvernements ont laissé s'établir avec complicité qui soulèvent des vraies questions, des problèmes. La réalité est que l'on est face à une situation qui a été plus ou moins organisée, pour faciliter la compétitivité des entreprises. Je crois qu'il y a aussi un message à envoyer, qui est un message fort de *compliance*, qui était le message du forum des administrations fiscales à Séoul. Je crois que l'on revient à ça : si vous faites un schéma à des fins exclusivement fiscales, ne vous étonnez pas si on essaye de vous massacrer derrière. Donc je crois que quand vous aurez cette dimension-là, vous n'y couperez pas.

36 - Je suis plutôt rassuré par ce que j'entends dire de Raphaël Coin et d'un certain nombre d'entre vous. Les entreprises ne seront pas le bouc émissaire. On est bien d'accord sur cette ligne-là. Il faut aussi reconnaître qu'il y a des comportements abusifs, ceux qui vont un peu trop loin, trop loin, donc voilà, on siffle la fin de la récréation sur ce plan-là, mais c'est presque anecdotique. La seconde dimension, qui me paraît plus importante, et un peu plus durable, c'est la nécessité de développer des systèmes anti-abus, des systèmes de meilleures approches ou coordination concernant la façon dont on qualifie certains revenus ou certaines entités. Par exemple, les Pays-Bas pourraient, en demandant un peu plus de substance, régler le problème des États-Unis relatif au *check the box* : c'est quelque chose qui peut se faire. Ce n'est pas inatteignable, à condition qu'on nivelle le terrain de jeux par le haut, qu'on ait des règles du jeu équitables. Donc on a les questions de dispositifs anti-abus, et de leurs coordination. Dans les dispositifs anti-abus j'ajoute toutes les questions de *CFC legislations*,

de dispositifs de taxation de profits lorsqu'ils sont délocalisés et les questions de *limitations of benefits* (LOB). Je crois que c'est un souci des pays qui sont aujourd'hui des pays de *conduit*, l'Irlande, les Pays-Bas qui ont un intérêt à ne plus être utilisés comme tel, parce que leur réputation est en jeu, et ce qui les intéresse est d'avoir l'activité économique. Et donc, peut être qu'une bonne disposition anti-abus, du type de celle contenue dans la convention fiscale entre le Japon et les Pays-Bas, je ne les ai pas étudiées dans le détail, pourrait être examinée. Et puis, dans cette approche progressive vous avez les questions de prix de transfert.

37 - Donc, on a lancé des travaux pour, au moins sur les incorporels, traiter les abus. Peut-être que ces principes directeurs sur les prix de transfert ne sont pas le bon instrument pour traiter des abus. En même temps si on ne traite pas des abus, le camion va aller dans le mur et écraser tous ceux qui sont sur le chemin, y compris les entreprises. Et puis on a la question de la simplification des règles de prix de transfert. Je suis frappé par leur niveau de sophistication, je prends volontiers le blâme pour ça. On a trop sophistiqué les règles de prix de transfert, elles ne sont pas applicables. Elles rapportent aux conseils et coûtent cher aux entreprises. En réalité, elles rapportent à tout le monde sauf aux gouvernements parce que ce qui est une contrainte se transforme en une opportunité. Donc il faut traiter cela. Et là nous ne sommes plus dans une approche progressive, on a l'occasion de revoir les fondamentaux. Cela arrive une fois par siècle. La dernière fois c'était en 1920 à la Société des nations quand ils ont établi le modèle, qui comprend l'article 9 relatif au principe de pleine concurrence et l'article 26 relatif à l'échange de renseignements. Et bien peut-être que l'on a ici une occasion unique en raison de ce soutien politique, de l'attention du G20, de la situation contrastée et complexe en termes de pays. Les pays de résidence sont devenus aussi des pays de source. L'environnement a changé, la façon dont le *business* développe ses affaires a changé, et dans ce contexte-là, peut-être qu'il faut revenir aux fondamentaux. Si on revient aux fondamentaux, on peut même questionner le principe de pleine concurrence. Ça fait un moment que je l'ai fait, je pense arriver à la conclusion, qu'en fait c'est le pire des systèmes, à l'exception de tous les autres et qu'il faut peut-être l'adapter, mais tout autre système fondamentalement différent sera encore plus difficile à mettre en œuvre.

38 - Mais revenons aussi sur les conventions fiscales, l'absence de retenues à la source, la définition d'établissements stables dans le cadre de l'économie digitale, tout le monde a ces questions en tête, mais on ne les traite pas à l'OCDE. Et bien on va les traiter à l'OCDE ! On va devoir faire face à un défi compliqué, parce qu'il faut traiter ces questions vite. Non seulement il faut faire l'analyse vite, mais il faut produire des réponses qui iront vite elles aussi. C'est là qu'on a des difficultés importantes, parce qu'on a 3000 conventions fiscales bilatérales aujourd'hui. Comment peut-on trouver un raccourci ? Comment faire évoluer la façon dont on travaille pour avancer sur les règles de prix de transfert, non pas sur 10 ans mais sur 1 an, et pour que la solution développée soit immédiatement applicable ? Est-ce que j'ai les réponses à toutes ces questions ? Non. Est-ce que je souhaite avoir des réponses rapidement ? Oui ! Est-ce qu'on les aura ? Je n'en sais rien.

Mais en tout cas, vous ne pouvez pas ne pas être *compliant* au moment où les économies s'effondrent. Vous devez être *compliant*, vous devez être de bons citoyens, et les comportements abusifs, c'est fini. Mettons-nous tous d'accord là-dessus pour commencer un travail ensemble afin d'améliorer le système, qui se traduira par plus d'impôts pour les multinationales, c'est vrai, mais pour toutes. Il faut faire en sorte que vous ne soyez pas, vous, en désavantage compétitif parce que votre concurrent, lui, va utiliser des schémas disponibles. Donc c'est à cela qu'il faut qu'on arrive. C'est ce qui est intéressant dans ce projet, dont vous voyez qu'il est différent de ce qu'on a fait dans les années 90, même s'il comporte toujours un volet régimes fiscaux dommageables, qui est important, qu'il ne faut pas écarter. Mais vous voyez que l'approche est différente.

39 - Je conclurai en disant que, depuis les années 20, on a travaillé avec les entreprises pour éliminer les doubles impositions. On a beaucoup investi sur un modèle de convention fiscale, sur des règles et les principes directeurs en matière de prix de transfert. Aujourd'hui on élimine les doubles impositions, mais les doubles non-impositions ne sont pas davantage acceptables, et il faut qu'ensemble, gouvernements et entreprises, on puisse travailler à élaborer un système qui permette de sécuriser l'élimination des doubles-impositions. Et il y a encore des progrès à faire, dans le domaine de l'arbitrage par exemple, vous savez qu'il m'est très cher, mais il faut qu'on s'assure de l'absence de double non-imposition, parce qu'elles se traduisent par des recettes budgétaires qui ne rentrent pas, des États qui font faillite et qui trouvent derrière des boucs émissaires. Même si la contribution de l'IS ne sera jamais suffisante pour éviter aux États de faire faillite quand ils gèrent mal leurs affaires, vous ne pouvez pas dans le monde d'aujourd'hui, comme dans le monde d'hier d'ailleurs, et de demain, avoir des acteurs qui ne contribuent pas, alors que d'autres contribuent de plus en plus. Cela crée des distorsions de concurrence et crée l'impression que le système n'est pas équitable. Il faut aller dans cette direction. Est-ce qu'on a la réponse une fois de plus ? On en parlera, j'espère bientôt.

40 - Philip Kermode : Il faut reconnaître que l'OCDE a fait de grandes choses, et je pense en particulier à ce qui a été fait à partir de la volonté politique du G20 pour l'échange d'informations sur demande. Je voulais dire qu'il y a des choses qui sont possibles, tout dépend de la volonté politique pour le faire. Nous avons déjà nous-même, à la Commission, exploré le terrain et vous avez toujours les propositions sur l'ACCIS. Je crois que c'est le bon moment pour avoir une discussion sur les fondements du système de la fiscalité des sociétés. Je dirais tout simplement que, de ce que je comprends d'un exercice aussi ambitieux que le BEPS, à la fin, ce qui va compter avant tout, c'est le soutien des entreprises elles-mêmes.

Il faut dans ce cas-là qu'il y ait quelque chose de positif pour les entreprises, parce que même avec une très grande volonté politique au niveau du G20, il faut à la fin que les entreprises l'acceptent. Je crois que ceci est un peu perdu de vue dans les discussions à l'heure actuelle.

Je reviens sur l'idée que les entreprises sont le fondement de nos espoirs en termes de croissance et d'emploi. Si on veut réussir à faire quelque chose, il ne faut pas qu'il n'y ait que des inconvénients, pas que le bâton, mais il faut aussi la carotte. Bien sûr à la Commission nous sommes fort intéressés par cette initiative, bien sûr la plupart de nos États membres sont membres de l'OCDE, bien sûr nous avons des problèmes de relations avec les pays en dehors de l'Union, mais nous espérons pouvoir contribuer, nous, à cet exercice dans le contexte que je viens de décrire.

41 - Emmanuel Raingeard de la Blétière : Je pense que les entreprises souhaiteront contribuer à ces travaux, si on leur en donne l'occasion. Les bases d'un dialogue serein sont posées, il ne reste plus qu'à travailler et à nous revoir, peut-être, l'année prochaine.

Mots-Clés : *Planification fiscale agressive - État des lieux*

334 Les aides d'État et la concurrence fiscale dommageable

Alexandre Maitrot de la Motte,
professeur à la faculté de droit de l'université Paris-Est Créteil,
assesseur du doyen, en charge de la recherche,
directeur du Master 2 « Fiscalité appliquée »

1 - La réglementation européenne relative aux aides d'État garantit juridiquement la mise en œuvre, par les États membres, des engagements politiques auxquels ils ont entendu se soumettre lorsqu'ils adoptèrent le « code de conduite en matière de fiscalité des entreprises » [1]. Comme il le reconnaît lui-même, la faiblesse intrinsèque du Code de conduite est en effet de n'être qu'un instrument politique dépourvu de toute portée juridique [2]. Mais comme il le relève ensuite, le recours parallèle au droit européen des aides d'État permet, sous l'autorité de la Commission européenne et sous le contrôle de la juridiction européenne, de pallier cette lacune et de lutter efficacement contre la concurrence fiscale dommageable.

Il existe ainsi un lien entre le Code de conduite et le droit des aides d'État. Il suffit, à cet égard, de se référer au point J du Code de conduite, dont il ressort que : « Le Conseil constate qu'une partie des mesures fiscales couvertes par le code est susceptible de rentrer dans le champ d'application des dispositions des articles 92 à 94 du traité relatives aux aides d'État (devenus articles 107 à 109 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). Sans préjudice du droit communautaire et des objectifs du traité, le Conseil note que la Commission s'engage à publier les lignes directrices pour l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises pour la mi-1998, après avoir soumis un projet aux experts des États membres dans le cadre d'une réunion multilatérale, et qu'elle s'engage à veiller scrupuleusement à la mise en œuvre rigoureuse des règles relatives aux aides en cause, en tenant compte, *inter alia*, des effets négatifs de ces aides que l'application du code mettra en évidence. Le Conseil note aussi l'intention de la Commission d'examiner ou de réexaminer, au cas par cas, les régimes fiscaux en vigueur et les nouveaux projets des États membres en assurant une cohérence et une égalité de traitement dans l'application des règles et des objectifs du traité ». Conformément à cette disposition, la Commission européenne a publié une communication en date du 10 décembre 1998 [3] : celle-ci indique dans quelle mesure des dispositions fiscales peuvent s'avérer être incompatibles avec les règles européennes relatives aux aides d'État [4].

2 - Autrement dit, de nombreux avantages fiscaux qui relèvent du Code de conduite entrent également dans le champ du contrôle européen des aides d'État. Le fait que des mesures fiscales puissent recevoir la qualification d'aide résulte de ce que les avantages visés par l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne correspondent pas nécessairement à des subventions positives, mais de ce qu'ils peuvent également prendre une forme négative (renonciation à taxation). Sur ce point, la Cour de justice a notamment précisé que, comme elle l'avait « déjà constaté dans le cadre du traité CECA (arrêt du 23 février 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c/ Haute Autorité de la CECA, 30/59, Rec. p. 1, 39), la notion d'aide est plus générale que celle de subvention parce qu'elle comprend non seulement des prestations positives telles que les sub-

Ndlr : Le présent article constitue une version développée de l'introduction à la première session de l'après-midi, intitulée « Les aides d'État et la concurrence fiscale dommageable » et présidée par M. Alexandre Maitrot de la Motte.

1. Ce « code de conduite » prend juridiquement la forme d'une résolution, V. Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, du 1er décembre 1997, sur un code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises : *JOCE n° C 2, 6 janv. 1998, p. 2 à 5.*
2. V. le préambule du Code de conduite : « le code de conduite est un engagement politique et n'affecte donc pas les droits et obligations des États membres ni les compétences respectives des États membres et de la Communauté telles qu'elles découlent du traité ». Il n'aurait pas pu en aller autrement dès lors que la jurisprudence de la Cour de justice est constante sur le fait qu'en vertu du droit de l'Union européenne, les « codes de conduite » ne peuvent en principe ni être créateurs de droits, ni emporter aucune obligation. Il en résulte que ni les justiciables ni les institutions ne peuvent s'en prévaloir devant les juridictions chargées de veilleur à la bonne application du droit de l'Union, V. *CJCE, 24 oct. 1973, aff. C-9/73, Carl Schlüter c/ Hauptzollamt Lörrach : Rec. CJCE, p. 1135.*
3. *Comm. CE, « Communication sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises » : JOCE n° C. 384, 10 déc. 1998, p. 3 à 9.*
4. Très utile pour appréhender la notion d'aide d'État sous forme fiscale et, à tout le moins, pour connaître le point de vue de la Commission européenne sur cette passionnante question, cette communication ne lui est toutefois pas opposable, V. *CJUE, gde ch., 15 nov. 2011, aff. C-106/09, Commission c/ Gvt of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, et aff. C-107/09, Commission et Royaume d'Espagne c/ Gvt of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, pt. 75 : Dr. fisc. 2012, n° 5, comm. 126, note É. Dubout et A. Maitrot de la Motte*, non encore publié au Recueil. Cela fait partie des rares hypothèses dans lesquelles les règles européennes de gouvernance sont moins protectrices que les règles françaises.

ventions elles-mêmes, mais également des interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques. (14) Il en découle qu'une mesure par laquelle les autorités publiques accordent à certaines entreprises une exonération fiscale qui, bien que ne comportant pas un transfert de ressources d'État, place les bénéficiaires dans une situation financière plus favorable que les autres contribuables constitue une aide d'État au sens de l'article (107), paragraphe 1, du traité » [5]. Par suite, certaines mesures fiscales dommageables identifiées comme telles et dont le démantèlement unilatéral [6] n'est pas effectué par les États membres (non-respect de leur engagement politique) sont susceptibles d'être remises en cause par la Commission européenne grâce à la réglementation relative aux aides d'État (contrainte juridique). Cette réglementation constitue un instrument de choix puisqu'elle confère d'importantes prérogatives à la Commission, dont notamment le droit d'interdire les aides qu'elle estime souverainement être incompatibles avec les exigences du marché intérieur [7]. Par ailleurs, la récupération des aides fiscales illégalement octroyées [8] peut être ordonnée. La menace d'utilisation du *hard law* (dispositions du Traité relatives aux aides d'État) permet ainsi de garantir le respect des dispositions de *soft law* (Code de conduite).

En conséquence, de nombreux dispositifs nationaux constitutifs d'une concurrence fiscale dommageable au sein de l'Union européenne ont été démantelés durant ces quinze dernières années. Le recours ou le risque du recours à la réglementation européenne relative aux aides d'État y ont en partie contribué, les États membres étant tantôt contraints et tantôt convaincus de procéder à un tel démantèlement.

3 - Cette réglementation, qui peut donner lieu à des situations complexes lorsqu'elle n'est pas respectée par les États membres, repose sur des principes relativement simples. Elle figure aux articles 107 à 109 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui constituent le chapitre 1 (« la concurrence ») de son titre VII consacré aux « règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations ».

Les articles 107 et 109 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne déterminent tout d'abord le champ du contrôle européen. Le premier paragraphe de l'article 107 définit ainsi la notion d'aide d'État en indiquant que « 1. Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ». Puis ses deuxième et troisième paragraphes identifient les mesures nationales qui, bien qu'elles remplissent les critères prévus par le premier paragraphe, sont compatibles ou sont susceptibles d'être compatibles avec les exigences du marché intérieur. Enfin, l'article 109 précise que sur proposition de la Commission, le Conseil peut adopter des règlements destinés, entre autres, à exempter des mesures nationales du contrôle européen [9].

L'article 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne régit pour sa part la procédure applicable. À cet effet, il distingue les aides nouvelles et les aides existantes : les premières doivent être notifiées à la Commission et autorisées par cette dernière préalablement à toute mise en œuvre, alors que les secondes peuvent être remises en cause à tout moment. Pour l'essentiel, l'article 108 dispose en effet que « *1. La Commission procède avec les États membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans ces États. Elle propose à ceux-ci les mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché intérieur. 2. Si, après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations, la Commission constate qu'une aide accordée par un État ou au moyen de ressources d'État n'est pas compatible avec le marché intérieur aux termes de l'article 107, ou que cette aide est appliquée de façon abusive, elle décide que l'État intéressé doit la supprimer ou la modifier dans le délai qu'elle détermine (...). 3. La Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Si elle estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché intérieur, aux termes de l'article 107, elle ouvre sans délai la procédure prévue au paragraphe précédent. L'État membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées, avant que cette procédure ait abouti à une décision finale* ».

En résumé, aucune aide d'État n'est en principe prohibée ; mais toutes les aides doivent, préalablement à leur octroi, être notifiées à la Commission européenne, sauf si elles entrent dans le champ d'application de l'une des mesures d'exemption prévues par le Traité ou par un règlement du Conseil pris sur le fondement de l'article 109 du

5. *CJCE, 15 mars 1994, aff. C-387/92, Banco Exterior de España : Rec. CJCE 1994, I, p. 877, pts 13 et 14. – CJCE, 10 janv. 2006, aff. C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze e.a. : Rec. CJCE 2006, I, p. 289, pt 132. – CJUE, 1re ch., 8 sept. 2011, aff. C-78/08 à C-80/08, Paint Graphos Soc. coop. Arl et a. : Dr. fisc. 2011, n° 37, act. 278*, non encore publié au Recueil. – En ce sens, V. également *CJCE, 5e ch., 8 nov. 2001, aff. C-143/99, Adria-Wien Pipeline GmbH et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH c/ Finanzlandesdirektion für Kärnten : Rec. CJCE 2001, I, p. 8365, pt 38 ; RJF 2/2002, n° 248. – CJCE, 15 juill. 2004, aff. C-501/00, Espagne c/ Commission : Rec. CJCE 2004, I, p. 6717, pt. 90. – CJCE, 15 déc. 2005, C-66/02, Italie c/ Commission : Rec. CJCE 2005, I, p.10901, pt 77.* – Comp., *Commission européenne, Rép. min. n° 48 à M. Burgbacher : JOCE 30 juill. 1963, pt 1*, dont il ressort que sont concernées par la procédure de contrôle des aides d'État toutes les « subventions, exonérations d'impôts et de taxes, exonérations de taxes parafiscales, bonifications de prêts, garanties de prêts à des conditions particulièrement favorables, cessions de bâtiments ou de terrains à titre gratuit ou à des conditions particulièrement favorables, fournitures de biens ou de services à des conditions préférentielles, couvertures de pertes d'exploitation ou toute autre mesure d'effet équivalant ».

6. Il est rappelé que les États membres devaient démanteler toutes les mesures considérées comme « dommageables » par le « groupe code de conduite » (« démantèlement », prévu par le point D) et n'en introduire aucune nouvelle (« gel », prévu par le point C).

7. Le tribunal et, le cas échéant, la Cour de justice n'exercent qu'un contrôle restreint de la décision déférée, lequel est limité à l'examen des erreurs manifestes et à la recherche d'un éventuel détournement de pouvoir, cf. *CJCE, 14 janv. 1997, aff. C-169/95, Espagne c/ Commission : Rec. CJCE 1997, I, p. 135, pt 34. – CJCE, 5e ch., 5 oct. 2000, aff. C-288/96, Allemagne c/ Commission : Rec. CJCE 2000, I, p. 8237, pt 26. – CJCE, 12 déc. 2002, aff. C-456/00, France c/ Commission : Rec. CJCE 2002, I, p. 11949, pt 41. – CJCE, 23 févr. 2006, aff. C-346/03 et C-529/03, Giuseppe Atzeni e.a. c/ Regione autonoma della Sardegna : Rec. CJCE 2006, I, p. 1875, pt 84.* Plus précisément, le Tribunal et la Cour peuvent contrôler le caractère correct et complet des faits sur lesquels la décision d'autorisation est fondée, ce qui implique non seulement d'examiner l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais aussi de vérifier si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées. L'absence de prise en considération du mode de financement du régime d'aide peut également constituer une erreur d'appréciation manifeste. Enfin, le Tribunal et la Cour peuvent vérifier que la Commission n'a pas adopté une solution incompatible avec des dispositions spécifiques du Traité et avec des principes généraux du droit de l'Union, dont notamment le principe d'égalité de traitement.

8. C'est-à-dire sans autorisation préalable de la Commission. En matière d'aides d'État, il est essentiel de dissocier deux questions distinctes que sont d'une part le contrôle de la *légalité* des aides d'État sous forme fiscale (ont-elles été notifiées et autorisées ?) et d'autre part l'appréciation de leur *compatibilité* avec le marché intérieur (l'affectation des échanges est-elle supportable ?).

9. Sur ces règlements, V. *JCl. Fiscal, Impôts directs, Traité, Fasc. n° 1160, A. Maitrot de la Motte, Les aides d'État sous forme fiscale : champ du contrôle communautaire.*

Traité. La Commission européenne, après avoir apprécié leur compatibilité avec le marché intérieur, autorise ou refuse ensuite leur mise à disposition, sachant que les autorisations accordées peuvent être reconsidérées à tout moment. Agissant sous le contrôle du Tribunal de l'Union européenne puis de la Cour de justice, la Commission européenne est la seule autorité chargée d'apprécier cette compatibilité. Pour leur part, les administrations et les juridictions nationales doivent organiser sans délai la récupération des aides « illégales », c'est-à-dire des aides qui ont été versées à leurs bénéficiaires sans l'autorisation de la Commission (violation de l'obligation de *standstill*).

4 - Au regard de cette réglementation et dans la perspective de la bonne mise en œuvre du Code de conduite, deux questions peuvent alors se poser. La première porte sur le champ de la réglementation européenne relative aux aides d'État, et conduit à se demander dans quelle mesure ces dispositions sont susceptibles de s'appliquer à des législations fiscales nationales, notamment celles qui sont visées par le Code de conduite (1). La seconde porte sur le régime juridique applicable, et conduit à se demander dans quelle mesure les dispositions procédurales du droit européen des aides d'État sont susceptibles de garantir le respect du Code de conduite par les États membres (2).

1. L'applicabilité du droit européen des aides d'État aux dispositifs fiscaux « dommageables »

5 - Comme le relève le point J du Code de conduite, « une partie des mesures fiscales couvertes par le code est susceptible de rentrer dans le champ d'application des dispositions des articles (107) à (109) du traité relatives aux aides d'État ». Les notions « d'aide d'État sous forme fiscale » et de « mesure fiscale dommageable » peuvent ainsi, dans certaines conditions, être assimilées l'une à l'autre, de sorte que les règles du Traité relatives aux aides d'État sont parfois applicables à des dispositifs fiscaux qui relèvent du code de conduite. Cette applicabilité a pu être contestée (**A**). Mais elle est juridiquement certaine (**B**).

A. - Une applicabilité politiquement contestée

6 - Si elle est désormais acquise, la soumission des droits fiscaux nationaux à la réglementation européenne des aides d'État n'est pas toujours allée de soi. Le fait de savoir si, indépendamment d'ailleurs de leur caractère dommageable, des mesures fiscales peuvent être qualifiées d'aides d'État a donné lieu à d'importants débats.

7 - Dès le début de sa mise en œuvre, l'application des règles européennes relatives aux aides d'État à des mesures fiscales nationales a été critiquée. L'une des premières études d'envergure qui, en France, a été consacrée à la question des aides d'État sous forme fiscale, a ainsi montré qu'il n'était pas évident que les autorités européennes pussent recourir aux articles 107 à 109 en vue de contraindre les États membres à mettre fin à leurs pratiques fiscales dommageables [10]. D'autres auteurs ont pour leur part contesté le détournement des finalités des Traités européens opéré par les autorités alors communautaires lorsqu'elles ont voulu reconnaître une portée fiscale aux règles relatives aux aides d'État [11]. Selon ces auteurs, il n'était guère certain que les Traités entendissent conférer une portée fiscale aux règles relatives aux aides d'État, et que leurs signataires eussent l'intention de limiter la souveraineté fiscale des États membres en soumettant leurs droits fiscaux aux règles relatives aux aides d'État.

En ce sens, il est possible d'ajouter que la soumission des droits fiscaux nationaux au droit européen des aides d'État comporte, incidemment mais nécessairement, un risque d'atteinte à la cohérence du droit de l'Union européenne. À terme, la politique de lutte contre les aides d'État sous forme fiscale pourrait aboutir à ce qu'une partie des règles du Traité (celles qui régissent les aides d'État) soient supérieures à d'autres, dont l'article 115 TFUE qui prévoit que le rapprochement des législations relatives aux impôts directs ne peut se faire que par voie de directives adoptées à l'unanimité.

8 - Il faut ne pas non plus ignorer que l'application des dispositions procédurales de l'article 108 TFUE peut conduire à la mise sous tutelle des droits fiscaux nationaux par la Commission européenne. Tant la nécessité de notifier toutes les aides envisagées à la Commission européenne, que l'interdiction, sévèrement garantie, d'attribuer des aides sans avoir obtenu une autorisation préalable de la part de la Commission (obligation de *standstill*), sont en effet susceptibles de conférer à la Commission européenne une prérogative que les États membres n'ont, sans doute, jamais entendu lui accorder : la prérogative de consentir l'impôt. Or il semble que la Commission dispose d'une telle prérogative dès lors qu'elle peut autoriser ou refuser les réformes fiscales nationales avant même leur mise en œuvre [12], ou encore exiger des États membres qu'ils abrogent une partie de leurs législations fiscales. Autrement dit, l'encadrement européen des aides d'État sous forme fiscale met à mal le principe de la légalité fiscale.

9 - Pour intéressantes et argumentées qu'elles soient, ces critiques doivent toutefois s'effacer devant des arguments supérieurs. La primauté des règles européennes relatives aux aides d'État sur les mesures fiscales nationales est en effet légitime et légale.

Il faut ainsi tenir compte du fait que si les articles 107 et suivants du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne ne visent pas expressément les législations fiscales des États membres, ils n'excluent pas que la fiscalité directe soit soumise au respect des règles de concurrence. A contrario, il est même nécessaire que les législations fiscales des États membres respectent les dispositions des articles 107 et suivants, faute de quoi ceux-ci resteraient privés d'effet utile. Dans cette hypothèse, les États pourraient en effet réserver des traitements fiscaux avantageux à certaines entreprises nationales. Comme l'a précisé M. Bénard, « la suppression des frontières aux échanges, condition *sine qua non* de la réalisation du marché intérieur, suppose que les entreprises de la Communauté soient placées sur un pied d'égalité. Cet objectif n'aurait pas pu être atteint si les États membres avaient gardé la possibilité, tout en abaissant les barrières douanières et non tarifaires, de se livrer à une concurrence déloyale en usant des aides publiques pour encourager leurs propres productions au détriment des économies des autres États membres » [13]. En ce sens, le paragraphe 3 de la communication de la Commission européenne du 10 décembre 1998 rappelle qu'« à la suite de l'achèvement du marché unique et de la libéralisation des mouvements de capitaux, il est également apparu nécessaire d'examiner les effets particuliers des aides accordées sous forme fiscale et d'en préciser les conséquences du point de vue de l'examen de leur compatibilité avec le marché commun. La mise en place de l'Union économique et monétaire et les efforts de consolidation des budgets nationaux qu'elle demande rendront plus essentiel encore un contrôle rigoureux des aides d'État sous toutes leurs formes. Ce contexte exige aussi de tenir compte, dans

10. V. *É. Meier et Th. Perrot, Les aides d'État comme instrument de lutte contre la concurrence fiscale dommageable : la pierre philosophale ? : Dr. fisc., 2002, n° 3, 2.*

11. En ce sens, V. par ex., *Th. Lübbig, L'application de l'article 87 du Traité de Rome aux aides fiscales : un coup d'état communautaire ? : RMCUE, 2003, n° 465, p. 124 à 128.*

12. Sur ce point, V. l'intervention du professeur Édouard Dubout, in *A. Maitrot de la Motte, M. Pelletier, Th. Hittinger et S. Sinsek, Les aides d'État sous forme fiscale. Compte rendu du colloque organisé à la Faculté de Droit de l'Université Paris 12 les 25 et 26 septembre 2008 : Dr. fisc. 2008, n° 48, 595.*

13. V. *Y. Bénard, Aides d'État : le temps de l'insouciance est-il révolu ? : RJF 3/2007, p. 195.*

l'intérêt commun, des répercussions importantes de certaines aides fiscales sur les recettes des autres États membres » [14].

10 - Par ailleurs, dès lors que les articles 107 à 109 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne mentionnent pas expressément la matière fiscale, il est non seulement erroné d'en conclure que les législations fiscales ne sauraient être affectées par ces dispositions, mais il est même nécessaire d'en déduire qu'elles doivent l'être. Car il n'existe aucune raison qu'une matière spécifique comme la fiscalité échappe à l'interdiction générale des aides non autorisées à partir du moment où aucune dérogation particulière n'est prévue à son encontre. Autrement dit, il n'y a certainement pas lieu de distinguer les aides fiscales des autres aides, et il faut incontestablement admettre qu'indépendamment de leur nature, il n'existe que deux types d'aides : celles qui ont été déclarées compatibles avec le marché intérieur et celles qui ne l'ont pas été. En ce sens, la Commission européenne est donc parfaitement fondée à affirmer que « pour l'application des règles communautaires en matière d'aides d'État, le caractère fiscal d'une mesure est indifférent puisque l'article (107) s'applique aux mesures d'aides « sous quelque forme que ce soit » » [15]. Et il faut également approuver le Tribunal de première instance pour avoir décidé, dans le jugement *Ladbroke Racing* du 27 janvier 1998, que « s'il est vrai que la fiscalité ainsi que la mise en place des régimes fiscaux nationaux relèvent de la compétence des autorités nationales, il n'en reste pas moins que l'exercice d'une telle compétence peut, le cas échéant, se révéler incompatible avec l'article (107) paragraphe 1er du Traité » [16]. Cette formule n'est pas sans rappeler celle que la Cour de justice utilise depuis l'affaire *Schumacker* [17] et qui montre bien, s'agissant de la portée fiscale des libertés de circulation des personnes, des services et des capitaux, que si les États membres sont exclusivement compétents en matière de fiscalité directe, ils doivent exercer leurs compétences dans le respect du droit de l'Union européenne. Les mêmes considérations ne peuvent que prévaloir en matière d'aides d'État sous forme fiscale.

B. - Une applicabilité juridiquement certaine

11 - Bien entendu, toutes les mesures fiscales adoptées par les États membres ne sont pas contrôlées sur le fondement de la réglementation européenne relative aux aides d'État. Parmi les dispositifs fiscaux nationaux, seuls quelques-uns ont vocation à entrer dans le champ du droit européen des aides : même si ce critère n'est pas le critère légal, il s'agit essentiellement de ceux qui sont « dommageables » au sens du Code de conduite. Car s'il arrive que certaines aides sous forme fiscale ne soient pas des mesures fiscales dommageables ou, inversement, que certaines mesures fiscales dommageables ne soient pas des aides d'État, la coïncidence entre les deux notions est fréquente.

12 - Il faut se souvenir, à cet égard, que les mesures fiscales « dommageables » sont définies par le point B du Code de conduite, dont il ressort qu'« À l'intérieur du champ d'application précisé au point A, sont à considérer comme potentiellement dommageables et, partant, couvertes par le présent code les mesures fiscales établissant un niveau d'imposition effective nettement inférieur, y compris une imposition nulle, par rapport à ceux qui s'appliquent normalement dans l'État membre concerné. Un tel niveau d'imposition peut résulter du taux d'imposition nominal, de la base d'imposition ou de tout autre facteur pertinent. Dans l'évaluation du caractère dommageable de ces mesures, il y a lieu de prendre en compte entre autres : 1) si les avantages sont accordés exclusivement à des non-résidents ou pour des transactions conclues avec des non-résidents ou 2) si les avantages sont totalement isolés de l'économie domestique, de sorte qu'ils n'ont pas d'incidence sur la base fiscale nationale ou 3) si les avantages sont accordés même en l'absence de toute activité économique réelle et de présence économique substantielle à l'intérieur de l'État membre offrant ces avantages fiscaux ou 4) si les règles de détermination des bénéfices issus des activités internes d'un groupe multinational divergent des principes généralement admis sur le plan international, notamment les règles approuvées par l'OCDE ou 5) si les mesures fiscales manquent de transparence, y compris lorsque les dispositions légales sont appliquées de manière moins rigoureuse et d'une façon non transparente au niveau administratif » [18]. Parmi les indices permettant de considérer qu'une mesure fiscale est dommageable figurent ainsi son caractère avantageux pour son bénéficiaire, son caractère sélectif, et le fait que la mesure en cause ait une incidence sur la localisation des activités au sein de l'Union européenne.

13 - Ces *indices* correspondent peu ou prou aux *critères* d'identification des aides d'État qui ont été retenus par la Cour de justice, à savoir l'existence d'un avantage sans contrepartie, l'origine étatique de cet avantage, l'affectation de la concurrence et des échanges par cet avantage, et la sélectivité de cet avantage. Dans une importante décision *Altmark* du 24 juillet 2003, la Cour a en effet précisé que « la qualification d'aide requiert que toutes les conditions visées à cette disposition soient remplies (voir arrêts du 21 mars 1990, Belgique/Commission, dit « Tubemeuse », C-142/87, Rec. p. I-959, point 25 ; du 14 septembre 1994, Espagne/Commission, C-278/92 à C-280/92, Rec. p. I-4103, point 20, et du 16 mai 2002, France/Commission, C-482/99, Rec. p. I-4397, point 68). (75). L'article (107), paragraphe 1, du traité énonce les conditions suivantes. Premièrement, il doit s'agir d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État. Deuxièmement, cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membres. Troisièmement, elle doit accorder un avantage à son bénéficiaire. Quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence » [19]. Ces quatre critères ont été repris

14. V. *Commission des Communautés européennes, Communication sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises : JOCE n° C 384, 10 déc. 1998, p. 3 à 9, pt 3 ; Dr. fisc 1999, n° 24, 100204.*

15. *Ibidem, pt 8.*

16. *TPICE, 27 janv. 1998, aff. T-67/94, Ladbroke c/ Commission : Rec. CJCE 1998, II, p. 1.*

17. *CJCE, 14 févr. 1995, aff. C-279/93, Finanzamt Köln-Altstadt c/ Roland Schumacker : Rec. CJCE 1995, I, p. 225, pt 31, concl. Ph. Léger ; Dr. fisc. 1995, n° 20, comm. 1089, note A. de Waal ; RJF 3/1995 n° 425.*

18. Ces critères correspondent peu ou prou à ceux qui avaient été envisagés par le groupe d'étude « politique fiscale » qui avait été créé à la suite du Conseil Ecofin du 11 novembre 1996 en vue de réfléchir à la mise en œuvre des propositions que la Commission européenne avait formulées dans le « second mémorandum Monti ». Présidé par M. Monti et composé de représentants des ministres des Finances des États membres, le groupe d'étude « politique fiscale » avait été officiellement installé en mars 1997. Il était arrivé à la conclusion que les critères permettant d'identifier une « mesure fiscale dommageable » devaient être les suivants : le faible niveau d'imposition, les différences de traitement entre résidents et non-résidents, le manque de transparence, l'existence d'avantages fiscaux isolés sans lien avec la situation économique locale et le non-respect des normes internationales de type OCDE sur les prix de transfert. Ce groupe a été réactivé par le commissaire Algirdas Šemeta le 12 octobre 2010, et a été réuni à quatre reprises depuis lors. « Le Groupe se penchera sur des sujets fondamentaux comme la manière dont la fiscalité peut contribuer au renforcement du marché intérieur, à la croissance et à la compétitivité de l'économie européenne et à l'écologisation de l'économie. Il servira également de plateforme pour un examen plus approfondi de questions prioritaires telles que la taxation du secteur financier, l'assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés et la nouvelle stratégie en matière de TVA », cf. *Comm. UE, communiqué n° IP/10/1312, 12 oct. 2010.*

19. *CJCE, 24 juill. 2003, aff. C-280/00, Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg : Rec. CJCE 2003, I, p. 7747, pts 74 et 75 ; BEEI 5/2003 n° 289, concl. Ph. Léger et Ch. Timmermans.*

quelques mois plus tard dans la célèbre affaire *Gemo* relative à la taxe d'équarrissage [20], et sont systématiquement rappelés depuis lors [21].

Parmi ces quatre critères, il en est deux (l'origine étatique des avantages et l'affectation de la concurrence et des échanges) qui, en matière fiscale, ne nécessitent pas de développements particuliers. L'origine étatique d'un avantage fiscal est en effet systématiquement remplie dès lors que le droit fiscal est fondé sur le principe de la légalité fiscale. De même, le critère de l'affectation de la concurrence et des échanges est peu discriminant pour distinguer les mesures fiscales qui sont constitutives d'une aide d'État de celles qui ne le sont pas : au regard de la jurisprudence de la Cour, il existe une présomption d'affectation des échanges [22] ; et les distorsions de concurrence peuvent être présumées, puisqu'il suffit qu'une mesure fiscale fausse ou « menace de fausser » la concurrence pour entrer dans le champ du contrôle des aides d'État. Par suite, sont donc constitutifs d'aides d'État sous forme fiscale les avantages fiscaux qui sont réservés à certaines entreprises ou certaines productions, c'est-à-dire les *avantages fiscaux sélectifs*.

14 - Ce faisant, la jurisprudence de la Cour a globalement confirmé ce que la Commission européenne avait anticipé dès 1998. Dans la communication du 10 décembre 1998 [23] (puis, ultérieurement, dans celle du 9 février 2004 [24], la Commission avait indiqué que, de son point de vue, une aide d'État sous forme fiscale se caractérise par la réunion de quatre critères cumulatifs, à savoir un avantage sans contrepartie [25], le financement de cet avantage au moyen d'une ressource d'État [26], l'affectation de la concurrence et des échanges [27], et la sélectivité de cet avantage [28].

Dès lors qu'il était acquis que les avantages sélectifs qui affectent les échanges sont susceptibles d'être qualifiés d'aides d'État, la Commission n'a pu qu'ajouter, dans sa communication du 10 décembre 1998, qu'en matière fiscale, la réglementation européenne relative aux aides d'État aurait *prioritairement* vocation à être employée aux fins de lutter contre la « concurrence fiscale dommageable ». À cet égard, le premier paragraphe de cette communication indique que « la Commission s'est engagée à élaborer des lignes directrices relatives à l'application des articles (107 et 108) du traité aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises et « à veiller scrupuleusement à la mise en œuvre rigoureuse des règles relatives aux aides en cause ». Le code de conduite améliorera la transparence dans le domaine fiscal grâce à un système d'information mutuelle entre États membres et d'évaluation des mesures fiscales susceptibles d'entrer dans son champ d'application. Les dispositions du traité en matière d'aides d'État avec leur mécanisme propre, contribueront également de leur côté à l'objectif de lutte contre la concurrence fiscale dommageable ». Rappelant l'objectif de concurrence qui constitue l'une des raisons d'être de l'Union européenne, le deuxième paragraphe de cette communication ajoute que « l'engagement de la Commission concernant les aides d'État à caractère fiscal s'inscrit dans l'objectif plus large de clarifier et de renforcer l'application des règles en matière d'aides d'État en vue de réduire les distorsions de concurrence dans le marché unique ». Ce faisant, le droit des aides d'État permet de lutter tant contre la concurrence fiscale entre les États qu'en faveur du respect des règles de concurrence entre les entreprises.

En application des principes ainsi énoncés dans la communication du 10 décembre 1998, la Commission européenne a engagé, à compter de l'été 2001, une vaste offensive contre les aides fiscales incompatibles avec les exigences du marché intérieur et contre les aides non notifiées (et donc non autorisées). Il est alors intéressant de lire, dans le document de synthèse provisoire publié en 2004 par la Commission européenne, que « l'action parallèle de la Commission dans le domaine des aides d'État a pu, dans une certaine mesure, faciliter l'accord sur le code de conduite. La Commission entend naturellement poursuivre son action dans le domaine des aides fiscales à l'avenir, en donnant la priorité à celles qui ont un impact économique significatif et des effets particulièrement négatifs sur la concurrence et les échanges » [29].

15 - De nombreux avantages fiscaux sélectifs et dommageables ont par suite été démantelés par les États. Ce fut au prix d'inégales difficultés juridiques : parce qu'elle est objective, la notion d'avantage fiscal n'a en effet guère posé de difficulté majeure, contrairement à celle de sélectivité qui inclut à la fois des éléments objectifs et des éléments subjectifs dont les conditions d'articulation n'ont pas été simplifiées par l'arrêt *Government of Gibraltar* [30] du 15 novembre 2011.

Il faut en effet savoir qu'en vue de ne pas limiter la liberté des États membres de choisir la politique économique qu'ils jugent la plus appropriée (notamment lorsqu'ils doivent répartir la charge fiscale entre les contribuables), la Cour de justice avait décidé, à l'occasion d'un arrêt *Italie c/ Commission* du 2 juillet 1974, que ne doivent être considérées comme des aides d'État que les mesures qui s'inscrivent en dehors du « système normal » de taxation [31]. Autrement dit, une mesure étatique qui ne procure un avantage financier qu'à certaines catégories de contribuables ne doit être considérée comme une aide d'État que dans la mesure où sa sélectivité ne se justifie pas au regard de « la nature ou de l'économie du système » fiscal [32]. Sur ce fondement, il a donc longtemps semblé pertinent de considérer, comme

20. *CJCE, 6e ch., 20 nov. 2003, aff. C-126/01, SA GEMO : Rec. CJCE 2003, I, p. 13769, pt 28, concl. F. G. Jacobs ; Dr. fisc. 2004, n° 17, comm. 440, note B. Boutemy et E. Meier ; RJF 2/2004, n° 205, chron. J. Turot, Aides d'État et gratuité des services publics. La taxe sur les achats de viande devra-t-elle être restituée ?, p. 21 à 22.*
21. Pour un intéressant exemple (dans lequel la Cour répond au juge *a quo* par la question préjudicielle qui lui était posée), V. *CJUE, 1re ch., 8 sept. 2011, aff. C-78/08 à C-80/08, Paint Graphos Soc. coop. Arl et a., préc., pts 67 à 76.*
22. *CJCE, 21 juill. 2005, aff. C-71/04, Xunta de Galicia : Rec. CJCE 2005, I, p. 7419 ; Europe 2005, comm. 345, note L. Idot.* – Comp., *CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-57/00 et C-61/00, Freistaat Sachsen et Volkswagen AG et Volkswagen Sachsen GmbH c/ Comm. CE : Rec. CJCE 2003, I, p. 9975 ; Europe 2004, comm. 23, note L. Idot.*
23. *Commission des Communautés européennes, Communication sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises : JOCE n° C 384, 10 déc. 1998, p. 3 à 9.*
24. *Commission des Communautés Européennes, Rapport sur la mise en œuvre de la communication de la Commission sur l'application des règles en matière d'aide d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises : Doc. COM(2004) 434, 9 févr. 2004.*
25. Point 9 de la communication du 10 décembre 1998 et point 8 de la communication du 9 février 2004, ce qui correspond au troisième critère retenu par la Cour de justice dans *CJCE, 24 juill. 2003, aff. C-280/00, Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg, préc.*
26. Point 10 de la communication du 10 décembre 1998 et point 18 de la communication du 9 février 2004, ce qui correspond au premier critère retenu par la Cour de justice dans l'affaire *Altmark* précitée.
27. Point 11 de la communication du 10 décembre 1998 et point 21 de la communication du 9 février 2004, ce qui correspond au deuxième critère retenu par la Cour de justice dans l'affaire *Altmark* précitée.
28. Point 12 de la communication du 10 décembre 1998 et point 25 de la communication du 9 février 2004, ce qui correspond au quatrième critère retenu par la Cour de justice dans l'affaire *Altmark* précitée.
29. *Commission des Communautés européennes, Rapport sur la mise en œuvre de la communication de la Commission sur l'application des règles en matière d'aide d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises : Doc. COM (2004) 434, 9 févr. 2004.*
30. *CJUE, gde ch., 15 nov. 2011, aff. C-106/09, Commission c/ Gvt of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, et aff. C-107/09, Commission et Royaume d'Espagne c/ Gvt of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, préc.*
31. *CJCE, 2 juill. 1974, aff. C-173/73, Italie c/ Commission : Rec. CJCE 1974, p. 709.*
32. *Ibidem, pt 33.*

M. l'Avocat général Mischo l'avait indiqué dans ses conclusions sur l'affaire *Adria Wien Pipeline GmbH*, qu'un régime qui « n'a pas créé une dérogation en faveur de certaines entreprises ou de certaines productions par rapport à un « système normal » de taxation (...) n'est pas constitutif d'un régime d'aides au sens de l'article (107) du Traité » [33]. Mais cette approche a été remise en cause par la décision *Government of Gibraltar*.

Avant cette décision, la méthode retenue par la Cour de justice aux fins d'apprécier le caractère sélectif d'un avantage fiscal consistait systématiquement à raisonner en trois étapes : l'identification de ce qui est normal dans un système fiscal donné ; la confrontation de l'avantage fiscal litigieux à cette normalité ; et, en cas d'anormalité, la vérification d'une justification par « la nature ou l'économie du système » fiscal. Était ainsi mise en œuvre une « méthode traditionnelle » qui est objective au stade de l'appréciation de la sélectivité d'un régime (car fondée sur la normalité du régime fiscal), et subjective au stade de la justification éventuelle de cette sélectivité (car fondée sur les objectifs poursuivis par le régime fiscal).

Dans l'arrêt du 15 novembre 2011, la Cour de justice a toutefois admis qu'une « méthode alternative » pouvait également être appliquée, et que la « méthode traditionnelle » n'est pas exclusive. Inversant l'ordre de l'analyse, cette « méthode alternative » consiste à appréhender la sélectivité d'un régime fiscal au regard de ses objectifs, puis à vérifier si la sélectivité d'un régime fiscal ne peut pas être justifiée par son caractère « normal ». La difficulté est alors de savoir dans quelles circonstances il convient d'adopter la « méthode alternative » plutôt que la « méthode traditionnelle » [34].

16 - Nonobstant cette difficulté, de nombreux avantages fiscaux ont dû être démantelés par les États membres depuis le début des années 2000, qu'il s'agisse de la déduction de certaines charges, de mécanismes préférentiels d'amortissements ou de provisions, de méthodes forfaitaires de fixation de la base taxable des entreprises, de crédits d'impôts, d'exonérations fiscales, de taux réduits de taxation ou de facilités de paiement de l'impôt [35]. Parce qu'elles étaient sélectives, plusieurs aides fiscales géographiques et sectorielles, de nombreux régimes fiscaux préférentiels et quelques pratiques fiscales discrétionnaires ont aussi été abandonnés. Enfin, un certain nombre de taxes affectées au financement d'aides ont été réformées ou démantelées, soit parce que la Commission européenne en a fait la demande aux États, soit parce que leurs débiteurs en ont contesté la légalité [36].

Parmi ces aides, nombreuses sont celles qui avaient été examinées par le groupe Primarolo qui avait été créé sur le fondement de l'article H du « code de conduite » et qui était chargé d'identifier les principales mesures fiscales susceptibles d'instituer une concurrence fiscale « dommageable » au sein de l'Union européenne. Dans ces conditions, il est donc possible d'affirmer que le recours à la réglementation européenne relative aux aides d'État a grandement contribué au respect du Code de conduite. En d'autres termes, si le démantèlement rapide des dispositifs nationaux considérés comme « dommageables » s'explique en partie par le fait que les États membres ont entendu exécuter de bonne foi l'engagement politique auquel ils avaient souscrit en adoptant le Code de conduite, il résulte, surtout, de ce que la plupart de ces dispositifs constituaient également des aides d'État sous forme fiscale dont la Commission européenne et les contribuables ont pu exiger l'élimination d'une manière juridiquement très efficace.

2. L'application du droit européen des aides d'État aux dispositifs fiscaux « dommageables »

17 - L'une des particularités du droit européen des aides d'État tient en effet à ce que l'article 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne confère d'importantes prérogatives à la Commission européenne. De même, il accorde de nombreux droits aux concurrents des récipiendaires d'aides d'État et aux contribuables qui les financent. D'un point de vue procédural, il permet donc le démantèlement rapide et réel des aides d'État dont la Commission européenne n'a pas préalablement décidé qu'elles sont compatibles avec les exigences du marché intérieur (**A**). La question se pose, d'ailleurs, de savoir si l'article 108 n'est pas trop efficace (**B**).

A. - Une application juridiquement efficace

18 - Si l'article 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne opère une distinction entre les aides « existantes » et les aides « nouvelles », il ne permet leur mise en œuvre qu'après que la Commission a donné son accord, lequel est précaire et révocable. Ce faisant, la Commission européenne dispose d'un important pouvoir de contrôle des aides d'État et peut donc, sous réserve que la qualification d'aide leur soit applicable, contraindre efficacement les États membres à renoncer aux dispositifs que le Code de conduite considère être fiscalement dommageables.

19 - Certes, les aides « existantes » (c'est-à-dire les aides qui ont déjà été autorisées par la Commission ou qui existaient avant l'entrée en vigueur du Traité de Rome ou l'adhésion d'un État membre) sont légales et sont présumées être compatibles avec le marché intérieur. Mais sur le fondement des deux premiers paragraphes de l'article 108 du TFUE, elles peuvent voir leur compatibilité être remise en cause par la Commission à tout moment. Dans un tel cas, les États doivent modifier ou supprimer les avantages fiscaux concernés, sans effet rétroactif toutefois. S'ils ne le font pas, ces avantages deviennent en effet illégaux.

Par suite, deux situations peuvent se présenter en matière d'aides « existantes » : celle dans laquelle l'aide, qui est initialement légale et compatible car elle a été notifiée puis autorisée, n'est pas réexaminée

33. *CJCE, 5e ch., 8 nov. 2001, aff. C-143/99, Adria-Wien Pipeline GmbH et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH c/ Finanzlandesdirektion für Kärnten, préc.*, V. spécialement point 61 des conclusions présentées le 8 mai 2001.

34. Selon nous, la possibilité de recourir à la « méthode alternative » accroît la possibilité de lutter contre la concurrence fiscale dommageable au sein de l'Union, V. *É. Dubout et A. Maitrot de la Motte, Normalité, sélectivité et légitimité des régimes fiscaux dans l'Union européenne : les paradis fiscaux au purgatoire des aides d'État ?, note sous CJUE, gde ch., 15 nov. 2011, aff. C-106/09, Commission c/ Gvt of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, et aff. C-107/09, Commission et Royaume d'Espagne c/ Gvt of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord : Dr. fisc. 2012, n° 5, comm. 126, préc.*

35. Le nombre de mécanismes en cause est tellement important que nous nous permettons de renvoyer à deux de nos études, V. *JCl. Fiscal, Impôts directs, Traité, Fasc. n° 1160, A. Maitrot de la Motte, Les aides d'État sous forme fiscale : champ du contrôle communautaire, préc.* – *A. Maitrot de la Motte, Droit fiscal de l'Union européenne : Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne – Manuels, 2012, § 201 à 236.* Le site internet de la Direction générale « Fiscalité » de la Commission européenne comporte également de nombreuses informations, quotidiennement mises à jour (http://ec.europa.eu/taxation_customs/index_fr.htm).

36. Selon une jurisprudence constante, en effet, si une taxe finance une aide illégale avec laquelle elle possède un « lien d'affectation contraignant », l'illégalité de l'aide emporte l'illégalité de la taxe, cf. *CJCE, 13 janv. 2005, aff. C-174/02, Streekgewest Westelijk Noord-Brabant (SWNB) c/ Staatssecretaris van Financiën et aff. C-175/02, F. J. Pape : Rec. CJCE 2005, I, p. 85 ; RJF 4/2005, n° 416.* – Pour des exemples d'application, V. *CE, 9e et 10e ss-sect., 27 juill. 2009, n° 313502, Sté Montaudis : JurisData n° 2009-081538 ; Dr. fisc. 2009, n° 43, comm. 513, concl. C. Legras, note A. Maitrot de la Motte ; RJF 12/2009, n° 1177 ; BDCF 12/2009, n° 148, concl. C. Legras.* – *CE, 9e et 10e ss-sect., 9 nov. 2011, n° 323273, SNC Stop Hôtel Villeneuve-d'Ascq : JurisData n° 2011-025899 ; Dr. fisc. 2012, n° 5, comm. 127, concl. F. Aladjidi, note A. Maitrot de la Motte.*

par la Commission européenne qui n'en perçoit pas la nécessité ; et celle dans laquelle la Commission européenne réexamine l'aide et considère (par exemple parce que cette mesure est « dommageable » au sens du Code de conduite) qu'elle risque désormais de mettre en péril la concurrence au sein du marché intérieur. Dans la première situation, leurs bénéficiaires peuvent continuer à bénéficier des avantages fiscaux en cause. En revanche, dans la seconde situation, ces avantages fiscaux ne peuvent plus être maintenus que dans les conditions prévues par la Commission après leur réexamen, et sont illégaux pour le surplus. En résumé, les États membres ne disposent d'aucune certitude quant à la possibilité de maintenir des « aides existantes ».

20 - Les aides « nouvelles » relèvent pour leur part du troisième paragraphe de l'article 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dont il ressort qu'un avantage fiscal sélectif nouveau doit tout d'abord être notifié à la Commission européenne, puis être autorisé par cette dernière, avant d'être mis en œuvre. Faute de respecter cette obligation de *standstill*, une telle aide est illégale.

Dans le cas des aides « nouvelles », trois situations doivent donc être envisagées : celle dans laquelle l'aide est légale et compatible, car elle a été notifiée puis autorisée ; celle dans laquelle l'aide est illégale, soit parce qu'elle n'a pas été notifiée, soit parce que, bien que notifiée, elle a été mise en œuvre avant d'avoir été autorisée ; et celle dans laquelle l'aide est incompatible, car, indépendamment du fait qu'elle ait été ou non notifiée, la Commission européenne a considéré qu'elle mettrait en péril la concurrence au sein du marché intérieur.

21 - La force du droit des aides d'État tient alors à ce que lorsqu'un avantage fiscal est « illégal » (ce qui peut résulter soit de ce qu'il n'a pas été notifié à la Commission, soit de ce qu'il a été notifié à la Commission mais a été mis en œuvre avant sa décision finale, soit de ce qu'il a été maintenu après un réexamen au terme duquel la Commission a décidé qu'il n'est plus compatible avec le marché intérieur), l'effet utile du droit de l'Union européenne commande qu'il soit récupéré par l'État qui l'a octroyé. Toutes les aides illégales sont ainsi susceptibles de faire l'objet d'un remboursement ou d'une restitution qui se justifie par la nécessité de ne pas priver d'effet les règles européennes relatives aux aides d'État, dont notamment la clause de *standstill* qui figure à la dernière phrase du paragraphe 3 de l'article 108 et, plus généralement, la prohibition des aides faussant ou menaçant de fausser la concurrence qui résulte de l'application de l'article 107. C'est ainsi que la Cour de justice a décidé, dès 1973, que la décision de la Commission déclarant incompatible une aide qui a déjà été versée, « pour avoir un effet utile, peut comporter l'obligation d'exiger le remboursement d'aides octroyées en violation du Traité, de sorte que, à défaut de mesures de récupération, la Commission peut en saisir la Cour » [37]. De même, la Cour a reconnu que les juridictions nationales doivent exiger le remboursement des aides versées qui n'ont pas été notifiées, et ce même si la Commission n'a pas encore rendu sa décision finale [38]. En matière d'aides illégales, l'administration fiscale nationale et le juge national se trouvent donc dans une situation de compétence liée et ne disposent d'aucun pouvoir d'appréciation : en vertu de la jurisprudence européenne, l'administration nationale et le juge national auxquels il est demandé d'ordonner le remboursement ou la restitution d'une aide illégale sont contraints de faire droit à la requête qui leur est présentée. Cette obligation s'explique par la nécessité, fort bien rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt du 23 septembre 2008, « de sauvegarder les droits que les particuliers tirent de l'effet direct de l'article (108), paragraphe 3, du Traité » [39].

22 - Pour sa part, la Commission européenne ne peut jamais exiger la restitution de telles aides tant qu'elle ne s'est pas prononcée sur leur compatibilité avec le marché intérieur : mais elle peut le faire juste ensuite. Lorsqu'elle se saisit d'une aide illégale (car non notifiée et non autorisée), la Commission doit en effet directement statuer sur sa compatibilité, sans pouvoir exiger, dans cette attente, le remboursement de l'avantage fiscal ou de la taxe au seul motif que l'aide a été accordée illégalement [40]. La Commission ne retrouve le droit d'exiger la récupération qu'après qu'elle a rendu sa décision au fond sur la compatibilité de l'avantage fiscal litigieux. En toute logique, si sa décision est positive, l'absence d'autorisation est purgée, et l'avantage fiscal ne doit pas être restitué (la Commission peut ordonner le paiement d'intérêts, quoiqu'il ne s'agisse que d'une faculté). En revanche, en cas de décision négative, la restitution peut être ordonnée par la Commission. Mais elle ne doit pas nécessairement l'être, dès lors que la Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire en la matière.

La Commission européenne dispose également d'un pouvoir discrétionnaire lorsqu'en amont, elle doit se prononcer sur la compatibilité d'une aide, ce qui peut se produire dans trois séries de circonstances : soit parce qu'une aide nouvelle lui a été notifiée, soit parce qu'une aide nouvelle a été mise en œuvre sans avoir été notifiée ou autorisée par la Commission qui a néanmoins fini par s'en saisir, soit parce qu'une aide « ancienne » est réexaminée par la Commission européenne.

Il en résulte que la Commission peut, à tout moment, exiger l'abrogation d'une mesure qui n'avait soulevé aucune objection lors de sa création. De même, elle peut interdire toutes les mesures nouvelles dont elle estime qu'elles ne sont pas compatibles avec les exigences du marché intérieur. Et, enfin, elle peut rétroactivement prohiber toutes les aides mises en œuvre sans son accord préalable et exiger leur restitution. Aucune aide ne peut ainsi être versée après une décision d'incompatibilité, au risque d'exposer son récipiendaire à devoir obligatoirement la rembourser. Ceci résulte, logiquement, de ce qu'une aide déclarée incompatible mais néanmoins octroyée est constitutive d'une aide illégale et se trouve par suite soumise à l'obligation de remboursement immédiat et inconditionnel qui s'attache à ces aides.

23 - En fin de compte, aucune mesure fiscale dommageable au sens du Code de conduite et susceptible d'être qualifiée d'aide d'État ne peut donc être créée ou maintenue sans l'accord de la Commission européenne.

En cas d'absence d'autorisation, les mesures en cause sont en effet illégales et exposent leurs bénéficiaires à les restituer. Et en cas d'accord, celui-ci peut être reconsidéré à tout moment, rendant alors l'aide illégale à compter du revirement. Or, grâce à une jurisprudence très volontariste de la Cour de justice, les aides illégalement octroyées sont très efficacement sanctionnées (obligation de récupération). C'est pourquoi la Commission a pu facilement inciter ou contraindre les États à renoncer à la concurrence fiscale dommageable.

B. - Une application politiquement contestable

24 - Si l'application du droit des aides d'État en vue de lutter contre la « concurrence fiscale dommageable » est globalement satisfaisante, quelques critiques peuvent néanmoins être formulées.

37. *CJCE, 12 juill. 1973, aff. C-70/72, Commission c/ Allemagne : Rec. CJCE 1973, I, p. 813.*

38. *CJCE, 11 juill. 1996, aff. C-39/94, Syndicat Français de l'Express International (SFEI) et a. : Rec. CJCE 1996, I, p. 3547.*

39. *Cass. com., 23 sept. 2008, n° 06-20.945, F-P+B, Sté Ecomax : JurisData n° 2008-045082, Dr. fisc. 2008, n° 48, comm. 600, note A. Maitrot de la Motte.*

– V. *CJCE, plén., 21 nov. 1991, aff. C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires (FNCE) et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon c/ France : Rec. CJCE 1991, I, p. 5505, pt 11 : Dr. fisc. 1993, n° 28, comm. 1459 ; RJF 1/1992, n° 161. – CJCE, 11 juill. 1996, aff. C-39/94, Syndicat Français de l'Express International (SFEI) et a., préc.*

40. *CJCE, 14 févr. 1990, aff. C-301/87, France c/ Commission (affaire Boussac Saint-Frères) : Rec. CJCE 1990, I, p. 307. – CJCE, 21 mars 1990, aff. C-142/87, Belgique c/ Commission (affaire Tubemeuse) : Rec. CJCE 1990, I, p. 1005.*

Il faut en effet se souvenir que si le « groupe code de conduite » (groupe « Primarolo ») qui avait été créé sur le fondement de l'article H du Code de conduite et qui était chargé d'identifier les principales mesures fiscales susceptibles d'instituer une concurrence fiscale « dommageable » au sein de l'Union européenne avait examiné 271 mesures fiscales, il ne les avait pas toutes qualifiées de « dommageables ». Dans le rapport qu'il a rendu au Conseil Ecofin le 29 novembre 1999 et qui a été publié en 2000 [41], il n'a en effet accordé cette qualification qu'à 66 mesures, dont, pour l'essentiel, des dispositifs fiscaux relatifs aux « services financiers, financement des groupes et paiement de redevances » [42], aux « assurances et aux entreprises de réassurance et d'assurance captive » [43], aux « services intragroupes » [44], aux « sociétés holdings » [45], ou aux « sociétés *offshore* ». Parmi les 205 autres mesures, certaines ont pourtant été considérées comme des aides d'État par la Commission européenne, ce qui conduit à relativiser l'utilité du « groupe Primarolo » : à quoi ce groupe a-t-il finalement servi dès lors que toutes les mesures fiscales qu'il a examinées sont susceptibles d'être démantelées sur le fondement de la réglementation relative aux aides d'État, indépendamment de leur caractère dommageable ?

Plus avant, les conditions d'application respectives des articles 107 à 109 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et du Code de conduite peuvent même aboutir à ce que les mesures qui n'ont pas été qualifiées de « dommageables » par le « groupe code de conduite » soient sanctionnées plus facilement que celles dont le « groupe code de conduite » a constaté le caractère « dommageable » et a demandé le démantèlement. Notamment, les mesures déclarées « dommageables » par le « groupe Primarolo » devaient seulement être « démantelées », contrairement aux aides d'État illégales dont la Commission peut ordonner la récupération rétroactive et dont la restitution (également rétroactive) doit être ordonnée lorsque les juridictions nationales sont saisies.

25 - Il peut également être reproché aux procédés de lutte contre la concurrence fiscale de ne pas avoir éliminé cette dernière, mais de l'avoir simplement déplacée. Le démantèlement de dispositifs fiscaux attractifs et des aides fiscales présente le risque, à terme, que les investisseurs s'écartent de l'Union européenne et se placent sous des cieux fiscaux plus favorables. Dans le cadre de la lutte contre la « concurrence fiscale dommageable », l'Union européenne se doit d'être attentive aux attraits que peuvent présenter des États tiers moins fiscalisés, vers lesquels les investisseurs risquent de se tourner pour retrouver les avantages fiscaux perdus. Outre la perte de recettes fiscales correspondantes, il en résulterait une réduction des investissements, de la croissance et des emplois. Il serait ainsi regrettable que la perte d'attractivité fiscale de certains États membres se traduise par une perte d'attractivité plus générale de l'Union européenne. C'est ce qui explique que l'Union européenne promeut la « bonne gouvernance fiscale » et incite les États tiers à s'y astreindre.

26 - Cela étant, les critiques doivent ne pas être exagérées, comme l'ont par exemple mis en évidence les affaires *Cadbury Schweppes* [46] et *Elisa* [47]. Ces affaires montrent en effet que la lutte contre la « concurrence fiscale dommageable » peut être remise en cause par la nécessité de démanteler les entraves fiscales.

Dans les affaires *Cadbury Schweppes* et *Elisa*, les gouvernements britannique et français avaient tenté de justifier des mesures fiscales restrictives par le fait qu'elles permettaient de lutter contre les « dommages » causés par les législations irlandaises et luxembourgeoises relatives aux centres financiers internationaux et aux *holdings* 1929. Les principaux arguments des gouvernements britannique et français tenaient à ce que les législations irlandaises et luxembourgeoises étaient incompatibles avec le Code de conduite et avec le droit européen des aides d'État, ce que M. l'avocat général Mazàk a résumé comme suit dans ses conclusions sur l'arrêt *Elisa* : « le gouvernement français paraît justifier cette hypothèse en invoquant, en particulier, le caractère dommageable que présentent, d'une manière générale, les holdings 1929. À cet égard, il y a lieu de faire observer que le caractère dommageable de ce régime légal a, en effet, été reconnu par l'OCDE, ainsi que par le Conseil Affaires économiques et financières (Conseil Ecofin) lors de l'adoption du code de conduite sur la fiscalité des entreprises. Le régime légal luxembourgeois applicable aux holdings 1929 a été cité dans le rapport du groupe « code de conduite », chargé d'évaluer les mesures nationales susceptibles de relever de ce code, parce qu'elles constituent des mesures dommageables. Ce régime fiscal devait, dès lors, être progressivement supprimé » [48].

Mais l'argumentation selon laquelle la Grande-Bretagne et la France étaient fondées à prendre des contre-mesures à l'encontre de dispositifs constitutifs d'aides ou se trouvant à l'origine d'une « concurrence fiscale dommageable » n'a convaincu ni les Avocats généraux, ni la Cour de justice. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Elisa*, M. Mazàk a par exemple minimisé la portée du Code de conduite dès lors que, selon lui, « ces facteurs ne peuvent avoir une incidence sur la portée des droits conférés aux opérateurs économiques par les libertés fondamentales. D'après son préambule, le code de conduite est un engagement politique et n'affecte pas les droits et obligations des États membres ni les compétences respectives des États membres et de la Communauté telles qu'elles découlent du traité. La mention des holdings 1929 parmi les mesures fiscales dommageables pour le marché unique ne peut limiter le droit conféré à un investisseur par le traité au titre de l'article (63 TFUE) d'effectuer des investissements dans un État membre particulier, tout en ayant son siège de direction effective dans un autre État membre, même si, du fait de sa structure, sa société est soumise à un système fiscal qui est considéré comme dommageable pour le marché unique » [49]. Pour sa part, la Cour n'a

41. Lors de sa séance du 28 février 2000, le Conseil européen a décidé de rendre ce rapport accessible au public, V. *Le rapport du groupe de travail pour l'application du code de conduite en matière de fiscalité des entreprises : Dr. fisc. 2000, n° 16, 100128.*

42. Parmi ces mesures figuraient le centre international de services financiers de Dublin, le centre de services financiers et d'assurances de Trieste, les zones franches de Madère et Santa Maura, la zone de l'aéroport de Shannon, les crédits à l'étranger de Guernesey, les succursales financières internationales de Jersey, les crédits à l'étranger de l'île de Man, la gestion des patrimoines de l'île de Man, les sociétés holdings espagnoles, le financement d'activités internationales aux Pays-Bas par le biais d'une constitution de réserves, les succursales de financement des Pays-Bas, le taux réduit aux redevances de brevet en France, ou encore les *rulings* hollandais.

43. Dix mesures, dont les sociétés *offshore* exonérées de Gibraltar et les compagnies de réassurance de Guernesey.

44. Douze mesures, dont les centres de coordination belges, espagnols et luxembourgeois, ainsi que les quartiers généraux et centres de logistique en France.

45. Sept mesures, dont les célèbres sociétés « holdings 1929 » luxembourgeoises, les sociétés holdings des Pays-Bas, les sociétés établies à Gibraltar dans le cadre de la réglementation de 1992, et certaines holdings autrichiennes ou danoises.

46. *CJCE, gde ch., 12 sept. 2006, aff. C-196/04, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas : Rec. CJCE 2006, I, p. 7995 ; Dr. fisc. 2006, n° 39, act. 176 ; RJF 12/2006, n° 1644 ; BDCF 12/2006, n° 146, concl. Ph. Léger.*

47. *CJCE, 4e ch., 11 oct. 2007, aff. C-451/05, Européenne et Luxembourgeoise d'Investissements SA (Elisa) c/ DGI : Rec. CJCE 2007, I, p. 8251 ; Dr. fisc. 2007, n° 50, comm. 1047, note J.-L. Pierre ; Dr. sociétés 2007, comm. 231, note J.-L. Pierre ; Europe 2007, comm. 336, note L. Idot ; RJF 1/2008, n° 97 ; RMCUE 2008, p.178 et 290, note J.-P. Maublanc ; AJDI 2008, p. 178, note J.-P. Maublanc.* – Sur cet arrêt, V. également, *A. Maitrot de la Motte, La « taxe de 3 % » et le droit communautaire : l'Europe à la croisée des chemins (à propos de l'arrêt Elisa du 11 octobre 2007, in L'année fiscale : Dr. fisc. 2008, n° hors-série, étude 5.*

48. Points 113 et 114 des conclusions prononcées le 26 avril 2007 par M. l'avocat général Jàn Mazàk dans l'affaire *Elisa* précitée.

49. Point 115 des conclusions prononcées le 26 avril 2007 par M. l'avocat général Jàn Mazàk dans l'affaire *Elisa* précitée.

répondu ni à l'argument relatif à l'incompatibilité des mesures irlandaises et luxembourgeoises avec le droit des aides, ni à l'argument relatif au caractère dommageable que leur avait reconnu le « groupe code de conduite ». Ceci signifie, implicitement, qu'elle a entendu faire prévaloir l'objectif de lutte contre les entraves fiscales sur l'objectif de démantèlement des mesures fiscales dommageables et des aides d'État.

27 - Sous cette seule réserve, l'application du droit européen des aides d'État aux dispositifs fiscaux « dommageables » permet donc de garantir efficacement le respect du Code de conduite par les États membres. Il peut s'en suivre une perte d'attractivité fiscale de certains États membres qui doit être maîtrisée et dont il faut prendre garde qu'elle ne se traduise pas par une perte d'attractivité plus générale de l'Union européenne. Ceci explique que l'Union européenne promeut la « bonne gouvernance fiscale » [50] et que dans le cadre d'accords qui la lient avec des États tiers, ces derniers (à l'instar de la Suisse, par exemple) renoncent à certains dispositifs fiscaux dommageables.

Mots-Clés : *Aides d'État - Concurrence fiscale dommageable*

50. V. par ex., *Commission européenne, Fiscalité et développement. Coopérer avec les pays en développement afin d'encourager la bonne gouvernance dans le domaine fiscal : Doc. COM(2010) 163, 21 avr. 2010. – Résolution du Parlement européen du 8 mars 2011 sur la fiscalité et le développement – coopérer avec les pays en développement afin d'encourager la bonne gouvernance dans le domaine fiscal, P7_TA(2011)0082. – Résolution du Parlement européen du 6 juillet 2011 sur la crise financière, économique et sociale : recommandations concernant les mesures et initiatives à prendre, P7_TA(2011)0331. – Commission européenne, « Communication sur des moyens concrets de renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, y compris en rapport avec les pays tiers : Doc. COM(2012) 351, 27 juin 2012.* – Ou, *Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – Plan d'action pour renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales : Doc. COM(2012)722, 6 déc. 2012.* – V. aussi les recommandations de la Commission du 6 décembre 2012 relative à des mesures visant à encourager les pays tiers à appliquer des normes minimales de bonne gouvernance dans le domaine fiscal *(C/2012/8805)* et à la planification fiscale agressive *(C/2012/8806)*.

335

L'arrêt *Gibraltar* de la CJUE : la fin des paradis fiscaux au sein de l'Union européenne ?

Emmanuelle Broussy,
référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne

1 - L'arrêt remarqué de la Cour du 15 novembre 2011, *Commission et Espagne c/ Gibraltar et Royaume-Uni* [1] (ci-après « l'arrêt *Gibraltar* ») a donné un regain d'actualité à la question de la lutte contre la concurrence fiscale « dommageable » par l'effet de l'application du droit des aides d'État.

En soi, la soumission des mesures fiscales au droit des aides d'État n'est pas nouvelle. Ainsi que le soulignait le Tribunal dans l'arrêt *Ladbroke Racing* du 27 janvier 1998 [2], « *s'il est vrai [que] la fiscalité et la mise en place de régimes fiscaux relèvent de la compétence des autorités nationales, il n'en reste pas moins que l'exercice d'une telle compétence peut, le cas échéant, se révéler incompatible avec l'article 92, paragraphe 1, du traité* [3]. »

Cependant, la nature fiscale de la mesure examinée implique des raisonnements spécifiques, notamment afin de préserver la compétence des États membres pour définir leur politique fiscale. Tel est principalement le cas lorsqu'il s'agit d'identifier l'existence d'un avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE : très souvent, une mesure fiscale est prévue par une norme générale, subordonnant l'octroi d'un avantage donné à des critères objectifs. La difficulté est alors de déterminer si cet avantage résulte d'une mesure générale de politique économique, auquel cas ce n'est pas une aide, ou bien d'une mesure « sélective », favorisant « certaines entreprises ou certaines productions » au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, auquel cas c'est une aide d'État en principe interdite par le droit de l'Union lorsque les autres conditions énoncées à cette disposition sont remplies.

Une grille d'analyse, posée par la jurisprudence, permet de distinguer le « général » du « sélectif » : outre les cas dans lesquels la sélectivité peut être directement déduite du pouvoir discrétionnaire des

NdA : Ces observations ne sont formulées qu'à titre personnel par l'auteur et n'engagent pas l'institution auprès de laquelle elle exerce ses fonctions.

1. *CJUE, gde ch., 15 nov. 2011, aff. C-106/09, Commission c/ Gvt of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, et aff. C-107/09, Commission et Royaume d'Espagne c/ Gvt of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord : Dr. fisc. 2012, n° 5, comm. 126, note É. Dubout et A. Maitrot de la Motte.*
2. *TPICE, 27 janv. 1998, aff. T-67/94, Ladbroke c/ Commission : Rec. CJCE 1998, II, p. 1*, pt 54.
3. Devenu l'article 87, paragraphe 1, TCE puis l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

autorités compétentes pour octroyer un avantage fiscal donné, une mesure fiscale est considérée comme conférant un avantage sélectif lorsque, d'une part, elle donne un avantage à certaines entreprises par rapport à d'autres se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable au regard de l'objectif poursuivi par le législateur national et, d'autre part, que cette différenciation ne se justifie pas par la nature ou l'économie du système de charges dans lequel elle s'inscrit. Dans une communication, la Commission a précisé les conditions dans lesquelles elle entendait mettre en œuvre ces critères [4].

L'arrêt *Gibraltar* précise ces critères d'appréciation de la sélectivité et il donne des indications nouvelles qu'il convient de présenter afin d'en étudier, ensuite, la portée juridique et les conséquences pratiques potentielles.

1. L'arrêt *Gibraltar* et son contexte

A. - Rappel du contexte

2 - Comme souvent en matière d'aide d'État, l'arrêt de la Cour constitue l'aboutissement d'un long cheminement. Il faut remonter à 2002, année où le Royaume-Uni avait notifié à la Commission une réforme générale du système de l'impôt sur les sociétés de Gibraltar. Cette notification intervenait dans un contexte particulier puisque la Commission avait déjà ouvert deux procédures formelles d'examen sur le régime fiscal de l'impôt sur les sociétés alors en vigueur. Le projet de réforme notifié avait ainsi pour ambition affichée d'éliminer les mesures fiscales favorables aux seules entreprises *offshores* par l'institution d'impositions générales, applicables sans distinction à l'ensemble des sociétés de Gibraltar. Le Royaume-Uni se prévalait aussi de la volonté d'assurer au gouvernement de Gibraltar des recettes suffisantes et de s'aligner sur le code de conduite européen dans le domaine de la fiscalité des entreprises [5] ainsi que sur le rapport de l'OCDE sur la concurrence fiscale dommageable [6]. En particulier, et ce seront les deux impositions au cœur des discussions juridiques jusque devant la Cour de justice, étaient institués, d'une part, un impôt général sur les salaires versés aux employés à Gibraltar, à hauteur de 3000 GBP par salarié et par an, d'autre part, une taxe sur les locaux professionnels occupés à Gibraltar, ces deux impositions étant en outre plafonnées à 15 % du bénéfice des entreprises assujetties [7].

B. - La décision de la Commission du 30 mars 2004 [8]

3 - En dépit de leur apparente neutralité, la Commission européenne avait estimé que ces deux impositions étaient sélectives parce que de nature à favoriser certaines entreprises, en l'occurrence les sociétés qui n'employaient pas de salariés et n'avaient pas d'activité économique à Gibraltar [9]. Son analyse reposait principalement sur le constat selon lequel la sélectivité pouvait, en quelque sorte, être déduite du système fiscal lui-même compte tenu, en particulier, de l'existence d'un important secteur *offshore* sans présence physique. Ainsi, bien que formellement applicables à toutes les sociétés de Gibraltar, ces impositions ne s'appliquaient pas, en pratique, aux sociétés *offshores*. La Commission avait également insisté sur le fait que les deux impositions avaient vocation à constituer l'essentiel et non « un aspect mineur » des impositions sur les bénéfices des sociétés établies à Gibraltar. Son analyse était complétée par une comparaison détaillée des effets estimés du nouveau régime par rapport à ceux du régime en vigueur de laquelle elle concluait que le projet de réforme avait pour effet de « perpétuer une concurrence fiscale dommageable ». Selon la Commission, ces deux impositions constituaient dès lors un régime d'aides d'État incompatibles avec le marché intérieur et la réforme notifiée ne pouvait être mise en œuvre.

C. - L'arrêt du Tribunal du 18 décembre 2008 [10]

4 - Saisie par le Gouvernement de Gibraltar et le Royaume-Uni d'une demande d'annulation de la décision de la Commission, le Tribunal a estimé que l'analyse de la sélectivité en cause était entachée d'une erreur de droit sur un fondement innovant : la Commission avait violé l'article 87, paragraphe 1, TCE en ce qu'elle n'avait pas utilisé la méthodologie d'appréciation traditionnelle de la sélectivité d'une mesure fiscale [11]. Le Tribunal a d'abord rappelé que, conformément au point 16 de la communication de la Commission 1998 sur la fiscalité directe, l'identification de la sélectivité d'une mesure fiscale passe nécessairement par trois étapes, à savoir, 1) définir le cadre de référence, c'est-à-dire, le régime fiscal commun ou « normal » par rapport auquel il faut apprécier la mesure, 2) constater que la mesure examinée déroge – dans un sens favorable – audit cadre, et 3) vérifier si cette différenciation peut être justifiée par la nature ou l'économie du système. Le Tribunal a ensuite estimé qu'en omettant les deux premières étapes du raisonnement, la Commission avait outrepassé les limites de son contrôle et s'était substituée à l'État membre pour ce qui est de la détermination de son système fiscal et de son régime commun ou « normal ». Il a souligné que cela mettait notamment l'État membre concerné dans l'impossibilité de justifier les différenciations en cause par la nature et l'économie du système fiscal examiné. Le Tribunal a donc considéré que cette façon de procéder portait atteinte à la compétence des États membres de choisir la politique économique qu'ils jugent la plus appropriée et notamment de répartir comme ils l'entendent la charge fiscale sur les différents facteurs de production, alors même qu'ils sont « seuls compétents pour concevoir les systèmes d'impôt sur les sociétés qu'ils considèrent les mieux adaptés aux besoins de leurs économies ». Le Tribunal en a déduit que la Commission n'avait pas établi l'existence d'avantages sélectifs au sens de l'article 87, paragraphe 1, TCE. Compte tenu des autres erreurs de droit constatées dans cet arrêt, il a annulé la décision attaquée.

D. - L'arrêt *Gibraltar* du 15 novembre 2011

5 - Saisie sur le pourvoi de la Commission et de l'Espagne, la Cour retient un raisonnement qui se sépare de celui du Tribunal et que l'on peut tenter de résumer en deux points.

4. *Communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises : JOCE n° C 384/93, 1998, pts 13 à 27.*
5. *JOCE n° C 2, 6 janv. 1998, p. 1.*
6. Adopté par le Conseil de l'OCDE le 9 avril 1998.
7. S'y ajoutaient une taxe d'enregistrement de 150 GBP par an pour les sociétés sans but lucratif et de 300 GBP par an pour les sociétés destinées à générer des revenus ainsi qu'un impôt « supplémentaire » de certaines activités pour les services financiers et les entreprises de réseaux.
8. Décision de la Commission du 30 mars 2004 relative au régime d'aides que le Royaume-Uni envisage de mettre à exécution concernant la réforme de l'impôt sur les sociétés par le gouvernement de Gibraltar : *JOCE n° L 85, p. 1.*
9. La Commission contestait également d'autres aspects de la réforme notifiée. En particulier, elle estimait que le cadre de référence territorial ne pouvait être le territoire de Gibraltar, mais qu'il s'agissait du territoire du Royaume-Uni.
10. *TPICE, 18 déc. 2008, aff. jtes T-211/04 et T-215/04, Government of Gibraltar et Royaume-Uni c/ Commission : Rec. CJCE, II, p. 3745 ; Europe 2009, comm. 87, note L. Idot.*
11. Il peut être rappelé que, sur la question du cadre de référence géographique, le Tribunal a pris acte de l'arrêt de la Cour, intervenu après la saisine, du 6 septembre 2006 *(CJCE, gde ch., 6 sept. 2006, aff. C-88/03, Portugal c/ Commission : Rec. CJCE 2006, I, p. 7115 ; Dr. fisc. 2006, n° 38, act. 169)* dans lequel la Cour a, pour la première fois, admis qu'une autorité infra-étatique peut constituer le cadre « territorial » de référence, lorsqu'elle y exerce des pouvoirs suffisamment autonomes. Ainsi, le cadre de référence géographique est bien celui du territoire de Gibraltar.

En premier lieu, la comparaison régime normal/dérogation traditionnellement effectuée pour caractériser un avantage sélectif ne constitue pas une méthode absolue et exclusive de toute autre : ce qui compte avant tout, ce sont *les effets* de la mesure examinée. La Cour rappelle ainsi – et ce sera le fil conducteur de son raisonnement – qu'en vertu d'une jurisprudence constante, la qualification d'une aide d'État est établie par rapport aux effets de la mesure examinée et non par rapport à la « technique réglementaire » utilisée par le projet de réforme fiscale. Ensuite, l'existence d'un avantage sélectif au profit d'une entreprise présuppose que les charges grevant normalement son budget soient allégées. Certes, souligne la Cour, et c'est un apport essentiel de l'arrêt, si, conformément à ce qu'elle a déjà affirmé explicitement [12], la détermination du cadre de référence « normal » pour l'État concerné revêt une importance accrue dans le cas de mesures fiscales, puisque l'existence même d'un avantage ne peut être établie que par rapport à cette « normalité », cela ne signifie pas qu'il faille trouver, dans tous les cas, des mesures dérogatoires favorables pour certaines entreprises ou certaines productions pour établir la sélectivité. En effet, estime la Cour, un tel raisonnement présenterait le risque que des règles nationales « échappent d'emblée » au contrôle en matière d'aide alors qu'elles produisent, en droit ou en fait, les mêmes effets.

En second lieu, les mesures fiscales litigieuses sont sélectives bien qu'elles ne dérogent pas formellement à un cadre de référence donné. La Cour prend le soin de préciser que la Commission n'a en tout état de cause pas éludé la première étape du raisonnement, relative à la détermination du cadre de référence : en l'occurrence, il s'agit du régime d'imposition examiné. Cependant, souligne-t-elle, ce régime produit finalement les mêmes effets qu'un régime qui comporterait des dérogations en faveur des sociétés *offshores*.

La Cour estime ensuite que si, en l'absence de réglementation de l'Union, la désignation des bases d'imposition et la répartition de la charge fiscale sur les différents facteurs de production et les différents secteurs économiques relève de la compétence des États membres ou des entités infra-étatiques disposant d'une autonomie fiscale, le Tribunal a toutefois omis d'apprécier le régime en cause dans son ensemble et n'a pas tenu compte des éléments sur lesquels la Commission avait fondé son appréciation. En effet, constate la Cour, en combinant les bases d'impositions relatives aux salariés et aux locaux commerciaux, même si celles-ci reposent sur des critères, en eux-mêmes de nature générale, le régime examiné opère, en fait, une discrimination entre des sociétés se trouvant dans une situation comparable au regard de l'objectif poursuivi par le projet de réforme fiscale, à savoir l'introduction d'un système général d'imposition pour toutes les sociétés établies à Gibraltar. La Cour ajoute – et c'est également un des aspects essentiels de l'analyse – que les critères relatifs aux salariés et aux locaux commerciaux ne sont pas neutres parce qu'ils permettent en réalité de « caractériser les entreprises bénéficiaires en vertu de propriétés qui leur sont spécifiques en tant que catégorie privilégiée ». Ainsi, la circonstance que ces entreprises ne sont pas imposées est « non pas une conséquence aléatoire du régime en cause mais la conséquence inéluctable » de ces bases d'imposition.

La Cour annule par conséquent l'arrêt attaqué et statue au fond. Dans ce cadre, elle estime notamment que la Commission ne s'est pas écartée de sa communication de 1998 au motif que celle-ci n'impose pas de démontrer systématiquement la sélectivité par l'identification d'une mesure dérogatoire. La Cour considère ensuite qu'il ne peut être reproché à la Commission de n'avoir pas examiné une éventuelle justification du caractère sélectif en cause par la nature et l'économie du système fiscal dès lors qu'aucun élément n'avait été apporté sur ce point durant la procédure d'examen. La décision de la Commission n'est donc pas entachée d'erreur de droit et la réforme de la fiscalité des entreprises de Gibraltar notifiée en 2002 par le Royaume-Uni ne saurait être mise en œuvre.

2. L'après-*Gibraltar* et ses questions

A. - Du point de vue du droit des aides d'État

6 - La portée juridique de l'arrêt *Gibraltar* doit sans doute être relativisée. La remise en cause de la méthode « traditionnelle » d'analyse de la sélectivité d'une mesure fiscale paraît en effet tout à la fois partielle et relative. Partielle parce que, finalement, seule une partie du raisonnement traditionnel – *i.e.* la mesure déroge-t-elle au cadre de référence ? – est susceptible d'être écartée, dans certains cas, compte tenu des effets de la mesure examinée. En revanche, ni l'identification du cadre commun ni la possibilité de justifier une différenciation par l'économie du système ne sont remises en cause. La portée de l'arrêt est relative en ce que la solution s'inscrit dans le fil de la jurisprudence antérieure sur les aides d'État. Selon une formule traditionnelle, l'article 107, paragraphe 1, TFUE « ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions étatiques, mais définit celles-ci en fonction de leurs effets » [13]. En ce sens, la volonté de la Cour de faire primer les effets de la réforme examinée sur le strict respect d'une méthodologie d'appréciation de la sélectivité ne surprend pas. Cette méthode peut d'ailleurs s'avérer inadaptée, en pratique, à la variété des mesures fiscales examinées et n'est pas toujours appliquée. Tel était le cas, par exemple, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 8 décembre 2011, *France Télécom c/ Commission* [14], dans lequel le régime fiscal examiné était le régime particulier auquel cette entreprise avait été soumise, de 1994 à 2002, au titre de la taxe professionnelle [15]. Rappelons également que le fait que les entreprises favorisées représentent la très grande majorité des entreprises de Gibraltar ne constitue pas non plus une avancée jurisprudentielle particulière. La Cour a souligné souvent que « ni le nombre élevé d'entreprises bénéficiaires ni la diversité et l'importance des secteurs auxquels ces entreprises appartiennent ne permettent de considérer [qu'une initiative étatique] constitue une mesure générale de politique économique » [16]. Ainsi, dans un arrêt récent du 24 novembre 2011, *Italie c/ Commission* [17], le régime examiné consistait dans des avantages fiscaux octroyés aux entreprises nouvellement cotées en bourse mais dans une période limitée dans le temps. Même si ces avantages étaient ouverts à toutes les entreprises non admises à la cote, quels que soient leurs secteurs ou productions, la Cour a considéré que la sélectivité résultait du caractère temporel limité de ces mesures qui excluaient, de fait, de nombreux bénéficiaires potentiels.

Pour autant, en dépit de cette portée juridique toute relative, on peut craindre que l'arrêt *Gibraltar* n'introduise un degré supplémen-

12. V. l'arrêt *Portugal c/Commission*, précité, dont le point 56 prévoit notamment : « La détermination du cadre de référence revêt une importance accrue dans le cas de mesures fiscales puisque l'existence même d'un avantage ne peut être établie que par rapport à une imposition dite "normale". Le taux d'imposition normal est le taux en vigueur dans la zone géographique constituant le cadre de référence ».

13. *CJCE, 2 juill. 1974, aff. C-173/73, Italie c/ Commission : Rec. CJCE 1974, p. 709, pt 27.*

14. *CJUE, 3e ch., 8 déc. 2011, aff. C-81/10 P, France Télécom : Dr. fisc. 2011, n° 50, act. 387*, non encore publié au Recueil.

15. Le calcul de la taxe professionnelle était fait sur la base d'un taux moyen pondéré alors que, dans le régime commun, il s'agissait des taux applicables dans les différentes collectivités locales, votés annuellement par ces collectivités. En outre, l'entreprise était soumise à un taux unique de taxe professionnelle, au lieu de son principal établissement, alors que les autres entreprises étaient imposées aux différents taux votés par les collectivités sur le territoire desquelles elles possédaient des établissements.

16. *CJCE, 17 juin 1999, aff. C-75/97, Belgique c/ Commission : Rec. CJCE 1999, I, p. 3671, pt 32.*

17. *CJUE, 5e ch., 24 nov. 2011, aff. C-458/09 P, Italie c/ Commission : Europe 2012, comm. 51, note L. Idot*, non encore publié au Recueil.

taire d'insécurité juridique dans le tracé déjà délicat de la frontière entre les mesures générales et les mesures sélectives. Il est en effet certainement plus difficile d'appréhender des mesures « intrinsèquement discriminatoires » que des mesures dérogeant à un cadre général. Cependant, là encore, la portée de ce risque doit sans doute être limitée, dès lors que l'arrêt paraît malgré tout largement guidé par les circonstances somme toute assez particulières de l'affaire. En effet, non seulement le costume législatif était manifestement taillé sur mesure pour une économie *offshore*, mais, de surcroît, il n'était pas anodin que le régime fiscal fût présenté comme le régime de droit commun d'imposition des sociétés : la volonté affichée du législateur national d'imposer les entreprises était alors directement contredite par la définition même des bases d'imposition qui, en fait, exonéraient la quasi-totalité des sociétés. On peut penser qu'en dehors de circonstances d'espèce aussi spécifiques, la grille d'analyse traditionnelle continuera à s'appliquer.

B. - Du point de vue de l'objectif de lutte contre la concurrence fiscale dommageable

7 - On sait que la Cour de justice ne poursuit pas de politique mais interprète et applique le droit de l'Union. L'arrêt *Gibraltar* ne peut dès lors être perçu comme le reflet d'une volonté de donner à la Commission les moyens de lutter contre les paradis fiscaux. En revanche, la question qui pourrait être posée est celle de savoir si l'arrêt offre néanmoins, en fait, des moyens d'action renforcés à cette institution.

La circonstance que la Cour admet le caractère sélectif d'un avantage à l'économie *offshore* dans son ensemble va sans doute en ce sens. L'arrêt se situe ainsi dans le droit chemin du code de conduite de 1998 qui précisait qu'une partie des mesures fiscales dommageables était susceptible d'être appréhendées par le droit des aides d'État [18]. Ce droit procède, il est vrai, d'une logique différente de celle des libertés fondamentales qui le rend plus adapté à la poursuite de l'objectif de lutte contre la concurrence fiscale dommageable. Ainsi, alors que les libertés fondamentales appréhendent les entraves opposées aux activités commerciales tournées vers les autres États membres, le droit des aides d'État interdit en revanche aux États membres de favoriser, sur leur territoire, une catégorie d'entreprises donnée, même si celles-ci exercent une activité transfrontière [19]. Avec l'arrêt *Gibraltar*, on sait maintenant que cette catégorie peut s'entendre largement comme englobant l'ensemble de l'économie *offshore*. Pour autant, le droit des aides d'État demeure un instrument imparfait pour lutter contre les paradis fiscaux. Telle n'est d'ailleurs pas sa fonction. Ainsi que le soulignait l'avocat général Darmon dans ses conclusions sur l'affaire *Sloman Neptun* [20], le droit des aides d'État ne s'oppose pas, en principe, à ce qu'un État membre applique une fiscalité à un niveau sensiblement inférieur à celui des autres États membres à l'ensemble de ses sociétés, même si une telle situation affecte incontestablement la concurrence : dans ce cas, l'avantage qui en résulte ne saurait être appréhendé par le droit des aides mais par le biais de l'harmonisation. On peut dès lors se demander si, dans l'hypothèse où l'ensemble des sociétés de Gibraltar se seraient vu appliquer un taux d'imposition identique très bas, voire quasiment nul, l'analyse de la Cour n'aurait été tout autre.

L'arrêt *Gibraltar* ouvre-t-il par ailleurs la porte à un contrôle de la légitimité des politiques fiscales des État membres, ainsi que le craignait le Tribunal ? Dans cet arrêt, on pourrait penser que, finalement, la Cour contrôle indirectement la « normalité » du cadre de référence présenté par l'État puisqu'elle vérifie si des éléments d'impositions, présentés comme neutres, le sont bien en pratique. Pour autant, la question de la sélectivité reste une question de droit, qu'il revient à la Cour de contrôler. Le plus souvent, ce ne sont d'ailleurs pas les discussions sur le caractère dérogatoire d'une mesure fiscale qui sont les plus difficiles mais bien l'identification du cadre de référence « normal », le point de départ de l'analyse : l'État membre concerné a très souvent tendance à avancer que la mesure examinée constitue le cadre général pour éviter de la caractériser comme sélective et, sur le sujet, le dernier mot revient en principe à la Cour.

Il est aussi notable que la Cour définit souvent l'objectif poursuivi par la législation en cause pour apprécier la comparabilité des entreprises en cause. L'arrêt de la Cour du 22 décembre 2008, *British Aggregates c/ Commission* [21] constitue une bonne illustration de cela. Cette affaire concernait l'institution au Royaume-Uni d'une taxe sur les granulats employés dans le secteur du bâtiment. Or, cette taxe ne s'appliquait qu'aux granulats vierges, produits à partir de dépôts naturels, et non à d'autres matériaux produits à partir d'autres déchets tels que des déchets de schiste, et de kaolin, les stériles, les cendres, le mâchefer... ni aux granulats recyclés. La volonté affichée du législateur national était d'encourager leur emploi en tant que matériaux de construction et de réduire l'extraction excessive de granulats vierges. Dans cette affaire, la Commission avait estimé que cette mesure ne constituait pas une aide d'État mais « une charge fiscale exceptionnelle grevant un secteur limité », constitutive en soi du cadre général, et qu'il n'y avait pas lieu de s'interroger pour les produits autres que les granulats. Quant aux granulats exonérés, ces dérogations étaient justifiées par la nature ou l'économie générale du système. Le Tribunal a confirmé cette analyse, estimant qu'en principe la seule circonstance qu'une écotaxe constitue une mesure ponctuelle qui vise certains biens ou services spécifiques ne permet pas de considérer que les activités similaires, non assujetties à cette écotaxe, bénéficient d'un avantage sélectif. Il fondait principalement son raisonnement sur le nécessaire respect de la compétence des États membres pour définir leurs priorités en matière de protection de l'environnement et déterminer en conséquence les biens ou services assujettis à une écotaxe [22]. La Cour a toutefois cassé cet arrêt sur la base de la théorie des effets, estimant que la mesure fiscale examinée n'était pas très différente d'une exonération partielle du paiement d'une taxe : en effet, dit la Cour, l'article 87, paragraphe 1, TCE définit les interventions étatiques en fonction de leurs effets, indépendamment des « techniques utilisées » [23]. Ainsi, la nécessité de prendre en compte les exigences tenant à la protection de l'environnement ne justifie pas l'exclusion de mesures sélectives du champ d'application de l'article 87, paragraphe 1, du TCE mais peut, rappelle la Cour, intervenir ultérieurement dans l'analyse, lors de l'appréciation de la compatibilité de l'aide avec le marché intérieur [24].

En définitive, l'arrêt *Gibraltar* constitue un arrêt important, dont la solution est bienvenue, mais dont la portée juridique et pratique semble devoir être circonscrite. Gageons qu'il ne signe pas, dès lors, la fin des paradis fiscaux.

Mots-Clés : *Aides d'État - Paradis fiscaux - Arrêt Gibraltar de la CJUE*

18. V. point J du Code de conduite.
19. V. notamment sur ce sujet, *O. Peiffert, À la recherche de concurrence fiscale "loyale" en droit de l'Union européenne : Civitas Europa, 2012, n° 29, p. 103.*
20. V. *concl. 17 mars 1992, pt 62, sous CJCE, 17 mars 1993, aff. C-72/91 et C-73/91, Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG / Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG : Rec. CJCE 1993, I, p. 887.*
21. *CJCE, 22 déc. 2008, aff. C-487/06 P, British Aggregates Association (BAA) : Rec. CJCE 2008, I, p. 10515 ; Europe 2009, comm. 92, note L. Idot.*
22. *TPI, 13 sept. 2006, aff. T-210/02, British Aggregates c/ Commission : Rec. TPI 2006, II, p. 2789.*
23. *Ibidem, pt 89.*
24. L'affaire a finalement été renvoyée devant le Tribunal qui, dans l'arrêt du 7 mars 2012 (*TUE, 7 mars 2012, aff. T-201/02 RENV, British Aggregates c/ Commission*, non encore publié au Recueil), a annulé partiellement la décision de la Commission européenne.

336 A Model Fiscal Aid Assessment for the Internal Market

Pierpaolo Rossi-Maccanico,
Service juridique, Commission européenne

1. Fiscal aid review of international tax arrangements

1 - In presenting the interplay between fiscal aids and international tax, one can touch upon the following points :

- Fiscal Aid Review of International tax arrangements ;
- compatibility of Tax Measures with Internal Market : FA/Infringements – Parallel Reviews ;
- from Code to Fiscal Aid Package ;
- how Fiscal Aid review cannot be considered a proxy for fight against abusive tax arrangements ;
- Fiscal Aid review went global but fell short of its ambitions ;
- conclusion on International Tax Competition and Fiscal Aids.

One shall start by considering that fiscal aid review represents a mature model for the assessment of national tax regimes, which follows a distinct and coherent set of principles to be consistently applied.

One shall start by commenting the recent judgment in joined cases C-106/09P and C-107/09P, *Gibraltar*, on the Rock's proposed company tax reform that most practitioners consider the cause of the gravest of the uncertainties because, with it, the CJ arguably distances itself from its consolidated doctrine in assessing the state aid nature of national tax regimes, which consists in finding a derogation from a standard tax regime of general application. Most informed observers have found the judgment alarming as the CJ tempered with the sacred distinction between state aid and harmful tax competition, and has not followed the due process in establishing the selectivity element which is necessary in determining the aid nature of a tax measure.

One can disagree with such a comment. Neither the CJ [1] nor the Commission has ever excluded overlaps between harmful taxation and state aid.

On the other hand, one can find that the CJ provided even more certainty than before in confirming, against certain recent trends emerged in certain circles of practitioners, that the fiscal aid assessment is solidly based on the effect-based doctrine which was first laid down almost 40 years ago by the CJ in its prolific case *Italy v Commission* (Case 173/73). In that case, the CJ concluded that the notion of State aid was broader than that of a direct subsidy because it included negative taxes or tax breaks having the effect of an aid unless justified by the nature or scheme of the system.

1. *e.g.* the *Forum 187* judgment relating to the Belgian Coordination Centres.

With that early judgment, the CJ laid down the elements of fiscal aid review consisting in finding :

– comparable situations,

– subject to differential tax treatment, and

– without there being a justification resulting from the logic or scheme of the system.

2. Compatibility of Tax Measures with Internal Market : FA/Infringements – Parallel Reviews

2 - In essence, the review methodology of fiscal aid measures mirrors the one set forth by the same CJ to determine a tax infringement or restriction of the fundamental freedoms protected by the Treaties, under the following steps :

– **Comparability/Advantage** (effects/substance over form) ;

– **Discrimination/Selectivity** ;

– **Justification** (formal aim over effects/substance).

Moreover, under the case law of the CJ relative to fiscal aid review, notably following *Adria Wien* [2], *NOx* [3] and *Paint Graphos* [4], it was established that the justification includes two separate prongs :

– **external consistency** (objective scope) ;

– **internal consistency** (in line with logic of system).

The above conclusions are relatively steady and are now reaffirmed, not undermined, by the *Gibraltar* judgement [5]. Practitioners should welcome this stable framework rather than criticising the case law of the CJ.

Secondly, such a scenario leads to two further consequences for future fiscal aid review.

2. *CJCE, 5e ch., 8 nov. 2001, aff. C-143/99, Adria-Wien Pipeline GmbH et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH c/ Finanzlandesdirektion für Kärnten : Rec. CJCE 2001, I, p. 8365 ; RJF 2/2002, n° 248.*
3. *CJUE, 3e ch., 8 sept. 2011, aff. C-279/08 P, Commission c/ Pays-Bas : Europe 2011, comm. 422, note L. Idot,* annulant *TPICE, 10 avr. 2008, aff. T-233/04, Pays-Bas c/ Commission : Europe 2008, comm. 198, note L. Idot.*
4. *CJUE, 1re ch., 8 sept. 2011, aff. C-78/08 à C-80/08, Paint Graphos Soc. coop. Arl et a. : Dr. fisc. 2011, n° 37, act. 278.*
5. *CJUE, gde ch., 15 nov. 2011, aff. C-106/09, Commission c/ Gvt of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, et aff. C-107/09, Commission et Royaume d'Espagne c/ Gvt of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord : Dr. fisc. 2012, n° 5, comm. 126, note É. Dubout et A. Maitrot de la Motte.*

The first is that the Commission's review under state aid rules of notified national tax measures can provide both the concerned national legislators and taxpayers with the needed legal certainty, under a EU procedure resembling to a EU wide advance-ruling practice.

The second is a new development of EU tax law. The fiscal aid review procedure may become a simplyfied and uniform review procedure for national tax measures if compared with the one the national courts may provide with respect to examining tax measures for the aim of reviewing possible infringements or restrictions of the exercise of fundamental freedoms and taking the appropriate remedies if such infringements are established.

One can imagine a comparison between the two possible compatibility reviews. On the one hand, the compatibility of tax measures with internal market rules. On the other hand, the state aid review. As opposed to the compatibility review with respect to fundamental freedoms, the state aid review is mandatory for the Commission because the latter has the exclusive responsibility of the examination of state aid measures. Unlike, the fundamental freedoms, the state aid prohibition is not directly applicable with the exception of the stand still clause provided for by Article 108(3) TFEU because the compatibility assessment is the exclusive prerogative of the Commission for state aid purposes, while it is also the prerogative of the national courts to find any possible infringement of the fundamental freedoms. As to the prove of a justification, it is incumbent on the Member State in the state aid proceedings while it is the Commission that shall prove the absence of justification in the framework of an infringement proceedings. Lastly but more importantly, in its state aid assessment the Commission can balance the effects of the measures in order to rule on the justification and compatibility of a tax measure with the internal market. Such a balancing exercise is in principle precluded in the framework of establishing a possible infringement of fundamental freedoms.

3. From Code to Package

3 - Because of the above characteristics, it is not a surprise that state aid review proved itself to be flexible enough to accompany the Code of conduct exercise with a series of state aid proceedings led by the Commission against prominent harmful tax regimes : an initiative called Fiscal Aid Package, heralded by the Commission's 1998 Notice on the state aid review of measures relating to direct business taxation.

The rules of engagement of the Commission's intervention with state aid rules in the area of harmful taxation are laid out at Point 32 of 1998 Fiscal Aid Notice. The Notice provides for the following principles to be applied :

- harmful does not equate aid ;
- criteria are different ;
- geographic scope of Code is broader ;
- however, the compatibility of a fiscal aid may be assessed in light of the findings of the Code of conduct exercise.

In general both the Code and state aid reviews pursue the same general goal of reducing distortions although the exam procedures are different and shall be kept separate. Possibly they can overlap.

The above sounds strikingly familiar with the case law of the CJ relating to the coexistence of state aid and other Treaty infringement assessments of the same tax measure. In Case 74/76, *Iannelli* [6] concerning a preliminary review reference ex (now) Article 267 TFEU, the CJ has established the principle according to which state aid and infringement procedures are separate reviews because of the distinct procedural requirements (more protective in case of infringement).

6. *CJCE, 22 mars 1977, aff. C-74/76, Iannelli & Volpi SpA c/ Ditta Paolo Meroni : Rec. CJCE 1977, p. 557.*

The CJ has however provided for an exception to the separate reviews principle which is justified by the economy of the reviews system. In Case 73/79, *Sovrapprezzo* [7] also relating infringement action ex Article 258 TFEU, the CJ ruled that one cumulative procedure is sufficient to assess where an infringement is indissolubly linked to the grant of an aid. Hence only the ulterior distortions created by an infringement vis-à-vis a state aid shall be assessed separately.

This has important consequences for state aid review because the Commission's examination of a tax measure remains independent and is not affected by the possibility that the measure scrutinized is also a restriction.

4. Fiscal Aid and Anti Abuse Rules

4 - An illustration of the separation of review procedures can be found in the state aid review of anti-abuse measures. The fact that such measure can constitute unjustified restrictions does not preclude a state aid assessment. Two examples illustrate the interplay between state aid review and anti-abuse measures.

Firstly, the anti abuse measure can amount to a restriction even if enacted as defense mechanisms in respect to the grant of state aid. This shall be intended that under the EU legal order the grant of state aid cannot justify unilateral restrictions intended to offset the distortion of the right of establishment caused by the aid. This is illustrated by two cases dealt with by the CJ relating to of anti-abuse measures such as the CFC legislations C-196/04, *Cadbury Schweppes* (Int. Fin Centres Ireland) and C-298/05, *Columbus Container* (BCC) [8]. In such cases, the CJ has ruled that :

- anti abuse measures may be restrictions ;
- anti abuse measures are only justified if applied to artificial constructions deprived of substance but not justified by the need to counter fiscal aids.

A second perspective is the one relating to whether an exception to an anti-abuse rule can constitute incompatible state aid in that the exception is restricted to certain company forms. In the state aid review of the France's Treasury Centres, the Commission found that although the tax scheme was not harmful because justified by the anti-abuse aim, it constituted a selective exclusion from anti-abuse and therefore was a fiscal aid. In that case, the Commission adopted a negative final ruling (Decision 2003/883/EC of 11 Dec 2002).

5. When State Aid went global

5 - Another proof of the resilience and flexibility of state aid review is provided by the Commission Decision of 2007 declaring certain holding company regimes to be state aid incompatible with Article 23(1) of the 1972 EEC-CH Free Trade Agreement, providing that :

« Is incompatible with the proper functioning of the FTA any public aid which distorts or threaten to distort competition by favoring certain undertakings or the production of certain goods in so far as it may affect trade between the Community and Switzerland. »

As background, in 2006 the Commission received pressing complaints from private competitors about the anticompetitive tax incentives that logistic and distribution headquarters located in Swiss Cantons received. Following unfruitful cooperation in the framework of the Free Trade Agreement, the Commission services de-

7. *CJCE, 21 mai 1980, aff. C-73/79, Commission c/ Italie (Sovrapprezzo) : Rec. CJCE 1980, p. 1533.*

8. *CJCE, gde ch., 12 sept. 2006, aff. C-196/04, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas : Rec. CJCE 2006, I, p. 7995 ; Dr. fisc. 2006, n° 39, act. 176 ; RJF 12/2006, n° 1644 ; BDCF 12/2006, n° 146, concl. Ph. Léger. – CJCE, 6 déc. 2007, aff. C-298/05, Columbus Container Services : Rec. CJCE, I, p. 10451 ; Europe 2008, comm. 39, note É. Meisse ; RJF 2/2008, n° 246.*

cided to press on the application of the state aid clause provided in Article 23(1) of the Agreement and since that time dormant. The Commission's attention focused on the Swiss Tax Harmonization Law of 14 Dec 1990 providing the framework for the Cantons to grant exemptions from Cantonal taxes in respect of :

- Management Companies ;
- Holding Companies ;
- Mixed Companies ;

Following a brief procedure with lack of cooperation on the part of the Swiss authorities the Commission adopted its Decision C(2007)411 of 13 Feb 2007 by which it declared the Cantonal regimes in question incompatible with the Agreement.

To date, the Swiss Cantonal Regimes Decision remains unapplied due to the lack of implementing provisions for Article 23 of the Agreement.

One can refer to the methodology to assess the Cantonal tax regimes in question from the state aid viewpoint as an example of the fiscal aid assessment model. The assessment included the following steps :

– determination of an advantage or derogation by reference to the Tax Harmonization Law of 1990 providing for a framework for tax derogations to apply within the Confederation ;

– use of public resources in terms of forgone tax revenues but only for Cantons ;

– selectivity assessment including both the findings of material selectivity and the lack of a justification resulting from the territoriality of Swiss direct taxation ;

– distortion of competition ;

– effect on trade between the EU and Switzerland, due to the effects of the tax advantages over trade flows including re-invoicing of transactions via Switzerland and the provision of services related to trade ;

– incompatibility with the Agreement due to the operating nature of the incentive.

While the 2007 Decision encountered a difficult follow-up phase, the Decision marks the apex of fiscal aid review. Following the end of the Fiscal Aid Package, fiscal aid review has become episodically restrained to exceptions. One can ask what will be the future of fiscal aid control, especially after the Gibraltar judgment ?

6. Conclusions : International Tax Competition and Fiscal Aids

6 - One can tender the following conclusions.

To the question of whether there is a Delaware effect in the EU, the answer should be given that tax competition is still the rule and that tax motivated relocations of business activities across borders is a right protected by EU law. Anti-abuse measures are in principle restrictions and cannot be justified by the grant extraordinarily low effective taxation on businesses abroad. Fiscal aid review is however the correct EU tool to eradicate anticompetitive distortions to fair trade.

Fiscal ad review however may not proceed alone if not accompanied by a renewed Commission's commitment in the framework of the Code of conduct to curb harmful tax competition, focusing especially on :

- financial/holding arrangements (hybrids, securitization) ;
- insufficient anti-abuse features in national tax systems.

Mots-Clés : *Aides d'État - Encadrement politique et juridique*

337 Vers un système fiscal standard ?

Marilyne Sadowsky,
maître de conférences à l'université Paris-Est Créteil,
membre de l'unité de recherche
Obligations, Biens et Marchés

1 - Le Code de conduite en matière de fiscalité directe fait référence à un droit souple, à un droit mou dit de *soft law* [1]. C'est un engagement politique qui rappelle l'attachement de l'Union européenne (UE) à un certain nombre de valeurs, au premier rang desquelles la loyauté de la concurrence fiscale. Ce texte fixe une ligne de conduite, un « standard » [2] comportemental, comme il existe en droit civil un standard du « bon père de famille » [3] ou en droit de Common law un standard de « l'homme raisonnable » [4]. Très développé en droit international, ce recours au standard est présent en droit national [5], mais également en droit européen où l'on remarque qu'il se multiplie ces dernières années [6]. Voici donc que le droit fiscal se voit assigner des valeurs, des « mesures moyennes de conduite sociale correcte » [7]. Comme il existe un acte de concurrence déloyale en matière commerciale, il existe aussi un acte de concurrence déloyale en matière fiscale qui pourrait être défini comme tout acte contraire au bon usage de la fiscalité.

Ce Code de conduite fait une référence directe au régime juridique des aides d'état qui constitue à l'inverse un droit dur, dit de « hard law ». En effet, le point J de ce texte est intitulé « aides d'état » et le critère prédominant n'est pas la sélectivité, mais le principe de l'égalité de traitement. En réalité, il y a une complémentarité entre le régime des aides d'état et le Code de conduite. Ce régime de *soft law* sert finalement de cadre au contrôle des aides. Ainsi, le contrôle des aides d'état s'inscrit dans une perspective plus large de concurrence fiscale dommageable. Cette évolution est critiquable, d'autant plus que l'arrêt Gibraltar vient de réaffirmer à propos de la Communication de 1998 que ce type de texte ne peut être qualifié de « règle de droit ». Il énonce simplement des règles de conduite indicative, dont la Commission ne peut s'écarter sans donner des raisons compatibles avec le « principe d'égalité de traitement » [8].

L'inscription des aides d'état dans la perspective plus large de la concurrence fiscale dommageable permet d'ouvrir ce débat à d'autres systèmes juridiques. Il n'est donc pas étonnant de retrouver cette notion de « fiscalité dommageable » dans le cadre de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), de l'Organisation des Nations Unies (ONU) ou encore de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Ce ne sont pas les aides qui sont visées dans ces cadres mais les subventions, et ce n'est pas la même chose. Pour preuve, on parle d'aides d'état pour les échanges intracommunautaires et de subventions pour les échanges extracommunautaires. Cela montre l'intérêt d'élever le débat à l'égard des États

1. Pour le professeur Francis Snyder, l'expression *soft law* correspond à des « règles de conduite qui, en principe, n'ont pas de force légale contraignante mais qui ont néanmoins des effets pratiques ». En ce sens, V. *F. Snyder, The Effectiveness of European Community Law : Institutions, Processes, Tools and Techniques : The modern law review, Vol. 56, 1993, p. 32.*
2. La notion de « standard » a été présentée pour la première fois par le doyen Roscoe Pound à un congrès de l'American Bar Association en 1919, comme une « mesure moyenne de conduite sociale correcte ». En ce sens, V. *A. Tunc, Standards juridiques et unification du droit : RID comp. 1970, vol. 22, p. 248.*
3. Le bon père de famille « n'est ni le "surhomme" auquel certains auteurs ont pensé, ni "le commun des hommes" dont parlait souvent Pothier, avec ses négligences, ses distractions, son insouciance parfois. C'est le *bon* père de famille : l'homme diligent, prudent, honnête, l'homme qui gère intelligemment ses affaires et à qui l'on peut faire confiance ». En ce sens, V. *H. et L. Mazeaud et A. Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. I : Montchrestien, 5e éd., § 704-2.*
4. La notion d'homme raisonnable a été évoquée pour la première fois dans une affaire *Vaughan v. Menlove (132 Eng. Rep. 490, C.P. 1837)*, en ces termes : « Parfois, cette personne est appelée un homme raisonnable d'une prudence ordinaire, ou un homme normalement avisé, ou un homme d'une prudence moyenne, ou un homme de bon sens normalement prudent. Il est évident que toutes ces expressions sont destinées à signifier la même chose. L'acteur est tenu de faire ce que cet individu idéal ferait à sa place. L'homme raisonnable est une personne fictive, qui n'a jamais fait preuve de négligence, et dont la conduite est toujours à la hauteur ». Sur les aspects de cette définition et son évolution, V. *A. Best et D. W. Barnes, Basic tort law : Cases, Statutes and Problems, 2nd edition, Aspen Publishers, Wolters Kluwer, 2007, p. 90 et s.* – Sur ce standard propre au droit anglais, V. *Sir W. Dale, The use of standards in the English legal system : Revue de la recherche juridique, 1988-4, p. 887 à 894.*
5. On peut par exemple citer « l'erreur manifeste d'appréciation » en droit administratif, ou encore la référence aux « bonnes mœurs » en droit civil. En ce sens, V. *M. Delmas-Marty, Pour un droit commun : Éditions du Seuil, 1989, p. 123 et s.*
6. De l'inscription de la notion de « délai raisonnable » dans la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) à l'édiction d'un Code de « bonnes pratiques » pour la procédure de contrôle des aides d'État, on peut remarquer que les exemples de soft law se multiplient tant dans le cadre de la CEDH que dans celui de l'UE.
7. V. *supra* note de bas de page n° 2.
8. *CJUE, gde ch., 15 nov. 2011, aff. C-106/09, Commission c/ Gvt of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, et aff. C-107/09, Commission et Royaume d'Espagne c/ Gvt of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, pt 128 : Dr. fisc. 2012, n° 5, comm. 126, note É. Dubout et A. Maitrot de la Motte*, non encore publié au Recueil qui précise que : « il convient de rappeler que ladite communication, qui, en tant que mesure d'ordre interne adoptée par l'Administration, ne saurait être qualifiée de règle de droit, énonce toutefois une règle de conduite indicative de la pratique à suivre dont cette dernière ne peut s'écarter, dans un cas particulier, sans donner des raisons qui soient compatibles avec le principe d'égalité de traitement ».

tiers. Cette élévation est une marque du pluralisme juridique [9] au sein de l'UE. La diversité des systèmes juridiques n'empêche pas de trouver des critères communs à la notion d'aide ou de subvention fiscales. Il y a toujours dans tous ces systèmes des critères communs, dont le critère de la sélectivité générateur de nombreuses difficultés en droit fiscal. Pourquoi ? Tout simplement parce que cette exigence nécessite d'identifier un système fiscal de référence, un système fiscal « général » ou « normal », et d'apprécier le pouvoir fiscal de chaque membre. Une mesure qui constituera une exception à cette norme générale pourra être qualifiée de sélective.

La difficulté vient par conséquent de l'appréciation de la normalité, qui présuppose de déterminer quelles normes fiscales générales s'appliquent. Dans toutes les définitions de l'UE, de l'OCDE, de l'ONU ou encore de l'OMC, on trouve toujours cette nécessité de déterminer un « standard » commun. La détermination de ce standard implique l'identification d'une norme de référence fiscale (**1**), qui interroge sur les limites de la méthode utilisée (**2**).

1. L'identification d'une norme de référence fiscale

2 - Quelle que soit l'appellation retenue, « aide d'état » sous forme fiscale ou « subvention » fiscale, la volonté est la même dans tous les systèmes juridiques : établir une concurrence libre et non faussée et, au-delà de cela, trouver une norme commune qui vise à préserver l'équité [10] ou l'égalité [11] du commerce international, selon les espaces normatifs considérés.

Chaque cadre normatif a sa propre définition de la notion de subvention ou d'aide d'état. Ainsi, dans un cadre international, l'ONU, l'OMC et l'OCDE ont établi leurs propres principes dans ce domaine. Il en est de même dans le cadre européen avec l'UE et, cela peut paraître beaucoup plus surprenant, avec la CEDH. En réalité, et on le comprend bien, le degré d'intégration économique de ces systèmes, de la recherche d'un Marché intérieur intégré au libéralisme économique, va donner une coloration différente aux principes.

Toutefois on peut remarquer que cette hétérogénéité est limitée par une exigence commune : l'identification d'une « norme de référence » fiscale nationale (**A**). En outre, l'interprétation du critère sélectivité par le droit de l'UE induit d'identifier une norme de référence fiscale non plus nationale, mais européenne (**B**).

A. - L'identification d'une norme de référence nationale

3 - L'opposition entre les cadres européen et international permet de comparer les critères d'identification d'une aide sous forme fiscale ou d'une subvention fiscale dommageable. La comparaison de ces critères (**1°**) révèle les difficultés d'appréciation de la sélectivité ou de la spécificité fiscale (**2°**).

1° Comparaison des critères

4 - Deux cadres sont ici à envisager, le cadre international (a) et le cadre européen (b).

9. Sur le lien entre pluralisme et fiscalité, V. *D. Gutmann, Pluralisme et fiscalité, in Le pluralisme : Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, t. 49, p. 243 à 250.*

10. Pour l'ONU, la définition apportée par l'OMC à la notion de subvention vise à la définition de cette norme. En ce sens, V. *Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, Introduction à la question des subventions aux pêches : Document technique, Rome, 2003, p. 4.*

11. Pour l'OMC, l'établissement de cette norme de référence commune est plus motivé par l'égalité que par l'équité. Le choix d'une nature inconditionnelle donnée à la clause de la nation la plus favorisée en constitue un parfait exemple.

a) Le cadre international

5 - Trois acteurs majeurs investissent le cadre international : l'ONU, l'OMC et l'OCDE. Sans pouvoir ici entrer dans les détails de chacun de ces systèmes [12], reprenons ici les grandes lignes données par ces organisations.

Nous retrouvons dans ces systèmes, implicitement ou explicitement, les mêmes ingrédients relatifs à l'existence d'une transaction financière sélective ou spécifique, d'origine publique, qui a un effet sur les échanges.

Dans le cadre de l'ONU et de l'OCDE, la notion de subvention varie en fonction du secteur économique visé. Par conséquent, on trouve une multitude de subventions (à l'industrie, à l'agriculture, à l'environnement, à l'énergie, etc.), et les caractéristiques de ces subventions varient selon le secteur considéré. Dans tous ces cas, des différences fiscales peuvent toujours donner un avantage compétitif à un secteur économique plutôt qu'à un autre. Ainsi, tant une exonération d'impôts qu'une renonciation à une taxe par les pouvoirs publics pourront être qualifiées de subventions. Du point de vue de l'OCDE, il existe une analyse un peu ancienne, qui a tenté de faire le lien entre les subventions, les aides d'état et la concurrence [13]. Cette analyse a révélé l'absence d'une définition générale de la notion de subvention et a donc conforté une appréciation à géométrie variable en fonction du secteur concerné. Là encore, les avantages fiscaux apparaissent comme une mesure de soutien financier qui peut affecter la concurrence au sein d'un marché. Cette aide financière doit être spécifique, mais la spécificité n'a pas été définie par l'OCDE. Le but est simple : faire peser une obligation de notification étendue à tous les programmes d'aides.

Dans le cadre de l'OMC, la notion de subvention a été modelée à partir de deux éléments. Un élément juridique qui suppose un droit de recourir aux subventions, et un élément économique qui impose à cette pratique de ne pas perturber, fausser ou menacer de fausser, les échanges internationaux. Le but est de trouver un équilibre entre ces deux aspects contradictoires, et donc de concilier les aspects juridiques et économiques de ce concept. Une subvention existe s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou une forme quelconque de soutien des revenus ou des prix, et si un avantage est ainsi conféré. Le fait pour les pouvoirs publics d'abandonner une recette normalement exigible, ou de ne pas la percevoir, peut avoir pour effet de conférer un avantage fiscal à une entreprise. Pour déterminer cela, il va falloir apprécier le système fiscal général en vigueur dans l'État membre concerné. Il n'y aura subvention au sens de l'OMC que si l'on réussit à isoler la législation fiscale « normalement applicable » à des revenus comparables. La spécificité n'apparaît pas comme un critère à part entière de détermination d'une subvention. Elle est un indicateur de l'effet de la subvention, et un certain nombre de critères de droit ou de fait permettent de l'apprécier. La méthode n'est pas du tout la même dans le cadre européen.

b) Le cadre européen

6 - Dans ce cadre, deux acteurs prédominent : la CEDH et l'UE. Sans avoir le temps matériel d'entrer ici dans les détails relatifs à la CEDH [14], prenons l'exemple de l'UE. Dans le cadre de l'UE, la notion de subvention coexiste avec celle d'aide d'état. Le terme de « subvention » relève du vocabulaire applicable aux États tiers, et concerne les échanges effectués à l'extérieur de l'UE. À cet égard, l'UE

12. Pour plus de détails sur ces aspects, V. *M. Sadowsky, Droit de l'OMC, droit de l'Union européenne et fiscalité directe : Éditions Larcier, mars 2013, § 509 et s.* (pour l'OMC), *§ 625 et s.* (pour l'ONU), *§ 636 et s.* (pour l'OCDE).

13. *OCDE, Concurrence, subventions et aides d'État : Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence, vol. 6, n° 1 et 2, 2004, p. 129 à 201.*

14. Sur la notion de subvention au sens de la CEDH, V. *M. Sadowsky, Droit de l'OMC, droit de l'Union européenne et fiscalité directe, préc., § 651 et s.*

a transposé, plus ou moins fidèlement, l'Accord sur les subventions de l'OMC par le biais d'un règlement antisubvention du Conseil. À l'inverse, la notion d'aide d'état est réservée aux échanges effectués à l'intérieur de l'UE. Ces aides sont au cœur des préoccupations de l'Union, d'autant plus que l'aide fiscale est l'une de leurs principales formes, et la situation de crise actuelle a conduit l'UE à l'adoption d'une nouvelle stratégie économique dite « Europe 2020 ». Cet effort de réforme est un révélateur de la principale insuffisance du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) dans ce domaine, à savoir l'absence d'une véritable définition de la notion d'aide d'état en droit de l'UE. En effet, les articles 107 et 108 du TFUE posent respectivement les conditions de fond et de forme de ces aides. Les aides accordées par les États ou au moyen de ressource d'état sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions sont incompatibles avec le Marché intérieur. Nous avons ici quatre critères : un avantage à un bénéficiaire, d'origine publique, sélectif, susceptible d'affecter les échanges. C'est, et nous l'avons vu avec l'intervention de M. Rossi Maccanico, le critère de la sélectivité qui pose le plus de problèmes. Cette sélectivité peut être de différents types. Dans le cadre qui nous intéresse, la sélectivité implique pour une entreprise une exonération partielle de charges générales découlant de l'application « normale » d'un système. Par conséquent, une subvention fiscale est sélective si elle résulte d'une exception aux dispositions fiscales. On retrouve aussi ce critère de normalité au stade de la restitution de l'aide illégale, qui nécessite de prendre en compte dans le calcul de son montant, l'impôt qui aurait dû être payé en application de la règle « généralement applicable ».

Ces règles nous permettent de remarquer que le critère de la sélectivité n'est pas défini par l'OCDE, est absent de l'ONU et reste apprécié différemment dans le cadre de l'UE ou de l'OMC. En effet, dans le cadre de l'UE la sélectivité est un critère à part entière, tandis que dans le cadre de l'OMC on parle de spécificité, et cette spécificité n'est qu'un élément d'appréciation de l'effet d'une subvention, ce n'est pas un critère particulier. Mais dans tous les cas, on prendra toujours en compte des critères communs que sont l'origine publique des fonds, l'avantage accordé à un bénéficiaire, l'effet de la mesure et la spécificité ou sélectivité selon l'espace normatif concerné.

Le problème est donc le suivant : comment qualifier une mesure de générale ou même établir qu'un système de droit fiscal constitue une norme de référence ? Cette question met en évidence les difficultés d'appréciation de la sélectivité ou de la spécificité fiscale.

2° Les difficultés d'appréciation de la sélectivité ou de la spécificité fiscale

7 - Les règles fiscales établies par les États sont souvent générales. Partant de là, comment déterminer la sélectivité d'une mesure fiscale ou sa normalité ? C'est une question importante parce que dans la plupart des systèmes juridiques, la prohibition des aides ou des subventions fiscales est intimement liée à l'existence d'une mesure fiscale spécifique (**a**) ou sélective (**b**).

a) Une mesure fiscale spécifique

8 - La spécificité est un vocabulaire qui appartient à l'OMC, même si l'OCDE emploie ce terme de temps en temps. L'OMC prend en compte la spécificité pour déterminer l'effet de la mesure, et définit à cet égard cette notion. Dans ce cadre, une subvention spécifique a plus d'effets de distorsion des échanges que d'autres types d'aides. Par conséquent, plus une subvention est limitée à un nombre restreint de bénéficiaires, plus son effet est néfaste. À l'inverse, plus les bénéficiaires sont nombreux, plus l'incidence de la subvention sera faible. Cette application nécessite de distinguer les subventions « générales » des subventions « spécifiques ». En matière fiscale, on a déjà pu constater à quel point il est délicat d'isoler une règle générale. Ainsi, la distinction entre les subventions spécifiques et non spécifiques est difficile à établir. Dans le cadre de l'UE, c'est la sélectivité qui est retenue.

b) Une mesure fiscale sélective

9 - Ni la Cour de justice, ni la Commission n'ont défini la notion de « mesure générale ». La sélectivité est le premier critère de distinction entre les mesures générales et les aides d'état. Tout l'enjeu de l'affaire Gibraltar est la manière d'apprécier la sélectivité, et donc de tenter de définir ce qu'est une « mesure générale ». Le dernier arrêt Gibraltar précise que l'existence d'un avantage peut être démontrée autrement que par le constat d'une dérogation à un régime normal d'imposition [15]. Par conséquent, des avantages qui résultent d'une mesure apparemment générale peuvent être reconnus comme sélectifs. Mais qu'est-ce qu'une « mesure générale » ? L'identification d'un point de référence qui permet d'établir la sélectivité se pose toujours. Nous ne pensons pas que cet arrêt ait donné lieu à une révolution méthodologique [16]. L'identification reste la même. Cet arrêt a surtout permis de faire un lien plus explicite avec les effets de la mesure. Dans ces conditions, le risque de voir l'effet discriminatoire – et non pas anticoncurrentielle – sanctionné est grand. C'est le critère de l'égalité de traitement qui va ici prendre le pas sur l'appréciation économique. L'appréciation de la sélectivité requiert toujours à notre sens de déterminer quel régime commun est applicable, et d'ailleurs le problème se posera toujours dans le cadre de la récupération de l'aide. C'est le système fiscal des États membres qui sert de point de référence. L'avantage fiscal se mesure à partir du régime général de taxation en vigueur, qualifié de régime d'imposition normal. Le problème reste donc bien de déterminer ce qu'est une imposition « normale » ou même un taux « normal » d'imposition ? Ce n'est pas un critère objectif et les discriminations sont souvent inhérentes à un système général de fiscalité. C'est le principe de non-discrimination qui joue dans ce cadre, et c'est finalement ce que l'arrêt Gibraltar a confirmé. Mais l'appréciation de l'effet discriminatoire découlant des choix des États membres quant à l'assiette et quant aux taux d'imposition continue de poser cette exigence de construction d'un système fiscal de référence pour l'UE, qui donne à ce problème de fond une autre dimension.

B. - L'identification d'une norme de référence européenne

10 - L'application du régime des aides d'état aux régimes préférentiels internationaux pose également le problème de l'identification d'une norme commune à tous les États membres de l'UE. En effet, l'UE a progressivement placé l'appréciation du critère de la sélectivité dans la perspective plus large de la concurrence fiscale dommageable (**1°**). Cette évolution compromet l'appréciation de la sélectivité des régimes fiscaux préférentiels (**2°**).

1° La perspective de la concurrence fiscale dommageable

11 - L'identification d'une norme de référence fiscale européenne suppose une harmonisation des fiscalités directes européennes. Or dans ce domaine, nous savons tous les progrès qu'il reste à réaliser. Dans tous les cas, le lien entre la concurrence fiscale dommageable et les aides d'état est textuel, c'est le Code de conduite. C'est le point J de ce Code de conduite qui fait la liaison entre les mesures fiscales visées

15. *CJUE, gde ch., 15 nov. 2011, aff. C-106/09, Commission c/ Gvt of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, et aff. C-107/09, Commission et Royaume d'Espagne c/ Gvt of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, préc., pts 131 et 132.*

16. Pour une position contraire, V. *É. Dubout et A. Maitrot de la Motte, Normalité, sélectivité et légitimité des régimes fiscaux dans l'Union européenne : les paradis fiscaux au purgatoire des aides d'État ?, préc.*

par le Code et le régime des aides d'état. Ce texte pose trois exigences : la publication de lignes directrices relatives aux aides d'état, qui sera l'objet de la Communication de 1998 ; la surveillance scrupuleuse par la Commission de la mise en œuvre des aides et ; l'intention d'examiner ou de réexaminer les systèmes fiscaux pour assurer une cohérence et « une égalité de traitement » dans l'application des règles du Traité. Par conséquent, la détermination de la notion de mesure dommageable (**a**) est centrale et permet de se rendre compte que, là encore, le critère déterminant est le principe de l'égalité de traitement (**b**).

a) Une mesure fiscale dommageable

12 - Le Code de conduite propose une définition de la notion de mesures dommageables. Il s'agit des mesures qui établissent un niveau d'imposition effective nettement inférieur, y compris une imposition nulle, par rapport à ceux qui s'appliquent normalement dans l'État membre concerné [17]. En outre, le Code propose cinq critères alternatifs qui permettent d'identifier le caractère préjudiciable d'une mesure fiscale [18]. Cette définition est celle donnée dans le cadre de l'UE. La notion de mesure fiscale dommageable n'est pas la même dans le cadre de l'OCDE et de l'OMC. En effet, l'OCDE ne retient que quatre critères d'identification d'une mesure fiscale dommageable [19], qui s'appliquent essentiellement aux activités financières et de services. Sans compter que l'OMC peut qualifier toutes sortes de pratiques fiscales de « dommageables », à partir du moment où elles sont à l'origine d'un dommage causé à une branche de production nationale. Par conséquent, une pratique fiscale peut être qualifiée de « dommageable » au sens de l'UE, sans l'être au sens de l'OCDE ou de l'OMC. Pour l'OCDE par exemple, une subvention à l'exportation, spécifique au sens de l'OMC ou sélective au sens de l'UE, ne constitue qu'une « pratique dommageable » alors qu'elle est interdite en tant que telle dans le cadre de l'UE ou de l'OMC. Le critère déterminant de la prohibition d'une mesure fiscale dans le cadre du Code de conduite ne repose par sur la sélectivité, mais sur le principe de l'égalité de traitement.

b) Le principe de l'égalité de traitement

13 - En fait, il suffit de prouver une différence d'imposition effective entre les États membres concernés, à l'aide de l'un des cinq critères contenus dans le Code de conduite pour emporter la qualification de mesure fiscale dommageable. Pourtant, certains auteurs affirment l'existence d'un lien entre le Code de conduite et le critère de sélectivité [20]. Il est vrai que le fait de viser certaines catégories d'entreprises rappelle la sélectivité. Certains vont même jusqu'à dire qu'une mesure fiscale non sélective, parce que justifiée par l'exception de la nature et de l'économie du système [21], peut néanmoins constituer des mesures sélectives auxquelles le Code s'applique [22]. En réalité, ce texte permet de couvrir les subventions qui bénéficient à toutes les entreprises d'un État membre et à tous les secteurs économiques (mesure générale) qui échappent au critère de la sélectivité. En cela, le Code de conduite est devenu un outil complémentaire du régime des aides d'état. Le raisonnement repose sur la mise en œuvre de la logique discriminatoire liée aux droits fondamentaux, au détriment d'une logique économique liée à la position concurrentielle de l'acteur économique sur un marché donné. Cela a pour effet, en droit de l'Union, de créer une coïncidence malheureuse entre les notions de sélectivité, d'avantage et de non-discrimination. La définition de la sélectivité n'est donc pas satisfaisante parce qu'elle conduit inévitablement à régler les différends sur le fondement de l'égalité de traitement. Par conséquent, même si l'existence d'un lien était démontrée entre la sélectivité et le Code de conduite, il ne suffirait pas à écarter le raisonnement des acteurs de l'Union, qui ne fait finalement que mettre en œuvre la logique discriminatoire. Cette coïncidence entre la sélectivité et l'avantage fiscal est accentuée par le fait qu'on apprécie l'aide par rapport à ses effets, dans la perspective des régimes fiscaux préférentiels.

2° Les régimes fiscaux préférentiels

14 - Des mesures fiscales préférentielles peuvent venir remettre en cause l'équilibre concurrentiel formé par les différents niveaux d'imposition directe entre les États membres. En pratique, on remarque que la Commission retient souvent la sélectivité des régimes préférentiels mis en place par les multinationales. À cet égard, le paragraphe 26 dans la Communication de 1998 tend à considérer que toute préférence donnée à un groupe multinational, qui favorise certaines activités, est spécifique [23]. Or, cela ne devrait pas être le cas puisqu'un groupe de sociétés ne peut pas être assimilé à un secteur d'activité ou à une fonction. La Commission a dans ce cadre adopté une nouvelle forme de sélectivité (**a**) à l'encontre des sociétés intragroupes, qui risque d'emporter la sélectivité de tous les régimes fiscaux préférentiels (**b**).

a) Une nouvelle forme de sélectivité

15 - Les avantages fiscaux limités à des sociétés intragroupes ne sont pas sélectifs en eux-mêmes. Ils ne le sont que s'ils favorisent certaines entreprises ou certaines productions. En pratique, la Commission détourne ce principe afin de qualifier de sélectives les mesures réservées à certains types d'opérations intragroupes. Tel a été le cas par exemple à propos d'une aide accordée par la Finlande en faveur des compagnies d'assurance captives de la région d'Åland [24].

17. V. le 1er alinéa, B du Code de conduite.
18. Le 3e alinéa du B établit les 5 critères suivants : 1) si les avantages sont accordés exclusivement à des non-résidents ou pour des transactions conclues avec des non-résidents ou 2) si les avantages sont totalement isolés de l'économie domestique, de sorte qu'ils n'ont pas d'incidence sur la base fiscale nationale ou 3) si les avantages sont accordés même en l'absence de toute activité économique réelle et de présence économique substantielle à l'intérieur de l'État membre offrant ces avantages fiscaux ou 4) si les règles de détermination des bénéfices issus des activités internes d'un groupe multinational divergent des principes généralement admis sur le plan international, notamment les règles approuvées par l'OCDE ou 5) si les mesures fiscales manquent de transparence, y compris lorsque les dispositions légales sont appliquées de manière moins rigoureuse et d'une façon non transparente au niveau administratif.
19. Ces critères ont été rappelés par M. Pascal Saint-Amans dans le cadre du rapport sur l'évasion fiscale de juillet 2012. Il s'agit des critères : de très faible taxation, de cantonnement d'un régime, de manque de transparence et d'absence d'échange effectif de renseignements. En ce sens, V. *Sénat, Session extraordinaire de 2011-2012, Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur l'évasion des capitaux et des actifs hors de France et ses incidences fiscales : Rapp. AN n° 673, 17 juill. 2012, t. II, p. 104 et s.*
20. *E. Meier et Th. Perrot, Les aides d'État comme instrument de lutte contre la concurrence fiscale dommageable : la pierre philosophale ?, préc.*
21. Cette notion d'exception relative à la nature et à l'économie du système a été créée pour clarifier les contours de la sélectivité. Là encore, voici l'exemple d'une notion qui est devenue un véritable critère constitutif d'une aide d'état, qui est passé du statut de simple *obiter dictum* à celui d'un principe incontournable. Cette notion suppose elle aussi l'appréciation d'autres concepts, tels que la logique interne du système ou sa rationalité économique.
22. *A. Carlos Dos Santos, Aides d'État, Code de conduite et concurrence fiscale dans l'Union européenne : les centres d'affaires comme cibles : RID éco. 2004, p. 34.*
23. Ce paragraphe dispose que : « (...) Certaines exceptions aux règles fiscales sont par contre difficiles à justifier par la logique d'un système fiscal. C'est par exemple le cas si les entreprises non résidentes sont traitées de façon plus favorable que les entreprises résidentes ou si des avantages fiscaux sont octroyés aux sièges ou aux entreprises qui fournissent certains services (financier par exemple) à l'intérieur d'un groupe ».
24. *Comm. CE, déc. n° 2002/937/CE, 10 juill. 2002 relative à l'aide d'État accordée par la Finlande en faveur des compagnies d'assurance captives de la région d'Åland : JOCE n° L 329, 5 déc. 2002, p. 22 à 29.*

Dans cette affaire, ce n'est pas la faveur accordée à certaines entreprises qui a emporté la décision de la Commission, mais la condition de puissance économique à l'origine de l'octroi d'avantages fiscaux [25]. Cette exigence implicite empêcherait donc les sociétés d'assurance qui opèrent dans des secteurs différents de bénéficier de l'allégement fiscal. Dans un certain nombre de cas, la Commission estime que bien que les incitations fiscales apparaissent en droit comme ouvertes à toutes les entreprises, elles ne sont en fait octroyées qu'aux groupes de sociétés, et non à des entreprises individuelles. Tel a été le cas dans le régime luxembourgeois des holdings 29 [26]. C'est également ce qui c'est passé dans le cadre du régime de déduction fiscale pour les intérêts intragroupes hongrois ou encore du régime de taxation néerlandais « Groepsrentbox » qui a finalement été modifié par les autorités nationales pour échapper à la qualification d'aides d'état [27]. Il s'agit donc bien d'une nouvelle forme de sélectivité appliquée aux sociétés intragroupes. D'autres problèmes se posent d'ailleurs dans ce cadre, au premier rang duquel la définition d'un groupe de société en droit de l'UE [28]. Si la pratique européenne ne s'affine pas, bon nombre d'avantages fiscaux applicables aux sociétés intragroupes risquent d'être suspectés.

b) Le risque

16 - Le risque c'est que tous les régimes fiscaux préférentiels soient qualifiés de sélectifs. Dans ce contexte, il est évident que le critère de sélectivité n'est pas adapté à un cadre fiscal élargi aux groupes multinationaux. D'autant plus qu'il y a ici un paradoxe. En pratique, c'est la notion de non-discrimination qui sous-tend le régime des aides d'état. Le critère de sélectivité se détermine essentiellement à partir de son effet discriminatoire. Par conséquent, il ne devrait pas y avoir d'aide d'état sélective en droit de l'UE quand le principe de non-discrimination est respecté. Cela n'est pas aujourd'hui le cas dans le cadre des affaires relatives aux sociétés intragroupes.

Les systèmes juridiques sont donc à la recherche d'une norme de référence fiscale introuvable. C'est d'ailleurs ce qu'a affirmé l'avocat général dans ses conclusions sous l'arrêt Gibraltar. Un tel système de référence n'existe pas. Cette inexistence montre les lacunes de la définition des aides d'état en droit de l'UE qui, contrairement par exemple au droit de l'OMC, ne privilégie pas une approche économique et implique un droit fondamental, le principe d'égalité. Le fait de se servir du principe de non-discrimination, et donc du principe d'égalité de traitement, pour définir et sanctionner les effets d'une aide d'état sur un marché donné n'est pas en soi satisfaisant. Il faut nous semble-t-il absolument déconnecter le régime des aides d'état de l'objectif non discriminatoire que vise la concurrence fiscale dommageable afin de le replacer dans son propre objectif : la sanction des distorsions de concurrence. Confondre ces deux objectifs revient à confondre le critère de sélectivité et le principe de non-discrimination, et l'arrêt Gibraltar confirme encore cette confusion.

La méthode qui consiste à rechercher un standard fiscal commun à tous les États et à recourir à des outils de *soft law* a donc ses limites.

2. Les limites de cette méthode

17 - Le recours à des outils de *soft law* est en soi une méthode féconde qui sert à l'affirmation de toutes les plus grandes Déclarations des droits de l'homme. C'est un système qui permet une unification minimale indirecte sur un certain nombre d'exigences fondamentales. D'ailleurs, ce système vise certainement ici, en l'absence d'harmonisation fiscale en matière de fiscalité directe, à réaliser une harmonisation minimale indirecte. Le recours à cette méthode montre aussi que, dans un contexte d'internationalisation croissante des affaires, les situations fiscales sont de plus en plus complexes et le droit doit les résoudre. Les acteurs sont donc face à des normes « indéterminées », qui restent à l'être. L'absence de détermination reviendrait à conforter l'absence d'une définition générale des aides d'état et à se satisfaire de critères, comme la sélectivité, qui ne permettent pas de trouver un équilibre entre les aspects juridiques et économiques de cette notion. Cette méthode présente donc un certain nombre de limites, qui s'expriment aussi bien à l'égard des États membres de l'UE (**A**), qu'à l'égard de ses États tiers (**B**).

A. - À l'égard des États membres de l'UE

18 - Cette méthode permet finalement de conforter tant l'incertitude du droit (**1°**) que des décisions arbitraires (**2°**).

1° L'incertitude du droit

19 - Cette incertitude conduit à la confusion de notions (**a**) employées par le droit de l'UE dans le cadre du régime des aides d'état. Cette confusion ne permet pas de définir ce qu'est une aide. Cette absence de définition (**b**) est préjudiciable pour les acteurs économiques.

a) La confusion des notions

20 - En matière d'aides d'état, le droit de l'UE établit un certain nombre de confusions. Les premières d'entre elles sont entretenues par la Commission, qui se sert des notions propres à l'établissement d'un avantage pour établir la sélectivité. La difficulté résulte directement de la Communication de 1998. En réalité, les points relatifs à, d'un côté la distinction entre « aides d'État » et « mesures générales » et, de l'autre, la justification d'une dérogation par la nature ou l'économie du système entrent en conflits. En effet, pour être considérée comme un avantage l'exemption fiscale doit être sélective et consti-

25. *Ibidem, § 52.* La précision est la suivante : « Le critère de sélectivité était également rempli du fait que les conditions prévues pour l'application de la mesure exigent implicitement une certaine puissance économique et ne peuvent donc s'appliquer à des sociétés appartenant à des groupes d'une taille suffisamment importantes ».

26. Dans cette affaire, la Commission a relevé que « ce régime semble être de facto réservé aux seules activités intragroupes, ce qui confirme le caractère sélectif du régime ». En ce sens, V. *Commission européenne, Aides d'État – Luxembourg – Aide d'État C 3/2006 (ex E 53/2001) – Holdings 1929 et holdings milliardaires exonérés – Invitation à présenter des observations en application de l'article 88, paragraphe 2, du traité CE : JOCE n° C 78, 31 mars 2006, p. 12, § 73.*

27. La Commission avait en effet dénoncé une mesure hollandaise relative à un allégement d'impôt sur les intérêts intragroupes. En théorie, toutes les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés (IS) aux Pays-Bas pouvaient bénéficier d'un abaissement du taux normal de l'IS, de 25,5 % à 5 %, pour les intérêts reçus dans le cadre d'un financement intragroupe. Dans ce cas, le solde positif était taxable au taux préférentiel de 5 %, alors que le solde négatif était totalement déductible. Pour la Commission, si en droit cette mesure semblait ouverte à toutes les sociétés, en fait elle ne profitait qu'aux sociétés intégrées dans un groupe, V. aide d'État – Pays-Bas, Aide d'État C 4/07 [ex N 465/06] – Groepsrentebox [régime fiscal applicable aux intérêts intragroupes] – Invitation à présenter des observations en application de l'article 88, paragraphe 2, du traité CE : *JOCE n° C 66, 22 mars 2007, p. 30.* À l'issue de discussions avec la Commission, les autorités néerlandaises ont modifié le régime litigieux afin qu'il bénéficie indifféremment à toutes les sociétés percevant des intérêts de sociétés liées indépendamment de leur taille, de leur secteur ou de leur forme juridique. En raison de ces modifications, la Commission a conclu que cette mesure ne constituait pas une aide d'État, V. décision de la Commission du 8 juillet 2009 concernant le régime du groepsrentebox C 4/07 [ex N 465/06] que les Pays-Bas ont l'intention de mettre à exécution : *JOUE n° L 288, 4 nov. 2009, p. 26.*

28. Il apparaît en effet que la notion de « groupe » n'est pas définie en droit de l'UE. Dans le sens de ce constat et de ses conséquences fiscales, V. *I. Riu, Sociétés et établissements stables en Droit fiscal international et de l'Union européenne : L'Harmattan, 2012, § 642 et s. et § 723 et s.*

tuer une exception ou une dérogation au système fiscal [29]. L'avantage fiscal peut ensuite être justifié par la « logique interne du système ». Ce raisonnement ne tient pas compte de la distinction entre la notion d'avantage et de sélectivité. L'avantage fiscal s'analyse comme une dérogation ou une exception au système fiscal non justifiée par la logique du système. Elle relève donc du pouvoir fiscal des États membres. En revanche, la sélectivité identifie une discrimination injustifiée entre des situations comparables dont l'appréciation relève des instances de l'Union. Cette méthode explique, par exemple, la décision de la Commission relative aux « sociétés exonérées » mises en place à Gibraltar. Dans cette affaire, on a considéré que la sélectivité découlait de l'application exclusivement régionale de ce dispositif [30]. Pour certains auteurs, la simple comparaison entre les régimes fiscaux applicables au Royaume-Uni et à Gibraltar ne doit pas à suffire à l'établissement d'une norme de référence nationale [31]. Ensuite, l'application combinée de la doctrine jurisprudentielle de l'effet de la mesure à la notion de régime développé par la Commission ne permet pas de donner des contours clairs à ces concepts. L'appréciation de l'aide par rapport à ses effets dans la perspective de régimes fiscaux préférentiels modifie la notion de sélectivité. L'application de l'effet de la mesure à des régimes fiscaux préférentiels fait coïncider la notion de sélectivité avec celle d'avantage fiscal, si bien qu'en pratique il est devenu extrêmement difficile de distinguer ces deux notions [32]. À cet égard, le dernier arrêt *Gibraltar* est une bonne illustration de cette modification de la notion de sélectivité [33].

Les confusions sont également entretenues par la Cour. En effet, au moment de l'appréciation de la justification relative à la nature et à l'économie du système, la Cour a eu tendance à se servir de cette exception pour légitimer la notion d'avantage comme une dérogation au système fiscal. Tel a été le cas dans l'affaire des *Açores* [34]. Mais quelle justification peut être apportée pour la sélectivité régionale en dehors de l'autonomie fiscale de la région, qui constitue le fondement de ce que la Cour a déjà considéré comme une dérogation au système fiscal ? En réalité, la notion de justification par la nature ou l'économie du système se rapporte au critère de la sélectivité, non pas à la notion d'avantage comme c'est le cas dans cette affaire. Ces confusions reviennent à affirmer qu'une mesure fiscale est sélective uniquement parce qu'elle constitue un avantage par rapport au système fiscal. Ce raisonnement est faux, car le critère la sélectivité et la notion d'avantage sont distincts. Seule la sélectivité peut être justifiée par la nature du système. On se rend compte que la sélectivité fiscale révèle l'existence d'une discrimination injustifiée entre des situations factuelles ou légales comparables, alors qu'il y a une différence fondamentale entre le principe de non-discrimination fiscale et la sélectivité fiscale prohibée par le régime des aides d'État. En effet, le régime des aides d'État requiert l'utilisation du critère du marché, et non pas celui de la différence de traitement. La sanction est souvent faite par référence au principe d'égalité qui est un droit fondamental, et l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux laisse à penser que ce phénomène ne va faire que s'accentuer. Pour éviter d'emporter la sélectivité de toutes les dérogations mises en place par les systèmes fiscaux nationaux, il convient de pallier l'absence de définition de ces notions.

b) L'absence de définition

21 - En droit fiscal, on a pu constater les effets dévastateurs de l'absence d'une définition générale de la notion de sélectivité. Le lien avec les régimes fiscaux préférentiels et la recherche d'un avantage fiscal discriminatoire conduisent à sanctionner bon nombre de dispositifs fiscaux nationaux et européens. Il paraît évident que la nature différentielle de certaines mesures fiscales n'entraîne pas forcément leur sélectivité. La sélectivité établit une ligne de démarcation entre la discrimination fiscale et la concurrence fiscale. Pour être qualifiée d'aide fiscale, une préférence doit créer une distinction entre des situations de marché comparables par rapport à la logique de la mesure fiscale. L'utilisation du critère de la différence de traitement en lieu et place de celui relatif à la comparabilité du marché revient à confondre la sélectivité et la non-discrimination, et les références désormais explicites tant à l'effet discriminatoire qu'au principe de l'égalité de traitement éloignent définitivement toute idée d'une appréciation véritablement économique [35]. D'ailleurs, on a pu constater qu'à chaque fois que la Cour de justice se sert du critère économique de la comparabilité du marché et qu'elle écarte le critère de la différence de traitement, elle n'a pas de mal à justifier l'absence de sélectivité, et donc à différencier les notions d'avantage et de sélectivité [36]. Une définition du critère de sélectivité en ce sens serait salvatrice. Tant que cet effort définitionnel ne sera pas apporté, le recours à des outils de *soft law* continuera à conforter l'indétermination des normes contenues dans ce type de texte, et à produire des décisions qui sont le résultat d'une volonté libre [37].

2° Des décisions arbitraires

22 - En réalité, on s'aperçoit que les règles de conduite (**a**) contenues dans le Code de conduite sont détournées de leur objectif, afin de servir de cadre au contrôle des aides d'état (**b**).

a) Les règles de conduite

23 - L'inspiration première de ce Code est la lutte contre la concurrence fiscale dommageable. Elle est rappelée par la première phrase de la Communication de 1998 [38]. Ce rappel explique que la détermination centrale est celle d'une « mesure fiscale dommageable ». Le Conseil de l'UE et les représentants des gouverne-

29. *P. Rossi-Maccanico, The specificity criterion in fiscal aid review : proposals for state aid control of direct business tax measures : EC tax review, vol. 16, Issue 2, 2007, p. 95.*

30. Le raisonnement est le suivant. Comme ce régime permet aux sociétés concernées de négocier un taux d'imposition inférieur au taux normal, il offre un taux d'IS réduit par rapport au système en vigueur au Royaume-Uni. En ce sens, V. *Comm. CE, déc. 30 mars 2004, n° 2005/77/CE relative au régime d'aides mis à exécution par le Royaume-Uni en faveur des « Qualifying companies » de Gibraltar : JOUE n° L 29, 2 févr. 2005, p. 24 à 38.*

31. *R. Luja, The WTO Subsidies Regime, in M. Lang, J. Herdin and I. Hofbauer, WTO and direct taxation, Eucotax Series on European Taxation, Volume 10 : The Hague, Kluwer Law International, Band 35, 2005, p. 109.*

32. *P. Rossi-Maccanico, The specificity criterion in fiscal aid review : proposals for state aid control of direct business tax measures : EC tax review, vol. 16, Issue 2, 2007, p. 90 et p. 93.*

33. *CJUE, gde ch., 15 nov. 2011, aff. C-106/09, Commission c/ Gvt of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, et aff. C-107/09, Commission et Royaume d'Espagne c/ Gvt of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, préc., pts 87 et 128.*

34. Par cette décision, les juges ont reconnu que « le gouvernement portugais n'a pas démontré que l'adoption par la Région autonome des Açores des mesures en cause était nécessaire au fonctionnement et à l'efficacité du système fiscal général [...]. Il n'a donc pas été démontré que les mesures en cause sont justifiées par la nature ou l'économie du système fiscal portugais ». C'est pour cette raison que l'allégement fiscal a été qualifié de « sélectif ». En ce sens, V. *CJCE, gde ch., 6 sept 2006, aff. C-88/03, Portugal c/ Commission : Rec. CJCE 2006, I, p. 7115, pt 83 ; Dr. fisc. 2006, n° 38, act. 169.*

35. *CJUE, gde ch., 15 nov. 2011, aff. C-106/09, Commission c/ Gvt of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, et aff. C-107/09, Commission et Royaume d'Espagne c/ Gvt of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, préc., pts 87 et 128.*

36. En ce sens, V. *M. Sadowsky, Droit de l'OMC, droit de l'Union européenne et fiscalité directe, préc., § 797 et s.*

37. Nous retrouvons ici la définition de la décision arbitraire, qui est celle « qui n'est pas le résultat de l'application d'une règle existante mais le produit d'une volonté libre », V. *G. Cornu, Vocabulaire juridique : PUF, 2008, p. 69.*

38. Cette première phrase souligne « la nécessité d'une action coordonnée au niveau communautaire pour lutter contre la concurrence fiscale dommageable ».

ments des États membres reconnaissent les effets positifs de la concurrence loyale et la nécessité de consolider la compétitivité au sein de l'UE. Dans cette perspective, le Code de conduite doit servir à « enrayer » ces mesures fiscales dommageables. C'est un outil politique, puisqu'il est souligné en préambule qu'il s'agit d'un « engagement politique » qui « n'affecte pas les droits et obligations des États membres, ni les compétences respectives des États membres » et de l'Union. Ce n'est que très récemment que la Cour de justice a défini la valeur juridique de la Communication de 1998. Les juges ont précisé qu'il s'agissait de mesures d'ordre interne adoptées par l'Administration, qui ne sauraient être qualifiées de « règles de droit » [39]. Ce sont des « règles de conduite » indicatives de la pratique à suivre dont l'Administration ne peut s'écarter (...) sans donner des raisons qui soient compatibles avec le principe d'égalité de traitement » [40]. Toutefois, il convient de préciser que quelques années avant cela, la Cour avait admis à propos de lignes directrices pour le calcul du montant des amendes en matière d'entente, que « sous certaines conditions et en fonction de leur contenu, de telles règles de conduite ayant une portée générale puissent déployer des effets juridiques » [41]. En effet, ces règles visent à produire des effets externes, comme c'est le cas des lignes directrices qui visent les opérateurs économiques [42]. Si l'on comprend bien qu'une règle de conduite peut produire des effets juridiques, le détournement d'une telle règle au service d'un autre objectif que le sien est plus difficile à comprendre. Ainsi, se servir du Code de conduite pour contrôler des aides d'état est critiquable.

b) Le contrôle des aides d'État

24 - En principe, ce Code donne au juge une simple directive. Il ne doit donc pas servir de cadre au contrôle des aides d'état. Pourtant, on s'aperçoit en pratique que ces règles comportementales sont utilisées dans le cadre du régime des aides d'état. En effet, ce texte permet de couvrir les subventions qui bénéficient à toutes les entreprises d'un État membre et à tous les secteurs économiques, qui obtiennent la qualification de « mesures générales » et qui échappent au critère de sélectivité. Des mesures fiscales qui ne sont pas sélectives au sens du régime des aides d'état peuvent néanmoins constituer des mesures sélectives auxquelles le Code s'applique [43]. Par conséquent, le Code de conduite devient un outil complémentaire du régime des aides d'état. Il est un « appendice du régime des aides », un « succédané du régime de rapprochement des législations » [44]. Cette utilisation détournée du Code élargit donc le contrôle des aides d'État. Au-delà de cet élargissement et du détournement de l'objectif premier de ce texte, cette méthode permet de donner à ce type de règle un véritable effet juridique. Les critiques à opposer à cette évolution ont différents fondements. D'une part, et comme nous l'avons déjà précisé, la notion de pratique fiscale dommageable varie selon l'espace normatif dans lequel on se trouve. Par conséquent, certains pays à la fois membres de l'UE, de l'OCDE et de l'OMC peuvent se trouver face à des « pratiques fiscales dommageables » qui n'ont pas le même contenu selon le cadre concerné. D'autre part, face aux exigences du critère de sélectivité, les États pourraient être tentés à l'avenir de maintenir leurs dispositifs qualifiés de « sélectifs » en les étendant à toutes les entreprises et à tous les secteurs pour les rendre généraux. Ensuite, cette pratique crée un double risque relatif à la redistribution de la matière imposable [45]. Ainsi, certaines entreprises multinationales pourraient être tentées de relocaliser certaines de leur fonction en dehors de l'UE. En faisant céder les « niches fiscales » aux contrôles des aides d'État dans la perspective du Code de conduite, la Commission risque de favoriser les grands pays européens au détriment des petits. Or, la mise en place d'incitations fiscales par les petits pays est souvent liée à leur volonté de compenser des avantages comparatifs offerts par les grands pays. Enfin, cette utilisation détournée du Code de conduite s'avère complètement destructrice de la fiscalité des États membres. En effet, cette nouvelle pratique a de lourdes conséquences pour les États européens.

Le Code de conduite constitue donc une phase préliminaire du régime des aides d'état, puisque la qualification d'une pratique fiscale de dommageable suffit à porter les soupçons de l'existence d'une telle aide. Cela permet à la Commission de découvrir des aides non notifiées ou des mesures à qualification douteuse, pour leur appliquer ensuite le régime des aides d'État [46]. Il est désormais intéressant de déterminer si ces règles de conduite s'appliquent de la même façon à l'égard des États tiers à l'UE.

B. - Avec les États tiers à l'UE

25 - Dans le cadre des États tiers à l'UE, le vocable n'est plus celui d'aides d'état, mais de subvention. La question qui se pose est celle de savoir si on peut contraindre un État tiers à respecter le Code de conduite ? L'exemple de la Suisse (**1°**) permet de donner certains éléments de réponses à cette question, et de comprendre que des problématiques communes (**2°**) animent les États.

1° L'exemple de la Suisse

26 - Le Code de conduite indique aux États des règles de comportement, des règles de « bonne » conduite. Si cet instrument permet une adaptation souple aux évolutions de la société, il donne aussi aux acteurs économiques une plus grande liberté d'action. Cela signifie donc que les États peuvent plus facilement s'écarter des lignes directrices européennes. Le cas des holdings suisses (**a**) montre bien la difficulté de contraindre la Suisse à respecter ce Code (**b**).

a) Le cas des holdings suisses

27 - Pour la Commission, le régime suisse d'impôt sur les sociétés n'est pas compatible avec l'Accord passé entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse du 22 juillet 1972 [47]. En effet, selon elle, les régimes applicables aux sociétés d'administration, aux sociétés holding et aux sociétés mixtes sont spécifiques ou sélectifs. En réalité, seules les entreprises qui exercent des activités à l'étranger peuvent bénéficier des réductions fiscales en cause. Les avantages fiscaux ne sont pas ouverts à toutes les entreprises se trouvant dans des situations comparables, dans la logique du système fiscal tel qu'il est appliqué en Suisse. En outre, concernant plus particulièrement les sociétés holdings, les exonérations fiscales ne sont possibles que pour les entreprises qui ont pour activité principale de

39. L'un des premiers arrêts à avoir donné cette affirmation est, *CJUE, 3e ch., 9 juin 2011, aff. jtes C-465/09 à C-470/09 P, Territorio Historico de Viscaya, de Alava et de Guipuzcoa, pt 120 : Europe 2011, comm. 313, note L. Idot*, non encore publié au Recueil. – Cela a ensuite été repris dans *CJUE, gde ch., 15 nov. 2011, aff. C-106/09, Commission c/ Gvt of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, et aff. C-107/09, Commission et Royaume d'Espagne c/ Gvt of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, pt 128, préc.*

40. *Ibidem.*

41. *CJCE, 28 juin 2005, aff. C-189/02, C-202/02, C-205/02 à C-208/02 et aff. C-213/02 P, Dansk Rorindustri c/ Commission : Rec. CJCE 2005, I, p. 5425, pt pt 211.*

42. *Ibidem, pt 210.*

43. *A. Carlos Dos Santos, Aides d'État, Code de conduite et concurrence fiscale dans l'Union européenne : les centres d'affaires comme cibles, préc.*

44. *Ibidem, p. 40.*

45. *E. Meier et Th. Perrot, Les aides d'État comme instrument de lutte contre la concurrence fiscale dommageable : la pierre philosophale ? : Dr. fisc. 2002, n° 3, 2.*

46. *A. Carlos Dos Santos, Aides d'État, Code de conduite et concurrence fiscale dans l'Union européenne : les centres d'affaires comme cibles, préc., p. 40.*

47. *Accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse : JOCE n° L 300, 31 déc. 1972, p. 189 à 280.*

gérer et de détenir des participations représentant au moins deux tiers du total des actifs inscrits au bilan. Seules les entreprises qui ont le statut de holding dans le cadre des lois fiscales cantonales et communales peuvent bénéficier de ces réductions. Il convient d'ajouter à cela qu'une seule catégorie d'entreprises peut bénéficier de ces allégements fiscaux : celles qui ont une activité d'exportation, un statut de société holding ou qui effectuent des investissements leur permettant de percevoir des revenus à l'étranger. Pour la Commission, ces régimes opèrent une discrimination à l'encontre d'entreprises multinationales n'établissant pas leurs activités de holding ou d'administration en Suisse. Dans ce contexte, les régimes d'imposition des sociétés instaurés en faveur des sociétés d'administration, holding ou mixtes, constitue une aide d'état incompatible avec le bon fonctionnement de l'Accord. Par conséquent, la Suisse doit modifier ces règles afin d'abroger le traitement différent des revenus de source nationale et celles de source étrangère [48]. Cette décision est intéressante, car elle montre bien toute la difficulté de contraindre la Suisse à respecter le Code de conduite.

b) La difficulté de contraindre la Suisse

28 - Cette décision a été prise sur le fondement de l'Accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse de 1972. Cet Accord a une visée essentiellement économique, puisqu'il prévoit de consolider et d'étendre les relations économiques entre l'UE et la Suisse. À ce propos, les termes utilisés en préambule sont très évocateurs, puisqu'ils désignent des conditions équitables de concurrence, le développement harmonieux du commerce ou encore l'élimination des obstacles aux échanges. Deux articles de cet Accord ont été spécialement énoncés dans le cadre de cette décision. D'une part, l'article 23, § 1 (iii) qui précise que toute aide publique qui fausse ou menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions est incompatible avec le bon fonctionnement de l'Accord, dans la mesure où ils sont susceptibles d'affecter les échanges entre l'Union et la Suisse. D'autre part, l'article 27, § 3 (a) qui édicte la procédure administrative à suivre si une pratique est incompatible avec l'article relatif aux aides d'état [49]. Cela montre qu'un État tiers à l'UE peut très bien s'engager à respecter la réglementation relative aux aides d'état, normalement applicable aux États membres de l'Union, dans le cadre d'un accord bilatéral. Partant de là, peut-on contraindre la Suisse à respecter le Code de conduite relatif aux aides d'état ?

En juin 2010, l'Union européenne a invité la Suisse et le Liechtenstein à adopter son Code de conduite en matière de fiscalité des entreprises. Un dialogue a donc été instauré dans ce cadre afin de promouvoir l'adoption des principes du Code de conduite dans les pays tiers, et poursuivre le dialogue relatif à l'application des règles et des critères du Code [50]. Depuis 2007, la Suisse a entrepris un certain nombre de réformes relatives à la taxation des entreprises dans des cantons comme Neuchâtel ou encore Genève. L'UE a jugé ce début de réforme insuffisant et vient de laisser à la Suisse jusqu'au mois de juillet 2013 pour se conformer à la décision de 2007. Au-delà de ce délai, des approches alternatives pourront être mises en place [51], autrement dit des mesures de rétorsion pourront être prises. Même si des progrès ont été accomplis dans ce domaine, le dialogue doit se poursuivre [52]. En effet, le dernier rapport annuel du Groupe « Code de conduite » relève que certains progrès ont été accomplis pour parvenir à une « compréhension commune » par rapport à certains régimes suisses, mais attend de nouveaux progrès concrets dans les mois à venir. Une intensification des discussions avec les Suisse est attendue dans le but de parvenir à un « accord » pour appliquer les principes et les critères du Code de conduite [53]. Si la Suisse veut bien coopérer, elle affirme qu'elle ne veut pas respecter à la lettre cet outil non juridiquement contraignant, tout simplement parce qu'elle n'est pas un État membre de l'UE [54]. En outre, elle exige un certain nombre de contreparties, telles que l'abolition de dispositifs anti-abus applicables par d'autres pays à son égard, qui pénalisent les entreprises établies en Suisse de commercer avec l'étranger. En attendant, les éléments contraignants seront à rechercher dans un autre cadre tel que l'OCDE ou plus vraisemblablement celui de l'OMC. Il s'agit finalement de problématiques communes que chaque espace normatif a réglementées.

2° Des problématiques communes

29 - Les problématiques relatives à la recherche et au développement, tout comme celles liées aux pratiques fiscales dommageables, se posent aussi bien dans un cadre international qu'européen. Pour contribuer au débat, deux exemples seront pris dans le cadre de l'OMC, parce que c'est l'organisation de référence en matière de commerce international et parce que l'UE est un membre à part entière de cette organisation. Dans les deux affaires prises, des sociétés de vente à l'étranger (**a**) et d'Airbus contre Boeing (**b**), l'UE est partie au différend.

a) L'affaire des sociétés de ventes à l'étranger

30 - Cette affaire constitue l'un des contentieux fiscaux les plus importants de toute la jurisprudence fiscale de l'Organe de règlement des différends (ORD). En 1971, une législation dite *Domestic International Sales Corporations* (DISC) est édictée. Les incitations fiscales à l'exportation proposées par ce programme ont séduit bon nombre d'entreprises. Ainsi, en 1975, 70 % des exportations américaines auraient été réalisées par l'intermédiaire de ces sociétés. À titre d'exemple, les reports d'impôts de l'exercice DISC 1974 ont atteint 756 M$ et étaient projetés à plus du double pour l'année 1977 [55]. Le Groupe spécial a reconnu cette législation illégale, car elle confère un avantage fiscal qui se rapporte essentiellement aux exportations et constitue, de ce fait, une subvention à l'exportation [56]. En 1984, le législateur prend en compte ces recommandations et instaure une nouvelle législation dite *Foreign Sales Corporations* (FSC). Parmi les grands bénéficiaires du régime FSC figurent les plus grandes multina-

48. Tel est le contenu de la décision de la Commission du 13 février 2007 concernant l'incompatibilité de certains régimes suisses d'imposition des sociétés avec l'Accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse du 22 juillet 1972 : *Décision C(2007) 411 final.*

49. Dans ce cas, les parties contractantes peuvent saisir un comité mixte. Elles doivent alors communiquer à ce Comité tout renseignement utile et lui prêter l'assistance nécessaire en vue de l'examen du dossier et, le cas échéant, de l'élimination de la pratique incriminée. À défaut pour la partie contractante en cause d'avoir mis fin aux pratiques incriminées dans le délai fixé au sein du comité mixte, ou à défaut d'accord au sein de ce dernier dans un délai de trois mois à compter du jour où il est saisi, la partie contractante intéressée peut adopter les mesures de sauvegarde qu'elle estime nécessaires pour remédier aux difficultés sérieuses résultant des pratiques visées, notamment procéder à un retrait de concessions tarifaires.

50. *Cons. UE, Code de conduite (fiscalité des entreprises), Bruxelles, 2 juin 2010, 10595/10, p. 2* et *Cons. UE, Code de conduite (fiscalité des entreprises), Bruxelles, 3 déc. 2010, 17380/10, p. 2.*

51. *Cons. UE, Code de conduite (fiscalité des entreprises), Bruxelles, 11 juin 2012, 10903/12, p. 8.*

52. *Comm. UE, communiqué, 4 déc. 2012, 17131/1/12 REV 1, p. 20.*

53. *Cons. UE, Code de conduite (fiscalité des entreprises), Bruxelles, 23 nov. 2012, 16488/12 FISC 173, § 16.*

54. Toutes ces informations sont disponibles sur le site du Département fédéral des finances suisse, à l'adresse suivante : http://www.efd.admin.ch/themen/wirtschaft_waehrung/02370/index.html ?lang=fr

55. *Rapport du Groupe spécial du GATT de 1947, Législation fiscale des États-Unis concernant les sociétés américaines de vente à l'étranger (DISC) : L/4422 – 23S/107, 12 nov. 1976, § 17 et 18.*

56. *Ibidem, pt 67 et s.*

tionales – Boeing, Cisco Systems ou encore General Electric. L'impact de ce régime sur le niveau d'imposition et sur les exportations est considérable. Un rapport du département du Trésor américain indique que, sans les FSC, les exportations américaines d'équipements de transport auraient été réduites de 1 750 M$ entre 1985 et 1987. La Commission européenne a pour sa part relevé que ce régime a permis à Boeing de bénéficier d'un avantage fiscal de 282 M$ entre 1985 et 1990. Pour les experts européens, ce régime a offert à l'ensemble des multinationales concerné un avantage d'environ 2 mds $ par an.

Ces avantages ont été remis en cause par le Groupe spécial [57] et l'Organe d'appel [58]. Les exonérations d'impôts liées à ce régime donnent lieu à une contribution financière qui confère un avantage, et constituent une subvention subordonnée aux résultats à l'exportation. En 2000, le Président Bill Clinton adopte un régime de remplacement avec la législation *FSC Replacement and Extraterritorial Income Exclusion Act* (ETI). Ce régime, presque similaire à l'ancien, a également été jugé incompatible avec les Accords du GATT sur les subventions et sur l'Agriculture. Le Groupe spécial [59] et l'Organe d'appel [60] ont exigé le démantèlement du nouveau régime extraterritorial et l'abrogation de toute période de transition avec le régime FSC. En 2004, un acte de remplacement dénommé *Jobs Creation Act* (AJCA) est adopté. En réalité, il fait perdurer l'ancien dispositif ETI. C'est sur ce fondement que l'Union européenne a demandé la constitution d'un Groupe spécial. Pour le Groupe spécial et l'Organe d'appel, les États-Unis continuent de ne pas mettre en œuvre les recommandations et décisions exécutoires de l'ORD relatives au retrait des subventions illégales et à une mise en conformité avec les obligations de l'OMC [61]. Enfin, en 2006, la loi de remplacement dite *Tax Increase Prevention and Reconcilitation act* (TIPRA), n'a pas abrogé les dispositions transitoires générales prévues en rapport avec chaque régime. Par conséquent, des subventions illégales sont encore applicables pour certaines des transactions concernant les anciens régimes. C'est ce qui explique que certaines de ces mesures ont, encore une fois, fait l'objet de constatations par l'Organe d'appel dans le cadre de l'affaire « Boeing » contre « Airbus » [62]. La saga n'est donc pas terminée.

b) L'affaire Airbus contre Boeing

31 - Nous sommes ici dans des sphères financières assez importantes, puisque les États-Unis prétendent qu'Airbus a reçu plus de 15 mds $ d'aides depuis 1967, tandis que pour l'Union européenne, Boeing aurait réceptionné 23 mds $ depuis 1992. Deux plaintes croisées, européenne et américaine, ont été déposées. Concernant tout d'abord la plainte américaine contre Airbus, en 2010 le Groupe spécial a constaté que certaines mesures d'aides sont spécifiques et causent des effets défavorables pour les intérêts des États-Unis qui doivent être éliminés au plus vite. D'autres mesures constituent des subventions prohibées à l'exportation et doivent être retirées dans un délai de quatre-vingts jours. L'Organe d'appel a confirmé en partie ces constatations en 2011 [63]. Si les juges ont admis l'existence de subventions spécifiques qui causent un préjudice grave aux intérêts américains [64], ils n'ont pas confirmé l'existence de subvention à l'exportation. Concernant maintenant la plainte européenne contre Boeing, ce sont justement les mesures de fiscalité directe telles que les subventions FSC/ETI, des crédits d'impôt pour la recherche et l'expérimentation ou encore des incitations fiscales fédérales principalement accordées par les États de Washington, du Kansas et de l'Illinois qui sont visées sous la forme de réduction d'impôt, de crédit d'impôt ou encore d'exonérations. En 2011, le Groupe spécial a établi que ces mesures d'incitations fiscales constituaient des subventions spécifiques. Par conséquent, la législation FSC, et celles qui ont suivi constituent des subventions prohibées. Le 12 mars 2012, l'Organe d'appel a en plus reconnu que les versements accordés à Boeing en vertu de contrat de recherche et développement constituaient des subventions au sens de l'Accord sur les subventions. Le lien avec la fiscalité a été fait puisque cet organe a également constaté que le Groupe spécial avait fait une erreur en ne recherchant pas si les réductions d'un taux d'imposition n'avaient pas des effets sur les prix, et notamment n'avait pas complété ou amplifié les effets sur la technologie des subventions pour la recherche et le développement aéronautique en causant des pertes de ventes, un empêchement de hausses de prix, ainsi qu'une menace d'entrave et de détournement sur le marché de ce type d'avions, aéronef civil gros porteur [65]. En septembre 2012, l'UE a demandé l'autorisation d'imposer des contre-mesures dans ce domaine contre les États-Unis, parce que les États-Unis ne se sont pas conformés à l'obligation de supprimer leurs subventions illégales dans le secteur aéronautique.

Ces exemples sont intéressants à deux égards. D'une part, la lecture des rapports y relatifs montre comment les notions de « pratique dommageable » ou de « recherche et de développement » sont appliquées, et quel est leur lien avec les subventions ou les aides d'état à caractère fiscal. D'autre part, cette lecture rend compte de la difficulté à déterminer une norme de référence commune pour apprécier la notion de subvention ou d'aide d'État. Cet exercice s'avère délicat dans un contexte fiscal multilatéral, et l'impossibilité d'établir ce « standard commun » explique que les États membres de l'OMC et de l'UE continuent parfois, même après une sanction, à adopter des régimes fiscaux illégaux. Cette pratique se confirme dans le cadre des deux exemples pris ici, mais également en droit de l'UE. L'établissement d'un système de fiscalité ordinaire implique de dissocier l'exception de la règle fiscale générale. Or, le contexte multilatéral ne permet pas cette dissociation. Ces conduites étatiques rappellent sans doute simplement que ces systèmes n'ont pas été originellement conçus pour s'appliquer à la fiscalité directe, et qu'ils supposent l'application de règles générales qui ne sont pas adaptées à la matière fiscale.

Mots-Clés : *Système fiscal - Vers un système fiscal standard ?*

57. *Rapport du Groupe spécial, États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger » : WT/DS108/R, 8 oct. 1999, § 8.1 et s.*
58. *Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger » : WT/DS108/AB/R, 24 févr. 2000, § 177 et s.*
59. *Rapport du Groupe spécial, États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger » – Recours des Communautés européennes à l'article 21 :5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends : WT/DS108/RW, 20 août 2001, § 9.1 et s.*
60. *Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger » – Recours des Communautés européennes à l'article 21 :5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends : WT/DS108/AB/RW, 14 janv. 2002, § 256 et s.*
61. *Ibidem § 8.1.*
62. *Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte) : WT/DS353/AB/R, 12 mars 2012* et *Rapport du Groupe spécial, États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs gros porteurs : WT/DS353/R, 31 mars 2011.*
63. *Rapport de l'Organe d'appel, Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs gros porteurs : WT/DS316/AB/R, 18 mai 2011, § 1414.*
64. Ce préjudice est caractérisé par le détournement d'exportations d'avions de type Large Civil Aircraft (LCA) du marché européen et de certains marchés de pays tiers au profit d'Airbus, et par la perte de ventes pour Boeing d'avions de type LCA. L'UE doit donc supprimer les effets défavorables des subventions accordées à Airbus, afin que cesse ce préjudice.
65. *Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte) : WT/DS353/AB/R, 12 mars 2012, § 1350.*

338 Code de conduite, droit des aides d'État : quels résultats sur l'évolution de la fiscalité et des comportements ?

Daniel Gutmann,
professeur à l'École de droit de la Sorbonne (université Paris-1), avocat associé, CMS Bureau Francis Lefebvre

Gaël Perraud,
responsable des affaires européennes et multilatérales à la DLF

Raffaele Russo,
conseiller principal, Centre de politique et d'administration fiscales, OCDE

Patrick Suet,
secrétaire général à la Société Générale

1 - Daniel Gutmann : L'objet de cette table ronde est de confronter les regards de l'administration fiscale, de l'OCDE et des entreprises, sur les différents sujets que nous avons abordés au cours de la matinée et de l'après-midi. Il ne s'agit pas de revenir sur le débat technique, sur ce qu'est une aide d'État, sur ce que prescrit exactement le Code de conduite. L'objectif est plutôt de donner une restitution du « vécu », tant du côté de l'Administration que d'autres États que la France, et des entreprises.

2 - Gaël Perraud : Je suis responsable des affaires européennes et multilatérales à la Direction de la législation fiscale, et c'est à ce titre que je suis amené à siéger notamment en tant que délégué français au groupe « Code de conduite », ainsi qu'au forum sur les pratiques fiscales dommageables de l'OCDE. Cela étant, ce sera un propos assez personnel que je vais vous livrer, et qui n'engage pas forcément l'administration française.

Il s'agit dans le cadre de cette table ronde d'aborder les résultats obtenus par l'Union européenne via le Code de conduite. C'est du point de vue français que je me situerai pour évoquer à la fois l'impact de ces travaux, mais surtout les perspectives, puisque l'on fait à la fois le bilan des quinze ans du Code et que l'on aborde le programme de travail à venir. Il me paraît donc important de vous préciser que ces éléments seront parfois plus prospectifs que vraiment conclusifs.

3 - En premier lieu, il est important de souligner que les travaux du groupe du « Code de conduite » sont indubitablement un succès, et qu'ils peuvent être regardés comme une forme d'acquis.

4 - En second lieu, j'aimerais insister sur le contexte dans lequel il faut appréhender le Code de conduite. La fiscalité des entreprises demeure une compétence propre des États membres, et c'est aussi un instrument essentiel de leur politique économique. Toutefois, ces entreprises opèrent au sein d'un marché intérieur européen qui constitue désormais un espace économique intégré. On peut constater que l'harmonisation législative est encore assez faible en Europe. Elle progresse lentement du fait de la règle de vote à l'unanimité. Du fait de l'objectif de constitution d'un marché intérieur nous nous sommes logiquement concentrés d'abord sur l'élimination des risques de double imposition, ce que poursuivent les directives intervenant dans le champ de la fiscalité directe. Parallèlement, les libertés fondamentales prévues par le Traité – la liberté d'établissement et la liberté de circulation des capitaux – s'étendent à la fiscalité directe de manière prétorienne sous l'impact d'une jurisprudence particulièrement riche de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans un tel contexte, le maintien d'une concurrence fiscale entre ces mêmes États membres sans aucun principe de loyauté peut, et je pense que cela a déjà été dit dans la matinée, produire des effets particulièrement dommageables. Dans le même temps, on constate que l'effectivité des mesures protectrices que peuvent prendre les États membres trouve assez rapidement leurs limites. Donc, de ce point de vue, et surtout dans ce contexte d'insuffisance d'harmonisation législative, les principes et les critères du Code de conduite ont vraiment constitué un instrument utile et original pour lutter contre ce risque de concurrence fiscale déloyale entre les États membres. Original parce qu'il s'agit de coordination et que l'on reste sur une démarche volontaire des États membres. Cela permet d'avoir aussi autour de la table des États membres traditionnellement opposés à l'harmonisation et qui collaborent plutôt efficacement dans le cadre du groupe « Code de conduite » et cela facilite la recherche de solutions.

5 - En troisième lieu, j'aimerais dresser un premier bilan. Pendant ces 15 années, le groupe « Code de conduite » s'est notamment attelé à repérer, puis à faire démanteler, des régimes fiscaux préférentiels qui pouvaient être adoptés par un État membre afin d'attirer, sans réelles incidences sur son assiette fiscale, les opérateurs économiques des autres États membres, en tirant profit des libertés fondamentales. Au travers de ce processus, finalement très pragmatique, d'analyse au regard des critères adoptés par tous, puis de veille et de suivis, le groupe a permis le démantèlement de plus de 120 régimes fiscaux dommageables. En outre, cet exercice mené au cas par cas, qui s'est appuyé au fil du temps sur la règle du précédent, a fini par constituer un acquis structurant, puisqu'on constate que le nombre des régimes examinés s'est considérablement réduit. En tout état de cause, cela témoigne d'une bonne intégration de ces principes dans les processus législatifs des États membres. Lorsqu'un dispositif fiscal a été jugé dommageable, il est rare qu'un État membre adopte un régime similaire. On se situe au-delà d'un droit mou, dans le sens où cette contrainte est intégrée par les législateurs nationaux, même si ce n'est pas effectivement de l'harmonisation législative.

6 - Je souhaiterais en venir maintenant à l'avenir du Code de conduite. D'abord, au sein de l'UE, le processus de suivi engagé il y a quinze ans se poursuit avec l'examen des régimes identifiés comme potentiellement dommageables des États membres et de leurs territoires dépendants ou associés comme les îles Anglo-normandes ou Gibraltar.

Ensuite, l'un des enjeux est désormais la promotion de la lutte contre la fiscalité dommageable auprès des États tiers, et en particulier auprès de nos principaux et plus proches partenaires économiques, « proches » au sens européen, c'est-à-dire des partenaires qui sont associés étroitement à l'Union par des accords, je pense en particulier à la Suisse.

En outre, toujours dans ce cadre classique, on peut constater que le processus d'analyse par régime s'est perfectionné, et notamment qu'on attache désormais autant d'importance aux effets réels d'un régime – pour déterminer s'il est dommageable – qu'à ses caractéristiques juridiques. Je prends pour exemple le cas de Gibraltar où effectivement nous avons été conduits à mener une analyse tout à fait similaire à celle qui avait été réalisée dans le cadre des aides d'État. L'évaluation de facto des régimes identifiés comme potentiellement dommageables est à cet égard un critère d'effectivité de la lutte contre la fiscalité dommageable au sein de l'Union européenne.

Enfin, un point très important est que le groupe « Code de conduite » va s'atteler dans les prochains mois à des problématiques beaucoup plus transversales, et qui sont liées à l'hétérogénéité des systèmes fiscaux nationaux. En effet, les États, comme les entreprises d'ailleurs, sont aujourd'hui confrontés plus que jamais à une multiplicité et à une hétérogénéité des systèmes fiscaux. Celles-ci se caractérisent par la coexistence de différents niveaux d'imposition, de règles d'assiette différentes dans chaque État, de réseaux conventionnels différents, tout ceci dans un espace intégré gouverné par des libertés fondamentales. Une telle combinaison engendre, dans certains cas, d'importantes distorsions de concurrence au sein du marché intérieur. Ces dernières sont le plus souvent subies par la grande majorité des États membres, parfois organisées par certains d'entre eux, en tout cas elles créent un univers complexe où les règles peuvent jouer différemment, selon la taille des entreprises, selon leur degré d'internationalisation, selon leur choix de localisation, ou encore selon le secteur dans lequel ces entreprises opèrent, et je pense en particulier au numérique. Le problème qui se pose désormais dans ce cadre, est celui de la sous-imposition, voire de la non-imposition dans certains cas, que produit, de façon plus ou moins volontaire, la combinaison de toutes ces règles hétérogènes.

7 - C'est pourquoi dans ce contexte, fin 2008, la présidence française de l'Union avait œuvré pour qu'on élargisse les travaux du groupe du « Code de conduite », notamment pour que celui-ci intègre ces questions horizontales, et essaie d'aboutir via la coordination, à une solution sur ces sujets fiscaux à enjeux. Dans la foulée de cette Présidence, le Conseil de l'Union européenne avait par exemple validé en décembre 2010 une orientation, portant sur les bénéfices entrants, c'est-à-dire sur les transferts de bénéfices provenant d'un État tiers à destination de l'Union européenne. Elle préconisait de s'assurer qu'un profit entrant, qui n'aurait pas fait l'objet d'une imposition suffisante dans l'État tiers, soit soumis à des mesures anti-abus efficaces afin d'éviter qu'il ne puisse bénéficier d'une entrée totalement défiscalisée dans un État membre puis, le cas échéant, d'une défiscalisation totale au sein de l'UE, grâce au droit dérivé.

Cet enrichissement des travaux du Groupe du Code se poursuit désormais avec l'adoption d'un nouveau programme de travail ambitieux qui va concrètement démarrer sous Présidence irlandaise, notamment avec un sous-groupe d'experts. Deux sujets seront notamment traités. L'analyse de l'efficacité des mesures anti-abus nationales et le traitement de ces fameuses entités hybrides et asymétries de qualification, ce qui est plus connu sous le nom de *hybrids mismatches*, dont vous avez dû entendre beaucoup parler depuis ce matin.

8 - Quelles pistes peut-on identifier dans cette perspective et surtout quel est l'intérêt pour nous, États membres, de participer à ces travaux ? Ils peuvent permettre une meilleure coordination des dispositions de droit interne. Par exemple, en matière de mesures anti-abus, il a été décidé d'abord, d'établir un référentiel pour tenter de recenser les législations existantes. C'est le travail de la Commission. Surtout, à partir de cela, il conviendra d'identifier les critères qui seraient les plus pertinents pour définir de telles mesures. Cela paraît pour l'instant assez modeste, mais je pense que c'est un pas important, déjà dans le sens de l'identification du problème, et surtout cet exercice va permettre de *challenger* les législations des États membres et donc forcément notre législation française.

Il s'agit à ce stade de voir si tous les États membres ont mis en place des mesures qui permettent de répondre avec un même degré minimal d'exigence, voire d'efficacité, aux problèmes qu'elles sont supposées résoudre ; il s'agit notamment d'examiner plus en détail les dispositions dites SEC, ou sociétés étrangères contrôlées. Les premiers travaux indiquent déjà une chose assez intéressante : certains États membres ont des dispositions assez faibles, et d'autres n'ont aucune disposition de cette nature. C'est un premier élément de constat. Toujours dans ce cadre, le groupe « Code de conduite » pourrait également réfléchir à l'efficacité de mécanismes de type *switch over*. Cela consisterait pour éliminer la double imposition de passer de la traditionnelle méthode d'exonération, qu'on a dans certaines conventions, à une méthode de crédit d'impôt, d'imputation d'un impôt sur l'autre. C'est une solution qui permettrait d'assurer un niveau d'imposition minimale, mais qui doit, notamment, être analysé au regard du droit conventionnel.

Pour ce qui est maintenant des *mismatches* et *hybrids mismatches*, on a déjà un bon élément de diagnostic grâce au rapport établi par l'OCDE. C'est un second axe de travail, un axe de progrès, identifié par le groupe « Code de conduite ». Ces asymétries donc sont souvent une source de sous-imposition, voire de non-imposition dans le traitement des opérations transfrontalières. Trois types de situations ont été repérés sur lesquels des travaux vont être conduits. Premièrement, les instruments hybrides sur lesquels la réflexion va porter sur le point de savoir si les États membres devaient adapter, ou non, leurs législations nationales, et si oui, dans quel sens. Deuxièmement, ce sont ce qu'on appelle les entités hybrides. Troisièmement, ce sont les établissements stables hybrides. Là aussi des situations de non-imposition naissent de divergences d'appréciation sur l'existence même d'un établissement stable entre l'État de résidence d'une entreprise et un autre État dans lequel l'entreprise réalise des opérations.

9 - Quelles sont les pistes de solution ? Il est forcément trop tôt pour le dire, mais on peut imaginer plusieurs choses, et là je reviens aux précautions méthodologiques de départ : ce que je vais dire n'engage que moi, à ce stade. On pourrait imaginer un système, et c'est ce que la Commission imagine, de reconnaissance mutuelle dans lequel on s'alignerait sur la qualification de l'État de la source. Cela peut être une solution. On pourrait aussi préférer adopter des mesures spécifiques qui s'attacheraient à considérer non pas la qualification, mais plutôt les effets de ces asymétries : un flux non taxé ou une déduction opérée dans l'État de la source devrait par principe être taxé dans l'État du bénéficiaire. Plusieurs États membres, recensés dans le rapport de l'OCDE, ont expérimenté des mesures anti-hybrides. Je pense notamment au Danemark ou encore au Royaume-Uni. À ce stade, je dirai que le principe d'alignement sur la qualification retenue en amont peut paraître assez simple, assez logique. Pour autant, il faudra résoudre les difficultés qu'il pose, à savoir l'égalité de traitement et la bonne volonté des États à jouer le jeu. En effet, cela ne fonctionne que si tous les États membres adoptent la même solution.

L'autre souci c'est que l'alignement de la qualification sur celle pratiquée dans l'État de la source pourrait être interprété comme une perte de compétence et de souveraineté. C'est un sujet difficile à discuter entre les États membres. Cette solution entraîne une certaine lourdeur administrative. En outre, il peut aussi se heurter à de réels obstacles en droit interne. Je pense notamment au sujet de la transparence fiscale d'une entité. En France, on aurait probablement une petite difficulté à reconnaître de facto la transparence chez les autres, compte tenu de la façon dont on la traite chez nous.

10 - Cela m'amène au dernier point de mon intervention. La coordination offre un cadre intéressant, mais nécessairement limité. Et de ce point de vue-là je pense que l'on ne pourra pas faire l'économie de solutions beaucoup plus harmonisées, de manière à intégrer plus fortement notre environnement communautaire et international. Donc, les solutions passant par des mesures nationales, même coordonnées, rencontrent des limites, notamment les limites inhérentes au droit de l'Union européenne. Par exemple, concernant les mesures anti-abus nationales, il faut tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice. Du point de vue de l'Administration, cela conduit à limiter un peu leur efficacité, je pense notamment aux conséquences de l'arrêt Cadbury – Schweppes de 2006. Ces jurisprudences nous ont amenées à redessiner nos mesures anti-abus, du moins dans la façon dont elles s'appliquent entre États membres, concernant leur champ d'application, leur proportionnalité et l'Administration de la charge de la preuve. Toutefois, ce n'est pas du tout une critique à l'encontre de la Cour de justice, elle est parfaitement dans son rôle, et elle l'est d'autant plus qu'il n'y a pas d'harmonisation. C'est peut-être aussi pour cela que la Cour est aussi protectrice des libertés fondamentales : il n'y a pas de solution législative communautaire et il est logique qu'elle empêche les États de restreindre ces libertés.

On peut d'ailleurs s'interroger sur l'opportunité de légiférer à un niveau européen. Cela apporterait une plus grande sécurité juridique puisque, là en l'occurrence, on en est tous réduits à interpréter des jurisprudences qui ont été prises sur des cas d'espèce. On manque de sécurité juridique dans ce domaine. Par ailleurs, on peut quand même imaginer que confrontée à une mesure législative, la Cour y porterait un autre regard. Pas un regard radicalement différent bien entendu, mais l'on pourrait regagner un peu de marge de manœuvre, notamment sur l'efficacité des mesures vis-à-vis des États tiers. Tout ceci n'est pas virtuel. Ces débats ont déjà eu lieu sur le projet de directive ACCIS (Assiette commune consolidée de l'impôt sur les sociétés). Donc il y a un réel intérêt des États membres.

En matière de traitement des hybrides et des *mismatches*, là encore il pourrait y avoir des solutions, celles évoquées tout à l'heure. Si on les étudie, ce qui a déjà été soulevé par certains États membres, il faudra analyser le droit dérivé, notamment certaines directives – mères/filles et intérêts/redevances – et s'assurer qu'elles nous donnent le droit de les mettre en place. Cela posera alors peut-être la question de l'adaptation de ces outils.

En tout cas, vous aurez compris que le groupe « Code de conduite » est une instance atypique, une instance utile. Ce caractère atypique a été l'une des clefs de son succès dans une Europe qui a beaucoup de mal à légiférer pour les raisons que l'on a évoquées. Son programme de travail aura certainement, a déjà, un impact sur les réflexions des États membres, tant pour la définition de leur législation nationale que leur éventuelle amélioration. Mais nécessairement aussi se posera, la question de l'harmonisation législative, même s'il est encore un peu tôt pour dessiner des solutions définitives.

11 - Daniel Gutmann : On peut constater qu'il y a un intérêt fort de la France à soutenir la démarche du Code de conduite. Il est intéressant de se demander si d'autres pays que la France ont la même propension à suivre les recommandations de l'Union européenne d'un côté, et de l'OCDE de l'autre.

12 - Raffaele Russo : I think it's clear to many of you that there has been an acceleration of the OECD work in relation to aggressive tax planning. The OECD uses the term « aggressive tax planning » because it didn't want to use a term that had been defined somewhere. The OECD uses this term because it don't want to limit itself on discussion on what's legal, what's illegal. What we consider to be « aggressive tax planning » is whatever is of interest for revenues authorities. If it's not in line with the existing legislations, it will be responded to. If it is in line with the existing legislations, but the results are not acceptable from the perspective of the governments, they will have introduce changes in the tax system, at the domestic level or at the international level. In this framework, we have issued at least three reports that are worth mentioning. One is about disclosure initiatives that was published in February 2011. Another one is about hybrids, that has been mentioned by Gael Perraud. And the last one is about corporate losses.

13 - I'll start with the one about losses, because it's only slightly related to the topic of today. Basically due to the crisis MNE incurred huge losses. We found out that in some countries losses carried forward amounted up to 25 % of GDP. This is systemic. We realized that tax administration bodies have found a number of instances where the limitations on the use of losses and the trading of those losses had been circumvented. Or that their rules regarding the use of losses for tax purposes were not well designed to prevent instances that they considered to be aggressive. We issued these reports based on the cooperation of a number of revenue bodies and the reports contain a number of recommendations, from a compliance and a policy perspective. From the policy angle it's interesting to see that, certainly not only because of the report, but probably because the report was spot on, a number of countries changed their rules on the use of losses. I have a list here, which goes from Denmark, Italy, France, Portugal, Spain, Hungary, New Zealand, Australia...

14 - Then, we move to areas that stay in between aggressive tax planning and harmful tax competition : the ones of hybrids and of mismatches. We published a report on this topic in January 2012, where basically we stress that OECD member countries have been working hard for many years to avoid double taxation, because it prevents cross-border trade and investment and we want to eliminate this obstacle. There are more than 3.000 double tax treaties to avoid double taxation. We also know that sometimes they are not working as intended. We know there is room of improvements : there is in most treaties no obligation to solve disputes. At the same time we can't afford, particularly in these days of budgetary constraints in many countries, the fact that the system that we have put in place to avoid double taxation, results in double non-taxation. We are not talking about any type of double non-taxation but only about double non-taxation that is unintended. So we are not talking about the case

where there is an interest payment deducted in one country but paid to a pension fund in another country that is exempted. This is strictly speaking double non-taxation, but that's not something we are focusing on. We are focusing on instances where, because of the interaction of different tax rules, the end result is that the income disappears. Some call this « stateless incomes ». Countries are concerned about hybrid mismatches because they raise issues of competition. Actually, if you read the press, and it's starting to get to the surface also here in France, in the UK, there were a number of statements made by CEOs of mostly UK based businesses, like Dixon, like John Lewis, saying : « look we just can't compete with foreigners because they pay no taxes. So if we continue down this road, in two or three years we'll be out of business ». It is also an issue of transparency. There are many articles mentioning company X paying 5 % effective tax rate, company Y pays no corporate income taxes : it's very difficult to explain to the wider public that there are reasons for that, and that in most cases it's entirely legal. They do stress that it's entirely legal, but most people in the street don't understand how it is possible : « the shopkeeper has to pay 30/35 % taxes and the big multinational pays no taxes » they think. So there is this issue of transparency that also brings about the issue of fairness and the perception of the tax system. Because of that, the conclusion of the report is that these instances of unintended double non-taxation create concerns in a number of countries, and a number of countries actually have already taken actions.

15 - If we look at the overview of what has been done in countries, most of them adopted their own specific rules – US or Germany – but very few have taken a comprehensive approach. For example, in Italy they don't give an exemption on what it is treated as a dividend if the income is deductible in the other country, but that's the only case of double non-taxation adressed. All the other cases of unintended double non-taxation are not. The same for the US : there is an explicit rule on losses that are deducted in more than one country for tax purposes. Probably, as Gael Perraud mentioned it before, the only country that has comprehensive rules is Denmark. I think it is interesting to look at the experience of Denmark because it also tells something about the mentality and what we need to change in our approach. Denmark has comprehensive rules according to which if an item of income, which is deductible in principle in Denmark, is not included in the taxable income of the recipient, Denmark doesn't give a deduction. If you look at the parliamentary process to introduce that rule, it's clear that it was done to stop US multinationals planning through the « check the box » rules. It's written in the preparatory work. They now have a rule that says : « if an expense is deductible in Denmark but is also deductible on another country, we don't give the deduction ». They also have rules, which say : « if a company receives a payment which is in principle exempted but that payment is also deductible in the other country, we don't exempt ». So if you look at this from a distance, you would think that they have closed all the loopholes. However, when we look at what's happening there, effectively these rules are not always effective. Why ? Because very often between, let's say, there is an interposed entity, say in Luxemburg, between in the previous example the US and Denmark. So there was an interest payment from Denmark to Luxemburg. In Luxemburg, it was taxed, but only on a spread since Luxemburg also paid interests to the US. So at the end of the day, the end result was the same : deduction in Denmark, no or very low tax in Luxemburg, no income inclusion in the US, but the anti-avoidance rule didn't apply. So Denmark had to amend the rule again to say that it also applies to cases where there is an intermediate company, which is not the beneficial owner of the payment. I mention these examples, because I think we are at the stage where we need a change of mentality. This is a clear example of a structure that, even if it's in line with the letter of the law, wouldn't be in line with its spirit. That's probably something that we need to take more into account. The OECD guidelines on multinational enterprises – signed by 44 governments, and not only OECD members countries, including big non-member country like Brazil, like Russia, like India – going from environmental issues, to human rights, to competitions, and to tax, as from 2011 explicitly states that companies should respect, not only the letter, but also the spirit of the law. That is probably something that should drive our analysis in the future.

16 - The other element of the hybrids report is that very often Tax administrations are now looking at things that happened 3, 4 years ago. There is a huge time gap, between the moment the planning is done and the moment it is audited and eventually challenged. This is a problem also for business, because probably at the time the business was doing it, the perception was that it was ok. Then something changed and after a couple of years Tax administrations start challenging the structure. How do we fill that time gap ? We have seen that a number of countries have introduced disclosure initiatives. They go from one extreme obliging companies to disclose certain things, usually mass-market tax avoidance scheme. The other extreme being : « let's talk to each other, we know that your business is complex, we know that your tax issues are not the tax issues of the grocery store around the corner, and we need skills, and we need people who understand these things to be able to reach a conclusion on your issues, and let's be more transparent with each other ». In other words, we have on the one hand, mandatory disclosure initiatives, and on the other, co-operative compliance programmes. Now, we are in a period where everything is been questioned. I'm speaking in my personal capacity not binding the OECD, nor its member countries. Personally I think that this is the way to go. I think there is interest for business, for revenue authorities, for governments to be more transparent about what is possible and what is not, what is acceptable and what is not. The key word goes beyond certainty and my key word in these areas is predictability. We need to be able to predict what the tax consequences of a given operation are. Now, there are extreme cases. I can tell you about schemes that we see in our work on building these databases of aggressive structures. I think in many cases you just can't defend them, there is no way anyone will ever convince me, that this is something you can defend. At the same time, I also see sometimes very aggressive positions taken by tax administrations, which are very often not grounded on strong legal basis. My view is that we have to move away from these two extreme. Try to reduce the grey area that there is in between. I'm not saying that they will never be a grey area. But can we start discussing on the things on which we all agree, the two extremes, and then try to move towards the center ?

17 - Patrick Suet : Je ne sais pas si je m'exprime au nom de la Société Générale ou au nom de la Fédération bancaire française ou de toute autre institution. En tout état de cause, je ne suis pas très à l'aise aujourd'hui, parce que j'ai l'impression qu'on ne parle pas beaucoup des entreprises, si ce n'est pour les stigmatiser. En revanche, on parle d'autres choses. C'est-à-dire de la protection des revenus des États, qui est un objectif central que nous partageons bien évidemment. Mais j'aimerais entendre un peu plus de droit et un peu moins de morale dans un certain nombre de propos.

18 - Nous avons besoin d'un peu de sécurité pour agir. Les entreprises ne font pas de la fiscalité pour faire de la fiscalité. Elles font de la fiscalité, parce que la loi leur impose de payer des impôts, et c'est très bien, parce qu'elles bénéficient des infrastructures publiques. La fiscalité est une contrainte, cela n'est pas une opportunité. Jamais personne n'a fait son résultat grâce à la fiscalité. C'est une illusion. La deuxième observation que je voudrais faire c'est que les temps ont changé. Aujourd'hui dans les sociétés cotées, nous vivons dans un monde où la transparence est absolument totale. Lorsque j'entends qu'il y a de grandes entreprises cotées qui ont zéro de taux d'imposition, je veux bien aller voir tous les rapports, documents de référence de sociétés cotées en France, je n'en trouverai pas une.

Au contraire, les taux effectifs des sociétés en France sont extrêmement proches du taux nominal, voire supérieurs au taux nominal. Je crois donc qu'il faut quand même sortir un tout petit peu de l'illusion. La transparence est un point extrêmement important. Aujourd'hui, beaucoup de grandes entreprises ont publié des codes de conduite fiscaux, ont soumis ces codes de conduite à leur conseil d'administration, qui a donné des orientations précises sur la manière d'agir. Cela n'est pas dans une arrière-salle composée de gens qui ne parlent à personne que l'on bidouille de la fiscalité dans une comptabilité cachée. Ce n'est pas ça les grandes entreprises ! Les grandes entreprises sont des entreprises transparentes, dans lesquelles il y a des directions financières, des gens responsables, des directeurs des risques responsables.

19 - Je suis responsable de la conformité d'un grand groupe bancaire. Je suis responsable de la réputation de ce groupe bancaire, rien ne se fait en cachette. L'idée qu'on pourrait faire des montages qui n'auraient pas de rationalité économique n'a pas de sens aujourd'hui dans une grande entreprise. Tout simplement parce qu'il n'y a pas une opération structurelle aujourd'hui d'une grande banque qui ne fasse l'objet d'un comité, que l'on appelle généralement « nouveaux produits » ou « nouveaux processus », et dans lequel on analyse aussi les conséquences fiscales et les risques de réputation associés. Tout ceci est parfaitement surveillé, notamment par les auditeurs de l'entreprise. Pour les petites entreprises que vous avez décrites, j'aimerais bien qu'il y ait la même transparence en matière fiscale, le même niveau de contrôle que celui qui existe sur les grandes entreprises aujourd'hui.

20 - Pour le reste, ce qui me frappe dans ce sujet, c'est que l'on a, et c'était une bonne chose, supprimé toute une série de régimes que des États avaient mis en place à des fins incitatives. Les entreprises les avaient utilisés parce qu'ils existaient. Ils n'auraient pas existé, on ne les aurait pas utilisés. Ils ont disparu pour l'essentiel. Cela n'a pas changé la face du monde. Je peux vous dire que, franchement, si vous regardez les ratios IS sur PIB des pays de l'OCDE sur les quinze dernières années, en réalité ils varient très peu. Le seul motif pour lequel ils ont varié, c'est à cause de la crise depuis 2008. C'est bien la preuve que tout ceci ce n'est pas de l'érosion liée à de l'évasion fiscale, c'est de l'érosion liée à l'économie. C'est-à-dire que si les États ont perdu de la base fiscale en 2008, c'est justement parce qu'il y a eu des pertes, et que ces pertes il a bien fallu les déduire. Alors, pour des raisons budgétaires, les États peuvent étaler les déductions fiscales. Cela ne pose aucun problème tant que ces déductions fiscales ne sont pas perdues, parce que comptablement ça reste un actif, il n'y a pas de difficultés. Là où cela pose un problème, c'est lorsque les États décident de modifier les règles de report déficitaire, parce que dans ce cas, effectivement, ça change la réalité comptable de l'entreprise, et évidemment c'est très différent.

21 - Sur les autres sujets qui ont été évoqués, je voudrais faire deux réflexions. D'abord, j'aimerais que les États prennent leurs responsabilités. Lorsque je lis le document de l'OCDE sur les hybrides, il y a plein de solutions. La première c'est simplement que les États changent leur législation. Mais on dit que cela n'est pas possible, on passe en cinq lignes à la solution suivante. Je trouve ça, excusez-moi de le dire, choquant, car en réalité tous ces sujets qu'on a énumérés, qui sont extrêmement simples, intérêt versus dividende, redevance versus dividende, loyer versus intérêt, tous ces sujets-là sont connus de tout le monde depuis des décennies. L'OCDE ou l'Union européenne ne sont pas capables de réunir les États pour dire de s'entendre. C'est quand même la responsabilité des États et des institutions internationales. Cela n'est pas la responsabilité des entreprises. En ne changeant pas les règles, ce sont les États qui sont responsables de ces évasions, qui ne sont pas voulues. Ce ne sont pas des aides fiscales, enfin je suppose que ce ne sont pas des aides fiscales dans l'esprit des États. C'est parfaitement connu et quand on faisait autrefois des quadruples déductions en matière de financement d'avion, il y a quinze ou vingt ans, tout le monde le savait, ce n'était un secret pour personne. Monsieur Boeing ou Monsieur X et Monsieur Y, savaient parfaitement comment cela fonctionnait. C'était écrit dans tous les manuels de financement. Voilà, cela ne gênait personne. C'était simple à résoudre. Il serait bien que la volonté soit là. Je regrette quand même que l'OCDE, dont c'est le métier, ne trouve pas d'autre solution que de dire *aggressive tax planning*, plutôt que « comportement irresponsable des États », ce qui est la réalité. Les États en sont parfaitement conscients. Je crois qu'il faut aussi que les responsabilités soient clairement établies sur ces sujets-là.

Vues des entreprises, les solutions sont quand même extrêmement simples. Que demandent les entreprises ? Trois choses. La première, c'est la simplicité fiscale, car la complexité cela n'est que de l'argent dépensé. En plus, ce ne sont que des risques, notamment des risques de changements réguliers de règles. La deuxième, c'est qu'on est quand même plutôt favorables à des taux relativement bas, quitte à avoir des assiettes un peu élargies. C'est la règle qui prévaut dans un certain nombre de pays. Je rappelle qu'en France, entre 1985 et 2005, le taux de l'IS a baissé d'un tiers, le rendement de l'IS sur PIB a augmenté de près de 50 % pendant la même période. Cela signifie que quand il y a un impôt raisonnable, cela augmente le rendement. Le dernier point qui me parait extrêmement important, c'est que dans la relation entre les États et les entreprises, il est temps de sortir des discours agressifs, car je considère qu'aujourd'hui les États, les institutions internationales, ont un discours agressif à l'égard des entreprises en matière fiscale, et notamment envers les grandes entreprises. Alors que, très honnêtement, je pense que, jamais dans l'histoire, les entreprises n'ont eu un comportement fiscal aussi convenable en matière fiscale, pour les raisons que j'ai d'ailleurs évoquées, c'est qu'elles sont sous la surveillance permanente de tout une série de *stakeholders*, qui leur disent : « écoutez, soyez convenables à l'égard de l'ensemble des États où vous êtes implantés, à l'ensemble des communautés au sein desquels vous travaillez », et donc je pense qu'il faut que le dialogue change de nature.

22 - Raffaele Russo : I think that I have to admit that I agree with 95 % of what M. Suet just said. I believe that large companies are much more concerned now that they were in the past. I agree that we need to move on and start with new relationships. There are a couple of points on which we slightly disagree.

23 - Let me start with the one about the hybrids report. I would love to be able to say whatever I want to say in an OECD report, but that's not possible. The OECD reports are filtering the views of 34 member countries plus observers, so what the reports says is not what the OECD Secretariat says, it's what the OECD member countries agreed upon. What are those five lines saying ? That the mother of all solutions will be to harmonize domestic legislations. It goes by definition, if you harmonize you don't have mismatches, but that's not like a feasible option these days. I fully agree with you, that governments are responsible for the current situation, and actually I'll tell you more. I think they are fully aware of that. If you look at the brief on the project on base erosions and profit shifting that we have recently published on the OECD website, it's clear that there is recognition by governments that the problem is not the enterprises but the rules. The rules have been designed by governments, and they have to fix the problem. At the same time, I think I can give you a number of well-known examples where large companies have been involved in instances that I think are very difficult to defend.

24 - The last thing, and this is something that I am planning to do research on, the point that M. Suet made. If we look at the ratio of corporate income tax revenue over GDP over time, it has been going down. Actually it has even gone up between 2009 and 2010, showing the first signs of recovery. These are hard days, that's a fact. But the share of profits as a part of GDP in relation for example to labor

increased over time, and therefore also the corporate income tax revenues should have increased in proportion. However, this is not the case. And one may wonder why. This is something on which we need to do further work.

So, there is this perception that we do need to address, and again I'm not saying that the problem is because MNE have engaged in aggressive tax planning. The problem is because the rules allow them to do so. If you have CFC legislations, which exempt financing income, which is probably a contradiction in terms, you have rules that make income disappear, you can't complain that companies are using that feature of the system to pay less taxes. But I think that we need to ask ourselves whether these rules are reaching objective they're meant to reach.

25 - Gaël Perraud : Je ne pense pas que ce soit un sujet « États » contre « entreprises ». La fiscalité dommageable, c'est avant tout une question de concurrence entre les États, c'est très clair. Sont-ils responsables, irresponsables, je vous laisse la paternité de ces propos. Les solutions sont-elles simples ? Hélas non. Effectivement, tout ceci est connu. Il y a des options possibles. J'en ai évoqué quelques-unes et certains États, notamment le Danemark, tentent de mettre en œuvre des solutions nationales. Mais justement ce n'est pas simple, en tout cas pas pour nous pays européens. Le jour où les États-Unis auront envie de frapper, ils pourront le faire, parce qu'ils peuvent pratiquer l'unilatéralisme plus facilement que nous. Nous devons prendre en compte la dimension communautaire. Ne nous trompons pas, la constitution du Marché intérieur a été une véritable chance pour la France, en particulier au plan économique, comme pour les autres États membres. Cela étant, nous sommes confrontés au jeu des libertés communautaires, à l'absence d'harmonisation, à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, que nous devons prendre en compte. Il est probable qu'il faille aussi analyser ce qui a été mis en place dans d'autres États membres à l'aune du droit dérivé et des principes issus des traités. Le sujet n'est pas si simple, et d'ailleurs Raffaele Russo le disait, lorsqu'il évoquait les mesures mises en place par le Danemark. Au sein de l'Union européenne, a été créé un espace sans frontière, comme une sorte d'appartement collectif où il n'y aurait plus de clefs sur les portes ; il est donc important que toutes les issues extérieures soient également sécurisées. On peut avoir les meilleurs verrous nationaux possibles, il y aura forcément un point de sortie. D'où la nécessité d'essayer de se coordonner avec la difficulté que j'indiquais. Si un seul État membre se comporte en passager clandestin, la coordination ne fonctionne pas. Ce qui ramène à l'harmonisation législative, avec les difficultés que l'on connaît compte tenu des règles de vote actuelles.

26 - Daniel Gutmann : Ce qui me frappe, dans les différents propos qui ont été tenus, c'est le fait qu'on est en face de nouvelles formes de concurrence fiscale déloyale, ou de concurrence fiscale tout court. La forme traditionnelle contre laquelle on voulait lutter, c'était le cas ou un État décidait unilatéralement d'adopter, dans son droit interne, des dispositifs d'exonération, d'attraction de capitaux étrangers. À cette fin, il séparait le régime des résidents de celui des non-résidents, il n'était pas transparent sur ses techniques, bref il faisait tout ce qui est proscrit par le Code de conduite. Tout ceci existe encore, mais les échanges qui ont précédé démontrent qu'il existe aujourd'hui des techniques de lutte contre ces procédés qui sont relativement efficaces.

Mais il existe des formes nouvelles de concurrence fiscale. L'une d'entre elles consiste à ne plus imposer personne. On l'a vu dans l'affaire *Gibraltar*, qui a montré que cela n'est pas acceptable dans l'Union européenne. Une autre forme de concurrence fiscale déloyale consiste pour un État dans le fait de ne pas lutter contre les abus ou les montages optimisants. C'est le cas, par exemple, des États qui n'ont pas de règles CFC. Il est difficile de lutter contre ce comportement, parce qu'on ne peut pas reprocher à un État de ne pas lutter contre l'abus. Trouver un ancrage juridique sur lequel s'appuyer, pour contester la législation de cet État ou pour le faire condamner, est un vrai défi à l'entendement. Enfin, la dernière forme de concurrence fiscale déloyale ne provient pas de l'action unilatérale d'un État, mais de la conjugaison, plus ou moins intentionnelle, des systèmes fiscaux, parfaitement normaux par ailleurs, de deux ou plusieurs États.

Il est clair que ces nouvelles formes d'évasion sont très difficiles à appréhender, puisque par hypothèse aucun État n'est fautif. C'est la version inversée de la jurisprudence de la Cour de justice. De même qu'il existe des cas de double imposition qui ne sont dus à la faute de personne, il existe des cas de double non-imposition qui ne sont imputables à personne. Que peut-on faire pour lutter contre cela, sans stigmatiser un État en particulier ? Une première approche, préconisée par l'OCDE, consiste pour chaque État, unilatéralement, à prendre le taureau par les cornes et à suivre l'exemple danois. J'entends bien, comme le relevait Raffaele Russo, que cela ne marche pas très bien au Danemark, mais il faut bien reconnaître que la démarche est assez saine, du point de vue de l'intérêt général. Sans doute faut-il construire une règle très subtile. Peut-être faut-il adopter, plutôt qu'une règle générale, une multitude de règles spécifiques anti-abus.

27 - Patrick Suet : Prenons un exemple. Une entreprise française achète une entreprise allemande. Elle doit financer cette acquisition. Elle peut la financer à partir de la France, déduire en France. Elle peut la financer en Allemagne, déduire en Allemagne. Puis, il y a une magie dans les sociétés transparentes allemandes qui fait que l'on peut déduire en réalité deux fois. La réalité économique est là. J'ai acheté une entreprise en Allemagne. Cela m'a permis de financer l'acquisition. L'intérêt général est gagnant. J'ai amélioré la rentabilité d'une entreprise française grâce à ce dispositif. Ce n'est pas un mauvais choix de la part du gouvernement. Pourquoi ce serait un mauvais choix d'améliorer la rentabilité d'une entreprise française ?

28 - Daniel Gutmann : Mais à ce moment-là on pourrait aussi dire que le fait de verser des pots-de-vin aux agents publics étrangers est favorable à la conquête des marchés par la France, de sorte qu'autoriser la déduction serait une mesure de salut public.

29 - Patrick Suet : Je suis dans la légalité. La corruption est interdite, ça n'a aucun rapport.

30 - Daniel Gutmann : Ce n'est certes pas la même chose, mais cela a un rapport.

31 - Patrick Suet : Non, cela n'a aucun rapport. Je suis dans la légalité parfaite. J'ai un système de financement. Je ne dis pas que je trouve cela normal. J'ai expliqué tout à l'heure que cela fait des décennies qu'on connaît, qu'on sait que le crédit-bail permet de déduire dans deux pays différents. Je trouve bizarre que cela n'ait pas été résolu. Donc sur le fond je n'ai pas de difficultés, cela dit je peux comprendre, ayant été moi-même dans la position de l'agent public il y a très longtemps, qu'on ne prenne pas la décision au nom de l'intérêt économique du pays. Parce qu'économiquement cela n'est pas si absurde d'avoir ce type de règle, vue d'un État.

32 - Daniel Gutmann : Pour répondre sur ce point sous un autre angle, nous sommes dans une situation où une charge est déduite deux fois. Si l'on se place sur un terrain d'ordre théorique, on peut admettre qu'à partir du moment où une charge n'est supportée qu'une fois, elle ne doit être déduite qu'une fois. Cela me paraît un principe simple. La question est la suivante : quel est l'État qui doit prendre en charge ou prendre en considération la déduction de cette charge ? C'est sans doute là qu'il faut changer de modèle de pensée. Nous vivons dans un système qui postule que l'entreprise assumant juridiquement une charge a le droit de la déduire et que l'État où cette entreprise est implantée doit supporter cette déduction. Nous vivons donc dans une relation bijective : une charge, une entreprise qui la supporte juridiquement, un État. Or, c'est ce modèle qui est en cause aujourd'hui. Dans certains cas, une entreprise peut juridiquement supporter une charge qu'économiquement elle ne supporte pas réel-

lement, notamment au sein des groupes. Il en résulte qu'un État peut payer le coût budgétaire d'une allocation de déficit à un acteur qui ne le supporte pas économiquement. Pour lutter contre la concurrence fiscale, il faut donc repenser le principe de territorialité de l'impôt en tant qu'il s'applique, non seulement aux profits, mais aussi aux déficits.

Ce type de travail est aujourd'hui engagé avec le projet sur l'ACCIS. Ce qui est intéressant dans ce projet, c'est qu'on rompt totalement la connexion traditionnelle : un État, un profit ou un déficit, et une entreprise qui assume juridiquement ce profit ou ces déficits. On a un système de partage qui repose sur la ventilation des facteurs de production entre entreprises et entre États. Est-ce que cela peut vraiment marcher en pratique ? Il est difficile d'être très affirmatif. Mais c'est une voie de réflexion qui mérite d'être approfondie.

33 - Gaël Perraud : On déborde un peu du Code de conduite, mais en même temps c'est intéressant. Sur la territorialité, c'est un vrai problème et pas seulement concernant les pertes. Il faut aussi savoir où sont réalisés les bénéfices. Dans l'ACCIS, il y a cette réflexion et même si on ne sait pas quel sera le sort de ce projet, tout ce sur quoi on aura discuté et qui est assez novateur pourra être utilisé dans un autre cadre. Néanmoins on ne modifie pas complètement la territorialité de l'assiette. On consolide l'assiette et on répartit le produit consolidé en fonction de tel ou tel facteur. Nous sommes donc restés sur la même logique de territorialité, à savoir qu'il faut une présence physique dans les États membres qui ont droit à une part de l'assiette. La problématique à laquelle on est confronté aujourd'hui, et c'est l'un des vrais défis auxquels est confrontée l'OCDE, est de savoir comment taxer un profit réalisé, c'est le cas de l'économie numérique par exemple, sans quasiment aucune présence physique sur un marché, c'est-à-dire depuis un autre État. Comment arriver à rattacher du profit alors qu'il n'y a pas d'établissement stable ? C'est toute la notion d'établissement stable qu'il sera intéressant de revisiter dans le cadre des travaux de l'OCDE.

34 - Patrick Suet : Quelqu'un a dit au début, la fiscalité des sociétés est une compétence nationale et est un élément de politique économique. Il ne faut pas oublier cela. C'est-à-dire que les règles de territorialité, notamment, sont en réalité des règles de politique économique. Les choix qui ont été faits en France en 1965 sur ce sujet n'ont pas été faits par hasard. Ils ont été faits parce qu'on a voulu favoriser le développement international des entreprises françaises. On a exonéré les dividendes rentrants, parce qu'on voulait favoriser le rapatriement des capitaux et les profits générés à l'étranger par ce développement. Je pourrais prendre quinze autres exemples, mais nous n'avons pas le temps. Tout ceci n'est qu'un choix de politique économique avant d'être un choix de politique fiscale. Il ne faut pas l'oublier : la fiscalité ce n'est pas seulement une technique neutre, c'est d'abord un instrument de politique économique.

35 - Raffaele Russo : Je voudrais revenir un instant sur l'exemple de l'acquisition de la société allemande par la société française. La question était une question de politique fiscale, et votre réponse est la mauvaise façon d'aborder ce sujet. Vous dites que c'est légal. Oui, mais je pourrais prendre plusieurs exemples de choses qui étaient légales, mais qui ne sont pas bien. Par exemple, il y plusieurs années, lorsque vous alliez au restaurant avec des enfants, quelqu'un pouvait fumer cinquante-cinq cigarettes. C'était légal, mais ce n'était pas bien. Dans votre exemple, je vais vous choquer, je pense que d'un point de vue de politique fiscale, l'intérêt ne devrait être déductible nulle part, ni en Allemagne, ni en France. En Allemagne, qu'est-ce qu'on fait aujourd'hui ? On fait des dettes *push down* et on utilise la consolidation fiscale. Néanmoins, la dépense n'est pas corrélée au profit de la société qu'on achète. En France, cette corrélation existe, car la dépense exposée par la société française l'est pour acheter les actions. Toutefois, les actions génèrent des dividendes exonérés. Si l'on opère une symétrie entre le traitement des revenus et de la dépense qui les a générés, la dépense n'est pas déductible. Légalement, vous avez le droit aujourd'hui de la déduire en France et en Allemagne. Cela ne nous empêche pas de nous demander si ceci est une bonne chose. Vous répondez oui, car ceci augmente la rentabilité de votre investissement à l'étranger. Mais si c'était de l'autre côté, une cible française qu'une société française voudrait acquérir, mais qu'une société allemande peut payer plus cher, car elle paie moins d'impôts, trouveriez-vous toujours qu'il s'agit d'une bonne chose ? Je pense que c'est ce type de discussion qu'il faut avoir aujourd'hui et qu'il faut essayer de trouver des solutions communes.

Mots-Clés : *Code de conduite - Résultats sur l'évolution de la fiscalité et des comportements*

339 Conclusion

Philippe Durand,
avocat associé, Landwell & Associés,
président du Groupement français de l'IFA

1 - Il est difficile de faire la synthèse de cette journée car beaucoup de sujets auront finalement été abordés. Je vais néanmoins m'essayer à cet exercice, tout en précisant qu'il s'agit de ma perception des échanges auxquels vous avez assisté ou participé. J'irai même un peu au-delà de ce qui s'est dit en exprimant ce qui me semble être certains non-dits ou en évoquant des difficultés techniques sur lesquelles nos intervenants ne se sont pas appesantis.

La matinée a été consacrée à la mise en perspective des travaux de l'Union européenne et de l'OCDE : d'où vient-on ? Où en est-on ? Où va-t-on ou souhaite-t-on aller ?

Les travaux ont commencé dans les années quatre-vingt-dix sous la bannière de la lutte contre la « concurrence fiscale dommageable ». Dans l'Union européenne, il s'agissait d'accompagner la mise en place du marché intérieur d'un minimum de règles fiscales jugé nécessaire pour éviter des distorsions excessives. Il fallait en outre y parvenir sans passer par une harmonisation fiscale rendue hors de portée par la règle de l'unanimité et non souhaitée par la plupart des États membres.

Le débat s'est ensuite étendu vers l'OCDE, pour répondre aux critiques d'États membres de l'Union qui arguaient du fait que la mise en place de ce minimum de règles fiscales risquait de faire la fortune d'États tiers, géographiquement proches. Ce débat a notamment pris de l'ampleur à l'occasion des discussions sur la fiscalité de l'épargne.

On peut dire que certains États ont eu, dans leur démarche, un comportement dont on ne saurait dire s'il relève de l'angélisme ou de la schizophrénie. D'un côté, ils ne souhaitaient pas renoncer à leur souveraineté fiscale et s'opposaient à une harmonisation jugée non nécessaire ou tout simplement inaccessible ; de l'autre, ils entendaient se prémunir contre une concurrence fiscale qui, pour certains d'entre eux, se caractérisait par toute forme de fiscalité plus attractive que la leur.

À cet égard, on peut relever la proximité de dates entre les directives mères-filles et intérêts/redevances et le début du débat sur la concurrence dommageable. Autrement dit, c'est en même temps qu'on se mettait d'accord pour supprimer les retenues à la source, pourtant l'une des barrières les plus efficaces contre un certain nombre d'optimisations fiscales transfrontalières, qu'on a commencé à se préoccuper de ces dernières.

Ce constat ne se limite d'ailleurs pas à l'Union européenne. Au-delà de ce cadre, les États membres de l'OCDE n'ont jamais envisagé de renoncer à leurs efforts pour réduire ou éliminer les retenues à la source à travers les conventions fiscales bilatérales, notamment entre entreprises liées, alors même que ce sont précisément les relations entre ces entreprises qui font l'objet de soupçons croissants et que s'intensifient les travaux sur les prix de transfert.

Ces deux attitudes ne sont pas nécessairement contradictoires. Leur compatibilité repose toutefois sur la conviction que la libéralisation des échanges doit continuer à prévaloir mais qu'il convient de parvenir à mieux identifier et combattre les abus. Mais on se demande parfois si l'ambiguïté de ce discours relève de l'angélisme ou de l'autosuggestion.

Face à ces attentes, la Commission européenne comme l'OCDE ont cherché à utiliser les aspirations des États membres intéressés pour promouvoir un certain rapprochement des législations fiscales qui était refusé en tant que tel. L'exercice était cependant délicat car ces aspirations n'étaient bien sûr pas partagées par ceux des États qui ont assis leur prospérité sur cette concurrence fiscale. Au-delà de cette difficulté d'ordre « diplomatique », l'exercice n'était pas exempt de risques de contradiction et de difficultés pour la Commission européenne notamment :

– risques de contradiction si on ne parvenait pas à concilier la lutte contre la « concurrence fiscale » avec les grandes libertés que sont la liberté d'établissement et la libre circulation des mouvements de capitaux ;

– difficultés, notamment sur le plan institutionnel, car il fallait trouver le moyen de contourner la règle de l'unanimité, normalement requise pour les sujets fiscaux mais inaccessible dès lors qu'il s'agissait de mettre en cause des dispositifs nationaux.

On perçoit aussi la difficulté politique, pour la Commission comme pour l'OCDE, lesquelles cherchent à s'affirmer sur des sujets qui peuvent entrer en conflit avec les principes et les objectifs qui ont fondé leur existence et leur action depuis un demi-siècle, tandis que certains États membres, et non des moindres, cherchent à les instrumentaliser au profit d'objectifs nationaux : comment utiliser cette opportunité pour avancer sans renier ses principes fondateurs ?

On peut identifier deux phases dans ce processus.

La première a été initiée au début des années quatre-vingt-dix et a commencé à s'essouffler au début des années deux mille. Elle tendait à mettre un terme à des régimes fiscaux entrant dans le champ d'une « concurrence fiscale dommageable » qui mettaient en cause les États eux-mêmes davantage que les contribuables.

Avec le recul, les intervenants semblent suggérer que ce n'a finalement pas été un exercice trop difficile. Il a certes nécessité un important travail de définition et de recensement des régimes concernés et

de négociation tendant à leur démantèlement mais les enjeux pour les États concernés étaient finalement limités, ce qui a permis l'acceptation des concessions nécessaires, souvent réciproques.

Par ailleurs, ce travail pouvait s'insérer dans le prolongement de l'action de l'Union européenne, mais aussi de l'OCDE ou de l'OMC en matière de concurrence. C'était même là, pour l'Union européenne, le moyen de disposer d'un cadre juridique, celui des aides d'État, susceptible de faciliter le contournement de la règle de l'unanimité.

Nous avons vu, en début d'après-midi, qu'il s'agit d'une approche qui a des limites : la problématique n'est pas identique puisqu'il ne s'agit pas tant de mesures destinées à désavantager certaines entreprises, plutôt celles d'autres États membres, que d'attirer ces mêmes entreprises étrangères : si pénalisation il y a, la concurrence fiscale dommageable fonctionne généralement à rebours des aides d'État en ce qu'elle s'exerce plutôt au détriment des entreprises nationales.

Il n'en demeure pas moins que l'arsenal en matière d'aides d'État constitue un des rares outils juridiques, pour ne pas dire le seul, qui permette d'exercer une action contraignante en matière de concurrence fiscale.

La seconde phase qui commence au milieu des années deux mille répond à une préoccupation plus large d'érosion de la base fiscale des États. Elle a cependant commencé avant la crise de la dette dans la mesure où cette érosion est aussi la conséquence de deux autres phénomènes :

– les délocalisations d'activités qui sont bien plus importantes pour les économies des États concernés que les transferts de quelques flux financiers ou de quelques centres de décision qui caractérisaient la période précédente : les grandes entreprises ont remplacé l'épargne des particuliers dans la hiérarchie des préoccupations ;

– les solutions mises en place par certains États pour éviter d'être mis en cause au titre de la concurrence fiscale dommageable du fait de quelques mesures limitées ; ces solutions ont consisté à adopter des dispositifs plus globaux comme une baisse générale et significative de l'impôt sur les sociétés donc, de ce fait, peu attaquables sur le terrain de la discrimination positive ; il peut également s'agir de dispositifs ciblant certains actifs ou certaines charges, par exemple la recherche ou les charges financières, mais non sélectifs quant à leurs bénéficiaires, donc non critiquables sur le terrain des aides d'État.

2 - Face à ces évolutions, les concepts et les méthodes du Code de conduite ne sont plus adaptés. La préoccupation mise en avant n'est plus tant la distorsion de concurrence que l'érosion de la base imposable. Les cibles deviennent notamment les schémas susceptibles de créer des situations de double exonération et, plus largement, toutes les formes d'optimisation fiscale ou d' « *agressive tax planning* ».

La réflexion des organisations internationales, Union européenne ou OCDE, se porte ainsi vers deux catégories d'outils : soit des mesures anti-abus générales, de type abus de droit, soit des dispositifs plus ciblés, notamment à l'encontre des structures ou des produits hybrides qui exploitent les différences d'analyses entre État de la source et État de résidence.

L'enjeu politique est également très différent puisque cette démarche conduit à mettre en cause non plus tant les États eux-mêmes que les contribuables consommateurs de ces optimisations. Cela a certes l'avantage de permettre d'alimenter un discours contre l'évasion des grandes entreprises dont les opinions publiques sont friandes. Cela crée en revanche un mécontentement des entreprises ou des professionnels concernés qui contestent cette mise en accusation, faisant valoir que les premiers responsables sont les États eux-mêmes puisque ces failles sont connues et identifiées depuis des années : le débat de cet après-midi a illustré cette tension.

S'agissant de l'alternative entre mesures anti-abus générales et dispositifs ciblés, l'opinion exprimée ce matin par les entreprises est plutôt hostile aux premières au motif principal qu'elles reposent souvent sur un élément intentionnel et donc subjectif. Monsieur Kermode n'a pas voulu exclure de tels dispositifs, sans pour autant renoncer aux dispositifs ciblés, lesquels semblent également avoir la préférence de Monsieur Saint-Amans. Cela étant, tous deux reconnaissent que ces derniers sont souvent complexes, d'autant que les contribuables s'adaptent, obligeant à des modifications régulières des normes fiscales.

Le sujet de la responsabilité respective des États et des contribuables est sans doute une question sans solution. Cela étant, il me semble appeler deux remarques.

La première est que la seule arme dont disposent les organisations internationales pour faire avancer les choses sur ce terrain est le « droit mou », lequel ne contraint effectivement que ceux qui y adhèrent sincèrement – car les pratiques nationales sont souvent très disparates. Le risque ne peut être négligé que les plus zélés soutiens de ces mesures ne paient ce zèle d'une érosion supplémentaire d'une base fiscale qu'ils cherchaient à enrayer, sauf à porter atteinte à la liberté d'établissement ou à la libre circulation des mouvements de capitaux au-delà de ce qui est juridiquement présentable.

La seconde remarque, d'ordre strictement juridique, est que des accords internationaux sur de tels sujets ne dispensent pas des États dualistes comme la France d'adopter des mesures nationales permettant d'intégrer ces dispositifs dans le droit interne et d'en préciser les modalités. À défaut, le principe de subsidiarité cher au Conseil d'État s'opposerait à leur mise en œuvre. Mais une fois réalisée cette transposition, ces mesures doivent être appliquées, sans considération de la pratique des autres États.

Si on rapproche ces deux remarques, il est permis, à ce stade, de demeurer sceptique sur les chances que de telles propositions permettent d'atteindre les objectifs qui leur sont assignés, à moins qu'elles ne s'accompagnent de mesures unilatérales de la part des grands pays, mesures destinées à créer un rapport de force vis-à-vis de certains opérateurs et/ou de certains États. Dans une telle perspective, ce « nouveau code de conduite » a-t-il vocation à être un outil de lutte effective contre la concurrence fiscale ou simplement une façon de légitimer des mesures unilatérales adoptées par certains États ?

Au regard du droit de l'Union enfin, il semble inévitable que de telles évolutions heurtent de plus en plus frontalement les grandes libertés d'établissement et de circulation des capitaux dans l'acception qui leur a été conférée par la Commission et par la Cour. Ce heurt pourra-t-il être assumé à droit constant ou ne pourra-t-il être surmonté qu'au prix d'une révision des Traités ? Cette seconde hypothèse ramènerait à la question institutionnelle que certains cherchent à éviter.

Autrement formulée, la question consiste à savoir si le Code de conduite est en train de connaître un second âge ou si, en chargeant trop la barque, on est en train de le faire couler.

Mots-Clés : *Colloques - Les 15 ans du Code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises : état des lieux et perspectives - Conclusion*