



Droit fiscal n° 9, 1er Mars 2012, 161

Droit de l'Union européenne : chronique de l'année 2011

Etude par Emmanuel Raingeard de la Blétière
maître de conférences Université Rennes 1
membre du CDA-PR
avocat conseil, Landwell & Associés (PwC)

Sommaire

L'année 2011 n'a pas été marquée par les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de libertés fondamentales, à l'exception de l'arrêt *National Grid Indus BV* auquel nous consacrerons nos développements en la matière (1). La Commission européenne, moins active dans le cadre des recours en manquement, a été force de proposition de mesures législatives et de coordination (2). Une tendance de plus en plus appuyée est celle de l'engagement de l'Union européenne contre la double non-imposition (3).

1. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : l'arrêt *National Grid Indus BV*

1. - L'arrêt *National Grid Indus BV*^{Note 1}, rendu par la Grande Chambre de la Cour de justice de l'Union européenne, revêt une importance particulière. Après en avoir dégagé les grands principes (A) nous nous interrogerons sur sa portée (B).

A. - Analyse de l'arrêt *National Grid Indus BV*

2. - Nous suivrons ici la démarche de la Cour qui après avoir analysé la législation et les faits, établit la restriction (1°) puis vérifie qu'elle est susceptible d'être justifiée par un motif impérieux d'intérêt général (2°) pour terminer par une étude détaillée de la proportionnalité de la restriction à cet objectif (3°).

1° Sur la restriction subie par *National Grid Indus BV*

3. - Nous mettrons la solution dégagée par la Cour (a) en perspective avec sa jurisprudence antérieure et la position de la Commission (b).

a) Solution

4. - La société National Grid Indus BV a transféré en décembre 2000 son siège de direction effective des Pays-Bas vers le Royaume-Uni. Elle détenait une créance en livres sterling qui, au moment du transfert, était porteuse d'un gain de change latent.

L'Administration fiscale néerlandaise considéra que ce transfert constituait un fait générateur de l'impôt le rendant exigible et recouvrable, ce que le contribuable contesta sur le fondement de la liberté d'établissement.

5. - La Cour commence par confirmer qu'une société constituée selon le droit d'un État membre (ci-après, l'État d'origine) qui transfère son siège de direction effective dans un autre État membre (ci-après, l'État d'accueil) peut se prévaloir de la liberté d'établissement.

6. - Elle constate que :

o le transfert de siège d'une société de droit néerlandais dans un autre État membre entraîne l'imposition immédiate d'une plus-value latente, *i.e.* non réalisée ;

o le transfert de siège à l'intérieur du territoire néerlandais ne donne pas lieu à une telle imposition.

Elle en conclut qu'il existe une différence de traitement de nature « à décourager » les entreprises de transférer leur siège qui ne se justifie pas par une différence de situation objective. Cette différence de traitement génère un désavantage de trésorerie et constitue donc une restriction à la liberté d'établissement.

L'analyse de la Cour est conforme à sa jurisprudence antérieure en matière de personnes physiques et à l'analyse de la Commission.

b) Mise en perspective

7. - Dans l'arrêt *Lasteyrie du Saillant*^{Note 2}, elle avait jugé que l'« *exit tax* »^{Note 3} française^{Note 4} était constitutive d'une restriction en ce qu'un contribuable souhaitant transférer son domicile hors de France « devient redevable, du seul fait d'un tel transfert, d'un impôt sur un revenu qui n'est pas encore réalisé et dont il ne dispose donc pas, alors que, s'il demeurait en France, les plus-values ne seraient imposables que lorsque et dans la mesure où elles ont été effectivement réalisées »^{Note 5}.

Dans l'arrêt *N*^{Note 6}, la Cour réitère le principe selon lequel l'*exit tax*^{Note 7} génère une restriction à la liberté d'établissement, tout comme les modalités d'application du sursis, *i.e.* la constitution des garanties et la déclaration fiscale. Elle ajoute que l'absence de prise en compte, par l'État d'origine, des moins-values réalisées ultérieurement est susceptible de revêtir un caractère restrictif.

La Commission, depuis 2008, avait initié des procédures en manquement^{Note 8} à l'encontre des États membres réticents à appliquer les principes dégagés dans sa Communication de 2006^{Note 9} relative à l'imposition des plus-values latentes dans une situation transfrontalière^{Note 10}. Transposant les apports de l'arrêt *Lasteyrie du Saillant* aux personnes morales, elle estimait l'*exit tax* incompatible avec le droit de l'UE, tout en reconnaissant aux États membres la possibilité de préserver leur droit d'imposition.

2° Justification de la restriction à la liberté d'établissement

8. - Nous mettons la solution dégagée par la Cour (a) en perspective avec sa jurisprudence antérieure (b).

a) Solution

9. - Après avoir consacré l'effet restrictif de l'imposition et du recouvrement immédiat de l'impôt sur des plus-values latentes en raison d'un transfert de siège, la Cour reconnaît la légitimité des États membres à imposer la création de valeur générée sur leur territoire. L'objectif poursuivi par la législation en cause qui vise à préserver la répartition équilibrée des pouvoirs d'imposition entre les États membres, c'est-à-dire « le droit d'un État membre d'exercer sa compétence fiscale en relation avec les activités réalisées sur son territoire »^{Note 11}, est légitime et susceptible de justifier une telle restriction.

Cette répartition trouvait son fondement dans la convention fiscale entre les Pays-Bas et le Royaume-Uni. À défaut de rattachement de cette société aux Pays-Bas, une fois son siège transféré, la convention prévoyait l'imposition exclusive des plus-values au Royaume-Uni.

Il convient de rappeler que le droit dérivé régit ce type de situation concernant le transfert de siège statutaire des sociétés européennes (SE)^{Note 12}. Bien que l'arrêt n'y fasse pas expressément référence, cet élément a peut-être été pris en compte. En effet, l'avocat général, se référant à l'article 12, § 1 de la directive, estimait que le transfert de siège d'une SE « n'entraîne pas l'imposition des plus-values latentes résultant des éléments d'actif qui restent rattachés à un établissement stable dans l'État membre de sortie et qui concourent à la formation des profits ou des pertes

pris en compte aux fins de la fiscalité »^{Note 13}. La juridiction de renvoi et les États membres en auraient tiré un argument a contrario. Admettant que la directive doit être interprétée en tenant compte du droit primaire, l'Avocat Général indique laisser la question en suspens mais retient que « les dispositions de la directive ne sont pertinentes à cet égard que pour autant qu'elles montrent que le législateur de l'Union procède à une répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres de manière à ce que les plus-values latentes générées dans l'État de sortie puissent être imposées dans ce même État »^{Note 14}.

Là encore, la solution est en conformité avec la jurisprudence antérieure de la Cour.

b) Mise en perspective

10. - Dans l'arrêt *Lasteyrie du Saillant*, la Cour n'avait admis aucune justification et avait donc écarté les objectifs de répartition équilibrée des compétences fiscales entre les États membres et la cohérence du régime fiscal. Il ne s'agit pas pour autant d'un revirement de jurisprudence. La mesure alors en cause ne poursuivait pas de tels objectifs : elle visait à prévenir les « transferts temporaires de domicile hors de France motivés exclusivement par des raisons fiscales »^{Note 15}.

Dans l'arrêt *N*, la Cour l'admet car il apparaît « au vu de la genèse de leur adoption » que ces dispositions poursuivaient cet objectif de répartition équilibrée des pouvoirs d'imposition.

Le rappel de ces solutions est l'occasion de mettre en exergue **l'importance de l'objectif de la loi dans l'analyse de la compatibilité d'une restriction**^{Note 16}. Les différences entre le raisonnement de la Cour dans ces arrêts sont liées aux objectifs, distincts, poursuivis par les législateurs^{Note 17}.

3° Sur la proportionnalité de la restriction

11. - Les développements de la Cour sur la proportionnalité de la restriction à l'objectif de répartition équilibrée des pouvoirs d'imposition appellent davantage de commentaires. La Cour scinde son étude de l'appréciation de la proportionnalité de la restriction en deux étapes : la fixation définitive de l'impôt (a) et celle de son recouvrement (b).

a) La justification de la fixation définitive de l'impôt

12. - Selon la Cour, la restriction, en ce qu'elle conduit à figer définitivement le montant de l'impôt dû sur la plus-value, est proportionnée à l'objectif poursuivi.

Elle s'écarte alors de sa jurisprudence antérieure. En effet, dans l'arrêt *N*, elle avait estimé que « seul saurait être, dans ce contexte, considéré comme proportionné au regard de l'objectif poursuivi un tel système de recouvrement de l'impôt sur le revenu des titres mobiliers, qui tient entièrement compte des moins-values susceptibles de se produire ultérieurement au transfert du domicile du contribuable concerné, **à moins que ces moins-values n'aient été déjà prises en compte dans l'État membre d'accueil** »^{Note 18}.

La Cour s'attache à justifier ce qui aurait pu être perçu comme un revirement de jurisprudence en établissant, à notre connaissance pour la première fois concernant l'application des libertés fondamentales en matière fiscale, une distinction entre les personnes physiques et les personnes morales.

13. - La justification de la distinction paraît quelque peu artificielle. Si les actifs d'une société génèrent un revenu, le patrimoine d'une personne physique (e.g. des participations) génère lui aussi un revenu imposable. Dès lors, il est difficile d'établir une distinction déterminante - sur ce fondement et dans le cadre du raisonnement poursuivi - entre ces types de contribuable.

L'argument majeur mis en avant par la Cour est que les actifs d'une société produisent un bénéfice qui sera taxé dans l'État membre d'accueil et que la détermination de ce bénéfice est impacté par leur valorisation, du fait de la prise en compte des amortissements. Il appartiendrait à l'État membre d'accueil, en vertu des principes de territorialité et de symétrie, de prendre en compte les fluctuations ultérieures.

On ne peut que constater qu'un particulier qui, comme dans les affaires précitées, détient une participation substantielle porteuse d'une plus-value latente est dans une situation quelque peu similaire. En effet, une telle participation confère au contribuable « une influence certaine sur les décisions de cette société, lui permettant d'en déterminer les activités »^{Note 19} et a vocation à générer des revenus, revenus qui seront imposables lors de leur distribution^{Note 20}.

Or, il est possible, qu'après le transfert de résidence, les produits générés par ces participations échappent à la compétence de l'État d'origine^{Note 21}. Dans cette hypothèse, les principes de territorialité et de symétrie ne devraient-ils pas, là aussi, conduire l'État membre d'accueil à prendre en compte les fluctuations ultérieures. Seuls des problèmes de divergences entre les législations fiscales des États membres peuvent aboutir à une solution différente, or ils existent aussi pour les personnes morales.

La solution est-elle liée au fait que la réévaluation des actifs est plus « courante » pour les personnes morales que pour les personnes physiques ? ou doit-on y voir l'émergence d'une nouvelle obligation en droit de l'UE ?

14. - La portée des principes de territorialité et de symétrie suscite donc une interrogation : la Cour entend-elle les ériger en principes du droit fiscal de l'Union, *i.e.* leur conférer une force obligatoire ? Cette question, qui semble devoir appeler une réponse négative, est légitime au regard de la rédaction du point 58. La Cour y estime que, en vertu de ces principes, « il appartient » à l'État membre d'accueil de prendre en compte les fluctuations de valeur « intervenues » postérieurement au transfert de siège et d'autoriser la déduction des moins-values et aussi, nous semble-t-il, des amortissements.

C'est sur ce fondement qu'elle conclut que la prise en compte des gains ou pertes de change postérieurs nuirait à la répartition équilibrée des pouvoirs d'imposition et créerait un risque de double déduction ou de double imposition. Sachant que la question à laquelle répond ici la Cour est de savoir si la non-prise en compte des moins-values ultérieures, **dans la seule mesure où l'État membre d'accueil ne le fait pas (ce qui exclut la possibilité de double prise en compte)**, est proportionnée à l'objectif de répartition équilibrée des pouvoirs d'imposition, la réponse est quelque peu troublante.

Au cas d'espèce, la disparition du risque de change - et donc le fait qu'il ne sera pas pris en compte - ne change rien : l'État d'origine peut imposer la valeur créée sur son territoire conformément au principe de territorialité. La Cour admettrait donc que son raisonnement établi au point 58 n'est pas contraignant et ceci ne paraît pouvoir être cantonné à la seule hypothèse d'espèce^{Note 22}. En effet, au point 61, après avoir souligné que l'État d'accueil tiendra compte « en principe » des plus ou moins-values réalisées depuis le transfert de siège, elle envisage la situation « éventuelle » où tel ne serait pas le cas. Elle poursuit en estimant que « compte tenu des disparités des réglementations des États membres en la matière, un tel transfert peut, selon les cas, être plus ou moins avantageux ou désavantageux pour une société sur le plan de l'imposition [...]. La liberté d'établissement ne saurait donc être comprise en ce sens qu'un État membre soit obligé d'établir ses règles fiscales en fonction de celles d'un autre État membre afin de garantir, dans toutes les situations, une imposition qui efface toute disparité découlant des réglementations fiscales nationales »^{Note 23}.

La Cour reconnaît donc qu'il peut exister des différences théoriques, sans envisager semble-t-il les divergences pratiques^{Note 24}, entre les États membres^{Note 25}. Le doute existe, mais il est difficile de conclure que les principes ici commentés créent une véritable obligation - malgré les termes « il appartient » - pour l'État membre d'accueil. On pourrait penser que la Cour part du « postulat » que les États membres appliquent le principe de territorialité « consacré par le droit fiscal international et reconnu par le droit communautaire »^{Note 26} et ce de manière « cohérente », *i.e.* en respectant la règle de symétrie entre le droit d'imposer et celui de prendre en compte les pertes.

Dans cette perspective, la Cour a d'ailleurs pu se laisser influencer par la résolution du Conseil de 2008 qui invitait, en cas de transfert d'activité économique^{Note 27} et lorsque l'État membre de sortie impose les plus-values latentes, l'État d'accueil à retenir cette valeur pour leur cession ultérieure. L'avocat général l'avait prise en compte en ces termes : « Ainsi qu'il ressort de la décision du Conseil de 8 décembre 2008, la combinaison de l'imposition de sortie et du step-up par l'État de destination constitue une possibilité courante pour garantir que les réserves latentes ne soient imposées qu'une (seule) fois »^{Note 28}.

15. - La Cour valide donc la compatibilité d'une mesure instaurant un fait générateur - restrictif de la liberté d'établissement - permettant la fixation définitive de l'impôt dû sur des plus-values latentes générées par une société sur le territoire d'un État membre. Elle analyse alors la proportionnalité du recouvrement immédiat de cet impôt qui paraît exigible^{Note 29}.

b) Le recouvrement de l'impôt

16. - Dans l'arrêt *N*, la Cour avait admis la proportionnalité de l'obligation d'établir une déclaration fiscale, mais avait estimé que celle de constituer une garantie, « même si celle-ci facilite sans doute la perception de cet impôt

auprès d'un résident étranger », était disproportionnée^{Note 30}. Elle s'était appuyée, pour ce faire, sur le droit dérivé qui permet d'atteindre l'objectif de recouvrement.

Dans l'affaire *National Grid Indus BV*, la Cour analyse la proportionnalité de la restriction consistant à admettre le recouvrement immédiat - qui entraîne des problèmes de trésorerie - en la comparant à celle d'un recouvrement différé subordonné à l'accomplissement de formalités administratives, qui implique une charge administrative potentiellement conséquente en fonction du nombre d'actifs transférés.

17. - Entre deux restrictions... il faut choisir la moindre ! Le système déclaratif pouvant engendrer une entrave plus importante que le recouvrement immédiat, et vice versa, seule une législation laissant au contribuable un véritable choix entre ces deux options serait compatible avec le droit de l'Union.

18. - La possibilité pour l'État membre d'assortir la dette d'intérêts et d'exiger la constitution de garantie retient l'attention.

À notre avis, une telle position implique nécessairement que la Cour considère que l'impôt est exigible : l'État détient une véritable créance sur le contribuable. En d'autres termes, le transfert de siège est non seulement le fait générateur de l'impôt mais aussi l'événement consacrant son exigibilité. Dès lors, il n'est pas anormal de permettre à un État membre d'assortir la créance d'intérêts et d'exiger la constitution de garantie, dans la mesure où ces modalités sont prévues en cas de paiement différé d'un impôt exigible.

Cette interprétation se fonde essentiellement sur la référence, répétée, à la « réglementation nationale applicable ».

Ainsi, concernant les intérêts, la Cour estime que serait moins attentatoire à la liberté d'établissement « une réglementation nationale offrant le choix [...] entre, d'une part, le paiement immédiat [...], et, d'autre part, le paiement différé du montant de ladite imposition, assorti, le cas échéant, d'intérêts selon la réglementation nationale applicable [...] »^{Note 31}.

La Cour semble distinguer « une » réglementation nationale, hypothétique, qui permettrait un tel choix et « la réglementation applicable », existante, concernant les modalités de paiement différé d'imposition. Si tel n'était pas le cas, il eut été inutile de faire cette seconde référence à la réglementation applicable.

Concernant la garantie, il faut tout d'abord comprendre qu'elle n'est pas de celles en cause dans l'arrêt *Lasteyrie du Saillant* - la Cour semble en effet considérer qu'elle poursuivait aussi l'objectif de prévenir l'évasion fiscale^{Note 32} - ni de celles visée dans l'arrêt *N*, l'objectif était, semble-t-il, d'« assurer le fonctionnement et l'efficacité » du régime en cause et de faciliter le recouvrement de l'impôt auprès d'un résident étranger.

Dans l'arrêt *National Grid Indus BV*, la Cour, alors que la question ne semblait pas être directement posée, traite de la problématique liée au recouvrement transfrontalier au point 78 : « la directive 2008/35 [...] [permet] de recouvrer effectivement la créance fiscale dans l'État membre d'accueil ». La garantie dont il s'agit, au point 73, ne vise donc pas la problématique du recouvrement de l'impôt auprès d'un non-résident mais celle que peut susciter le recouvrement d'une créance dont le paiement est différé, *e.g.* la faillite de l'entreprise. La Cour entend tenir compte « du risque de non-recouvrement de l'imposition, qui augmente en fonction de l'écoulement du temps »^{Note 33}, risque qui peut être pris en compte par l'État membre « dans le cadre de sa réglementation nationale applicable au paiement différé des dettes fiscales, par des mesures telles que la constitution d'une garantie bancaire »^{Note 34}.

Là encore, si la Cour avait entendu laisser la possibilité aux États membres de prévoir la garantie dans la réglementation nationale qui serait mise en oeuvre, il était inutile de se référer à la « réglementation nationale applicable ».

Nous en concluons donc que les intérêts et la garantie doivent être prévus par la législation nationale applicable aux situations de différés de paiement et non pour les seules situations de transfert de siège^{Note 35}. La Cour autorise les États membres à tirer toutes les conséquences de l'exigibilité de l'impôt, déclenché par le transfert de siège, et du choix du contribuable de demander un différé de paiement. Une interprétation différente ne ferait que réintroduire une restriction discriminatoire qui nous paraîtrait difficilement justifiable - à moins d'étendre le champ de la jurisprudence *Truck center*^{Note 36} - et en tout état de cause critiquable.

B. - Portée de l'arrêt

19. - Les principes de l'arrêt *National Grid Indus BV* ont-ils vocation à être transposés tels quels à d'autres types d'actifs en ce qui concerne le fait générateur du recouvrement (1°), aux cas de transfert d'actifs intra-entreprise (2°), aux situations extra-UE (3°) ?

1° Le fait générateur du recouvrement

20. - Dans l'arrêt *National Grid Indus BV*, le « fait générateur » du recouvrement ultérieur de l'impôt n'est pas clairement défini. En l'espèce, le fait générateur ne pose pas de difficulté (e.g. le paiement de cette créance)

La Cour évoque la « réalisation de l'actif »^{Note 37}, la cession en est un exemple et la mise au rebut, probablement, un autre (l'actif sortant du patrimoine de la société).

La Commission avait, dans sa Communication, attiré l'attention sur le cas spécifique des actifs « utilisés ou créés par des sociétés non conçues pour être vendus mais pour être consommés ou pour avoir une durée de validité limitée dans le temps (par exemple, certains actifs incorporels) ». Selon elle, les États membres utiliseraient des faits générateurs autres que la cession effective « pour garantir la bonne imposition de ce type d'actifs dans des situations internes ». Elle citait deux exemples :

- la compensation d'une dépréciation accélérée les premières années par un taux réduit les années suivantes ;
- l'imposition des flux de revenus découlant de l'exploitation d'un brevet développé en interne par la société (pas d'immobilisation des dépenses de recherche et de développement) pendant la période de protection du brevet.

Nous admettons avoir du mal à comprendre ces exemples. En effet, s'agissant de la dépréciation, qu'elle soit accélérée ou non, doit-on comprendre que dans certaines hypothèses, l'amortissement du bien, dans l'État membre d'accueil, puisse être considéré comme une « réalisation partielle » permettant à l'État d'origine d'imposer la plus-value ? S'agissant de l'imposition des flux de revenus, ceux-ci représentent le fruit de l'exploitation de l'actif et non une plus-value.

Ces idées sont séduisantes, en ce qu'elles permettraient, à la différence de taux d'imposition près, d'imposer la plus-value dans l'État d'origine au fur et à mesure de la déduction de l'amortissement - c'est-à-dire de l'avantage que retire la société de la réévaluation - ou de la perception de revenu dans l'État d'accueil^{Note 38}. Quoi qu'il en soit, est-on réellement en présence d'un fait générateur de l'imposition d'une plus-value ?

21. - La Cour sera rapidement amenée à préciser cette notion de « réalisation d'actif » puisque dans les recours en manquement pendants, la Commission avance qu'à partir du moment où ils existent en droit interne, d'autres faits générateurs « de la naissance de la dette fiscale »^{Note 39} peuvent être pris en compte par l'État membre d'origine tel qu'« un facteur selon lequel les amortissements peuvent être adaptés »^{Note 40} « ou de tout fait qui provoque un ajustement de l'amortissement »^{Note 41}.

2° Une transposition aux transferts intra-entreprise ?

22. - La Commission, dans le cadre de sa communication, transposait les principes de l'arrêt *Lasteyrie du Saillant* aux transferts intra-entreprise^{Note 42}. Toutes choses égales par ailleurs, dans une telle situation, la plus-value n'est pas réalisée, elle est bien latente, et, sauf cas spécifique, l'actif transféré échappe à la compétence fiscale de l'État membre d'origine.

Le fait que la société maintienne une présence dans cet État membre ne semble pas pouvoir, a priori, justifier une solution différente concernant la fixation définitive du montant de l'imposition. Les principes de territorialité et de symétrie s'appliquent à l'identique.

Il est vrai que les commentaires du modèle OCDE^{Note 43} prévoient qu'un État membre puisse imposer ce type de « transaction » en raison du principe de l'entité distincte et indépendante. Dès lors, on pourrait être tenté d'admettre que le transfert d'actif d'un établissement stable vers un autre devrait être considéré d'un point de vue fiscal comme une « cession d'actif » imposable. Tel ne devrait pas être le cas. Les commentaires ne devraient être pris en compte qu'en ce qu'ils reflètent la pratique internationale en matière de répartition des compétences. La question du moment du recouvrement de l'impôt est distincte. Pour l'application du droit de l'Union, l'important est qu'il s'agisse de l'imposition d'une plus-value latente qui n'aurait pas eu lieu dans une situation purement interne^{Note 44}.

23. - Si doute il y a, il porte sur la prise en compte, ou non, par la Cour des divergences théoriques des États membres qui, selon la Commission, sont importantes concernant le point de savoir si le « transfert » doit, à des fins fiscales, être

réalisé à la valeur comptable ou à la valeur de marché^{Note 45}. Ce sera probablement l'occasion, pour elle, de préciser la portée des principes de territorialité et de symétrie.

24. - Il convient de réserver le cas^{Note 46} d'un transfert d'actif du siège vers l'établissement stable^{Note 47} lorsque l'État membre de résidence applique la méthode de l'imputation (en droit interne et en droit conventionnel). En effet, dans une telle situation, l'État membre du siège continue à imposer les bénéfices de l'établissement stable étranger et est donc en mesure d'exercer sa compétence fiscale, d'une part, sur les bénéfices générés à l'étranger par l'utilisation de ces biens et, d'autre part, sur la plus-value ultérieure. Dès lors, dans une telle hypothèse, sauf à donner une importance déterminante au fait que l'État membre du siège doit octroyer un crédit d'impôt, ce qui engendre une perte de recettes fiscales - argument toujours rejeté par la Cour -, la jurisprudence *National Grid Indus BV* ne nous paraît pas applicable : l'État membre du siège ne pourrait donc pas imposer cette « cession interne ».

25. - Cette question de l'application des principes de l'arrêt *National Grid Indus BV* aux transferts intra-entreprise devrait être solutionnée rapidement puisque les affaires pendantes font état de cette restriction.

3° L'application dans des situations impliquant des pays tiers

26. - Dans sa communication, la Commission laissait entendre que le transfert de siège « pourrait impliquer des opérations qui sont couvertes par les dispositions » de la liberté de circulation des capitaux et le transfert d'actif intra-entreprise « pourrait également devoir être examiné » sous cet angle. Peut-être pas totalement convaincue, elle n'a pas fondé ses recours en manquement sur la liberté de circulation des capitaux, seule liberté du TFUE applicable aux États tiers^{Note 48}.

La question renvoie à l'articulation entre ces libertés, sujet complexe comportant un certain nombre d'incertitudes^{Note 49}.

27. - Le cas d'un transfert de siège, en application du test *in abstracto* - *i.e.* eu égard à l'objectif et l'objet même d'une telle législation qui prévoirait l'imposition des plus-values latentes lorsqu'une société quitte le territoire -, entre dans le champ matériel de la liberté d'établissement et « à supposer que la mesure nationale en cause ait [...] des effets restrictifs sur la libre circulation des capitaux, de tels effets seraient la conséquence inéluctable de l'entrave à la liberté d'établissement »^{Note 50}. À supposer qu'il soit applicable, ce que nous ne pensons pas, le test *in concreto* - c'est-à-dire prenant en compte les faits de l'espèce pour déterminer la liberté applicable - n'aboutirait à une solution différente que si l'on vérifiait la composition des actifs transférés à l'occasion de cet événement. Une telle solution ne nous paraît pas pouvoir prévaloir. Néanmoins, l'état du droit semble laisser place au doute puisque la Hoge Raad^{Note 51}, dans l'hypothèse d'un transfert du siège d'une société, vers les Antilles néerlandaises, ne détenant qu'un portefeuille d'actions d'investissement, préfère écarter la question de l'applicabilité de la liberté de circulation des capitaux et se concentrer sur la clause de sauvegarde^{Note 52} : la mesure nationale existait avant 1993^{Note 53}.

28. - Dans l'hypothèse d'un transfert d'actifs entre un siège et un établissement stable, la même solution devrait prévaloir même si elle est moins « évidente ». À notre avis, l'application du test *in abstracto* conduit à écarter l'application de la liberté de circulation des capitaux dans la mesure où l'objet de la loi est l'imposition des plus-values latentes en cas de transfert transfrontalier intra-entreprise, c'est-à-dire dans la seule hypothèse où une entreprise s'est établie dans un autre État^{Note 54}. C'est donc la liberté d'établissement qui serait avant tout affectée. Le test *in concreto*, à le supposer applicable, conduirait à la même appréciation sauf à regarder la nature des actifs transférés^{Note 55}. S'agissant d'une transaction isolée, c'est-à-dire non liée directement à l'exercice de la liberté d'établissement comme l'est le transfert de siège, on ne peut pas totalement exclure que la Cour procède à une telle analyse afin de déterminer la liberté applicable.

Dès lors, si l'on exclut l'application concurrente de la liberté d'établissement et de la liberté de circulation des capitaux, seule la première nous semble applicable à ce type de situations. Précisons aussi que, « à supposer même que »^{Note 56} la liberté de circulation des capitaux soit applicable, la mesure devrait généralement être couverte par la clause de sauvegarde de l'article 64 TFUE.

29. - L'arrêt de la Cour a donc admis la compatibilité de l'imposition des plus-values latentes dans l'hypothèse d'un transfert transfrontalier de siège. Le seul bémol concerne le moment auquel l'impôt peut être recouvré. Cet arrêt devrait conduire les juridictions nationales saisies d'une telle question à s'interroger sur ses effets pratiques : doivent-ils écarter la législation nationale en ce qui concerne l'ensemble de la procédure d'imposition ou seulement en ce qui concerne la procédure de recouvrement ? Ceci rejoint la problématique du rôle du juge national face à une incompatibilité d'une

législation nationale avec le droit de l'Union : doit-il écarter la loi ou doit-il l'interpréter à la lumière du droit de l'UE quitte à en faire une interprétation constructive^{Note 57} ?

2. L'activité de la Commission européenne

30. - L'actualité en matière de procédure en manquement n'est pas très riche (A), la Commission ayant donné la priorité à la préparation des propositions de mesures législatives et de coordination (B).

A. - Les procédures en manquement

31. - La Commission a poursuivi la remise en cause des régimes discriminatoires des États membres qui exonèrent les fonds de pensions et / ou les fonds d'investissement nationaux mais imposent^{Note 58} - par le biais de retenues à la source - les fonds de pension et / ou les fonds d'investissement non-résidents^{Note 59}. Elle a saisi la Cour à l'encontre de la France pour discrimination fiscale des fonds de pension et d'investissement étrangers^{Note 60}.

32. - Plus innovant, la Commission a adressé un avis motivé aux Pays-Bas afin qu'ils modifient leur régime d'intégration fiscale en ce qu'il ne permet pas à des sociétés soeurs néerlandaises détenues par une société mère étrangère de créer un groupe d'intégration fiscale. L'élément qui, à n'en pas douter, sera débattu est le caractère restrictif même d'une telle mesure puisque, dans une situation purement nationale, deux sociétés soeurs néerlandaises ne peuvent créer entre elles une intégration fiscale sans la société mère. La comparabilité des situations est plus difficile à établir. Cela étant, dans l'arrêt *Papillon*^{Note 61}, il n'aurait pas non plus été possible, dans une situation purement interne, de constituer une intégration fiscale en excluant une société intermédiaire. Sur le terrain de la justification, seule celle tirée de la cohérence du système fiscal nous semble pouvoir être invoquée utilement. Restera à apprécier la proportionnalité de la restriction par rapport à cet objectif et, dans cette perspective, il existe certainement des moyens moins restrictifs permettant de l'atteindre. D'ailleurs, le système de l'assiette commune consolidée d'impôt sur les sociétés en est l'illustration...

B. - La Commission force de proposition

33. - Nous distinguerons les propositions législatives (1°) des propositions de coordination (2°).

1° Les propositions législatives

34. - La Commission européenne a publié le 16 mars 2011 sa **proposition de directive sur l'Assiette commune consolidée d'impôt sur les sociétés (ACCIS)**. En quelques mots, elle vise à instaurer un corps unique de règles applicable au sein de l'Union européenne pour la détermination du résultat imposable des sociétés^{Note 62}. Elle prévoit la consolidation de l'assiette pan-UE des groupes de sociétés éligibles. Cette assiette commune consolidée est ensuite répartie entre les États membres en fonction de trois facteurs, appréhendant la situation du contribuable : les immobilisations, la main d'oeuvre et le chiffre d'affaires. Chaque État membre est alors libre d'appliquer son taux d'imposition.

Rappelons qu'un certain nombre d'États membres sont opposés à ce projet du fait soit de son caractère optionnel, soit du principe même de la consolidation des résultats, soit de la formule de répartition de l'assiette imposable. Il semble que les États membres aient, pour le moment, décidé de se focaliser sur les aspects techniques de détermination de l'assiette imposable, avant de répondre aux questions politiques. Dans l'hypothèse où un consensus n'émergerait pas, l'ACCIS pourrait soit être réduite à l'ACIS - *i.e.* des règles de détermination de l'assiette sans consolidation -, soit être adoptée dans le cadre d'une « coopération renforcée » avec ou sans règle de consolidation.

35. - Ensuite, la Commission a présenté une **proposition de directive visant à instaurer une taxe sur les transactions financières**^{Note 63}. Une consultation sur la fiscalité du secteur financier l'avait précédée pour, essentiellement, recueillir des commentaires sur les mesures proposées qui étaient, alors, une taxe sur les transactions financières (TTF) ou une taxe sur les activités financières (TAF)^{Note 64}.

36. - Enfin, suite à la consultation sur la directive intérêts et redevances^{Note 65} et au rapport sur le fonctionnement de la directive, la Commission a présenté une **proposition de directive amendant la directive intérêts et redevances**^{Note 66}. Nous retiendrons qu'elle propose un test d'assujettissement effectif à l'impôt et que le niveau de participation requis pour bénéficier de la directive serait, d'une part, ramené à 10 % et, d'autre part, apprécié directement et indirectement^{Note 67}.

2° Les propositions de coordination en matière de double imposition

37. - La consultation sur la double imposition, réalisée en 2010, a fait l'objet d'un rapport résumant les réponses reçues^{Note 68} en janvier 2011. Elle a pour le moment abouti à une communication publiée fin 2011 qui définit la double imposition, reconnaît sa compatibilité avec le droit de l'Union européenne lorsqu'elle est la conséquence de règles non discriminatoires^{Note 69} et en analyse les raisons. Elle avance les pistes de réflexion suivantes :

- « le renforcement des instruments existants » ;
- l'examen des problématiques de double imposition liées aux situations triangulaires ;
- l'évaluation de la possibilité de définir des interprétations communes de notions contenues dans les conventions fiscales, éventuellement en retenant des définitions retenues dans la législation de l'Union européenne ;
- l'amélioration des procédures de résolution des litiges concernant la double imposition au sein de l'Union.

38. - La Commission saisit l'occasion et se dit « préoccupée » par les situations de double non-imposition^{Note 70}. Notons que c'est à cette occasion qu'elle publie sa proposition de modification de la directive intérêts et redevances et sur le sujet de la condition de l'assujettissement effectif à l'impôt, l'exposé des motifs donne le ton : elle permet de combler « une lacune que pourraient exploiter les fraudeurs »^{Note 71} et vise notamment « les situations où une société ou un établissement stable acquitte l'impôt sur le revenu mais bénéficie d'un régime fiscal particulier exonérant les paiements d'intérêts ou de redevances étrangers reçus »^{Note 72}.

3. La politique de lutte contre la non-imposition et la sous-imposition : l'UE à la croisée des chemins ?

39. - La lutte contre la double non-imposition et la sous-imposition n'est pas nouvelle. Si nous avons décidé d'en traiter dans le cadre de la chronique 2011, c'est en raison des développements récents, sur les années 2010 - portées à la connaissance du public l'année suivante - et 2011.

La politique de lutte contre la double non-imposition a longtemps été l'oeuvre d'un groupe de travail, instauré par le Code de conduite, réagissant au coup par coup aux évolutions - essentiellement - législatives des États membres. La Commission européenne a joué un rôle important dans la mise en oeuvre du code en faisant usage de la législation sur les aides d'État (A). Depuis 2008, le changement est notable. Parallèlement à la poursuite de cette action, le Groupe s'intéresse au comportement des contribuables. La Commission y prend largement part, elle est aussi force de proposition et reçoit un écho favorable auprès du Conseil (B). Fin 2011, on peut ressentir, à plusieurs niveaux de l'UE, une véritable volonté de prendre de front ce problème (C).

A. - La période 1997 - 2008 : l'émergence politique et juridique du problème de la concurrence dommageable

40. - C'est en 1997 que l'Union européenne^{Note 73} s'est engagée dans la voie de la lutte contre la concurrence dommageable. Étaient alors ciblés les comportements des États membres développant des mesures fiscales visant à attirer activités et investissements (1°). La Commission avait alors pris les « politiques » au mot (2°).

1° L'adoption du Code de conduite et sa mise en oeuvre

41. - Lors du Conseil ECOFIN du 1er décembre 1997, le Conseil exprima la nécessité d'une coordination de la lutte contre la concurrence dommageable. Un instrument, le Code de conduite fut adopté sous la forme juridiquement non contraignante d'une résolution.

Ce code définit un certain nombre de critères permettant d'identifier les mesures dommageables et instaure un groupe de travail chargé de les répertorier, le but étant d'y mettre un terme (le « démantèlement ») et de prévenir leur création (le « gel »).

Il vise les mesures « ayant, ou pouvant avoir, une incidence sensible sur la localisation des activités économiques »^{Note 74}. Les mesures sont considérées comme potentiellement dommageables lorsqu'elles 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. »^{Note 75} Il s'agit, en quelque sorte, d'une présomption. La mesure fait ensuite l'objet d'une analyse prenant en compte d'autres critères tel que le fait que l'avantage soit accordé aux seuls non-résidents ou pour des transactions conclues avec des non-résidents, ou est accordé en l'absence de toute activité économique réelle ou de présence substantielle, ou encore lorsque la mesure manque de transparence, en ce compris l'application « moins rigoureuse » et non transparente de dispositions légales au niveau administratif^{Note 76}.

Afin de mettre en oeuvre ces principes, un groupe de travail (ci-après, le « groupe Code de conduite » ou « GCC ») est instauré^{Note 77}. La Commission y a sa place et est appelée à jouer un rôle important^{Note 78}.

42. - Durant la période 1998-2008, le groupe Code de conduite s'attelle essentiellement aux missions prescrites par le Conseil : l'identification, le démantèlement et le gel des mesures nationales dommageables.

Le rapport Primarolo^{Note 79} est certainement le plus connu. Il liste 66 mesures qualifiées de dommageables, qu'il s'agisse de législations ou de pratiques administratives. En 2003 et 2006, les groupes de travail sur l'élargissement publient des rapports similaires concernant les régimes des nouveaux entrants.

Si les résultats de ces groupes de travail restent peu commentés, les mesures dommageables sont effectivement démantelées^{Note 80}, que ce soit par voie d'abrogation pure et simple ou d'amendement des régimes. Parallèlement, les nouvelles législations susceptibles de présenter des caractéristiques dommageables sont analysées. Les pratiques administratives semblent néanmoins à l'écart de la mise en oeuvre du « gel », probablement du fait de la difficulté de les identifier.

2° L'incidence de la législation sur les aides d'État

43. - Le point J du Code de conduite précise qu'une « partie des mesures fiscales couvertes par le Code est susceptible de rentrer dans le champ d'application » de l'article 107 TFUE. Y figure aussi l'engagement de la Commission d'élaborer les lignes directrices de l'application des aides d'État en matière fiscale, concrétisé sous la forme d'une communication-
Note 81

L'analyse par la Commission de mesures dommageables sous l'angle des aides d'État fait partie de sa stratégie. Ainsi, à partir de 2001, la Commission a examiné, sous cet angle, 15 mesures fiscales dommageables : treize constituaient des aides d'État^{Note 82}.

Le lien établi entre les deux et l'action de la Commission donnent ainsi à l'accord politique une certaine force contraignante. La Commission a estimé que le succès du Code de conduite n'est pas étranger à l'application concomitante des règles sur les aides d'État, son action en la matière ayant constitué « dans certains cas où les États membres n'avaient pas encore envisagé le démantèlement des mesures dommageables, une incitation supplémentaire à le considérer comme le Code de conduite les y invitait »^{Note 83}.

Les deux instruments poursuivent le même objectif^{Note 84}. Il est vrai que les critères du Code de conduite s'apparentent à ceux des aides d'État même s'ils ne sont pas identiques. Dans une certaine mesure, une norme qui s'écarterait du système général d'un État membre, qui a une influence sur la localisation des entreprises au sein du Marché intérieur et qui s'adresse, par exemple, aux non-résidents est *prima facie* une mesure sélective répondant aux autres critères de l'article 107 du TFUE.

Néanmoins, **concurrence dommageable et aide d'État n'ont pas exactement le même champ**. Ceci a été affirmé dans le rapport de 2004 de la Commission et ressort d'ailleurs clairement des règles de procédure adoptées en 2008 par le GCC : « une évaluation selon les règles du Code de conduite n'est pas nécessairement la même chose qu'une décision de la Commission sur les aides d'État (et vice versa), les deux procédures sont séparées et suivent leurs propres règles et critères. Les États membres devraient donc reconnaître expressément qu'une décision de la Commission en matière d'aide d'État n'a pas d'incidence sur les conclusions d'une évaluation selon les règles du Code (et vice versa) ». Récemment, l'avocat général Niilo Jääskinen ne concluait pas à autre chose : « la concurrence institutionnelle ou fiscale dommageable entre États membres ne relève pas, à l'évidence, du mécanisme de contrôle des aides d'État instauré par le traité [...], même s'il existe des cas susceptibles de constituer tant des mesures de concurrence fiscale dommageable que des aides d'État incompatibles avec le marché commun. »^{Note 85}.

Une fois l'identification et le démantèlement des mesures réalisées, il reste le suivi de la procédure de gel. Le GCC s'interroge sur son avenir et des dissensions apparaissent sur une possible extension de son champ d'intervention.

B. - La période 2008-2011 : un tournant dans la politique de lutte contre la non-imposition et la sous-imposition

44. - Fin 2007^{Note 86}, la Commission relance le débat. Elle incite à la création d'un groupe de travail, mettant en avant « l'intérêt public de lutter contre les abus »^{Note 87}, et « de protéger les assiettes fiscales des États membres »^{Note 88} lorsque les pays tiers sont impliqués. Elle appelle à une coordination des règles anti-sous-capitalisation et « CFC », pour déterminer des instruments respectant le droit primaire. Elle attire l'attention sur les « chevauchements », *i.e.* sur les conflits de qualification qui permettent une déduction sans imposition corrélative ou une double déduction^{Note 89} et insiste sur la coopération administrative. Enfin, elle s'engage à continuer à surveiller l'application des aides d'État et à soutenir les travaux du GCC^{Note 90}.

Sans établir de lien de causalité, notons que le GCC se donne alors un nouveau souffle en s'écartant, nous semble-t-il, de sa mission originelle. D'une lutte contre la concurrence dommageable, visant le comportement des États membres, il s'engage peu à peu, et en parallèle à cette mission, dans une lutte contre le « planning fiscal dommageable ». Le programme de travail^{Note 91} outre les tâches traditionnelles de ce groupe contient d'autres objectifs dont nous retenons ici ceux intitulés « anti-abus » (a) et « pratiques administratives » (b) qui nous paraissent les plus symboliques. D'autres actions sont menées et nous donnent l'impression d'une coordination.

1° Anti-abus

45. - À l'origine, dans ce domaine, le Groupe de travail devait essayer de trouver un consensus sur une « compréhension politique commune » du droit de l'Union en la matière et en particulier sur la signification des termes « activité économique réelle » dans la jurisprudence de la Cour en matière d'anti-abus.

Cette tâche fut prise en charge par le Groupe de travail du conseil sur les questions fiscales et a eu pour résultat la résolution du Conseil de 2010^{Note 92} que nous avons eu l'occasion de commenter.

Le Conseil décida, en 2009, de la création d'un sous-groupe du GCC ayant pour mission d'examiner, afin d'établir des lignes directrices, les problématiques d'anti-abus liés aux profits entrants et sortants de l'UE et de chevauchements entre les systèmes fiscaux, en particulier le traitement des structures hybrides et des prêts participatifs^{Note 93}.

46. - Concernant les profits entrants dans l'UE, l'étude portait essentiellement sur la possibilité de rapatrier, par l'intermédiaire d'un ou plusieurs États membres, des profits provenant de pays tiers et soumis à une faible imposition. Après s'être accordé en mai 2010 sur le fait qu'il existait un problème et qu'il y avait un risque d'abus^{Note 94}, le Groupe adopta une ligne directrice. Reconnaisant que les États membres peuvent imposer ou exonérer les profits provenant des États tiers, elle prévoit que ceux appliquant un régime d'exonération devraient soit s'assurer que ces profits sont soumis à des règles anti-abus soit appliquer la méthode du crédit d'impôt d'une manière ciblée^{Note 95} pour assurer une imposition effective.

47. - Concernant les profits sortants de l'UE, le Groupe identifie un problème dans le fait que l'interposition d'une société dans un État membre ne prélevant pas de retenue à la source permet d'éviter toute retenue à la source sur les dividendes à destination des États tiers. Cependant, le Groupe conclut qu'aucune solution satisfaisante à ce problème ne pouvait être trouvée dans le cadre du GCC.

48. - Enfin, une attention particulière est portée aux prêts participatifs^{Note 96}. Sur ce point les informations sont parcelaires. Dans l'annexe du rapport de 2006, la Commission avait déjà identifié ce problème de qualification divergente qui peut conduire à une double exonération ou à une double déduction. Si cela peut être le résultat « malheureux » des différences de système sans que personne ne soit à blâmer, « dans les cas où un État membre fait la promotion active de schémas de planification basés sur ces différences ou même introduit une législation pour créer une telle différence on peut considérer qu'il ne s'agit plus d'un cas de conséquences malheureuses »^{Note 97}.

En 2008, le GCC avait entrepris l'analyse d'un tel mécanisme - le « PPL » belge - au regard des critères du Code^{Note 98}. À la lecture du rapport public du GCC de juillet 2009, nous « déduisons » que ce point a été abordé et que la partie du rapport portant la mention « DELETED » y est relative.

Le rapport du sous-groupe de travail^{Note 99} sur cette question propose des solutions simples : soit l'État membre source refuse la déduction du revenu en s'alignant sur le système fiscal de l'État membre de résidence du créancier, soit ce dernier aligne son système sur celui de l'État membre source et impose le revenu^{Note 100}.

En 2010, une ligne directrice a « vraisemblablement » été adoptée mais les parties des deux rapports y relatives portent la mention « DELETED ». En revanche, les rapports de 2011, qui y renvoient, mentionnent que le Groupe s'accorde sur le fait que les implications juridiques des différentes lignes directrices concernant les PPL doivent être analysées pour être discutées plus en détail. La Commission a été invitée à mener cette analyse...

Ce manque de transparence est probablement lié à l'opposition de certains États membres^{Note 101} qui estiment que le Groupe Code de conduite n'est pas l'organe approprié pour discuter de mesures de coordination fiscale visant à résoudre des situations de non-imposition résultant de disparités des législations fiscales.

2° Les pratiques administratives

49. - Le GCC a établi plusieurs lignes directrices relatives aux pratiques administratives (a). Nous ferons le lien entre celle sur les *rulings* transfrontaliers et l'introduction dans la nouvelle directive sur l'assistance mutuelle^{Note 102} de l'obligation d'échange d'information spontanée (b).

a) Vers une transparence volontaire ?

50. - Le GCC avait pour ambition de « revisiter » les pratiques fiscales dommageables des États membres. En effet, le Groupe dans son activité de *standstill* sur la période 1997-2008 s'était surtout concentré sur les nouveaux régimes législatifs pouvant remplir les critères du Code.

Afin d'entreprendre la revue des pratiques des États membres en leur appliquant les critères mentionnés au point B du Code de conduite, le GCC a adopté, en 2010, une ligne directrice dans laquelle les États membres étaient « invités à partager avec le Groupe leur connaissance et leur suspicion à propos des pratiques fiscales dommageables des autres États membres »^{Note 103}.

Le rapport de 2011 rend compte de l'absence de toute notification. Ce constat d'échec a conduit la Présidence à proposer de consulter la Commission afin de trouver des alternatives pour identifier ces pratiques dommageables comme, le cas échéant, une étude externe^{Note 104}.

Une seconde ligne directrice adoptant le principe de transparence^{Note 105}, prévoit que l'interprétation ou l'application d'une disposition légale à des situations spécifiques ou à des transactions d'un contribuable spécifique devrait se faire dans un cadre juridique ou administratif transparent, *i.e.* la loi ou les lignes directrices de l'Administration. Lorsqu'elle est d'application horizontale elle devrait être publiée.

b) Le cas spécifique des « *rulings* transfrontaliers »

51. - La troisième ligne directrice concerne l'échange d'information en matière de *ruling* transfrontalier. Elle prévoit que : « Si un État membre donne une interprétation ou applique une disposition légale dans une situation transfrontalière ou à un contribuable particulier (ci-après, un *ruling* transfrontalier), qui est probablement pertinent pour l'administration fiscale d'un autre État membre, l'administration fiscale du premier État membre échangera spontanément, avec cet État membre, les informations pertinentes concernant ce *ruling* transfrontalier en application de la directive sur l'assistance mutuelle afin d'assurer une imposition globale cohérente »^{Note 106}.

Elle prévoit une liste non exhaustive d'exemples de *ruling* devant être échangés. Tel est le cas lorsqu'un État membre confirme l'absence d'établissement stable d'une société résidente sur son territoire ou prend position sur des éléments de calcul de sa base imposable, ou sur le statut fiscal d'une société hybride qui est contrôlée par des résidents d'un autre État membre etc.

52. - Le rapport contenant cette ligne directrice a été diffusé... le 15 février 2011, c'est-à-dire au moment de l'adoption de la directive sur l'assistance mutuelle en matière d'échange d'information^{Note 107}.

Cette directive contient de nombreuses nouveautés, comme par exemple l'échange automatique d'information, mais c'est l'article 9, § 1 qu'il convient, ici, de mettre en exergue. Cette disposition prévoit, dans certaines circonstances, une obligation d'échange spontané d'information^{Note 108}.

Ces circonstances visent des situations pouvant donner lieu à une non-imposition mais sont, néanmoins, floues. Par exemple^{Note 109}, tel est le cas lorsque :

« a) l'autorité compétente d'un État membre a des raisons de supposer qu'il peut exister une perte d'impôt ou de taxe dans l'autre État membre ;

b) un contribuable obtient, dans un État membre, une réduction ou une exonération de taxe ou d'impôt qui devrait entraîner pour lui une augmentation de taxe ou d'impôt ou un assujettissement à une taxe ou à l'impôt dans l'autre État membre ; [...] »

On ne peut que constater que la rédaction laisse une marge d'interprétation importante de nature à retirer à cette obligation une partie de sa force contraignante. Ceci est probablement volontaire et lié au consensus nécessaire à son adoption.

Notons que la différence avec la proposition de directive est notable^{Note 110}, ce qui montre, s'il en était besoin, les progrès réalisés et le changement de mentalité dans ce domaine.

C. - L'avenir de la lutte contre la non-imposition

53. - Le programme de travail, pour 2012, du GCC confirme la tendance identifiée, à savoir lutter sur le double front du comportement des États membres et des contribuables, ce qui pourrait conduire à une extension formelle de son mandat (1°). La Commission quant à elle veut des résultats ce qui pourrait l'amener, de nouveau, à s'orienter vers une application de la législation sur les aides d'État (2°).

1° Le GCC : programme de travail pour 2012^{Note 111}

54. - En 2012, le GCC s'assurera de la mise en oeuvre des lignes directrices et en élaborera d'autres. La promotion de ces principes auprès des pays tiers est aussi à l'ordre du jour et d'ailleurs en cours depuis 2010^{Note 112}. Il prévoit de travailler sur les problèmes de *mismatches* et concernant les prêts hybrides de continuer les discussions sur les possibilités de mise en oeuvre effective de la solution identifiée.

Signe des temps, figure aussi dans ce programme un point intitulé « fonds d'investissement » qui prévoit que le GCC examinera la possibilité d'une réponse de politique fiscale et éventuellement l'édiction d'une « meilleure pratique »^{Note 113} concernant les « plannings fiscaux potentiellement dommageables mis en place par les multinationales » en usant de régimes fiscaux spéciaux pour les fonds d'investissement. L'ouverture du deuxième front est désormais assumée. D'ailleurs, dans une récente Communication, la Commission va plus loin^{Note 114}. Elle insiste sur la coordination des mesures anti-abus et estime que : « la planification fiscale au niveau des entreprises n'a cessé de gagner en complexité au cours des quinze dernières années. Au lieu de se contenter de profiter des régimes fiscaux préférentiels d'un pays, certaines entreprises pratiquent une ingénierie fiscale complexe, dans le cadre de laquelle elles s'assurent des avantages fiscaux grâce à la coïncidence imparfaite des systèmes fiscaux de deux ou plusieurs pays. Cette évolution a donné lieu à un débat sur le rôle actuel et futur du groupe "Code de conduite" (...) les travaux du groupe devraient être élargis, notamment en vue de garantir que l'absence de concordance entre les systèmes fiscaux ne conduise pas à des résultats préjudiciables aux administrations fiscales ou aux entreprises... Si des résultats ne peuvent être atteints d'ici à la fin 2012, la Commission envisagera de recourir à son droit d'initiative pour régler ces questions importantes ».

2° Les moyens d'action de la Commission

55. - Dans sa communication sur la double imposition, la Commission se dit « préoccupée » par les problématiques de double non-imposition. Elle s'apprête à lancer une consultation afin de mesurer l'ampleur du phénomène et utilisera les réponses « pour définir la réponse stratégique appropriée ».

a) Un instrument de droit souple ou une directive ?

56. - Au-delà des aspects techniques et de la question de savoir si la Commission proposera une politique de coordination ou une directive, de l'ampleur de la participation à la consultation publique dépendra, dans une certaine mesure, la réponse apportée à ce problème.

La Commission aura-t-elle le soutien de tous les États membres ?

Un début de réponse viendra de l'adoption ou non de la proposition de directive « intérêts et redevances » quant au critère d'assujettissement effectif des revenus à l'impôt.

Le cas échéant, une directive pourrait être proposée dans le cadre d'une coopération renforcée^{Note 115}, par exemple dans le cadre du Pacte pour l'Euro Plus. Ce pacte qui, on le rappelle, a été conclu en mars 2011 par 23 des 27 États membres et qui vise à renforcer la coordination des politiques économiques, prévoit une section sur la coordination des politiques fiscales appelant à un dialogue construit. Un rapport adopté le 30 novembre 2011 a identifié les points suivants de dialogue : la lutte contre les pratiques dommageables, la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale, l'échange des *best practices* et la coordination internationale^{Note 116}.

b) Le recours à la législation sur les aides d'État ?

57. - À n'en pas douter la problématique des aides d'État sous forme fiscale va connaître des développements. Lors du *European competition forum*^{Note 117}, le vice-président de la Commission, responsable pour la politique de concurrence, J. Almunia, dans un discours annonçant la réforme du contrôle des aides d'État avance qu'il veut se focaliser sur le contrôle des cas ayant un impact réel sur la concurrence dans le marché intérieur. Dans les trois exemples qui lui sont « venus à l'esprit » - c'est-à-dire probablement ses trois priorités - se trouvait celui des avantages fiscaux sélectifs...

58. - La Commission se placera-t-elle (de nouveau) sur ce terrain pour inciter les États membres à respecter les nouvelles orientations prises par le GCC ?

Bien sûr, elle pourrait faire un exemple de quelques pratiques administratives dommageables opaques, ce qui serait en ligne avec les points 21 et 22 de sa communication de 1998. D'ailleurs, la décision *Umicore* récemment publiée^{Note 118} montre que des accords avec l'Administration fiscale, ici dans le cadre d'un redressement fiscal, peuvent être portés à la connaissance de la Commission, et être analysés sous l'angle des aides d'État^{Note 119}. En tout état de cause, la publicité des *rulings* et l'accroissement de l'échange d'information rendront le système moins opaque et devraient donc conduire la Commission, les concurrents, etc., à en avoir connaissance, ce qui accroît le risque de contestations.

Au-delà de cette hypothèse peut-elle forcer les États membres à adopter des mesures anti-abus en utilisant ce moyen de coercition ?

Il est très difficile de répondre. Le point de savoir si l'absence de règle anti-abus peut, dans certaines circonstances, constituer une aide d'État est une question complexe. Notons, dans cette perspective, le récent arrêt *Paint Graphos*^{Note 120} qui pourrait être interprété, dans certaines circonstances, dans ce sens. Était en cause le régime des coopératives italiennes qui était détourné de son objectif par les contribuables. La Cour énonce les conditions dans lesquelles les avantages, dont bénéficiaient ces sociétés, pourraient être justifiés par la nature et l'économie du système. Elle ajoute, qu'il « convient de veiller au respect de l'exigence de cohérence d'un avantage donné non seulement avec les caractéristiques inhérentes au système fiscal en cause, mais aussi en ce qui concerne la mise en oeuvre de ce système. Il incombe donc à l'État membre concerné de mettre en place et de faire appliquer des procédures de contrôle et de surveillance appropriées aux fins de garantir la cohérence des mesures fiscales spécifiques instaurées [...] avec la logique et l'économie générale du système fiscal et d'éviter que des entités économiques choisissent cette forme juridique spécifique à la seule fin de bénéficier des avantages en matière d'impôts prévus pour ce type de sociétés. »^{Note 121}. Toujours dans cette perspective, l'arrêt *Commission c/ Gibraltar* ouvre la voie à la mise en cause de régimes conçus « en ajustant ou en combinant les règles fiscales de façon à ce que l'application même de celles-ci conduit à une charge fiscale différenciée pour les différentes entreprises »^{Note 122}.

Concernant les *mismatches*, reviendra-t-elle sur la solution énoncée dans sa décision sur l'« *interest box* »^{Note 123} dans laquelle elle avait écarté la qualification d'aide d'État en relevant, *inter alia*, que l'avantage découlait, dans un contexte transfrontalier, des disparités des systèmes fiscaux^{Note 124}.

59. - Le GCC a conduit à un démantèlement et à un gel des mesures dommageables. Son efficacité concernant les régimes légaux paraît indéniable comme le montre encore le démantèlement récent de plusieurs régimes, par exemple dans les îles anglo-normandes^{Note 125}. Malgré le peu de publicité qui l'entoure, le travail du GCC s'avère donc apparemment efficace. Fort de ce succès, ce Groupe commence à porter son attention sur le comportement des contribuables. Son travail trouve un écho de plus en plus important dans les publications de la Commission qui devrait s'emparer du sujet cette année. Il est difficile d'anticiper l'ampleur des actions qui seront concrètement mises en oe-

vre mais on ne peut que constater que le phénomène de non-imposition est aujourd'hui « sous surveillance négative »...

Note 1 CJUE, *gde ch.*, 29 nov. 2011, aff. C-371/10, *National Grid Indus BV* : *Dr. fisc.* 2012, n° 5, *comm.* 125, *note G. Blanluet* ; *Europe* 2012, *comm.* 25, *note L. Idot*.

Note 2 CJCE, *5e ch.*, 11 mars 2004, aff. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant du Saillant* : *Rec. CJCE*, I, p. 2409 ; *Dr. fisc.* 2004, n° 20, *comm.* 483, *note B. Boutemy et E. Meier* ; *Europe* 2004, *comm.* 137, *note L. Idot* ; *D.* 2004 p. 933, *J. Le Calvez* ; *JDI* 2005, p. 422, *M. Luby*.

Note 3 Nous usons de ce terme anglais couramment utilisé pour définir l'imposition des plus-values latentes lors du transfert, sans réalisation effective, d'un actif d'un État membre à un autre, c'est-à-dire lorsqu'un actif échappe à la juridiction fiscale d'un État pour se retrouver dans le champ de la compétence d'un autre.

Note 4 Sous l'empire de la législation applicable, le transfert de résidence, hors de France, d'une personne physique entraînant une *exit tax*, à moins que le contribuable n'obtienne un sursis de paiement. Ce dernier était subordonné aux conditions de déclaration, de désignation d'un représentant fiscal et de constitution d'une garantie propre à assurer le recouvrement de l'imposition.

Note 5 CJCE, *5e ch.*, 11 mars 2004, aff. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant du Saillant*, *préc.*, pt 46. Il est intéressant, pour la suite, de noter que la Cour analyse les modalités d'application du régime, *i.e.* d'obtention du sursis, non dans le cadre de la proportionnalité mais en tant que restriction (*V. pts 47 et 57*).

Note 6 CJCE, 7 sept. 2006, aff. C-470/04, *N c/ Inspecteur van de Belastingdienst Oost / kantoor Almelo* : *Rec. CJCE* 2006, I, p. 7409, ; *RJF* 2006, n° 1481.

Note 7 *Ibidem*, pt 35.

Note 8 Outre les nombreuses remises en cause dont nous nous sommes déjà fait l'écho en 2011 (*Comm. UE, communiqué, IP/11/78, 27 janv. 2011*), la Commission a demandé à l'Irlande de modifier sa législation relative à l'« *exit tax* » dans l'hypothèse d'un transfert du « *centre principal de gestion ou de direction* » d'une société.

Note 9 *Communication de la Commission, 19 décembre 2006, Imposition à la sortie et nécessité de coordonner les politiques fiscales des États membres* : *Doc. COM(2006) 825 final*.

Note 10 Étaient visés les transferts transfrontaliers de siège d'une société mais aussi d'actifs à l'intérieur d'une même société.

Note 11 CJCE, *1re ch.*, 18 juin 2009, aff. C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy* : *Rec. CJUE* 2009, I, p. 5145, pt 66 ; *Dr. fisc.* 2009, n° 26, *act.* 213. - CJCE, *2e ch.*, 29 mars 2007, aff. C-347/04, *Rewe Zentralfinanz eG* : *Rec. CJCE*, 2007, I, p. 2647, pt 42 ; *Dr. fisc.* 2007, n° 15, *act.* 401 ; *RJF* 2007, n° 776. - CJCE, *gde ch.*, 18 juill. 2007, aff. C-231/05, *Oy AA* : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 6373, *pts 54 et 56* ; *Dr. fisc.* 2007, n° 52, *comm.* 1092, *note M.-Ch. Bergerès*.

Note 12 *Cons. CE, dir. n° 2009/133/CE, 19 oct. 2009, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre* : *JO n° L 310, p. 34 et s.*

Note 13 Conclusions de l'avocat général Julianne Kokott, présentées le 8 septembre 2011 dans l'arrêt *National Grid Indus BV*, point 50.

Note 14 *Ibidem*. Nous avons théorisé l'idée de la prise en compte du droit dérivé pour l'interprétation du droit primaire, essentiellement dans l'analyse de la proportionnalité, sous la dénomination « Théorie de la régulation » in *E. Raingeard de la Blétière, Les relations entre le droit communautaire et le droit fiscal international, nouvelles perspectives* : *Thèse (ss dir. D. Gutmann), université de Paris I-Panthéon-Sorbonne, 19 mars 2008, spécialement p. 454 à 464*.

Note 15 CJCE, *5e ch.*, 11 mars 2004, aff. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant du Saillant*, pt 64 et s.

Note 16 Rappelons que la comparabilité des situations doit aussi être établie en tenant compte de l'objectif de la mesure (*V. par exemple l'arrêt Papillon*, pt 27).

Note 17 Dans un cas, le législateur cherchait à lutter contre l'évasion fiscale, dans les autres à préserver sa compétence fiscale.

Note 18 CJCE, 7 sept. 2006, aff. C-470/04, N c/ Inspecteur van de Belastingdienst Oost / kantoor Almelo, préc., pt 54. À la lecture de la Communication de la Commission et contrairement à la position qu'elle défend dans l'affaire *National Grid Indus BV*, elle ne semblait pas exiger la transposition de ce principe.

Note 19 CJCE, 7 sept. 2006, aff. C-470/04, N c/ Inspecteur van de Belastingdienst Oost / kantoor Almelo, préc., pt 27.

Note 20 Même s'il s'agit de double imposition économique, la répartition équilibrée des pouvoirs d'imposition est aussi en cause. Dans l'arrêt *Aberdeen* (CJCE, 1re ch., 18 juin 2009, aff. C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy* : Rec. CJUE 2009, I, p. 5145 ; Dr. fisc. 2009, n° 26, act. 213), la Cour, s'agissant d'une double imposition économique, analyse la justification ici commentée.

Note 21 En effet, le contribuable ne détiendra pas nécessairement des participations dans des sociétés résidentes de l'État d'origine. Lorsque l'État d'origine n'est pas l'État source des dividendes, en cas de transfert de résidence de la personne privée, il perdra sa compétence sur les plus-values latentes mais aussi sur les revenus que ces participations génèrent.

Note 22 Le point 60 est une prise de position d'espèce marquée par les termes « La circonstance que ». Le point 61 développerait un nouvel argument, ce qui est marqué par l'usage des termes « Par ailleurs ».

Note 23 CJUE, gde ch., 29 nov. 2011, aff. C-371/10, *National Grid Indus BV*, préc., pt 62. La Cour renvoie à sa jurisprudence en la matière, notamment, CJCE, 4e ch., 28 févr. 2008, aff. C-293/06, *Deutsche Shell GmbH*. - V. également, E. Raingeard de la Blétière, *Droit communautaire : chronique de l'année 2008*, in *L'année fiscale* : Dr. fisc. 2009, n° 9, chron. 215.

Note 24 La Cour ne nous semble pas envisager l'hypothèse de différences de valorisation des actifs, i.e. de divergences dans l'application d'un même principe. La Commission insistait sur ces risques et mettait en exergue les divergences, entre les États membres, d'ordre conceptuel - e.g. certains États enregistreraient le transfert des biens à la valeur comptable et non à une valeur réévaluée - et pratique - i.e. les différences résultant de méthodes d'évaluation. Cela étant dans sa communication, la Commission semblait davantage envisager le cas des transferts intra-entreprise.

Note 25 La loi peut permettre, ou non, la prise en compte de cette réévaluation lors de la détermination de l'incidence des fluctuations de valeurs. Il paraît aussi acquis que si tel est le cas, l'État membre d'accueil n'a pas l'obligation de permettre la déduction d'une moins-value réévaluée postérieurement (e.g. une moins-value sur titres peut ne pas être déductible).

Note 26 CJCE, 3e ch., 15 févr. 2007, aff. C-345/04, *Centro Equestre da Lezíria Grande* : Rec. CJCE 2007, I, p. 01425, pt 22 ; Dr. fisc. 2007, n° 11, act. 271.

Note 27 Via un transfert de siège ou un transfert d'un ensemble d'éléments d'actif et de passif d'un établissement stable au siège de la société ou vice versa.

Note 28 *Concl. J. Kokott conclusions sous National Grid Indus BV*, pt 48.

Note 29 La définition donnée en matière de TVA (Cons. CE, dir. 28 nov. 2006, n° 2006/112/CE, relative au système commun de taxe sur la taxe ajoutée : JOCE n° L 347, 11 déc. 2006, p. 1) nous semble particulièrement adaptée : « le droit que le Trésor peut faire valoir aux termes de la loi, à partir d'un moment donné, auprès du redevable pour le paiement de la taxe, même si le paiement peut en être reporté ».

Note 30 CJCE, 7 sept. 2006, aff. C-470/04, N c/ Inspecteur van de Belastingdienst Oost / kantoor Almelo, préc., pt 51.

Note 31 CJUE, gde ch., 29 nov. 2011, aff. C-371/10, *National Grid Indus BV*, préc., pt 73.

Note 32 CJCE, 5e ch., 11 mars 2004, aff. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant du Saillant*, préc., pt 57.

Note 33 CJUE, gde ch., 29 nov. 2011, aff. C-371/10, *National Grid Indus BV*, préc., pt 74.

Note 34 *Ibidem*.

Note 35 Si le droit interne ne prévoit ni les intérêts ni la constitution de la garantie dans les cas où l'impôt est exigible mais différé, l'État membre ne devrait pas pouvoir le prévoir uniquement dans des situations de transfert de siège.

Note 36 CJCE, 4e ch., 22 déc. 2008, aff. C-282/07, *Truck Center SA* : Dr. fisc. 2009, n° 26, comm. 389 ; RJF 3/2009, n° 302 ; BDCF 3/2009, n° 40, concl. J. Kokott. - V. également, E. Raingeard de la Blétière, *Droit communautaire : chronique de l'année 2008*, in *L'année fiscale 2008* : Dr. fisc. 2009, n° 9, comm. 215.

Note 37 CJUE, gde ch., 29 nov. 2011, aff. C-371/10, *National Grid Indus BV*, préc., pt 68. Elle prête à la Commission les termes « cession effective de l'actif » (pt 66) et aux États membres le terme « réalisation » de la plus-value ou des actifs (pt 67), quant à l'avocat général il se réfère à la réalisation de la plus-value latente.

Note 38 Dans cette dernière hypothèse, en l'absence d'amortissement, le flux de revenus serait imposé dans l'État d'accueil et générerait le paiement d'impôt dans l'État membre d'origine.

Note 39 Du fait du raisonnement de la Cour, ces faits générateurs pourraient devenir ceux du recouvrement de l'impôt.

Note 40 *CJUE, 26 mai 2011, aff. C-261/11, Commission c/ Danemark*, non encore publié au recueil

Note 41 *CJUE, 28 juin 2010, aff. C-38/10, Commission c/ Portugal : JOUE n° C 80, 27 mars 2010, p. 18.*

Note 42 Il s'agit des transferts d'actifs d'un État membre à un autre au sein d'une même entreprise, c'est-à-dire un transfert entre un siège et un établissement stable, et vice versa, ou entre deux établissements stables d'une même entreprise.

Note 43 Voir les commentaires de l'OCDE sur les articles 7 (numéro C(28)) et 10 (numéro C(10)).

Note 44 C'est-à-dire un transfert entre le siège et une succursale, pour autant que l'on accepte ce comparable fictif et probablement dénué de sens en droit fiscal international, mais néanmoins usité par la Cour.

Note 45 Les problèmes décrits par la Commission au point 3.2 de sa communication de 2006 nous semblent porter, pour l'essentiel, sur le transfert d'actif intra-entreprise.

Note 46 Peut-être hypothétique.

Note 47 Notons que dans ce type de cas, les obligations déclaratives du contribuable, par hypothèse, existent déjà : la comptabilité du siège devrait inclure les éléments d'actifs et de passifs de l'établissement stable. Ceci pourrait avoir une incidence sur le principe du choix à laisser au contribuable entre le recouvrement immédiat et différé.

Note 48 Nous excluons les pays tiers parties à l'accord de l'EEE, lequel prévoit la liberté d'établissement. Dans cette hypothèse, la liberté d'établissement s'applique à l'identique mais les justifications des restrictions et le contrôle de proportionnalité s'apprécient différemment, le cadre juridique étant différent, *i.e.* absence de directive sur l'échange de renseignement et sur l'assistance au recouvrement des créances fiscales.

Note 49 V. sur ce point, notre chronique de l'année 2009 et les développements qui y sont consacrés. - V. aussi, *D. Gutmann, Droit fiscal des affaires : Montchrestien, 2e éd., spécialement n° 90-94.*

Note 50 *CJCE, 4e ch., ord., 10 mai 2007, aff. C-492/04, Lasertec : Rec. CJCE 2007, I, p. 3775, pts 24 et 25 ; Dr. fisc. 2007, n° 29, comm. 765, note H. Kruger ; Europe 2007, comm. 185.* - V. également, *CJCE, 5e ch., 12 déc. 2002, aff. C-324/00, Lankhorst-Hohorst : Rec. CJCE 2002, I, p. 11779 ; Dr. fisc. 2003, n° 5, act. 24 ; RJF 3/2003, n° 391 ; BDCF 2003, n° 43, concl. J. Mischo.*

Note 51 *Hoge Raad, 13 janv. 2012, V. IBFD, Tax news service, 25 janv. 2012, Dr. René Offermanns.*

Note 52 Rappelons que l'article 64 du TFUE stipule que les restrictions à la liberté de circulation des capitaux entre États membres et État tiers existantes au 31 décembre 1993 ne sont pas incompatibles avec le droit de l'UE.

Note 53 Notons que nous ne sommes pas certain de la raison pour laquelle la Cour ne se prononce pas sur l'applicabilité de la liberté de circulation des capitaux : est-ce en raison d'un doute sur son champ application matérielle ? ou du fait d'un doute sur le point de savoir si les Antilles néerlandaises sont un pays tiers au sens du droit de l'Union alors même qu'elles sont une partie du territoire néerlandais et que dès lors la situation pourrait être analysé comme une situation purement interne ? Sur cette dernière question, V. la question préjudicielle posée par la Hoge Raad à la CJUE le 23 décembre 2011, *V. IBFD, Tax news service, 2 janv. 2012, Dr. René Offermanns.*

Note 54 Notons que cette conclusion pourrait être affectée par l'objectif de la loi, et ses conditions d'application, qui serait testée. Les spécificités nationales doivent être prises en compte.

Note 55 Encore faudrait-il que ces actifs tombent dans le champ de la liberté de circulation des capitaux.

Note 56 La Cour s'est déjà réfugiée derrière ce raisonnement pour éviter de trancher la question de l'application de la liberté de circulation des capitaux à une situation particulière, *V. CJCE, 4e ch., 24 mai 2007, aff. C-157/05, Winfried L. Holböck c/ Finanzamt Salzburg-Land : Rec. CJCE 2007, I, p. 4051, ; RJF 8-9/07 n° 999.*

Note 57 Cette problématique a fait l'objet d'échanges lors de la soirée annuelle de l'IFA de 2009 : « L'impact de la jurisprudence communautaire sur la pratique des entreprises », dont le panel était composé de Christian Comolet-Tirman, Daniel Gutmann, Philippe Martin, Emmanuel Raingeard de la Blétière.

Note 58 Parfois les États membres les exonèrent sous des conditions qui ne s'appliquent pas aux fonds nationaux, en ce sens, la procédure à l'encontre de la Pologne, cf. *Comm. UE, communiqué, 16 juin 2011, IP/11/720.*

Note 59 V. la procédure à l'encontre de l'Estonie qui impose les fonds d'investissement sur les revenus immobiliers de source estonienne mais exonère les fonds résidents, cf. *Comm. UE, communiqué, 16 juin 2011, IP/11/718*. - Cf. les procédures à l'encontre de la Belgique, *Comm. UE, communiqué, 6 avr. 2011, IP/11/422 et IP/11/423*.

Note 60 Notons que le tribunal administratif de Montreuil a posé deux questions préjudicielles sur ce sujet, dans plusieurs jugements du 4 juillet 2011 (*CJUE, aff. C-338/11, C-339/11, C-340/11, C-341/11, C-342/11, C-343/11, C-344/11, C-345/11, C-346/11 et C-347/11 FIM Santander Top 25 Euro Fi*. - V. également, P. Dibout, *Le régime fiscal des dividendes versés aux OPCVM étrangers : un enjeu contentieux d'une importance exceptionnelle* : *Dr. fisc. 2011 n° 35, comm. 485*). L'audience est prévue le 16 février 2012.

Note 61 *CJCE, 4e ch., 27 nov. 2008, aff. C-418/07, Sté Papillon* : *Rec. CJCE 2008, I, p. 8947* ; *Dr. fisc. 2008, n° 52, comm. 644, note J.-L. Pierre* ; P. Dibout, *Le périmètre des groupes de sociétés et la liberté d'établissement* : *Dr. fisc. 2008, n° 52, étude 640* ; *RJF 2/2009, n° 180* ; *BDCF 2/2009, n° 16, concl. J. Kokott*.

Note 62 Ces règles, déconnectées de la comptabilité, harmonisent les règles d'assiette, e.g. le régime d'imposition des dividendes - y compris ceux provenant d'États tiers à l'UE -, les règles anti-abus...

Note 63 *Commission européenne, Proposition de directive du Conseil établissant un système commun de taxe sur les transactions financières et modifiant la directive n° 2008/7/CE, 28 septembre 2011* : *Doc. COM(2011) 594, final*. - *Comm. UE, communiqué 28 sept. 2011, IP/11/1085* : *Dr. fisc. 2011, n° 40, act. 296*.

Note 64 *Commission européenne, 22 févr. 2011, MEX/11/0222*.

Note 65 *Cons. CE, dir. n° 2003/49/CE, du 3 juin 2003, concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents* : *JO n° L 157, 26 juin 2003, p. 49*.

Note 66 *Commission européenne, Proposition de directive concernant un régime fiscal commun applicable au paiement d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents du 11 novembre 2011* : *Doc. COM(2011) 714, final*.

Note 67 Si l'article 2 ne prévoit pas expressément les modalités d'appréciation - directe ou indirecte - du seuil, elles ressortent des modifications de la directive et du 9e considérant.

Note 68 *Commission européenne, Summary report, accessible sur le site internet de la Commission*.

Note 69 V., sur ce sujet, E. Raingeard de la Blétière, *Key practical issues to eliminate double taxation of business income, EU Report, The impact of EU law on the elimination of double taxation of business income* : *Cahier de droit fiscal international, 2011 Paris Congress, Vol. 96b, p. 59 à 79* ; *Droit de l'Union européenne : chronique de l'année 2009 in L'année fiscale 2009* : *Dr. fisc. 2010, n° 8, comm. 201* ; *Droit de l'Union européenne : chronique de l'année 2010 in L'année fiscale 2010* : *Dr. fisc. 2011, n° 9, comm. 234*.

Note 70 Nous nous permettons de porter un jugement positif sur les initiatives, prises dans leur ensemble, de la Commission et sur les pistes de réflexion identifiées. Elles adressent certaines des préoccupations - avec parfois des conclusions similaires - dont nous nous étions fait l'écho, V. E. Raingeard de la Blétière, *Les relations entre le droit communautaire et le droit fiscal international, nouvelles perspectives, préc.*, et en particulier, « *Les perspectives d'évolution des relations entre le droit communautaire et le droit fiscal international* », p. 425 à 561.

Note 71 *Commission européenne, Proposition de directive concernant un régime fiscal commun applicable au paiement d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents, du 11 novembre 2011, préc., exposé des motifs p. 4*.

Note 72 *Ibidem*, commentaire des articles, « *Exonération fiscale* », p. 7.

Note 73 Il convient de remarquer que l'initiative européenne en la matière était parallèle à celle de l'OCDE. En mai 1996, un communiqué ministériel avait demandé à l'Organisation de développer des mesures pour contrer les effets de la concurrence fiscale dommageable (Rapport de l'OCDE du 9 avril 1998). En 1997, le Code de conduite européen fut adopté (Conclusions du Conseil ECOFIN du 1er décembre 1997).

Note 74 Code de conduite, point A.

Note 75 Code de conduite, point B.

Note 76 Code de conduite, point B ; d'autres exemples y sont cités.

Note 77 Code de conduite, point H.

Note 78 Code de conduite, points H et I.

Note 79 Rapport du « groupe Code de conduite » au Conseil ECOFIN du 29 novembre 1999.

Note 80 On peut, dans certains cas, s'interroger sur l'efficacité des mesures de démantèlement mises en oeuvre.

Note 81 *Communication sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises* : JOCE n° 98/C et n° 384/C3, 10 déc. 1998. Elle fait, elle-même, référence aux travaux du Code de conduite.

Note 82 *Rapport sur la mise en oeuvre de la Communication de la Commission sur l'application des règles en matière d'aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises* : Doc. COM(2004) 434, 9 févr. 2004, pt 24 (ci-après le « Rapport de la Commission de 2004 »).

Note 83 *Ibidem*, pt 70.

Note 84 *Ibid.*, pt 68. -V. aussi la décision n° 2003/515/EC du 17 février 2003 sur le régime néerlandais des activités financières internationales ; la Commission souligne qu'elle a entrepris des investigations, sur le fondement des aides d'État, à l'encontre des mesures considérées comme dommageables par le GCC et avance que les deux instruments visent à mettre fin aux mesures qui affectent la concurrence au sein du Marché intérieur.

Note 85 *Concl. N. Jääskinen 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, note É. Dubout et A. Maitrot de la Motte.

Note 86 *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.

Note 87 *Ibidem*, Introduction de la Communication, p. 2.

Note 88 *Ibid.*

Note 89 *Ibid.*, p. 6 et 7.

Note 90 *Ibid.*, p. 4.

Note 91 Ce changement d'orientation fait suite aux discussions de ce groupe, dont le rapport de 2006 se fait l'écho, concernant le futur du GCC. S'il existait une quasi-unanimité quant à la poursuite des travaux de démantèlement et de gel, le point de savoir s'il convenait d'étendre l'intervention du groupe dans le champ du Code ou même d'étendre formellement le champ du Code de conduite fut discuté. Le « Futur programme de travail » fut mis au point et son titre, révélateur à notre avis des tensions politiques, est « Futur programme de travail dans le cadre du mandat existant du Code ». L'ensemble des travaux du GCC est en anglais, dès lors les citations ne sont que des traductions.

Note 92 *Cons. UE, communiqué 10597/10, 2 juin 2010, FISC 58*, résolution sur « la coordination des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (SEC) et à la sous-capitalisation au sein de l'Union européenne ». - *Cons. UE, communiqué 10689/10, 8 juin 2010*. Voir, E. Raingeard de la Bletière, *Droit de l'Union européenne : chronique de l'année 2010 in L'année fiscale 2010, préc.*

Note 93 V., Secrétariat général, 20 juillet 2009, 11967/09.

Note 94 *Cons. UE, Rapp. 1033/10, 25 mai 2010, FISC 47*.

Note 95 Technique connue sous le nom de « *switch over* ». Elle permet, dans certaines hypothèses, le passage de la méthode de l'exonération à celle du crédit d'impôt.

Note 96 Mieux connus sous la dénomination de « *Profit participating loan* » (ci-après, « PPL »), ce type de financement hybride présente certaines des caractéristiques d'un prêt et d'un investissement en capital. Ceci peut conduire à des conflits de qualification permettant de déduire le revenu dans un État membre en tant qu'intérêt et de l'exonérer dans l'autre en tant que dividendes.

Note 97 *Cons. UE, Rapp. Groupe, ann., 9655/06, 19 mai 2006, LIMITE FISC 73*.

Note 98 *Cons. UE, Rapp. Groupe, 16084/08, 20 nov. 2008, 16084/08, LIMITE FISC 166, pt 12 et 13*.

Note 99 Ce rapport comporte aussi une partie portant la mention « DELETED ».

Note 100 Nous relevons que Malte a publié des lignes directrices en la matière, lesquelles « clarifient » que les revenus - de source étrangère - d'un prêt (même s'il présente des caractéristiques de dette et de capital, e.g., droit de vote, participation aux profits etc.) ne peuvent bé-

néficiaire du régime mère fille et doivent être traités comme des intérêts. On ne peut que subodorer le lien de cause à effet entre les travaux du GCC et cette doctrine administrative de mai 2011.

Note 101 Les Pays Bas, la Belgique, le Luxembourg et l'Estonie.

Note 102 Directive n° 2011/16/UE du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive n° 77/799/CEE.

Note 103 *Cons. UE, Rapp. Groupe 16766/10, 22 nov. 2010, FISC 139, pt 19.*

Note 104 *Rapp. Groupe, 27 mai 2011, pt 26.*

Note 105 *V. Rapp. 22 nov. 2010, préc., pt 20.*

Note 106 *Ibidem, pt 21.*

Note 107 *Cons. UE, dir. n° 2011/16/UE, 15 févr. 2011, relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal : JOUE n° L 64, 11 mars 2011, p. 1 à 12, abrogeant Cons. CE, dir. n° 77/799/CEE, préc. - V. sur ce texte, H. Hamadi, Le renouvellement de l'assistance administrative en matière fiscale au sein de l'Union européenne : Dr. fisc. 2011, n° 12, étude 264. - Ainsi que L. Bernardeau, Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (janv./mars 2011) : Dr. fisc. 2011, n° 17, étude 323, n° 46. Notons, par souci de « transparence », que le communiqué de presse du Conseil du 15 février 2011 (6514/11 PRESS 25 PR CO 6) contient une référence à ce rapport en ce qui concerne deux régimes identifiés comme dommageables par le Code et non directement à la partie relative à l'échange des pratiques administratives. Cela étant, la coïncidence des publications est troublante.*

Note 108 Si l'article 9, § 2 ne crée pas d'obligation pour les États membres, ce qui ressort des termes « peuvent communiquer », l'article 9, § 1 de la directive nous semble bien en instaurer une. En effet, les États membres « communique[nt] » ces informations. Ceci est corroboré, d'une part, par les similitudes dans la rédaction de cette disposition avec celle des articles 5 et 8, qui sans conteste créent une telle obligation et d'autre part par l'article 10 de cette même directive qui enferme l'obligation d'échange prévue à l'article 9, § 1 dans un délai.

Note 109 D'autres exemples concernent le domaine d'échange d'information sur les prix de transfert. Les liens avec les travaux du GCC sont là encore évidents (V., en ce sens, *Rapp. Groupe 16233/09, 15 nov. 2009, LIMITE FISC 163*).

Note 110 La proposition de directive prévoyait en son article 9 : « Les autorités compétentes des États membres peuvent en toutes circonstances se communiquer, dans le cadre de l'échange spontané, les informations visées à l'article 1er dont elles ont connaissance, en particulier lorsque l'imposition est réputée avoir lieu dans l'État membre de destination des informations et que l'efficacité du système de contrôle peut être améliorée grâce aux informations fournies par l'État membre d'origine. »

Note 111 *Rapp. Groupe 17081/1/11, 13 déc. 2011, REV 1 LIMITE FISC 144*, adopté lors du Conseil Environnement, le 19 décembre 2011.

Note 112 *Rapp. Groupe 16766/10, 22 nov. 2010, LIMITE FISC 139. - V. aussi, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen « Encourager la bonne gouvernance dans le domaine fiscal » du 28 avril 2009 : Doc. COM(2009)201 final. - E. Raingeard de la Bletière, Droit de l'Union européenne : chronique de l'année 2009 in L'année fiscale 2009, préc.*

Note 113 En anglais, « best practice solution ».

Note 114 La Communication de la Commission sur l'examen annuel de la croissance 2012 contient une annexe sur « les politiques fiscales propices à la croissance dans les États membres et amélioration de la coordination fiscale ».

Note 115 La coopération renforcée pourrait devenir une arme redoutable dans cette période de crise : quel État prendra le risque, vis-à-vis de son opinion publique, de s'opposer à l'adoption d'un principe du type imposition effective ?

Note 116 Notons que le pacte prévoyait déjà ces discussions structurées sur les trois premiers thèmes.

Note 117 « European Competition Forum » du 2 février 2011, discours accessible sur le site de la Commission.

Note 118 *Comm. UE, déc. 26 mai 2010, n° 2011/276/UE : JOUE n° L 122, 11 mai 2011, p. 76.*

Note 119 Notons que la décision est favorable au contribuable et que la Commission reconnaît la légitimité d'une telle pratique... dans certaines circonstances.

Note 120 *CJUE, Ire 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. - CJUE, Ire ch., 8 sept. 2011, aff. C-79/08, Adige Carni Soc. coop. arl, en liquidation contre Agenzia delle Entrate et Ministero dell'Economia e delle Finanze. - CJUE, Ire ch., 8 sept. 2011, aff. C-80/08, Ministero delle Finanze c/ Michele Franchetto.*

Note 121 *CJUE, 1re ch.*, 8 sept. 2011, *aff. C-78/08 à C-80/08, Paint Graphos Soc. coop. Arl et a., préc.*, pts 73 et 74.

Note 122 *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.*, pt 93.

Note 123 *Comm. CE, déc. 8 juill. 2009, n° C4/2007, (ex-N465/2006)*, sur l'*interest box*.

Note 124 *Ibidem, pt 117*. Relevons que le régime et l'objectif qu'il poursuivait étaient particuliers.

Note 125 V. *MEMO/11/845, Bruxelles, 29 nov. 2011, agenda de l'ECOFIN, pt 6*.