

Université Panthéon-Assas

**Ecole doctorale Georges Vedel. Droit public interne,
science administrative et science politique (ED 7)**

Thèse de doctorat en Droit
soutenue le 12 décembre 2011

Marché intérieur et neutralité de l'impôt direct : la construction fiscale européenne revisitée



Université Panthéon-Assas

Thèse de Doctorat / Décembre 2011

Morgan Vail

Sous la direction de Guy Gest
Professeur agrégé des Universités

Membres du jury :

Olivier DEBAT, Professeur, Université de la Rochelle, rapporteur

Daniel GUTMANN, Professeur, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I,
rapporteur

Guy GEST, Professeur, Université Panthéon-Assas, Paris II, directeur de
recherche

Michel AUJEAN, Associé, Taj société d'avocats, ancien Directeur des
Analyses et Politiques Fiscales à la Commission européenne

Romain GRAU, Avocat associé, Taj société d'avocats, ancien juge et
Commissaire du gouvernement au Tribunal administratif de Versailles



Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Après une si longue, mais si passionnante, aventure il n'est rien de plus difficile que de remercier. L'exercice est doublement délicat. En premier lieu, il s'agit d'exprimer par de simples mots sa gratitude, alors qu'ils ne reflètent que difficilement sentiments et émotions. En second lieu, et surtout, il s'agit de n'oublier aucun de celles et ceux qui vous ont soutenu et/ou éclairé. J'adresse donc par avance mes sincères excuses aux éventuels oubliés ; s'ils l'ont été au moment de la rédaction de ces lignes, qu'ils ne doutent pas avoir été présents dans mes pensées à chaque instant de ce périple.

Ce travail trouvant ses origines dans le mémoire réalisé lors de mon Master 2 à l'Université Panthéon-Assas, je tiens au préalable à remercier ceux qui, à l'époque, m'ont accordé de leur temps et m'ont prodigué leurs conseils : M. Emmanuel Raingeard de la Blétière, dont les travaux sont une référence pour toute personne s'intéressant à la fiscalité européenne ; M. Franco Roccatagliata, Administrateur principal à la Direction Générale Fiscalité et Union Douanière de la Commission européenne, pour le temps qu'il m'a consacré, les réponses rapides (et jamais lassées) à mes emails ; M. Pascal Saint-Amans, Directeur du Centre de politique fiscale de l'OCDE, qui m'aura guidé lors de la préparation de mon mémoire de recherche.

Entrons à présent dans le vif du sujet. Je tiens tout d'abord à remercier mes parents et mes amis, pour leur soutien et leurs encouragements. En particulier, j'adresse mes plus chaleureux remerciements à M. Maximilien Zahnd, véritable fournisseur de doctrine américaine, et à M. Nicolas Genestier, relecteur, *sparring-partner* intellectuel, conseil et plus que tout : anxiolytique régulier.

Il est certain que sans ma fiancée, Mlle Valérie Landau, qui m'aura supporté (dans tous les sens du terme !), je n'aurais pas eu la volonté et l'énergie de terminer ce travail. L'amour ne donne pas des ailes, il donne des lignes et des pages d'écriture !

Je tiens également à exprimer mes plus sincères et chaleureux remerciements à M. Michel Aujean pour sa présence à mes côtés, son souci de me prodiguer conseils et idées, et pour avoir partagé son immense expérience et ses vastes connaissances dans les domaines les plus variés. Pour cela, et bien d'autres choses encore, je lui serai toujours redevable.

Enfin, celui sans qui rien n'aurait été fait. Je souhaite exprimer ma plus profonde gratitude au Professeur Guy Gest pour avoir accepté de me diriger et m'avoir conseillé tout au long de ces quatre années, et également lors de mon mémoire de Master 2. Ce fut un réel privilège de pouvoir échanger avec lui, d'écouter ses conseils et ses recommandations avisés. Son degré d'exigence et sa vision approfondie de la fiscalité forcent le respect et l'admiration et sont, surtout, une véritable source d'inspiration.



Résumé :

Le Marché intérieur s'est constitué en vue d'établir une concurrence libre et de répartir les ressources de la manière la plus efficiente possible. Impliquant l'abolition des frontières intérieures, l'action communautaire a conduit à harmoniser ou au moins à rapprocher de nombreux domaines. Même la fiscalité directe, compétence réservée des Etats membres, a fini par être placée sous la surveillance des Traités par le biais des libertés fondamentales et du principe de non-discrimination. Ce dernier a permis une certaine intégration fiscale au niveau européen en vue d'une neutralisation de la fiscalité sur les mouvements de personnes, de biens, de services et de capitaux. Cette œuvre, essentiellement prétorienne, a cependant montré ses limites au plan de la cohérence de la politique fiscale, le juge ne pouvant faire un choix quant à la forme de neutralité qu'il conviendrait de choisir : neutralité aux importations de capitaux, neutralité aux exportations de capitaux ou une autre. En effet, les Traités établissent indéniablement un objectif de neutralité à destination des Etats. Emanant des textes européens cette neutralité abstraite est fondamentale afin de réaliser les objectifs économiques de l'Union. Cependant, en l'absence d'harmonisation fiscale il est nécessaire de faire un choix pour une forme de neutralité afin de concilier imposition, efficacité économique et allocation efficace des ressources. A l'aune des principes qui structurent la construction de l'Europe, il convient désormais de dessiner les contours d'une neutralité fonctionnelle capable de procéder à l'intégration des impôts directs des Etats membres dans un Marché commun.

Descripteurs : non-discrimination, construction européenne, intégration fiscale, neutralité fiscale, neutralité aux importations de capitaux, neutralité aux exportations de capitaux, Marché intérieur, Marché commun, droit européen, droit communautaire, fiscalité des sociétés, libertés fondamentales, libertés de circulation, droit fiscal, droit fiscal international

Title and Abstract: Internal Market and neutrality of direct taxation: the European tax integration revisited

The Internal Market was formed to establish free competition and allocate resources as efficiently as possible. Involving the abolition of internal borders, Community action led to harmonize or at least to bring together many areas. Although direct taxation powers have been reserved by member States, it was placed under the supervision of the Treaties by means of the fundamental freedoms and the principle of non-discrimination. The latter has led to some tax integration at the European level in order to neutralize taxation on the movement of people, goods, services and capital. This work, mainly performed by the ECJ, showed its limits in terms of consistency of fiscal policy, the judge cannot make a choice as to the form of neutrality that should be chosen: capital import neutrality, capital export neutrality or another form of neutrality. Indeed, the EC Treaty establishes an undeniable objective of neutrality toward member States. The abstract neutrality that is emanating from European texts is essential to achieve the economic objectives of the EU. However, in the absence of tax harmonization it is necessary to choose among the different standards of tax neutrality in order to reconcile taxation, economic efficiency and efficient allocation of resources. In the light of the principles that shape the European construction one should now draw the outlines of a functional neutrality able to perform the integration of direct taxes in a Common Market.

Keywords: non-discrimination, European construction, tax harmonization, tax neutrality, capital import neutrality, capital export neutrality, Internal Market, Common Market, EC law, companies' taxation, fundamental freedoms, tax law, international tax law



Principales abréviations

ACCIS	Assiette Commune Consolidée pour l'Impôt des Sociétés
aff.	affaire
al.	alinéa
art.	article
c/	contre
CCCTB	Common Consolidated Corporate Tax Base
CEE	Communauté économique européenne
CEN	<i>capital export neutrality</i> (neutralité à l'exportation du capital)
cf.	confère
chron.	chronique
CIN	<i>capital import neutrality</i> (neutralité à l'importation du capital)
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cour de justice ou Cour (la)	Cour de justice des Communautés européennes et/ou Cour de justice de l'Union européenne
coll.	collection
COM	Communication de la Commission européenne
comm.	commentaire(s)
Commission	Commission européenne
Communauté ou CE	Communauté européenne
CON	<i>capital ownership neutrality</i> (neutralité à la propriété ou détenion du capital)
<i>DF</i>	<i>Revue de droit fiscal</i>
EEE	Espace économique européen
<i>ECTR</i>	<i>European Community Tax Review</i>
éd.	édition
et s.	et suivant(e)s
HST	Home State Taxation (imposition selon les règles de l'Etat de résidence)
IBFD	International bureau of fiscal documentation (Bureau international de documentation fiscale)

ibid.	ibidem
IFA	International Fiscal Association (Association Fiscale Internationale)
<i>JOCE</i>	<i>Journal Officiel des Communautés européennes</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal Officiel de l'Union européenne</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
MOCDE ou Modèle	Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'Organisation de coopération et de développement économiques
n°	numéro
NN	<i>national neutrality</i> (neutralité nationale)
NON	<i>national ownership neutrality</i> (neutralité à la propriété ou à la détention nationale)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
op. cit.	ouvrage précité
p.	page
PME	petite(s) et moyenne(s) entreprise(s)
pp.	pages
par ex.	par exemple
§	paragraphe
préc.	précité
<i>RJF</i>	<i>Revue de jurisprudence fiscale</i>
SEC	Document de travail de la Commission européenne
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
Traité(s)	Traité instituant la Communauté européenne ou Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et/ou Traité sur l'Union européenne
UE ou Union (l')	Union européenne
v.	voir

Sommaire

INTRODUCTION	9
---------------------	----------

PREMIERE PARTIE : LA CONSTRUCTION DE L'EUROPE FISCALE PAR LA MISE EN ŒUVRE D'UNE NEUTRALITE INHERENTE AUX TRAITES 56

Titre 1 : Les textes européens porteurs de neutralité en matière de fiscalité directe : des sources de portée variable	58
---	-----------

Chapitre 1 : Les Traités européens : première source majeure de neutralité pour le droit communautaire de la fiscalité	58
--	----

Chapitre 2 : Le droit dérivé des Traités et les actes atypiques : seconde source majeure de neutralité pour le droit communautaire de la fiscalité	74
--	----

Conclusion du Titre 1	98
-----------------------	----

Titre 2 : L'œuvre prétorienne de la Cour de justice en faveur de la neutralité de l'impôt dans l'accès au Marché intérieur	99
---	-----------

Chapitre 1 : L'affirmation de la compétence fiscale de la Cour et la neutralité de l'impôt	100
--	-----

Chapitre 2 : La limitation de la compétence fiscale de la Cour et la neutralité de l'impôt	129
--	-----

Conclusion du Titre 2	163
-----------------------	-----

DEUXIEME PARTIE : LA NEUTRALITE INTERNATIONALE DE L'IMPOT COMME CRITERE DE LA CONSTRUCTION FISCALE EUROPEENNE _ 167

Titre 1 : La neutralité internationale de l'impôt, un concept protéiforme	170
--	------------

Chapitre 1 : Les théories classiques de la neutralité du capital en faveur de l'efficacité économique mondiale	171
--	-----

Chapitre 2 : L'émergence d'une théorie nouvelle de la neutralité	194
--	-----

Conclusion du Titre 1	213
-----------------------	-----

Titre 2 : La recherche des options offertes par la neutralité internationale de l'impôt en tant que principe structurant conforme aux objectifs de l'Union européenne	216
--	------------

Chapitre 1 : La satisfaction des objectifs économiques de la construction fiscale européenne par la neutralité à l'importation du capital	218
---	-----

Chapitre 2 : Des convergences complexes entre les théories de la neutralité internationale de l'impôt : une confirmation du choix de l'imposition dans l'Etat de la source pour l'Union européenne	229
--	-----

Conclusion du Titre 2	255
-----------------------	-----

CONCLUSION	258
BIBLIOGRAPHIE	266
INDEX	316
TABLE DES MATIERES	319

Introduction

« L'idéal de la fiscalité est de taxer la richesse là où elle se trouve, quitte à bousculer quelques piliers juridiques. Cet idéal s'impose d'abord au législateur dans sa quête de l'égalité et de la neutralité »¹.

« Plus la productivité augmente, plus le fonctionnement de l'économie est vulnérable aux inégalités qui peuvent résulter des interférences entre les mécanismes de la production et les structures d'impôts conçus en fonction d'autres soucis »².

L'économie internationale, qui se définit comme « l'étude des échanges de produits et de facteurs entre entités géographiques différentes (pays ou régions) »³, est un thème ancien (dès le XVII^e siècle chez les mercantilistes) et très développé de la science économique. Depuis le XIX^e siècle, le commerce international connaît un essor sans précédent, que ce soit en volume ou en valeur, bien que marqué de certaines périodes de reflux⁴. Quatre phases sont, de manière usuelle et schématique, distinguées dans le commerce international : une forte croissance au XIX^e siècle ; une croissance faible ensuite puis un effondrement entre 1914 et 1945 ; un essor très marqué entre 1945 et le début des années 1970 et enfin un ralentissement relatif après le premier choc pétrolier de 1973⁵.

¹ COZIAN Maurice, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, p. 12.

² LAURE Maurice *Science fiscale*, PUF, mai 1992, p. 3.

³ COMBE Emmanuel, *Précis d'économie*, PUF, coll. Major, 10^{ème} éd., 2009, p. 368.

⁴ En 2007, le commerce mondial de marchandises s'élevait à environ 13 000 milliards de dollars, tandis que le commerce mondial de services représentait environ 3200 milliards de dollars. Ibid. p. 367. En raison de la crise économique et financière qui a débuté en 2008, l'OMC a observé, en 2009, une contraction du commerce mondial de 12,2% (15,3% dans les économies développées ; 7,8% dans celles en développement et la CEI) ce qui représente la plus forte baisse depuis 1945. Pour l'année 2010, l'OMC a observé une augmentation de 14,5% du volume des exportations mondiales de marchandises (12,9 % dans les économies développées ; 16,7% dans celles en développement et la CEI) ce qui est supérieur aux prévisions. Pour l'année 2011, les projections anticipent un fléchissement du commerce mondial en augmentation de seulement 6,5% (4,5 % dans les économies développées ; 9,5% dans celles en développement et la CEI) : v. http://www.wto.org/french/news_f/pres10_f/pr616_f.htm et http://www.wto.org/french/news_f/pres11_f/pr628_f.htm

⁵ COMBE Emmanuel, *Précis d'économie*, op.cit., p. 368.

Plusieurs facteurs expliqueraient ces évolutions. Tout d'abord, pour la première (de 1830 à 1914), la progression importante des échanges pourrait s'expliquer par la relative stabilité politique après 1815, par une forte croissance économique liée à la seconde révolution industrielle accompagnée d'une stabilité monétaire, mais aussi par les progrès dans les moyens de communications (chemin de fer, navires à vapeur), l'influence des idées libérales, favorables au libre-échange et mises en pratique par le Royaume-Uni dès 1846⁶.

Ces circonstances seraient à l'origine d'un commerce international qui, en valeur, passe de 1,9 milliard de dollars en 1820 à 38 milliards de dollars en 1913. Mais plus important encore que l'évolution en valeur et en volume, c'est surtout la mutation des produits échangés qui entraîne un profond changement dans le commerce international. Ainsi, au XVIII^e siècle, les échanges concernaient principalement les épices et les esclaves (60% des échanges internationaux). Le XIX^e siècle marque de ce point de vue un tournant puisque le commerce des épices cède rapidement la place aux échanges de produits primaires et agricoles mais également à ceux des produits manufacturés (tout d'abord les textiles puis de plus en plus les produits métallurgiques et chimiques)⁷.

L'entre-deux-guerres constitue une période de tourments du commerce international. Entre 1914 et 1918, le commerce international stagne, avant de progresser à nouveau entre 1918 et 1920 et de rechuter durant la brève crise de 1921-1922. En 1923 un fort redémarrage est observé mais à partir de 1929 le commerce international connaît une forte contraction avec une diminution de 25% en volume et de 60% en valeur, le point le plus bas étant atteint en 1933. Une reprise s'opère après 1934, mais elle ne permet cependant pas de retrouver en 1939 le niveau en valeur de 1929⁸.

La période qui s'ouvre après la Seconde guerre mondiale, qualifiée de Trente Glorieuses, se caractérise par l'explosion du commerce international. Ainsi, le taux de croissance annuel moyen du commerce international apparaît supérieur à celui de la production : il est de 6,1% durant les années 1953-1963 (contre 4,3% pour le revenu

⁶ Ibid., p. 369.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

mondial) et de 8,9% au cours de la décennie 1963-1973 (contre 5,1% pour le revenu mondial)⁹. Différents facteurs sont invoqués pour expliquer ce phénomène. Tout d'abord, la croissance économique soutenue et assez régulière, le démantèlement progressif des barrières tarifaires sous l'impulsion du GATT, l'essor des moyens de transport (en particulier le transport aérien), l'instauration d'un système de taux de change fixes, limitant la volatilité du taux de change, la mise en place de zones d'intégration régionale¹⁰.

Enfin, et depuis le premier choc pétrolier, le commerce international se caractériserait par un « ralentissement du taux de croissance des échanges commerciaux en valeur et en volume, qui reste cependant supérieur au taux de croissance de la production »¹¹.

Ces mutations en valeur, en volume et en nature des produits échangés ont conduit à de profondes évolutions dans les relations entre Etats. En effet, les expériences passées et les études économiques modernes arrivent au consensus suivant : le protectionnisme s'avère une politique moins propice au développement national et global que le libre-échange, notamment en raison des effets pervers et des limites du protectionnisme. De même, si le libre-échange est la seule doctrine économique proposée qui perdure encore ou qui bénéficie d'une mise en pratique concrète, il importe de souligner que la majorité des économistes s'accordent aujourd'hui à le défendre par défaut¹². Il n'en demeure pas moins que ces derniers reconnaissent que le libre-échange présente quatre mérites principaux¹³ : il évite les pertes de surplus, en particulier dans le cas d'un petit pays ; il permet des gains additionnels, tels que les économies d'échelle ; il s'avère un excellent outil pour stimuler la concurrence et

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid., p. 373. Le taux de croissance annuel du commerce international passe de 8,9% (contre 5,1% pour la production) sur la période 1963-1973 à 3% sur la période 1973-1983 (2,5% de la production) et 4% sur la période 1983-1993. A la différence de la crise de 1929 il n'y a pas après 1974 un effondrement en valeur et en volume du commerce international mais seulement un ralentissement dans la progression des échanges. Ibid. p. 374. De plus selon l'OMC, sur la période 2007-2008, le taux de croissance du commerce international de marchandises est de 5,5% (contre 3% pour la production) ; sur la période 2000-2008 ce taux est de 5% (2,5% pour la production) et, sur la période 2000-2009, ce taux est de seulement 3% (1,5% pour la production) en raison de la crise économique et financière qui a débuté en 2008 (v. OMC, *Statistiques du commerce international 2008*, décembre 2008, p. 8 ; OMC, *Statistiques du commerce international 2009*, novembre 2009, p. 7 ; OMC, *Statistiques du commerce international 2010*, décembre 2010, p. 8 ; disponibles sur : http://www.wto.org/french/res_f/statis_f/its_f.htm). L'examen de l'évolution des exportations de marchandises dans le monde confirme l'existence de deux périodes avant et après 1973 (en milliards de dollars) : 1953 : 84 ; 1963 : 157 ; 1973 : 1838 ; 1993 : 3676 ; 2008 : 15717 (v. DAHER Tarek, *Le petit de l'économie 2011 - Les chiffres clés*, 2011, Dunod, coll. Les Petits, 2011, 48 p.). Ainsi, sur la période 1953-1973, les exportations internationales de marchandises sont multipliées en valeur par 21,88. En revanche, sur la période 1973-2008, ces exportations sont multipliées, en valeur, par « seulement » 8,55 (ce qui reste important mais nettement moins qu'avant la crise 1973) et sur la période 1993-2008 par 4,27. Il y a donc toujours depuis 1973 un accroissement du commerce international mais de manière significativement moins soutenue.

¹² Pour une analyse du protectionnisme et sa comparaison avec le libre-échange v. *ibid.*, pp. 402 à 424.

il « évite les marchandages politiques [dans un pays] qui président à l’instauration du protectionnisme : si le libre-échange peut ne pas profiter à tous les groupes d’un pays, il est en revanche certain que le protectionnisme ne contribue jamais à l’intérêt de l’ensemble du pays puisqu’il se fait toujours au profit d’un groupe (généralement les producteurs, au détriment du consommateur) »¹⁴. Dès lors qu’il n’est pas ici question de dessiner, d’évaluer ou même de s’interroger sur les alternatives ou les correctifs qui pourraient être apportés au libre-échange et aux différentes formes de libéralisme, cette philosophie sera celle qui servira d’axe d’étude. L’opportunité de ce choix apparaît d’autant plus justifiée que le libre-échange apparaît comme le principe directeur de la construction de l’Union européenne (v. infra).

Dans le système du libre-échange, les échanges internationaux sont perçus comme l’un des moyens, si ce n’est le moyen, permettant l’enrichissement économique le plus efficient¹⁵ au niveau mondial. Dans cette perspective, il convient alors de faire en sorte que les échanges transfrontières¹⁶ ou internationaux soient le plus possible facilités, ou libres, et que les décisions d’investissement, que les choix économiques, soient les plus efficaces possibles car « la liberté des échanges entre nations optimise le total des satisfactions dans les économies mises ainsi en rapport, de la même manière et pour les mêmes raisons que la libre initiative optimise, dans une nation, le total des satisfactions de la population »¹⁷. Pour autant, si la philosophie qui soutient le libre-échange semble la plus propice au développement économique, il ne saurait être question de donner un blanc-seing à ce système. En effet, un certain contrôle et un certain interventionnisme apparaissent nécessaires et souhaitables afin de corriger et/ou de prévenir des excès qui peuvent se révéler contre-productifs et dévastateurs pour l’économie mondiale (l’actualité économique et financière, en particulier depuis 2008, le démontre). Cet aspect sera abordé de manière plus concrète ultérieurement.

¹³ Ibid., p. 421.

¹⁴ Ibid., p. 421.

¹⁵ Le terme efficient doit être défini et distingué de celui d’efficace. Selon le *Pluridictionnaire Larousse* édition 1977, est efficient ce qui produit réellement un effet ; alors qu’est seulement efficace une chose qui produit l’effet attendu.

¹⁶ Le terme transfrontière sera utilisé de manière indifférente avec celui de transfrontalier.

¹⁷ LAURE Maurice *Science fiscale*, op. cit., p. 91.

Afin de permettre la réalisation du libre-échange, et sous l'impulsion des acteurs du commerce qui favorisent les contacts internationaux, les Etats ont été amenés à mettre en place des outils qui permettent de réaliser une telle liberté des échanges. L'idéal prôné est que, sur la base de raisons économiques (qualité de la main d'œuvre, qualité des infrastructures...), un investissement donné soit réalisé dans tel pays, car c'est dans ce pays que cet investissement produira la plus grande richesse. Il faut donc que soit proscrite toute intervention qui conduirait à modifier ce schéma d'investissement.

Au premier rang de ceux qui ne doivent pas intervenir de façon à perturber ce schéma, au risque de mettre en péril le développement mondial le plus efficient, se trouvent les Etats. Or, ces derniers développent des systèmes fiscaux en vue de financer leurs programmes publics ; la fiscalité est donc une absolue nécessité pour les Etats et ceux qui profitent de leurs programmes¹⁸. Programmes qui s'avèrent être une des raisons d'être des Etats, car, comme l'a écrit Gaston JEZE, l'Etat est une :

« *organisation pour la satisfaction des besoins et des intérêts communs*. Les éléments essentiels de cette organisation sont : des *individus*, qui gèrent les affaires communes ; des *choses*, au moyen desquelles les agents publics s'acquittent de leur tâche. Ces *choses* sont des *fonds de terre* (routes, chemins, rues, etc.), des *maisons* (palais de justice, écoles, forteresses, casernes, hôpitaux, etc.), des *meubles* (navires de guerre, armes, munitions, livres, etc.), de *l'argent*. Il est manifestement impossible aux agents publics de remplir leurs fonctions étatiques sans ces choses. En particulier, il leur faut de *l'argent* : il faut de l'argent pour se procurer, entretenir, remplacer les instruments de production, les choses nécessaires à l'accomplissement des tâches étatiques »¹⁹.

¹⁸ Il convient cependant de préciser que les Etats peuvent également se financer par l'emprunt ou la dette sans que ce moyen de financement ne puisse apporter à un Etat les ressources qui lui sont nécessaires. De plus, les bailleurs de fonds sont attentifs au niveau des recettes fiscales d'un Etat aussi bien pour déterminer le taux d'intérêt que le montant de dette souveraine qu'ils sont prêts à souscrire (v. par ex. Moody's Downgrades Greek Debt Over Tax Collection Concerns, *World Tax Daily*, 9 mars 2011 (traduction libre de l'auteur : Moody's abaisse la note de la dette grecque pour des raisons liées au recouvrement de l'impôt)). Ainsi l'impôt est-il nécessaire aux Etats aussi bien pour financer directement leurs programmes publics que pour emprunter dans le cas où leurs dépenses ne sont pas couvertes en totalité par leurs recettes fiscales.

¹⁹ JEZE Gaston, *Cours de finances publiques 1930-1931, professé à la Faculté de droit de l'Université de Paris pendant le deuxième semestre 1930-1931 - Théories générales sur les phénomènes financiers, les dépenses publiques, le crédit public ; les taxes ; l'impôt*, Marcel Giard, 1931, p. 1. Ouvrage ci-après désigné : *Cours de finances publiques 1930-1931*.

Cependant, l'impôt n'est pas neutre ; il a une répercussion sur les échanges. En effet, les systèmes fiscaux des Etats conduisent à prélever une fraction de la richesse générée sur leur territoire et/ou de la richesse qui revient aux personnes physiques et/ou morales qui y sont installées. En raison de la fiscalité, il y a donc de fortes chances pour que, la plupart du temps, ces échanges soient déformés par rapport à ce qu'ils devraient être dans des conditions optimales²⁰ ou encore que « les conditions de la concurrence économique [se trouvent] modifiées par l'impôt au profit ou à l'encontre de telle ou telle branche de la production [car] l'impôt est un prélèvement forcé sur les patrimoines individuels, il constitue une gêne à l'activité des individus. Le coût de production se trouve augmenté. Il y a diminution de la puissance de production du pays »²¹.

Ainsi, « l'impôt pourra produire des effets sur la production. Il se peut que le producteur regagne l'impôt soit en livrant des produits inférieurs, soit en réduisant le travail et le capital employés, par l'utilisation d'une découverte ou d'un progrès technique »²². Dans certains cas, comme celui d'un impôt sur une marchandise, « le producteur élève son prix en conséquence. L'acheteur paie plus cher, mais achète moins. Dans ces conditions, il se peut que l'impôt entraîne une perte à la fois pour le vendeur à raison de cette consommation moindre et malgré la répercussion, et pour l'acheteur en raison de la répercussion »²³. Car après tout : « la répercussion est un phénomène qui n'obéit pas docilement aux prescriptions du législateur ; celui-ci doit donc en calculer les conséquences avant d'établir un impôt »²⁴. Cependant, ce qui est vrai pour l'instauration d'une imposition l'est, réciproquement, pour son allègement.

Par conséquent, l'essor économique et des échanges a eu pour effet de placer au cœur du débat économique, mais aussi politique et juridique, les questions de répartition des prétentions fiscales des Etats et de la ou des conséquences de cette répartition sur les contribuables, et par extension sur l'économie internationale²⁵. En effet, la fiscalité des Etats touche directement au résultat engendré par les décisions économiques. Cela fait craindre à certains qu' « un démon redoutable, celui de

²⁰ LAURE Maurice *Science fiscale*, op. cit., p. 110.

²¹ JEZE Gaston, *Cours de finances publiques 1930-1931*, op. cit., p. 482.

²² Ibid., p. 488.

²³ Ibid., p. 489.

²⁴ Ibid., p. 490.

l'interventionnisme, rôle en matière fiscale » et que ceux qu'il induirait en tentation seraient enclins à user du poids de la puissance publique afin « de modifier la valeur de certaines caractéristiques de l'équilibre économique par rapport à celles résultant du libre jeu de l'économie de marché »²⁶. Pour d'autres au contraire, le principe d'interventionnisme fonde, dans une critique du libéralisme économique, « des dispositions permettant de remédier aux déséquilibres que le libre jeu du marché produit ou ne peut corriger ». C'est ainsi qu'il justifierait « l'offre systématique d'avantages fiscaux des codes des investissements de nombreux pays en développement, les statuts de zones franches, comme toutes mesures fiscales favorisant des productions, des entreprises ou des territoires »²⁷.

Le point de départ de la réflexion entre fiscalité et développement économique remonte au moins à Adam SMITH. En effet, à la suite de ses travaux²⁸, il est entendu qu'un système fiscal doit être juste, économiquement efficient et raisonnablement facile à administrer et à s'y conformer. Ou encore que « de nos jours, l'impôt doit concourir à optimiser l'intérêt public, dans le respect des règles de la démocratie et de l'économie de marché »²⁹.

Le droit fiscal se définit alors comme le droit qui permet la collecte de recettes pour un Etat et qui, pour ce faire, établit les règles d'un système conduisant à déterminer une assiette, des modalités de liquidation et d'autres de recouvrement³⁰. Du fait de la spécificité de son objet, ainsi que l'écrivait Maurice COZIAN, le droit fiscal a « ses propres sources, ses propres concepts, son propre esprit »³¹.

²⁵ FORST David L., The U.S. International Tax Treatment of Partnerships, *Berkeley Journal of International Law*, 1996, Volume 14, p. 241.

²⁶ LAURE Maurice *Science fiscale*, op. cit., p. 37.

²⁷ CASTAGNEDE Bernard, *Précis de fiscalité internationale*, PUF, coll. fiscalité, 2^{ème} éd., février 2006, p. 18.

²⁸ SMITH Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, éd. de Londres, 1776. Titre en français : *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*. V. aussi en ce sens GRAETZ Michael J., The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies, *New York University School of Law Tax Law Review*, printemps 2001, Volume 54, pp. 261 à 337 ; NERUDOVA Danuše et ŠIROKÝ Jan, The Principle of Neutrality: VAT/GST v. Direct Taxation, dans LANG Michael, MELZ Peter et KRISTOFFERSSON Eleonor, *Value Added Tax and Direct Taxation - Similarities and Differences*, IBFD, décembre 2009, 1296 p.

²⁹ LAURE Maurice, *Science fiscale*, op. cit., p. 41. V. également dans ce sens HOLMES Kevin, *International Tax Policy and Double Tax Treaties – An Introduction to Principles and Application*, IBFD, décembre 2007, pp. 4 à 6.

³⁰ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Quadriga / Presses Universitaires de France, mai 2000, p. 386.

³¹ COZIAN Maurice, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, op. cit., p. 5.

Parmi les branches du droit fiscal, le droit fiscal international traite de l'ensemble des questions de droit fiscal qui comportent un élément d'extranéité³². Il est le droit qui concerne les relations liées à la fiscalité entre nations (au sens d'Etat) et qui s'applique tantôt à la source du droit (celui-ci émanant non d'un Etat seul, mais de plusieurs, ou de la communauté internationale), tantôt à son objet (la règle émanant d'un seul Etat mais visant des situations qui en intéressent plusieurs)³³. Dès lors, si « le droit fiscal [français] est constitué à l'évidence par un corps de règles spécifiques qui sont insérées dans le Code général des impôts »³⁴, il en découle que les règles juridiques applicables aux rapports internationaux en matière fiscale sont d'abord, et fondamentalement, issues des législations nationales³⁵.

Cette première source du droit fiscal international est propre à chaque Etat qui la façonne souverainement mais en concurrence avec celle des autres en raison du contexte actuel d'économie mondialisée. Un tel exercice, parallèle et concurrent, peut soit conduire à un alourdissement de la charge fiscale soit, au contraire, à son allègement. Il y a alors de véritables risques, dans le premier cas, de double imposition (internationale)³⁶ et, dans le second cas, de fuite devant l'impôt³⁷. Dès lors, et afin d'éviter ces écueils, les règles de droit fiscal international procèdent également d'une autre source, à savoir les traités internationaux que sont les conventions fiscales³⁸.

Selon le Professeur Bernard CASTAGNEDE, le terme convention fiscale désigne les accords visant à un ajustement d'ensemble des juridictions fiscales concernées, du moins pour une catégorie d'impositions (impôt sur le revenu, et, éventuellement, la fortune, impôts sur les successions, ou sur les donations), une même convention fiscale pouvant, le cas échéant, englober plusieurs de ces catégories fiscales³⁹.

³² GEST Guy et TIXIER Gilbert, *Droit fiscal international*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^{ème} éd. refondue, 1990, p. 14.

³³ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 473.

³⁴ COZIAN Maurice, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, op. cit., p. 5.

³⁵ GEST Guy et TIXIER Gilbert, *Droit fiscal international*, op. cit., p. 13.

³⁶ La double imposition est donc « le heurt de deux ou plusieurs souverainetés fiscales, dans la concurrence entre deux ou plusieurs compétences fiscales » *ibid.* p. 19. Si la double imposition peut également être un phénomène interne, l'étude sera circonscrite à celle internationale.

³⁷ *Ibid.*, p. 14.

³⁸ *Ibid.*, p. 13.

³⁹ CASTAGNEDE Bernard, *Précis de fiscalité internationale*, op. cit., p. 13.

Ces conventions sont le fruit d'un compromis réciproque entre deux ou plusieurs Etats, même si les conventions multilatérales⁴⁰ sont, de manière notable, moins nombreuses que celles bilatérales. Ces dernières expriment, « l'attachement des Etats à leur souveraineté fiscale, à laquelle ils n'entendent apporter de restriction qu'au coup par coup, et la singularité des relations économiques d'un Etat à l'autre, justifiant une adaptation de l'accord fiscal à chacun des contextes rencontrés »⁴¹.

Une fois l'assiette imposable⁴² répartie entre les Etats parties à la convention, il est alors possible de supprimer, ou tout au moins de limiter le plus possible, les « effets néfastes sur l'échange de biens et services et sur les mouvements de capitaux, de technologies et de personnes »⁴³ qui résultent des phénomènes dits de double imposition internationale et ainsi de favoriser le développement des relations économiques entre les Etats. S'il faudra revenir ultérieurement sur cette notion de double imposition internationale, il apparaît intéressant de souligner ici l'un des principaux effets néfastes associés à ces phénomènes, et de noter que cette nocivité a été soulignée de longue date :

« Dans la mesure où il s'agit des impôts qui existaient à l'époque où un placement a été effectué, le mot de « charge » est mal choisi pour caractériser les effets de la double imposition. Celle-ci ne peut à bon droit être appelée une « charge » que si tout obstacle empêchant d'agir librement peut recevoir ce nom. En effet, la double imposition constitue plutôt une « barrière », et là où la double imposition se manifeste, elle est en général annulée par le jeu ordinaire des forces

⁴⁰ A titre d'exemple il est possible de citer la convention fiscale entre les pays andins (Bolivie, Chili, Colombie, Equateur et Pérou), convention contre la double imposition, signée le 16 novembre 1971 ; la convention des pays des Caraïbes (1994 Caribbean Community Double Taxation Agreement), ou encore l'accord multilatéral de 1983 relatif à la double imposition entre les pays nordiques (Finlande, Suède, Danemark, Islande et Norvège). En outre, il existe une Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale qui a été élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe et de l'OCDE (convention signée à Strasbourg le 25 janvier 1988 et entrée en vigueur le 1^{er} avril 1995. Cette convention a été mise à jour sous la forme d'un protocole d'amendement signé les 27 et 28 mai 2010 lors de la réunion annuelle du Conseil de l'OCDE au niveau des Ministres). Pour d'autres conventions V. HOLMES Kevin, *International Tax Policy and Double Tax Treaties – An Introduction to Principles and Application*, op. cit., pp. 63 à 65.

⁴¹ CASTAGNEDE Bernard, *Précis de fiscalité internationale*, op. cit., p. 13.

⁴² Pour certains revenus le taux d'imposition maximum est également déterminé. Il est cependant à noter que de nos jours les conventions fiscales poursuivent des objectifs diversifiés. En effet, « à côté de l'ajustement des souverainetés fiscales, les traités fiscaux permettent la collaboration des administrations fiscales, en matière de recouvrement de l'impôt, comme en matière d'assistance. L'assistance administrative conventionnellement organisée est un moyen efficace de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales ». CASTAGNEDE Bernard, *Précis de fiscalité internationale*, op. cit., pp. 14 et 15.

⁴³ *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2010*, OCDE, 14 septembre 2011, p. 7. A noter, il s'agit de la dernière version du Modèle qui ait été publiée en français, mais une mise à jour est intervenue le 17 août 2010 et la version condensée actualisée a été publiée en seule langue anglaise le 1^{er} septembre 2010, sans apporter de

économiques. [...] Tout placement déjà effectué dans la région où la barrière vient à être placée supporte une charge ; tout placement fait ultérieurement par un étranger et qui franchit la barrière évite cette même charge. Mais, bien des placements virtuels sont empêchés et la région en question est « barrée » et non « frappée d'une charge »⁴⁴.

Ainsi, au contraire du droit fiscal international qui procède de la législation interne des Etats⁴⁵, les conventions fiscales tendent à établir, ou à préserver, une absence d'influence de la fiscalité sur le comportement des opérateurs économiques en écartant la barrière formée par les phénomènes dits de double imposition⁴⁶, contrairement à l'idée de justice mais aussi à la règle de l'uniformité de l'impôt encore appelée « égalité devant les charges publiques »⁴⁷.

Cette volonté de ne pas influencer les opérateurs économiques par le biais de la fiscalité est également marquée dans l'article 24 du Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après le MOCDE ou le Modèle). Cette disposition énonce le principe suivant de non-discrimination : « Les nationaux d'un Etat contractant ne sont soumis dans l'autre Etat contractant à aucune imposition ou obligation y relative, qui est autre ou plus lourde que celles auxquelles sont ou pourront être assujettis les nationaux de cet autre Etat qui se trouvent dans la même situation, notamment au regard de la résidence ». Il paraît en effet difficile de concevoir que la fiscalité n'ait pas d'influence quand les ressortissants de l'un des Etats contractants sont frappés d'imposition(s) et/ou d'obligation(s) plus lourde(s) dans le ou les autres Etats contractants

modification par rapport au Modèle de 2008 sur la partie ici citée. Dans la présente étude il sera fait référence à la version du Modèle de 2008 sauf lorsque celle publiée en 2010 aura apporté des modifications de fond et pas une simple renumérotation.

⁴⁴ BRUINS, EINAUDI, SELIGMAN et STAMP Josiah (Sir), *Rapport sur la double imposition, présenté au Comité financier - Société des nations, Commission économique et financière*, Société des nations, 1923, n° E.F.S. 73 - F19, p. 8.

⁴⁵ Abstraction faite des mesures internes et unilatérales d'élimination des phénomènes dits de double imposition.

⁴⁶ Le Modèle OCDE affirme clairement cet objectif : « Le principal objectif des conventions de double imposition est de promouvoir les échanges de biens et services et les mouvements des capitaux et des personnes, en éliminant la double imposition internationale » *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2010*, op. cit., Commentaires sur l'article 1, point 7, p. 63.

⁴⁷ JEZE Gaston, *Cours de finances publiques 1930-1931*, op. cit., pp. 474 et 475. Comme l'a écrit cet auteur ce principe « est très clair si on le rapproche des circonstances historiques dans lesquelles il a été proclamé : on a voulu mettre fin à des privilèges soit individuels, soit territoriaux qui donnaient lieu à des abus que l'on jugeait intolérables ». Pour de plus amples explications sur la règle d'uniformité de l'impôt v. les pages 457 à 476 ; et de manière plus large encore les pages 445 à 528 sur la « théorie générale de l'impôt ».

en comparaison des ressortissants, situés dans une situation au moins similaire si ce n'est identique, de ce ou ces derniers Etats.

Cette obligation est d'autant plus importante que le recours à « des dispositifs fiscaux, y compris dans leurs aspects internationaux, à des fins de politique économique, n'est pas une pratique nouvelle des Etats ». Ces derniers, depuis au moins la seconde moitié du XX^e siècle, mettent en œuvre des politiques fiscales internationales qui « favorisent la réalisation d'objectifs de politique économique extérieure, tels que l'amélioration de leur balance commerciale, le déploiement international de leurs entreprises, ou l'attraction sur leur territoire de capitaux, de technologie ou d'emploi ».⁴⁸

Pour autant, réduire à une obligation de ne pas faire l'attitude que doivent adopter les Etats s'avérerait non seulement réducteur en matière économique et d'échanges internationaux, mais aussi contraire à la réalité puisqu'ils agissent de manière positive en vue de développer, dans leur propre intérêt, le commerce international par la conclusion de conventions fiscales (même si ces dernières leur enjoignent de limiter leur fiscalité nationale). Cependant, les traités fiscaux sont relativement récents dans l'histoire moderne ; le premier de ce type remonterait à l'accord signé en 1840 entre la France et la Belgique⁴⁹. Il faudra attendre 1928 pour voir apparaître un premier modèle de convention fiscale, celui préparé par la Société des nations et surtout 1963 pour celui de l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après l'OCDE). Les Etats n'ont bien sûr pas été en reste durant cette période. Si le nombre de conventions a cru durant l'entre-deux-guerres, l'essor économique ci-avant décrit les a d'abord conduits à conclure d'autres types d'accord : d'amitié, d'investissement, d'établissement, de commerce et de développement, douanier...

C'est également dans cette perspective de prospérité des échanges que de nombreuses organisations à vocation commerciale ont vu le jour et parfois de manière très ancienne. Telles, au Moyen-âge, les hanses, associations professionnelles de

⁴⁸ CASTAGNEDE Bernard, *Précis de fiscalité internationale*, op. cit., p. 17.

⁴⁹ D'autres conventions de cette nature apparurent entre les Etats qui composaient la Prusse au XIX^e siècle, il y eut ensuite une convention entre la Prusse et l'Autriche en 1899 et entre l'Autriche et la Hongrie en 1909. Cependant, les conventions fiscales restent rares avant les années 1920. V. HOLMES Kevin, *International Tax Policy and Double Tax Treaties – An Introduction to Principles and Application*, op. cit., p. 56.

marchands exerçant une activité commune⁵⁰. La plus importante, et parmi les plus anciennes de ces hanses, fut la Ligue Hanséatique⁵¹ dont les origines remontent à 1070, et qui s'est véritablement amorcée avec l'alliance entre les villes de Hambourg et de Lübeck en 1241⁵². Le fonctionnement et l'organisation des hanses les font s'apparenter à un accord de coopération économique qui s'appuyait sur des privilèges en termes d'exercice de l'activité commerciale, et semble-t-il, sans prise en compte de considérations fiscales.

A l'époque moderne et contemporaine, il est possible de dénombrer plusieurs organisations de libre-échange présentant un degré d'intégration variable, dont certaines ont une vocation mondiale (tel est le cas notamment du GATT⁵³ qui donna le jour à l'OMC⁵⁴) tandis que d'autres, plus nombreuses, ont une vocation régionale.

De nos jours, il est possible de citer, parmi les organisations territoriales les plus connues, l'ALENA⁵⁵, le MERCOSUR⁵⁶, l'APEC⁵⁷, l'ASEAN⁵⁸ ou encore l'AELE⁵⁹.

⁵⁰ Il est possible de citer quelques hanses connues ou importantes comme celle de Paris (v. PICARDA Emile, *Les marchands de l'eau : Hanse parisienne et Compagnie française*, éditions E. Bouillon, 1901, 79 p.), de Londres (v. PIRENNE Henri, *La hanse flamande de Londres, Bulletins de l'Académie royale de Belgique*, 1899, volume XXXVII n°1, pp. 65 à 108.) ou encore entre les villes du Nord de la France et des Pays-Bas comme la Hanse drapière des XVII villes (CAROLUS-BARRE Louis, *Les XVII villes, une hanse vouée au grand commerce de la draperie, Comptes-rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 1965, Volume 109, n°1, pp. 20 à 30.).

⁵¹ La Ligue Hanséatique est l'association des villes marchandes de l'Europe du Nord autour de la mer du Nord et de la mer Baltique. Elle se distinguait des autres en ce que son commerce reposait sur des privilèges jalousement défendus qui leur avaient été octroyés par divers souverains européens. Active du XIII^e au XVII^e siècle, elle eut pendant trois siècles (du XIII^e au XV^e), un rôle dominant sur le plan commercial, puis politique, en Europe.

⁵² « La Hanse ou Ligue hanséatique prit naissance en 1241 par le traité formé entre Hambourg et Lubeck dans le but de protéger leur commerce contre les pirates de la Baltique et de défendre leurs franchises contre les princes voisins. Les avantages que produisit cette union engagèrent bientôt un grand nombre de villes à s'y faire admettre. A Hambourg et Lubeck se joignirent successivement Brême, Bruges, Dantzick, et plus tard Dunkerque, Anvers, Ostende, Dordrecht, Rotterdam, Amsterdam, etc. ; on y ajoute même Calais, Rouen, St-Malo, Bordeaux, Bayonne, Marseille, Barcelone, Séville, Cadix, Lisbonne, ainsi que Livourne, Messine et Naples. Au moment de la plus grande prospérité, la Ligue compta jusqu'à 80 villes. On les divisait en 4 sections, à la tête desquelles étaient Lubeck, Cologne, Brunswick et Dantzick, chacune avec une assemblée annuelle. Tous les trois ans, les députés de la confédération se réunissaient, le plus souvent à Lubeck. Chaque ville fournissait son contingent militaire et sa contribution en argent. La Ligue avait son droit maritime particulier. Pendant quelques siècles, cette association fleurit et étendit au loin son commerce ; mais à partir du XV^e siècle, la découverte de l'Amérique et l'extension de commerce maritime qui en fut la suite la firent déchoir rapidement : elle fut dissoute en 1630, et se trouva réduite aux trois villes » de Hambourg, de Brême et de Lübeck V. BOUILLET Marie-Nicolas, *Dictionnaire universel d'histoire et de géographie*, Hachette, 1878, p. 833 (ouvrage revu et continué par Alexis Chassang).

⁵³ General Agreement on Tariffs and Trade ou Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, signé à Genève le 30 octobre 1947 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1948. Le GATT repose sur des principes visant à favoriser les échanges internationaux en réduisant dans un premier temps les droits de douanes, avant de s'intéresser aux barrières non douanières.

⁵⁴ Organisation mondiale du commerce dont les accords sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1995. Actuellement composée de 153 membres (Etats ou territoires dont l'UE) et 31 observateurs. Les 27 Etats de l'UE sont membres de l'OMC à part entière. La Commission européenne s'exprime au nom de tous ses membres à presque toutes les réunions de l'OMC.

⁵⁵ Accord de libre-échange nord-américain (en anglais NAFTA pour North American Free Trade Agreement), qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994 entre le Canada, les Etats-Unis et le Mexique.

⁵⁶ Mercado común del Sur ou Marché commun du Sud, dont les accords ont été signés le 26 mars 1991 et qui regroupe l'Argentine, le Brésil, l'Uruguay, le Paraguay, le Venezuela (membres permanents) et la Bolivie, le Chili, le Pérou, la Colombie et l'Equateur (pays associés).

⁵⁷ Asia-Pacific Economic Cooperation ou Coopération économique pour l'Asie-Pacifique qui a été créée en 1989 et qui regroupe désormais les Etats membres de l'ALENA ainsi que l'Australie, le Brunei, l'Indonésie, le Japon, la Corée du Sud, la Malaisie, la Nouvelle Zélande, les Philippines, Singapour, la Thaïlande, la Chine, Hong-Kong, Taïwan, le Chili, le Pérou, la Russie et le Viêt-Nam.

Ces organisations traduisent un phénomène de “régionalisation” du monde, au moins au plan économique, faisant que les acteurs économiques évoluent de plus en plus rarement dans les frontières d’un seul Etat, et bien plus souvent dans les limites d’une région du monde. L’importance du commerce intra-régional est d’ailleurs mise en évidence par l’évolution récente du commerce international. Ainsi, la division du monde en trois régions principales (Amérique du Nord, Europe de l’Ouest et Asie) montre que ce commerce représente dans le cas de l’Union européenne 67,5% des exportations totales de ses pays membres en 2001. Dans l’ALENA, le même phénomène est constaté avec les exportations des pays membres qui s’orientent à 39,5% vers l’un des trois membres de la zone de libre-échange (Mexique, Canada, Etats-Unis)⁶⁰. Il en ressort donc que de nos jours les échanges s’organisent de plus en plus dans un cadre régional, et que c’est particulièrement le cas dans la plus ancienne et la plus intégrée économiquement de ces organisations : l’Union européenne⁶¹.

Mais au-delà du nombre, il est surtout frappant de constater le caractère protéiforme en termes de niveau d’intégration de ces organisations régionales à vocation économique. Pourtant, quel que soit le degré d’intégration il est constant que la fiscalité directe reste (ou alors très à la marge) hors du champ visé par les accords d’intégration régionale, mis à part le dernier stade, qui concernent au premier plan les droits de douane, les droits d’accise et d’autres impositions indirectes (considérés comme les premiers obstacles au libre-échange). Ainsi, selon l’économiste

⁵⁸ Association of South East Asiatic Nations (en français ANASE pour Association des nations de l’Asie du Sud-Est) dont le traité a été signé à Bangkok en 1968 et qui a été relancée par le traité de Bali en 1976. Elle regroupe Singapour, Brunei (entré en 1984), Indonésie, Malaisie, Philippines, Viêt-Nam (depuis 1995), Birmanie (ou Myanmar) et Laos (depuis 1997).

⁵⁹ Accord européen de libre-échange (en anglais European Free Trade Association ou EFTA) dont l’accord a été signé à Stockholm le 4 janvier 1960 entre le Royaume-Uni, la Norvège, le Danemark, la Suisse, le Portugal, la Suède et l’Autriche. L’Islande a adhéré en 1970, la Finlande en 1986 et le Liechtenstein en 1991. Cependant, de nombreux membres Etats ont quitté l’AELE pour rejoindre la Communauté européenne : le Royaume-Uni et le Danemark en 1973, le Portugal en 1986, l’Autriche, la Suède et la Finlande en 1995. L’AELE est désormais composée de quatre Etats membres : la Suisse, le Liechtenstein, l’Islande et la Norvège. A noter, ces trois derniers Etats ont créé avec l’Union européenne l’Espace économique européen (EEE) qui est un accord de libre-échange signé le 2 mai 1992 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, entre les Etats membres de la Communauté Européenne (depuis le 1^{er} janvier 2009, l’Union Européenne) et trois des quatre Etats qui composent l’AELE (le Royaume de Norvège, la Principauté du Liechtenstein et la République d’Islande) v. *JOCE* du 3 janvier 1994, n° L 1, pp. 3 à 522.

⁶⁰ COMBE Emmanuel, *Précis d’économie*, op.cit., p. 375. Cependant, la constitution de ces zones ne conduit pas à ce qu’elles fonctionnent en autarcie les unes par rapport aux autres. Au contraire, « pour ce qui est du commerce interrégional, les flux de commerce de l’Amérique du Nord vers l’Asie sont plus importants que les flux de commerce à destination de l’Union européenne ; il en va de même pour les pays asiatiques qui commercent davantage avec l’Amérique du Nord qu’avec l’Europe » (ibid.). Loin d’une opposition entre mondialisation et régionalisation, un compromis s’affirme qu’il est possible de « qualifier de régionalisme ouvert » (v. NÈME Colette, *Les intégrations régionales à l’aube du XXI^e siècle*, dans UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS, PARIS II, *Clés pour le siècle*, Dalloz, coll. études, mélanges, travaux, juin 2000, p. 945).

⁶¹ Sur l’histoire et l’évolution de l’intégration régionale européenne v. NÈME Colette, *Les intégrations régionales à l’aube du XXI^e siècle*, dans UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS, PARIS II, *Clés pour le siècle*, op. cit., pp. 945 à 967 et en particulier les pages 945 à 948.

BALASSA⁶², il est possible d'identifier six degrés d'intégration économique territoriale⁶³ ayant pour objectif de permettre une plus grande libéralisation des échanges. En ordre croissant, il convient de distinguer :

- La **coopération économique** ou zone d'échanges préférentiels, qui a pour objectif de faciliter le commerce entre les membres et d'éliminer certaines barrières aux investissements ou aux implantations⁶⁴.
- La **zone de libre-échange**, où les partenaires échangent librement leurs marchandises grâce à la suppression des obstacles tarifaires et non-tarifaires. La réglementation des échanges de produits avec le reste du monde demeure du ressort des politiques commerciales nationales (les pays membres conservent leur propre système douanier vis-à-vis des pays tiers).
- L'**union douanière** où les obstacles douaniers, quantitatifs et tarifaires sont éliminés (comme dans la zone de libre-échange) mais aussi où les Etats membres fixent un tarif extérieur commun. Ils adoptent donc une politique commerciale commune.
- Le **marché commun** qui résulte de l'ouverture de l'ensemble des marchés (des produits, du travail, des capitaux et éventuellement des services). Il repose donc sur la libre circulation des hommes et des capitaux.
- L'**union économique** qui ajoute au marché commun une harmonisation des politiques économiques débouchant sur l'union monétaire, voire la monnaie unique (il est alors fait référence à une union économique et monétaire). Cette forme d'intégration nécessite une régulation économique.

⁶² V. BELASSA Béla, *The Theory of Economic Integration*, R.D. Irwin, 1961, 308 p.

⁶³ Il serait même possible de distinguer un septième stade s'il est fait distinction de l'union économique et de l'union monétaire (v. infra). La position allemande est que la première est antérieure à la seconde tandis que la position française est que l'union monétaire est antérieure à l'union économique. Cependant, ce débat sur l'antériorité de l'une sur l'autre « s'est achevé sur leur complémentarité soulignée par le traité de Maastricht » NÈME Colette, *Les intégrations régionales à l'aube du XXI^e siècle*, dans UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS, PARIS II, *Clés pour le siècle*, op. cit., p. 958.

⁶⁴ Cela peut se réaliser selon deux méthodes d'abaissement partiel des droits de douane, soit la méthode par produits ou la méthode linéaire (25%, 50%, etc.). Un bon exemple d'une telle zone est l'ASEAN avant 1992 (date à laquelle est signé un accord de libre échange entre les membres de l'ASEAN) et la communauté économique des Etats d'Afrique Australe portugaise et britannique la SADC.

- **L'intégration politique**, dernier stade d'intégration, où les politiques économiques et sociales sont unifiées.

La construction européenne est un excellent exemple de ces différents stades d'intégration économique territoriale.

En effet, la **coopération économique** a été initiée avec la création de la Communauté économique du charbon et de l'acier (la CECA) dont le Traité fut signé le 18 avril 1951 entre la France, la République fédérale d'Allemagne, l'Italie, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas.

Avec le Traité de Rome de 1957⁶⁵ est mise en place une **zone économique de libre-échange** avec intégration progressive des économies des Etats membres par la création de la Communauté économique européenne (ci-après la CEE).

Cependant, en prévoyant la libre circulation des marchandises⁶⁶, qui « s'étend à l'ensemble des échanges de marchandises », la CEE va rapidement devenir une **union douanière** avec, tout d'abord, la suppression des barrières quantitatives (1^{er} janvier 1961), puis celle des droits de douane et l'adoption d'un tarif extérieur commun le 1^{er} juillet 1968⁶⁷. Compétence spéciale et exclusive de la CEE, l'union douanière va, sous l'impulsion de la liberté de circulation des marchandises, emporter l'interdiction, mais aussi l'élimination, entre les Etats membres, des restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation, ainsi que de toutes mesures d'effet équivalent aux droits de douane à l'importation et à l'exportation⁶⁸. Il sera précisé par la suite que « cette interdiction s'applique également aux droits de douane à caractère fiscal »⁶⁹.

En ce qui concerne le niveau suivant d'intégration, le **marché commun** ou unique, il était envisagé dès 1957. Le Traité de Rome prévoyait en effet que « l'élimination des obstacles existants appelle une action concertée en vue de garantir la stabilité dans

⁶⁵ Traité instituant la Communauté économique européenne, signé à Rome le 25 mars 1957 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958.

⁶⁶ Articles 28 et s. du TFUE et ex-articles 23 et s. du TCE.

⁶⁷ COMBE Emmanuel, *Précis d'économie*, op. cit., p. 433.

⁶⁸ Articles 30, 31, 34 et 35 du Traité de Rome. Articles 30, 34 et 35 du TFUE et ex-article 25, 28 et 29 du TCE.

⁶⁹ Article 30 du TFUE et ex-article 25 du TCE.

l'expansion, l'équilibre dans les échanges et la loyauté dans la concurrence »⁷⁰ ; manifestant le désir des Etats fondateurs « de contribuer, grâce à une politique commerciale commune, à la suppression progressive des restrictions aux échanges internationaux »⁷¹. Afin d'y parvenir l'article 2 de ce Traité précisait que la CEE devait passer, d'une part, « par le rapprochement progressif des politiques économiques des Etats membres » et, d'autre part, « par l'établissement d'un Marché commun ». Aux fins énoncées à cet article, l'article 3 disposait que « l'action de la Communauté comporte [notamment] l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux », « l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le Marché commun », et « le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du Marché commun ».

Il importe ici de noter que les Etats qui ont décidé la création de ce qui était alors la Communauté économique européenne s'accordaient, dès l'origine de la construction, sur la nécessité d'adopter un comportement, et donc une législation, qui soit sans influence à l'égard des uns et des autres pour ne pas fausser le jeu économique et la concurrence au sein de l'espace qu'ils avaient décidé de créer.

Pour autant, le marché commun n'est pas pleinement réalisé en Europe faute de portée reconnue aux autres libertés des Traités (notamment la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux). Pour y remédier, l'Acte unique européen signé les 17 et 28 février 1986, respectivement à Luxembourg et à La Haye, et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987, révisé le Traité de Rome. Il permet d'assurer, au 1^{er} janvier 1993, l'effectivité des libertés de circulation (sauf pour la libre circulation des capitaux et des paiements⁷²) accordées en droit depuis 1957 sous le nom de Marché commun ou de marché unique.

L'Acte unique européen aura par ailleurs initié un changement institutionnel majeur. En effet, il ouvre la voie au Traité de Maastricht⁷³ qui établira le Traité sur l'Union

⁷⁰ Préambule du Traité instituant la Communauté économique européenne, préc.

⁷¹ Ibid.

⁷² Cette liberté sera rendue effective par la directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du Traité, *JOCE*, 08 juillet 1988, n° L 178 pp. 5 à 18.

⁷³ Signé le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993. Les Traités d'Amsterdam, signé le 7 octobre 1997, et de Nice, signé le 26 février 2001, viendront modifier le Traité instituant la Communauté européenne.

européenne (ci-après le TUE) et le Traité instituant la Communauté européenne (ci-après le TCE), qui remplace la CEE. Ce Traité de Maastricht conduit à trois étapes successives. Tout d'abord, à compter du 1^{er} juillet 1990, la libéralisation de la circulation des capitaux. Ensuite, le 1^{er} janvier 1994, la convergence des politiques économiques des Etats membres ; ce qui permet à l'Europe d'atteindre le stade d'intégration régionale de l'**union économique**. Enfin, le 1^{er} janvier 1999, il conduit à l'**union monétaire** avec la création d'une monnaie unique et l'établissement d'une Banque centrale européenne. Ces évolutions permettent désormais d'envisager l'union politique, dernier niveau d'intégration régionale⁷⁴.

Afin de compléter cette présentation, il est à signaler qu'avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne⁷⁵, le 1^{er} décembre 2009, le TUE a été modifié et le TCE a été remplacé par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁷⁶ (ci-après le TFUE) puisque la Communauté européenne (la Communauté ou la CE) a été fondue dans l'Union européenne (ci-après l'UE ou l'Union), ce qui entraîné un certain nombre de modifications terminologiques⁷⁷.

Ainsi, ce sont les modifications considérables apportées par l'Acte unique européen et le Traité de Maastricht qui ont permis le développement et la réalisation du Marché commun, désormais intérieur.

Or, ce dernier apparaît comme la pierre angulaire de l'ambition de la construction européenne et la source de l'obligation faite aux Etats membres de ne pas intervenir dans le jeu économique. En effet, le TFUE et celui qu'il remplace, le TCE, présentent l'instauration du Marché commun comme la première des politiques et des actions de

⁷⁴ Ce stade d'intégration était effleuré par le Traité établissant une constitution pour l'Europe, signé à Rome le 29 octobre 2004, qui a été abandonné après l'échec des referendums en France et aux Pays-Bas en 2005.

⁷⁵ Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, v. *JOUE* du 17 décembre 2007, n° C 306, pp. 1 à 271.

⁷⁶ Traité sur l'Union européenne, *JOUE* du 9 mai 2008, n° C 115, pp. 13 et s. ; Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *JOUE* du 9 mai 2008, n° C 115, pp. 45 et s.

⁷⁷ Il faut désormais parler de droit de l'Union européenne ou de l'Union et non plus de droit communautaire ; d'Union européenne ou d'Union en lieu et place de Communauté européenne ; de Cour de justice de l'Union européenne et plus de Cour de justice des Communautés européennes (ci-après la CJUE et la CJCE ou, de manière générale, de la Cour ou de la Cour de justice) ; de Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne puisqu'il remplace le Traité instituant la Communauté européenne et enfin de Marché intérieur au lieu de Marché commun ou de marché unique. Cependant, eu égard à l'ancienneté et au caractère usuel des termes en vigueur avant le Traité de Lisbonne et au fait qu'il s'agit essentiellement d'un changement sémantique, il sera indifféremment fait usage des deux terminologies ci-dessus mentionnées.

l'Union, et de feu la CE⁷⁸. La définition du Marché intérieur illustre, par elle-même, l'importance que ce dernier emporte pour l'Union puisqu'il est « un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités »⁷⁹. De manière incontestable le Marché intérieur est un espace profondément marqué par le libre-échange, puisque tout y est libre.

Cette définition a pour conséquence directe que « les Etats membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union [mais, également, qu'ils] facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union »⁸⁰.

De manière plus concrète, les Traités prévoient plusieurs obligations à l'endroit des Etats membres. Tout d'abord, « et sans préjudice des dispositions particulières [des Traités] est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité »⁸¹. Ce principe général trouve une expression particulière dans chacune des libertés fondamentales des Traités, véritables piliers et moteurs de la réalisation du Marché intérieur.

Tel est le cas de la libre circulation des marchandises (v. supra), mais aussi de la libre circulation des travailleurs⁸², qui « implique l'abolition de toute **discrimination**, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail ». Il en va de même en ce qui concerne les services⁸³, dès lors que « les **restrictions** à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un Etat membre autre que celui du destinataire de la prestation ». En outre, le droit

⁷⁸ Dans le TFUE la Troisième partie intitulée « Les politiques et actions internes de l'Union », a pour Titre 1^{er} « Le Marché intérieur », cf. *JOUE* n° C 115 du 9 mai 2008, p. 59.

⁷⁹ Article 26 du TFUE et ex-articles 3§1 c et 14§2 du TCE.

⁸⁰ Article 4§3 du Traité sur l'Union européenne énonce, respectivement deuxième et dernier alinéa. Il convient dès à présent de préciser que cette prescription dépasse le cadre de la fiscalité des Etats membres. En effet, il s'agit pour ces derniers de ne pas faire obstacle au Marché intérieur et ce en toutes circonstances et en tout domaine de leur droit ; sauf bien entendu les cas où le TUE et le TFUE prévoient qu'ils peuvent intervenir.

⁸¹ Article 18 du TFUE et ex-article 12 du TCE.

⁸² Articles 45 et s. du TFUE et ex-articles 39 et s. du TCE. Partie du texte mise en gras par l'auteur.

⁸³ Articles 56 et s. du TFUE et ex-articles 49 et s. du TCE. Partie du texte mise en gras par l'auteur.

d'établissement⁸⁴ prescrit que « les **restrictions** à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux **restrictions** à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un Etat membre établis sur le territoire d'un Etat membre ». Enfin, pour les capitaux et les paiements⁸⁵ « **toutes les restrictions** aux mouvements de capitaux [et] aux paiements [...] entre les Etats membres et entre les Etats membres et les pays tiers sont interdites ». Il convient d'ores et déjà de signaler que liberté d'établissement et libre circulation des capitaux jouent un rôle crucial en ce qui concerne les rapports entre droit communautaire et fiscalité directe ; et seront étudiées de manière prépondérante (v. infra).

Cependant, si l'élaboration et les développements du Marché intérieur ont amené la chute des barrières douanières et tarifaires, et ont donc favorisé le commerce international et les échanges, cela a également conduit à ne laisser aux Etats que le seul outil fiscal pour espérer attirer sur leur territoire les investissements. A cet effet, la fiscalité internationale apparaît comme un outil de prédilection, mais elle pourrait être par trop limitée ou encadrée compte tenu des exigences du Marché intérieur⁸⁶, bien que la question fiscale entretienne des rapports *a priori* distants avec la construction européenne.

En effet, en ce qui concerne la fiscalité en général, il est intéressant de noter que le Traité de Rome ne la mentionne pas dans les actions de la Communauté⁸⁷ qui comprennent notamment, outre l'abolition des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes et des capitaux (v. supra), « l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le Marché commun » et « le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du Marché commun ». Par la suite, le TCE n'apportera aucune avancée en la matière et viendra même préciser que « la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité »⁸⁸. Enfin, l'article 3 du TFUE, qui énumère les domaines dans lesquels l'Union européenne a une compétence exclusive, ne vise pas la fiscalité. Au contraire, l'article 4 vient préciser que tout

⁸⁴ Articles 49 et s. du TFUE et ex-articles 43 et s. du TCE. Parties du texte mises en gras par l'auteur.

⁸⁵ Articles 63 et s. du TFUE et ex-articles 56 et s. du TCE. Parties du texte mises en gras par l'auteur.

⁸⁶ V. notamment en ce sens BERLIN Dominique, *Droit fiscal communautaire*, PUF, coll. Droit fondamental, 1988, pp. 61 à 208.

⁸⁷ Article 3 du Traité de Rome de 1957.

⁸⁸ Article 5 du TCE.

domaine qui n'est pas, de manière explicite, attribué à la compétence exclusive de l'Union européenne est un domaine de compétence partagée entre cette dernière et les Etats membres⁸⁹. Il en résulte donc que la fiscalité est, ce depuis l'origine de l'intégration européenne, un domaine de compétence partagée ce qui limite de manière singulière la marge d'intervention de l'Union dans ce domaine.

Cette limitation de la compétence communautaire se retrouve dans les possibilités de rapprocher les législations pour le bon fonctionnement du Marché commun. En effet, les Traités européens ont toujours prévu que le Conseil puisse arrêter « des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du Marché commun »⁹⁰.

En outre, dans le :

« cas où la Commission constate qu'une disparité existant entre les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des Etats membres fausse les conditions de concurrence sur le Marché commun et provoque, de ce fait, une distorsion qui doit être éliminée, elle entre en consultation avec les Etats membres intéressés.

Si cette consultation n'aboutit pas à un accord éliminant la distorsion en cause, le Conseil arrête, sur proposition de la Commission, les directives nécessaires à cette fin »⁹¹.

Mais dès le Traité de Rome, l'unanimité était requise pour qu'une directive permettant un tel rapprochement fut adoptée⁹². Si par la suite l'adoption de directives a été envisagée sans recours à l'unanimité, le Traité instituant la Communauté européenne a réservé un traitement spécifique à la fiscalité.

⁸⁹ Il sera noté que le paragraphe 2 de l'article 4, qui liste certains de ces domaines de compétence partagée, cite en premier le Marché intérieur, qui est donc un domaine de compétence partagée entre l'Union et les Etats membres.

⁹⁰ Article 100 du Traité de Rome. Article 115 du TFUE et ex-article 94 du TCE. A noter, l'article 115 du TFUE parle de Marché intérieur. Sur le rôle du droit communautaire en matière de fiscalité indirecte (interdictions, contrôle et processus décisionnel) v. notamment BERLIN Dominique, *Droit fiscal communautaire*, op. cit., pp. 154 à 175 et pp. 182 à 186.

⁹¹ Article 101 du Traité de Rome de 1957. Article 116 du TFUE et ex-article 96 du TCE.

Ainsi, l'article 94 TCE a repris l'article 100 du Traité de Rome, ce qui a maintenu le principe de l'unanimité. Cependant, l'article 95 (repris par l'article 114 du TFUE⁹³) est venu instaurer une dérogation à cette règle en son premier paragraphe en prévoyant les domaines où la procédure législative ordinaire⁹⁴ s'appliquera. Mais dans le deuxième paragraphe, il est précisé que cette procédure : « ne s'applique pas aux dispositions fiscales, aux dispositions relatives à la libre circulation des personnes et à celles relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés ». Dès lors, tout rapprochement des législations fiscales des Etats membres requiert toujours l'unanimité de ces derniers, quand bien même le fonctionnement du Marché intérieur se trouverait affecté par cette absence de rapprochement législatif. La porte d'entrée de la fiscalité dans le champ de compétence communautaire par le biais du rapprochement des législations, qui est l'une des politiques et actions internes de l'Union⁹⁵ pour la mise en place du Marché intérieur, apparaît donc bien difficile à ouvrir.

Pour autant, l'ambition communautaire étant d'établir un marché sans frontières intérieures, il paraissait pour le moins délicat, si ce n'est impossible, d'occulter la question de la fiscalité. C'est la raison pour laquelle les rédacteurs du Traité de Rome ont aménagé une distinction entre la fiscalité indirecte et la fiscalité directe en prévoyant des dispositions relatives à la première dans le Traité.

Il convient ici de s'arrêter sur la distinction qui doit être faite entre fiscalité directe et fiscalité indirecte⁹⁶. Ainsi, un impôt direct est un impôt établi nominativement d'après les facultés contributives personnelles du contribuable (revenus, fortune...) qui est perçu par voie de rôle nominatif (exception faite de l'impôt sur les sociétés en France) et supporté en principe par celui qui en est légalement le redevable⁹⁷. En

⁹² Article 100 du Traité de Rome de 1957.

⁹³ Ex-article 95 du TCE.

⁹⁴ Qui ne prévoit notamment pas un vote à l'unanimité des Etats membres.

⁹⁵ Troisième partie (les politiques et actions internes de l'Union), Titre VII (les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations), Chapitre 3 du TFUE. V. *JOUE* n° C 115 du 9 mai 2008, p. 91.

⁹⁶ Sur la différence entre la taxe sur la valeur ajoutée, les droits d'accises, les taxes sur la consommation et la fiscalité directe v. en particulier l'ouvrage collectif de LANG Michael, MELZ Peter et KRISTOFFERSSON Eleonor, *Value Added Tax and Direct Taxation - Similarities and Differences*, op.cit., et notamment les articles rédigés par ENGLISHCH Joachim, VAT/GST and Direct Taxes: Different Purposes ; O'CONNEL Xego Lesley et GOVENDER Rodney, VAT/GST and Direct Taxes: Different Purposes ; DE'CAPITANI DI VIMERCATE Paolo, VAT/GST and Direct Taxes: How can We Distinguish Them? ; GARBARINO Carlo, Hybrid Taxes and the Distinction Between VAT/GST and Direct Taxes: the Case of IRAP et SENTSOVA M., VAT and Direct Taxes: How to Distinguish. Pour une présentation et une analyse de la taxe sur la valeur ajoutée en France et en Europe v. LAURE Maurice, *Science fiscale*, op.cit., pp. 225 à 306.

⁹⁷ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 438.

revanche, un impôt indirect est un impôt non établi nominativement qui, frappant certains actes ou opérations (importations, mutations), peut être répercuté par le payeur légal sur le consommateur dont les facultés contributives sont ainsi appréhendées à l'occasion des dépenses qu'il engage, signe de richesse⁹⁸. Les travaux du Professeur Alexandre MAITROT DE LA MOTTE⁹⁹ se révèlent à ce propos très éclairants. Selon lui, le critère de la distinction « doit porter sur la matière imposable elle-même [ce qui implique de] recourir à un critère économique pour distinguer les impôts directs des impôts indirects, et de considérer que tous les impôts assis sur les revenus ou la fortune sont des impôts directs et que ceux qui frappent les dépenses sont des impôts indirects »¹⁰⁰.

En ce qui concerne la fiscalité indirecte, le Traité de 1957 comportait un certain nombre de références. Tel est le cas du chapitre intitulé « dispositions fiscales »¹⁰¹, qui précède celui sur le rapprochement des législations, et qui énonce :

« Aucun Etat membre ne frappe directement ou indirectement les produits des autres Etats membres d'impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent directement ou indirectement les produits nationaux similaires.

En outre, aucun Etat membre ne frappe les produits des autres Etats membres d'impositions intérieures de nature à protéger indirectement d'autres productions »¹⁰².

De plus : « Les produits exportés vers le territoire d'un des Etats membres ne peuvent bénéficier d'aucune ristourne d'impositions intérieures supérieure aux impositions dont ils ont été frappés directement ou indirectement »¹⁰³.

⁹⁸ Ibid., pp. 438 - 439.

⁹⁹ MAITROT DE LA MOTTE Alexandre, *Souveraineté fiscale et construction communautaire, Recherche sur les impôts directs*, LGDJ, coll. Bibliothèque de science financière, Tome 44, 2005, 537 p. V. en particulier les pp. 5 à 10 qui retracent l'historique des différentes thèses en la matière et développent la définition moderne.

¹⁰⁰ Ibid., p. 8. V. aussi pour des développements similaires et plus complets v. GEST Guy, TIXIER Gilbert, *Manuel de droit fiscal*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1986, 684 p.

¹⁰¹ V. Troisième partie (les politiques et actions internes de l'Union), Titre VII (les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations), Chapitre 2 du TFUE. V. *JOUE* n° C 115 du 9 mai 2008, p. 91.

¹⁰² Article 95 du Traité de Rome de 1957. Article 110 du TFUE et ex-article 90 du TCE.

¹⁰³ Article 111 du TFUE et ex-article 91 du TCE.

Cependant, et au cas où la rédaction de ces dispositions ne serait pas assez explicite quant au fait qu'elles ne concernent que la fiscalité indirecte, le dernier article¹⁰⁴ relatif aux dispositions fiscales vient préciser que la Commission « examine de quelle façon les législations des différents Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires, aux droits d'accises et autres impôts indirects [...] peuvent être harmonisées dans l'intérêt du Marché commun ». A compter du TCE, cette harmonisation sera décidée par le Conseil dans la mesure où elle se révèle être « nécessaire pour assurer l'établissement et le fonctionnement du Marché intérieur et éviter les distorsions de concurrence »¹⁰⁵. La conjonction de ces règles et de celles précédemment énoncées sur les droits de douane et les restrictions quantitatives, confirme que le droit communautaire est un « droit au service de la libération des échanges »¹⁰⁶.

En ce qui concerne la fiscalité directe, la situation est tout à la fois simple et complexe. Elle est simple car comme l'a écrit le Professeur Dominique BERLIN : « l'on chercherait vainement dans le Traité un article concernant la fiscalité directe des Etats membres. Il semble bien que ses rédacteurs aient entendu laisser hors de son domaine cette partie des impositions nationales » et, toujours selon lui, « ce silence est clair : les fiscalités directes sont restées en dehors du champ d'application du Traité »¹⁰⁷.

Certes, la création du Marché intérieur a induit de nombreuses obligations pour les Etats membres mais les Traités sont marqués par l'attachement des Etats membres à leur compétence en matière fiscale et l'article 100 du Traité de Rome¹⁰⁸ « ne pose aucune règle permettant de constater que les Etats ont effectivement limité leurs compétences en matière fiscale. Tout au contraire, il montre implicitement que de telles limitations ne pourront découler que des actes adoptés en ce domaine par le Conseil, statuant » à l'unanimité. Une telle procédure reflète la volonté d'exclure la

¹⁰⁴ Article 99 du Traité de Rome de 1957.

¹⁰⁵ Article 113 du TFUE et ex-article 93 du TCE.

¹⁰⁶ BERLIN Dominique, *Droit fiscal communautaire*, op. cit., pp. 237 à 349.

¹⁰⁷ Ibid., p. 187. Il est à noter que l'ex-article 293 du TCE et ancien article 220 du Traité instituant la Communauté économique européenne, faisait référence à la fiscalité directe en invitant les Etats membres à engager « en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants [...] l'élimination de la double imposition à l'intérieur de la Communauté ». Sur la suppression de cet article par le Traité de Lisbonne et les conséquences que cela peut avoir pour la construction fiscale communautaire voir : KEMMEREN Eric, After repeal of Article 293 EC Treaty under the Lisbon Treaty: the EU objective of eliminating double taxation can be applied more widely, *ECTR*, 2008, n°4, pp. 156 à 158 ; HINNEKENS Luc, The Uneasy Case and Fate of Article 293 Second Indent EC, *INTERTAX*, novembre 2009, n°11, pp. 602 à 609 ; NIEMINEN Martti, Abolition of Double Taxation in the Treaty of Lisbon, *Bulletin for International Taxation*, juin 2010, n°6, pp. 330 à 335.

¹⁰⁸ Article 115 du TFUE et ex-article 94 du TCE.

fiscalité directe du système de compétences communautaires¹⁰⁹.

La situation est cependant complexe car si la construction européenne a conduit à faire tomber les barrières tarifaires et douanières elle a par là même fait “ressortir” les barrières fiscales qui n’étaient pas concernées au premier chef par ladite construction. Si une certaine harmonisation de la fiscalité indirecte a pu être engagée, c’est parce que dès le Traité de Rome il est apparu que cette dernière serait un obstacle au Marché commun et à l’activité transnationale des sociétés. Mais pour la fiscalité directe, il est allé tout autrement car, de manière historique et traditionnelle, il s’agit d’un domaine où « la souveraineté de l’Etat se manifeste avec une particulière vigueur [et où les] Etats n’acceptent de s’autolimiter, à charge de réciprocité, que si leurs intérêts bien compris nécessitent cette autolimitation »¹¹⁰. Comme l’écrivait le Professeur Alexandre MAITROT DE LA MOTTE, « domaine régalien par excellence, la fiscalité directe est sans doute le meilleur symbole des défis auxquels l’Union européenne est confrontée »¹¹¹.

Comment alors expliquer le pas franchi par la Cour de justice en 1986 « qui a jugé contraire à l’article 52 relatif au droit d’établissement le régime fiscal français »¹¹² dit de l’avoir fiscal¹¹³ ? Car, si les libertés fondamentales « consacrées par le Traité correspondent à un certain nombre d’engagements de la part des Etats, dont, notamment celui d’éliminer, et de s’abstenir de toute restriction à l’exercice desdites libertés » et que ces « engagements couvraient certainement la fiscalité indirecte des Etats membres, [...] plus incertaine était l’applicabilité de ces différents engagements à la fiscalité directe des Etats membres »¹¹⁴.

¹⁰⁹ BERLIN Dominique, *Droit fiscal communautaire*, op. cit., p. 187.

¹¹⁰ GEST Guy et TIXIER Gilbert, *Droit fiscal international*, op.cit., pp. 13 et 14.

¹¹¹ MAITROT DE LA MOTTE Alexandre, *Souveraineté fiscale et construction communautaire, Recherche sur les impôts directs*, op. cit., p. 466.

¹¹² BERLIN Dominique, *Droit fiscal communautaire*, op. cit., pp. 205 et 206. La liberté d’établissement se trouve désormais à l’article 49 du TFUE ex-article 43 du TCE.

¹¹³ CJCE 28 janvier 1986, aff. C-270/83, Commission contre France, Recueil CJCE 1986, p. 273 ; affaire dite de l’*Avoir fiscal*. Afin d’être tout à fait précis, la première affaire ayant trait à la fiscalité directe est l’arrêt CJCE du 16 décembre 1960, aff. 6/60, Jean-E. Humblet c/ Etat belge, Recueil CJCE 1960, p. 1160. La première affaire où le principe de non-discrimination est appliqué à la fiscalité directe est l’arrêt CJCE 7 mai 1985, aff. C-18/84, Commission c/ France, Recueil CJCE 1985, p. 1339 ; arrêt rendu en matière de libre circulation des marchandises. Cependant, l’affaire de l’*Avoir fiscal* reste considérée comme celle fondatrice en la matière v. en ce sens : HINNEKENS Luc, The search for the framework conditions of the fundamental EC Treaty principles as applied by the European Court to Member States’ direct taxation, *ECTR* 2002, n° 3, p. 113 ; HINNEKENS Luc, European Court goes for robust tax principles for treaty freedoms. What about reasonable exceptions and balances?, *ECTR* 2004, n°2, pp. 65 à 67 ; HINNEKENS Luc, *Tendances récentes de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe*, L’Année fiscale 2004, PUF, mai 2004, pp. 39 à 73 et en particulier les pp. 40 à 42.

¹¹⁴ BERLIN Dominique, *Droit fiscal communautaire*, op. cit., pp. 205 et 206.

Au fur et à mesure que la construction européenne a progressé, le Marché intérieur s'est constitué, s'est étoffé et s'est développé, favorisant par là même la libération des échanges de biens, de services, des capitaux et les mouvements de personnes en raison de l'abolition des frontières intérieures. L'ensemble formé par les libertés fondamentales devait conduire à la rencontre avec la fiscalité directe car la Cour semble devoir faire plus que de simplement garder à l'esprit la réalisation du Marché intérieur. Les dispositions de l'article 26 du TFUE qui définissent les objectifs du Marché commun étant impératives et juridiquement contraignantes, la Cour n'aurait d'autre choix que d'interpréter les libertés de circulation de manière à assurer une application effective de ces dispositions et donc de ces objectifs¹¹⁵. Cela paraissait être une question de temps, puisque l'imposition directe est susceptible de constituer une barrière¹¹⁶ qui pourrait s'opposer ou restreindre la libération prônée par le Marché intérieur, quand bien même celle-ci n'a pas été insérée dans le champ des compétences de la Communauté.

C'est parce que la construction européenne a atteint un niveau de maturation qui ne peut tolérer des entraves de nature fiscale que le droit communautaire a été en mesure d'exercer un certain contrôle de la fiscalité directe. Ou comme l'a écrit le Professeur Dominique BERLIN dès 1988 :

« le contrôle communautaire sur les fiscalités directes est devenu possible par la réalisation progressive du Marché commun. Les droits garantis en la matière par le Traité sont à lire de nos jours au regard des nombreux textes et arrêts adoptés pour leur application. Du même coup la marge de manœuvre dont disposaient les Etats membres s'est considérablement amenuisée à mesure que l'acquis communautaire prenait plus d'importance »¹¹⁷.

Ainsi, l'interdiction des discriminations et du protectionnisme fiscal contenue dans le Traité, permet d'arriver à un certain encadrement de l'impôt, en tant qu'instrument de

¹¹⁵ V. en ce sens ENGLISCH Joachim, *The European Treaties' Implications for Direct Taxes*, *INTERTAX* août-septembre 2005, Volume 33, n° 8/9, p. 313.

¹¹⁶ Une barrière parmi d'autres mais symboliquement forte pour les Etats membres et ce d'autant plus qu'ils ont perdu le contrôle de leur monnaie avec la troisième étape du Traité de Maastricht (v. supra) et que leur politique économique est fortement encadrée par les Traités.

¹¹⁷ BERLIN Dominique, *Droit fiscal communautaire*, op. cit., p. 189.

l'action de l'Etat sur le commerce extérieur¹¹⁸. Cela emporte plusieurs conséquences pour le droit fiscal communautaire, aussi bien quant à son objet que quant à son contenu.

Afin de pouvoir appréhender dans toute leur mesure cet objet et ce contenu il convient de se pencher en premier lieu sur les finalités du droit communautaire de la fiscalité. Le droit fiscal communautaire apparaît comme l'un des outils de la réalisation des objectifs communautaires, au premier rang desquels se trouve le Marché commun qui n'a cessé de s'étoffer au fur et à mesure de la construction européenne (v. supra). Or, ce dernier regroupe, sur le plan juridique, un ensemble de libertés (v. supra) ; et c'est parce que la Cour raisonne en fonction de cet acquis pour interpréter le Traité que ce dernier a pu connaître une extension à la fiscalité directe des Etats membres¹¹⁹. Et ce n'est qu'en ayant à l'esprit cet objectif de l'Union qu'il est possible de prendre la mesure du pas franchi par la Cour de justice en 1986 dans l'affaire dite de l'*Avoir fiscal* et dans les arrêts qui ont suivi. En effet, pour pouvoir parfaitement appréhender le contenu du droit communautaire de la fiscalité, il faut examiner les objectifs qui lui sont assignés. Tout d'abord car les méthodes employées pour réaliser l'harmonisation de la fiscalité des Etats sont conditionnées par les objectifs même de cette harmonisation. Mais aussi parce que le contenu du droit communautaire de la fiscalité est en grande partie subordonné aux finalités de la construction communautaire¹²⁰.

S'il apparaît, par une analyse téléologique de la construction européenne et des Traités, que le droit communautaire allait tôt ou tard rencontrer la fiscalité directe des Etats membres, et puiserait dans toutes ses composantes pour s'immiscer dans cette compétence *a priori* réservée des Etats membres, c'est parce que « les objectifs assignés de l'harmonisation fiscale montrent l'interdépendance entre celle-ci et l'action de la Communauté dans les différents secteurs de l'économie »¹²¹. C'est ce que la résolution du Conseil du 22 mars 1971¹²² faisait déjà apparaître lorsqu'elle prévoyait un ensemble de mesures fiscales destinées à faciliter la création d'une «

¹¹⁸ Ibid., p. 177.

¹¹⁹ Ibid. V. également les pp. 187 et 188 sur le délaissement par le Traité de la fiscalité directe et les significations du contrôle de la fiscalité directe par les instances communautaires.

¹²⁰ BERLIN Dominique, *Droit fiscal communautaire*, op. cit., p. 229.

¹²¹ Ibid., p. 230.

zone à l'intérieur de laquelle les personnes, les biens, les services et les capitaux circulent librement et sans distorsion de concurrence, sans pour autant engendrer des déséquilibres structurels et régionaux et dans les conditions propres à permettre aux agents économiques de développer leur activité à l'échelle communautaire ». Cependant, si les exigences de l'action communautaire déterminent les finalités de l'harmonisation fiscale, et doivent donc être toujours appréciées par rapport à ces exigences, ces finalités apparaissent alors comme l'un des moyens de parvenir à ces exigences, à savoir le Marché commun au sens donné par le Traité. « Toutefois, dans la mesure où les règles fiscales, une fois réalisé cet objectif, ne disparaîtront pas, il est possible d'examiner pour elles-mêmes ce que sont les finalités du droit communautaire de la fiscalité. En effet ces objectifs expliqueront et justifieront le contenu de ce droit, de même que celui-ci ne pourra être apprécié en termes d'efficacité que par rapport à ceux-là »¹²³.

Et, si le but de l'harmonisation des fiscalités est de faire disparaître les obstacles à la réalisation d'un certain nombre d'objectifs communautaires, obstacles qui résultent de la disparité des législations fiscales nationales, et que cette harmonisation entend pour cela s'attaquer aux causes structurelles (notamment aux entraves aux échanges) alors, les objectifs assignés à l'harmonisation des fiscalités, et qui guident donc l'élaboration du droit communautaire de la fiscalité, peuvent donc être synthétisés en deux formules : l'impôt ne doit pas affecter les échanges, l'impôt ne doit pas affecter la concurrence¹²⁴.

Dès lors, l'objet du droit fiscal communautaire apparaît comme particulièrement lié à la dynamique de la construction communautaire. La Communauté a été établie par la volonté de quelques Etats et s'est vu confier la tâche de faire respecter un certain nombre de règles inscrites dans le Traité, règles qui dès 1957 ont imposé des obligations concernant les droits des Etats membres. C'est dans cette perspective que le droit fiscal communautaire s'inscrit en érigeant des règles et principes qui s'adressent directement ou indirectement aux droits fiscaux nationaux. Ainsi, l'objet

¹²² Résolution concernant la réalisation par étapes de l'Union économique et monétaire dans la Communauté, *JOCE* n° L 28 du 27 mars 1971, p. 1.

¹²³ BERLIN Dominique, *Droit fiscal communautaire*, op. cit., pp. 230 et 231.

¹²⁴ Ibid. p. 231.

de cette partie du droit fiscal communautaire est de limiter l'exercice des compétences fiscales étatiques. Dès lors, cet objet conduit à rechercher les règles qui participent à sa réalisation, dans un droit communautaire des fiscalités nationales. Par le biais d'interdictions, d'obligations de ne pas faire ou de ne plus faire, il s'agit d'empêcher que la réalisation du marché unique ne puisse être atteinte ou ne soit retardée en raison d'obstacles de nature fiscale issus de droits nationaux¹²⁵.

A cet égard, les écrits des Professeurs Guy GEST et Gilbert TIXIER avant l'ouverture du marché unique en 1993 soulignaient, à juste titre, qu'en matière de fiscalité ce dernier allait donner « vraisemblablement une impulsion nouvelle à la lutte menée par les instances communautaires contre les doubles impositions »¹²⁶.

Et, en effet, depuis les années 1990, et en particulier depuis le milieu de celles-ci, se sont multipliées les restrictions à un usage économique de la loi fiscale par les Etats en vue de l'amélioration de la balance commerciale, du déploiement international de leurs entreprises, ou de l'attraction sur leur territoire de capitaux, de technologie ou d'emploi. Cela a conduit à une transformation (et non pas à une disparition) du contenu et des conditions d'exercice des politiques fiscales internationales, entendues au sens de définitions des règles fiscales applicables aux échanges internationaux appropriées à des objectifs de politique économique publique. Ainsi, la prévalence du principe de neutralité oblige à un renouvellement des méthodes d'intervention des Etats membres¹²⁷.

Cela emporte des conséquences sur les rapports que le droit communautaire et le droit fiscal international peuvent entretenir. En effet, marqué par l'objectif du Marché commun, le droit fiscal de l'Union se singularise par rapport au droit fiscal international et en particulier à sa branche conventionnelle. Cette singularité conduit à ce que le droit communautaire et les conventions fiscales entretiennent des relations complexes¹²⁸, alors même qu'ils partagent des objectifs communs¹²⁹ tels que la

¹²⁵ Ibid., pp. 51 et 52.

¹²⁶ GEST Guy et TIXIER Gilbert, *Droit fiscal international*, op. cit. p. 48.

¹²⁷ CASTAGNEDE Bernard, *Précis de fiscalité internationale*, op. cit., p. 17.

¹²⁸ Pour une analyse des rapports entre les conventions fiscales et le droit communautaire v. notamment MALHERBE Jacques et BERLIN Dominique, Conventions fiscales bilatérales et droit communautaire, *Revue Trimestrielle de Droit Européen* avril-juin 1995, n° 2 (première partie), pp. 245 à 272 et juillet-septembre 1995, n° 3 (seconde partie), pp. 509 à 537 ; PISTONE Pasquale, *The Impact of Community Law on Tax Treaties : Issues and Solutions*, Kluwer Law International, Eucotax Series on European Taxation, n° 4, 2002, 424 p. ; RAINGEARD DE LA BLETIÈRE Emmanuel, Les

suppression des obstacles aux échanges internationaux (et cela afin de les favoriser) et une obligation de non-discrimination qui reflète la volonté que les Etats n'interviennent pas¹³⁰.

La complexité des rapports entre le droit de l'Union et les conventions fiscales se révèle intéressante à deux égards au moins dans le cadre de la présente étude. Le premier point d'intérêt résulte des termes et objectifs des Traités, car si le droit fiscal communautaire et le droit fiscal international se recoupent nécessairement, il n'en demeure pas moins qu'ils ont des objets largement différents¹³¹ et, par ailleurs, les Traités comportent une obligation de non-intervention plus grande que celle des conventions fiscales. En effet, ces dernières interdisent que soient imposées des obligations et/ou impositions plus lourdes aux ressortissants de l'autre Etat, alors que

relations entre le droit communautaire et le droit fiscal international : nouvelles perspectives, *Thèse de doctorat, Université Panthéon – Sorbonne, Paris I*, sous la direction du Professeur Daniel GUTMANN, présentée et soutenue le 19 mars 2008, consultable à la Bibliothèque Cujas, 638 p. ; O'SHEA Tom, *EU Tax Law and Double Tax Conventions*, Avoir Fiscal Limited, 1^{er} mai 2008, 307 p.

¹²⁹ V. en ce sens notamment GEST Guy et TIXIER Gilbert, *Droit fiscal international*, op. cit., p. 172 où, à propos du principe de non-discrimination contenu dans ce qui était encore à l'époque le Traité instituant la Communauté économique européenne et de son interprétation donnée dans l'arrêt de la CJCE du 28 janvier 1986, aff. C-270/83, Commission contre France, Recueil CJCE 1986, p. 273 et s. (affaire dite de l'*Avoir fiscal*), il est écrit que : « Cette jurisprudence [...] constitue un utile complément à l'application des clauses conventionnelles de non-discrimination ».

¹³⁰ V. notamment en ce sens BERLIN Dominique, *Droit fiscal communautaire*, op. cit., 410 p. et notamment les pp. 101 et s. ; GEST Guy et TIXIER Gilbert, *Droit fiscal international*, op. cit., p. 172 ; GRAETZ Michael J., The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies, préc. ; CASTAGNEDE Bernard, *Précis de fiscalité internationale*, op. cit., pp. 33 à 40 ; GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe, *The Yale Law Journal* avril 2006, volume 115, n° 6, pp. 1186 à 1255 ; SHAHEEN Fadi, International Tax Neutrality: Reconsiderations, *Virginia Tax Review*, été 2007, Volume 27, pp. 203 à 239 ; GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy, *Yale Law School, Public Law Working Paper*, 31 août 2007, n°143, 53 p., disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1011155> ; HOLMES Kevin, *International Tax Policy and Double Tax Treaties – An Introduction to Principles and Application*, op. cit., pp. 4 à 6 ; MASON Ruth, What is tax discrimination?, intervention du 14 avril 2008 au séminaire organisé par l'OCDE et intitulé "Taxation and Non-discrimination" qui avait lieu à l'International Tax Centre, Leiden (Pays-Bas), 19 p. ; DEVEREUX Michael P., Taxation of outbound direct investment: Economic principles and tax policy considerations, *Oxford Review of Economic Policy*, hiver 2008, Volume 24, n°4, pp. 698 à 719 ; KNOLL Michael S., Reconsidering International Tax Neutrality, *Institute for Law and Economics, University of Pennsylvania Law School Research Paper*, 13 mai 2009, n°09-16, 43 p., disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1407198> (article republié dans *Tax Law Review* hiver 2011, Volume 64, pp. 99 à 129) ; KOLOZS Borbála, Neutrality in VAT, dans LANG Michael, MELZ Peter et KRISTOFFERSSON Eleonor, *Value Added Tax and Direct Taxation - Similarities and Differences*, op. cit. ; NERUDOVA Danuše et ŠIROKÝ Jan, The Principle of Neutrality: VAT/GST v. Direct Taxation, op. cit. ; BUFAN Radu et OPRE Aurelian, The Principle of Tax Neutrality in the Field of Direct and Indirect Taxation, dans LANG Michael, MELZ Peter et KRISTOFFERSSON Eleonor, *Value Added Tax and Direct Taxation - Similarities and Differences*, op. cit. ; AULT Hugh J. et SASSEVILLE Jacques, Taxation and Non-Discrimination: A Reconsideration, *World Tax Journal*, juin 2010, Volume 2, n°2, pp. 101 à 125 ; MASON Ruth, Tax Discrimination and Capital Neutrality, *World Tax Journal*, juin 2010, Volume 2, n°2, pp. 126 à 138 ; VANISTENDAEL Frans, Taxation and Non-Discrimination, A Reconsideration of Withholding Taxes in the OECD, *World Tax Journal*, juin 2010, Volume 2, n°2, pp. 175 à 191 ; LANG Michael, PISTONE Pasquale, SCHUCH Josef, STARINGER Claus, STORCK Alfred et ZAGLER Martin, *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, IBFD, décembre 2010, 658 p. et en particulier Part VIII : International Tax Neutrality and Non-discrimination, pp. 581 à 650 ; MASON Ruth et KNOLL Michael S., What is Tax Discrimination? The European Interpretation, *Institute for Law and Economics, University of Pennsylvania Law School Research Paper*, 22 juillet 2010, n°10-13, 65 p., disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1647014> ; SHAHEEN Fadi, International Tax Neutrality: Revisited, *Tax Law Review*, hiver 2011, Volume 64, pp. 131 à 147.

¹³¹ V. en ce sens GEST Guy et TIXIER Gilbert, *Droit fiscal international*, op. cit. p. 48. En ce qui concerne le droit fiscal communautaire v. notamment BERLIN Dominique, *Droit fiscal communautaire*, op. cit., 410 p. et en particulier les pages 11 à 57 ; COMMUNIER Jean-Michel, *Droit fiscal communautaire*, Bruylant, coll. Pratique du droit communautaire, 2001, 555 p. Il sera noté que dans les présents travaux il sera considéré que le droit fiscal communautaire existe en tant que tel et qu'il

le droit de l'Union va plus loin en interdisant, également, tout traitement qui pourrait conduire un Etat membre à traiter de manière plus favorable ses propres ressortissants ou ceux des autres Etats membres. Cela apparaît comme la conséquence du degré d'intégration régionale atteint par l'UE et des libertés qui animent son Marché intérieur. Ainsi, une des manifestations les plus évidentes de cette interdiction, outre celle qui résulte de la mise en place de l'union douanière et de la partie des Traités consacrée aux dispositions fiscales (v. supra), réside sans conteste dans la partie du TFUE relative aux « aides accordées par les Etats »¹³². Ces dernières, dès lors qu'elles faussent, ou même risquent de fausser, la concurrence, « sont incompatibles avec le Marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres »¹³³. Le dispositif d'encadrement des aides d'Etats apparaît ainsi comme très rigoureux pour les Etats membres¹³⁴.

Le second point d'intérêt réside dans la primauté du droit communautaire sur le droit des Etats membres (lequel inclut les conventions que ceux-ci ont conclues¹³⁵). La CJCE l'a affirmé en énonçant que « le Traité CEE prime, dans les matières qu'il règle, les conventions conclues avant son entrée en vigueur entre les Etats membres »¹³⁶ et que « à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leur juridiction »¹³⁷. Pour les conventions, notamment fiscales, conclues entre Etats membres après l'entrée en vigueur des Traités, la Cour, dans le silence de ces derniers, a établi que :

« se distingue radicalement et des droits fiscaux nationaux et du droit fiscal international tant par son objet que par ses sources ainsi que par son contenu », BERLIN Dominique, *Droit fiscal communautaire*, op. cit., p. 49.

¹³² Troisième partie (les politiques et actions internes de l'Union), Titre VII (les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations), Chapitre 1^{er} (les règles de concurrence), section 2 du TFUE. V. *JOUE* n° C 115 du 9 mai 2008, p. 91.

¹³³ Article 107 du TFUE et ex-article 87 du TCE.

¹³⁴ Maurice LAURE écrivait ainsi à propos du « démon » de l'interventionnisme que : « Les instruments qu'il propose ne sont pas exclusivement fiscaux : ils peuvent également être budgétaires par allocations de subventions. » LAURE Maurice, *Science fiscale*, op. cit., p. 37. Sur l'encadrement de la fiscalité du fait de la législation communautaire sur les aides d'Etat v. notamment la Communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, *JOCE*, n° C 384 du 10 décembre 1998, pp. 3 à 9 ; Rapport sur la mise en œuvre de la Communication de la Commission sur l'application des règles en matière d'aides d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, n° C(2004)434, du 9 février 2004 ; CASTAGNEDE Bernard, *Précis de fiscalité internationale*, op. cit., pp. 41 à 45.

¹³⁵ V. l'article 351 du TFUE (ex-article 307 du TCE) qui prévoit que le Traité n'affecte pas les conventions antérieures soit au 1^{er} janvier 1958 pour les Etats fondateurs soit à la date d'adhésion pour les Etats adhérents. Cependant, en cas d'incompatibilité entre ces dispositions conventionnelles et les obligations des Traités « le ou les Etats membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées ».

¹³⁶ CJCE 27 février 1962, aff. C-10/61, Commission contre Italie, Recueil CJCE 1962, p. 1. Parties du texte soulignées par l'auteur.

¹³⁷ CJCE 15 juillet 1964, aff. C-6/64, Costa contre E.N.E.L., Recueil CJCE 1964, page 1141.

« les droits découlant pour les bénéficiaires de l'article 52 du traité sont inconditionnels et un Etat membre ne saurait faire dépendre leur respect du contenu d'une convention conclue avec un autre Etat membre. En particulier, cet article ne permet pas de soumettre ces droits à une condition de réciprocité dans le but d'obtenir des avantages correspondants dans d'autres Etats membres »¹³⁸.

En ce qui concerne le contenu du droit fiscal communautaire, il est la résultante de son objet, de ses rapports et de ses finalités. Cela l'amène à être doté d'une particularité essentielle qui a été résumée de la manière suivante par le Professeur Dominique BERLIN :

« lorsque le droit fiscal communautaire constate qu'il n'existe pas en son sein de règle fiscale spécifique et qu'il recherche dans les autres dispositions du droit communautaire les principes ou les règles susceptibles d'être invoquées pour trancher la question qui se pose à lui, [... il procède...] à un renvoi ou emprunt au contenu des principes généraux mais dont l'application au cas d'espèce se fonde sur sa compétence *rationae materiae* pour régler le problème : en effet le droit fiscal communautaire comprend également l'application à la matière fiscale de tous les principes - généraux ou non - appartenant à l'ordre juridique communautaire susceptibles d'être violés par une disposition fiscale d'un Etat membre »¹³⁹.

Spécificité du contenu qui n'a d'autre explication que celle du but recherché : la neutralité des fiscalités directes sur la construction communautaire¹⁴⁰, c'est-à-dire la

¹³⁸ CJCE 28 janvier 1986, aff. C-270/83, Commission contre France, dite affaire de l'*Avoir fiscal*, préc.. Les dispositions de l'article 52 ont été reprises à l'article 49 du TFUE, ex-article 43 du TCE. Comme l'ont écrit, en substance, Messieurs Eric MEYER et Bernard BOUTHEMY, les conventions fiscales conclues entre les Etats membres sont donc soumises au principe de primauté, ce qui implique qu'elles devront être écartées et ne pourront être opposées au droit communautaire chaque fois qu'une de leurs dispositions sera en conflit avec ce dernier. V. MEIER Eric et BOUTEMY Bernard, Conventions fiscales bilatérales au sein de l'Union Européenne ou l'histoire d'une passation de pouvoir ?, *Bulletin fiscal* janvier 2005, n° 1, étude, § 7, 8 et 10.

¹³⁹ BERLIN Dominique, *Droit fiscal communautaire*, op. cit., pp. 50 et 51.

¹⁴⁰ Ibid. V. également les pp. 187 et 188 sur le délaissement par le Traité de la fiscalité directe et les significations du contrôle de la fiscalité directe par les instances communautaires.

neutralité de l'impôt vis-à-vis aussi bien des échanges que de la concurrence¹⁴¹. Pour autant, la neutralité que le droit communautaire de la fiscalité entend atteindre pourrait être plus importante et plus consistante que celle qui semble être sous-jacente en matière de fiscalité en général et de conventions fiscales en particulier. L'explication tiendrait aussi bien aux finalités du droit fiscal communautaire qu'à son objet et à son contenu qui sont tous tournés vers la construction européenne et donc la construction du Marché intérieur ; sources du contenu et des objectifs communautaires en matière de fiscalité y compris de fiscalité directe.

Se pose alors la question de savoir en quoi consiste la neutralité. Il est intéressant de noter que dans le langage commun et en ce qui concerne une personne, elle peut être définie comme le caractère, l'état d'une personne qui reste neutre, c'est-à-dire qui est dans l'état de neutralité¹⁴². Ou, de manière moins circulaire, qui s'abstient de prendre parti, de s'engager d'un côté ou de l'autre. Les synonymes offerts sont alors « impartial » et « objectif ». Cette définition n'est pas, pour le moins, des plus explicites, et il n'est possible de percevoir la signification de la neutralité que par les synonymes qui lui en sont donnés, notamment l'impartialité.

Afin de saisir le sens qu'il convient ici d'avoir de la neutralité, il apparaît nécessaire de replacer ce terme dans le contexte économique et en particulier celui des échanges internationaux. Puisqu'il est ici question du développement de ces échanges et de celui de la richesse au niveau mondial, mais aussi de générer des recettes pour les Etats, la meilleure des politiques apparaît comme celle qui présente le moins possible de coûts en termes de richesse économique, tout en permettant aux gouvernements nationaux d'avoir les ressources nécessaires pour financer les avantages et prestations qu'ils souhaitent procurer¹⁴³. Car, comme l'écrivait Maurice LAURE : « la fiscalité consiste, par définition, en des prélèvements imposés aux habitants d'un pays par une autorité qui, de son côté, assure la protection et fournit des services. [...] les impôts

¹⁴¹ Ibid. p. 231.

¹⁴² REY Alain et Josette REY-DEBOVE (rédaction dirigée par), *Petit Robert, dictionnaire de la langue française*, Le Robert, 1990, 2172 p.

¹⁴³ V. en ce sens GRAETZ Michael J., The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies, préc., p. 277 et p. 285.

sont donc, pour les citoyens le moyen d'assurer en commun les frais généraux de la nation »¹⁴⁴.

Pour comprendre la neutralité, telle qu'elle vient d'être mise en perspective, il importe de s'intéresser à une notion qui lui est intimement liée, celle d'efficacité économique, introduite par les économistes anglo-saxons¹⁴⁵ il y a plusieurs décennies. Cette notion peut se comprendre de la manière suivante :

*« From a national perspective, economic efficiency is concerned with maximizing the excess of overall economic benefits over overall economic costs within the nation. From a global perspective, worldwide economic efficiency is thought to be concerned with maximizing overall wealth in worldwide terms »*¹⁴⁶.

Dès lors, et placée dans ce contexte économique, il est possible de définir la neutralité comme traduisant une situation dans laquelle les décisions des agents économiques dépendent de manière exclusive de considérations économiques qui tendent à permettre la répartition la plus efficiente possible des facteurs de production et d'investissement, car quelle que soit la forme de l'investissement ou l'organisation de l'activité le revenu généré sera *in fine* sujet au même niveau d'imposition¹⁴⁷. A cet effet, la notion d'efficacité économique permet aux économistes de disposer d'un critère d'évaluation des systèmes fiscaux car, selon eux, l'objectif d'un système fiscal *« is to raise revenue without distorting the decisions of individuals and companies, which would otherwise be made only for economic reasons »*¹⁴⁸ car :

¹⁴⁴ LAURE Maurice, *Science fiscale*, op. cit., pp. 13 et 14.

¹⁴⁵ V. en particulier MUSGRAVE Peggy B., *Taxation of foreign investment income: An economic analysis*, Johns Hopkins Press, 1963, 140 p. ; MUSGRAVE Peggy B., *United States Taxation of Foreign Investment Income: Issues and Arguments*, Harvard University, Harvard Law School, 1969, 171 p. ; HORST Thomas, A Note on the Optimal Taxation of International Investment Income, *Quarterly Journal of Economics*, juin 1980, Volume 94, n°4, pp. 793 à 798.

¹⁴⁶ SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, préc., p. 206. Traduction libre de l'auteur : « D'un point de vue national, l'efficacité économique consiste à maximiser le surplus provenant de l'ensemble des avantages économiques sur l'ensemble des coûts économiques et ce au sein d'une nation. D'un point de vue global, l'efficacité économique mondiale est perçue comme s'intéressant à la maximisation de l'ensemble de la richesse mondiale. »

¹⁴⁷ ROGERS-GLABUSH Julie, *International Tax Glossary*, IBFD, 6^{ème} édition révisée, 2006, p. 181.

¹⁴⁸ NERUDOVA Danuše, ŠIROKÝ Jan, *The Principle of Neutrality: VAT/GST v. Direct Taxation*, op. cit. Traduction libre de l'auteur : « est de collecter des recettes sans affecter les décisions des particuliers et des entreprises, qui autrement auraient été prises sur la base de seules motivations économiques ». V. aussi et surtout MUSGRAVE Peggy B., *Taxation of foreign investment income: An economic analysis*, op. cit. ; MUSGRAVE Peggy B., *United States Taxation of Foreign Investment Income: Issues and Arguments*, op. cit. ; HORST Thomas, A Note on the Optimal Taxation of International Investment Income, préc.

« an efficient tax is a neutral tax, that is, the incidence of the tax should not change the relative prices of goods and services in the private sector. Taxes are considered to be efficient if resources are used in such a way that maximizes their output. A tax can be inefficient when its incidence distorts economic decision making from a track, which would have been followed in the absence of the tax. That is because economic activity should be free to find its most efficient levels. An inefficient tax creates an excess burden on society, typically expressed in terms of a cost that is disproportionate with the tax revenue raised »¹⁴⁹.

Comme l'a écrit le Professeur Bernard CASTAGNEDE :

« Le principe de neutralité traduit, sur le terrain fiscal, le souci d'un jeu libre et sincère des mécanismes du marché, que ne doit pas perturber l'offre d'avantages, ou l'application de pénalisations, venant fausser les conditions de la concurrence. Appliqué aux relations internationales, il conduit à prohiber toutes mesures fiscales protectionnistes ou discriminatoires, le soutien fiscal aux exportations ou la pénalisation des importations, les dispositions en faveur du déploiement extérieur des entreprises nationales ou, au contraire, celles tendant à renforcer l'attractivité d'un territoire »¹⁵⁰.

Néanmoins, il ne faudrait pas que la neutralité fiscale conduise à prohiber toute politique fiscale. En effet, et selon les termes du Professeur Patrick SERLOOTEN :

« si l'incitation fiscale est contraire à la neutralité en ce sens que le droit fiscal incite à prendre ou à ne pas prendre telles décisions, elle poursuit un objectif qui, s'il est étranger au droit fiscal, n'en mérite

¹⁴⁹ BARKER William B., Optimal International Taxation and Tax Competition: Overcome the Contradictions, *Northwestern Journal of International Law & Business*, hiver 2002, Volume 22, pp. 188 et 189. Traduction libre de l'auteur : « Une imposition efficiente est une imposition neutre, c'est-à-dire, que l'incidence de l'imposition ne doit pas conduire à modifier les prix relatifs des biens et services dans le secteur privé. Les impôts sont considérés comme efficaces si les ressources sont utilisées de manière à maximiser leur rendement. Un impôt peut être inefficace quand son incidence fausse la prise de décision économique par rapport à une voie qui aurait été suivie en l'absence de cet impôt. Car l'activité économique devrait être libre de trouver ses niveaux de plus grande efficacité. Une imposition inefficace crée une charge excessive sur la société, typiquement exprimée en termes de coût qui est disproportionné par rapport au revenu fiscal généré ».

pas moins la considération. Au contraire, la neutralité fiscale doit justifier toute condamnation des distorsions, c'est-à-dire des défauts de neutralité qui ne réalisent aucun objectif extérieur au droit fiscal. Ainsi entendue la neutralité fiscale ne s'oppose pas à toute politique fiscale, mais elle entraîne la recherche de la suppression des distorsions qui enlèvent à la fiscalité sa cohérence »¹⁵¹.

En tant que principe normatif sous-jacent en matière de fiscalité directe¹⁵² la neutralité est présente. Mais dans l'Union européenne, les Traités apparaissent comme plus exigeants encore car au-delà de la situation ci-dessus présentée par les Professeurs Bernard CASTAGNEDE et Patrick SERLOOTEN, ils appellent à la libre circulation (des biens, des personnes, des services et des capitaux) et à l'établissement d'une concurrence libre. Le chemin ouvert par la Cour de justice dans l'affaire de l'*Avoir fiscal* semble vouloir astreindre la fiscalité à ces objectifs ambitieux, sans lesquels il ne saurait y avoir de Marché commun, en rendant ses effets neutres sur ces derniers.

Si le principe de neutralité est d'une certaine manière présent en toile de fond du droit communautaire de la fiscalité en matière de fiscalité directe, il joue un rôle central dans un domaine particulier de la fiscalité, celui de la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après la TVA). Selon Maurice LAURE, la taxe sur la valeur ajoutée est :

« le seul impôt général de consommation :

- calculé *ad valorem* ;
- perçu par les entreprises, qui l'incorporent à leurs prix ;
- pesant dans une égale proportion sur tous les coûts élémentaires de la fabrication et de la commercialisation d'un même produit, de manière à ne pas fausser les calculs grâce auxquels les entreprises maximisent la productivité ;

¹⁵⁰ CASTAGNEDE Bernard, *Précis de fiscalité internationale*, op. cit., p. 18.

¹⁵¹ SERLOOTEN Patrick, *Droit fiscal des affaires*, dans RIPERT Georges, ROBLLOT René, *Traité de droit commercial*, L.G.D.J., 5^{ème} éd., Tome 3, 1997, p. 42.

¹⁵² V. notamment en ce sens SHAPIRO Timothy Hisao, Tax First, Ask Questions Later: Problems Predicting the Effect of Obama's International Tax Reforms, *Stanford Journal of Law, Business & Finance* Fall 2010, Volume 16, p. 141 et s.

- *capable de comporter des taux différents* selon la nature des produits ou des services,

[qui] est une taxe sur le chiffre d'affaires appliquée dans chaque entreprise aux ventes, selon les taux afférents à chaque produit, sous déduction des taxes facturées par les fournisseurs »¹⁵³.

Cette taxe, indirecte, puisqu'elle frappe la dépense (v. supra), fut créée car « le resserrement des marges dû à la compétition stimulée par la croissance de la productivité, donnait une importance croissante à certaines causes d'inégalité présentes dès l'origine au sein de la taxe à la production »¹⁵⁴. Son principe est simple, la création de la TVA consista à modifier l'assiette de la taxe à la production, de façon à admettre dorénavant la déduction de la taxe payée à des fournisseurs sur tous les coûts supportés financièrement, c'est-à-dire en cessant d'exiger, désormais que ces coûts correspondent à l'acquisition de produits physiquement incorporés aux produits fabriqués¹⁵⁵. Il s'agissait en effet d'éviter le phénomène de répercussion de l'impôt¹⁵⁶, c'est-à-dire que celui sur qui l'impôt est assis n'en fasse que l'avance et en rejette le poids sur un autre.

La TVA apparaît dans son fonctionnement, et même son économie, comme une imposition très différente d'une imposition directe. Pour autant, il n'y aurait pas de grande différence, du point de vue de la neutralité, que l'impôt soit direct ou indirect. Le but de toute imposition reste de procurer des recettes au budget de l'Etat, et bien qu'impôts directs et indirects soient apparus à différentes périodes de l'histoire, et ne fussent alors pas neutres (sauf peut être en fait si ce n'est conceptuellement) car la neutralité est un concept du XX^e siècle, il n'y aurait de nos jours aucune raison de distinguer les principes de neutralité en matière de fiscalité directe et de fiscalité indirecte. Dans les deux cas, le principe est supposé permettre aux contribuables de prendre des décisions qui ne sont pas influencées par la fiscalité¹⁵⁷.

¹⁵³ LAURE Maurice, *Science fiscale*, op. cit., p. 225.

¹⁵⁴ Ibid., p. 228. La taxe sur la production résultait de la substitution à la taxe sur les transactions, qui entraînait un phénomène de cascade, de taxes uniques qui frappaient des catégories entières de produit. La prolifération de ces taxes étant devenue un facteur de complication, il a donc été décidé en 1936 de fusionner la plupart d'entre elles en une taxe à la production. « Cette taxe était perçue au moment où le produit fabriqué quittait le secteur de la production, c'est-à-dire était vendu à un non-assujetti (commerçant ou particulier). En 1948 cependant, des préoccupations budgétaires firent substituer au régime de la suspension de taxe sur le régime des « paiements fractionnés » : tous les assujettis, désormais, acquittaient intégralement la taxe sur leurs ventes, mais ils imputaient sur la somme ainsi déterminée, afin de les récupérer, les montants de taxe que leurs fournisseurs leur avaient facturés à l'occasion des achats effectués depuis la déclaration précédente ». Ibid.

¹⁵⁵ Ibid., p. 229.

¹⁵⁶ JEZE Gaston, *Cours de finances publiques 1930-1931*, op. cit., p. 486.

¹⁵⁷ V. KOLOZS Borbála, *Neutrality in VAT*, dans LANG Michael, MELZ Peter et KRISTOFFERSSON Eleonor, *Value Added Tax and Direct Taxation - Similarities and Differences*, op. cit.

Pourtant, et par contraste avec les impôts directs, il apparaît que la neutralité en TVA est particulière. En effet, dans le système de la taxe sur la valeur ajoutée, la neutralité a été de manière intrinsèque intégrée à l'organisation de la taxe afin d'éviter que la charge (et non la barrière comme effet que peuvent avoir les phénomènes de double imposition comme signalé dans le rapport des experts de 1923 à la Société des nations, v. supra) qu'elle engendre ne se répercute pas *in fine* de manière cumulative sur le prix final du bien ou du service. Comme l'a écrit le Professeur Daniel GUTMANN :

« Pour parvenir à cette neutralité par rapport à la longueur du circuit de distribution, la spécificité de la taxe sur la valeur ajoutée est la suivante : toutes les fois qu'un opérateur économique achète des biens ou des services qu'il utilise dans le cadre de son activité, il peut déduire la TVA payée à ses fournisseurs de la TVA qu'il facture à ses clients. La TVA payée « en amont » ne constitue donc pas, pour l'opérateur économique, un coût final ayant vocation à s'incorporer au prix de revient du bien ou du service qu'il propose à ses clients. C'est la clé de la TVA »¹⁵⁸.

Dans un arrêt récent¹⁵⁹, la Cour de justice a rappelé (au point 56) l'importance de ce système de déduction pour la neutralité de la TVA, en ce qu'il vise à soulager entièrement l'entrepreneur du poids de la TVA due ou acquittée pour l'ensemble de ses activités économiques. C'est ainsi que le système commun de la TVA garantit « la neutralité quant à la charge fiscale de toutes les activités économiques, quels que soient les buts ou les résultats de celles-ci ». La Cour a également ajouté (points 66 et 67) que refuser le droit à déduction de la TVA d'amont dans un cas mais l'admettre dans un autre alors que les deux sont objectivement similaires aboutirait à un traitement fiscal différent « en violation du principe de la neutralité fiscale ». Enfin, elle a rappelé qu'elle avait déjà « jugé que le principe de neutralité fiscale, principe fondamental du système commun de la TVA, s'oppose, d'une part, à ce que des prestations de services semblables, qui se trouvent donc en concurrence les unes avec

¹⁵⁸ GUTMANN Daniel, *Droit fiscal des affaires*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2010, p. 500.

les autres, soient traitées de manière différente du point de vue de la TVA [...] ainsi que, d'autre part, à ce que des opérateurs économiques qui effectuent les mêmes opérations soient traités différemment en matière de perception de la TVA ».

C'est pour ces raisons, et notamment comme l'écrit dit le Professeur Olivier DEBAT parce que « le droit à déduction fait partie intégrante du mécanisme »¹⁶⁰ de la TVA, qu'elle est neutre pour les contribuables assujettis et redevables¹⁶¹. Il n'est *a priori* pas nécessaire de lui adjoindre d'autres concepts pour qu'elle n'affecte pas les décisions que peuvent prendre les opérateurs économiques ; sa conception même a été fondée sur l'idée de neutralité¹⁶². Pourtant, et le système éminemment propre à la TVA du droit à déduction l'illustre parfaitement, la neutralité dont il est question en matière de TVA est particulière à cet impôt.

Par ailleurs, dans le contexte européen de l'étude et s'agissant de fiscalité indirecte, l'Union européenne dispose d'une marge de manœuvre bien plus importante qu'en matière de fiscalité directe pour intervenir en vue de supprimer une atteinte au Marché commun et donc à la neutralité de l'impôt sur les échanges (v. supra). Ainsi, de ce point de vue également la TVA apparaît comme jouissant d'une situation particulière. Dès lors, pour ces différentes raisons, les présents travaux ne traiteront pas de la taxe sur la valeur ajoutée en particulier, ni de la fiscalité indirecte en général¹⁶³.

En ce qui concerne les accords commerciaux, les accords douaniers¹⁶⁴, les accords d'investissement, les traités d'amitié, les accords de coopération pour le

¹⁵⁹ CJCE 29 octobre 2009, aff. C-29/08, AB SKF, Recueil CJCE 2009, I, p. 10413 et s.

¹⁶⁰ DEBAT Olivier, *Droit fiscal des affaires*, Montchrestien, coll. Cours, 2^{ème} éd., 2010, p. 513.

¹⁶¹ La différence peut paraître subtile mais elle n'en est pas moins fondamentale dans le système de la TVA. Ainsi, un assujetti est une personne qui exerce une activité économique à titre indépendant et qui agit en tant que tel ; cette personne est alors dans le champ de la taxe tout comme les opérations qu'elle réalise dans ces conditions. Pour autant, un assujetti peut ne pas être redevable de la taxe dès lors qu'il réalise des opérations qui sont exonérées de TVA. Pour plus de détails sur le fonctionnement de la TVA v. notamment : GUTMANN Daniel, *Droit fiscal des affaires*, op. cit., pp. 497 à 582 ; DEBAT Olivier, *Droit fiscal des affaires*, op. cit., pp. 483 à 536 et en particulier les pp. 446 à 450 sur la notion d'opérations exonérées.

¹⁶² Sur la neutralité de la TVA v. BERLIN Dominique, *Droit fiscal communautaire*, op. cit., pp. 292 à 297.

¹⁶³ C'est-à-dire des droits d'accises, des taxes sur le chiffre d'affaires, des droits de timbre, des droits d'enregistrement...

¹⁶⁴ Comme indiqué ci-avant les questions douanières sont de la compétence exclusive de l'Union et il semblerait qu'entre Etats membres les questions douanières, au moins les plus importantes, soient en bonne partie réglées. C'est surtout avec les Etats tiers que le droit douanier apparaît encore comme un élément important pour le commerce international et les échanges, mais il semblerait que de nos jours il constitue pour beaucoup un instrument de politique afin de favoriser certains produits, commerces ou d'assurer un certain protectionnisme (voir par ex. l'Accord de l'OMC sur les textiles et les vêtements (ATV) 1995-2004, qui permettait d'imposer des contingents sur les textiles en provenance des pays en voie de développement,

développement, les accords de libre échange, les accords de libre circulation, les accords sur les travailleurs frontaliers, et de manière générale tout accord, charte, convention, pacte, protocole ou traité¹⁶⁵ qui peut avoir pour objet, direct ou indirect, le commerce et notamment le commerce international, bien qu'ils fassent partie intégrante de l'internationalisation des échanges et visent à assurer le respect de la neutralité économique sur ces derniers, ils ne seront pas non plus étudiés et sont donc hors du champ des présents travaux, du fait de leur influence extrêmement limitée en matière de fiscalité¹⁶⁶, la fiscalité, en particulier directe, n'étant généralement pas incluse dans ces accords. Cette exclusion ne concerne bien entendu pas les différents traités qui ont jalonné l'histoire de la construction européenne et qui présentent certaines des caractéristiques des accords ci-avant mentionnés (notamment des accords commerciaux, douaniers, de libre échange et de libre circulation) mais qui ont la particularité d'être dotés d'organes aptes à en assurer l'effectivité, le contrôle et la mise en œuvre uniforme conformément à leurs objectifs.

Par conséquent, l'étude se concentrera sur la fiscalité directe et en particulier sur celle qui frappe les sociétés de capitaux et en particulier celles qui sont communément qualifiées d'opaques. En effet, ces dernières et leurs filiales apparaissent comme les principaux acteurs du commerce international. Cela conduit donc à exclure les sociétés de personnes, ainsi que la fiscalité relative aux personnes physiques et par voie de conséquence les questions liées aux pensions et aux mouvements relatifs au travail et/ou aux travailleurs.

notamment la Chine, vers les pays industriels jusqu'en 2004, comme le faisait déjà auparavant l'Arrangement multifibres (AMF) 1974-1994).

¹⁶⁵ Selon le site internet Base Pacte (<http://www.doc.diplomatie.fr/pacte/index.html>) : « Dans la pratique internationale, les termes « accord », « charte », « convention », « pacte », « protocole » et « traité » sont employés de façon indifférente. En droit international, « accord » s'entend de tout engagement international. Dans la pratique constitutionnelle française, il s'agit d'un engagement international soumis à l'approbation du gouvernement ». De même, le site indique : « d'une façon générale, un traité est un accord conclu entre sujets de droit international destiné à produire des effets de droit et régi par le droit international ». Il est à noter le caractère un peu particulier du terme pacte qui, selon le site, se définit comme une : « forme de traité créant d'importantes obligations réciproques aux Etats qui y sont parties. Le pacte a le plus souvent pour objet de positionner les Etats signataires par rapport à une hypothèse de guerre. Le Pacte de la SDN (1919) et le Pacte Briand-Kellogg (1928) en sont des exemples bien connus ».

¹⁶⁶ Sur les rapports entre la fiscalité directe et le droit de l'OMC v. en particulier LANG Michael, HERDIN Judith et HOFBAUER Ines, *The WTO and Direct Taxation*, Kluwer Law International, coll. ECOTAX Series On European Taxation, Volume 10, juin 2005, 776 p. Sur les rapports entre accords commerciaux internationaux (ceux de l'OMC en particulier) et la notion de non-discrimination v. notamment COCKFIELD Arthur J. et ARNOLD Brian J., What Can Trade Teach Tax? Examining Reform Options for Art. 24 (Non-Discrimination) of the OECD Model, *World Tax Journal*, juin 2010, Volume 2, n°2, pp. 139 à 153, qui concluent qu'il n'apparaît pas opportun que d'inclure les problématiques fiscales dans les accords commerciaux et qu'il serait plus efficace que d'identifier les dispositions fiscales les plus agressives et de les traiter dans le cadre de l'article 24 du MOCDE ; cela sans y importer les concepts et notions du droit du commerce international.

En outre, puisque les principales théories de la neutralité internationale de l'impôt sont relatives à la neutralité du capital, les flux, opérations ou mouvements transfrontières qui concernent le capital et en particulier les flux de dividendes seront plus spécifiquement étudiés au sein de la fiscalité directe frappant les sociétés. Néanmoins, les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et/ou Cour de justice de l'Union européenne qui traitent de questions relatives à la fiscalité personnelle et/ou aux travailleurs et qui sont utiles, ou éclairantes, dans le cadre de la présente étude ne seront pas ignorées.

Enfin, le champ du droit qui sera étudié sera composé du droit fiscal international, avec une prise en compte toute particulière de celui tiré des conventions fiscales internationales, et notamment du Modèle de convention fiscale de l'OCDE. Une autre composante sera le droit communautaire bien que circonscrit au droit primaire, au droit dérivé ainsi qu'au droit souple ou *soft law* qui émane des organes de l'Union européenne (recommandations du Conseil européen, résolutions du Conseil européen, communications de la Commission européenne...). Les accords signés par l'Union européenne avec les Etats tiers ne seront pas étudiés, à l'exception de l'Accord sur l'Espace économique européen (ci-après l'EEE) et le cas échéant de l'Accord entre la Communauté européenne et la Confédération Suisse¹⁶⁷ dès lors que ces deux accords sont les plus susceptibles de présenter un intérêt en matière de fiscalité et d'établissement d'un vaste marché unique sur le continent européen.

Les enjeux de l'étude

Dans le champ ainsi circonscrit, la réflexion portera sur le point de savoir comment, dans une union où la fiscalité directe n'est pas harmonisée, et où l'harmonisation ne peut se faire qu'à la marge en raison de la règle d'unanimité, parvenir à la neutralité internationale de l'impôt afin de satisfaire, d'une part, aux exigences du Marché intérieur et, d'autre part, permettre aux Etats membres de collecter des recettes fiscales leur permettant de financer leurs programmes de façon pérenne et avec un

¹⁶⁷ Accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts. V. JOUE n° L 385 du 29 décembre 2004, pp. 30 à 49.

niveau de sécurité juridique satisfaisant (en établissant une législation fiscale eurocompatible).

La légitimité de cette interrogation réside notamment dans le caractère inévitable de la confrontation entre droit communautaire et fiscalité directe en raison des développements que la construction communautaire a connus. La suppression des premiers obstacles à la réalisation du marché unique, que constituaient les barrières douanières et tarifaires, a permis de faire apparaître les deuxièmes¹⁶⁸ ; celles liées à la fiscalité directe et qui étaient peut-être moins évidentes au commencement du processus d'intégration, cette "apparition" pouvant sembler d'autant plus flagrante que les premières entraves ont disparu.

Si l'affaire de l'*Avoir fiscal* a marqué une avancée considérable dans l'élaboration du droit communautaire de la fiscalité et a amorcé le travail de construction fiscale communautaire en vue de concrétiser davantage le marché unique en initiant la suppression d'une nouvelle catégorie d'entraves, il faut également que ce droit communautaire de la fiscalité soit en mesure d'assurer le rôle premier de la fiscalité, à savoir la collecte d'impôts.

Ainsi, la réussite du Marché intérieur européen et la préservation des recettes fiscales des Etats membres doivent être les axes directeurs de la politique fiscale des législateurs et juges nationaux et européens. Si l'instauration d'un espace sans frontières intérieures est une priorité gravée dans le marbre depuis les premiers Traités européens, car appréhendé comme le moyen le plus efficace de parvenir au développement des Etats membres de l'Union, il ne s'agit pas là d'une priorité absolue placée au-dessus de toute autre. Au contraire, les Traités prévoient pour chaque liberté qu'elle peut être légitimement limitée par les Etats pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et/ou de santé publique¹⁶⁹. La Cour de justice est allée plus loin. De la rencontre entre libertés fondamentales des Traités et fiscalité directe, elle a établi que certaines entraves aux libertés fondamentales peuvent être

¹⁶⁸ Il s'agit des deuxièmes et non pas des secondes, car à notre sens les troisièmes barrières apparaîtront ensuite si la barrière fiscale est un jour abaissée et sera encore plus complexe à résoudre pour l'Union européenne : le droit social.

¹⁶⁹ Pour la libre circulation des marchandises : article 36 du TFUE et ex-article 30 du TCE. Pour la libre circulation des travailleurs : article 45§3 du TFUE et ex-article 39§3 du TCE. Pour la liberté d'établissement : article 52 du TFUE et ex-article 46 du TCE. Pour la libre circulation des capitaux et des paiements : article 65 du TFUE et ex-article 58 du TCE.

justifiées. Plusieurs exigences sont imposées pour cela. En effet, il faut que la restriction de nature fiscale poursuive un objectif légitime compatible avec le traité, se justifie par une ou plusieurs raisons impérieuses d'intérêt général qui soient propres à garantir la réalisation de l'objectif en cause et à n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif¹⁷⁰.

C'est un point nodal. L'établissement du Marché intérieur doit conduire à effacer les barrières à la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux et cette réalisation peut, dans un certain nombre de cas, conduire à faire apparaître la fiscalité directe des Etats membres comme une barrière. Dans une telle hypothèse, cet obstacle, fut-il de fiscalité directe, doit être écarté. Pour autant, et eu égard à l'importance que l'impôt a pour les Etats, il est possible de justifier certaines atteintes créées par les droits fiscaux nationaux. Si cette possibilité est de nature à rasséréner les Etats membres, il serait sûrement plus constructif, et sûr d'un point de vue juridique, d'établir des règles qui soient conformes aux objectifs de Marché intérieur. Parce qu'en premier lieu, la Cour n'accepte qu'avec la plus grande parcimonie les justifications avancées par les Etats. Mais aussi, parce qu'il serait plus aisé de procéder à un rapprochement des législations fiscales au sein de l'Union dès lors qu'une orientation stratégique claire et précise aura été décidée en ce qui concerne le droit communautaire de la fiscalité. Car le Marché intérieur ne semble pas pouvoir se dispenser de la réalisation d'au moins un certain degré d'intégration de la fiscalité directe¹⁷¹ qui va au-delà du travail réalisé en ce sens par la Cour de justice et de celui qu'elle peut faire¹⁷². L'harmonisation qui a été prévue dans les Traités constitutifs et engagée très tôt en matière de fiscalité indirecte tend à confirmer cette nécessité.

¹⁷⁰ Parmi les justifications admises par la Cour, il est possible de citer l'efficacité des contrôles fiscaux (v. par ex. CJCE 15 mai 1997, aff. C-250/95, Futura Participations S.A. et Singer, Recueil CJCE 1997, I, page 2471), la prévention du risque d'évasion fiscale (v. par ex. CJCE 16 juillet 1998, aff. C-264/96, Imperial Chemical Industries contre Colmer, Recueil CJCE 1998, I, page 4695 ; dite jurisprudence « ICI »), la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre Etats membres (v. par ex. CJCE 13 décembre 2005, aff. C-446/03, Marks & Spencer, Recueil CJCE 2005, I, page 10837), la prévention de la double déduction des pertes (v. par ex. CJCE 13 décembre 2005, aff. C-446/03, Marks & Spencer, préc.), la cohérence du système fiscal (v. par ex. CJCE 28 janvier 1992, aff. C-204/90, Bachmann contre Etat belge, Recueil CJCE 1992, I, page 249), la territorialité a semblé pouvoir être admise dans l'arrêt *Futura participations*, mais pourrait avoir été écartée dans l'arrêt *Bosal Holding* (CJCE 18 septembre 2003, aff. C-168/01, Bosal Holding, Recueil CJCE 2003, I, page 9409). De nombreuses autres ont pu être présentées par les Etats membres en matière de fiscalité directe mais ont été rejetées par la CJCE. Pour une étude des justifications et de leur admissibilité v. notamment HELMINEN Marjaana, *EU Tax Law – Direct Taxation*, IBFD, 2009, pp. 111 à 128.

¹⁷¹ V. en ce sens SCHRAUWEN Annette, Sources of EU Law for Integration in Taxation ; KEMMEREN Eric, Sources of EU Law for European Tax Integration: Well-Known and Alternative Legal Instruments et ZALASINSKI Adam, Contribution of Infringement Procedures to European Tax Integration, dans WEBER Dennis, *Traditional and Alternatives Routes to European Tax Integration - Primary Law, Secondary Law, Soft Law, Coordination, Comitology and their Relationship*, IBFD, septembre 2010, respectivement pp. 16 et s., pp. 30 et s., pp. 117 et s.

¹⁷² En effet, si la Cour de justice a estimé qu'« en l'état actuel du droit communautaire, la matière des impôts directs ne relève pas en tant que telle du domaine de la compétence de la Communauté, il n'en reste pas moins que les Etats membres doivent exercer leurs compétences retenues dans le respect du droit communautaire » (CJCE 14 février 1995, aff. C-279/93, Schumacker, Recueil CJCE 1995, I, page 225 ; point 21 de l'arrêt) et n'a cessé depuis lors de reprendre cette formule, elle a néanmoins marqué les limites de la construction fiscale communautaire sous son office en énonçant que « si l'élimination de

Par ailleurs, cette harmonisation précoce en matière de fiscalité indirecte est le signe que les pères fondateurs de l'Europe avaient conscience que la fiscalité des Etats membres était de nature à affecter les opérateurs économiques, donc qu'elle pouvait ne pas être neutre quant à leurs décisions. Incidemment, cela implique que la réalisation du Marché intérieur exige une certaine neutralité de l'impôt des Etats membres ; l'arrêt du 28 janvier 1986 de la Cour démontrant que la fiscalité directe ne peut non plus échapper (au moins dans une certaine mesure) à cette neutralité qui apparaît inhérente audit marché.

Si elle ne semble pas être ignorée par le droit communautaire, y compris celui de la fiscalité, son manque de consistance d'un point de vue doctrinal (si ce n'est celui évoqué ci-avant : faire en sorte que la fiscalité n'affecte pas les décisions des opérateurs économiques) pourrait tendre à priver le droit européen de la fiscalité de la structuration qui lui est nécessaire afin de contribuer à la réalisation de l'objectif du Marché intérieur.

Mais la neutralité n'est pas un concept uniforme. Il s'agit au contraire d'une notion protéiforme. Il existe cependant certains modèles qui ont pour particularité, dans leurs multiples aspects, de converger vers le même objectif : « *international tax neutrality policies are economic theories believed to enhance economic efficiency as an international tax policy matter* »¹⁷³. Pour y parvenir, ces théories reposent sur un

la double imposition à l'intérieur de la Communauté figure, ainsi qu'il ressort du point 16 ci-dessus, parmi les objectifs du traité, il y a lieu néanmoins de constater qu'à ce jour [...] aucune mesure d'unification ou d'harmonisation visant à éliminer les doubles impositions n'a été adoptée dans le cadre communautaire et que les États membres n'ont conclu, au titre de l'article 220 du traité, aucune convention multilatérale à cet effet » et que « quoique le critère de nationalité apparaisse comme tel à l'article 14, paragraphe 1, deuxième phrase, aux fins de la répartition de la compétence fiscale, de telles différenciations ne sauraient être considérées comme constitutives de discriminations interdites au titre de l'article 48 du traité. En effet, elles découlent, en l'absence de mesures d'unification ou d'harmonisation dans le cadre communautaire, notamment au titre de l'article 220, deuxième tiret, du traité, de la compétence qu'ont les parties contractantes de définir, en vue d'éliminer les doubles impositions, les critères de répartition entre elles de leur pouvoir de taxation ». Cela conduit la Cour à conclure que « le caractère favorable ou défavorable du traitement fiscal des contribuables concernés ne découle pas à proprement parler du choix du facteur de rattachement, mais du niveau d'imposition de l'État compétent, en l'absence d'harmonisation, sur le plan communautaire, des barèmes d'impôts directs » (CJCE 12 mai 1998, aff. C-336/96, Epoux Robert Gilly contre Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin, Recueil CJCE 1998, I, page 2793 (ci-après l'affaire *Gilly*), respectivement points 23, 30 et 34). Dans le même sens v. notamment les arrêts : CJCE 21 septembre 1999, aff. C-307/97, Saint-Gobain ZN, Recueil CJCE 1999, I, page 6161 ; CJCE 5 juillet 2005, aff. C-376/03, D., Recueil CJCE 2005, I, page 5821 ; CJCE 19 janvier 2006, aff. C-265/04, Bouanich, Recueil CJCE 2006, I, page 923 ; CJCE 7 septembre 2006, aff. C-470/04, N, Recueil CJCE 2006, I, page 7409 ; CJCE 14 novembre 2006, aff. C-513/04, Kerckhaert et Morres, Recueil CJCE 2006, I, page 10967.

¹⁷³ SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, préc., p. 207. Traduction libre de l'auteur : « Les politiques de neutralité internationale de l'impôt sont appréhendées comme favorisant l'efficacité économique en tant que problématique de politique fiscale internationale ».

paradigme commun, celui du *non-tax world* ou monde sans fiscalité qui fonde l'analyse classique de certaines théories de la neutralité¹⁷⁴. Ainsi :

« *The basic assumption of all international tax neutrality theories is that capital is perfectly mobile and that labor and land are perfectly immobile. The baseline of the classic tax neutrality analysis is seeking to maximize global economic efficiency is a non-tax world in which investment and other business decisions are considered economically most efficient* »¹⁷⁵.

En outre, « *tax neutrality theories strive to keep such investment and business decisions tax neutral-- that is, to keep investment and business decisions unaffected and undistorted, compared to a non-tax world, by the imposition of tax and tax consideration* »¹⁷⁶.

Dans la littérature économique et fiscale au moins cinq modèles différents de neutralité internationale de l'impôt ayant trait au capital¹⁷⁷ ont en commun de vouloir atteindre la même situation d'efficacité économique que dans un monde sans fiscalité¹⁷⁸. Il s'agit des concepts de :

¹⁷⁴ V. notamment SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, préc., pp. 207 à 212 ; KNOLL Michael S., *Reconsidering International Tax Neutrality*, préc., pp. 8 à 13 (article republié dans *Tax Law Review* hiver 2011, Volume 64, pp. 99 à 129) ; SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Revisited*, préc., pp. 133 à 136.

¹⁷⁵ SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, préc., p. 207. Traduction libre de l'auteur : « Le postulat de base de toutes les théories de neutralité internationale de l'impôt est que le capital est parfaitement mobile et que le travail et les terres sont parfaitement immobiles. Le point de départ de l'analyse classique de la neutralité fiscale, qui cherche à maximiser l'efficacité économique mondiale, est un monde sans fiscalité dans lequel les décisions d'investissement et les autres décisions relatives au commerce sont considérées comme les plus efficaces économiquement. » V. également MUSGRAVE Peggy B., *Taxation of foreign investment income: An economic analysis*, op. cit., p. 109 ; MUSGRAVE Peggy B., *United States Taxation of Foreign Investment Income: Issues and Arguments*, op. cit., p. 5 ; GRAETZ Michael J., *The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies*, préc., p. 285.

¹⁷⁶ Ibid. Traduction libre de l'auteur : « Les théories de neutralité fiscale s'attachent à maintenir les décisions relatives à l'investissement et au commerce fiscalement neutres-- c'est-à-dire, à garder les décisions relatives à l'investissement et au commerce non-affectées et non-faussees, par comparaison à un monde sans fiscalité, du fait de l'application de l'impôt et de considérations liées à la fiscalité ». V. dans le même sens les auteurs cités supra en note de bas de page 130).

¹⁷⁷ Les concepts de neutralité internationale de l'impôt quant au travail ne sont pas ici abordés, dès lors que les mouvements liés au travail et aux travailleurs ne sont pas dans le champ des présents travaux (v. infra). Il est tout de même intéressant de signaler que des théories de la neutralité internationale de l'impôt sur le travail existent, il s'agit notamment des théories de *labor import neutrality*, *labor export neutrality* et *labor ownership neutrality*. Pour une présentation de ces théories v. par ex. MASON Ruth et KNOLL Michael S., *What is Tax Discrimination? The European Interpretation*, préc. Certains auteurs considèrent même que dès lors que le facteur travail est à la source de tout revenu, le terme *labor* devrait remplacer celui de *capital* : v. notamment KEMMEREN Eric, *Principle of Origin in Tax Conventions, A Rethinking of Models*, Pijnenburg Vormgevers - Uitgevers, 2001, 623 p. et en particulier les pp. 71 à 74.

¹⁷⁸ V. auteurs cités supra note de bas de page 175.

- *capital export neutrality*, neutralité à l'exportation du capital¹⁷⁹ (ci-après CEN);
- *capital import neutrality*, neutralité à l'importation du capital¹⁸⁰ (ci-après CIN);
- *capital ownership neutrality*, neutralité à la propriété ou détention du capital (ci-après CON);
- *national neutrality*, neutralité nationale (ci-après NN);
- *national ownership neutrality*, neutralité à la propriété ou détention nationale (ci-après NON).

A l'opposé des autres doctrines, la *national neutrality* et la *national ownership neutrality* ont pour objectif de maximiser l'efficacité nationale. Ainsi, comme le résume le Professeur Fadi SHAHEEN¹⁸¹, dans la *national neutrality* il est question de la neutralité de l'impôt en ce qui concerne le commerce national et les acteurs économiques nationaux. Dans ce contexte, les impôts payés à l'étranger sont considérés comme de simples charges liées à l'activité développée à l'étranger. Selon la doctrine classique, cette théorie de la neutralité conduit à une imposition à la résidence des contribuables de leurs revenus de source étrangère avec une simple déduction (de la base d'imposition) qui est octroyée pour les impôts payés à l'étranger.

Quant à la théorie de la *national ownership neutrality*, elle se révèle ne pas être une réelle théorie de neutralité au sens de l'analyse classique qui s'intéresse au revenu avant impôt. Au contraire, la NON recommande d'utiliser, voire d'exploiter les différences fiscales en vue de promouvoir l'efficacité économique nationale. Le postulat est que tout investissement sortant sera compensé par un investissement étranger entrant ce qui compensera toute perte de recettes fiscales que pourraient générer les investissements sortants. La richesse nationale est alors perçue comme comprenant aussi bien les recettes fiscales nationales que le revenu net des nationaux, ce qui conduit la *national ownership neutrality* à encourager les nationaux à investir à

¹⁷⁹ Seront indifféremment employées les expressions neutralité à l'exportation du capital et neutralité aux exportations de capitaux ; l'exportation étant entendue dans un sens général sans se référer à une exportation en particulier.

¹⁸⁰ Seront indifféremment employées les expressions neutralité à l'importation du capital et neutralité aux importations de capitaux ; l'importation étant entendue dans un sens général sans se référer à une importation en particulier.

¹⁸¹ SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, préc., pp. 209 et 210.

l'étranger là où le revenu après impôt est supérieur au revenu après impôt que pourraient procurer les investissements nationaux alternatifs. Cette théorie de la neutralité conduit à une imposition à la source¹⁸², les contribuables nationaux n'étant pas imposés dans leur Etat d'origine. C'est cette comparaison des revenus après impôts (entre source et résidence) qui conduit la doctrine classique à ne pas considérer la NON comme une théorie de la neutralité.¹⁸³

Dès lors que seules les trois premières théories sont unanimement reconnues comme des théories de neutralité qui tendent à promouvoir l'efficacité économique et le développement au niveau mondial¹⁸⁴, ce seront celles de *capital export neutrality*, de *capital import neutrality* et de *capital ownership neutrality* qui seront retenues comme potentiels critères de la construction fiscale européenne (et donc du Marché commun). Il s'agira après un examen de ces trois théories de la neutralité du capital de tenter de concevoir les éventuels avantages qui pourraient en être tirés pour ladite

¹⁸² Par commodité, les expressions imposition à la source et imposition à la résidence seront employées pour désigner respectivement celles d'imposition dans l'Etat de la source et d'imposition dans l'Etat de la résidence.

¹⁸³ Pour plus de développements et de références sur la *national neutrality* v. notamment : MUSGRAVE Peggy B., *Taxation of foreign investment income: An economic analysis*, op. cit. ; MUSGRAVE Peggy B., *United States Taxation of Foreign Investment Income: Issues and Arguments*, op. cit. ; ALSOBROOK Ann Duvall, Improving the Competitiveness of U.S. Multinational Corporations Through Changes to the Foreign Tax Credit, *American University Journal of International Law & Policy*, 1997, Volume 12, pp. 875 à 901 ; BARKER William B., Optimal International Taxation and Tax Competition: Overcome the Contradictions, préc. ; DESAI Mihir A. et HINES James R. Jr., Evaluating international tax reform, *National Tax Journal*, September 2003, Volume 56, n°3, pp. 487 à 502 ; SHAHEEN Fadi, International Tax Neutrality: Reconsiderations, préc. ; KNOLL Michael S., International Competitiveness, Tax Incentives, and a New Argument for Tax Sparing: Preventing Double Taxation by Crediting Implicit Taxes, *Institute for Law and Economics, University of Pennsylvania Law School Research Paper*, 25 août 2008, n°08-21, 37 p., disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1259927> ; HINES Jr. James R., Reconsidering the taxation of foreign source income, *Tax Law Review*, hiver 2009, Volume 62, pp. 269 à 298 ; KANE Mitchell A., Considering "Reconsidering the taxation of foreign source income", *Tax Law Review* hiver 2009, Volume 62, pp. 299 à 315 ; SHAY Stephen E., Ownership neutrality and practical complications, *Tax Law Review* hiver 2009, Volume 62, pp. 317 à 332 ; SHAVIRO Daniel, The Case Against Foreign Tax Credits, *Law & Economics Research Papers Series, New York University School of Law*, mars 2010, Working Paper n°10-09, 44 p., disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1547312> ; SHAHEEN Fadi, International Tax Neutrality: Revisited, préc., pp. 131 à 147.

Pour plus de développements et de références sur la *national ownership neutrality* v. notamment : DESAI Mihir A. et HINES James R. Jr., Evaluating international tax reform, préc. ; SHAHEEN Fadi, International Tax Neutrality: Reconsiderations, préc. ; HINES Jr. James R., Reconsidering the taxation of foreign source income, préc. ; KANE Mitchell A., Considering "Reconsidering the taxation of foreign source income", préc. ; SHAY Stephen E., Ownership neutrality and practical complications, préc. ; SHAHEEN Fadi, International Tax Neutrality: Revisited, préc., pp. 131 à 147.

¹⁸⁴ V. notamment MUSGRAVE Peggy B., *Taxation of foreign investment income: An economic analysis*, op. cit. ; MUSGRAVE Peggy B., *United States Taxation of Foreign Investment Income: Issues and Arguments*, op. cit. ; ALSOBROOK Ann Duvall, Improving the Competitiveness of U.S. Multinational Corporations Through Changes to the Foreign Tax Credit, préc. ; KEMMEREN Eric, *Principle of Origin in Tax Conventions, A Rethinking of Models*, op. cit. ; GRAETZ Michael J., The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies, préc. ; BARKER William B., Optimal International Taxation and Tax Competition: Overcome the Contradictions, préc. ; DESAI Mihir A. et HINES James R. Jr., Evaluating international tax reform, préc. ; SHAHEEN Fadi, International Tax Neutrality: Reconsiderations, préc. ; KNOLL Michael S., International Competitiveness, Tax Incentives, and a New Argument for Tax Sparing: Preventing Double Taxation by Crediting Implicit Taxes, préc. ; DEVEREUX Michael P., Taxation of outbound direct investment: Economic principles and tax policy considerations, préc. ; LI Jinyan, A Principled Approach to Reforming the Canadian Outbound Tax System: Broader Accrual and Full Exemption, *Comparative Research in Law & Political Economy*, 9 décembre 2008, Volume 4, n°8, Research Paper 44/2008, 27 p., disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1313734> ; KNOLL Michael S., Reconsidering International Tax Neutrality, préc. (article republié dans *Tax Law Review* hiver 2011, Volume 64, pp. 99 à 129) ; LAITY Eric T., The competence of nations and international tax law, *Duke Journal of Comparative & International Law*, hiver 2009, Volume 19, pp. 187 à 261 ; HINES Jr. James R., Reconsidering the taxation of foreign source income, *Tax Law Review*, hiver 2009, Volume 62, pp. 269 à 298 ; SCHÖN Wolfgang, International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I), *World Tax Journal*, octobre 2009, Volume 1, n°1, pp. 67 à 114 ; KANE Mitchell A., Considering "Reconsidering the taxation of foreign source income", préc. ; SHAY Stephen E., Ownership neutrality and practical complications, préc. ; NERUDOVA Danuše et ŠIROKÝ Jan, The Principle of Neutrality: VAT/GST v. Direct Taxation, op. cit. ; SHAVIRO Daniel, The Case Against Foreign Tax Credits,

construction (Seconde Partie). Il ne s'agira donc pas d'étudier les relations entre le droit communautaire et le droit fiscal international sous l'angle de nouvelles perspectives¹⁸⁵, c'est-à-dire de s'intéresser, « d'une part, [aux] évolutions du droit positif et, d'autre part, [... d'] appréhender de manière différente les conflits potentiels entre le droit conventionnel et le droit communautaire en mettant en exergue le rôle primordial du droit fiscal des Etats membres régissant l'imposition transfrontalière »¹⁸⁶.

Mais avant d'examiner ces théories particulières de neutralité fiscale et le bénéfice éventuel que l'Union européenne pourrait en retirer, il conviendra d'étudier les résultats obtenus en matière de construction fiscale communautaire avec une neutralité qui imprègne les Traités (Première Partie). Si, en particulier, avec l'élaboration d'un principe de non-discrimination spécifique, l'Union européenne cherche à instaurer un impôt neutre pour les flux transfrontaliers, le droit communautaire offre une pluralité de moyens pour parvenir à ce résultat.

préc. ; MASON Ruth et KNOLL Michael S., What is Tax Discrimination? The European Interpretation, préc. ; SHAHEEN Fadi, International Tax Neutrality: Revisited, préc., pp. 131 à 147.

¹⁸⁵ RAINGEARD DE LA BLETIERE Emmanuel, *Les relations entre le droit communautaire et le droit fiscal international : nouvelles perspectives*, op. cit.

¹⁸⁶ Ibid. p. 9.

Première partie : La construction de l'Europe fiscale par la mise en œuvre d'une neutralité inhérente aux Traités

Dans sa communication COM(2001)260 final, du 23 mai 2001¹⁸⁷, la Commission européenne a exposé sa stratégie en matière de politique fiscale. Deux éléments en sont à retenir. En premier lieu, la Commission estime qu'une harmonisation totale des systèmes fiscaux des Etats Membres n'est pas nécessaire et que tant qu'ils respectent la législation de l'Union, ils sont libres de choisir le système fiscal qui correspond le mieux à leurs préférences. En second lieu, la communication confie à la politique fiscale européenne la mission principale de répondre aux préoccupations des particuliers et des entreprises qui opèrent sur le Marché intérieur. Pour y parvenir, la Commission identifie trois principaux axes d'action à mener de manière conjointe : l'élimination des entraves fiscales à toute forme d'activité économique transfrontalière, la poursuite de la lutte contre la concurrence fiscale dommageable, enfin, favoriser une plus grande coopération entre les administrations fiscales nationales en matière de contrôles et de lutte contre la fraude¹⁸⁸.

Pour autant, et parce que la fiscalité directe demeure une compétence exclusive des Etats membres, la Cour de justice de l'Union européenne répète depuis l'affaire *Schumacker* que si « en l'état actuel du droit communautaire, la matière des impôts directs ne relève pas en tant que telle du domaine de la compétence de la

¹⁸⁷ COM(2001)260, Politique fiscale de l'Union européenne - Priorités pour les prochaines années, *JOUE* du 10 octobre 2001, n° C 284, pp. 6 à 19.

¹⁸⁸ V. en ce sens l'adoption par le Conseil européen de deux nouvelles directives : Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE, *JOUE* du 11 mars 2011, n° L 64, pp. 1 à 12, qui devra être transposée au plus tard le 1^{er} janvier 2013 et pour les dispositions de l'article 8 le 1^{er} janvier 2015. Directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, *JOUE* du 31 mars 2010, n° L 84, pp. 1 à 12 ; qui devra être transposée au plus tard le 1^{er} janvier 2012. Elle remplace la directive 76/308/CEE du Conseil, du 15 mars 1976, concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances résultant d'opérations faisant partie du système de financement du Fonds européen d'orientation et de garantie agricole, ainsi que de prélèvements agricoles et de droits de douane, *JOCE* du 19 mars 1976, n° L 073, pp. 18 à 23, qui avait recodifiée par la directive 2008/55/CE du Conseil du 26 mai 2008 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives à certaines cotisations, à certains droits, à certaines taxes et autres mesures, *JOUE* du 10 juin 2008, n° L 150, p. 28 et s.

Communauté, il n'en reste pas moins que les Etats membres doivent exercer leurs compétences retenues dans le respect du droit communautaire ».

Ainsi, et bien que le droit communautaire n'ait pas de compétence en matière de fiscalité, il ne peut être ignoré par les Etats membres qui doivent le respecter dans l'exercice de leurs compétences fiscales. Il est alors nécessaire d'avoir présent à l'esprit le corpus réglementaire européen avec lequel la fiscalité directe des Etats membres est susceptible d'entrer en conflit de par les appels à la neutralité qu'il peut enfermer. Pour autant, le droit fiscal communautaire étant un droit en cours d'élaboration et de maturation, il convient également de ne pas négliger les propositions de modification de cette législation et les actions de nature para-légale (titre 1).

Aussi importants que soient les textes européens pour le droit communautaire de la fiscalité, la lettre de ces textes, qui sont une source potentielle de neutralité, n'a de réelle portée qu'avec l'éclairage que peut donner la Cour de justice de l'Union européenne de ces dispositions et donc de la neutralité qu'ils peuvent contenir (titre 2).

TITRE 1 : LES TEXTES EUROPÉENS PORTEURS DE NEUTRALITE EN MATIÈRE DE FISCALITÉ DIRECTE : DES SOURCES DE PORTÉE VARIABLE

En matière de fiscalité directe, de nombreux textes européens peuvent être invoqués. La dichotomie classique consiste à distinguer, d'une part, les dispositions qui sont directement issues des Traités européens (chapitre 1) et, d'autre part, celles qui en dérivent (chapitre 2).

Chapitre 1 : Les Traités européens : première source majeure de neutralité pour le droit communautaire de la fiscalité

Au sein des dispositions comprises dans les Traités communautaires, deux catégories de règles peuvent être appliquées à l'encontre de la réglementation fiscale des Etats membres. Ces règles apparaissent comme intimement liées au Marché intérieur car il s'agit des libertés de circulation (section 1) mais également de la législation applicable aux aides d'Etat (section 2).

Section 1 : Libertés de circulation et neutralité de l'impôt

Comme énoncé ci-avant, il existe plusieurs libertés de circulation, dites libertés fondamentales, qui sont reconnues par les Traités. Au nombre de cinq, il s'agit de la libre circulation des marchandises, de la libre circulation des personnes qui se décompose en la libre circulation des travailleurs et la liberté d'établissement, libertés qui font échos au principe général de l'article 20 du TFUE (ex-article 17 du TCE) en vertu duquel tout citoyen de l'Union jouit notamment du « droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres », de la libre prestation de

services et de la libre circulation des capitaux et des paiements (plus souvent appelée liberté de circulation des capitaux).

Si ces cinq libertés sont indissociables du Marché commun et le caractérisent, ce sont les libertés d'établissement (§1) et de circulation des capitaux (§2) qui jouent, de nos jours, un rôle prépondérant¹⁸⁹ en matière de fiscalité directe. En outre, de par leur objet, ce sont celles qui sont les plus invoquées par les entreprises. Car si les libertés fondamentales ne visent pas directement la matière fiscale (directe) elles ne peuvent plus être ignorées par celle-ci, comme l'a démontré et initié l'affaire de l'*Avoir fiscal*. Par ailleurs, l'étude du libellé de ces libertés, en particulier de celle relative aux capitaux, dans l'accord sur l'EEE et de l'interprétation des droits fondamentaux des Traités par la Cour sont de nature à éclairer sur la neutralité inhérente aux libertés fondamentales (§3).

§1- La liberté d'établissement

La création d'un marché unique implique la possibilité de pouvoir librement s'établir dans tout Etat membre de la Communauté. Cette liberté¹⁹⁰ est aussi primordiale que la libre circulation des marchandises, elle en est le corollaire logique, dès lors qu'elle est l'une des deux mettant en œuvre de manière concrète la libre circulation des personnes. Il ne saurait en effet être conçu que les marchandises puissent circuler librement dans l'Union et que les travailleurs puissent exercer une activité lucrative partout dans la Communauté, et que les indépendants et entreprises ne le puissent.

Ainsi, en vertu de cette liberté, les personnes physiques¹⁹¹ et morales peuvent s'établir dans l'Etat membre de leur choix afin d'y exercer une activité indépendante. Est ainsi consacré le droit de choisir le lieu d'exercice d'une activité commerciale en

¹⁸⁹ Il convient cependant de signaler qu'historiquement la libre circulation des travailleurs a été à l'origine d'arrêts majeurs de la CJUE en matière de fiscalité directe et continue d'être invoquée. V. par ex. CJCE 27 septembre 1988, aff. C-235/87, *Matteucci contre Communauté française de Belgique*, Recueil CJCE 1988, I, page 5589 ; CJCE 8 mai 1990, aff. C-175/88, *Biehl contre Administration des contributions*, Recueil CJCE 1990, I, page 1779 ; CJCE 28 janvier 1992, aff. C-204/90, *Bachmann préc.* ; CJCE 14 février 1995, aff. C-279/93, *Schumacker, préc.* ; CJCE 12 mai 1998, aff. C-336/96, *Gilly, préc.* Elle continue d'ailleurs d'être invoquée en matière de fiscalité directe v. par ex. : CJCE 12 décembre 2002, aff. C-385/00, *De Groot*, Recueil CJCE 2002, I, page 11819 ; CJCE 1^{er} juillet 2004, aff. C-169/03, *Wallentin*, Recueil CJCE 2004, I, page 6443 ; CJCE 16 octobre 2008, aff. C-527/06, *Renneberg*, Recueil CJCE 2008, I, page 7735.

¹⁹⁰ Pour une étude complète de la liberté d'établissement v. notamment DAHLBERG *Mattias, Direct taxation in relation to the freedom of establishment and the free movement of capital*, Kluwer Law International, EUCOTAX series on European taxation, n° 9, 2005, pp. 137 à 231 ; HELMINEN *Marjaana, EU Tax Law – Direct Taxation*, op. cit., pp. 73 à 93.

fonction de critères directement liés aux facilités fiscales, commerciales, administratives, pratiques ou juridiques offertes par les Etats membres.

Il est à noter enfin que la Cour de justice a reconnu l'effet direct de cette liberté dans l'affaire de l'*Avoir fiscal*¹⁹², marquant une fois de plus l'importance prise par les libertés de circulation et en particulier celle-ci au fur et à mesure de la construction européenne et donc de celle du Marché unique.

La liberté d'établissement est régie par les articles 49 à 55 du TFUE. L'article 49§1 dispose que « les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre sont interdites. **Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales**, par les ressortissants d'un Etat membre établis sur le territoire d'un Etat membre »¹⁹³. Jouissent donc de cette liberté les personnes physiques qui ont la nationalité d'un Etat membre. Quant aux personnes morales, l'article 54§1 du même Traité dispose que le rattachement à un Etat membre se fait selon le critère du siège statutaire, d'administration centrale ou du principal établissement¹⁹⁴. Si toutes les formes de sociétés sont concernées, le second paragraphe prévoit une exception en excluant celles « qui ne poursuivent pas de but lucratif »¹⁹⁵.

Par ailleurs, la liberté d'établissement ne peut s'appliquer dans les cas de situations purement internes, mais elle peut tout aussi bien être invoquée contre son Etat de résidence ou d'établissement que contre son Etat d'accueil (v. infra titre 2)¹⁹⁶.

¹⁹¹ Pour leurs activités non-salariées, dans le cas contraire c'est la libre circulation des travailleurs qui sera concernée.

¹⁹² CJCE 28 janvier 1986, aff. C-270/83, Commission contre France, préc., point 13 de l'arrêt. Il est à préciser que cet effet direct avait été reconnu dans un autre domaine que la fiscalité directe dans l'arrêt CJCE 21 juin 1974, aff. C-2/74, Jean Reyners contre Etat belge, Recueil CJCE 1974, I, p. 631 et s.

¹⁹³ Parties du texte mises en gras par l'auteur.

¹⁹⁴ Sur l'incidence de ces critères en matière de fiscalité directe v. notamment DAHLBERG Mattias, *Direct taxation in relation to the freedom of establishment and the free movement of capital*, op. cit., pp. 144 à 149 ; VANISTENDAEL Frans, *Taxation and Non-Discrimination, A Reconsideration of Withholding Taxes in the OECD*, préc., pp. 177 et 178.

¹⁹⁵ A ce sujet v. DAHLBERG Mattias, *Direct taxation in relation to the freedom of establishment and the free movement of capital*, op. cit., p. 142.

¹⁹⁶ Ibid. pp. 140 et 141. La limitation à l'entrée (par l'Etat d'accueil) résulte du libellé de l'article 49 du TFUE (v. notamment l'affaire *Biehl* préc. et CJCE 27 juin 1996, aff. C-107/94, Asscher, Recueil CJCE 1996, I, page 3089). Mais très tôt la Cour a étendu l'interdiction édictée par cet article aux cas où un Etat membre, dit d'origine, rend moins attrayant la possibilité de s'établir dans un autre Etat membre (entrave à la sortie) v. par ex. CJCE 27 septembre 1988, aff. C-81/87, Daily Mail and General Trust, Recueil CJCE, p. 5483 et s., point 16 ; l'affaire *ICI* préc., point 21 ; CJCE 18 novembre 1999, aff. C-200/98, X AB et Y AB contre Riksskatteverket, Recueil CJCE 1999, I, page 8261 ; dite affaire *X et Y*, point 26 et CJCE 11 mars 2004, aff. C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, Recueil CJCE 2004, I, page 2409, point 42. V. infra.

La première phrase du premier paragraphe de l'article 49 du TFUE vise la constitution de l'établissement principal d'une société, de son siège. La seconde phrase vise quant à elle la constitution d'un établissement secondaire qui peut prendre différentes formes (succursale, agence, filiale). Ainsi, création et développement d'une entreprise sont couverts par la liberté d'établissement.

Dans ce cadre, le second paragraphe interdit toute restriction. Cette dénomination n'est pas le fruit du hasard. En effet, cela signifie que sont prohibées aussi bien les discriminations directes, c'est-à-dire celle fondées sur la nationalité ou le siège de la société, que les discriminations indirectes, c'est-à-dire celles qui sont fondées sur un autre critère que la nationalité ou le siège mais dont l'effet est le même¹⁹⁷ (v. infra).

La jurisprudence *Gebhard*¹⁹⁸ a défini la notion d'établissement comme étant la situation dans laquelle un « ressortissant d'un Etat membre exerce, de façon stable et continue, une activité professionnelle dans un autre Etat membre où, à partir d'un domicile professionnel, il s'adresse, entre autres, aux ressortissants de cet Etat »¹⁹⁹. L'élément fondamental de cette définition est le critère de stabilité. C'est grâce à lui qu'il est possible de différencier liberté d'établissement et liberté de prestation de services. En effet, cette dernière étant une liberté subsidiaire par rapport aux autres²⁰⁰, le ressortissant communautaire qui vient s'établir dans un autre Etat membre pour y offrir un service de façon durable exerce son droit au libre établissement et non pas les droits qu'il pourrait tirer de libre circulation des services.

Il peut s'avérer délicat de distinguer la liberté d'établissement de la libre circulation des capitaux en particulier quand les personnes en cause sont des sociétés. D'autant que comme l'a écrit le Professeur Melchior WATHELET :

¹⁹⁷ Ibid., pp. 93 à 99.

¹⁹⁸ CJCE 30 novembre 1995, C-55/94, *Gebhard contre Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Recueil CJCE 1995, I, p. 4165.

¹⁹⁹ Ibid., point 35.

²⁰⁰ Les articles 56 à 62 du TFUE concernent les prestations de services qu'elles soient actives (possibilité d'exercer son activité de façon temporaire dans un Etat membre autre que celui de sa résidence) ou passive (possibilité de jouir d'un service dans un autre Etat membre que celui dont la personne est originaire), et la prestation transfrontalière de services sans déplacement de personne. En vertu des dispositions de l'article 57 du TFUE cette liberté est subsidiaire car « sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes ».

« La Cour de justice ne permettra pas d'utiliser au choix la libre circulation des capitaux plutôt que la liberté d'établissement. Si les transactions économiques en cause se rattachent essentiellement à la liberté d'établissement [...], la circulation de capitaux n'étant qu'un élément accessoire et dérivé de l'établissement [...], le dossier ne sera traité qu'au regard de la liberté de circulation principalement en cause »²⁰¹.

Ainsi, les dispositions des articles 63 et suivants du TFUE qui régissent la libre circulation des capitaux ne trouveraient à s'appliquer que si la situation en cause ne tombe pas dans le champ d'application des libertés d'établissement ou de prestation de services. Or, l'examen de la jurisprudence semble faire apparaître que le critère de la distinction réside dans le degré d'influence exercée sur l'entité étrangère²⁰². Le point 32 des conclusions de l'Avocat général LEGER sous l'arrêt *Cadbury Schweppes plc et Cadbury Schweppes Overseas Ltd*²⁰³ explicite cette notion d'influence :

« Il ressort de la jurisprudence que lorsque le ressortissant d'un Etat membre détient dans le capital d'une société établie dans un autre Etat membre une **participation lui permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de cette société et d'en déterminer les activités**, ce sont les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement qui trouvent à s'appliquer et non celles ayant trait à la libre circulation des capitaux »²⁰⁴.

Il existe cependant d'autres différences entre le droit d'établissement et la libre circulation des capitaux.

²⁰¹ WATHELET Melchior, Souveraineté fiscale des Etats membres et Cour de justice : nouvelles tendances ou confirmation ?, *RJF* février 2008, n°2, étude, p. 101.

²⁰² Un simple investissement ne suffit pas à matérialiser l'établissement dans un autre Etat membre, ce ne sera pas le cas si la participation permet de contrôler la société ou d'y exercer une influence majeure.

²⁰³ CJCE 12 septembre 2006, aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes plc et Cadbury Schweppes Overseas Ltd*, Recueil CJCE 2006, I, p. 7995, ci-après désignée affaire *Cadbury*.

²⁰⁴ Parties du texte mises en gras par l'auteur. Il semblerait que ce critère de distinction ait été dégagé par l'Avocat général ALBER aux points 32 et 33 de ses conclusions en date du 14 octobre 1999 sous l'arrêt CJCE 13 avril 2000, aff. C-251/98, *Baars*, Recueil CJCE 2000, I, page 2787. L'argument sembla convaincre la Cour qui le reprit au point 22 de l'arrêt et dans d'autres affaires par la suite v. notamment : affaire *Cadbury* précitée, point 31 ; CJCE 12 décembre 2006, aff. C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, Recueil CJCE 2006, I, page 11673, ci-après affaire *ACT*, point 39 ; CJCE 13 mars 2007, aff. C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, Recueil CJCE, I, p. 2107, ci-après affaire *Thin Cap*, point 27 ; CJCE 18 juillet 2007, aff. C-231/05, *Oy AA*, Recueil CJCE 2007, I, p. 6373, point 20 ; CJCE 18 juin 2009, aff. C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*, Recueil CJCE 2009, I, p. 5145, ci-après affaire *Aberdeen*, point 34.

§2- Le libre mouvement des capitaux et des paiements

La liberté des mouvements de capitaux et de paiements²⁰⁵ est une pièce maîtresse de la réalisation d'une union monétaire et économique, objectif de l'Union, comme l'énonce l'article 3§4 du Traité sur l'Union européenne²⁰⁶. Régie par les articles 63 à 66 du TFUE, elle dispose que « toutes les **restrictions** aux mouvements de capitaux » et aux paiements « entre les Etats membres et entre les Etats membres et les pays tiers **sont interdites** »²⁰⁷.

Aussi importante qu'elle soit pour le Marché unique, la liberté de circulation des capitaux a connu un parcours mouvementé avant d'être reconnue à part entière comme une liberté fondamentale. Craignant qu'elle puisse déstabiliser la politique économique et monétaire des Etats membres, le Traité de 1957 prévoyait que ces derniers ne supprimeraient que « progressivement entre eux, pendant la période de transition et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du Marché commun, les restrictions aux mouvements des capitaux appartenant à des personnes résidant » dans la Communauté²⁰⁸. Ces précautions vis-à-vis de cette liberté ont conduit à ce que la Cour de justice ne lui reconnaisse pas d'effet direct même si elle la qualifiait de liberté fondamentale²⁰⁹.

C'est avec l'Acte unique européen que la libre circulation des capitaux a été placée sur un pied d'égalité avec les autres libertés. Pour autant, la rédaction de l'article 67 du Traité de 1957 demeurait, ce qui a conduit à renvoyer à la directive 88/361/CEE du 24 juin 1988 le soin de mettre en œuvre de manière concrète cette liberté et de lui conférer un effet direct à compter de la fin du délai de transposition de la directive, soit le 1^{er} juillet 1990²¹⁰. Finalement, le traité de Maastricht, en réalisant le Marché intérieur, consacra pleinement la liberté de circulation des capitaux (et abrogea la directive 88/361/CEE) entre les Etats membres tout en l'étendant d'office aux Etats

²⁰⁵ Pour une étude complète de cette liberté v. notamment DAHLBERG Mattias, *Direct taxation in relation to the freedom of establishment and the free movement of capital*, op. cit., pp. 275 à 326 ; HELMINEN Marjaana, *EU Tax Law – Direct Taxation*, op. cit., pp. 93 à 111.

²⁰⁶ Qui reprend en substance l'article 2 du TCE.

²⁰⁷ Parties du texte mises en gras par l'auteur.

²⁰⁸ Article 67 du Traité instituant la Communauté économique européenne, préc.

²⁰⁹ CJCE 11 novembre 1981, aff. C-203/80, Guerrino Casati, Recueil CJCE 1981, I, pp. 2595 et s.

²¹⁰ Directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité, *JOCE* du 8 juillet 1988, n° L 178, pp. 5 à 18.

tiers²¹¹. La Cour de justice reconnut alors l'effet direct de cette liberté dans son arrêt *Bordessa*²¹². Chaque citoyen de l'Union peut désormais librement investir dans un Etat membre autre que celui dont il est le ressortissant et ce dans les mêmes conditions que s'il était national de cet Etat membre.

Les Etats membres ont, semble-t-il, gardé une certaine méfiance vis-à-vis de cette liberté car les Traités leur donnent la possibilité de la limiter. Ainsi, les articles 64 et 65 du TFUE, et en particulier l'article 65 paragraphe 1^{er} a et b, disposent que la libre circulation des capitaux peut être limitée par des dispositions fiscales dès lors que la situation des contribuables n'est pas comparable ou dans le but de prévenir les infractions prévues par leur législation fiscale. Le paragraphe 2 vient même ajouter que la liberté de circulation des capitaux « ne préjuge pas la possibilité d'appliquer des restrictions en matière de droit d'établissement qui sont compatibles avec les traités ». Cependant, manifestant l'importance de cette liberté pour le Marché intérieur, l'alinéa 3 vient préciser que les mesures et procédures des deux précédents alinéas « ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux et des paiements ».

Il est intéressant de noter que l'accord sur l'EEE prévoit des droits similaires à ceux d'établissement et de circulation des capitaux. Cet accord permet en effet d'étendre les libertés qui fondent le Marché unique de l'Union européenne au Liechtenstein, à l'Islande et à la Norvège (trois des quatre pays membres de l'AELE)²¹³. Toutes les libertés figurent dans l'accord²¹⁴ et dans une rédaction très proche de celle du TFUE.

²¹¹ A la différence de la libre circulation des services qui peut s'appliquer aux ressortissants d'Etats tiers établis dans l'UE sur décision du Parlement européen et du Conseil (article 56 du TFUE). L'article 66 du TFUE prévoit cependant des dispositions spécifiques pour les mouvements de capitaux qui proviennent des Etats tiers. En outre, la non-applicabilité des directives fiscales et en particulier de la directive 77/799/CEE du Conseil, du 19 décembre 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des Etats membres dans le domaine des impôts directs, *JOCE* du 27 décembre 1977, n° L 336, pp. 15 à 20 (qui sera abrogée et remplacée par la directive 2011/16/UE préc. à compter du 1^{er} janvier 2013), conduit la CJUE à admettre bien facilement des restrictions à la libre circulation des capitaux dès lors que des Etats tiers sont impliqués (v. par ex. CJUE 28 octobre 2010, aff. C-72/09, *Etablissements Rimbaud SA contre Directeur général des impôts et Directeur des services fiscaux d'Aix-en-Provence*, non encore publié au Recueil, *JOUE* du 18 décembre 2010, n° C 346, pp. 11 à 12 ; ci-après l'affaire *Rimbaud*).

²¹² CJCE 23 février 1995, aff. jointes C-358/93 et C-416/93, *Aldo Bordessa, Vicente Mari Mellado et Concepción Barbero Maestre*, Recueil CJCE 1995, I, pp. 361 et s.

²¹³ En contrepartie, ils doivent adopter l'acquis communautaire concernant les domaines couverts par l'accord (les règles qui gouvernent les libertés de circulation) comme la concurrence et les aides d'Etat, la protection des consommateurs et de l'environnement.

²¹⁴ Libre circulation des marchandises (articles 8 et s.), libre circulation des travailleurs salariés et non-salariés (articles 28 et s.), droit d'établissement (articles 31 et s.), libre prestation des services (articles 36 et s.) et libre circulation des capitaux (articles 40 et s.).

§3- L'apport du libellé des libertés fondamentales dans l'accord sur l'Espace Economique Européen pour la compréhension des droits du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne tels qu'interprétés par la Cour de justice

Afin d'interpréter les dispositions de l'accord EEE, la CJUE peut être saisie par une juridiction d'un Etat membre de la portée dans ce même Etat de ces dispositions qui font partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union²¹⁵. Cela est indispensable dès lors que pour réaliser l'objectif principal dudit accord, plusieurs de ses dispositions visent à garantir une interprétation aussi uniforme que possible de celui-ci dans l'ensemble de l'EEE²¹⁶ (ce qui englobe les trois Etats de l'AELE et l'ensemble des Etats membres de l'UE). Pour ces raisons, il appartient à la Cour de veiller à ce que les règles de l'accord EEE identiques en substance à celles du TFUE soient interprétées de manière uniforme à l'intérieur des Etats membres²¹⁷.

En ce qui concerne l'article 40 de l'accord EEE, qui prohibe toute restriction et discrimination aux mouvements de capitaux, la CJUE a considéré que ces dispositions sont identiques à celles du droit de l'Union²¹⁸. Ainsi, en cas de restriction à la libre circulation des capitaux entre ressortissants d'Etats parties à l'accord EEE (qu'ils soient membres de l'UE ou de l'AELE), elles doivent être appréciées au regard de son article 40 ; stipulations qui revêtent la même portée juridique que celle des dispositions de l'article 63 TFUE²¹⁹.

Les deux libertés sont donc en réalité les mêmes, au moins quant à leur portée. Cette dimension se révèle très intéressante dans le cadre de la présente étude car le texte de l'article 40 de l'accord EEE dispose que :

« Dans le cadre du présent accord, les restrictions entre les parties contractantes aux mouvements des capitaux appartenant à des

²¹⁵ V. en ce sens CJCE 15 juin 1999, aff. C-321/97, Andersson et Wåkerås-Andersson, Recueil CJCE 1999, I, p. 3551 et s., points 26 à 31 ; CJCE 15 mai 2003, aff. C-300/01, Salzmann, Recueil CJCE 2003, I, p. 4899 et s., point 65 ; CJCE 23 septembre 2003, aff. C-452/01, Ospelt et Schlössle Weissenberg, Recueil CJCE 2003, I, p. 9743 et s., point 27). Ce droit est conféré notamment par les articles 107 et 111 et le Protocole 34 de l'accord EEE.

²¹⁶ V. CJCE 10 avril 1992, avis 1/92, Recueil CJCE 1992, I, p. 2821 et s.

²¹⁷ CJCE 23 septembre 2003, aff. C-452/01, Ospelt et Schlössle Weissenberg, préc., point 29.

²¹⁸ Ibid. point 28.

personnes résidant dans les Etats membres de la CE ou dans les Etats de l'AELE, ainsi que les discrimination de traitement fondées sur la nationalité ou la résidence des parties ou **sur la localisation du placement**, sont interdites »²²⁰.

Il est possible de voir dans cette proscription la volonté que les Etats parties à l'EEE ne puissent influencer, notamment par la fiscalité directe, le choix du lieu où les opérateurs économiques souhaitent effectuer leurs placements. Et vouloir que le choix du lieu d'investissement ne soit pas faussé, notamment par des considérations fiscales, manifeste le souhait que la fiscalité (quand la restriction en cause est de cette nature) soit neutre pour les opérateurs économiques (v. supra). De plus, par le truchement de l'unicité d'interprétation des deux libertés (de l'article 40 EEE et de l'article 63 du TFUE) décidée par la CJUE, il peut alors être envisagé que cette volonté de neutralité anime aussi la liberté de circulation des capitaux du TFUE.

Deux libertés fondamentales du Traité sur le fonctionnement de l'UE peuvent donc être regardées comme susceptibles de prodiguer, au profit des entreprises, des limitations à l'endroit de la fiscalité directe des Etats membres quand celle-ci entrave leur exercice. Dans le cas de la libre circulation des capitaux, il est même possible d'y voir un appel explicite à la neutralité de l'impôt. En allant plus loin, il pourrait être possible d'extrapoler cet appel au droit d'établissement. En effet, lorsque la Cour de justice est interrogée sur la compatibilité d'une règle fiscale avec la libre circulation des capitaux et la liberté d'établissement et qu'elle décide que cette dernière est la liberté applicable, elle précise que, si la législation en cause avaient des effets restrictifs sur le libre mouvement des capitaux, « ces effets seraient la conséquence inéluctable d'une éventuelle entrave à la liberté d'établissement »²²¹. Or, la distinction entre les deux libertés reposant sur une question de matérialité, de substance de l'implantation sur le territoire d'un autre Etat et dès lors que le raisonnement suivi par la Cour dans la recherche d'une atteinte à ces deux libertés est

²¹⁹ V. en ce sens CJCE 11 juin 2009, aff. C-521/07, *Commission c/ Pays-Bas*, Recueil CJCE 2009, I, p. 4873 et s., point 33.

²²⁰ Parties du texte mises en gras par l'auteur.

²²¹ Affaire *Cadbury* préc., point 33.

exactement le même²²², au point de reconnaître qu'une entrave à l'une est une entrave à l'autre (même incidemment), alors il pourrait être concevable d'imaginer que la Cour de justice de l'Union européenne puisse rechercher la neutralité de l'impôt également lorsque le droit d'établissement est en cause. *A priori*, les Traités européens ne semblent pas s'y opposer et dans des arrêts récents la Cour a examiné l'existence d'éventuelles atteintes au Traité en examinant les situations sous l'angle des deux libertés en même temps²²³. En tout état de cause, il apparaît que les droits fondamentaux peuvent être considérés comme cherchant à promouvoir un impôt neutre pour les mouvements au sein de l'espace communautaire.

Par ailleurs, dans la perspective de la création d'un marché unique, d'autres règles issues des Traités concourent également à l'instauration d'une concurrence non-fauscée au sein de l'Union ; il s'agit des règles en matière d'aides d'Etat.

Section 2 : Législation sur les aides d'Etat et neutralité de l'impôt

Dans le cadre de la lutte contre la concurrence fiscale dommageable (v. infra), la législation sur les aides d'Etat est apparue comme un outil de contrôle de la fiscalité directe des entreprises. Son champ très étendu, qui ressort du libellé du Traité, a permis son application à la fiscalité directe (§1). Et cette application présente un avantage notable par rapport au travail qui peut être accompli par le biais des libertés fondamentales (§2).

§1- L'application de la législation relative aux aides d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe

C'est dans une communication du 10 décembre 1998²²⁴ que la Commission a élaboré les grandes lignes du recours aux règles prescrites par les Traités en matière d'aides

²²² Au moins quand il s'agit d'Etats membres de l'UE.

²²³ CJCE 12 décembre 2006, aff. C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, Recueil CJCE 2006, I, p. 11753, ci-après affaire *FII*.

²²⁴ Communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, *JOCE* du 10 décembre 1998, n° C 384, pp. 3 à 9. Ci-après désignée communication aides d'Etat à caractère fiscal.

d'Etat à la fiscalité directe des entreprises. L'objectif de la Commission est « de clarifier et de renforcer l'application des règles en matière d'aides d'Etat en vue de réduire les distorsions de concurrence dans le marché unique »²²⁵.

Il résulte en effet de l'article 107 du TFUE que « sont incompatibles avec le Marché intérieur, dans la mesure où elles altèrent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat **sous quelque forme que ce soit** qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions »²²⁶. Le caractère fiscal d'une mesure n'affecte pas l'application de ces dispositions car celles-ci s'appliquent quelle que soit la forme de l'aide. Pour autant, toute aide n'est pas forcément répréhensible car une « mesure doit satisfaire cumulativement »²²⁷ quatre critères pour être qualifiée d'aide d'Etat :

- Première condition, la mesure doit procurer « à ses bénéficiaires un **avantage qui allège les charges qui normalement grèvent leur budget** ». La forme de la réduction est sans importance et peut être multiple²²⁸.
- Deuxième condition, « **l'avantage doit être octroyé par l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat** » étant précisé qu'une « perte de recettes fiscales équivaut à la consommation de ressources d'Etat sous la forme de dépenses fiscales », que la structure administrative de l'Etat en cause est sans conséquence (aide octroyée par une entité régionale et/ou locale²²⁹) tout comme le fait que l'intervention se fasse par le biais législatif, réglementaire ou administratif ou même qu'elle résulte « des pratiques de l'administration fiscale »²³⁰.
- Troisième pré-requis, la mesure en cause doit « **affecter la concurrence et les échanges entre Etats membres** », ce qui suppose que le bénéficiaire exerce une activité économique. La jurisprudence a établi que la condition d'affectation des échanges était remplie « dès lors que le bénéficiaire exerce

²²⁵ Ibid. point 2.

²²⁶ Parties du texte mises en gras par l'auteur.

²²⁷ Communication du 10 décembre 1998 sur les aides d'Etat à caractère fiscal, point 8.

²²⁸ Ibid. point 9. La communication donne quelques exemples : réduction d'assiette imposable (déduction dérogatoire, amortissement extraordinaire ou accéléré, inscription de réserves sur le bilan...) ; réduction totale ou partielle du montant de l'impôt (exonération, crédit d'impôt...) ; ajournement ou annulation, voire même un rééchelonnement exceptionnel de la dette fiscale.

²²⁹ CJCE 14 octobre 1987, aff. 248/84, Allemagne contre Commission, Recueil CJCE 1987, p. 4013.

une activité économique qui fait l'objet d'échanges entre les Etats membres. Le simple fait que l'aide renforce la position de cette entreprise par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires, permet de considérer que ces échanges ont été affectés »²³¹.

- Quatrième et dernier critère, **la mesure doit être « spécifique ou sélective »**, c'est-à-dire qu'elle doit favoriser « certaines entreprises ou certaines productions ». Cependant, si le caractère sélectif peut être justifié par « la nature ou l'économie du système », la mesure échappe alors à la qualification d'aide au sens des Traités²³².

Ces critères sont très utiles et permettent de percevoir les contours d'une aide d'Etat de nature fiscale. Deux précisions doivent pourtant être apportées. En premier lieu, une distinction liminaire est à opérer entre, d'une part, une aide d'Etat et, d'autre part, une mesure générale. Cette dernière se définit comme une mesure fiscale ouverte à tous les acteurs économiques agissant sur le territoire d'un Etat membre. Il faut cependant qu'elles soient véritablement ouvertes à tous les opérateurs sur la base d'un accès égal et sans que leur portée puisse être *de facto* réduite, notamment par le « pouvoir discrétionnaire de l'Etat dans leur octroi ou par d'autres éléments qui restreignent leur effet pratique ». Pour autant les Etats demeurent libres de répartir à leur guise la charge fiscale entre les différents facteurs de production et cela tant que ces mesures générales s'appliquent de manière indifférenciée à toutes les entreprises et productions²³³. Néanmoins, si certaines entreprises ou certains secteurs bénéficient plus que d'autres de certaines mesures fiscales il faut alors tenir compte des

²³⁰ Communication du 10 décembre 1998 sur les aides d'Etat à caractère fiscal, point 10.

²³¹ Ibid., point 11. Tout effet de seuil est à ce titre sans importance (sauf à ce que l'aide remplisse les critères de la règle de minimis v. Règlement CE n° 1998/2006 de la Commission, du 15 décembre 2006, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides de minimis, *JOCE* du 28 décembre 2006, n° L 379, pp. 5 à 10). Ainsi peu importe l'importance relativement faible de l'aide, la taille modeste du bénéficiaire ou sa part très réduite sur le marché communautaire, ni même l'absence d'activité à l'exportation de ce bénéficiaire ou le fait que l'entreprise exporte la quasi-totalité de sa production en dehors de la Communauté.

²³² Ibid., point 12.

²³³ Ibid., point 13. Ce sera le cas des mesures de pure technique fiscale (par ex. fixation des taux d'imposition, des règles de dépréciation et d'amortissement et des règles en matière de reports de pertes ; dispositions destinées à éviter la double taxation ou l'évasion fiscale) ou des mesures poursuivant un objectif de politique économique générale en réduisant la charge fiscale liée à certains coûts de production (par exemple, recherche et développement, environnement, formation, emploi).

particularités éventuelles de la mesure et/ou du secteur ou des entreprises concernés pour déterminer s'il s'agit bien d'une aide d'Etat²³⁴.

En outre, si une mesure conduit à exempter en tout ou partie les entreprises d'un secteur particulier de charges normalement dues dans le cadre du système fiscal général, sans que cette exemption soit justifiée par la nature ou l'économie du système alors, il s'agit d'une aide d'Etat. Car peu importent les causes ou objectifs de l'intervention, une aide d'Etat se définit par ses effets. Un Etat ne saurait ainsi justifier son intervention par le fait qu'elle permette de rapprocher les acteurs du secteur en cause de leurs concurrents dans d'autres Etats membres : les divergences entre les fiscalités nationales ne sauraient être corrigées de manière unilatérale au profit des acteurs les plus touchés par lesdites divergences²³⁵. C'est d'autant moins acceptable que les Traités donnent aux Etats membres les outils permettant de mettre un terme à ces disparités.

Ces premières précisions ne sont pas sans incidence sur la notion de spécificité ou de sélectivité qu'il convient à présent d'approfondir. Si une mesure affecte l'ensemble du territoire elle ne peut être regardée comme sélective et ce à la différence d'une mesure de portée régionale ou locale qui peut favoriser certaines entreprises sous réserve de ce qui a été précédemment énoncé (l'article 107 §3 a) et b) Traités prévoit en outre que ces aides peuvent compatibles). Pour autant la spécificité n'est pas qu'une question géographique. L'article 107 du TFUE visant « certaines productions » il est acquis qu'est une aide d'Etat l'aide dont l'effet essentiel est de favoriser un ou plusieurs secteurs d'activités. De même pour celle qui ne favorise que les produits nationaux exportés²³⁶ ou encore pour celle qui concerne l'ensemble des secteurs soumis à la concurrence internationale²³⁷. Ainsi, une dérogation au taux de base de l'impôt sur les sociétés en faveur d'un pan entier de l'économie est une aide d'Etat²³⁸. La sélectivité peut également résider dans le choix de favoriser certaines formes de sociétés, certaines de leurs fonctions (services intragroupe, intermédiation

²³⁴ Ibid., point 14 et d'illustrer le propos de la manière suivante : « les mesures visant à alléger la fiscalité du travail pour toutes les entreprises ont un effet relativement plus important pour les industries à forte intensité de main d'œuvre que pour les industries à forte intensité en capital, sans nécessairement pour autant constituer des aides d'Etat. De même des incitants fiscaux en faveur d'investissements environnementaux, en recherche-développement ou en formation, ne favorisent que les entreprises qui entreprennent de tels investissements, sans non plus nécessairement constituer des aides d'Etat ».

²³⁵ Ibid., point 15 et CJCE 2 juillet 1974, Italie c/ Commission, aff. 173/73, Recueil CJCE 1974, p. 709.

²³⁶ CJCE 10 décembre 1969, aff. jointes 6/69 et 11/69, Commission c/ France, Recueil CJCE 1969, p. 523.

²³⁷ CJCE 17 juin 1999, aff. C-75/97, Belgique c/ Commission, Recueil CJCE 1999, I, p. 3671.

ou coordination), certains types de productions ou même certains statuts que peuvent avoir les entreprises (entreprise publique)²³⁹.

En définitive, le cadre ainsi déterminé apparaît assez simple : une mesure fiscale qui instaure en faveur de certaines entreprises, productions, ou de certains secteurs une exception à l'application du système fiscal peut constituer une aide prohibée. Pour en être assuré, il faut en premier lieu déterminer le régime commun applicable, puis « examiner si l'exception ou des différenciations à l'intérieur de ce régime sont justifiées par la nature ou l'économie du système fiscal, c'est-à-dire, si elles résultent directement des principes fondateurs ou directeurs du système fiscal de l'Etat membre concerné ». Ce sera le cas des mesures « dont la rationalité économique les rend nécessaires ou fonctionnelles par rapport à l'efficacité du système fiscal ». A défaut, il s'agira bien d'une aide d'Etat²⁴⁰.

Pour y parvenir, il faut distinguer, d'une part, les objectifs assignés à un système fiscal particulier et qui lui sont extérieurs (par ex. but social ou régional) et, d'autre part, les objectifs inhérents au système fiscal lui-même ; à savoir, collecter des recettes qui serviront à financer les dépenses de l'Etat. S'il est alors justifié de prendre en compte les impôts payés par une société à sa résidence, car elle ne doit payer des impôts qu'une seule fois, il n'est pas conforme à la logique d'un système fiscal de favoriser les entreprises non-résidentes par rapport à celles qui sont résidentes, ou d'octroyer des avantages à celles qui fournissent certains services à l'intérieur d'un groupe²⁴¹.

²³⁸ Communication du 10 décembre 1998 sur les aides d'Etat à caractère fiscal, point 18.

²³⁹ Ibid., points 17 à 20.

²⁴⁰ Ibid., points 16 et 23. La communication fournit plusieurs exemples (points 24, 25 et 27) : la progressivité de l'impôt se justifie par la logique redistributive de l'impôt. L'impôt sur les bénéfices n'est dû qu'en cas de bénéfice cela peut donc justifier de ne pas imposer les organismes sans but lucratif. Même des dispositions spécifiques qui ne comportent pas d'élément discrétionnaire, permettant par exemple la fixation de l'impôt sur une base forfaitaire, peuvent être justifiées par la nature et l'économie du système lorsqu'elles tiennent compte notamment d'exigences comptables particulières ou de l'importance du foncier dans les actifs qui sont propres à certains secteurs. De même, la logique qui sous-tend certaines dispositions spécifiques en matière de fiscalité des petites et moyennes entreprises est comparable à celle qui sous-tend la progressivité d'un barème d'imposition. *A contrario*, si l'administration fiscale peut déterminer discrétionnairement des durées différentes d'amortissement ou des méthodes de valorisation différentes, entreprise par entreprise, secteur par secteur. Pour des exemples concrets d'aides d'Etat à caractère fiscal v. le rapport de la Commission européenne C(2004)434 du 9 février 2004, *Rapport sur la mise en œuvre de la Communication de la Commission sur l'application des règles en matière d'aide d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises*, disponible sur http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/rapportaidesfiscales_fr.pdf

²⁴¹ Ibid., point 26.

Or, cette capacité à sanctionner les législations nationales qui favorisent les non-résidents au détriment des résidents est l'élément qui caractérise la différence et l'intérêt de l'emploi de la législation en matière d'aides d'Etat par rapport aux libertés fondamentales.

§2- L'avantage procuré par l'application des règles relatives aux aides d'Etat à la fiscalité directe des entreprises

En voulant que la concurrence ne soit pas faussée dans le Marché intérieur, la communication du 10 décembre 1998 a expliqué pourquoi et à quelles conditions les règles applicables aux aides d'Etat peuvent venir sanctionner les avantages octroyés par les Etats membres sélectivement à des entreprises, productions, secteurs d'activités, etc., quand ces avantages trouvent leur source dans des dispositions de nature fiscale. Car il est une situation en particulier dans le cadre de la présente étude où la prohibition des restrictions et discriminations prévue par les libertés fondamentales est sans effet : lorsqu'un Etat met en place un ou plusieurs régimes qui permettent de favoriser les non-résidents au détriment de ses propres résidents.

Dans cette hypothèse, et dans le cadre de ces régimes, il n'y a pas de discrimination des non-résidents par rapport aux résidents (ou des non-nationaux par rapports aux nationaux), c'est même tout l'inverse. Il n'y a pas plus d'entrave (à la sortie et encore moins à l'entrée) car les non-résidents sont au contraire encouragés à faire usage des libertés fondamentales en direction de l'Etat en cause, tandis que rien n'interdit aux résidents d'exercer ces mêmes droits à destination d'autres Etats membres. Cette situation peut être qualifiée pour les résidents de discrimination à rebours. Bien qu'il s'agisse d'une discrimination, elle ne peut être sanctionnée par les libertés de circulation qui sont donc impuissantes²⁴². Pour autant, le droit européen n'est lui pas démuné pour sanctionner ces situations et ce en vertu des règles applicables aux aides d'Etat. En effet, une telle mesure se révèle être un avantage qui allège les charges

²⁴² V. en ce sens notamment : HINNEKENS Luc, Tendances récentes de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe, op. cit., p. 46 ; HELMINEN Marjaana, *EU Tax Law – Direct Taxation*, op. cit., p. 50. En effet, le principe général de non-discrimination de l'article 18 du TFUE, décliné de manière spécifique dans les libertés fondamentales ne s'applique qu'aux situations transfrontières et pas aux discriminations internes d'un Etat membre (par ex. CJCE 12 avril 1994, aff. C-1/93, Halliburton Services BV, Recueil CJCE 1994, I, page 1137 : le principe de non-discrimination de l'article 18 TFUE a vocation à ne s'appliquer que dans les situations où une disposition particulière des Traités ne prévoit pas une prohibition du même type. V. aussi CJCE 29 avril 1999, aff. C-311/97, Royal Bank of Scotland, Recueil CJCE 1999, I, p. 2651, point 20).

normalement dues pour une société qui vient développer une activité dans l'Etat d'accueil, elle confère un avantage financé par les recettes de l'Etat (en raison de la non-collecte de l'impôt normalement dû), la concurrence et les échanges sont nécessairement affectés car l'Etat qui met en place un tel dispositif attire sur son sol des entreprises et, enfin, elle est sélective en ce qu'elle vise les seuls non-résidents²⁴³.

L'application des règles en matière d'aides d'Etat à la fiscalité directe des entreprises est donc un outil puissant de préservation de la concurrence. Ce faisant, une telle démarche prend le contrepied de celle qui est poursuivie par le biais des libertés fondamentales en matière de fiscalité directe. Au lieu de s'atteler à supprimer les règles nationales qui entravent - ou qui sont susceptibles de le faire - les opérateurs économiques dans l'exercice des droits reconnus par les Traités, la suppression des aides d'Etat à caractère fiscal a pour objectif de sanctionner les Etats qui mettent en place des dispositifs conduisant lesdits opérateurs à faire usage de ces libertés d'une manière qui ne correspondrait pas à l'usage auquel ils auraient eu recours en l'absence de ce ou ces dispositifs.

Si dans son principe cette approche est foncièrement différente de celle poursuivie par l'application des libertés fondamentales à la fiscalité directe des entreprises, elle va dans la logique poursuivie par l'instauration du Marché unique. C'est l'autre face d'une même médaille : faire en sorte que la fiscalité n'ait pas d'influence sur les décisions que prennent les opérateurs, ne pas provoquer de distorsion de concurrence et donc, d'une certaine manière, assurer la neutralité de l'impôt dans le jeu des échanges internationaux. Il serait même possible d'y voir la prévention d'une incitation abusive par les Etats à l'usage des libertés fondamentales.

A ce stade, il est alors possible de voir dans certaines dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (éclairées dans certains cas par d'autres traités), un fondement tendant à la neutralité de l'impôt direct sur les entreprises. Fortement liée à l'objectif du Marché intérieur et à la préservation de la concurrence au sein de celui-ci, cette neutralité apparaît générale, hautement conceptuelle et plus diffuse que concrète ou affichée de manière explicite comme objectif sans décrire les

²⁴³ Elle n'est en outre pas justifiée par la nature ou l'économie du système v. supra.

moyens de sa réalisation. Dès lors que les Traités sont, dans une analogie avec l'ordre juridique interne, une sorte de constitution ou de cadre général à l'Union européenne, à son fonctionnement et à ses ambitions, il se pourrait que la neutralité de l'impôt soit plus marquée dans le droit qui dérive des Traités mais aussi dans les textes et/ou initiatives proposées à l'aune de ces derniers.

Chapitre 2 : Le droit dérivé des Traités et les actes atypiques : seconde source majeure de neutralité pour le droit communautaire de la fiscalité

Le droit dérivé communautaire est une expression qui vise les éléments du droit européen qui sont fondés sur les Traités. Ce droit est composé du droit dérivé unilatéral et du droit dérivé conventionnel. Ce dernier regroupe les accords internationaux signés entre l'Union européenne d'une part, et un pays ou une organisation tiers d'autre part, les accords entre Etats membres et les accords interinstitutionnels, c'est-à-dire entre les institutions de l'Union²⁴⁴.

Les actes unilatéraux du droit dérivé peuvent se définir comme « étant des actes qui sont générateurs de droits par la seule volonté des institutions. Ils sont adoptés par les institutions sur la base des traités fondateurs de l'Union européenne »²⁴⁵. Plusieurs distinctions peuvent être opérées parmi les actes unilatéraux. Une première peut être faite entre les actes dits dans la nomenclature et ceux hors nomenclature ou atypiques. Les actes de la nomenclature sont ceux qui figurent à l'article 288 du TFUE²⁴⁶. Il s'agit des règlements²⁴⁷, des directives²⁴⁸, des décisions²⁴⁹, des avis et des

²⁴⁴ Il est possible de citer comme exemple, respectivement : l'accord EEE ; la convention 90/436/CEE relative à l'élimination des doubles impositions dans le cas de correction des bénéficiaires entre entreprises associées JOCE du 20 août 1990, n° L 225, p. 10 et s. ; l'accord inter-institutionnel du 17 mai 2006, incluant le cadre financier pluriannuel 2007-2013 convenu entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission.

²⁴⁵ http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114528_fr.htm

²⁴⁶ Au sein de cette catégorie il est possible de distinguer sur la base de l'article 289 du TFUE entre les actes législatifs (c'est-à-dire adoptés à l'issue d'une procédure législative comme les règlements et directives) et les actes non-législatifs (ils ont généralement pour but de mettre en œuvre les actes législatifs ou certaines dispositions spécifiques des Traités. Il s'agit par ex. des règlements intérieurs des institutions, de certaines décisions du Conseil, des mesures adoptées par la Commission dans le domaine de la concurrence, etc.).

²⁴⁷ « Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout Etat membre » article 288§2 du TFUE.

²⁴⁸ « La directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens » article 288§3 du TFUE.

recommandations²⁵⁰. Les actes hors nomenclature ou atypiques, ceux qui ne sont pas prévus par les Traités, concernent notamment les communications, les résolutions, les conclusions, les livres blancs et verts. Ces actes ont une portée politique mais ne possèdent pas d'effet juridique contraignant. Ainsi, ils ne sont pas une véritable source du droit communautaire de la fiscalité mais plutôt une (forte) source d'inspiration de celui-ci, voire une ébauche du futur droit communautaire.

En matière de fiscalité directe, sous l'impulsion de la Commission européenne, la Communauté n'a adopté que peu de directives et de projets de directives (section 1), en revanche elle a produit un nombre assez important d'actes atypiques (section 2)²⁵¹. Dans toutes les hypothèses, la Commission semble s'être préoccupée de la question de la neutralité de l'impôt.

Section 1 : Les actes et propositions d'actes de la nomenclature ayant un objet fiscal

Six directives fiscales ont été adoptées par l'Union européenne :

- 76/308/CEE du 15 mars 1976, concernant l'assistance au recouvrement, qui avait été recodifiée par la directive 2008/55/CE du 26 mai 2008. Cette dernière est abrogée par la directive 2010/24/UE du 16 mars 2010 avec effet au 1^{er} janvier 2012, date d'entrée en vigueur de cette nouvelle directive (v. supra) ;
- 77/799/CEE du 19 décembre 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des Etats membres dans le domaine des impôts directs²⁵²

²⁴⁹ « La décision est obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci » article 288§4 du TFUE.

²⁵⁰ « Les recommandations et les avis ne lient pas » article 288§5 du TFUE.

²⁵¹ Pour une étude sur l'évolution de la fiscalité en Europe sous l'impulsion des institutions communautaires v. notamment : VAN ARENDONK Henk P.A.M., *Fifty Years of European Co-operations and the Tax Policy of the European Commission*, dans HINNEKENS Luc, HINNEKENS Philippe, *A Vision of Taxes Within and Outside European Borders, Liber Amicorum Frans Vanistendael*, Kluwer Law International, 10 décembre 2007, pp. 1 à 20 ; AUJEAN Michel, *L'évolution de la fiscalité en Europe sous l'impulsion de la Commission : 50 ans du Traité de Rome*, dans HINNEKENS Luc, HINNEKENS Philippe, *A Vision of Taxes Within and Outside European Borders, Liber Amicorum Frans Vanistendael*, Kluwer Law International, 10 décembre 2007, pp 21 à 52.

²⁵² JOCE du 27 décembre 1977, n° L 336, pp. 15 à 20.

et qui sera remplacée par la 2011/16/UE, relative à la coopération administrative, à compter du 1^{er} janvier 2013 (v. supra) ;

- 90/434/CEE du 23 juillet 1990 (dite « directive fusions »), modifiée par la directive 2005/19/CE du 17 février 2005 et remplacée par la directive 2009/133/CE du 19 octobre 2009²⁵³ qui a recodifié la directive fusions ;
- 90/435/CEE du 23 juillet 1990 (dite « directive mères-filiales »), modifiée par les directives 2003/123/CE du 22 décembre 2003 et 2006/98/CE du 20 novembre 2006²⁵⁴ ;
- 2003/48/CE du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts (dite « directive épargne »), modifiée par les directives 2004/66/CE du 26 avril 2004 et 2006/98/CE du 20 novembre 2006²⁵⁵ ;
- 2003/49/CE du 3 juin 2003 (dite « directive intérêts et redevances ou I+R ») modifiée par les directives 2004/66/CE du 26 avril 2004, 2004/76/CE du 29 avril 2004 et 2006/98/CE du 20 novembre 2006²⁵⁶.

Cinq présentent un intérêt dans le cadre défini pour les présents travaux (§1), et si de nombreuses propositions législatives ont été formulées depuis les débuts de la construction européenne, deux récentes méritent d'être présentées au regard des bouleversements qu'elles pourraient apporter en cas d'adoption (§2).

²⁵³ Respectivement : *JOCE* du 20 août 1990, n° L 225, pp. 1 à 5 ; *JOUE* du 4 mars 2005, n° L 58, pp. 19 à 27 et *JOUE* du 25 novembre 2009, n° L 310, pp. 34 à 46.

²⁵⁴ Respectivement : *JOCE* du 20 août 1990, n° L 225, pp. 6 à 9 ; *JOUE* du 13 janvier 2004, n° L 7, pp. 41 à 44 et *JOUE* du 20 décembre 2006, n° L 363, pp. 129 à 136.

²⁵⁵ Respectivement : *JOUE* du 26 juin 2003, n° L 157, pp. 38 à 48 ; *JOUE* du 1^{er} mai 2004, n° L 168, pp. 35 à 67 et *JOUE* du 20 décembre 2006, n° L 363, pp. 129 à 136.

²⁵⁶ Respectivement : *JOUE* du 26 juin 2003, n° L 157, pp. 49 à 54 ; *JOUE* du 1^{er} mai 2004, n° L 168, pp. 35 à 67 ; *JOUE* du 30 avril 2004, n° L 157, pp. 106 à 113 et *JOUE* du 20 décembre 2006, n° L 363, pp. 129 à 136.

§1- Cinq directives fiscales favorisant l'établissement d'un marché unique des flux de capitaux entre sociétés

Parmi les six directives ci-avant mentionnées celles en faveur de l'assistance au recouvrement et à l'échange de renseignements (A) et celles relatives aux fusions et aux flux de dividendes et d'intérêts et de redevances (B) entre entreprises associées sont celles qui concernent au premier chef les mouvements de capitaux au sein de l'Union européenne.

A. L'assistance mutuelle en matière de recouvrement et de coopération administrative

Bien que son entrée en vigueur ne soit encore qu'imminente, la directive 2010/24/UE ne peut être ignorée, dès lors qu'elle représente le futur très proche du droit européen. La directive 2008/55/CE doit également être étudiée et ce pour deux raisons. La première, est l'inverse de celle qui fait que la directive 2010/24/UE ne peut être ignorée. C'est-à-dire que la directive 2008/55/CE marque le dernier état du droit positif communautaire en matière de recouvrement et demeure en vigueur jusqu'à la fin de l'année 2011. La seconde, tient au fait qu'elle représente l'évolution du droit européen en la matière depuis la directive 76/308/CEE.

Ainsi, les considérants introductifs de la directive 2008/55/CE rappellent que cette dernière a pour objectif de procéder à une recodification de la première directive à la suite de nombreuses modifications substantielles. Ces mêmes considérants ajoutent que l'intervention d'une directive en ce domaine est nécessaire car « les dispositions nationales en matière de recouvrement constituent, par le seul fait de la limitation de leur champ d'application au territoire national, un obstacle au fonctionnement du Marché intérieur ». Une telle situation est analysée comme néfaste pour l'application des règles communautaires et comme favorisant la fraude. Cette codification et cette directive sont présentées comme nécessaires pour prémunir les Etats contre des pertes de recettes financières, mais également pour protéger le Marché intérieur « de façon à

mieux garantir la compétitivité et la **neutralité fiscale** de ce dernier ». ²⁵⁷ La nouvelle directive (2010/24/UE) n'en dit pas moins. Son premier considérant rappelle que l'assistance au recouvrement contribue au bon fonctionnement du Marché intérieur, « garantit la **neutralité fiscale** » et permet de lutter contre des mesures discriminatoires instaurées par les Etats membres afin de se prémunir contre la fraude. Cette assistance revêt une importance telle pour « les intérêts financiers des Etats membres et la **neutralité du Marché intérieur** » qu'il est « nécessaire d'étendre le champ d'application de l'assistance mutuelle en matière de recouvrement ». L'importance est également relayée par l'urgence de « répondre aux évolutions du Marché intérieur intervenues au cours de ces trente dernières années ». Au point, d'ailleurs, qu'une « simple modification de la directive 2008/55/CE existante ne serait pas suffisante ». ²⁵⁸

Comment expliquer un tel élan en faveur de la neutralité ? Il semblerait que les Etats membres aient très tôt perçu le risque pour leurs finances publiques de l'établissement d'un Marché commun dans lequel le recouvrement des créances fiscales s'arrêterait à leurs frontières. Et il semblerait que la Commission ait compris que cette crainte pourrait conduire à l'instauration de puissantes entraves fiscales ²⁵⁹ au Marché intérieur. En outre, en l'absence de mesures paneuropéennes de recouvrement il serait possible d'imaginer la situation extrême suivante : un Etat membre ne met en place aucune mesure d'assistance internationale au recouvrement et attire sur son territoire des opérateurs économiques qui s'appuieraient sur les libertés de circulation pour exercer leur activité dans la Communauté mais sans jamais s'acquitter de leurs obligations fiscales dans les Etats d'accueil et sans crainte de devoir le faire du fait de la législation applicable dans l'Etat d'origine.

Ainsi, l'assistance au recouvrement apparaît comme une condition pratique indispensable au fonctionnement du Marché intérieur et à l'établissement de la neutralité de l'impôt. A cet égard, si la possibilité de recouvrer l'impôt est une nécessité, elle n'est pas d'une grande utilité si le Trésor ignore qu'il peut recouvrer.

²⁵⁷ Directive 2008/55/CE du 26 mai 2008, considérants 1 à 3. Parties du texte mis en gras par l'auteur. Il sera également noté que les craintes pour le Marché commun en raison du recouvrement limité au seul territoire national étaient également mentionnées comme une des motivations premières à l'adoption de la directive 76/308/CEE.

²⁵⁸ Directive 2010/24/UE du 16 mars 2010, considérants 1, 3 et 4. Parties du texte mis en gras par l'auteur.

²⁵⁹ Demandes de garanties préalables par le Trésor, exigence d'une représentation fiscale...

Afin de pouvoir exercer cette faculté, celle pour les administrations fiscales européennes d'échanger des renseignements, d'en solliciter voire d'en recevoir de manière automatique²⁶⁰ est un moyen précieux de pouvoir mettre en œuvre le recouvrement. En outre, cela évite que les Etats membres mettent en place des restrictions et/ou des sanctions afin d'obtenir les informations nécessaires à l'établissement de l'impôt. La directive 2011/16/UE permettant, sous diverses modalités, de tels échanges, doit également être considérée comme participant à la réalisation d'un Marché intérieur où la neutralité de l'impôt est assurée.

Par ailleurs, assurer la coopération administrative dans ces différents domaines permet de former le terreau propice à une certaine harmonisation des opérations transfrontalières de restructuration, de distribution de dividendes et de paiement d'intérêts et redevances.

B. Les fusions transfrontières et les flux paneuropéens de dividendes et d'intérêts et redevances entre sociétés apparentées

Les directives fusions et mères-filiales ont été adoptées, dans leur version d'origine, le même jour et débutent par le même considérant. En effet, les situations couvertes par chaque directive²⁶¹ sont présentées comme :

« nécessaires pour créer dans la Communauté des conditions analogues à celles d'un Marché intérieur et pour assurer ainsi l'établissement et le bon fonctionnement du Marché commun [dès lors] ces opérations ne doivent pas être entravées par des restrictions, des désavantages ou des distorsions particuliers découlant des

²⁶⁰ La directive 2011/16/UE prévoit en effet à son article 8, qui entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2015, que les Etats membres devront effectuer de l'échange automatique de renseignements (dès lors que l'information est disponible) pour 5 des 8 catégories de revenu et de capital suivantes : revenus professionnels, jetons de présence, dividendes, plus-values, redevances, certains produits d'assurance sur la vie, retraites, pensions et propriété et revenus de biens immobiliers. D'ici au 1^{er} juillet 2017, la Commission présentera un rapport et au besoin une proposition sera examinée au Conseil en vue de supprimer la condition de disponibilité et d'étendre l'échange d'informations aux 8 catégories. V. notamment VAIL Morgan, Adoption d'une nouvelle directive relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal, *Pôle de Prospective Fiscale et Stratégie d'Entreprise du Cabinet Taj* (<http://taj-strategie.fr/spip.php?article68>), 17 février 2011 ; VAN THIEL Servaas, VASCEGA Marius, Assessment of Taxes in Cross-Border Situations: The New EU Directive on Administrative Cooperation in the Field of Taxation, *ECTR* mars 2011, Volume 20, n° 3, pp. 148 à 154 ; GABERT Isabel, Council Directive 2011/16/EU on Administrative Cooperation in the Field of Taxation, *European Taxation* août 2011, Volume 51, n° 8, pp. 342 à 347.

²⁶¹ Les différentes opérations de restructurations (fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions et depuis 2009 les transferts du siège statutaire d'une société européenne et d'une société coopérative européenne) et les regroupements de sociétés qui peuvent aboutir à la création de groupes de sociétés mères et filiales et donc à des distributions de bénéfices.

dispositions fiscales des Etats membres [et] il importe, par conséquent, **d'instaurer pour ces opérations des règles fiscales neutres au regard de la concurrence** afin de permettre aux entreprises de s'adapter aux exigences du Marché commun, d'accroître leur productivité et de renforcer leur position concurrentielle sur le plan international ». ²⁶²

Si en revanche la directive 2003/49/CE ne vise pas explicitement la neutralité de l'impôt, il convient de noter, d'une part, que cette directive concerne les paiements d'intérêts et de redevances entre sociétés liées (au sens de la directive) et, d'autre part, qu'elle entend participer à la réalisation et au bon fonctionnement du Marché intérieur en supprimant, pour ces opérations, les « conditions fiscales moins favorables que celles qui sont applicables aux mêmes opérations effectuées entre sociétés du même Etat membre ». Dès lors, son objectif et les situations qu'elle régit (flux entre sociétés apparentées) sont les mêmes que ceux visés par la directive mères-filiales, par conséquent elle concourt également à instaurer des règles fiscales neutres pour les paiements d'intérêts et de redevances.

L'étude se concentrant sur les flux de capitaux, l'apport des directives mères-filiales et intérêts et redevances dans l'établissement d'une neutralité de l'impôt est des plus importants. Avant de présenter les règles prévues par ces directives pour parvenir à une neutralité fiscale, il convient de préciser que cette neutralité est recherchée par l'abolition des doubles impositions internationales, qu'elles soient juridiques ou économiques²⁶³. La double imposition juridique internationale peut se définir de manière générale « comme l'application d'impôts comparables dans deux (ou plusieurs) Etats au même contribuable, pour le même fait générateur et pour des

²⁶² Directives 90/434/CEE et 90/435/CEE premier considérant. Parties du texte mises en gras par l'auteur.

²⁶³ Pour une étude de la notion de double imposition internationale v. GEST Guy et TIXIER Gilbert, *Droit fiscal international*, op.cit., pp. 19 à 28. Ex. où les deux types de double imposition se chevauchent : une société A a un chiffre d'affaires de 100 et un bénéfice de 60 après IS, son actionnaire personne physique est résident de l'Etat B. La société décide une distribution de bénéfices ce qui conduit à une retenue à la source dans l'Etat d'implantation de la société A. Si la retenue est d'un quart, ce quart va au Trésor de l'Etat de la société A, reviennent donc 45 au résident de l'Etat B, et ces 45 vont être imposés dans le chef de l'actionnaire au taux moyen de 30 % au titre de l'IR soit 13,5 qui vont au Trésor de B. Il y a une triple imposition sur une même richesse, le bénéfice de la société A. La double imposition juridique se situe aux niveaux 2 (retenue à la source sur le dividende distribué) et 3 (IR sur le dividende versé à l'actionnaire) car ils sont supportés par la personne physique qui est l'associée de la société distributrice. La société A n'est qu'un percepteur en ce qui concerne l'impôt à la source. La double imposition économique résulte de l'imposition au niveau 1 (IS sur le bénéfice réalisé) et de celles aux niveaux 2 et 3.

périodes identiques »²⁶⁴, la double imposition économique étant « l'imposition de personnes différentes au titre d'un même revenu »²⁶⁵ et, en matière de distribution de bénéfices, « l'imposition simultanée, d'une part, des bénéfices de la société auprès de celle-ci et, d'autre part, des dividendes auprès de l'actionnaire »²⁶⁶.

Pour éviter ces phénomènes les directives entendent permettre une exonération des distributions de bénéfices et des paiements d'intérêts et de redevances entre sociétés associées situées dans des Etats membres différents.

En ce qui concerne les dividendes²⁶⁷, la directive s'applique aussi bien aux dividendes perçus par la société mère ou son établissement stable (Etat membre d'origine) provenant de leurs filiales (Etat membre d'accueil) et aux distributions effectuées par des filiales (Etat membre d'accueil) à destination de leur société mère ou de leur établissement stable (Etat membre d'origine)²⁶⁸. Quand intervient une opération de distribution (autrement qu'en cas de liquidation), l'Etat membre de la société mère ou l'Etat de son établissement stable doit, au choix, soit s'abstenir d'imposer ces bénéfices, soit les imposer en permettant au bénéficiaire de « déduire du montant de [son] impôt la fraction de l'impôt sur les sociétés afférente à ces bénéfices et acquittée par la filiale et toute sous-filiale [...] dans la limite du montant dû de l'impôt correspondant »²⁶⁹. La directive prévoit de déterminer l'impôt déductible par la société mère de façon complète (en incluant les impôts payés par les sous-filiales) afin d'éliminer totalement la double imposition économique. De cette façon, même en l'absence d'un système commun d'élimination de la double imposition, la directive inclut dans l'impôt à déduire des bénéfices de la société mère l'ensemble des impôts versés par les filiales dans les différents Etats membres²⁷⁰. En outre, le dispositif visant à éliminer la double imposition juridique est complété par l'interdiction pour l'Etat membre de la société distributrice de prélever une retenue à la source et par

²⁶⁴ *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2010*, op. cit., p. 7.

²⁶⁵ Ibid., Commentaires sur l'article 9, point 5, p. 62.

²⁶⁶ Ibid., Commentaires sur l'article 10, point 40, p. 175.

²⁶⁷ Pour une étude complète de la directive et de ses mécanismes v. notamment HELMINEN Marjaana, *EU Tax Law – Direct Taxation*, op. cit., pp. 119 à 151.

²⁶⁸ Directive 90/435/CEE article 1^{er}. Depuis le 1^{er} janvier 2009, au sens de la directive, a la qualité de société-mère la société qui détient au moins 10% du capital d'une société établie dans un autre Etat membre, et est une société filiale une société détenue par une autre (situées dans un autre Etat membre) à cette hauteur. V. directive 90/435/CEE article 3.

²⁶⁹ Ibid., article 4§1.

²⁷⁰ Ibid., article 4§1 bis.

celle pour l'Etat membre de la société bénéficiaire de percevoir une retenue à la source sur les bénéfices que cette société reçoit de sa filiale²⁷¹.

En ce qui concerne les intérêts et les redevances²⁷², si les différentes conditions imposées par la directive sont remplies²⁷³, leur paiement échu dans un Etat membre est exonéré de toute imposition dans cet Etat, qu'elle soit retenue à la source ou recouvrée par voie de rôle, lorsque le bénéficiaire des intérêts ou redevances est soit une société d'un Etat membre située dans un autre Etat membre, soit un établissement stable situé dans un autre Etat membre que celui de la société dont il dépend²⁷⁴. L'objectif est d'éliminer la double imposition internationale de nature juridique pouvant frapper intérêts et redevances²⁷⁵. C'est pour cela que seul l'Etat de la résidence du bénéficiaire, ou celui où il a un établissement stable²⁷⁶, a le droit d'imposer ces revenus et que l'Etat de la source ne peut appliquer aucune imposition quelque soit le nom de la taxe ou le contribuable²⁷⁷. Cette proscription n'interdit en revanche pas à l'Etat de la source d'imposer les intérêts et redevances versés entre sociétés apparentées établies sur son territoire.

Pour les directives mères-filiales et intérêts et redevances, il apparaît que la neutralité de l'impôt consiste, pour chacune, à éliminer au moins la double imposition juridique internationale et, pour les dividendes, à éliminer l'imposition en cascade ou double imposition économique internationale. Dans les deux hypothèses, cela conduit à consacrer le droit d'imposer de l'Etat de la résidence du bénéficiaire final du revenu et ainsi à favoriser la neutralité de l'impôt sur ces flux.

²⁷¹ Ibid., articles 5 et 6.

²⁷² Pour une étude complète de la directive et de ses mécanismes v. notamment HELMINEN Marjaana, *EU Tax Law – Direct Taxation*, op. cit., pp. 151 à 175.

²⁷³ Sur les différentes conditions procédurales Directive 2003/49/CE article 1^{er} §3 à 16 ; sur la notion d'intérêt et de redevance v. Directive 2003/49/CE article 2 ; sur la notion de société associée d'une autre et d'établissement stable d'une société v. Directive 2003/49/CE article 3 ; sur les exclusions de certains paiements et en cas de fraude et d'abus v. Directive 2003/49/CE articles 4 et 5.

²⁷⁴ Directive 2003/49/CE article 1^{er}.

²⁷⁵ Comme le souligne les Commentaires sur l'article 11 (intérêts) du Modèle OCDE, §1, p. 187 : « A l'inverse de ce qui se produit en matière de dividendes, les intérêts ne supportent pas une double imposition économique, c'est-à-dire ne sont pas taxés à la fois entre les mains du débiteur et entre celles du créancier. A moins de dispositions contractuelles contraires, le paiement de l'impôt qui frappe ces intérêts incombe au bénéficiaire. Si le débiteur s'engage parfois à supporter la charge de l'impôt qui peut être prélevé à la source, c'est en somme comme s'il acceptait de payer à son créancier un supplément d'intérêt correspondant audit impôt ».

²⁷⁶ Le fait de savoir si et combien de fois l'Etat de la résidence ou de l'établissement stable peut imposer, dépend de la législation fiscale nationale et des conventions fiscales de l'Etat en cause.

²⁷⁷ Cette interprétation large des impositions prohibées est confirmée par les arrêts de la Cour sur le terme « impôt » de la directive mères-filiales qui a une formulation bien plus réduite que celle de la directive I+R v. notamment CJCE 8 juin 2000, aff. n° 375/98, Epsom Europe BV, Recueil CJCE 2000, I, p. 4243 et s. ; CJCE 4 octobre 2001, aff. n° C-294/99, Athinaiki Zythopoiia AE, Recueil CJCE 2001, I, p. 6797 et s.

Cette prééminence de la taxation à la résidence semble être réduite de façon significative dans les propositions de nature législative en matière de fiscalité directe des entreprises, qui promeuvent une approche plus globale.

§2- Les propositions de mesures globales en faveur de la fiscalité directe des entreprises

Comme l'énonce en particulier la directive mères-filiales, ses dispositions ne s'appliquent que tant qu'un système commun d'imposition des sociétés n'aura pas été instauré. En effet, toutes les directives et propositions de directives présentées jusqu'à présent sont ce qu'il est possible d'appeler des mesures ciblées. Elles ne concernent chacune qu'un aspect de la fiscalité des entreprises. Pour la Commission, si ces mesures ciblées présentent des avantages et permettent de progresser dans la voie de la suppression des entraves fiscales, elles ne permettent cependant pas de traiter complètement et définitivement les problèmes fondamentaux de la fiscalité directe en Europe résultant de la coexistence de vingt-sept systèmes fiscaux différents. Pour ce faire, il faut une solution globale, qui permette de résoudre ces difficultés sur le long terme. C'est dans cette perspective que la Commission européenne a fait deux propositions ; l'une est réservée aux petites et moyennes entreprises au sens communautaire²⁷⁸ (ci-après PME) (A) tandis que la seconde tend à apporter une réponse plus systématique à la fiscalité des entreprises dans le Marché intérieur (B).

A. L'imposition selon les règles de l'Etat de la résidence pour les PME

Depuis l'élaboration de la stratégie de Lisbonne²⁷⁹, la Commission a identifié dans plusieurs documents et études²⁸⁰, que les entraves à l'activité transfrontalière

²⁷⁸ Selon la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003, concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, *JOUE* du 20 mai 2003, n° L 124, pp. 36 à 41, les entreprises de taille moyenne occupent moins de 250 personnes et ont un chiffre d'affaires annuel inférieur à 50 millions d'euros et/ou un total de bilan annuel inférieur à 43 millions d'euros. Les petites entreprises occupent moins de 50 personnes et ont un chiffre d'affaires annuel et/ou un total de bilan annuel inférieurs à 10 millions d'euros. Enfin, les micro-entreprises occupent moins de 10 personnes et ont un chiffre d'affaires annuel et/ou un total de bilan annuel inférieurs à 2 millions d'euros. Il sera noté que dans le cadre du projet la Commission considère ces définitions comme obligatoires.

²⁷⁹ Du nom du Conseil européen extraordinaire qui s'est tenu à Lisbonne les 23 et 24 mars 2000, durant lequel il a été décidé de faire de l'Union européenne l'économie la plus compétitive au monde et de parvenir au plein emploi avant 2010. Parmi les différentes orientations qui ont été identifiées, les PME sont regardées comme devant jouer un rôle central dans le

(notamment fiscales) frappent plus durement les PME et ce « du simple fait que ces entreprises ont une activité plus réduite et disposent de ressources financières et humaines plus faibles, ainsi que d'une expertise moindre dans le domaine fiscal. Le caractère limité de leur activité restreint donc, par définition, leurs possibilités de contourner certains obstacles liés à la fiscalité »²⁸¹. C'est en particulier le cas des « coûts de mise en conformité fiscale (formalités, critères comptables à respecter, etc.) [qui] semblent décroître en proportion inverse de la taille des entreprises et paraissent donc exagérément élevés pour les PME »²⁸². De même, « les difficultés occasionnées par la compensation transfrontalière des pertes frappent plus durement les PME, notamment les pertes de démarrage qui interviennent presque automatiquement au cours des premières années suivant un investissement international »²⁸³.

Si les obstacles à l'activité transfrontière des sociétés en Europe sont les mêmes dans le cas des grandes entreprises et des PME, ces dernières en souffriraient plus et seraient plus dissuadées de s'engager dans des activités transnationales. Pour y remédier, il est donc apparu nécessaire à la Commission de présenter une solution spécifique aux PME.

Se fondant sur les travaux du Professeur Sven Olof LODIN et de Monsieur Malcolm GAMMIE²⁸⁴, la Commission européenne a proposé, dans sa communication COM(2005) 702 final du 23 décembre 2005²⁸⁵, la mise en place d'un système pilote applicable à titre expérimental et de manière optionnelle (pour les Etats et les

développement économique et dans le domaine de l'innovation. V. notamment COM(2005) 532 final du 25 octobre 2005, *La contribution des politiques fiscale et douanière à la stratégie de Lisbonne*.

²⁸⁰ V. notamment : SEC(2001) 1681 final du 23 octobre 2001, *La fiscalité des entreprises dans le Marché intérieur* ; COM(2001) 582 final du 23 octobre 2001, *Vers un Marché intérieur sans entraves fiscales* ; COM(2003) 726 final du 24 novembre 2003, *Un Marché intérieur sans obstacles liés à la fiscalité des entreprises : réalisations, initiatives en cours et défis restants* ; COM(2005) 532 final du 25 octobre 2005, *La contribution des politiques fiscale et douanière à la stratégie de Lisbonne* ; COM(2005) 702 final du 23 décembre 2005, *Lutte contre les obstacles liés à la fiscalité des sociétés qui affectent les petites et moyennes entreprises dans le Marché intérieur - Description d'un éventuel système pilote d'imposition selon les règles de l'État de résidence*.

²⁸¹ COM(2005) 702 final, préc., p. 6.

²⁸² COM(2003) 726 final, préc., p. 14.

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ LODIN Sven Olof, GAMMIE Malcolm, *Home State Taxation*, IBFD 2001, 104 p. Il faut néanmoins préciser que MM. LODIN et GAMMIE ne limitent pas l'application de ce système aux PME dans leurs travaux. Cette limitation est du fait de la Commission européenne.

²⁸⁵ Communication précitée. V. également l'étude d'impact réalisée par la Commission : SEC(2005) 1785 du 23 décembre 2005.

entreprises), appelé taxation selon les règles de l'Etat de résidence (*home State taxation*). Il ne s'agit donc pas d'une proposition de directive puisqu'il est suggéré aux Etats membres de mettre en œuvre ce système en s'appuyant sur le mécanisme des conventions en matière de double imposition. Ils sont donc invités à élaborer et à conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux, de préférence, permettant aux sociétés intéressées de participer au système pilote. Afin d'accélérer cette mise en œuvre, la communication propose qu'un accord bilatéral prenne la forme d'un protocole additionnel à la convention bilatérale applicable en matière de double imposition, et que les accords multilatéraux soient conclus dans le cadre d'une convention intergouvernementale²⁸⁶. Même s'il ne s'agit pas d'une proposition de directive, la méthode suggérée par la Commission conduit à donner une force juridique contraignante forte (égale à celle des traités internationaux) à cette proposition de *home State taxation*.

De manière un peu plus concrète, le système de la taxation selon les règles de l'Etat de résidence permettrait aux PME de calculer leurs bénéfices imposables selon les règles fiscales de l'Etat de résidence de la société mère ou du siège social. Une PME souhaitant établir une filiale ou une succursale dans un autre Etat membre participant pourrait ainsi utiliser, pour le calcul de ses bénéfices imposables, les règles fiscales de son Etat d'origine, qui lui sont familières. Pour autant, cela ne signifie pas que les entreprises ne sont imposées que dans cet Etat. En effet, la base d'imposition établie selon ces règles serait répartie entre les Etats membres concernés en fonction de leur part dans la masse salariale totale et/ou du chiffre d'affaires global de la société. Chaque Etat membre appliquerait ensuite son propre taux d'imposition à la part de la base d'imposition qui lui reviendrait²⁸⁷.

La taxation selon les règles de l'Etat de résidence est donc une approche radicalement différente de celles étudiées jusqu'à présent dans la suppression des entraves fiscales au Marché intérieur et à l'activité transnationale des sociétés en Europe. Il s'agit d'agir sur la base d'imposition en la définissant selon une seule référence (celles de l'Etat de la résidence), puis de la répartir entre les différents Etats où la PME est implantée et de permettre à ces derniers d'appliquer leur taux d'imposition, la

²⁸⁶ COM(2005) 702 final, préc., p. 25.

répartition étant déterminée par une clé ou formule qui combine plusieurs facteurs économiques (la masse salariale, le nombre de salariés, le chiffre d'affaires, les actifs) affectés d'un coefficient de pondération²⁸⁸. Ainsi, en dépit de ce que son intitulé pourrait laisser imaginer, ce système apparaît en réalité plus comme un panachage de taxation à la résidence et de taxation à la source. En effet, c'est la résidence du siège principal qui détermine les règles d'assiette, mais c'est en fonction du ou des Etats de la source que la clé de la répartition est calculée. Enfin, c'est le taux de l'Etat d'implantation de chaque établissement (Etat de la source) qui est appliqué²⁸⁹.

Un tel système présente l'avantage de consolider les résultats (donc les pertes) entre les différentes entités, mais également celui de les imposer sur la base du profit européen calculé sur la base d'un seul jeu de règles, celui de la société mère ou de l'établissement principal. Pourtant, il peut présenter un réel danger du point de vue de la neutralité de l'impôt. En effet, une société qui dans son Etat de résidence connaît un taux d'imposition élevé sera tentée d'aller développer des activités dans les Etats où le taux d'imposition sera faible. Cette tentation sera d'autant plus grande que l'assiette d'imposition dans l'Etat d'origine sera étroite, car dans ces conditions dans l'Etat d'accueil il sera appliqué un taux faible sur une base étroite²⁹⁰. Par ailleurs, les Etats pour attirer des entreprises sur leur sol pourraient être tentés d'adopter des mesures qui conduiraient à réduire l'assiette imposable.

Bien qu'originale, une approche similaire est poursuivie en vue d'une harmonisation plus systématique de la fiscalité directe des entreprises.

²⁸⁷ COM(2005) 702 final, préc., p. 15.

²⁸⁸ Ibid., p. 27.

²⁸⁹ Pour une présentation plus complète du mécanisme proposé et de son fonctionnement v. COM(2005) 702 final, préc., pp. 15 à 28 et l'étude d'impact qui l'accompagne : SEC(2005) 1785 du 23 décembre 2005. Pour une analyse et une critique de la *home State taxation* telle que proposée par la Commission v. notamment BENSALOM Ilan, A Comprehensive Solution for a Targeted Problem: A Critique of the European Union's Home State Taxation Initiative, *European Taxation* Décembre 2008, n°12, pp. 630 à 641 et en particulier les pp. 633 à 636.

²⁹⁰ V. en ce sens SEC(2001) 1681, préc., pp. 160 et 161. C'est d'ailleurs très probablement pour cette raison que la Commission a décidé, d'une part, de limiter le système de la taxation selon les règles de l'Etat de résidence aux PME et, d'autre part, de n'initier cette solution que dans le cadre d'expérimentations optionnelles.

B. L'assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés des entreprises européennes

Comme dans le régime de l'imposition selon les règles de l'Etat de la résidence, dans le projet de directive d'assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ci-après ACCIS)²⁹¹ il est question d'appliquer le taux d'imposition des Etats d'accueil à une base imposable déterminée et répartie entre tous les Etats d'implantation d'un groupe de sociétés. Cependant, à la différence majeure du *home State taxation*, dans l'ACCIS les règles d'assiette sont celles qui sont prévues par la directive. En outre, elle est ouverte à toutes les sociétés, qu'elles soient ou non des PME²⁹².

Sans revenir sur les origines de ce projet sur lequel la Commission planche depuis environ une décennie ni sur l'ensemble des travaux qui ont permis d'aboutir à cette proposition²⁹³, il importe de retenir que l'ACCIS est un ensemble unique de règles de

²⁹¹ V. COM(2011) 121 du 16 mars 2011, *Proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS)*, ci-après la proposition de directive ACCIS ; SEC(2011) 315 du 16 mars 2011, *Impact assessment accompanying document to the Proposal for a Council directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, ci-après l'étude d'impact ACCIS ; SEC(2011) 316 du 16 mars 2011, *Résumé de l'analyse d'impact accompagnant la proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS)*, ci-après le résumé de l'étude d'impact ACCIS.

²⁹² Il semblerait néanmoins qu'elle soit plus adaptée ou en tout cas correspondre aux besoins des grands groupes de sociétés implantés dans l'Union européenne qu'aux PME, ou à tout le moins qu'elle soit plus susceptibles de les séduire. Tout dépendra de la taille du groupe (y compris pour les groupes de PME) et du coût qu'ils supportent actuellement en raison de la gestion des obligations fiscales dans les différents Etats d'implantation et du coût qu'ils auraient à supporter dans la gestion d'une ACCIS.

²⁹³ V. en particulier SEC(2001) 1681, préc. ; COM(2001) 582 final du 23 octobre 2001, *Vers un Marché intérieur sans entraves fiscales* ; COM(2005) 532 final du 25 octobre 2005, préc. ; COM(2006) 157 final du 5 avril 2006, *Mise en œuvre du programme communautaire de Lisbonne : Avancement des travaux et programme futur pour une assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés* ; COM(2007) 223 final du 2 mai 2007, *Mise en œuvre du programme communautaire pour l'amélioration de la croissance et de l'emploi et pour le renforcement de la compétitivité des entreprises de l'UE : progrès accomplis en 2006 et étapes suivantes en vue de la proposition d'une assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés (ACCIS)*. L'idée d'une assiette commune pour l'impôt sur les sociétés pourrait même remonter au *Rapport du Comité fiscal et financier*, Services des publications des Communautés européennes, 1962, 150 p. ; dit rapport Neumark, qui aborde la question de l'harmonisation de l'imposition des sociétés tant en ce qui concerne l'assiette que le taux d'imposition. Pour l'ensemble des documents de travail produits par le groupe de travail ACCIS v. : http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/common_tax_base/index_fr.htm Pour une étude très complète du projet v. LANG Michael, PISTONE Pasquale, SCHUCH Josef, STARINGER Claus, *Common Consolidated Corporate Tax Base*, Linde Verlag 28 novembre 2008, 1102 p. V. également notamment : ANDERSSON Krister, An optional and competitive common consolidated corporate tax base – a comprehensive measure towards a better functioning internal market, *ECTR* juin 2008, Volume 17, n° 3, pp. 98 et 99 ; WEINER Joann Martens, Formula One. The race to find a common formula to apportion the EU tax base, *ECTR* juin 2008, Volume 17, n° 3, pp. 100 à 110 ; JARASS Lorenz, OBERMAIR Gustav M., Tax on earnings before interest and taxes instead of profit – fair, simple and competitive: a conceivable initiative of EU Member States for a common consolidated corporate tax base, *ECTR* juin 2008, Volume 17, n° 3, pp. 111 à 117 ; KEMMEREN Eric, Exemption method for PEs and (major) shareholdings best services: the CCCTB and the internal markets concerned, *ECTR* juin 2008, Volume 17, n° 3, pp. 118 à 136 ; KUBIK Katharina, MASSONER Christian, Common Consolidated Corporate Tax Base – the possible content of Community Law provisions, *ECTR* juin 2008, Volume 17, n° 3, pp. 137 à 141 ; AUJEAN Michel, Comment réformer la fiscalité des sociétés pour la rendre moins sensible à la concurrence fiscale et mieux adaptée à l'économie du marché unique européen ? Le projet d'assiette commune consolidée d'imposition des sociétés et l'avenir de la fiscalité des sociétés en Europe, In. *Stratégies fiscales des Etats et des entreprises : souveraineté et concurrence*, 1^{ère} édition, Les Cahiers, Paris, Presse Universitaire de France (PUF), mars 2009, pp. 131 à 182 ; AUJEAN Michel, Tax policy in the EU: between harmonisation and coordination?, *Transfer: European Review of Labour and Research* février 2010, Volume 16, n° 1, pp. 11 à 22 ; AUJEAN Michel, L'Acte pour le Marché unique et la reprise des travaux pour une assiette commune consolidée des

détermination du résultat imposable (détermination de l'assiette imposable), susceptible d'être utilisé par les sociétés exerçant leur activité au sein de l'UE²⁹⁴. En effet, même si la directive est adoptée par les Etats membres, le système proposé est optionnel pour les entreprises, qui demeurent donc libres de ne pas opter pour la constitution d'un groupe ACCIS²⁹⁵. En cas d'exercice de l'option, une société ou un groupe de sociétés éligible n'aurait plus à se conformer qu'à un seul régime au sein de l'Union pour calculer son résultat imposable, au lieu de le faire entité par entité dans les différents Etats membres où son activité a été déployée. De plus, les groupes soumis à ce régime auraient la possibilité de ne remplir qu'une seule déclaration fiscale consolidée pour l'ensemble de leurs activités au sein de l'UE (règle dite du *one stop shop*). Les résultats imposables consolidés du groupe seraient répartis entre chacune des sociétés qui le constituent par application d'une formule de répartition²⁹⁶, ce qui permettrait à chaque Etat membre d'imposer les bénéfices des sociétés résidentes de son territoire au taux d'imposition qu'il applique aux bénéfices des entreprises.

sociétés dans l'Union européenne, *Pôle de Prospective Fiscale et Stratégie d'Entreprise du Cabinet Taj* (<http://taj-strategie.fr/spip.php?article70>), 9 mars 2011.

Pour l'atelier sur l'ACCIS organisé par la Commission européenne après publication de la proposition de directive v. : http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/common_tax_base/ccctb_fr.htm

Pour une étude de la proposition de directive ACCIS v. notamment : AUJEAN Michel, Towards a common consolidated corporate tax base in the EU?, *Transfer Pricing International Journal* avril 2011, Volume 12, n°4, pp. 14 et 15 ; MUNIN Nellie, Tax in Troubled Time: Is It the Time for A Common Corporate Tax Base in the EU?, *ECTR* 2011, Volume 20, n° 3, pp. 121 à 133 ; VAN THIEL Servaas, VASCEGA Marius, The CCCTB Proposal: The Next Step towards Corporate Tax Harmonization in the European Union?, *European Taxation* septembre 2011, Volume 51, n° 9/10, pp. 374 à 382.; CERIONI Luca, The Commission's Proposal for a CCCTB Directive: Analysis and Comment, *Bulletin for International Taxation* septembre 2011, Volume 65, n° 9, pp. 515 à 530 ; KEMMEREN Eric, CCCTB: Enhanced Speed Ahead for Improvement, *ECTR* 2011, Volume 20, n° 5, pp. 208 à 210 ; VAN EIJSDEN Arjo, The One-Stop-Shop Approach: A Discussion of the Administrative and Procedural Aspects of the CCCTB Draft Directive, *ECTR* 2011, Volume 20, n° 5, pp. 217 à 231.

Pour une critique du principe même d'une ACCIS dans l'UE v. notamment BENSALOM Ilan, A Comprehensive Solution for a Targeted Problem: A Critique of the European Union's Home State Taxation Initiative, préc., pp. 636 et 637 en particulier.

²⁹⁴ Des groupes établis dans des Etats tiers mais qui ont des établissements stables et/ou des filiales dans des Etats membres de l'UE peuvent constituer un groupe ACCIS. V. article 55 de la proposition de directive ACCIS.

²⁹⁵ Si une société européenne opte pour former un groupe ACCIS, toutes ses filiales européennes qui répondent aux critères de détention font obligatoirement partie du groupe. Il en va de même pour tous les établissements stables européens de cette société, de l'ensemble des établissements stables situés dans un Etat membre qui appartiennent à ses filiales répondant aux critères et résidant dans un Etat tiers et de l'ensemble de ses sous-filiales européennes répondant aux critères et détenues par l'intermédiaire d'une société établie dans un Etat tiers qui respecte les formes prévues par la Directive. Une société non-résidente de l'UE peut même former un groupe ACCIS avec l'ensemble de ses établissements stables européens, de ses filiales européennes répondant aux critères de la directive et les établissements stables européens de ces dernières. C'est la règle dite du *all in / all out*. V. article 55 de la proposition de directive ACCIS

²⁹⁶ V. articles 86 à 103 de la proposition de directive ACCIS et en particulier l'article 86 qui donne la formule avec les trois facteurs (chiffres d'affaires, main d'œuvre - qui se décompose pour moitié en la masse salariale et au nombre d'employés - et immobilisations) et leur pondération et l'article 87 qui prévoit une clause de sauvegarde qui énonce notamment : « lorsque la contribuable principale ou une autorité compétente estime que la quote-part de résultat attribuée à un membre du groupe à l'issue de l'exercice de répartition ne reflète pas fidèlement le volume d'activité de ce membre du groupe, la contribuable principale ou l'autorité concernée peut demander qu'une autre méthode soit utilisée ».

L'assiette étant la même pour tous et ne dépendant pas des règles d'un seul Etat, cette proposition est sensiblement moins susceptible d'engendrer les risques ci-avant mentionnés en termes de neutralité que la *home State taxation* et ce, même si les contribuables pourront toujours chercher à "jouer" sur les différentiels de taux entre Etats membres²⁹⁷. A l'égard des Etats, cette proposition les prive de la possibilité d'intervenir par le biais de mesures venant procéder à un ajustement de l'assiette imposable. Il ne leur reste plus que l'action par les taux, ce qui serait plus transparent et visible, et ce qui est de nature à prévenir l'adoption de dispositifs injustifiés²⁹⁸.

Il sera noté qu'en ce qui concerne les revenus passifs précédemment étudiés, le projet ACCIS prévoit l'exonération des dividendes et l'imposition des paiements d'intérêts et de redevances avec l'octroi d'un crédit d'impôt pour la retenue à la source acquittée sur ces paiements²⁹⁹. Ce système reprend les modalités d'imposition qui sont prévues dans la directive mères-filiales et la directive intérêts et redevances pour les flux transfrontaliers de ces revenus.

Ainsi, et cela est dans la continuité des Traités, il apparaît qu'aussi bien en ce qui concerne le droit dérivé en vigueur que celui en gestation, il soit recherché de manière affichée à instaurer un système fiscal neutre pour le Marché intérieur et la concurrence. Si la Commission s'est montrée active et a eu quelques succès, certes modestes, sur le terrain législatif et continue à se montrer entreprenante, voire audacieuse, à cet égard, elle l'a été plus encore sur le terrain des actes atypiques en matière de fiscalité directe et dans l'optique d'une activité transnationale non-entravée des sociétés.

²⁹⁷ Cela semble tout de même assez difficile et nécessiterait de revoir en profondeur l'organisation des groupes afin de placer dans les Etats à faible taux d'imposition le plus possible de facteurs mobiles compris dans la clé de répartition (capital et ressources humaines). Mais quand bien même les groupes procéderaient ainsi, un élément paraît pratiquement immobile, c'est le chiffre d'affaires. En effet, à moins de réorganiser l'activité au point de ne pratiquement plus en générer dans les Etats à fort taux d'imposition, il ne pourra pas être échappé à ces Etats. C'est pour cette raison qu'il semble nécessaire d'attribuer une pondération assez forte au facteur chiffre d'affaires dans la clé de répartition par rapport aux autres.

²⁹⁸ V. SEC(2001) 1681, préc., p. 435.

²⁹⁹ Cela pour des raisons tenant à la volonté d'éviter la double imposition et à la simplification des règles d'élimination de la double imposition, ce que la méthode du crédit d'impôt ne permet pas aussi aisément quand il s'agit d'éliminer les impositions en cascade et de prendre en compte l'impôt payé aussi bien par une filiale que par une sous-filiale. V. COM(2011) 121, préc., pp. 13 et 14.

Section 2 : Les actes atypiques en matière de fiscalité directe des entreprises

Dès 1962³⁰⁰ la Commission européenne a été active en matière de fiscalité directe des entreprises en mandatant des experts pour préparer des rapports³⁰¹ qui ont pu inspirer des propositions de directives³⁰², en préparant des projets parfois ambitieux³⁰³ et surtout en rédigeant un certain nombre d'études formulant des orientations³⁰⁴. Ces travaux ont pris différentes formes dans leur publication, rapports, communications, recommandations, études... Cette forme de droit non-contraignant ou *soft law*³⁰⁵ a eu pour principal avantage de nourrir le débat et la réflexion en matière de fiscalité directe des entreprises dans l'Europe et a parfois permis de formuler des propositions législatives (v. supra) ou d'initier des politiques d'action d'une ampleur souvent sans commune mesure avec le caractère non-obligatoire pour ses destinataires, les Etats membres.

De manière indubitable cette action illustre une volonté de neutralité de l'impôt vis-à-vis des opérateurs économiques. C'est notamment le cas avec la lutte contre la concurrence fiscale dommageable (§1) et avec l'initiative de coordination des politiques fiscales des Etats membres (§2).

³⁰⁰ Rapport du Comité fiscal et financier, op.cit., 150 p. ; dit rapport Neumark.

³⁰¹ Parmi les plus célèbres et les plus importants : VAN DEN TEMPEL A.J., *Impôt sur les sociétés et impôt sur le revenu dans les Communautés européennes*, Office des publications officielles des Communautés européennes 1970, Coll. Etudes. Série Concurrence – Rapprochement des législations n° 15, 46 p., dit rapport Van Den Tempel ; *Rapport du Comité de réflexion des experts indépendants sur la fiscalité des entreprises / Commission des Communautés européennes*, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1992, 500 p., dit Rapport Ruding.

³⁰² V. par ex. après le rapport Van Den Tempel : COM(75) 392 du 23 juillet 1975, *Proposition de directive du Conseil concernant l'harmonisation des systèmes d'impôt des sociétés et des régimes de retenues à la source sur les dividendes* ; ou la COM(84) 404 final du 6 septembre 1984, *Proposition de directive du Conseil concernant l'harmonisation des législations des Etats membres relatives au régime fiscal du report des pertes des entreprises* ; ou encore la COM(90) 595 final du 6 décembre 1990, *Proposition de directive du Conseil relative à un régime de prise en compte par les entreprises des pertes subies par leurs établissements stables et filiales situées dans d'autres Etats membres*.

³⁰³ Doc.11.414/XIV/68-F du 1^{er} juillet 1968, *Avant-projet 1968 de convention européenne sur la double imposition*.

³⁰⁴ V. par ex. : COM(80) 139 final du 26 mars 1980, *Rapport sur les perspectives de convergence des systèmes fiscaux dans la Communauté* ; SEC(90) 601 du 20 avril 1990, *Orientations en matière de fiscalité des entreprises* ; SEC(92) 1118 du 26 juin 1992, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen consécutive aux conclusions du comité de réflexion présidé par M. Ruding et portant sur les orientations en matière de fiscalité des entreprises dans le cadre de l'approfondissement du Marché intérieur* ; COM(94) 206 du 25 mai 1994, *L'amélioration de l'environnement fiscal des petites et moyennes entreprises* ; Recommandation de la Commission 94/390/CE du 25 mai 1994, *Concernant le mode d'imposition des petites et moyennes entreprises* ; SEC(96)487 du 20 mars 1996, *La fiscalité dans l'Union européenne* ; COM(96) 546 du 22 octobre 1996, *La fiscalité dans l'Union européenne - Rapport sur l'évolution des systèmes fiscaux* ; COM(99) 10 final du 20 janvier 1999, *Réforme économique : rapport sur le fonctionnement des marchés des produits et capitaux de la Communauté - Présenté par la Commission en réponse aux conclusions du Conseil européen de Cardiff*.

Pour les travaux plus récents de la Commission v. supra.

³⁰⁵ Sur les origines et les fonctions de la *soft law* dans l'UE v. notamment SARMIENTO Daniel, *The Function of EU Soft Law*, dans WEBER Dennis, *Traditional and Alternatives Routes to European Tax Integration - Primary Law, Secondary Law, Soft Law, Coordination, Comitology and their Relationship*, op. cit., pp. 53 à 65. Pour une étude de la *soft law* en droit international v. notamment : PISTONE Pasquale, *Soft Tax Law: Steering Legal Pluralism towards International Tax*

§1- La lutte contre la concurrence fiscale dommageable dans l'Union européenne

A la suite de la réunion du conseil des ministres de l'économie et des finances (ci-après ECOFIN) de Vérone en avril 1996, a été lancée par la Commission une approche globale en matière de politique fiscale. Confirmée lors du conseil ECOFIN du 13 septembre 1997, cette réflexion a mis en évidence la nécessité de lancer une action coordonnée au niveau européen afin de réduire les distorsions qui existent encore dans le Marché unique, cela afin de prévenir d'importantes pertes de recettes fiscales et pour orienter les structures fiscales dans un sens plus favorable à l'emploi³⁰⁶. En effet, si la concurrence fiscale doit être vue en soi comme un phénomène bénéfique pour les citoyens et un moyen d'exercer une pression à la baisse sur les dépenses publiques, une concurrence incontrôlée ayant pour enjeu les facteurs mobiles peut avoir des effets négatifs sur l'emploi et la réduction méthodique et structurée de la charge fiscale globale³⁰⁷. En outre, cela conduit à faire peser plus fortement la charge fiscale sur les facteurs immobiliers et à restreindre la liberté des Etats membres de choisir la structure fiscale la plus adaptée.

Afin de coordonner les politiques fiscales et de lutter contre la concurrence fiscale dommageable, la Commission a proposé l'adoption d'un « paquet fiscal » comportant en particulier :

- Un code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises, associé à une communication de la Commission sur les aides d'Etat à caractère fiscal ;
- Des mesures visant à supprimer les retenues à la source sur les paiements transfrontaliers d'intérêts et de redevances entre entreprises ;

Coordination, dans WEBER Dennis, *Traditional and Alternatives Routes to European Tax Integration - Primary Law, Secondary Law, Soft Law, Coordination, Comitology and their Relationship*, op. cit., pp. 97 à 114.

³⁰⁶ Conclusions du Conseil ECOFIN du 1^{er} décembre 1997 en matière de politique fiscale, *JOCE* du 6 janvier 1998, n° C 2, pp. 2 et 3.

³⁰⁷ COM(1997)495 du 1^{er} octobre 1997, *Vers une coordination fiscale dans l'Union européenne - Un ensemble de mesures pour lutter contre la concurrence fiscale dommageable*, p. 2.

- Des mesures permettant l'imposition effective des revenus de l'épargne transfrontalière.³⁰⁸

Cette initiative fut couronnée de succès puisqu'elle déboucha sur la directive épargne et la directive intérêts et redevances (v. supra). Plus encore, le code de conduite fut adopté lors du Conseil ECOFIN du 1^{er} décembre 1997 sous la forme d'une résolution du Conseil et publié en 1998³⁰⁹ et la Communication sur les aides d'Etat à caractère fiscal fut également publiée cette année-là (v. supra).

La lutte contre la concurrence fiscale dommageable marque un tournant majeur de l'action communautaire dans la lutte contre les entraves de nature fiscale à l'activité transfrontière des entreprises européennes et repose sur deux éléments complémentaires³¹⁰. Tout d'abord, le volet contraignant sur le plan juridique avec l'application de la législation relative aux aides d'Etat. Egalement, le volet juridiquement non-contraignant pour les Etats membres avec le code de conduite qui n'est qu'un engagement politique pris en faveur d'une concurrence fiscale loyale et de l'abstention d'y porter atteinte. Même s'il ne s'agit que d'un engagement politique, le recours par le Conseil à une résolution qui reprend très largement les communications de la Commission³¹¹ souligne une adhésion forte de la part des Etats membres³¹².

Afin d'assurer la mise en œuvre du code, un groupe de travail (présidé par Madame Dawn PRIMAROLO) est chargé de recenser, d'évaluer et de suivre les dispositifs fiscaux des Etats membres en vue de leur démantèlement, s'ils sont considérés

³⁰⁸ Ibid., p. 5.

³⁰⁹ Conclusions du Conseil ECOFIN du 1^{er} décembre 1997 en matière de politique fiscale, préc., pp. 2 à 5. Pour une étude du code de conduite v. notamment GRIBNAU Hans, *The Code of Conduct for Business Taxation: An Evaluation of an EU Soft-Law Instrument*, dans WEBER Dennis, *Traditional and Alternatives Routes to European Tax Integration - Primary Law, Secondary Law, Soft Law, Coordination, Comitology and their Relationship*, op. cit., pp. 67 à 95.

³¹⁰ L'affaire des centres de coordination belges illustre parfaitement cette complémentarité : alors que le groupe Primarolo avait identifié cette mesure comme dommageable, la Belgique refusait de la supprimer car la jugeant non-dommageable. Par le recours à la législation sur les aides d'Etat appliquée à la fiscalité la Commission déclara le 17 février 2003 le caractère incompatible de ce régime au regard de ladite législation et son démantèlement au plus tard au 31 décembre 2010. Les holdings de 1929 luxembourgeoises subirent le même sort après la décision de la Commission de juillet 2006.

³¹¹ COM(1997)495 du 1^{er} octobre 1997, préc. et COM(97) 564 du 5 novembre 1997, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant un ensemble de mesures pour lutter contre la concurrence fiscale dommageable dans l'Union européenne*.

³¹² Un exemple de l'effet politique fort de ce régime est la révision du régime irlandais des *International Financial Services Centre*. Ouvert aux entreprises étrangères dans le quartier dit des docks de Dublin, ce régime prévoyait un taux d'impôt sur les sociétés de 10%. Une fois déclaré contraire au code, l'Irlande a alors réformé son impôt sur les sociétés en instaurant un IS de droit commun de 12,5% ; ce qui n'est pas dommageable au regard du code de conduite.

comme dommageables au regard des lignes dégagées dans le code³¹³. En outre, les Etats membres s'engagent, d'une part, à ne pas introduire de nouveaux dispositifs dommageables au sens du code et, d'autre part, à supprimer les régimes jugés contraires au code dans les meilleurs délais.

Cette démarche européenne marque sans conteste une avancée considérable en faveur de la neutralité de l'impôt puisqu'elle fait la chasse aux dispositifs qui sont établis de manière manifeste afin d'attirer les entreprises sur le fondement de considérations uniquement fiscales. C'est aussi en cela que réside la faiblesse de cette action : elle ne permet pas d'identifier et de supprimer les régimes qui de manière insidieuse ou plus discrète portent atteinte à la neutralité. Fort de ce succès par le recours à la *soft law* pour obtenir des résultats en matière de fiscalité, la Commission a inauguré une politique nouvelle.

§2- La coordination des politiques fiscales des Etats membres

Après la suppression (progressive) des mesures les plus susceptibles de porter atteinte à la concurrence fiscale et donc à la neutralité de l'impôt, et devant l'impasse du processus d'harmonisation, la Commission a établi un nouveau cadre visant à supprimer des entraves fiscales comme les discriminations et les doubles impositions à l'échelle de l'Union européenne (et ce en attendant l'adoption de l'ACCIS). La coordination des systèmes de fiscalité directe non-harmonisée vise à faire en sorte que ces systèmes soient compatibles entre eux mais également avec le droit communautaire et la jurisprudence de la Cour de justice. Ainsi exposée dans une communication de décembre 2006³¹⁴, la coordination repose sur trois principes clés : en premier lieu, la suppression de la discrimination et de la double imposition, ensuite, la prévention de la non-double imposition involontaire et des abus, enfin, la

³¹³ Conclusions du Conseil ECOFIN du 1^{er} décembre 1997 en matière de politique fiscale, préc., p. 3. Les critères pour déterminer si une mesure est dommageable sont notamment : un niveau d'imposition effective nettement inférieur au niveau général du pays concerné ; des facilités fiscales réservées aux non-résidents ; des incitations fiscales en faveur d'activités qui n'ont pas trait à l'économie locale, de sorte qu'elles n'ont pas d'impact sur l'assiette fiscale nationale ; l'octroi d'avantages fiscaux même en l'absence de toute activité économique réelle ; des règles pour la détermination des bénéfices des entreprises faisant partie d'un groupe multinational qui divergent des normes généralement admises au niveau international, notamment de celles approuvées par l'OCDE ; le manque de transparence des mesures fiscales.

³¹⁴ COM(2006) 823 final du 19 décembre 2006, *Coordination des systèmes de fiscalité directe des Etats membres dans le Marché intérieur*. Pour une étude de cette politique v. notamment : AUJEAN Michel, La Commission européenne adopte une stratégie globale pour promouvoir la coordination fiscale dans l'UE, *Revue de Droit Fiscal* janvier 2007, n° 4, étude.

réduction des coûts de mise en conformité liés à l'assujettissement à plusieurs systèmes fiscaux.

Protéiforme, la coordination peut se présenter sous la forme de l'action unilatérale concertée des Etats membres ou sous une action collective sous la forme d'un instrument communautaire. Le mode d'action le plus approprié sera fonction de la nature de la difficulté à résoudre³¹⁵.

Dans trois domaines spécifiques la Commission a publié des communications car elle estime qu'ils nécessitent une action concertée. Il s'agit de la compensation transfrontalière des pertes³¹⁶, de l'imposition à la sortie³¹⁷ et de la lutte contre les abus dans le domaine de la fiscalité directe³¹⁸. Dans ces deux derniers domaines, la politique de coordination a donné des résultats.

En effet, le 2 décembre 2008, le Conseil a adopté une résolution sur la coordination en matière de taxation à la sortie³¹⁹ en ce qui concerne les transferts d'activités économiques. Cette expression vise « toute opération à l'occasion de laquelle un contribuable soumis à l'impôt sur les sociétés ou une personne physique exerçant une activité professionnelle »³²⁰ cesse d'être soumise à l'impôt sur les sociétés ou à l'impôt sur le revenu des personnes physiques dans un Etat membre pour le devenir dans un autre ou transfère un ensemble d'actifs ou de passifs au sein d'une société. La résolution prévoit que lorsque l'Etat membre de départ se réserve le droit d'imposer les réserves et de reprendre les provisions, celui d'accueil peut prévoir la constitution de réserves ou provisions pour des montants identiques ou différents, selon ses propres règles d'assiette, et en permettre la déduction fiscale l'année de constitution. Enfin, quand l'Etat membre de départ impose les plus-values latentes, calculées par différence entre la valeur de marché et la valeur nette comptable, l'Etat d'accueil

³¹⁵ Ibid., p. 5.

³¹⁶ COM(2006) 824 final du 19 décembre 2006, *Le traitement fiscal des pertes dans les situations transfrontalières*; accompagnée du SEC(2006) 1690 du 19 décembre 2006, *Document de travail des services de la Commission - Annexe à la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et Comité économique et social européen - Le traitement fiscal des pertes dans les situations transfrontalières Annexes techniques*.

³¹⁷ COM(2006) 825 final du 19 décembre 2006, *Imposition à la sortie et nécessité de coordonner les politiques fiscales des Etats membres*.

³¹⁸ COM(2007) 785 final du 10 décembre 2007, *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*.

³¹⁹ Résolution du Conseil du 2 décembre 2008 sur la coordination en matière de taxation à la sortie, *JOUE* 18 décembre 2008, n° C 323, pp. 1 et 2.

³²⁰ Ibid., p. 1.

retient cette valeur vénale à la date du transfert pour calculer la plus-value ultérieure en cas de cession. En cas de désaccord sur cette valeur, les Etats membres règlent leur différend en recourant à la procédure adéquate.

Bien que cette résolution marque déjà une avancée considérable dans le domaine de la coordination, elle ne traite qu'une partie du problème : celui de la double imposition et de la double non-imposition. La question du moment du recouvrement de l'impôt par l'Etat de départ sur les actifs transférés n'est pas abordée, alors même que c'est cette question qui est à la source du contentieux et des procédures d'infraction initiées par la Commission à l'encontre des Etats membres³²¹.

Au regard de la neutralité, si l'élimination de la double imposition va dans un sens qui lui est favorable, le maintien d'obstacles liés au recouvrement (demandes de garanties...) est susceptible de créer des obstacles à celle-ci (v. supra).

Dans une résolution du 8 juin 2010³²², le Conseil s'est prononcé sur la coordination des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées et à la sous-capitalisation au sein de l'Union européenne³²³. Reprenant dans une large mesure la communication de la Commission, la résolution entend protéger les bases fiscales des Etats membres tout en assurant le respect des libertés fondamentales du Traité.

³²¹ V. CJCE 11 mars 2004, aff. C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, Recueil CJCE 2004, I, page 2409 ; CJCE 7 septembre 2006, aff. C-470/04, N, Recueil CJCE 2006, I, page 7409. De nombreuses procédures sont en cours en matière d'imposition à la sortie pesant sur les sociétés et en particulier : Espagne (2007/2382 - affaire en cours) ; Suède (2007/2372 - affaire close après modification législative) ; Belgique (2008/4250 - affaire en cours) ; Danemark (2008/2157 - affaire en cours) ; Pays-Bas (2008/2207 - affaire en cours) ; Irlande (affaire en cours) ; Portugal (2007/2365 - affaire en cours). La Commission a même traduit devant la CJUE le Portugal, le Danemark (aff. C-261/11), les Pays-Bas (aff. C-301/11) et l'Espagne. V. notamment sur ces questions VAIL Morgan, Des taxes à la sortie dans un marché unique ?!, *Pôle de Prospective Fiscale et Stratégie d'Entreprise du Cabinet Taj*, Note n°1, (<http://taj-strategie.fr/spip.php?article22>), 12 mai 2009 ; GRAU Romain, VAIL Morgan, L'imposition à la sortie, un sujet toujours en voie de règlement dans les Etats membres de l'UE, *Revue de Droit Fiscal* 17 décembre 2009, n°51, étude, pp. 24 à 26 ; VAIL Morgan, Vers une plus grande fluidité des transferts de sièges dans l'UE ? Les cas irlandais, belge, portugais, danois, néerlandais et espagnol, *Pôle de Prospective Fiscale et Stratégie d'Entreprise du Cabinet Taj* (<http://taj-strategie.fr/spip.php?article65>), 7 février 2011 ; VAIL Morgan, Tour d'horizon des procédures d'infraction contre les Etats membres en matière de fiscalité directe, *Pôle de Prospective Fiscale et Stratégie d'Entreprise du Cabinet Taj* (<http://taj-strategie.fr/spip.php?article78>), 9 mai 2011. Pour une étude de la procédure d'infraction en matière de fiscalité directe v. notamment : ZALASINSKI Adam, Contribution of Infringement Procedures to European Tax Integration, dans WEBER Dennis, *Traditional and Alternatives Routes to European Tax Integration - Primary Law, Secondary Law, Soft Law, Coordination, Comitology and their Relationship*, op. cit., pp. 117 à 128.

³²² Pour une analyse voir notamment : AUJEAN Michel, VAIL Morgan, Coordination des politiques fiscales, Round 2 : les règles anti-abus des Etats membres, *Pôle de Prospective Fiscale et Stratégie d'Entreprise du Cabinet Taj* (<http://taj-strategie.fr/spip.php?article60>), 15 juillet 2010.

³²³ Résolution du Conseil du 8 juin 2010 sur la coordination des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (SEC) et à la sous-capitalisation au sein de l'Union européenne, *JOUE* du 16 juin 2010, n° C 156, pp. 1 et 2.

Ainsi, il est préconisé que les règles anti-abus soient proportionnées à la prévention de l'évasion fiscale et/ou à la préservation de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition et que « la prévention de l'évasion fiscale au moyen de montages purement artificiels soit généralement justifiée »³²⁴. En outre, les règles nationales doivent « prévoir des critères de « sphère de sécurité » au-delà desquels la probabilité d'abus est plus élevée, pour autant que l'assujetti soit autorisé à fournir des preuves contraires »³²⁵. A cet effet, la résolution comporte deux listes non-exhaustives d'éléments qui, pour les règles applicables aux sociétés étrangères contrôlées et pour celles relatives à la sous-capitalisation, laissent supposer des détournements artificiels. Enfin, le texte « insiste sur le fait que la coopération administrative peut revêtir une importance cruciale pour l'efficacité des mesures anti-abus et souligne dès lors qu'il importe que les Etats membres se prêtent mutuellement assistance aux fins de détecter et de combattre les manœuvres abusives »³²⁶.

Compte-tenu de son contenu limité, cette résolution marque plus une victoire de la stratégie poursuivie par la Commission, et de son approche de la matière car la résolution reprend en grande partie sa communication, qu'une réelle avancée de la coordination des politiques des Etats membres contre les pratiques abusives en fiscalité directe. En termes de neutralité, il reste néanmoins possible d'imaginer que si des mesures de prévention en termes de recouvrement ou pour permettre la collecte d'informations peuvent porter atteinte à la neutralité de l'impôt, cela apparaît encore plus possible avec des règles cherchant à combattre la fraude à l'impôt.

Faute de texte, il faudra se contenter des lignes directrices dégagées par la jurisprudence de la Cour de justice pour voir de manière plus concrète un encadrement des règles anti-abus des Etats membres. Il semble d'ailleurs que le même exercice doive être accompli en ce qui concerne la compensation transfrontalières des pertes (préoccupation ancienne de la Commission³²⁷), sujet pour

³²⁴ Ibid., p. 1.

³²⁵ Ibid.

³²⁶ Ibid., p. 2.

³²⁷ COM(90) 595 final du 6 décembre 1990, préc., retirée par la Commission en 2001.

lequel une solution ne puisse être espérée que dans le cadre des mesures globales ci-avant présentées³²⁸.

³²⁸ La COM(2006) 824 final, préc., n'ayant été, en tout cas jusqu'à présent, suivie d'aucune autre initiative politique (résolution...) ou législative depuis son adoption par la Commission (si ce n'est la proposition de directive ACCIS).

Conclusion du Titre 1

En définitive, à l'aune des Traités et des actes nombreux qui en sont dérivés ou qui s'en inspirent et peuvent les éclairer, il est possible de voir, dans la diversité des règles et principes qui animent l'Union européenne, une constante fortement marquée, celle d'un souhait de neutralité. Mu par le Marché intérieur, ce souhait a même conduit le législateur communautaire à prendre des mesures en sa faveur et a surtout beaucoup poussé la Commission européenne à produire un grand nombre de propositions, études, analyses, orientations en matière de fiscalité directe des entreprises. Car c'est bien le Marché intérieur et ses deux composantes fondamentales, la liberté de circulation et la concurrence non-faussée, qui ont été les socles qui ont permis l'élaboration et qui ont servi de point de référence aux directives et propositions de directives fiscales, à la production impressionnante d'actes atypiques mais aussi, et surtout, à l'application de la législation des aides d'Etat à la fiscalité directe des entreprises.

Pourtant, et cela pourra paraître paradoxal, l'échec de l'œuvre d'harmonisation symbolisé par l'absence de suite donnée à un grand nombre de propositions de directives et à la mise en œuvre de la politique de coordination, aux résultats encore modestes, sont autant de raisons à l'existence du courant jurisprudentiel inauguré par l'affaire de l'*Avoir fiscal*. En effet, alors que le Marché commun était en plein développement, que sa réalisation effective était de plus en plus proche, comment tolérer que la fiscalité directe puisse priver les ressortissants européens des droits fondamentaux reconnus par les Traités. Comment les Etats membres pouvaient-ils encore justifier des entraves de nature fiscale alors que dans le même temps ils se refusaient à procéder à la moindre harmonisation de la fiscalité directe ? C'est très certainement dans le développement du Marché intérieur, des obligations susmentionnées, qu'il emporte et dans l'impasse législative qu'il faut trouver les raisons de la jurisprudence née à l'occasion de l'arrêt du 28 janvier 1986 et qui a, depuis lors, connu un essor aussi fulgurant qu'original.

TITRE 2 : L'ŒUVRE PRÉTORIENNE DE LA COUR DE JUSTICE EN FAVEUR DE LA NEUTRALITÉ DE L'IMPÔT DANS L'ACCÈS AU MARCHÉ INTÉRIEUR

L'affaire de l'*Avoir fiscal* est une affaire qui présente un triple intérêt. Tout d'abord, la Cour sanctionne une législation relevant de la fiscalité directe, ensuite elle le fait sur le fondement d'une liberté de circulation, enfin le motif de la sanction réside dans le caractère discriminatoire de cette législation au regard de cette liberté. Comme indiqué précédemment, les libertés de circulation qui servent à mettre en œuvre le Marché commun font écho au principe général de non-discrimination imposé par l'article 18 du TFUE. La portée générale de cette disposition confirme d'ailleurs que le Marché intérieur est un espace qui tend à être exempt de discriminations (au moins à raison du sexe et de la nationalité). Pourtant, ni la liberté d'établissement ni la libre circulation des capitaux n'emploient le terme de discrimination dans la proscription qu'elles énoncent, sauf pour la dernière qui évoque également les discriminations arbitraires (article 65§3 du TFUE). Ces deux libertés préférant employer le terme de « restriction »³²⁹.

Dès lors que, dans le cadre de la présente étude, il est question de voir comment le droit européen peut parvenir à la neutralité de l'impôt direct afin de réaliser le Marché intérieur, les deux libertés seront de manière générale étudiée sans distinction. En effet, elles concourent à la réalisation du même objectif³³⁰, la réalisation du Marché intérieur et par conséquent la neutralité des législations des

³²⁹ Articles 49 et 63 du TFUE. La liberté relative aux prestations de services emploie également le terme de restriction. Seule la libre circulation des travailleurs prohibe dans son libellé toute discrimination fondée sur la nationalité (article 45§2 du TFUE).

³³⁰ En outre, la Cour de justice analyse les mesures fiscales comme pouvant porter atteinte à l'une ou l'autre des libertés en ne distinguant que sur la base d'un critère de substance (v. supra). En ce sens v. notamment : CJCE 30 novembre 1995, C-55/94, Gebhard, préc., point 37 ; VAN THIEL Servaas, *Free Movement of Persons and Income Tax Law: The European Court in Search of Principles*, IBFD, coll. Doctoral Series, n°3, 2002, p. 1 ; ENGLISCH Joachim, *The European Treaties' Implications for Direct Taxes*, préc., p. 313, ce dernier écrivant : « *in general all four freedoms should follow the same principles as regards the key questions of applicability, substantive scope, and possible justifications to their infringements. A trend in that direction can already be made out in the case law of the ECJ* ». Traduction libre de l'auteur « de manière générale les quatre libertés devraient suivre les mêmes principes en ce qui concerne les questions clé de leur applicabilité, de leur champ substantiel et des possibles justifications à leur violation. Un courant en ce sens peut déjà être observé dans la jurisprudence de la CJCE ». Il se pourrait cependant que cela soit moins vrai dans les arrêts les plus récents et notamment avec la libre circulation des capitaux.

Etats membres sur ce dernier, et c'est par conséquent leurs effets sur la fiscalité internationale des Etats membres qui seront avant tout recherchés. De même, et bien qu'elles ne soient pas celles retenues pour l'étude, il sera fait référence à la jurisprudence relative aux autres libertés fondamentales qui se révèle utile et éclairante pour tenter de comprendre la doctrine de la Cour.

Si l'analyse de la Cour est globalement commune aux libertés elle n'a cessé d'évoluer. Cette évolution apparaît si marquée que le Professeur Luc HINNEKENS est parvenu à identifier deux vagues³³¹ dans une jurisprudence fiscale dont certains ont estimé qu'elle échouait « *to hold together substantively, functionally and rhetorically* »³³². Ces deux vagues marquent une période d'affirmation de compétences fiscales du droit communautaire (chapitre 1). De nos jours, il paraît possible d'identifier une troisième vague qui marque, si ce n'est un repli de ces compétences, au moins un profond changement de tendance dans le processus suivi jusqu'alors par la Cour en ce qui concerne l'interprétation des prohibitions prévues par les libertés de mouvement (chapitre 2). Bien entendu de tels changements dans un domaine non-harmonisé et en pleine construction ne sont pas sans conséquence pour la fiscalité directe des Etats membres et la neutralité de celle-ci pour la construction européenne.

Chapitre 1 : L'affirmation de la compétence fiscale de la Cour et la neutralité de l'impôt

L'affirmation et l'expansion de compétences fiscales du droit européen caractérisent deux vagues d'arrêts dans la jurisprudence fiscale de la Cour de justice. Cependant, il convient d'ores-et-déjà de préciser que ces vagues avaient déjà pu être observées dans la jurisprudence non-fiscale de la Cour. Il semblerait que la Cour n'ait pas souhaité se départir de l'édifice doctrinal qu'elle avait élaboré pendant les trois premières

³³¹ HINNEKENS Luc, The search for the framework conditions of the fundamental EC Treaty principles as applied by the European Court to Member States' direct taxation, préc., pp. 112 à 119 ; HINNEKENS Luc, Tendances récentes de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe, op. cit., pp. 39 à 73.

³³² GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy, préc., p. 52. Traduction libre de l'autre « à former un tout substantivement, fonctionnellement et rhétoriquement ».

décennies de la Communauté quand les premières questions alliant fiscalité directe et libertés de circulation lui parvinrent. Reproduisant le schéma de développement de la jurisprudence non-fiscale, la première vague d'arrêts fiscaux est ainsi marquée par le recours au principe de non-discrimination (section 1), alors que la seconde est identifiable par le recours à la notion d'entrave ou de restriction (section 2) avec, dans chaque hypothèse, l'objectif de neutraliser la fiscalité directe en faveur du marché créé par le territoire des Etats membres. Par conséquent, l'examen et la compréhension de la jurisprudence fiscale européenne ne sauraient être appréhendés sans sa mise en perspective historique.

Section 1 : Une interprétation téléologique et extensive du principe de non-discrimination en faveur de la neutralité de l'impôt dans l'accès au marché

Dès les premières années de la Communauté économique européenne, la Cour de justice a eu recours au concept de discrimination afin de sanctionner les atteintes aux droits conférés par les Traités et par là-même d'assurer un égal et libre accès au marché. Pour y parvenir, la Cour s'est approprié le concept afin de lui donner ses attributs essentiels (§1). Cela lui a permis de le faire évoluer en deux branches alternatives et complémentaires. Cette appropriation l'a conduite à sanctionner ce qu'elle a appelé, d'une part, les discriminations ostensibles (§2) et, d'autre part, les discriminations déguisées (§3).

§1- L'identification par la Cour des attributs de la discrimination

De prime abord il est possible de définir la discrimination comme l'application d'un traitement inéquitable à un groupe par rapport à un autre. Si cette définition peut être utile pour permettre d'aborder la notion, il apparaît nécessaire d'en déterminer les attributs essentiels qui permettent de la caractériser. A cet égard, il est assez remarquable de constater que la Cour a très tôt développé les concepts essentiels à son analyse³³³.

³³³ WOUTERS Jan, The principle of non-discrimination in European Community law, *ECTR* 1999, n° 2, pp. 98 à 106 et en particulier p. 102.

Les débuts de cette entreprise apparaissent dans l'arrêt *Société des fonderies de Pont-à-Mousson*³³⁴ où la Cour a énoncé qu'une discrimination consiste « à traiter de manière inégale des situations comparables »³³⁵. Puis dans les affaires jointes *Barbara Erzbergbau AG et autres*³³⁶ elle a précisé que le concept de discrimination implique « avant tout que des conditions inégales aient été prévues pour des cas comparables »³³⁷. Cet arrêt a apporté deux clarifications très importantes. Tout d'abord, la Cour rejette l'idée soutenue par les parties que la comparaison entre plusieurs entreprises doit prendre en compte toutes les circonstances dans lesquelles elles évoluent. Elle a observé que procéder de la sorte « aboutirait au résultat que toute entreprise n'est comparable qu'à elle-même, la notion de « conditions comparables » et, dès lors, celle de « discrimination » se trouvant ainsi vidées de leur contenu »³³⁸. En outre, il est noté que « la notion de discrimination n'implique pas, par définition, le fait qu'un dommage direct ait été causé » bien que la Cour reconnaisse « que l'application de [...] conditions inégales est peut-être, il est vrai, susceptible d'entraîner des dommages, qui peuvent alors être considérés comme la conséquence révélatrice d'une discrimination »³³⁹.

A ce stade, la discrimination est donc le traitement inégal de situations comparables. L'importance de la comparabilité est mise en avant en ce qu'il ne faut retenir que les circonstances pertinentes (ainsi dans l'espèce *Barbara Erzbergbau* celles relatives au transport) faute de quoi elle serait impossible à établir ; et s'il n'y a pas de comparabilité, il n'y a pas de discrimination. Il faut donc sélectionner avec soin les éléments de comparaison. Par ailleurs, l'existence d'un dommage n'est pas intégrée dans la notion de discrimination, même s'il peut en constituer un indice.

Par la suite, la Cour a théorisé la justification d'une discrimination. Cela est apparu dans l'affaire *Klöckner*³⁴⁰ où il a été mentionné que la discrimination suppose qu'il y

³³⁴ Cour de justice de la CECA, 17 décembre 1959, aff. 14/59, Société des fonderies de Pont-à-Mousson contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Recueil de la Cour de justice de la CECA 1959, p. 445.

³³⁵ Ibid., p. 475.

³³⁶ Cour de justice de la CECA, 10 mai 1960, aff. jointes 3-58 à 18-58, 25-58 et 26-58, Barbara Erzbergbau AG et autres contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Recueil de la Cour de justice de la CECA 1959, p. 369.

³³⁷ Ibid., p. 405.

³³⁸ Ibid., p. 403.

³³⁹ Ibid., p. 405.

³⁴⁰ Cour de justice de la CECA, 13 juillet 1962, aff. jointes 17/61 et 20/61, Klöckner-Werke AG et Hoesch AG contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Recueil de la Cour de justice de la CECA 1962, p. 615.

ait eu un traitement différent de « situations comparables, entraînant un désavantage pour certains sujets par rapport à d'autres, sans que cette différence de traitement soit justifiée par l'existence de différences objectives d'une certaine importance »³⁴¹. Un peu plus tard, dans l'arrêt *Ruckdeschel*³⁴², la Cour a eu recours à une formule type. Cette dernière a énoncé que le principe d'égalité de traitement, dont la non-discrimination de la disposition invoquée en l'espèce³⁴³ « n'est que l'expression spécifique [de ce] principe général », « veut que les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée »³⁴⁴. Il convient d'observer que déjà en 1963, dans l'affaire dite des réfrigérateurs italiens³⁴⁵, la Cour avait développé le concept de discrimination substantielle en prononçant que « le traitement différent de situations comparables ne permet pas de conclure automatiquement à l'existence d'une discrimination » et qu'une « apparence de discrimination formelle peut donc correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle » et « que la discrimination matérielle aurait consisté à traiter de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes »³⁴⁶.

Enfin, c'est dans l'arrêt *Sermide*³⁴⁷ qu'elle a remarquablement synthétisé son raisonnement en établissant que le principe de non-discrimination « veut que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié »³⁴⁸.

Cette conceptualisation opérée par la Cour lui a permis d'avoir à sa disposition un outil puissant et cela d'autant plus qu'elle a su le rendre flexible en opérant une

³⁴¹ Ibid., p. 652.

³⁴² CJCE 19 octobre 1977, aff. jointes 117/76 et 16/77, Albert Ruckdeschel & Co. et Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. contre Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG contre Hauptzollamt Itzehoe, Recueil CJCE 1977, p. 1753.

³⁴³ Article 40§3 al. 2 du Traité CEE relatif à l'organisation commune des marchés agricoles.

³⁴⁴ Affaire *Ruckdeschel*, point 7.

³⁴⁵ CJCE 17 juillet 1963, aff. 13/63, République italienne contre Commission de la Communauté économique européenne, Recueil CJCE 1963, p. 337.

³⁴⁶ Ibid. p. 360. Dans cette affaire, il semble que la Cour ait été fortement influencée par son Avocat général LAGRANGE, qui dans ses conclusions se réfère à la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale du 6 avril 1935 (Arrêts et avis consultatifs de la C.P.J.I., série A/B, n° 64, p. 19, Ecole minoritaire en Albanie) qui a décidé que « l'égalité en droit exclut toute discrimination ; l'égalité en fait peut en revanche rendre nécessaires des traitements différents en vue d'arriver à un résultat qui établisse l'équilibre entre des situations différentes », Recueil CJCE 1963, p. 385. V. aussi WOUTERS Jan, *The principle of non-discrimination in European Community law*, préc., p. 102.

³⁴⁷ CJCE 13 décembre 1984, aff. 106/83, *Sermide SpA contre Cassa conguaglio zucchero et autres*, Recueil CJCE 1984, p. 4209.

³⁴⁸ Ibid., point 28.

dichotomie en son sein afin de traiter les discriminations dans une grande variété de domaines allant de l'agriculture à la fiscalité directe des Etats membres.

§2- L'approche classique de la discrimination : la discrimination ostensible

A l'instar de l'article 18 du TFUE la discrimination consiste à distinguer sur le fondement d'un critère identifié et prohibé, au cas particulier de cette disposition la nationalité ou le sexe. En fiscalité internationale, et comme le démontre l'article 24§1 du Modèle OCDE, la prohibition des discriminations fondées sur la nationalité n'est pas une nouveauté. Cette forme de discrimination qui repose sur un élément désigné au sein de la règle en cause (nationalité, sexe ou siège, ce dernier critère étant pertinent pour la fiscalité des sociétés) afin de distinguer entre contribuables, peut être qualifiée de discrimination directe ou ostensible³⁴⁹.

En fiscalité directe, l'affaire de l'*Avoir fiscal* permet d'illustrer cette catégorie de discriminations³⁵⁰. En effet, la Cour au point 18 de sa décision a estimé que dès lors que le Code général des impôts français distinguait les sociétés en fonction de leur siège, et puisque pour les personnes morales ce critère joue le même rôle que celui de la nationalité pour les personnes physiques, il s'agit là d'une discrimination des sociétés établies dans d'autres Etats membres.

Néanmoins, pour considérer cette affaire comme une discrimination directe il est nécessaire d'assimiler la notion de siège à celle de nationalité (ce que fait d'ailleurs la Cour). C'est à ce stade que le critère retenu par la législation en cause pour déterminer la nationalité de la société, c'est-à-dire son siège, va être crucial. En effet, le libellé de la liberté d'établissement effectue la synthèse du droit de *common law* et du droit civil en visant les sociétés ayant dans un Etat membre leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement. Or, en *common law* le

³⁴⁹ V. notamment, WOUTERS Jan, *The principle of non-discrimination in European Community law*, préc., pp. 103 et 104 ; HINNEKENS Luc, *The search for the framework conditions of the fundamental EC Treaty principles as applied by the European Court to Member States' direct taxation*, préc., pp. 113 à 115 ; HINNEKENS Luc, *Tendances récentes de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe*, op. cit., pp. 43 à 48.

³⁵⁰ Une autre affaire sanctionnant une discrimination directe est l'arrêt CJCE 12 avril 1994, *Halliburton Services BV contre Staatssecretaris van Financiën*, aff. C-1/93, préc.

droit applicable aux sociétés est déterminé en fonction de la doctrine du lieu d'incorporation ou de constitution (*place of incorporation*) qui le plus souvent correspond au lieu du siège statutaire. Au contraire, en droit civil, le critère est celui du siège réel. La nationalité de la société dépend du lieu où elle est effectivement administrée qui lui aussi, le plus souvent, correspond au siège statutaire.³⁵¹

Dans l'arrêt du 28 janvier 1986, en se référant à la notion de siège comme facteur de détermination de la loi applicable aux sociétés en général, la Cour a employé le même critère de rattachement que dans la doctrine du lieu d'incorporation (pays de *common law*). Ce faisant, elle a traité la question comme s'il s'agissait d'une discrimination fondée sur la nationalité pour le droit des sociétés et non comme une différence de traitement fiscal en fonction de la résidence (v. infra). Si la Cour cite dans la première phrase du point 18 de son arrêt indistinctement les trois facteurs de rattachement pour déterminer la nationalité d'une société, dans la seconde phrase elle ne mentionne plus que celui du siège. Ce faisant, elle omet (volontairement ou pas) que les facteurs d'administration centrale et de principal établissement servent aussi en droit fiscal à déterminer la résidence d'une société. Cette absence de choix résulte de sa jurisprudence bien établie dans d'autres domaines et à laquelle elle ne semblait pas vouloir faire d'exception pour le droit fiscal. Mais, après tout, les Etats qui appliquent en droit des sociétés la doctrine du siège réel sont familiers des critères d'administration centrale, de principal établissement et de siège de direction car ils sont des éléments factuels permettant de caractériser le critère fiscal de siège de direction effective³⁵² qui fixe le lieu de la résidence des sociétés. Dès lors, dans ces juridictions l'arrêt de l'*Avoir fiscal* a par la suite été interprété comme une prohibition des différences de traitement fiscal sur le fondement de la résidence.³⁵³

³⁵¹ VANISTENDAEL Frans, *Taxation and Non-Discrimination, A Reconsideration of Withholding Taxes in the OECD*, préc., p. 177.

³⁵² V. en ce sens *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2010*, op. cit., p. 98 où figure l'observation (point 26§3) faite par la France à la suite de la modification en 2008 du paragraphe 24 des Commentaires sur l'article 4 du MOCDE où la définition du siège de direction effective a été modifiée : « La France considère que la définition du siège de direction effective figurant au paragraphe 24 et selon laquelle « le siège de direction effective est le lieu où sont prises, quant au fond, les décisions clés sur le plan de la gestion et sur le plan commercial qui sont nécessaires pour la conduite des activités de l'entité dans son ensemble » correspond d'ordinaire au lieu où la personne ou le groupe de personnes exerçant les fonctions les plus élevées (par exemple un conseil d'administration ou un directoire) prend ses décisions. Il s'agit du lieu où sont, en fait, principalement concentrés les organes de direction, d'administration et de contrôle de l'entité ». En réalité la France revient à la définition donnée avant la modification et qui est très proche de la notion de siège réel.

³⁵³ VANISTENDAEL Frans, *Taxation and Non-Discrimination, A Reconsideration of Withholding Taxes in the OECD*, préc., pp. 178 à 180. Comme le fait observer cet auteur, la conséquence de la cohabitation de ces deux conceptions juridiques est qu'une société constituée dans un pays appliquant le critère du siège réel, ne pourra pas en vertu du droit communautaire

Cependant, l'assimilation faite par la Cour de justice (siège = nationalité) conduit à considérer cet arrêt comme sanctionnant une discrimination directe.

Pour les Etats membres, la sanction des discriminations ostensibles conduit à plusieurs conséquences. Sur le fondement de l'assimilation faite par la Cour, il est interdit à un Etat de refuser une réduction d'assiette ou de taux à une société simplement car elle n'a pas son siège sur son sol (non-national) alors qu'il l'accorde pour celles qui y ont leur siège (national). Cas miroir, cet Etat ne pourra pas inclure dans la base imposable des sociétés qui n'ont pas leur siège sur son sol (non-national) des éléments de revenus qu'il exonère (en tout ou partie) pour des sociétés dont le siège est sur son territoire (national) ou encore leur appliquer un taux d'imposition supérieur à celui des sociétés établies sur son sol³⁵⁴. Cette prohibition implique également que l'Etat de la source qui admet la déduction des intérêts, redevances ou autres frais quand le bénéficiaire a son siège sur son sol (national) ne peut les refuser à celui qui a le sien dans l'autre Etat (non-national)³⁵⁵. Enfin, une société nationale qui serait détenue (directement ou indirectement) en tout ou partie par un non-national, ne saurait être privée des avantages auxquels elle aurait droit si elle était détenue par un national ou imposée plus lourdement en raison de la répartition de son capital³⁵⁶. En revanche, un Etat membre pourra tout à fait accorder des avantages à une société qui a son siège dans un autre Etat membre (non-national) alors même que celles qui ont leur siège sur son sol n'en bénéficient pas (national)³⁵⁷. Ainsi, en termes de neutralité de l'impôt, la condamnation des discriminations directes fait peser essentiellement des obligations sur l'Etat d'accueil.

déplacer son administration centrale dans un autre Etat membre, tout en conservant la nationalité de son Etat d'origine ; v. en ce sens CJCE 16 décembre 2008, aff. C-210/06, *Cartesio*, Recueil CJCE 2008, I, p. 9641.

³⁵⁴ Pour des exemples plus concrets v. notamment Commentaires sur l'article 24, points 20 à 25 dans *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2010*, op. cit., pp. 361 à 363.

³⁵⁵ Article 24§4 du MOCDE. V. aussi les Commentaires sur l'article 24, points 73 à 75. *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2010*, op. cit., p. 376.

³⁵⁶ Article 24§5 du MOCDE. V. aussi les Commentaires sur l'article 24, points 76 à 80. *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2010*, op. cit., pp. 376 à 378. Pour une étude de l'article 24§5 et de ses implications pour les transferts d'actifs et de profits et de pertes intragroupe v. AVERY JONES John F, BAKER Philip, DE BROE Luc, ELLIS Maarten J., VAN RAAD Kees, LE GALL Jean-Pierre, GOLDBERG Sanford H., BLESSING Peter, LÜDICKE Jürgen, MAISTO Guglielmo, MIYATAKE Toshio, INOUE Koichi, TORRIONE Henri, VANN Richard J., WARD David A., NIKOLAKAKIS Angelo, WIMAN Bertil, Art. 24(5) of the OECD Model in Relation to Intra-Group Transfers of Assets and Profits and Losses, *World Tax Journal* juin 2011, Volume 3, n°2, pp. 179 à 225.

³⁵⁷ V. en ce sens Commentaires sur l'article 24, point 14 dans *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2010*, op. cit., p. 360. C'est un cas de discrimination à rebours.

A cette première catégorie de discriminations (directes ou ostensibles), la Cour de justice a innové en y ajoutant une seconde : les discriminations indirectes ou déguisées, c'est-à-dire qui ne sont pas fondées sur la nationalité mais sur d'autres critères qui ont le même effet.

§3- L'acception prétorienne de la discrimination, la sanction des discriminations indirectes

Cette forme de discrimination est véritablement la "version" communautaire de la notion de discrimination. C'est-à-dire celle qui est interprétée et utilisée par la Cour l'Union européenne dans le but de servir aux objectifs spécifiques du Marché intérieur. Cette conception propre à la Cour de justice est confirmée par la révision des Commentaires du Modèle OCDE intervenue en 2008. En effet, cette révision rejette de manière indubitable la notion de discrimination déguisée. Ce rejet de la notion développée par la Cour démontre bien une spécificité que les Etats de l'OCDE entendent voir limitée au seul espace européen. Ainsi, depuis 2008, les Commentaires sur l'article 24 du Modèle OCDE débutent par des observations générales dont le premier point apporte les précisions suivantes :

« Cet article traite de l'élimination de la discrimination fiscale dans certaines situations précises. Tous les systèmes fiscaux intègrent des distinctions légitimes fondées, par exemple, sur des différences d'assujettissement à l'impôt ou de capacités contributives. Les dispositions de l'article sur la non-discrimination visent à trouver un juste équilibre entre la nécessité d'empêcher une discrimination injustifiée et celle de tenir compte de ces distinctions légitimes. C'est pourquoi **il convient de ne pas étendre indûment la portée de cet article à la discrimination dite « indirecte »**. Par exemple, alors que le paragraphe 1, qui traite de la discrimination sur la base de la nationalité, empêcherait une différence de traitement constituant véritablement une forme de discrimination déguisée fondée sur la nationalité, comme le fait de soumettre des personnes à un régime différent selon qu'elles détiennent ou non, ou qu'elles sont habilitées à

obtenir, un passeport émis par l'Etat, on ne pourrait nullement soutenir que les non-résidents d'un Etat donné comprennent principalement des personnes qui ne sont pas des nationaux de cet Etat pour conclure qu'une différence de traitement fondée sur la résidence constitue indirectement aux fins de ce paragraphe une distinction fondée sur la nationalité ». ³⁵⁸

Quant aux origines de cette notion de discrimination indirecte, elles se trouvent encore une fois dans la jurisprudence non-fiscale de la Cour de justice et plus précisément dans l'arrêt *Sotgiu* ³⁵⁹. Dans cette affaire, le juge communautaire a établi que « les règles d'égalité de traitement [entre nationaux et non-nationaux] prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par l'application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat », ajoutant que cette interprétation est « nécessaire pour garantir l'efficacité d'un des principes fondamentaux de la Communauté » ³⁶⁰.

La traduction fiscale de cette jurisprudence a été opérée par l'arrêt *Biehl*. La Cour a repris, en l'adaptant, le principe dégagé dans l'affaire *Sotgiu* : « bien qu'il s'applique indépendamment de la nationalité du contribuable concerné, le critère de résidence permanente sur le territoire national [...] risque de jouer, en particulier, au détriment des contribuables ressortissants d'autres Etats membres. En effet, ce seront souvent ces derniers qui quitteront le pays en cours d'année ou qui s'y établiront » ³⁶¹.

Puis, dans l'arrêt *Commerzbank*, elle a confirmé cette approche en fiscalité des sociétés. Ainsi, après avoir rappelé le point 18 de l'arrêt *Avoir fiscal* et le principe dégagé dans l'affaire *Sotgiu*, la Cour décide qu'il :

³⁵⁸ *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2010*, op. cit., p. 357. Parties du texte mises en gras par l'auteur. Pour une étude de la non-discrimination dans le Modèle OCDE v. notamment VAN RAAD Kees, Non discrimination, *British Tax Review* 1981, pp. 43 à 48 ; VAN RAAD Kees, *Nondiscrimination in international tax law*, Kluwer Law International, Series on International Taxation, n°6, 1986, 284 p.

³⁵⁹ CJCE 12 février 1974, aff. 152/73, Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundespost, Recueil CJCE 1974, p. 153.

³⁶⁰ Ibid., point 11.

³⁶¹ CJCE 8 mai 1990, aff. C-175/88, Biehl, préc. ; point 14.

« convient d'observer à ce sujet que, bien qu'il s'applique indépendamment du siège des sociétés, le critère de la résidence fiscale sur le territoire national [...] risque de jouer plus particulièrement au détriment des sociétés ayant leur siège dans d'autres Etats membres. En effet, ce seront le plus souvent celles-ci qui auront établi leur résidence fiscale en dehors du territoire de l'Etat membre en question »³⁶².

Toute la différence avec la discrimination directe est là. Dans la discrimination déguisée, pour différencier la législation applique un autre critère que la nationalité qui est à première vue neutre. C'est l'examen de ses effets, qui lorsqu'ils sont de nature discriminatoire, peut permettre d'identifier ce type de discrimination.

Or, en fiscalité la notion de résidence permet aux Etats dans leur législation de déterminer si un contribuable a le droit à certains avantages. Il est important de noter que ce critère s'applique indistinctement aux nationaux et non-nationaux³⁶³ et qu'il permet de distinguer deux catégories : les résidents et les non-résidents. Bien qu'indistinctement applicable, ce critère sera considéré comme discriminatoire s'il a pour effet de frapper majoritairement ou essentiellement les non-résidents. Ou encore si bien qu'indistinctement applicable la règle qui s'appuie sur ce critère soit plus facilement satisfaite par les résidents. Ou alors qu'il y ait au moins un risque qu'elle puisse s'appliquer particulièrement au détriment des non-résidents³⁶⁴. Car comme le relève la Cour dans l'arrêt *Commerzbank*, les non-résidents sont principalement des non-nationaux³⁶⁵.

³⁶² CJCE 13 juillet 1993, aff. C-330/91, *Commerzbank AG*, Recueil CJCE 1993, I, page 4017 ; point 15. Pour d'autres exemples v. notamment : CJCE 14 février 1995, aff. C-279/93, *Schumacker*, préc. ; CJCE 29 avril 1999, aff. C-311/97, *Royal Bank of Scotland*, préc. ; CJCE 21 septembre 1999, aff. C-307/97, *Saint-Gobain ZN*, préc. Pour cette dernière affaire, M. Richard LYAL estime qu'en dépit du fait que le terme discrimination ne soit pas utilisé, l'analyse suivie par la Cour est conforme à celle de la discrimination et que c'est à tort que certains auteurs l'ont citée comme une affaire illustrant le recours à la restriction (v. infra) : LYAL Richard, *Non-discrimination and direct taxation in Community law*, *ECTR* 2003, n°2, p. 70 ; et au contraire estimant que c'est l'approche restriction qui est employée par la Cour v. notamment HINNEKENS Luc, *Tendances récentes de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe*, op. cit., p. 52.

³⁶³ V. notamment CJCE 14 février 1995, aff. C-279/93, *Schumacker*, préc., point 27 ; CJCE 27 juin 1996, aff. C-107/94, *Asscher*, préc., point 37. Ainsi, en France, l'article 4A du Code général des impôts dispose pour les personnes physiques qu'elles sont résidentes de France quand elles y ont leur domicile fiscal. L'article 4B du même code estime qu'une personne a son domicile fiscal quand elle y a son foyer ou lorsque c'est le lieu de son séjour principal ; quand elle y exerce une activité professionnelle non-accessoire ; quand elle y a le centre de ses intérêts économiques. Aucune référence n'est faite à la nationalité.

³⁶⁴ WOUTERS Jan, *The principle of non-discrimination in European Community law*, préc., p. 103.

³⁶⁵ CJCE 13 juillet 1993, aff. C-330/91, *Commerzbank AG*, préc. ; point 15. V. notamment aussi sur ce point : CJCE 8 mai 1990, aff. C-175/88, *Biehl*, préc., point 14 ; CJCE 14 février 1995, aff. C-279/93, *Schumacker*, préc., point 28. Précisons que cela ne veut pas dire qu'un non-résident qui est national de l'Etat qui le discrimine ne sera pas protégé v. notamment en ce

Pourtant adopter la position selon laquelle la résidence peut être un critère de discrimination présente un risque de remise en cause de l'un des piliers du droit fiscal international. Ce dernier repose en effet sur la distinction en fonction de la résidence qui pour les sociétés se situe au siège de direction effective³⁶⁶. La Cour avait probablement conscience de l'importance de la notion car dès l'arrêt *Commission contre France* de 1986, elle avait estimé que « l'on ne saurait exclure totalement qu'une distinction selon le siège d'une société [...] puisse, sous certaines conditions, être justifiée dans un domaine comme le droit fiscal »³⁶⁷. Certes cet arrêt est réputé sanctionner une discrimination directe (v. supra), mais il peut être interprété comme sanctionnant une discrimination à la résidence si l'on cesse l'assimilation faite par la Cour (siège = nationalité) et que l'on quitte le terrain du droit des sociétés pour celui de la fiscalité internationale où le siège permet de déterminer la résidence (v. supra). Il est indéniable qu'une telle analyse réduit de manière extrêmement significative la force de la distinction entre discrimination directe et discrimination indirecte en ce qui concerne la fiscalité des sociétés.

Dans l'arrêt *Schumacker*, la Cour de justice reconnaît d'ailleurs pleinement l'importance du critère pour la matière quand elle rappelle que, si une discrimination résulte de l'application de règles différentes à des situations comparables ou de l'application de la même règle à des situations différentes, en matière de fiscalité directe « la situation des résidents et celle des non-résidents ne sont, en règle générale, pas comparables » dans un Etat donné³⁶⁸. Mais encore faut-il, comme l'a indiqué la Cour dans sa jurisprudence non-fiscale (v. supra *Klöckner* et *Ruckdeschel*), que la différence de traitement soit la résultante de différences objectives. En ce qui

sens CJCE 27 juin 1996, aff. C-107/94, Asscher, préc. Dans cette affaire, un ressortissant et résident néerlandais (M. Asscher) avait une activité non-salariée aux Pays-Bas et une seconde complètement distincte par le biais d'une entreprise individuelle en Belgique. M. Asscher décida de transférer sa résidence en Belgique sans que cela ne change quoi que ce soit à son activité non-salariée en Belgique ou aux Pays-Bas. Il restait imposable dans cet Etat sur ses revenus y trouvant leur source mais n'était plus résident de cet Etat. Or, la législation fiscale néerlandaise comportait une disposition (dite du barème étranger) en vertu de laquelle un barème d'imposition différent était appliqué aux résidents et aux non-résidents (pour ces derniers le taux d'imposition dans la première tranche du barème était plus élevée que pour les résidents). La CJUE a considéré que cette différence de traitement constituait une discrimination indirecte contraire à la liberté d'établissement.

³⁶⁶ C'est le critère retenu par l'article 4§3 du MOCDE. La CJCE reconnaît d'ailleurs que le critère de résidence est un facteur de répartition des compétences fiscales en fiscalité internationale, v., notamment CJCE 14 février 1995, aff. C-279/93, *Schumacker*, préc., point 32 ; en substance CJCE 12 mai 1998, aff. C-336/96, Gilly, préc. ; et surtout CJCE 14 septembre 1999, aff. C-391/97, Gschwind, Recueil CJCE 1999, I, page 5451, point 24.

³⁶⁷ CJCE 28 janvier 1986, aff. 270/83, *Commission c/ France*, préc. ; point 19.

³⁶⁸ CJCE 14 février 1995, aff. C-279/93, *Schumacker*, préc., points 30 et 31. V. également CJCE 11 août 1995, aff. C-80/94, *Wielockx*, Recueil CJCE 1995, I, page 2493, point 18 ; CJCE 14 septembre 1999, aff. C-391/97, Gschwind, préc., point 22.

concerne la distinction fondée sur la résidence en matière de fiscalité, c'est l'arrêt *Gschwind* qui pose qu'il « ne pourrait y avoir discrimination au sens du traité entre résidents et non-résidents que si, nonobstant leur résidence dans des Etats membres différents, il était établi que, **au regard de l'objet et du contenu des dispositions nationales en cause**, les deux catégories de contribuables se trouvent dans une situation comparable »³⁶⁹.

Force est cependant de constater que jusqu'à nos jours la Cour n'a, en pratique, quasiment jamais considéré que résidents et non-résidents n'étaient pas dans une situation comparable. En effet, l'arrêt *Schumacker* énonce qu'il appartient à l'Etat de résidence du contribuable et non celui de son emploi de prendre en compte, pour le calcul de l'impôt, sa situation personnelle et familiale³⁷⁰. Cette différence de situation rend donc admissible une différence de traitement fiscal. Mais la Cour refuse cette différence en inventant le concept de quasi-résident de l'Etat de la source du revenu, conduisant à ce qu'il revienne à ce dernier de prendre en compte la situation de ce résident car l'Etat de la résidence ne le peut faute de revenus significatifs perçus dans cet Etat. Comparable à un résident de l'Etat de la source du revenu (dans sa très grande majorité), ce quasi-résident ne peut se voir priver des avantages auxquels les résidents de cet Etat ont droit.

Cela a conduit le Professeur Melchior WATHELET à considérer que le principe et l'exception de quasi-résident posés par l'arrêt *Schumacker* ne valent « que lorsque la règle fiscale applicable (à savoir dans le cas *Schumacker*, les avantages fiscaux liés à la situation personnelle et familiale du contribuable) a quelque chose à voir avec la résidence. Or, pour la plupart des règles fiscales [de droit interne qui octroient un avantage ou un régime particulier], la résidence ne crée pas une différence objective entre les situations respectives des résidents et non-résidents, ce qui a amené la Cour de justice à considérer que, par rapport à ces règles, résidents et non-résidents ne pouvaient être traités différemment ». La Cour l'indique elle-même dans l'arrêt *Gschwind* : la comparaison entre résidents et non-résidents se fait à l'aune du contenu

³⁶⁹ CJCE 14 septembre 1999, aff. C-391/97, *Gschwind*, préc., point 26. Parties du texte mises en gras par l'auteur.

³⁷⁰ Car : « le revenu perçu sur le territoire d'un Etat par un non-résident ne constitue le plus souvent qu'une partie de son revenu global, centralisé au lieu de sa résidence. Par ailleurs, la capacité contributive personnelle du non-résident, résultant de la prise en compte de l'ensemble de ses revenus et de sa situation personnelle et familiale, peut s'apprécier le plus

et de l'objectif de la législation en cause. Cet éclairage est crucial afin de saisir comment la Cour parvient dans ses arrêts à gommer toute différence entre les deux catégories. C'est aussi pour cela qu'en titre de son analyse le Professeur Melchior WATHELET écrit que « résidents et non-résidents sont en principe dans des situations objectivement comparables »³⁷¹.

Les implications pour la fiscalité directe des Etats membres applicable aux sociétés qui découlent de la sanction des discriminations déguisées sont nombreuses. En réalité, si comme indiqué ci-avant, il n'est plus fait référence à l'assimilation du droit des sociétés selon laquelle siège = nationalité, mais à celle de la fiscalité internationale en vertu de laquelle siège = résidence³⁷², alors toutes les obligations décrites précédemment en matière de discrimination directe s'appliquent ici. Et comme l'a indiqué le Professeur Melchior WATHELET, ces obligations s'appliqueront à tout régime national dont les bénéfices ne sont ouverts qu'aux résidents. Cela constitue donc un changement majeur pour la législation fiscale des Etats membres qui, suivant le canon classique, estime que les résidents et les non-résidents ne sont pas comparables³⁷³ et détermine ainsi les bénéficiaires des avantages ou au contraire l'application de mesures défavorables. Pour autant, puisqu'il s'agit d'une expansion de la discrimination directe, la prohibition des discriminations

aisément à l'endroit où il a le centre de ses intérêts personnels et patrimoniaux ». CJCE 14 février 1995, aff. C-279/93, Schumacker, préc., point 32.

³⁷¹ WATHELET Melchior, Refus d'harmonisation fiscale et condamnations de la Cour de justice : cohabitation diabolique ? Panorama de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe, *RJF* 2005, n° 7, étude, pp. 469 à 482 et en particulier les pp. 470 à 472. V. aussi par ex. confirmant cette analyse : CJCE 14 février 1995, aff. C-279/93, Schumacker, préc., points 36 à 38 ; CJCE 27 juin 1996, aff. C-107/94, Asscher, préc., point 42 ; CJCE 29 avril 1999, aff. C-311/97, Royal Bank of Scotland, préc., points 27 à 31.

³⁷² Avec toutes les réserves nécessaires (v. supra) et en précisant bien que ces égalités ne sont envisagées ici que dans un but de simplification.

³⁷³ C'est d'ailleurs pour cette raison que la plupart des législations fiscales soumettent les résidents à une obligation fiscale dite illimitée (ils sont imposés sur l'ensemble de leurs revenus au niveau mondial) et les non-résidents à une obligation fiscale limitée (ils ne sont imposés que sur les revenus trouvant leur source dans l'Etat où ils ne sont pas résidents). V. par ex. en France en ce qui concerne les personnes physiques l'art. 4A du Code général des impôts. En ce qui concerne les personnes morales, l'art. 205 du même code prévoit l'impôt sur les sociétés frappe tous leurs bénéfices ou revenus mais l'art. 209 I limite le champ d'application territorial de l'impôt sur les sociétés en France aux seules entreprises exploitées en France. Les sociétés françaises ne sont donc imposables que sur leurs revenus de source française, ce qui ne veut pas dire que les entreprises étrangères ne sont pas imposées en France quand elles n'y ont pas d'entreprise exploitée. La doctrine administrative et le juge de l'impôt sur le fondement de l'article 206 I du Code général des impôts fonde l'assujettissement en France à l'impôt sur les sociétés des entreprises étrangères. Pour l'impôt sur les sociétés en France il est dit qu'il suit le principe de territorialité (car sont exemptés de cet impôt les revenus de source étrangère tirés d'activités exercées hors de France par l'intermédiaire d'entreprises exploitées hors de France). Dans quasiment tous les Etats industrialisés au contraire l'impôt sur les sociétés suit le principe de mondialité (les sociétés sont imposés sur leur revenu mondial). Pour une analyse de l'impôt sur les sociétés en France v. notamment GEST Guy et TIXIER Gilbert, *Droit fiscal international*, op.cit., pp. 251 à 255. Sur les notions de territorialité et de mondialité de l'impôt v. notamment MELOT Nicolas, *Territorialité et mondialité de l'impôt : étude de l'imposition des bénéficiaires des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaine*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Volume 36, février 2004, 954 p.

déguisées conduit, à nouveau, à imposer à l'Etat d'accueil de se conformer à cette série d'obligations.

A cet égard, l'affaire *Daily Mail*³⁷⁴ semblerait pouvoir confirmer que l'Etat d'origine n'aurait pas d'obligation de non-discrimination. En effet, la Cour avait identifié dans cette affaire une « entrave » à la sortie et avait estimé cette situation contraire au droit d'établissement et ce en dépit du libellé de ce droit qui enjoint à l'Etat d'accueil de ne pas mettre d'obstacles à l'implantation sur son sol. Mais elle se refusa à sanctionner cette situation en raison de l'existence de disparités entre les législations non-résolues en l'absence d'harmonisation communautaire.

Pourtant en substance déjà, il est possible de voir une mise en cause de l'Etat d'origine dans au moins deux affaires. La première est l'affaire *Biehl*. En effet, le refus de remboursement du trop perçu sur son salaire à un contribuable alors qu'il était résident car il ne l'est plus, peut s'analyser comme une discrimination fondée sur la résidence par l'Etat de départ / origine. Et ce d'autant que le Luxembourg, Etat d'origine, est sanctionné pour exiger une résidence permanente sur son sol. Cependant, l'analyse faite par la Cour reposant sur une discrimination indirecte à la nationalité du fait de la résidence, conduit à penser qu'a été occulté le fait que M. Biehl ait changé d'Etat de la résidence et qu'il était antérieurement résident du Luxembourg et ainsi, à ne considérer l'affaire que comme une législation fiscale discriminant les travailleurs salariés n'ayant pas leur résidence au Luxembourg et qui prohibait la venue de salariés non-résidents dans cet Etat.

De même, dans l'affaire *Gilly*³⁷⁵, c'est encore une fois la législation de l'Etat d'origine, la France, qui était en cause. En effet, Mme Gilly de nationalité allemande et française (acquise par mariage) était résidente de France et exerçait en Allemagne une activité salariée. Et c'est le système du taux effectif en France, conjugué avec une progressivité de l'impôt plus grande en Allemagne, qui ont conduit à ce qu'une résidente de France travaillant en Allemagne soit plus lourdement imposée qu'une personne ayant le même revenu mais exclusivement de source française. La France pour se défendre avait voulu invoquer la bi-nationalité de la requérante. L'objectif en

³⁷⁴ CJCE 27 septembre 1988, C-81/87, *Daily Mail*, préc.

avançant cet argument était de dire que les libertés fondamentales n'avaient pas été mises en œuvre par la demanderesse puisqu'il aurait été question d'une nationale allemande exerçant une activité dans son Etat d'origine, c'est-à-dire en Allemagne. La Cour se plaça sur le terrain de la résidence pour contrecarrer cet argument³⁷⁶. Cependant, les caractéristiques très particulières de l'espèce (binationale, non-résidente dans l'Etat d'emploi, travailleuse transfrontalière dans un domaine particulier à savoir le secteur public et effectuant des séjours de courte durée) ont conduit la Cour à ne pas considérer que cette situation constituait une discrimination directe ou indirecte (d'autant que dans cette dernière hypothèse les effets négatifs serait la conséquence non-pas des facteurs de rattachement conformes à la « pratique internationale », mais de l'absence d'harmonisation européenne des barèmes d'imposition directe)³⁷⁷.

Ainsi, la notion de discrimination indirecte, ne permet pas de sanctionner les Etats membres quand ils agissent en qualité d'Etat d'origine. Pourtant, et l'affaire *Daily Mail* le confirme, les libertés de circulation en dépit de leur libellé peuvent s'appliquer à des situations où c'est cet Etat qui agit contrairement à la réalisation du Marché. C'est d'ailleurs en vertu de ce dernier que la Cour parvient à établir cette extension du champ d'application des libertés de circulation.

L'examen de la jurisprudence communautaire dans les autres domaines du droit est pourtant de nature à faire considérer que cette "immunité" n'était que temporaire. En effet, si les arrêts de la Cour de justice en fiscalité directe suivent la même évolution que celle qu'a connue la libre circulation des marchandises (v. infra), alors la sanction de l'exportation de personnes et de capitaux ne pourrait non plus échapper à l'intégration européenne. Cette attitude de la jurisprudence semble manifester le désir de la Cour de donner la même portée aux libertés de circulation quelle que soit la matière en cause. Ce faisant, elle annonçait le basculement vers un nouveau concept, celui des restrictions ou entraves ; toujours dans le but d'une réalisation et d'une effectivité croissantes du Marché commun et donc de la neutralité qu'il implique.

³⁷⁵ CJCE 12 mai 1998, aff. C-336/96, Gilly, préc.

³⁷⁶ Ibid., points 19 à 22.

³⁷⁷ Ibid., points 23 à 35.

Section 2 : Le refus des restrictions ou entraves pour réaliser l'objectif économique de neutralité des Traités

Dans cette première vague d'arrêts, la Cour n'a recouru qu'au principe de non-discrimination (certes en le modifiant) pour vérifier que les règles nationales ne portent pas atteinte aux libertés accordées par le droit communautaire à l'ensemble des ressortissants des Etats membres. Les conclusions de l'Avocat général JACOBS dans l'affaire *Phil Collins* expliquent parfaitement cette approche de la Cour :

« L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité est le principe majeur du droit communautaire. C'est le leitmotiv du traité CEE [...] Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi les auteurs du traité ont attaché une telle importance à l'interdiction de discrimination. L'objectif fondamental du traité est de réaliser une économie intégrée dans laquelle les facteurs de production, aussi bien que les fruits de la production, peuvent circuler librement et sans distorsion, permettant de la sorte une répartition plus efficace des ressources et une meilleure division du travail. Le plus grand obstacle à la réalisation de cet objectif était l'existence de règles et de pratiques discriminatoires par lesquelles les gouvernements nationaux protégeaient traditionnellement leurs propres producteurs et travailleurs de la concurrence étrangère. Bien que l'abolition de règles et de pratiques discriminatoires puisse ne pas suffire en soi à atteindre le degré élevé d'intégration économique envisagé par le traité, il est clair qu'il s'agit d'une condition première essentielle »³⁷⁸.

Leitmotiv, condition première essentielle, M. Jacobs ne semble pas avoir de mots assez forts pour illustrer l'importance du principe de non-discrimination dans et pour l'Union. Mais dans le même temps, il semble indiquer que ce principe majeur du droit communautaire peut être insuffisant pour réaliser seul l'objectif économique³⁷⁹. Son

³⁷⁸ Conclusions de l'avocat général JACOBS présentées le 30 juin 1993, affaires jointes C-92/92 et C-326/92, *Phil Collins contre Imtrat Handelsgesellschaft mbH et Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH et Leif Emanuel Kraul contre EMI Electrola GmbH*, Recueil CJCE, I, p. 5145.

³⁷⁹ HINNEKENS Luc, *Tendances récentes de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe*, op. cit., p. 48.

propos s'appuyant certainement sur la jurisprudence non-fiscale (§1) de la Cour, annonçait les jalons futurs de la jurisprudence fiscale (§2) et des perspectives nouvelles en ce qui concerne la fiscalité des Etats membres (§3).

§1- L'origine jurisprudentielle de la notion de restriction ou entrave : la libre importation de marchandises

Dans le domaine de la circulation des marchandises, l'arrêt *Dassonville* a introduit la notion d'effet restrictif ou d'effet équivalent d'une mesure à l'importation (prohibée par les Traités, article 28 du TFUE), en décidant que « toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives »³⁸⁰. Sont donc prohibées les mesures indistinctement applicables qui entravent les importations comme le font les mesures discriminatoires³⁸¹.

Devant le risque de voir sa tâche étendue de manière excessive, la Cour est venue limiter les cas de restrictions qu'elle entendait sanctionner en reconnaissant l'existence de justifications par des exigences impératives. C'est ainsi que dans l'affaire dite *Cassis de Dijon* il est admis que « les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant des disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la sante publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs »³⁸².

³⁸⁰ CJCE 11 juillet 1974, aff. 8/74, Procureur du Roi contre Benoît et Gustave Dassonville, Recueil CJCE 1974, p. 837 ; point 5.

³⁸¹ Comme le dit le Professeur Luc HINNEKENS : « cette assimilation étendait considérablement le champ d'application du droit communautaire dans le domaine de la réglementation des importations en provenance d'autres Etats membres (art. 28). N'attendant pas, alors (début des années 1970), d'initiatives pour une réglementation communautaire, la Cour avait voulu combler le vide législatif par l'exercice de sa propre compétence, ainsi affirmée par cette interprétation extensive, pour contrôler, dans des procédures préjudicielles, la compatibilité des multiples mesures nationales pouvant restreindre les importations en provenance d'autres Etats membres » HINNEKENS Luc, *Tendances récentes de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe*, op. cit., p. 49.

Si les Traités prévoient pour chaque liberté des motifs d'ordre public précis (moralité, sécurité, ordre public, etc.), la Cour admet dans cet arrêt que des mesures restrictives peuvent être justifiées à quatre conditions. L'absence d'harmonisation ; une mesure non discriminatoire (si elle est discriminatoire seule une dérogation expresse des Traités peut la justifier) ; l'existence de motifs constituant des exigences impérieuses d'ordre public et enfin, il faut que les restrictions soient proportionnées, c'est-à-dire propres à atteindre leur objectif sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre³⁸³. Il s'agit de ce que la doctrine a appelé la *Rule of Reason*³⁸⁴.

Enfin, toujours en ce qui concerne la libre circulation des marchandises et les restrictions quantitatives ou mesures équivalent, l'arrêt *Keck et Mithouard*³⁸⁵ est venu rétablir la différence de traitement communautaire entre les mesures discriminatoires et les restrictions non-discriminatoires, sachant que pour ces dernières il est alors nécessaire de fournir la preuve de leur proportionnalité afin qu'elles soient considérées comme compatibles³⁸⁶.

Il est très important de préciser que ces jurisprudences ont été rendues sous le visa de l'article 30 du Traité de la CEE, relatif à l'interdiction des restrictions aux importations. Or, il existait dans ce traité la même disposition pour les exportations (article 34). Ces deux dispositions ont été fondues en une seule dans le Traité instituant la CE qui a repris les deux proscriptions (article 23 devenu article 28 du

³⁸² CJCE 20 février 1979, aff. 120/78, Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Recueil CJCE, p. 649, point 8 ; dite affaire *Cassis de Dijon*.

³⁸³ HINNEKENS Luc, *Tendances récentes de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe*, op. cit., p. 50.

³⁸⁴ V. notamment HINNEKENS Luc, *Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community Law. The Rules*, ECTR 1994, n° 4, pp. 150 à 152 ; HINNEKENS Luc, *The search for the framework conditions of the fundamental EC Treaty principles as applied by the European Court to Member States' direct taxation*, préc. p. 114. ; HINNEKENS Luc, *Tendances récentes de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe*, op. cit., p. 50 et pp. 59 à 62.

³⁸⁵ CJCE 24 novembre 1993, aff. jointes C-267/91 et 268/91, Procédure pénale contre Bernard Keck et Daniel Mithouard, Recueil CJCE 1993, I, p. 6097 ; dont les points 16 et 17 énoncent que l'interdiction des restrictions à l'importation ne fait pas obstacle à une législation réglementant de façon non-discriminatoire les modalités de leur vente : « il y a lieu de considérer que, contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici, n'est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce entre les Etats membres, au sens de la jurisprudence *Dassonville* (arrêt du 11 juillet 1974, 8/74, Rec. p. 837), l'application à des produits en provenance d'autres Etats membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres Etats membres. En effet, dès lors que ces conditions sont remplies, l'application de réglementations de ce type à la vente des produits en provenance d'un autre Etat membre et répondant aux règles édictées par cet Etat n'est pas de nature à empêcher leur accès au marché ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux ».

³⁸⁶ HINNEKENS Luc, *Tendances récentes de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe*, op. cit., p. 50.

TFUE). Dès lors, il faut considérer que la jurisprudence dégagée en matière de restriction aux importations est également valable en ce qui concerne les exportations.

La préoccupation de voir se réaliser le Marché intérieur par l'exercice des libertés fondamentales sans discrimination à raison de la nationalité ou de la résidence mais également sans obstacles est à la source de l'initiative de la Cour. Par là-même, elle répond à l'inertie législative européenne dans ce domaine. Inspirée par ce premier trait d'audace, et face à la même situation de blocage législatif, elle décida également d'agir en faveur de la réalisation fiscale du Marché commun.

§2- Les restrictions ou entraves en matière de fiscalité directe

Armée du principe de non-discrimination et l'ayant même étendu, la Cour a voulu appliquer ce principe de manière à assurer, d'une part, l'interdiction des restrictions mentionnées dans les libertés et, d'autre part, leur objectif d'établissement du Marché intérieur. Néanmoins, il est apparu qu'il ne serait pas toujours possible d'imposer entièrement cet objectif aux législations fiscales des Etats par la seule non-discrimination.

Le premier à l'avoir indiqué semble avoir été l'Avocat général LEGER dans ses conclusions dans l'affaire *Wielockx* : « Jusqu'à présent, vous avez toujours considéré que l'article [49] du traité, appliqué à la matière fiscale, suppose - tout comme l'article [45] - la preuve d'une discrimination - ostensible ou déguisée. On notera toutefois, en passant, que des mesures indistinctement applicables pourraient avoir sur la libre circulation des personnes ou sur la liberté d'établissement un effet tout aussi restrictif qu'une discrimination »³⁸⁷. Il faut voir ici une reprise de la solution dégagée dans l'affaire *Dassonville*.

Mais la Cour ne suivit pas l'invitation et son Avocat général ne poursuivit pas plus son raisonnement, les deux parvenant à régler cette affaire sur le terrain de la discrimination déguisée (v. supra). Il apparaît que c'est à partir de l'affaire *Futura Participations* que commence à être opéré le glissement de vocabulaire et de

raisonnement³⁸⁸ qui caractérise la deuxième vague d'arrêts. Dans cette affaire, la CJCE a considéré que la loi luxembourgeoise, obligeant à tenir une comptabilité en conformité avec les règles nationales afin de pouvoir profiter du report en avant des déficits des filiales établies au Luxembourg, est « susceptible de constituer une restriction »³⁸⁹.

La tendance fut confirmée par la suite avec une application systématique du nouveau principe aux mesures fiscales. Le Professeur Luc HINNEKENS³⁹⁰ cite ainsi une série d'arrêts : *ICI*³⁹¹, *X et Y*³⁹², *Baars*³⁹³, *Verkooijen*³⁹⁴ et *AMID*³⁹⁵. Il voit enfin dans l'affaire *De Groot* une reconnaissance formelle de la notion de restriction comme sanction des mesures fiscales nationales contraires aux libertés fondamentales et cela à côté du principe de non-discrimination :

« le droit communautaire ne contient aucune exigence spécifique quant à la manière dont l'Etat de résidence est tenu de prendre en compte la situation [... fiscale ...] pour autant que les conditions de prise en compte par l'Etat de résidence de ladite situation ne constituent pas une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur la nationalité, ni une entrave à l'exercice d'une liberté fondamentale garantie par le traité »³⁹⁶.

³⁸⁷ Conclusions de l'avocat Général LEGER présentées le 31 mai 1995, aff. C-80/94, Wielockx, préc., point 17.

³⁸⁸ V. en ce sens BIZIOLI Gianluigi, Impact of the freedom of establishment on tax law, *ECTR* 1998, n° 4, p. 246 ; HINNEKENS Luc, The search for the framework conditions of the fundamental EC Treaty principles as applied by the European Court to Member States' direct taxation, préc., p. 116 ; HINNEKENS Luc, *Tendances récentes de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe*, op. cit., p. 52. Pour d'autres auteurs l'approche est moins tranchée. Certes la Cour change de vocable et tend à procéder à une analyse de type restriction mais en fait elle applique toujours le raisonnement de la discrimination sans la nommer. V. LYAL Richard, Non-discrimination and direct taxation in Community law, préc., p. 71 (pour qui le fait que la Cour ait utilisé les termes (point 26 de l'arrêt *Futura Participations*) : « qui frappe spécifiquement les sociétés » non-résidentes est révélateur d'une approche sous l'angle de la discrimination) ; v. aussi FARMER Paul, The Court's case law on taxation: a castle built on shifting sands, *ECTR* 2003, n°2, pp. 75 à 81.

³⁸⁹ CJCE 15 mai 1997, aff. C-250/95, *Futura Participations*, préc., point 24.

³⁹⁰ HINNEKENS Luc, *Tendances récentes de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe*, op. cit., p. 53.

³⁹¹ CJCE 16 juillet 1998, aff. C-264/96, *Imperial Chemical Industries*, préc.

³⁹² CJCE 18 novembre 1999, aff. C-200/98, X AB et Y AB contre Riksskatteverket, Recueil CJCE 1999, I, page 8261 ; dite jurisprudence *X et Y*.

³⁹³ CJCE 13 avril 2000, aff. C-251/98, *Baars*, préc.

³⁹⁴ CJCE 6 juin 2000, aff. C-35/98, *Verkooijen*, Recueil CJCE 2000, I, page 4071.

³⁹⁵ CJCE 14 décembre 2000, aff. C-141/99, *Algemene Maatschappij voor Investerings en Dienstverlening NV (AMID)* contre Belgische Staat, Recueil CJCE 2000, I, page 11619 ; dite affaire *AMID*.

³⁹⁶ CJCE 12 décembre 2002, aff. C-385/00, *De Groot*, préc., points 115.

Il apparaît que l'apport fondamental en faveur de la réalisation du Marché intérieur et la lutte contre les restrictions aux libertés de circulation, est la prise en compte des limitations apportées par l'Etat d'origine. A cet égard l'arrêt *Verkooijen* est des plus éclairants quand il énonce que pour un Etat membre le fait de « refuser l'exonération des dividendes à ses contribuables qui perçoivent des dividendes d'actions de sociétés ayant leur siège dans un autre Etat membre [...] a pour effet de dissuader les [résidents de cet Etat membre] d'investir leurs capitaux dans des sociétés ayant leur siège dans un autre Etat membre ». Mais la Cour ne s'arrête pas là et relève également que la législation de cet Etat membre « produit également un effet restrictif à l'égard des sociétés établies dans d'autres Etats membres en ce qu'elle constitue à leur encontre un obstacle à la collecte de capitaux [dans cet Etat membre] dans la mesure où les dividendes qu'elles versent aux résidents [de cet Etat membre] sont fiscalement traités de manière moins favorable que les dividendes distribués par une société établie [dans cet Etat membre], en sorte que leurs actions ou parts sociales sont moins attrayantes pour les investisseurs résidant [dans cet Etat membre] que celles de sociétés ayant leur siège dans cet Etat membre »³⁹⁷.

A nouveau l'arrêt *De Groot* permet de résumer parfaitement cette situation quand il énonce au point 78 que « des dispositions qui empêchent ou dissuadent un ressortissant d'un Etat membre de quitter son Etat d'origine pour exercer son droit à la libre circulation constituent, dès lors, des entraves à cette liberté même si elles s'appliquent indépendamment de la nationalité des travailleurs concernés »

Deux affaires semblent topiques en la matière. Il s'agit en premier lieu de l'arrêt *De Lasteyrie*. Dans ses conclusions l'Avocat général MISCHO considère que le droit d'établissement s'oppose à la législation fiscale française qui prévoit l'imposition des plus-values latentes sur les participations d'un résident français lorsqu'il va s'établir dans un autre Etat membre si les modalités dont est assortie cette imposition de l'Etat de départ sont de nature à restreindre l'exercice de ce droit en dissuadant les résidents d'aller s'établir dans un autre Etat de la Communauté³⁹⁸.

³⁹⁷ CJCE 6 juin 2000, aff. C-35/98, *Verkooijen*, préc., point 33 à 35.

³⁹⁸ Conclusions de l'Avocat général MISCHO dans l'affaire CJCE 11 mars 2004, aff. C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, préc., point 33 des conclusions. La Cour suit son Avocat général en reprenant son analyse v. point 45 de l'arrêt.

La seconde affaire est encore plus intéressante car elle démontre bien que la restriction à la sortie est l'apanage de la notion de restriction. Ainsi, comme indiqué précédemment, la Cour avait refusé de sanctionner cette situation dans l'affaire *Daily Mail*³⁹⁹. Elle avait identifié une « entrave » du fait de l'Etat d'origine qu'elle estima contraire au droit d'établissement (en dépit de son libellé), mais ne put ou ne voulut la sanctionner en raison de l'existence de disparités entre les législations non-résolues en l'absence d'harmonisation communautaire. Dans l'affaire *Imperial Chemical Industries*⁴⁰⁰ (ci-après *ICI*), la Cour s'appuyant sur l'arrêt *Daily Mail* réitère que la liberté d'établissement s'oppose « également à ce que l'Etat d'origine entrave l'établissement dans un autre Etat membre d'un de ses ressortissants » ou de l'un de ses résidents⁴⁰¹. Cela crée en effet un « traitement fiscal différencié » constitutif d'une « inégalité de traitement » des sociétés mères en fonction qu'elles investissent dans leur Etat membre d'origine ou dans un d'accueil⁴⁰². Par ailleurs, dans une autre affaire où la discrimination (même indirecte) n'a pu aboutir à sanctionner une situation de restriction à la sortie, l'affaire *Gilly*, il est à gager que l'application de la notion d'entrave aurait au moins conduit à la reconnaissance d'un obstacle à l'usage des libertés des Traités⁴⁰³.

Enfin, si dans les premiers arrêts fiscaux de la seconde vague la Cour a utilisé essentiellement le terme de restriction elle a, par la suite, énoncé qu'une « inégalité de traitement constitue une entrave »⁴⁰⁴. Dans des arrêts plus récents, les expressions d'entrave et de restriction sont indistinctement utilisées par la Cour, qui semble au contraire être de plus en plus réticente à utiliser le terme de discrimination⁴⁰⁵. Le Professeur Melchior WATHELET écrit à ce propos : « alors même que dans certains cas de fiscalité directe, la Cour aurait pu constater une discrimination, elle ne l'a plus

³⁹⁹ CJCE 27 septembre 1988, C-81/87, *Daily Mail*, préc.

⁴⁰⁰ CJCE 16 juillet 1998, aff. C-264/96, *Imperial Chemical Industries contre Colmer*, préc.

⁴⁰¹ CJCE 16 juillet 1998, aff. C-264/96, *Imperial Chemical Industries contre Colmer*, préc., point 21.

⁴⁰² *Ibid.*, points 23 et 24.

⁴⁰³ Il convient de préciser qu'il n'est pas certain que cette restriction aurait été pour autant sanctionnée. En effet, il aurait été possible que dans le cadre de la *Rule of Reason* la Cour soit parvenue à la conclusion que cette entrave n'était pas disproportionnée ou même qu'elle se trouvait justifiée en l'absence d'harmonisation communautaire des taux d'imposition en fiscalité directe (sur ce dernier point v. notamment en ce sens : CJCE 14 novembre 2006, aff. C-513/04, *Kerckhaert et Morres*, préc.).

⁴⁰⁴ CJCE 21 novembre 2002, aff. C-436/00, X et Y, préc. ; CJCE 12 décembre 2002, aff. C-324/00, *Lankhorst Hohorst*, Recueil CJCE 2002, I, p. 11779 ; CJCE 18 septembre 2003, aff. C-168/01, *Bosal Holding*, préc.

⁴⁰⁵ V. par ex CJCE 13 décembre 2005, aff. C-446/03, *Marks & Spencer*, préc. ; CJCE 12 décembre 2006, aff. C-374/04, *ACT*, préc. ; CJCE 12 décembre 2006, aff. C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, préc. ; CJCE 14 décembre 2006, aff. C-170/05, *Denkavit Internationaal BV et SARL Denkavit France contre France*, Recueil CJCE 2006, I, p. 11949, ci-après l'affaire *Denkavit*.

guère fait depuis plusieurs années, se contentant très souvent de parler d'entrave ou tout au plus d'une inégalité de traitement »⁴⁰⁶.

Il reste cependant encore à définir la notion de restriction ou d'entrave. Au regard de l'arrêt *Dassonville* et de l'arrêt *Gebhard*⁴⁰⁷ il est possible de définir les restrictions ou entraves en fiscalité comme étant des « mesures [fiscales] nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant [directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement] l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité ». Ce dernier arrêt enseignant par ailleurs, que les restrictions et entraves peuvent également être acceptables et doivent pour cela remplir « quatre conditions : qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre »⁴⁰⁸, il s'agit de la *Rule of Reason* qui a été dégagée pour justifier les discriminations indirectes.

Les effets de cette seconde vague pour la fiscalité des Etats membres ont été considérables.

§3- La notion de restriction, un changement de perspective source d'obligations nouvelles pour la fiscalité directe des Etats membres

Que ce soit en qualité d'Etat d'accueil ou d'origine, il faut qu'un Etat membre ait un système fiscal qui ne conduise pas à discriminer les non-résidents par rapport à ses résidents, et qui ne conduise pas non plus à dissuader potentiellement ses résidents d'exercer une des libertés fondamentales à destination d'un autre Etat membre. En matière de flux transfrontaliers et notamment de distributions de dividendes, il est possible de donner quelques exemples des conséquences de cette prohibition pour les systèmes fiscaux des Etats membres.

⁴⁰⁶ WATHELET Melchior, Refus d'harmonisation fiscale et condamnations de la Cour de justice : cohabitation diabolique ? Panorama de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe, *RJF* 2005, n° 7, étude, p. 473.

⁴⁰⁷ CJCE 30 novembre 1995, C-55/94, Gebhard, préc., point 37.

⁴⁰⁸ Ibid.

Ainsi, en qualité d'Etat d'origine, un Etat membre ne peut refuser à une société mère la déduction des frais liés à des participations détenues dans des filiales établies dans d'autres Etats membres⁴⁰⁹.

En outre, les libertés d'établissement et de circulation des capitaux interdisent à un Etat membre de prévoir des modalités d'imposition des dividendes de source nationale conduisant à leur exonération tandis qu'il en prévoit d'autres pour les dividendes de source étrangère (Etat de l'UE ou de l'EEE) qui conduisent, même seulement pour certaines catégories de contribuables, à ne pas supprimer toute obligation fiscale dans ledit Etat membre. Ou de manière plus générale, un Etat membre ne peut prévoir des modalités d'imposition qui conduisent à supprimer la double imposition économique pour les seuls dividendes de source nationale et en priver ceux de source non-nationale⁴¹⁰.

Ou encore, un Etat membre violera les libertés de circulation toutes les fois où, en appliquant aux non-résidents un plafond d'imposition des dividendes inférieur à celui qu'il applique aux actionnaires résidents à qui il autorise la déduction de la valeur nominale de ces actions du montant du rachat d'actions, il traite moins favorablement les non-résidents que les résidents. Cela même si cette imposition plafonnée pour les non-résidents et cette déduction pour les résidents résultent d'une convention fiscale⁴¹¹.

Egalement, si un Etat membre a le droit d'appliquer la méthode de l'exemption pour les dividendes domestiques et celle de l'imputation pour des dividendes de source étrangère il doit respecter deux conditions. Tout d'abord, le taux appliqué aux dividendes étrangers ne peut être supérieur à celui appliqué aux dividendes domestiques. De plus, le crédit d'impôt octroyé doit au moins comprendre l'impôt sur

⁴⁰⁹ CJCE 18 septembre 2003, aff. C-168/01, Bosal Holding, préc.

⁴¹⁰ V. en ce sens notamment : CJCE 6 juin 2000, aff. C-35/98, Verkooijen, préc. ; CJCE 15 juillet 2004, aff. C-315/02, Anneliese Lenz contre Finanzlandesdirektion für Tirol, Recueil CJCE 2004, I, p. 7063 ; CJCE 7 septembre 2004, aff. C-319/02, Petri Manninen, Recueil CJCE 2004, I, p. 7477 ; CJCE 6 mars 2007, aff. C-292/04, Wienand Meilicke, Heidi Christa Weyde et Marina Stöffler contre Finanzamt Bonn-Innenstadt, Recueil CJCE 2007, I, p. 1835 ; CJCE 23 avril 2009, aff. C-406/07, Commission des Communautés européennes contre République hellénique, Recueil CJCE 2009, I, p. 62.

⁴¹¹ CJCE 19 janvier 2006, aff. C-265/04, Bouanich, préc. Réponse de la Cour à la deuxième question.

les sociétés payé par la société distributrice dans l'autre Etat et ce à hauteur du montant d'imposition appliqué dans l'Etat de la société bénéficiaire⁴¹².

En qualité d'Etat d'accueil, un Etat membre ne pourra exonérer de toute retenue à la source les dividendes versés entre sociétés domestiques liées et refuser cette exonération à une société mère non-résidente. Le fait qu'un crédit d'impôt doive être imputé mais ne puisse effectivement l'être dans l'Etat de la résidence de cette société mère à la suite d'un changement législatif (à sa résidence) qui conduit à exonérer les dividendes n'est pas de nature à dispenser l'Etat d'accueil d'éliminer la double imposition économique pour cette société mère non-résidente comme il le fait pour celles établies sur son territoire. L'Etat d'accueil ne peut non plus échapper à cette obligation en raison d'un crédit d'impôt intégral⁴¹³ accordé unilatéralement par l'Etat de la résidence de la société mère étrangère⁴¹⁴. Il ne saurait non plus être invoqué le fait que la forme sociale du bénéficiaire dans l'autre Etat est inconnue dans l'Etat de la société distributrice⁴¹⁵.

Ou encore, si un Etat membre permet à ses résidents de déduire les frais d'acquisition en cas de rachat d'actions domestiques, il doit permettre aux non-résidents d'en faire de même⁴¹⁶.

Comme l'a indiqué la Commission dans sa communication du 19 décembre 2003, la conclusion à en tirer est qu' « en vertu du traité CE, les Etats membres ne peuvent pas soumettre les dividendes entrants [et sortants] à une imposition effective plus lourde que celle grevant les dividendes domestiques »⁴¹⁷.

⁴¹² V. CJCE 12 décembre 2006, aff. C-446/04, FII, préc. ; CJCE ordonnance du 23 avril 2008, aff. C-201/05, *The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation* contre Commissioners of Inland Revenue, Recueil CJCE 2008, I, p. 2875, ci-après affaire *CFC* ; CJUE 11 février 2011, aff. jointes C-436/08 et C-437/08, *Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH* (C-436/08) et *Österreichische Salinen AG* (C-437/08) contre Finanzamt Linz, non-encore publié au Recueil, v. *JOUE* du 2 avril 2011, n° C 103, pp. 2 et 3, ci-après l'affaire *Haribo*.

⁴¹³ L'impôt prélevé à la source est entièrement déductible de l'impôt dû dans l'Etat de la résidence, sans aucune limite.

⁴¹⁴ V. CJCE 14 décembre 2006, aff. C-170/05, *Denkavit*, préc. ; CJCE 8 novembre 2007, aff. C-379/05, *Amurta SGPS* contre Inspecteur van de Belastingdienst/Amsterdam, Recueil CJCE 2007, I, p. 9569, ci-après affaire *Amurta*.

⁴¹⁵ CJCE 18 juin 2009, aff. C-303/07, *Aberdeen*, préc.

⁴¹⁶ CJCE 19 janvier 2006, aff. C-265/04, *Bouanich*, préc. Réponse de la Cour à la première question.

⁴¹⁷ COM(2003) 810 final du 19 décembre 2003, *Imposition des dividendes au niveau des personnes physiques dans le marché intérieur*, pp. 14 et 15 pour les dividendes entrants et p. 19 pour les dividendes sortants.

Ainsi, l'œuvre de la Cour de justice permet de dégager deux principes fondamentaux susceptibles d'affecter les mesures fiscales que les Etats membres veulent élaborer :

- Le principe de non-discrimination, d'une part, en vertu duquel une mesure nationale, c'est-à-dire les règles qui gouvernent le marché domestique d'un Etat membre, ne doit pas traiter un sujet de droit moins favorablement qu'un autre sur le fondement de sa nationalité ou de sa résidence ;
- Le principe de l'accès au marché, d'autre part, qui impose aux dispositions d'un Etat membre de ne pas entraver ou restreindre les mouvements transfrontaliers d'une personne ou du capital.

Les deux principes se révèlent être très proches l'un de l'autre et celui d'accès au marché peut être vu comme un développement juridictionnel d'un seul et même principe de non-discrimination contenu dans le TFUE. La relation entre les deux et l'origine du principe d'accès au marché sont d'une particulière prégnance lorsque l'on considère que l'un des effets évidents d'une discrimination directe est d'entraver ou de restreindre l'entrée d'un non-national sur un marché particulier. Cependant, il est préférable de considérer le principe d'accès au marché comme étant un principe distinct pour une meilleure compréhension de la portée et des conditions d'application de la non-discrimination dans le contexte européen⁴¹⁸.

Ainsi, la non-discrimination (directe ou indirecte) se révèle très utile dans les cas où une règle nationale d'un Etat membre vise à réguler l'accès à son marché domestique ou national. Elle requiert une non-discrimination au sens strict (fondée sur la nationalité) qui se révèle d'une portée limitée pour la fiscalité des sociétés. Mais elle exige également dans ce contexte européen, une version plus étendue qui consiste à considérer comme une discrimination une règle (fiscale) qui traite de manière différente sur le fondement d'un critère aux mêmes effets que la nationalité (la résidence en matière de fiscalité, ce qui est susceptible d'avoir une portée très importante pour la fiscalité des sociétés). Ce faisant, il est nécessaire d'identifier le ou les bons éléments de comparaison. C'est fondamental en ce domaine car, ainsi que la Cour l'a énoncé, il y a discrimination en cas d'application de la même règle à des

situations différentes ou d'application de deux règles différentes à des situations comparables. Ainsi, un non-résident n'est pas comparable à un résident à moins que la règle fiscale applicable à la situation en cause dans un Etat membre cherche à étendre l'exercice des compétences fiscales aux deux situations à raison d'une catégorie de revenu. Le plus souvent donc, la non-discrimination concernera un Etat membre en sa qualité d'Etat d'accueil⁴¹⁹.

Comme l'a écrit le Professeur Frans VANISTENDAEL :

« The non-discrimination approach does not itself require the abolition of all obstacles at the border. It only requires similar treatment under similar circumstances. If the treatment is not similar, an objective and relevant motive for the dissimilar treatment is required. The non-discrimination concept allows borders to continue to exist and by the same token allows national tax systems to exist, even when the rules in this system operate as an obstacle to cross a border. The only condition is that the same rule should apply to residents and non-residents alike. Basically the non-discrimination concept in the EU is the same as the non-discrimination concept in the OECD Model Treaty, but it has a much stricter application [...]. However both concepts start from the basic premise that states are sovereign in defining the rules of their national tax systems »⁴²⁰.

En revanche, le principe de l'accès au marché est pertinent pour des dispositions fiscales qui affectent les nationaux d'un Etat membre désireux d'accéder au marché

⁴¹⁸ GAMMIE Malcolm, Non-Discrimination and the Taxation of Cross-Border Dividends, *World Tax Journal* juin 2010, Volume 2, n° 2, p. 170.

⁴¹⁹ Ibid, pp. 170 et 171.

⁴²⁰ VANISTENDAEL Frans, The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member States, *ECTR* 2003, Volume 12, n°3, p. 139. Traduction libre de l'auteur : « L'approche de la non-discrimination ne requiert pas en elle-même l'abolition de tous les obstacles aux frontières. Elle exige seulement le même traitement en cas de circonstances similaires. Si le traitement n'est pas similaire, un motif pertinent et objectif est nécessaire pour expliquer le traitement différencié. Le concept de non-discrimination permet aux frontières de continuer d'exister et par là-même aux systèmes fiscaux nationaux d'exister, même lorsque les règles de ce système créent un obstacle au franchissement d'une frontière. La seule condition est que la même règle devrait être appliquée aux résidents et non-résidents de la même manière. Fondamentalement le concept européen de non-discrimination est le même que celui du Modèle de convention de l'OCDE, mais avec une application beaucoup plus stricte [...]. Cependant, les deux partent de la prémisse de base selon laquelle les Etats sont souverains dans la définition de leurs systèmes fiscaux nationaux ».

d'autres Etats membres. Dans cette perspective, la notion de discrimination n'est pas nécessaire dans ce sens où la comparaison du traitement appliqué à deux personnes n'est pas utile à la découverte d'une violation de l'accès au marché prévu par les Traités. Ce qui importe, c'est de déterminer si l'effet d'une règle particulière est d'entraver ou de restreindre l'accès au marché⁴²¹. Il est très important de souligner cet aspect. Alors que dans le principe de discrimination (directe ou indirecte) la notion de comparabilité est un élément clé de la qualification de l'infraction, dans celui d'accès au marché il n'est pas nécessaire que les situations soient comparables pour qu'une violation du principe soit caractérisée. C'est ainsi que dans les arrêts les plus récents de la Cour de justice, lorsque celle-ci applique un schéma de raisonnement sur le mode restriction ou entrave, la comparabilité n'est plus pertinente (et ce d'autant que se plaçant sur le terrain de l'objet de la législation en cause les situations sont toujours comparables, v. supra⁴²²). En effet, une restriction étant une mesure indistinctement applicable, le fait que les situations soient ou non comparables n'est pas utile à la découverte d'une violation des Traités, car seuls comptent les effets de la mesure sur les résidents ou les non-résidents. C'est très certainement pour cette raison qu'à présent l'étude de la comparabilité est renvoyée au stade de la justification où une telle analyse conserve sa pertinence, notamment en matière de liberté de circulation des capitaux au regard du libellé des dispositions des articles 65§1 a) et 65§3 du TFUE, mais qui semble valoir pour toutes les libertés de circulation en particulier depuis l'affaire *FII*⁴²³ comme le confirme la jurisprudence récente⁴²⁴.

⁴²¹ En fiscalité ce sera souvent le cas lorsque la règle en cause traite une situation transfrontalière moins favorablement que la situation domestique correspondante, conduisant à une imposition effective totale supérieure ou engendrant des coûts de conformités et/ou administratifs plus onéreux.

⁴²² Et à titre d'illustration v. notamment : CJCE 18 juillet 2007, aff. C-231/05, *Oy AA*, préc., point 38 ; CJUE 25 février 2010, aff. C-337/08, *X Holding BV contre Staatssecretaris van Financiën*, non-encore publié au Recueil, v. *JOUE* du 17 avril 2010, n° C 100, pp. 3 et 4, ci-après affaire *X Holding*, point 22 qui énonce : « A cet égard, il résulte de la jurisprudence de la Cour que la comparabilité d'une situation communautaire avec une situation interne doit être examinée en tenant compte de l'objectif poursuivi par les dispositions nationales en cause (voir, en ce sens, arrêt du 18 juillet 2007, *Oy AA*, C-231/05, Rec. p. I-6373, point 38) ».

⁴²³ CJCE 12 décembre 2006, aff. C-446/04, *FII*, préc., point 46 : « Il ressort ainsi de la jurisprudence que, quel que soit le mécanisme adopté pour prévenir ou atténuer l'imposition en chaîne ou la double imposition économique, **les libertés de circulation garanties par le traité s'opposent à ce qu'un Etat membre traite de manière moins avantageuse les dividendes d'origine étrangère que les dividendes d'origine nationale, à moins que cette différence de traitement ne concerne des situations qui ne sont pas objectivement comparables ou qu'elle soit justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général** ». Parties du texte mises en gras et soulignées par l'auteur.

⁴²⁴ V. notamment CJCE 18 juin 2009, aff. C-303/07, *Aberdeen*, préc. ; CJUE 25 février 2010, aff. C-337/08, *X Holding* ; préc. ; CJUE 11 février 2011, aff. jointes C-436/08 et C-437/08, *Haribo*, préc.

En outre, il convient de rappeler que le principe d'accès au marché peut affecter un Etat membre aussi bien en sa qualité d'Etat d'accueil que d'Etat d'origine. Dans le domaine de la fiscalité directe ce principe est particulièrement important car les systèmes fiscaux distinguent nécessairement situation nationale et situation internationale. De manière quasiment inévitable, les nationaux d'un Etat agissant en qualité d'Etat d'origine peuvent être soumis à des règles fiscales différentes selon qu'ils opèrent / investissent ou non sur le marché domestique ou étranger⁴²⁵.

Il n'en reste pas moins que la fiscalité directe des Etats membres demeure non-harmonisée (en base et encore plus en taux) et ce dans une très large mesure. Dès lors, une telle approche dans le domaine de la fiscalité qui est de la compétence des Etats membres, peut paraître excessive dans certains cas. La crainte réside, au-delà de l'absence d'harmonisation, dans la définition apparemment très large de la notion (v. supra). Largeur qui a conduit la Cour à l'appliquer même dans des cas où il était plus question de discrimination (directe ou indirecte) que de restriction⁴²⁶. Ce faisant, la Cour a manifesté vouloir étendre le plus possible le champ d'application de la notion de restriction, ce qui conduit à une analyse bien plus fine dans la situation en cause. Mais par cette action, la Cour a également privé les Etats membres d'avoir au moins la possibilité de démontrer la non-comparabilité des situations et ainsi de caractériser l'absence de discrimination. Au lieu de cela, ils doivent entrer dans le tortueux débat de la *Rule of Reason* qui le plus souvent ne leur procure aucune échappatoire.

En dépit de critiques qui ont pu être adressées à l'évolution suivie par la jurisprudence en matière de fiscalité directe, aussi bien en doctrine⁴²⁷ que par les Etats membres, la Cour a, dans un premier temps, poursuivi son œuvre prétorienne. Mais dans une seconde période, assez récemment initiée, elle s'est engagée dans une

⁴²⁵ GAMMIE Malcolm, Non-Discrimination and the Taxation of Cross-Border Dividends, préc., pp. 170 et 171.

⁴²⁶ V. notamment : LYAL Richard, Non-discrimination and direct taxation in Community law, préc., pp. 68 à 74 ; FARMER Paul, The Court's case law on taxation: a castle built on shifting sands, préc., pp. 75 à 81.

⁴²⁷ V. par ex. : KNOBBE-KEUK Brigitte, Restrictions on the Fundamental Freedoms Enshrined in the EC Treaty by Discriminatory Tax Provisions – Ban and Justification, *ECTR* 1994, Volume 3, n°3, pp. 74 à 85 ; AVERY JONES John F., Carry on Discriminating, *British Tax Review* 1995, Volume 6, p. 525 et s. ; VERMEEND Willem, The Court of Justice of the European Communities and direct taxes: 'Est-ce que la justice est de ce monde?', *ECTR* 1996, Volume 5, n°2, pp. 54 et 55 ; AVERY JONES John F., Flows of capital between the EU and third countries and the consequences of disharmony in European international tax law, *ECTR* 1998, Volume 7, n°2, pp. 95 à 106 ; VERMEEND Willem Tax Policy in Europe, *ECTR* 1998, Volume 7, n°3, pp. 151 à 159 ; HINNEKENS Luc, European Court goes for robust tax principles for treaty freedoms. What about reasonable exceptions and balances?, *ECTR* 2004, n°2, pp. 65 à 67.

phase de stabilisation de sa jurisprudence et de limitation de la compétence qu'elle s'est octroyée en matière de fiscalité directe.

Chapitre 2 : La limitation de la compétence fiscale de la Cour et la neutralité de l'impôt

Avec le développement de la notion de restriction ou d'entrave, l'approche de la Cour de ce qu'elle estime être (in)compatible avec les Traités a radicalement changé par rapport à l'approche qu'elle a pu suivre avec la non-discrimination, même indirecte. L'image la plus parlante de ce changement est donnée par le Professeur Frans VANISTENDAEL quand il est écrit de la restriction :

« It is aimed at abolishing all border obstacles however small, with the sole exception of what is specifically provided for in the Treaty. It views the EU market as a whole where all economic operators can move from one end to the other. It views the EU market as a huge snooker table, where all the economic balls roll smoothly from one corner to the other. In the non-discrimination approach it is sufficient that each snooker player can play under the same conditions at different snooker tables. In the non-restriction approach all players are playing from different corners at the same snooker table. What strikes immediately is that the non-restriction approach is much more radical from the point of view of market integration than the non-discrimination concept »⁴²⁸.

Cette intégration du marché apparaît tout à fait de nature à permettre une réalisation plus effective de l'objectif économique de l'Union sur le plan fiscal et de, manière

⁴²⁸ VANISTENDAEL Frans, The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member States, préc., p. 139. Traduction libre de l'auteur : « Il a pour but d'abolir tous les obstacles aux frontières même négligeables, à la seule exception de ce qui est spécifiquement prévu par le Traité. Il voit le marché européen comme un tout où tous les opérateurs économiques peuvent se déplacer d'un bout à l'autre. Il voit le marché européen comme une immense table de billard, où les billes économiques roulent paisiblement d'un coin à l'autre. Avec la non-discrimination il est suffisant que chaque joueur de billard puisse jouer dans les mêmes conditions sur les différentes tables de billard. Avec la restriction, tous les joueurs jouent aux différents coins de la même table de billard. Ce qui est immédiatement frappant dans

générale, semble correspondre aux objectifs économiques poursuivis par les Traités européens. En outre, à partir du moment où la Cour avait établi que le principe de non-discrimination découlait du concept général d'égalité de traitement (v. supra arrêt *Ruckdeschel*), les développements ultérieurs de la jurisprudence fiscale étaient prévisibles.

Néanmoins, à la différence fondamentale du domaine premier d'application de la libre circulation des marchandises (les droits de douane), la fiscalité directe n'est en aucune façon harmonisée⁴²⁹. Cette situation de fait du Marché commun de la fiscalité conduit de manière inévitable à des différences de traitement. Certaines doivent être prohibées car elles sont, de façon objective, contraires à l'égalité de traitement. Mais pour d'autres, au regard de ce contexte, il est possible de s'interroger. Et cette interrogation est des plus simples : tout obstacle à l'accès au marché est-il nécessairement une restriction ou entrave qui peut être sanctionnée ? La troisième vague dans la jurisprudence de la Cour démontre que la réponse est négative et cela pour différentes raisons (section 1). Cependant, en termes de neutralité et du fait de la vocation intégrationniste du droit européen, cela conduit à certaines incohérences en matière de politique fiscale (section 2).

Section 1 : La source de la limitation : le chevauchement de compétences fiscales non-harmonisées

L'origine des difficultés auxquelles la Cour est confrontée dans l'analyse des situations qui lui sont soumises réside dans le chevauchement des impositions ou *overlapping taxation*. Le Professeur Ruth MASON distingue ce phénomène de celui de la double imposition de la façon suivante : « *the term "overlapping taxation" describes situations in which two or more states concurrently exercise jurisdiction to*

l'approche poursuivie avec le concept de restriction c'est qu'elle est bien plus radicale du point de vue de l'intégration du marché que celle poursuivie avec le concept de non-discrimination ».

⁴²⁹ En dépit de l'apport fort utile des directives fiscales précédemment étudiées en faveur de l'harmonisation, les domaines qu'elles couvrent sont trop insuffisants pour être d'une portée réellement significative pour traiter les problèmes qui se posent au sein du Marché intérieur du fait de la coexistence de 27 systèmes fiscaux. Ce d'autant que dans leurs domaines respectifs, leurs conditions d'application font qu'un certain nombre de situations leur échappe. Enfin, il convient de rappeler

tax a single item of income »⁴³⁰. Lieu commun en ce qui concerne les situations transfrontalières, elle est souvent éliminée par les conventions fiscales quand elles n'accordent qu'à un seul Etat le droit d'imposer le revenu en cause. Mais quand la convention prévoit le partage d'imposition le chevauchement d'imposition perdure, car les Etats en cause exerceront leur compétence fiscale limitée, mais néanmoins simultanément sur le revenu. Les Etats se partagent le revenu transfrontière en l'imposant moins que s'il s'agissait d'un revenu domestique. Bien que l'*overlapping taxation* crée un risque d'une double imposition non-éliminée ou atténuée, ce n'est pas pour autant la conséquence inévitable. Le résultat net qui résulte du chevauchement d'imposition peut être supérieur, inférieur ou égal au montant d'impôt prélevé dans le cas d'une situation purement interne. Même lorsque la double imposition (c'est-à-dire une imposition supérieure) a été éliminée avec succès de manière unilatérale ou par voie conventionnelle, la situation de chevauchement persiste le plus souvent, et les difficultés qu'elles créent pour la Cour également⁴³¹. Ainsi, la double imposition n'est qu'une forme d'*overlapping taxation*.

Une autre source de difficultés pour la Cour réside dans l'existence et la reconnaissance de la compétence fiscale des Etats membres afin de fixer leurs taux d'imposition, leurs bases imposables et les règles de répartition de leur droit d'imposer entre eux les revenus internationaux. Cette compétence retenue des Etats leur permet d'élaborer des politiques fiscales indépendamment les uns des autres. L'application de règles fiscales non-coordonnées par deux ou plusieurs Etats peut cependant conduire à des situations de disparités fiscales⁴³² ou de quasi-restrictions en langage communautaire. Les réflexions sur ces situations sont apparues assez peu de temps après l'affirmation de la restriction dans les arrêts fiscaux de la Cour (§1) ce qui a permis de dégager une théorisation des disparités fiscales (§2).

que ces directives mentionnent, pour la plupart, n'exister que tant qu'un système commun d'imposition des sociétés aura été établi au niveau communautaire (v. supra).

⁴³⁰ MASON Ruth, Made in America for European Tax: The Internal Consistency Test, *Boston College Law Review* 2008, Volume 49, n°4, p. 1287. Traduction libre de l'auteur : « le terme de « chevauchement d'imposition » décrit une situation où deux ou plusieurs Etats exercent de manière simultanée leur compétence fiscale sur un seul et unique élément de revenu ».

⁴³¹ Ibid., pp. 1288 et 1289.

⁴³² Ibid., p. 1290. Les disparités fiscales sont une forme particulière d'*overlapping taxation* dès lors qu'au-delà des problèmes de l'*overlapping taxation* des problèmes naissent du chevauchement de règles non-harmonisées. Il convient de préciser que certaines situations de ce type où un taux d'imposition plus élevé est appliqué ne sont pas forcément discriminatoires (v. en ce sens ibid. pp. 1291 à 1294) et que d'autres où le taux d'imposition est plus faible peuvent être discriminatoires (v. en ce sens ibid. pp. 1295 à 1299).

§1- La prémisses, la subjectivité induite par le concept de restriction fiscale

Lorsque des mesures nationales fiscales sont de nature à gêner, empêcher ou rendre moins attrayant l'exercice des libertés, alors qu'elles ne sont pas discriminatoires et n'entravent pas directement la circulation transfrontalière aussi bien à l'entrée qu'à la sortie du marché, et que ces mesures conduisent à une imposition dans l'Etat d'accueil ou dans celui d'origine sans mécanisme satisfaisant d'élimination ou au moins d'atténuation de la double ou multiple imposition, ou risquent d'entraîner des charges administratives ou financières supplémentaires, elles devraient être interdites.

Pourtant, il y a des raisons d'hésiter à appliquer l'interdiction des restrictions à cette catégorie constituée des mesures fiscales nationales appliquées indistinctement et sans discrimination, mais qui gênent ou rendent indirectement moins attrayant l'accès au marché des autres Etats de l'Union. Ainsi, l'effet restrictif peut-il souvent être créé non pas du fait de l'exercice de la compétence fiscale d'un seul Etat membre, mais de l'exercice conjoint de deux compétences, de deux systèmes fiscaux disparates, qui trouvent à s'appliquer cumulativement à la même opération transfrontière. Cette conjonction de compétences engendre une double imposition faisant que l'opération transfrontière est moins attrayante que la même transaction domestique.

Le Professeur Luc HINNEKENS s'est intéressé à cette question en étudiant les deux premières vagues d'arrêts de la Cour. Il estime ainsi que l'affaire *Schumacker* prend en considération le régime fiscal de l'Etat de résidence dans l'examen du traitement non-discriminatoire du contribuable dans l'Etat d'accueil. Dans l'affaire *Futura Participations* il considère également que la Cour prend en compte les deux législations fiscales dans son examen de la conformité avec le droit communautaire. Il se réfère alors au Professeur Servaas VAN THIEL⁴³³. Ce dernier estime qu'il n'y aurait qu'un pas avant qu'un Etat membre soit contraint de prendre en considération le traitement fiscal de l'opération dans l'autre Etat membre. Et ce pas devrait être franchi au regard de l'obligation de solidarité des Etats membres : « un Etat membre

⁴³³ VAN THIEL Servaas, *Free Movement of Persons and Income Tax Law: The European Court in Search of Principles*, op.cit., 746 p.

ne peut pas prendre des mesures fiscales tendant à restreindre l'exercice de ces libertés, et notamment l'accès au marché des autres Etats membres, sachant qu'elles comportent des risques prévisibles de double imposition du commerce intracommunautaire par les deux Etats concernés, quand les procédures et mécanismes unilatéraux et bilatéraux sont insuffisants pour garantir l'élimination de cette superposition et, partant, de cette restriction de la liberté concernée »⁴³⁴. Au contraire pour le Professeur Luc HINNEKENS « il n'y a pas que l'arrêt *Gilly* pour conclure que les disparités des législations fiscales relèvent de la responsabilité du législateur communautaire, et non du domaine des principes de la restriction interdite par les libertés ou obligations de solidarité. La mesure fiscale de l'Etat d'accueil n'est pas ici un droit d'entrée, pas plus que celle de l'Etat d'origine n'est un droit de sortie ; l'une et l'autre ne constituent donc pas une restriction interdite à l'activité transfrontalière, même lorsque les Etat concernés n'ont pas convenu d'une procédure d'arbitrage ou ne disposent pas d'un autre mécanisme offrant une garantie contre la double imposition »⁴³⁵.

Dans une telle hypothèse, il y a disparité fiscale, dont la définition générale peut être la suivante « l'article [18 du TFUE] ne vise pas les éventuelles **disparités de traitement qui peuvent résulter, pour les personnes et entreprises soumises à la juridiction de la Communauté, des divergences existant entre les différents Etats membres, dès lors que celles-ci affectent toutes personnes tombant sous leur application, selon des critères objectifs et sans égard à leur nationalité** »⁴³⁶.

Selon Monsieur Eric GINTER, dans son analyse de la jurisprudence *Schempp*, tout dépendrait du contexte en droit et en fait, ce qui conduit à « s'interroger sur la portée réelle de la mesure incriminée : celle-ci est-elle réellement de nature à dissuader certains citoyens de l'Union à exercer leur liberté d'établissement au sein de celle-ci ? [... La Cour ...] ne paraît pas disposée à censurer toute disposition nationale qui,

⁴³⁴ HINNEKENS Luc, *Tendances récentes de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe*, op. cit., p. 55.

⁴³⁵ Ibid.

⁴³⁶ CJCE 12 juillet 2005, aff. C-403/03, *Schempp*, Recueil CJCE 2005, I, p. 6421 ; point 34. Parties du texte mises en gras par l'auteur. Dans l'affaire *Gilly* déjà la Cour avait énoncé que les disparités résultant de différences entre les règles fiscales non-discriminatoires de deux Etats membres ne sont pas contraires aux Traités. Le glossaire de fiscalité internationale de l'IBFD donne la définition suivante de la disparité « *term [... used ...] to indicate a difference in tax treatment that arises as a result of the coexistence of discrete, non harmonized tax systems within the European Union, such as different tax rates* ». ROGERS-GLABUSH Julie, *International Tax Glossary*, op. cit., p. 132. Traduction libre de l'auteur : « terme utilisé afin

formellement, pourrait constituer une entrave à la liberté de circulation ou d'établissement : elle demande à être convaincue de la réalité de cette entrave dans les faits »⁴³⁷. Comme le souligne cet auteur, c'est faire entrer une part de subjectivité qui n'était pas présente dans la jurisprudence communautaire, « mais c'est là une conséquence inévitable de l'application des Traités : ceux-ci ont pour objectif de permettre aux citoyens de l'Union d'exercer certains droits. S'il n'est pas suffisamment établi qu'une mesure nationale s'oppose à la réalisation de cet objectif, on peut admettre que la Cour ne la censure pas ».

En effet, dans la jurisprudence de la Cour de justice, la considération que toute restriction ne doit pas être sanctionnée semble avoir germé progressivement. C'est en particulier sous l'impulsion de son Avocat général GEELHOED, et de ses conclusions dans plusieurs affaires très importantes et très rapprochées dans le temps⁴³⁸, que cette inflexion de la jurisprudence a trouvé un relais fort et convaincant pour l'inciter dans cette voie de l'autolimitation. Si la Cour n'a pas repris en totalité son raisonnement, il est incontestable qu'il l'a influencée en profondeur car la

d'indiquer une différence de traitement fiscal qui est la résultante de la coexistence de systèmes fiscaux distincts, non-harmonisés au sein de l'Union européenne, comme par exemple les taux différents d'imposition ».

⁴³⁷ GINTER Eric, *Les affaires « D. » et « Schempp » : un tournant dans la jurisprudence de la Cour de Justice ?*, L'Année fiscale 2006, PUF, mai 2006, pp. 130 et 131.

⁴³⁸ Les plus manifestes sont : Conclusions de l'Avocat général GEELHOED présentées le 23 février 2006 dans l'affaire *ACT*, préc. ; Conclusions de l'Avocat général GEELHOED présentées le 6 avril 2006 dans l'affaire *Kerckhaert et Morres*, préc. ; Conclusions de l'Avocat général GEELHOED présentées le 6 avril 2006 dans l'affaire *FII*, préc. ; Conclusions de l'Avocat général GEELHOED présentées le 27 avril 2006 dans l'affaire *Denkavit*, préc. ; Conclusions de l'avocat général GEELHOED présentées le 29 juin 2006 dans l'affaire *Thin Cap*, préc. Les débuts de cette réflexion semblent remonter à ses conclusions présentées le 27 janvier 2005 dans l'affaire *Schempp*, préc. (v. par ex. le point 31 : « La différence de traitement résulte dès lors d'une disparité entre le droit fiscal allemand et autrichien, comme l'ont observé les gouvernements allemand et néerlandais ainsi que la Commission. Au stade actuel de l'évolution de l'ordre juridique communautaire, le domaine de l'imposition directe relève encore de la compétence exclusive des Etats membres, même si ceux-ci sont tenus d'exercer cette compétence dans le respect des règles fondamentales du traité CE. Dès lors, l'Allemagne et l'Autriche sont libres de soumettre les pensions alimentaires versées à un conjoint divorcé au régime fiscal qu'elles jugent approprié. Il est inhérent à cette situation que des différences de traitement apparaîtront selon les Etats membres et que ces différences se feront sentir même lorsque que la législation fiscale nationale tient compte de circonstances externes comme le fait l'ESTG ». Au point 32, il cite même l'arrêt *Lindfors* où la Cour a déclaré que le « traité CE ne garantit pas à un citoyen de l'Union que le transfert de ses activités dans un Etat membre autre que celui dans lequel il résidait jusque-là est neutre en matière d'imposition. Compte tenu des disparités des législations des Etats membres en la matière, un tel transfert peut, selon les cas, être plus ou moins avantageux ou désavantageux pour le citoyen sur le plan de l'imposition indirecte. Il en découle que, en principe, un éventuel désavantage, par rapport à la situation dans laquelle ce citoyen exerçait ses activités antérieurement audit transfert, n'est pas contraire à l'article 18 CE, à condition toutefois que la législation en cause ne désavantage pas ce citoyen par rapport à ceux qui étaient déjà assujettis à une telle imposition (voir arrêt Weigel, précité, point 55) » CJCE 15 juillet 2004, aff. C-365/02, Marie Lindfors, Recueil CJE 2004, I, p. 7183, point 34)).

La position développée par l'Avocat général GEELHOED fut reprise par d'autres Avocats généraux v. par ex. : Conclusions de l'Avocat général KOKOTT présentées le 12 septembre 2006 dans l'affaire *Oy AA*, préc. ; Conclusions de l'Avocat général SHARPSTON présentées le 17 décembre 2009 dans l'affaire CJUE 15 avril 2010, aff. C-96/08, CIBA Speciality Chemicals Central and Eastern Europe Szolgáltató, Tanácsadó és Keresedelmi kft contre Adó- és Pénzügyi Ellenőrzési Hivatal (APEH) Hatósági Főosztály, non-encore publié au Recueil, v. *JOUE* du 5 juin 2010, n° C 148, p. 5.

démonstration opérée offre une très bonne synthèse des débats sur la question des disparités fiscales.

§2- La systématisation de la notion de disparités fiscales en droit communautaire

Ainsi, dans ses conclusions sous l'affaire *ACT*, l'Avocat général GEELHOED estime que « ce qui est essentiel, lorsqu'il s'agit de règles en matière d'impôts directs, c'est d'opérer une distinction entre les deux acceptions du terme « restrictions » »⁴³⁹. La première concerne les fausses restrictions (A) ; la seconde concerne les véritables restrictions dont l'Avocat général tire les conséquences pour les Etats membres (B).

A. Les quasi-restrictions

La première acception vise les restrictions qui découlent « inévitablement de la coexistence de systèmes fiscaux nationaux »⁴⁴⁰. La juxtaposition de systèmes fiscaux nationaux entraîne des inconvénients pour l'activité transfrontalière des sociétés dont : « 1) l'existence de charges administratives inhérentes au respect de prescriptions cumulatives incombant aux sociétés dont les activités concernent des situations transfrontalières ; 2) l'existence de disparités entre les systèmes fiscaux nationaux, et 3) la nécessité de répartir la compétence fiscale, impliquant la scission de l'assiette fiscale »⁴⁴¹.

Si d'un point de vue général, ces inconvénients sont susceptibles d'affecter les activités transfrontières, l'emploi du terme restriction par la Cour est trompeur :

« En réalité, ce qui est en cause en l'occurrence, ce sont des distorsions affectant les activités économiques dues au fait que différents systèmes juridiques doivent exister côte à côte. Dans certains cas, ces distorsions engendrent des inconvénients pour

⁴³⁹ Conclusions de l'Avocat général GEELHOED présentées le 23 février 2006 dans l'affaire *ACT*, préc., point 36.

⁴⁴⁰ Ibid., point 37.

⁴⁴¹ Ibid.

certaines opérateurs économiques; dans d'autres cas, il en résulte des avantages. Si, dans le premier cas, ces distorsions ont un effet « restrictif », dans le second cas, elles stimulent les activités transfrontalières d'établissement. Bien que la Cour ait régulièrement à connaître de ce qui peut être qualifié de « **quasi-restrictions** » découlant de ces distorsions, il convient de ne pas oublier qu'il existe l'autre côté de la médaille, consistant en avantages particuliers découlant de l'établissement transfrontalier. Dans ce dernier cas, le contribuable concerné n'invoque généralement pas le droit communautaire »⁴⁴².

Il existerait donc des quasi-restrictions en raison de la coexistence des systèmes fiscaux nationaux. Et ces quasi-restrictions sont, de par leurs causes et leur caractère, en ce qui concerne leur élimination, du ressort de l'intervention du législateur communautaire, seul capable d'organiser une solution cohérente ou un système fiscal à l'échelle européenne. A défaut d'une telle intervention, ces quasi-restrictions « doivent être considérées comme échappant au champ d'application » des libertés fondamentales. La réponse de la Cour ne pouvant, par essence, être que ponctuelle et fragmentée, elle doit être prudente face à des situations qui soulèvent des points d'ordre systématique, pour lesquels le législateur est le mieux placé pour les traiter « en particulier lorsqu'[ils] soulèvent des aspects liés à des considérations de politique fiscale et économique »⁴⁴³.

L'Avocat général GEELHOED présente ensuite trois cas où il y a quasi-restriction. Le premier est l'existence de charges plus lourdes inhérentes au respect des prescriptions administratives. En effet, dès lors que le contribuable doit répondre à deux ordres juridiques qui se juxtaposent pour son imposition, il doit rendre des comptes à deux administrations⁴⁴⁴.

⁴⁴² Ibid., point 38. Parties du texte mises en gras par l'auteur.

⁴⁴³ Ibid., point 39.

⁴⁴⁴ Ibid., point 42. A ce propos il sera noté que dans la proposition ACCIS, pour éviter ces charges, les groupes peuvent choisir un seul Etat pour le règlement des questions administratives (*one stop shop*), v. supra.

Le deuxième cas de quasi-restriction résulte de la « variation » ou des différences entre les systèmes fiscaux⁴⁴⁵. Les systèmes fiscaux de chaque Etat sont adaptés à leur contexte macro-économique, contexte qui en l'état actuel de l'intégration européenne diffère grandement d'un Etat à l'autre. Cela implique des choix de politique économique très différents entre les Etats membres, ce qui se reflète notamment sur les taux d'imposition. Ces choix sont autant de facteurs qui contribuent à créer des différences entre les systèmes fiscaux nationaux, « tels que leur conception quant à la prévention de la double imposition économique : par exemple, des Etats connaissant des taux d'imposition relativement faibles pourraient opter pour un système classique de prévention de la double imposition tandis que des Etats connaissant des taux d'imposition plus élevés pourraient préférer un système d'imputation »⁴⁴⁶. Ces variations ou différences créent d'inévitables effets de distorsion sur les investissements et la localisation des activités économiques (ce que l'arrêt *Schempp* a confirmé⁴⁴⁷). Pour ces raisons les « entraves » aux libertés de circulation résultant de ces variations échappent au champ d'application des libertés, « **en cela, elles s'opposent aux obstacles qui résultent de discriminations, qui découlent des règles d'un seul système fiscal** »⁴⁴⁸.

Enfin, l'Avocat général GEELHOED aborde un troisième cas de quasi-restriction, qui est moins connu que les précédents, la scission de l'assiette fiscale. Théorisée et présentée par le Professeur Peter WATTEL⁴⁴⁹, qui estime que la fragmentation de base taxable se distingue de la discrimination et des variations en ce que l'obstacle créé résulte d'une « *distinction on the basis of territoriality, of jurisdictional allocation of income* »⁴⁵⁰ ou comme le dit l'Avocat général « de la nécessité de scinder la compétence fiscale pour les revenus des opérateurs économiques transfrontaliers »⁴⁵¹.

⁴⁴⁵ L'Avocat général GEELHOED parle aussi de disparités. Mais cette notion étant employée dans l'étude pour désigner le phénomène général de la coexistence de systèmes fiscaux non-harmonisés s'appliquant à un même revenu (transfrontalier), ce que l'Avocat général appelle quasi-restriction afin de faire la distinction au regard du langage employé par la Cour, l'expression de variations sera préférée.

⁴⁴⁶ Conclusions de l'Avocat général GEELHOED présentées le 23 février 2006 dans l'affaire *ACT*, préc., points 43 et 44.

⁴⁴⁷ V. supra et le point 45 de l'arrêt qui reprend le point 34 de l'arrêt *Lindfors*, préc.

⁴⁴⁸ Conclusions de l'Avocat général GEELHOED présentées le 23 février 2006 dans l'affaire *ACT*, préc., point 46. Parties du texte mises en gras par l'auteur.

⁴⁴⁹ WATTEL Peter J., Corporate tax jurisdiction in the EU with respect to branches and subsidiaries; dislocation distinguished from discrimination and disparity; a plea for territoriality, *ECTR* 2003, Volume 12, n°4, pp. 194 à 202.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 199. Traduction libre de l'auteur : « une distinction opérée sur le fondement de la territorialité en matière de répartition du revenu entre les Etats ».

⁴⁵¹ Conclusions de l'Avocat général GEELHOED présentées le 23 février 2006 dans l'affaire *ACT*, préc., point 48.

Le désavantage subi d'un point de vue fiscal résulte là encore de la coexistence de deux compétences fiscales (et non pas d'une seule), car il est nécessaire pour les activités transfrontières de déterminer les modalités d'interaction de ces deux compétences : chaque Etat doit choisir un critère permettant d'identifier les revenus ou les parties de revenus qui relèvent de sa compétence. Le droit communautaire étant silencieux à ce sujet, c'est en se référant aux méthodes du droit fiscal international que cette répartition est opérée. Ces méthodes reposent sur la distinction entre Etat de la résidence (du contribuable) et Etat de la source (du revenu). Le premier est celui qui a la compétence la plus étendue sur le contribuable en ce qu'elle s'applique à tous ses revenus (imposition au mondial⁴⁵²). Le second n'a qu'une compétence limitée aux revenus que les non-résidents génèrent sur son territoire (territorialité, au sens étroit, de l'imposition⁴⁵³). Afin d'éviter ou de limiter la double imposition juridique, il est admis que l'Etat de la source dispose d'une priorité dans l'imposition des revenus transfrontaliers. C'est à l'Etat de la résidence qu'il appartient en principe de choisir d'atténuer la double imposition juridique. Il peut le faire de manière unilatérale ou par voie conventionnelle, en recourant à la méthode de l'imputation ou de l'exonération. La Cour a expressément adhéré à ces méthodes de répartition⁴⁵⁴ et a admis l'eurocompatibilité de la distinction entre la souveraineté de l'Etat de résidence et de celui de la source⁴⁵⁵.

Mais comme le rappelle l'Avocat général GEELHOED, en droit européen cette distinction n'est pas toujours suffisante pour accepter une différenciation, ce que la Cour a clairement résumé dans l'affaire *Marks & Spencer*⁴⁵⁶ et qui démontre qu'une liberté de circulation ne sera considérée comme violée que si « la différence de traitement appliquée par l'Etat membre concerné à ses contribuables n'est pas une

⁴⁵² Par commodité, l'expression imposition au mondial sera employée pour signifier imposition sur une base mondiale des revenus.

⁴⁵³ Par commodité, l'expression imposition territoriale sera employée pour désigner un tel système d'imposition.

⁴⁵⁴ V. notamment les affaires *Gilly*, préc., et *De Groot*, préc.

⁴⁵⁵ Conclusions de l'Avocat général GEELHOED présentées le 23 février 2006 dans l'affaire *ACT*, préc., points 49 à 52. V. sur le dernier point les affaires *Gerritse*, préc. en particulier le point 45 ; *Marks & Spencer*, préc. en particulier le point 37 ; *D.*, préc. ; *De Groot*, préc. en particulier le point 93 ; *Saint-Gobain ZN*, préc. en particulier le point 35 ; *Futura Participations*, préc. en particulier les points 20 et 21 ; *Schumacker*, préc. en particulier le point 34.

⁴⁵⁶ « En droit fiscal, la résidence des contribuables peut constituer un facteur pouvant justifier des règles nationales qui impliquent une différence de traitement entre contribuables résidents et contribuables non résidents. Cependant, la résidence n'est pas toujours un facteur justifié de distinction. En effet, admettre que l'Etat membre d'établissement puisse librement appliquer un traitement différent en raison du seul fait que le siège d'une société est situé dans un autre Etat membre viderait l'article [49 du TFUE] de son contenu [...] Dans chaque situation concrète, il convient d'examiner si la limitation de l'application d'un avantage fiscal aux contribuables résidents est motivée par des éléments objectifs pertinents susceptibles de justifier la différence de traitement ». CJCE 13 décembre 2005, aff. C-446/03, *Marks & Spencer*, préc., points 37 et 38.

conséquence directe et logique de la faculté, dans l'état actuel du droit communautaire, d'appliquer aux situations transfrontalières des obligations fiscales différentes de celles appliquées aux situations purement internes »⁴⁵⁷.

Les quasi-restrictions ne sont pas hors du champ du droit communautaire pour autant, mais relèvent en premier lieu des mesures d'harmonisation (article 115 du TFUE) et de celles prises par la Commission contre les atteintes à la concurrence (articles 116 et 117 du TFUE)⁴⁵⁸. La notion ayant été définie, il est alors possible de déterminer ce que sont les véritables restrictions.

B. Les restrictions authentiques

Les authentiques restrictions comme les appelle l'Avocat général GEELHOED, celles qui sont dans le champ des libertés de circulation, sont celles « qui vont au-delà de ce qui découle inévitablement de la coexistence de systèmes fiscaux nationaux », sauf si elles sont justifiées. Plus précisément, « **le traitement fiscal défavorable doit émaner d'une discrimination résultant des règles imposées par une autorité fiscale** et non de disparités ou de la répartition des compétences fiscales entre (deux ou plusieurs) systèmes fiscaux des Etats membres »⁴⁵⁹. Il en découle pour l'Avocat général que le mode de répartition des compétences fiscales entre Etats membres (distinction entre source et résidence) conduit à ce que la non-discrimination s'applique de manière différente selon qu'un Etat agit en qualité d'Etat de la source ou dans celle d'Etat de la résidence car : « la nature de la compétence fiscale exercée dans chaque cas diffère fondamentalement, un opérateur économique soumis à la compétence de l'Etat de résidence ne peut pas être considéré, en soi, comme se trouvant dans une situation comparable à celle d'un opérateur économique relevant de la compétence de l'Etat de la source et réciproquement »⁴⁶⁰.

En tant qu'Etat de la résidence, un Etat membre a pour obligation essentielle de « traiter les revenus de source étrangère de ses résidents en cohérence avec la façon

⁴⁵⁷ Conclusions de l'Avocat général GEELHOED présentées le 23 février 2006 dans l'affaire *ACT*, préc., points 53 et 54.

⁴⁵⁸ Respectivement ex-articles 94, 96 et 97 du TCE.

⁴⁵⁹ Conclusions de l'Avocat général GEELHOED présentées le 23 février 2006 dans l'affaire *ACT*, préc., points 40 et 55. Parties du texte mises en gras par l'auteur.

⁴⁶⁰ Ibid., point 57.

dont il a réparti son assiette fiscale. Dans la mesure où il a réparti son assiette fiscale en sorte d'inclure ces revenus de source étrangère, soit en les traitant comme des revenus imposables, il ne doit pas opérer de discrimination entre revenus de source étrangère et revenus internes »⁴⁶¹.

A ce stade de ses conclusions dans l'affaire *ACT*, l'Avocat général critique la solution de la Cour retenue dans l'arrêt *Bosal* (interdire à une société mère la déduction des frais de gestion liées aux participations détenues dans ses filiales non-résidentes alors que cela est permis pour celles qui sont résidentes est une entrave non justifiée). Dans cette affaire, la Cour n'aurait pas accordé assez d'importance à la répartition de la compétence fiscale opérée par la législation fiscale néerlandaise et en vertu de laquelle les Pays-Bas n'imposent pas les revenus des filiales situées dans d'autres Etats membres (imposition exclusive à la source). Pour l'Avocat général GEELHOED il s'agit d'un cas de fragmentation de l'assiette fiscale⁴⁶². Il semble pourtant que ce raisonnement, au demeurant fort juste, occulte cependant un point qui est crucial pour comprendre la solution de la Cour. Les Pays-Bas accordent la déduction des frais de gestion quel que soit le résultat de la filiale nationale. Si la filiale est déficitaire, les Pays-Bas ne peuvent la taxer ; mais dans le même temps ils accordent à la mère le droit de déduire ces frais. En outre, si la filiale est bénéficiaire mais que la mère ne l'est pas, les frais déductibles n'ont aucune incidence chez la mère et n'affectent pas non plus le bénéfice de la filiale et son imposition. Enfin, les Pays-Bas n'accordent pas aux mères non-résidentes de déduction au titre des frais de participations pour les bénéfices des filiales néerlandaises. Il apparaît donc un certain nombre d'incohérences au sein même de la législation néerlandaise, incohérences qui frappent les non-résidents et qui peuvent expliquer la solution de la Cour.

L'Avocat général estime que les Etats membres ont, en qualité d'Etats de la source, des obligations plus limitées au regard des libertés de circulation, car ils ne peuvent imposer les revenus des non-résidents que dès lors qu'ils naissent sur leur territoire. Pour l'essentiel « cela peut se traduire par une obligation de réserver à tous les non-résidents un traitement analogue à celui réservé aux résidents (non-discrimination)

⁴⁶¹ Ibid., point 58. Pour de nombreux exemples en jurisprudence v. les points 58 à 61.

⁴⁶² Ibid., points 62 à 64.

dès lors que ces non-résidents relèvent de leur compétence fiscale, compétence dont l'étendue n'est pas la même au regard des résidents et des non-résidents »⁴⁶³.

Prenant le cas de l'élimination de la double imposition économique (interne) qu'un Etat réserve à ses résidents, l'Avocat général GEELHOED est d'avis que cette protection doit être étendue par cet Etat agissant en qualité d'Etat de la source aux non-résidents, car en exerçant sa compétence fiscale sur les non-résidents, il est à l'origine de la double imposition économique (internationale). Cependant, et s'appuyant sur la jurisprudence *Bouanich*, il estime qu'il faut vérifier que les résidents sont mieux traités que les non-résidents. Pour cela, la prise en compte des conventions fiscales est indispensable. Tout d'abord car elles peuvent permettre⁴⁶⁴ à l'Etat de la source de renvoyer à l'Etat de la résidence l'atténuation de la double imposition économique qu'il engendre. Ensuite, ne pas les prendre en compte occulterait le contexte dans lequel les opérateurs évoluent. Car il se pourrait que la combinaison des règles de l'Etat de résidence et de celui de la source ait un effet réel de distorsion pour le contribuable. Dès lors, les obligations qui pèsent sur l'Etat de la source conduiraient à ce qu'il doive parvenir au résultat induit par sa législation (élimination de la double imposition économique), cela en dépit du fait que c'est l'Etat de la résidence qui viole ses obligations conventionnelles. Ce qui conduit l'Avocat général à inviter la Cour à procéder à une analyse globale de la situation, c'est-à-dire dans les deux Etats membres.⁴⁶⁵

Les conclusions de l'Avocat général GEELHOED présentent plusieurs mérites. Tout d'abord, elles permettent de circonscrire la notion de restriction en définissant et en illustrant des situations de quasi-restriction. Elles rappellent que dans un espace où la fiscalité n'est pas harmonisée des situations de désavantages sont inévitables, et ne doivent pas être sanctionnées quand elles sont la résultante de la rencontre de deux systèmes fiscaux non-coordonnés, même si cette rencontre se produit dans un espace où il est appelé à supprimer les frontières. En outre, c'est une invitation à effectuer

⁴⁶³ Ibid., point 66. Pour des exemples d'application v. les points 67 et 68.

⁴⁶⁴ Cela en fonction de leur libellé qu'il convient d'adapter par rapport au MOCDE qui ne prévoit pas l'élimination de la double imposition économique. Pour cela les Etats membres peuvent s'inspirer utilement des dispositions de la directive mères-filiales (v. supra).

⁴⁶⁵ Ibid. points 69 à 72.

une analyse plus fine du processus de la *Rule of Reason*, notamment de la proportionnalité⁴⁶⁶, mais aussi de la réalité éventuelle de l'infraction (v. par ex. l'affaire *Bouanich* où la Cour renvoie à la juridiction nationale le soin de vérifier si en pratique les résidents sont mieux traités). Il convient ici de noter que procéder de la sorte risque d'accroître l'imprévisibilité des solutions retenues par la Cour (ce qui est inévitable étant donné que les questions posées à la Cour sont de plus en plus complexes et touchent au noyau dur de la fiscalité internationale avec les questions de répartition des compétences et leurs conséquences). La proposition faite par l'Avocat général GEELHOED, dans ses conclusions, met également en avant la nécessité d'adopter une analyse globale de la situation mais aussi de s'assurer de la cohérence interne de la législation en cause⁴⁶⁷. C'est en outre un rappel que l'action prétorienne a ses limites et qu'il appartient au législateur européen de prendre ses responsabilités. Pour autant, ce n'est pas un blanc-seing accordé aux Etats membres car si la notion de restriction se trouve circonscrite de façon à respecter d'abord leur compétence fiscale retenue, l'Avocat général ne manque pas de rappeler qu'ils sont tenus à un certain nombre d'obligations en vertu des libertés de circulation.

Il convient de s'arrêter sur quatre affaires d'une très grande portée en matière de fiscalité des flux transfrontaliers, et en particulier des dividendes, et qui sont une application de cette doctrine élaborée par l'Avocat général GEELHOED. Dans ces quatre affaires, c'est ce dernier qui aura formulé les conclusions, et dans ces quatre affaires la Cour l'a suivi ; si ce n'est en adoptant totalement son raisonnement, au moins quant à la solution retenue.

⁴⁶⁶ Le Professeur Luc HINNEKENS appelait déjà dans les arrêts jugés sous les auspices de la restriction à un relâchement de la *Rule of Reason* : v. HINNEKENS Luc, *The search for the framework conditions of the fundamental EC Treaty principles as applied by the European Court to Member States' direct taxation*, préc., pp. 117 et 118 ; HINNEKENS Luc, *Tendances récentes de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe*, op. cit., pp. 59 à 62.

⁴⁶⁷ Comme le dit Monsieur Malcolm GAMMIE à propos de l'analyse de la jurisprudence de la CJUE relative aux distributions de dividendes : « the Court is concerned with the internal consistency of a single Member State's dividend taxation system. From a domestic perspective, the principal policy issue of dividend taxation systems [...] is usually to recognize and alleviate to some extent the economic double taxation of corporate profits. The ECJ recognizes, however, that an impediment to intra-Community trade or investment that arises from the different choices that Member States make as to what to tax or not, and how to tax, is *not* a market access breach. This is just the natural outcome of leaving each Member State with competence in the direct taxation field rather than it being a matter of Community competence ». GAMMIE Malcolm, *Non-Discrimination and the Taxation of Cross-Border Dividends*, préc., p. 172. Traduction libre de l'auteur : « La Cour s'intéresse à la cohérence interne d'un seul système fiscal national d'imposition des dividendes. Dans une perspective nationale, le principal enjeu de politique fiscale [...] consiste à identifier et éliminer la double imposition économique des bénéfices d'entreprise. La CJUE reconnaît cependant qu'un obstacle au commerce ou aux investissements intracommunautaires qui résulte de choix différents opérés par les Etats membres dans ce qu'ils imposent ou pas, et comment ils l'imposent, *n'est pas* une violation de l'accès au marché. C'est simplement la conséquence naturelle d'avoir laissé chaque Etat membre compétent en matière de fiscalité directe plutôt que d'en avoir fait un domaine de la compétence communautaire ».

C. Illustrations jurisprudentielles

Dans l'affaire *Kerckhaert et Morres*⁴⁶⁸, des dividendes entrants ont été perçus par des résidents de Belgique, agissant en qualité d'Etat de la résidence, depuis la France, Etat de la source. En France, la distribution de dividendes (assorti d'un avoir fiscal égal à 50% du montant du dividende) à des résidents belges entraîne l'application d'une retenue à la source, au taux de 15% en vertu de la convention fiscale. En Belgique, les dividendes, quelle que soit leur source, font l'objet d'une imposition au taux de 25%. Les requérants demandaient l'imputation de la retenue à la source en vertu de la convention fiscale⁴⁶⁹ mais à la suite d'une modification législative en Belgique cela leur avait été refusé (l'imputation de la quotité forfaitaire d'impôt étranger déductible en vertu de la législation belge ayant été supprimée). La Cour estima que dans ces circonstances, la Belgique appliquait la même règle à des situations comparables car elle imposait au même taux les dividendes qu'ils fussent domestiques ou européens. Le fait que la France ait exercé sa compétence fiscale sur ces dividendes ne pouvait être reproché à l'Etat belge qui exerçait sa compétence fiscale d'Etat de la résidence ce qui l'autorisait à imposer ses résidents sur leur revenu mondial⁴⁷⁰. Appliquant le même taux d'imposition aux dividendes quelle que soit leur provenance, il n'y avait pas de discrimination. Et de conclure que toute conséquence défavorable ne serait que la conséquence de « l'exercice parallèle par deux Etats membres de leur compétence fiscale »⁴⁷¹.

Dans cette affaire, les requérants faisaient face à une situation de fragmentation de la base imposable. La situation de double imposition (juridique) aurait cependant pu être évitée si la France avait été poursuivie. En effet, en qualité d'Etat de la source, et

⁴⁶⁸ CJCE 14 novembre 2006, aff. C-513/04, *Kerckhaert et Morres*, préc. Il est important de préciser qu'il s'agit d'un arrêt de Grande chambre. Cette affaire est à rapprocher de l'affaire *Damseaux* (CJCE 16 juillet 2009, aff. C-128/08, Jacques Damseaux contre Etat belge, Recueil CJCE 2009, I, p. 6823) qui implique les mêmes faits mais avec la prise en compte de la convention fiscale franco-belge, ce que la Cour n'avait pas fait dans la première affaire. Cette prise en compte ne changea en rien à la solution de la Cour qui statua dans le même sens et pour les mêmes raisons que dans l'affaire *Kerckhaert et Morres*, au point que l'affaire fut jugée sans conclusions.

⁴⁶⁹ L'article 19, A, paragraphe 1, de la convention prévoit que, lorsque des dividendes sont payés par une société résidente de la France à un résident de la Belgique autre qu'une société assujettie à l'impôt des sociétés et que ces dividendes ont effectivement supporté en France la retenue à la source, l'impôt dû en Belgique sur leur montant, net de retenue française, sera diminué, d'une part, du précompte mobilier perçu au taux normal et, d'autre part, de la quotité forfaitaire d'impôt étranger déductible dans les conditions fixées par la législation belge, sans que cette quotité puisse être inférieure à 15 % dudit montant net.

⁴⁷⁰ Certes la Cour rappelle qu'en tant qu'Etat de la résidence un Etat membre peut imposer les revenus domestiques et étrangers et qu'il doit imposer les deux catégories de revenus de façon non-discriminatoire. v. points 16 à 19 de l'arrêt.

⁴⁷¹ CJCE 14 novembre 2006, aff. C-513/04, *Kerckhaert et Morres*, préc., point 20.

comme l'a indiqué l'Avocat général GEELHOED dans ses conclusions sous l'affaire *ACT*, elle n'aurait pu invoquer le manquement aux obligations conventionnelles de la Belgique et aurait été tenue de prendre en compte le traitement dans l'Etat de la résidence dès lors que la législation française conduisait, à l'époque des faits, à l'élimination de toute double imposition⁴⁷² mais aussi à étendre l'exercice de sa compétence fiscale sur les non-résidents. Ainsi, depuis la France, les résidents de cette dernière étaient mieux traités que les non-résidents, et notamment de Belgique à la suite du changement législatif⁴⁷³.

L'arrêt *Denkavit*⁴⁷⁴ confirma cette position. En effet, dans cette question préjudicielle soumise à la Cour, la France était encore l'Etat de la source des dividendes, mais elle était poursuivie par une société mère néerlandaise qui percevait des dividendes de source française, il s'agissait donc de dividendes sortants. Ces derniers avaient fait l'objet d'une retenue à la source au taux de 5% en vertu de la convention fiscale franco-hollandaise. Mais la législation fiscale française prévoit une exonération totale des dividendes versés entre sociétés résidentes (sous certaines conditions que la société mère néerlandaise remplissait également, sauf celle de résidence). La Cour y vit une restriction à l'entrée, car la France appliquait deux règles différentes à des situations comparables en raison de l'exercice de la compétence fiscale de la France sur les actionnaires résidents et non-résidents. La France invoqua la convention fiscale en vertu de laquelle c'est à l'Etat de la résidence qu'il appartient de supprimer la double imposition. En effet, la convention fiscale franco-néerlandaise prévoit qu'il appartient à cet Etat d'imputer la retenue à la source (en l'espèce française) sur l'impôt qu'il prélève sur les dividendes perçus par ses sociétés résidentes et qui proviennent de France. Or, les Pays-Bas avaient modifié leur législation pour passer d'un régime d'imposition des dividendes avec imputation de l'impôt sur les sociétés sous-jacent à un régime d'exonération des dividendes sous condition de participation. Dès lors, le crédit d'impôt conventionnel n'était plus imputable en Hollande. Constatant que la différence de traitement résultait de la seule législation fiscale

⁴⁷² Par l'octroi d'un avoir fiscal qui venait s'imputer sur l'impôt dû par le bénéficiaire de dividendes versés par une société française de manière à compenser l'impôt sur les sociétés qui avait frappé les bénéfices ayant servi à la distribution.

⁴⁷³ V. en ce sens DASSESSE Marc, L'arrêt Damseaux : On s'est trompé de cible ! La critique doit viser la France et non la Belgique, *ACE : comptabilité, fiscalité, audit, droit des affaires au Luxembourg* octobre 2009 n°39, pp. 20 à 27 ; DASSESSE Marc, Double Taxation of Foreign Dividends: The Damseaux Case Aiming at the Wrong Target! Criticism Should Be Directed towards France and Not Belgium, *ECTR* 2010, Volume 19, n°3, pp. 117 à 122.

⁴⁷⁴ CJCE 14 décembre 2006, aff. C-170/05, *Denkavit*, préc.

française, la Cour rejeta l'argument tiré de la convention dès lors que celle-ci était inopérante dans les faits pour supprimer la double imposition économique. Et la France ne pouvait exciper de l'inexécution des obligations conventionnelles néerlandaises pour se soustraire aux obligations qui lui incombent en vertu des Traités.

Dans une autre affaire de dividendes sortants, l'affaire *ACT*⁴⁷⁵, le Royaume-Uni en tant qu'Etat d'accueil ne fut pas sanctionné pour sa législation interne. A l'époque des faits ladite législation impliquait qu'une société résidente qui versait des dividendes à ses actionnaires devait procéder au paiement anticipé de l'impôt sur les sociétés (*advance corporation tax*, ci-après l'ACT) calculé sur le montant ou la valeur de la distribution effectuée. Une société avait le droit d'imputer l'ACT payé au titre d'une distribution réalisée au cours d'un exercice comptable donné sur le montant dont elle était redevable au titre de l'impôt sur les sociétés (*mainstream corporation tax*) pour cet exercice, dans une certaine limite⁴⁷⁶. En cas de distributions entre sociétés résidentes, la société bénéficiaire n'était pas soumise à l'impôt sur les sociétés au titre de ces dividendes et si ces derniers avaient subi l'ACT, la société résidente bénéficiaire avait droit à un crédit d'impôt correspondant à la fraction du montant de l'ACT versé par la première société⁴⁷⁷. En cas de paiement de dividendes à un résident personne physique du Royaume-Uni, ce dernier avait droit à un crédit d'impôt pour l'ACT sous-jacent payé par la société distributrice (éliminant la double imposition économique engendrée par l'impôt sur le revenu). Au contraire, et par principe, les sociétés non-résidentes n'avaient droit à aucun crédit d'impôt octroyé par le Trésor britannique. Mais, dans le même temps, ces sociétés non-résidents étaient exonérées de toute imposition sur les dividendes au Royaume-Uni. Si, par exception prévue par une convention fiscale, un non-résident avait droit au versement d'un crédit d'impôt au titre de l'ACT, alors le dividende qui lui était versé faisait également l'objet d'une retenue à la source britannique.

⁴⁷⁵ Il s'agit également d'un arrêt rendu en Grande chambre.

⁴⁷⁶ Si la dette fiscale d'une société au titre de l'impôt sur les sociétés était insuffisante pour permettre l'imputation intégrale de l'ACT, l'excédent d'ACT pouvait être transféré soit sur un exercice antérieur ou ultérieur, soit aux filiales de cette société qui pouvaient l'imputer sur le montant dont elles-mêmes étaient redevables au titre de l'impôt sur les sociétés. Les filiales auxquelles l'ACT excédentaire pouvait être transféré ne pouvaient être que des filiales résidentes du Royaume-Uni. V. arrêt *ACT* préc., points 6 à 8.

⁴⁷⁷ Il convient en outre de préciser qu'une société résidant au Royaume-Uni qui recevait d'une autre société résidente des dividendes qui avaient ouvert droit au crédit d'impôt, pouvait reprendre le montant d'ACT acquitté par cette autre société et

Rappelant la différence des obligations entre l'Etat de la source et l'Etat de la résidence, la Cour estima que seul ce dernier doit traiter les dividendes domestiques et étrangers de la même manière au regard de l'élimination de la double imposition (économique) quand ils sont versés à ses résidents. Au contraire, l'Etat de la source n'est pas dans la même situation. Exiger de lui qu'il élimine la double imposition impliquerait qu'il renonce à toute imposition des revenus générés sur son territoire. En outre, au regard de l'élimination de la double imposition économique frappant l'actionnaire final par l'octroi d'un avantage fiscal, c'est généralement l'Etat de la résidence qui est le mieux à même de déterminer sa capacité contributive.

La Cour releva que la différence de traitement résultait du fait qu'en vertu de la législation anglaise, une société résidente qui recevait et redistribuait un dividende à un résident actionnaire final accordait à ce dernier un crédit d'impôt, qu'elle refusait à une société non-résidente. Mais elle considéra que la situation d'un Etat membre agissant en qualité d'Etat de la source du dividende et de la résidence de l'actionnaire final n'est pas comparable à celle d'un Etat membre qui n'agit qu'en qualité d'Etat de la source. Ce dernier n'est pas obligé d'appliquer le même traitement fiscal aux dividendes reçus par un résident et à ceux reçus par un non-résident actionnaire final. Cela résulte du fait que l'Etat de la source n'a qu'une compétence fiscale limitée en ce qui concerne les non-résidents, ce qui n'est pas le cas de leur Etat de résidence.

Cependant, si un Etat membre décide unilatéralement ou par voie conventionnelle d'imposer également les actionnaires non-résidents en raison des dividendes qu'ils reçoivent d'une société résidente, alors ce non-résident est dans une situation comparable à celle d'un résident⁴⁷⁸. Dans ces conditions l'Etat de la source doit s'assurer que les sociétés actionnaires non-résidentes sont sujettes au même

le déduire du montant d'ACT qu'elle-même devait payer lorsqu'elle procéda à une distribution de dividendes à ses propres actionnaires, de sorte qu'elle n'acquittait l'ACT que pour le surplus. V. arrêt *ACT* préc., points 9 à 11.

⁴⁷⁸ Cependant dans cette hypothèse, la Cour rappelle que lorsqu'« une société résidente d'un Etat membre verse des dividendes à une société résidant dans un autre Etat membre et que les actionnaires de cette dernière société, quant à eux, résident dans ce premier Etat, qu'il incombe à celui-ci, en tant qu'Etat de résidence desdits actionnaires, conformément au principe énoncé dans les arrêts précités *Lenz* et *Manninen*, tel que rappelé au point 55 du présent arrêt, de veiller à ce que les dividendes perçus par ces actionnaires d'une société non-résidente soient soumis à un traitement fiscal équivalent à celui réservé aux dividendes perçus par un actionnaire résident d'une société résidente » CJCE 12 décembre 2006, aff. C-374/04, *ACT*, préc., point 66. Au point suivant elle rappelle cependant que « l'obligation qui incombe, dans un tel cas, à un Etat membre agissant en sa qualité d'Etat de résidence de l'actionnaire final ne fait pas l'objet des questions posées par la juridiction de renvoi ».

traitement fiscal que les sociétés résidentes⁴⁷⁹. Ainsi, en raison des conventions fiscales signées par le Royaume-Uni, il est possible que la législation fiscale anglaise ait généré une restriction à l'entrée (comme dans l'affaire *Denkavit*). Car il est discriminatoire d'octroyer un crédit d'impôt sur les dividendes domestiques versés à des actionnaires résidents personnes morales, et de le refuser aux actionnaires non-résidents (imposés dans l'Etat de la source).

Hormis ces hypothèses résultant des conventions fiscales, la législation britannique ne constituait pas une restriction. Lorsque le Royaume-Uni imposait l'actionnaire final elle lui accordait un crédit d'impôt au titre de l'impôt sur le revenu payé sur ce revenu au Trésor britannique. Au contraire, si l'actionnaire final était un non-résident, aucun impôt sur le revenu n'était dû, il n'était donc pas nécessaire de prévoir un crédit d'impôt. Dans ce système, tout désavantage n'était que la conséquence de variations ou différences entre les systèmes fiscaux et de la répartition du pouvoir d'imposition entre des systèmes nationaux, mais pas d'une application discriminatoire par le Royaume-Uni de ses propres règles fiscales à des contribuables relevant de sa compétence fiscale⁴⁸⁰. La circonstance que ces bénéficiaires de source anglaise puissent être imposés une nouvelle fois dans l'Etat de résidence de la société mère non-résidente (double imposition économique) et dans celui de l'actionnaire final (triple imposition économique) n'est que la résultante du droit de priorité dans l'imposition qu'a le Royaume-Uni en qualité d'Etat de la source⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Ibid. point 70 et 71 : « si l'Etat membre de résidence de la société génératrice des bénéfices à distribuer décide d'exercer sa compétence fiscale non seulement sur les bénéfices générés dans cet Etat, mais également sur le revenu provenant dudit Etat perçu par les sociétés bénéficiaires non-résidentes, c'est le seul exercice par ce même Etat de sa compétence fiscale qui, indépendamment de toute imposition dans un autre Etat membre, engendre un risque d'imposition en chaîne. En pareil cas, pour que les sociétés bénéficiaires non-résidentes ne soient pas confrontées à une restriction [aux libertés de circulation prohibées], l'Etat de résidence de la société distributrice doit veiller à ce que, par rapport au mécanisme prévu par son droit national afin de prévenir ou d'atténuer l'imposition en chaîne, les sociétés actionnaires non-résidentes soient soumises à un traitement équivalent à celui dont bénéficient les sociétés actionnaires résidentes. Il appartient à la juridiction nationale d'établir, dans chaque cas, si cette obligation a été respectée, en tenant compte, le cas échéant, des dispositions de la CDI que ledit Etat membre a conclue avec l'Etat de résidence de la société actionnaire (voir, en ce sens, arrêt du 19 janvier 2006, Bouanich, C-265/04, Rec. p. I-923, points 51 à 55) ».

⁴⁸⁰ Conclusions de l'Avocat général GEELHOED présentées le 23 février 2006 dans l'affaire *ACT*, préc., point 80. L'Avocat général poursuit en justifiant cette application non-discriminatoire par le Royaume-Uni : « D'une part, dans le cas de bénéfices distribués par une filiale du Royaume-Uni par l'intermédiaire d'une société mère du Royaume-Uni à des personnes physiques actionnaires résidentes du Royaume-Uni, le Royaume-Uni exerce un pouvoir d'imposition (universel) à chacun de ces trois stades. Dans l'exercice de ce pouvoir, comme nous l'avons décrit ci-dessus, le Royaume-Uni a choisi d'atténuer la double imposition économique sur la distribution de bénéfices de filiales a) en accordant un crédit d'impôt à la société mère du Royaume-Uni pour garantir que l'ACT ne soit payée qu'une seule fois sur ces bénéfices et b) en accordant un crédit d'impôt à l'actionnaire résident du Royaume-Uni qui atténue tout ou partie de l'impôt sur le revenu au Royaume-Uni. D'autre part, dans le cas de bénéfices distribués par une filiale du Royaume-Uni par l'intermédiaire d'une société mère non-résidente du Royaume-Uni à une personne physique actionnaire, le Royaume-Uni exerce en principe sa compétence (territoriale) d'Etat de la source ».

⁴⁸¹ Bien entendu, pour les résidents du Royaume-Uni qui étaient actionnaires de sociétés non-résidentes et qui percevaient et versaient à ces actionnaires des dividendes de source anglaise, le Royaume-Uni était tenu d'appliquer un traitement non-

Enfin dans une dernière affaire, l'affaire *FII*⁴⁸², c'est encore la législation fiscale britannique en matière d'imposition des dividendes qui a été contestée mais en ce qu'elle concernait des dividendes entrants et en tant que législation de l'Etat de la résidence.

Une société mère résidente du Royaume-Uni qui recevait des dividendes qui avaient été soumis à l'ACT pouvaient imputer l'ACT qu'elle avait elle-même à payer sur les autres distributions de dividendes, faisant que l'ACT n'était payé que sur le surplus de dividendes. Le dividende reçu assorti de l'ACT formaient ensemble un revenu d'investissement exonéré (*franked investment income*, ci-après le FII). Une société actionnaire résidente était également exonérée d'impôt sur les dividendes reçu d'une autre société résidente tandis qu'un actionnaire personne physique résident était soumis à l'impôt sur les dividendes domestiques mais pouvait imputer l'ACT payé et obtenir un remboursement si l'ACT excédait le montant d'impôt sur le revenu dû.

Les dividendes perçus par une société résidente d'une société résidente étaient intégralement soumis à l'impôt sur les sociétés au Royaume-Uni sans crédit d'impôt et ce dividende ne constituait pas un FII. Cependant, la législation nationale et certaines conventions fiscales permettaient que les impôts étrangers puissent être imputés sur l'impôt sur les sociétés britannique. Si la société qui recevait le dividende contrôlait directement ou indirectement, ou était la filiale d'une société qui contrôlait (directement ou indirectement) 10% ou plus des droits de vote de la société distributrice, l'imputation était étendue aux impôts sur les sociétés étrangers qui avaient frappé les bénéfices distribués, mais dans la limite de l'impôt sur les sociétés du Royaume-Uni. Dans le cas où pour une société résidente l'ACT n'était pas déductible de ses impôts dus, la réglementation anglaise prévoyait un report en avant ou en arrière et la possibilité de transmettre cet excès d'ACT aux autres membres du groupe, à la condition que le groupe en question soit imposé au Royaume-Uni et qu'il ne soit composé que de sociétés résidentes.

discriminatoire à ces dividendes et d'éliminer la double imposition économique, comme il le faisait dans une situation purement interne en vertu de sa législation (octroyer à ses résidents un crédit d'impôt), car il agissait alors aussi en qualité d'Etat de la résidence des actionnaires finaux.

Le droit fiscal anglais prévoyait également la possibilité pour les sociétés résidentes d'opter pour le paiement d'un dividende de revenu étranger (*foreign income dividend*, ci-après le FID) à leurs actionnaires. Une société anglaise qui recevait des dividendes de source étrangère pouvait décider d'opter pour qu'ils soient traités comme tels lors du repaiement à ses actionnaires. La société devait payer l'ACT sur ce FID et elle pouvait demander un remboursement du surplus d'ACT, mais seulement dans la mesure où les dividendes payés aux actionnaires correspondaient au montant des dividendes de source étrangère. Les actionnaires personnes physiques qui recevaient ce FID n'avaient pas droit à un crédit d'impôt car ils étaient considérés comme ayant reçu un revenu ayant été soumis à un impôt au taux plus faible. Quant aux actionnaires bénéficiaires de FID qui étaient exonérés fiscalement (fonds de pension du Royaume-Uni par exemple) ils ne recevaient pas de crédit d'impôt.

Sur la question de l'exonération des dividendes domestiques et l'application d'un crédit d'impôt pour les dividendes de source étrangère, la Cour a distingué le cas où la participation est de 10% ou plus. Dans ce premier cas elle a estimé que les Etats membres étaient libres de déterminer quelles méthodes adopter pour éliminer ou atténuer la double imposition économique (ou en cascade)⁴⁸³. Ce faisant ils ne doivent pas traiter moins favorablement les dividendes de source étrangère que ceux d'origine domestique. Un Etat membre respectera ses obligations européennes, s'il exonère les dividendes domestiques et octroie un crédit d'impôt intégral pour les impôts payés à l'étranger (quand le taux d'imposition dans l'autre Etat est plus faible que le sien) ou lorsqu'il octroie un crédit d'impôt limité au montant de son propre impôt (quand le taux d'imposition dans l'autre Etat est plus élevé que le sien). Toute charge administrative supplémentaire engendrée par le système de l'imputation par rapport à celui de l'exemption étant inhérente à ce système « ne peut être considéré comme une différence de traitement contraire à la liberté d'établissement »⁴⁸⁴. Il s'agit là d'une conséquence inévitable de la juxtaposition de systèmes fiscaux nationaux distincts

⁴⁸² CJCE 12 décembre 2006, aff. C-446/04, FII, préc. Il s'agit là encore d'un arrêt de Grande chambre.

⁴⁸³ La Cour rappelle d'ailleurs que la directive mères-filiales laisse le choix entre imputation et exonération. CJCE 12 décembre 2006, aff. C-446/04, FII, préc., point 44.

⁴⁸⁴ CJCE 12 décembre 2006, aff. C-446/04, FII, préc., point 53.

avec une administration et des procédures spécifiques. C'est l'une des quasi-restrictions identifiées par l'Avocat général GEELHOED⁴⁸⁵.

En revanche, pour les dividendes payés dans le cadre d'une participation inférieure à 10%, la différence de traitement constituait une restriction à la libre circulation des capitaux. Les deux catégories de dividendes faisaient l'objet d'une imposition en cascade atténuée pour ceux de source domestique par la méthode de l'exemption entre les mains de l'actionnaire. Au contraire, ceux recevant des dividendes de source étrangère ne recevaient qu'un crédit d'impôt pour la retenue à la source pratiquée mais aucune mesure n'était prévue pour l'imposition en cascade résultant de l'impôt sur les sociétés qui avait frappé les bénéficiaires sous-jacents (objets de la distribution) au niveau de la société distributrice et de l'impôt frappant l'actionnaire. La Cour rejeta les arguments avancés par le Royaume-Uni⁴⁸⁶.

En ce qui concerne l'ACT dû sur les redistributions de dividendes de source étrangère alors qu'il était créditable pour les redistributions de dividendes domestiques, la Cour y vit un désavantage de trésorerie à l'encontre des dividendes étrangers. Une société résidente recevant de tels dividendes étant comparable à une autre qui reçoit des dividendes domestiques dans le cadre d'un régime d'atténuation des impositions en cascade, la Cour suivit son Avocat général en ce que l'ACT constituait un paiement anticipé de l'impôt sur les sociétés et que les bénéficiaires étrangers distribués avaient eux aussi été soumis à l'impôt sur les sociétés dans l'Etat de la résidence de la société distributrice. Cette différence de traitement entre les deux catégories de dividendes est une restriction prohibée aux libertés de circulation⁴⁸⁷ car elle résulte bien de la seule application de la législation britannique, application qui est discriminatoire.

En ce qui concerne la réduction d'impôt sur les sociétés du fait du crédit d'impôt et de l'impossibilité de transférer l'ACT aux filiales non-résidentes, la Cour a rejeté

⁴⁸⁵ Conclusions de l'Avocat général GEELHOED présentées le 23 février 2006 dans l'affaire *ACT*, préc., point 42 ; Conclusions de l'Avocat général GEELHOED présentées le 6 avril 2006 dans l'affaire *FII*, préc., point 53.

⁴⁸⁶ Arguments qui étaient, d'une part, la difficulté d'identifier les impôts payés à l'étranger et, d'autre part, le fait que le régime britannique était plus favorable au MOCDE et à la directive mères-filiales en prévoyant un taux de 10% alors que ces derniers prévoient un taux de 25% pour la participation (à l'époque des faits). CJCE 12 décembre 2006, aff. C-446/04, *FII*, préc., points 66 à 71.

⁴⁸⁷ CJCE 12 décembre 2006, aff. C-446/04, *FII*, préc., points 75 à 98. Et comme les plaignants avaient attaqué l'ACT sur le fondement de l'article 6 de la directive mères-filiales, la CJUE conclua que l'ACT n'était pas une retenue à la source et donc n'était pas contraire à la directive (points 99 à 111).

l'existence d'une différence de traitement fondée sur le dégrèvement accordé aux dividendes étrangers sous la forme d'un crédit d'impôt imputable sur l'impôt sur les sociétés (*mainstream corporation tax*) - et venant donc le réduire - , qui pouvait être également réduit par l'ACT payé lors d'une distribution de dividendes ultérieure aux actionnaires d'une société résidente. Pour la Cour il n'y avait pas là de discrimination car l'excédent d'ACT aurait pu aussi survenir lorsqu'une société mère ne recevait que des dividendes de source domestique ; ce qui impliquait qu'il n'y avait pas de preuve de différence de traitement désavantageuse⁴⁸⁸. Quant à l'impossibilité de transférer le surplus d'ACT à une société non-résidente pour qu'il puisse être déduit des impôts dus par ce non-résident à raison de ses activités britanniques, il s'agissait là d'une différence de traitement prohibée⁴⁸⁹.

Enfin, en ce qui concerne la légalité du régime FID, la Cour a considéré qu'il traitait les sociétés résidentes qui recevaient des dividendes de source étrangère de manière défavorable de deux manières. En premier lieu, le fait que ces sociétés aient eu à payer l'ACT d'abord puis à en réclamer le remboursement, constituait un désavantage de trésorerie dont ne souffraient pas les dividendes domestiques. En second lieu, les actionnaires qui recevaient des dividendes dans le cadre du régime FID n'avaient pas droit à un crédit d'impôt, ce qui aurait pu conduire à ce que le contribuable n'obtenait pas de remboursement quand il était exonéré d'impôt ou lorsque cet impôt sur le revenu était plus faible que le taux le plus faible applicable aux dividendes. La comparabilité était établie au regard de l'objectif d'élimination de l'imposition en cascade, faisant que la législation du Royaume-Uni créait une restriction non-justifiée⁴⁹⁰.

Ces arrêts illustrent aussi bien l'intérêt de la doctrine élaborée par l'Avocat général GEELHOED, qui a pu l'appliquer dans ces quatre affaires, dans la découverte d'une restriction authentique mais ils démontrent aussi la complexité des situations présentées à la Cour surtout quand il s'agit de prendre en compte la situation dans sa

⁴⁸⁸ CJCE 12 décembre 2006, aff. C-446/04, FII, préc., points 120 à 128.

⁴⁸⁹ Ibid., points 129 à 134.

⁴⁹⁰ Ibid., points 140 à 173.

globalité⁴⁹¹. Bien qu'elle constitue un apport non-négligeable en vue d'introduire un certain équilibre dans la jurisprudence de la Cour et une méthode dans l'analyse conduite par la Cour, la distinction entre restrictions et quasi-restrictions conserve une certaine imperfection pouvant aboutir à des solutions qui manquent aussi bien de cohérence que de neutralité.

Section 2 : Une appréhension imparfaite de la notion de disparités fiscales et un défaut de cohérence dans la neutralité exigée des Etats membres

Il est possible d'identifier au moins deux séries de critiques à l'analyse suivie par la Cour. La première repose sur les limites même des notions et de la méthode employée par la Cour (§1) et la seconde sur les contradictions engendrées par les solutions adoptées (§2).

§1- L'acception prima facie des situations de quasi-restriction et les faiblesses méthodologiques de l'approche prétorienne

La première critique qui peut être adressée à la Cour repose sur son appréhension de la notion de disparité (A) qui paraît trop réductrice et ne semble pas être compensée par le choix de la méthodologie suivie (B).

A. L'existence d'une situation fiscale nette avantageuse : une fausse disparité

En vertu de la notion de quasi-restriction, il est désormais admis par la Cour que toute situation où la charge fiscale est plus élevée que dans une autre situation comparable, ne sont pas nécessairement une atteinte prohibée aux Traités. Ayant admis

⁴⁹¹ La complexité est d'ailleurs telle que pour la dernière affaire, *FII*, les juridictions nationales ont effectué un nouveau renvoi devant la Cour afin de lui demander, d'une part, des éclaircissements sur certains aspects de sa solution et, d'autre part, afin de lui soumettre des hypothèses introduisant pour certaines une nouvelle variable par rapport aux cas déjà soumis. V. demande de décision préjudicielle présentée par la High Court of Justice (England and Wales) (Chancery Division) (Royaume-Uni) le 21 janvier 2011 - *Test Claimants in the FII Group Litigation / Commissioners of Inland Revenue, Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs*, aff. C-35/11, *JOUE* du 2 avril 2011, n° C 103, pp. 15 et 16.

l'autonomie fiscale des Etats membres, elle a implicitement admis que les disparités fiscales ne violent pas le principe d'imposition discriminatoire au sens large⁴⁹².

Cette approche mesurée et conforme à la réalité du Marché intérieur de la fiscalité occulte néanmoins un autre aspect. Les disparités fiscales peuvent également engendrer une situation d'avantage fiscal en termes de charge totale, ce qui masque alors le fait que l'un des deux Etats peut en réalité avoir créé une discrimination prohibée. Il y a en quelque sorte compensation de la discrimination engendrée par un Etat en raison de l'avantage conféré par un autre. La Cour a, dès les débuts de sa jurisprudence fiscale, établi qu'un Etat membre ne pouvait justifier le désavantage créé par sa législation en soutenant que l'autre Etat compenserait ce désavantage⁴⁹³.

Dans cette hypothèse, la charge fiscale totale peut être la même ou inférieure à celle qu'une situation purement interne aurait donnée. Par exemple, un Etat agissant en qualité d'Etat de la source peut octroyer un crédit d'impôt aux dividendes sortants afin que, même après imposition par l'Etat de la résidence, le bénéficiaire des dividendes ne souffre pas d'un désavantage fiscal net, voire qu'il soit dans une situation plus favorable que s'il était dans une situation purement interne. Peu ou prou, telle était la situation en cause dans l'affaire *Kerckhaert et Morres* (v. supra). La Belgique impose indistinctement les dividendes au taux de 25%. Les requérants ont estimé qu'il s'agissait d'une discrimination mais en raison du crédit d'impôt français attaché aux dividendes, M. Kerckhaert et Mme Morres conservaient une proportion plus importante du profit après impôt en comparaison de ce qu'ils auraient conservé avec des dividendes domestiques. L'Avocat général GEELHOED dans ces circonstances, ne voyant pas de désavantage fiscal net, avait conclu à l'absence de discrimination. Bien que la Cour ne reprenne pas explicitement le raisonnement de son Avocat général, il semblerait que l'impossibilité de constater un désavantage fiscal net ait empêché la Cour de voir en quoi la Belgique avait violé ses obligations qui découlent des Traités en soumettant de manière systématique les dividendes de source étrangère à une imposition globale supérieure à celle des dividendes domestiques du fait de sa législation nationale.

⁴⁹² MASON Ruth, *Made in America for European Tax: The Internal Consistency Test*, préc., p. 1290.

Cette faille dans l'analyse de la Cour semble également résulter de la méthodologie qu'elle emploie.

B. L'approche par pays ou l'approche globale

Quand ils sont accusés de discrimination (au sens large) envers des non-résidents, les Etats membres avancent souvent que ces derniers bénéficient d'un avantage compensatoire dans leur Etat de résidence. C'était notamment le cas dans l'affaire *Eurowings*⁴⁹⁴ où la Cour avait rejeté une justification tirée du fait que la discrimination exercée contre un non-résident était compensée par une imposition plus faible à sa résidence. La Cour de justice avait examiné la situation en adoptant une analyse dite par pays, en vertu de laquelle la situation fiscale dans l'Etat de la résidence est sans incidence sur le point de savoir si l'Etat de la source opère ou non une discrimination.

Cette approche a été fortement critiquée par les Professeurs Michael GRAETZ et Alvin WARREN. Ces auteurs commencent par rappeler le processus de découverte par la Cour d'une imposition discriminatoire se décompose en trois étapes. En premier lieu, établir que contribuables domestiques et étrangers sont dans une situation comparable. En deuxième lieu, établir qu'il y a une différence de traitement fiscal. Enfin, établir que les autres différences entre contribuables résidents et non-résidents ne sont pas pertinentes. Or, dans les affaires *Avoir fiscal* et *Saint-Gobain ZN*, les conclusions dépendent de deux postulats fondamentaux. Tout d'abord, que le bon comparable dans la première étape était une société domestique qui recevait le même dividende qu'une succursale d'une société étrangère et, en second, que l'opération pertinente était l'appréhension de dividendes. Si au contraire la Cour avait considéré que la bonne opération était le flux de revenu de la filiale à la société mère, elle aurait pu conclure qu'une société résidente n'était pas comparable à la succursale d'une société non-résidente, car la fin du flux n'est taxable par l'Etat en cause que dans le cas où le bénéficiaire est un résident. Le fait que la Cour considère que tout

⁴⁹³ V. le point 17 de l'affaire de l'*Avoir fiscal*.

⁴⁹⁴ CJCE 26 octobre 1999, aff. C-294/97, *Eurowings Luftverkehrs AG* contre *Finanzamt Dortmund-Unna*, Recueil CJCE 1999, I, p. 7447.

autre élément venant compenser ce désavantage n'est pas pertinent n'est lui-même pertinent que parce que la Cour décide que cet autre élément se situe dans la troisième étape et pas dans la première. Mais elle n'explique pas pourquoi elle place certains éléments dans la troisième ou la première étape.⁴⁹⁵

De même, dans l'affaire *Verkooijen*, où étaient en cause des dividendes entrants, la Cour énonce que l'imposition sur les sociétés dans l'Etat de la source du dividende n'est pas pertinente pour analyser la situation d'un résident qui est imposé sur ces dividendes dans son Etat (alors qu'il est exonéré pour les dividendes de source nationale), car il s'agit de deux impositions différentes sans lien direct portant sur des contribuables différents. Là encore, la Cour n'a pas expliqué pourquoi elle a considéré sans importance l'imposition des bénéfices au niveau de la société distributrice. La Cour a opposé le même argument dans l'affaire *Lenz*⁴⁹⁶. En raison de l'imposition par l'Autriche des dividendes entrants, il y avait un risque qu'ils soient l'objet d'une double imposition économique. Dès lors, que cet Etat membre n'imposait pas les dividendes domestiques, il ne pouvait réserver aux dividendes européens (entrants) un traitement différent.⁴⁹⁷

Dans d'autres affaires, et il semblerait de manière plus systématique à présent, la Cour a adopté la méthode opposée, qualifiée de globale, qui consiste à prendre en compte la situation fiscale aussi bien dans l'Etat mis en cause que dans l'autre Etat afin de déterminer si le premier Etat a violé le droit communautaire. L'arrêt *Manninen*⁴⁹⁸ est un parfait exemple du recours à cette méthode. En effet, c'est en adoptant cette méthode que la Cour est arrivée à la conclusion que dividendes domestiques et dividendes entrants sont dans une situation comparable dans le cadre d'un régime d'élimination de la double imposition juridique (chaque catégorie est soumise à l'impôt sur les sociétés, l'une dans un Etat et l'autre dans l'autre Etat) et qu'il appartenait à la Finlande de prendre en compte l'impôt sur les sociétés étranger en l'imputant sur l'impôt prélevé au niveau de ses résidents, comme elle le fait avec

⁴⁹⁵ GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., *Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy*, préc., pp. 20 et 21.

⁴⁹⁶ CJCE 15 juillet 2004, aff. C-315/02, *Lenz*, préc. Les dividendes domestiques versés à une personne physique bénéficient soit d'une imposition au taux de 25%, soit sont assujettis au barème progressif (taux maximum de 50%) avec cependant une réduction de taux, tandis que les dividendes étrangers sont toujours imposés au barème progressif (sans réduction de taux).

⁴⁹⁷ GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., *Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy*, préc., pp. 22 et 23.

les dividendes domestiques⁴⁹⁹. De même, dans l'affaire *Marks & Spencer* c'est en considérant la situation dans l'Etat de la filiale, et dès lors que dans cet Etat il n'était plus possible d'imputer les pertes, que la Cour a décidé que l'Etat de résidence de la société mère devait permettre l'imputation de la perte étrangère. Ce faisant, les obligations d'un Etat étaient conditionnées par le traitement fiscal dans l'autre Etat.

En mettant de côté le fait que la Cour oscille entre les deux méthodes, que parfois elle n'applique pas la méthode globale de la même façon⁵⁰⁰ et sur les risques que cela peut engendrer en termes de sécurité juridique, il convient de rappeler que l'Avocat général GEELHOED avait marqué sa préférence pour la méthode globale, qui seule permettrait d'appréhender la situation fiscale dans son ensemble⁵⁰¹. Pourtant, le Professeur Ruth MASON, sans défendre l'approche par pays⁵⁰², explique en quoi l'approche globale souffre de plusieurs écueils. En premier lieu, cette méthode accroît l'insécurité juridique du fait de la perspective élargie de la Cour. En effet, cette dernière est souvent amenée à examiner la législation d'un Etat qui n'est pas partie à la procédure, et doit s'en remettre à la Commission, à l'Etat défendeur et au requérant pour avoir connaissance des conséquences fiscales dans l'autre Etat. Dès lors, une solution énoncée par la Cour ne pourra être considérée comme fiable que si la législation étrangère lui a été décrite de manière précise et pertinente⁵⁰³.

Par ailleurs, si les Etats membres sont libres de déterminer leurs propres règles en matière de fiscalité, il paraît juste qu'ils ne soient sanctionnés qu'en raison des conséquences de celles-ci et pas de la dynamique engendrée par l'interaction avec vingt-six autres ordres juridiques. Cependant, et cela milite en faveur de l'approche

⁴⁹⁸ CJCE 7 septembre 2004, aff. C-319/02, Petri Manninen, préc.

⁴⁹⁹ GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., *Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy*, préc., p. 24.

⁵⁰⁰ Parfois la Cour analyse la législation de l'autre Etat et parfois elle spéculé sur ce que pourrait être la loi dans l'autre Etat et tranche le litige en s'appuyant sur ces hypothèses (v. par ex. CJCE 28 janvier 1992, aff. C-204/90, Bachmann préc., où la Cour énonce que l'Etat d'accueil discrimine en postulant que l'Etat de la résidence du contribuable imposera le revenu en cause, sans examiner la législation dudit Etat ; CJCE 7 septembre 2004, aff. C-319/02, Petri Manninen, préc., où la Cour estime que l'Etat de la résidence discrimine en s'appuyant sur la certitude établie de l'imposition à l'impôt sur les sociétés dans l'Etat de la source).

⁵⁰¹ V. aussi en faveur de cette méthode notamment : BOND Stephen, GAMMIE Malcolm, MOKKAS Socrates ; *Corporate Income Taxes in the EU: An Economic Assessment of the Role of the ECJ*, Research Paper présenté le 24 avril 2006 au European Tax Policy Forum, lors du ETPF Research Phase 1, *The effects of international taxation on business*. Disponible sur : <http://www.etpf.org/papers/16ecj.pdf> ; GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., *Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy*, préc., pp. 18 à 26.

⁵⁰² MASON Ruth, *Made in America for European Tax: The Internal Consistency Test*, préc., pp. 1304 à 1306.

⁵⁰³ Ibid., pp. 1306 et 1307.

globale, le résultat d'une affaire dépend le plus souvent des conséquences de la situation fiscale transfrontalière dans l'autre Etat. Cela peut donc conduire à ce que les règles d'un Etat défendeur puissent être considérées comme discriminatoires vis-à-vis des résidents de certains Etats membres et pas d'autres⁵⁰⁴.

Ainsi, le critère employé par la Cour pour identifier les restrictions authentiques ne lui permet cependant pas de les découvrir en l'absence de situation désavantageuse. Cet écueil paraît loin d'être corrigé par sa méthode d'analyse qui, elle-même, souffre de plusieurs critiques. Mais plus gravement, il apparaît surtout que les solutions de la Cour induisent des obligations contraires pour les Etats membres en matière de politique fiscale.

§2- Des conséquences contradictoires sur la politique fiscale européenne et la neutralité de l'impôt

Comme l'ont écrit les Professeurs Michael GRAETZ et Alvin WARREN, les décisions de la Cour de justice ont des conséquences directes en matière de politique fiscale pour les Etats membres. Pour s'en convaincre, il suffit de voir le mouvement qui a suivi ou précédé l'arrêt *Manninen* où plusieurs Etats membres ont supprimé leur système d'imputation pour le remplacer par un autre régime d'imposition⁵⁰⁵.

A nouveau l'étude des arrêts de la Cour en matière d'imposition des dividendes s'avère d'une grande pertinence. Comme vu précédemment, les cas traités s'intéressaient à des situations de dividendes entrants (mettant en cause l'Etat de la

⁵⁰⁴ Ibid., pp. 1307 et 1308.

⁵⁰⁵ L'Allemagne a supprimé en 2001 son système d'imputation par un système d'imposition partielle (imposition de seulement 50% du dividende reçu quelle que soit sa source). Et le Royaume-Uni dès 1999 avait supprimé en grande partie son système d'imputation. La France et l'Italie ont également modifié leur système en 2003 pour adopter un régime de taxation partielle des dividendes. V. en ce sens GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., *Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe*, préc., pp. 1211 et 1212 ; GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., *Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy*, préc., p. 17. En ce qui concerne la France la suppression de l'avoir fiscal résulte directement du risque de contentieux mais également de la procédure en cours alors pour l'affaire *Manninen*. M. Philippe MARINI dans son rapport général n°73 tome 3 (Les moyens des services et les dispositions spéciales (Deuxième partie de la loi de finances), fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, dans le cadre de l'élaboration de la loi n°2003-1311 de finances pour 2004, indique ainsi à propos de l'article 66 du projet de loi de finances (réforme du régime fiscal des distributions) : « En ce qui concerne l'avoir fiscal, l'urgence de la réforme serait justifiée par une procédure en cours devant la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) mettant en cause l'avoir fiscal pratiqué en Finlande. Dans l'affaire C-319/02 *Petri Manninen*, la compatibilité de l'avoir fiscal finlandais avec les dispositions européennes relatives à la liberté de circulation des capitaux est en effet contestée en raison de l'exclusion, du bénéfice de l'avoir fiscal, des dividendes perçus par les actionnaires résidents ayant pour origine une société étrangère ».

résidence et posant la question d'une éventuelle discrimination au sens large quant au lieu de destination des investissements) et à des situations de dividendes sortants (mettant en cause l'Etat de la source et posant la question d'une éventuelle discrimination quant au lieu d'origine de l'investissement).

Les Professeurs Michael GRAETZ et Alvin WARREN procèdent à une analyse extrêmement précise de ces arrêts sous l'angle de la politique fiscale. Selon eux, avec l'affaire de l'*Avoir fiscal* la Cour demande à l'Etat de la source d'accorder aux non-résidents les mêmes avantages qu'à ses résidents puisqu'il les impose tous deux sur leurs revenus générés sur son territoire. Puis dans l'affaire *Saint-Gobain ZN*, la Cour exige de l'Etat d'accueil d'accorder les mêmes avantages aux dividendes entrants qui sont perçus par des résidents et des non-résidents dès lors que cet Etat impose les deux catégories de résidents sur les dividendes qu'ils reçoivent. Ainsi, la Cour imposerait l'obligation d'éliminer les discriminations aussi bien pour les dividendes entrants que les dividendes sortants.⁵⁰⁶

Ainsi, en matière de dividendes entrants, et après être revenus sur les arrêts *Verkooijen*, *Lenz* et *Manninen* (v. supra), ces auteurs concluent à la suite de cette dernière décision⁵⁰⁷, que si un Etat membre en qualité d'Etat de la résidence devait jusqu'alors éliminer la double imposition pour ces dividendes comme il le fait avec les dividendes domestiques, sans égard pour le traitement fiscal de ce dividende dans l'autre Etat, il doit à présent adapter son système d'élimination de la double imposition économique à l'autre Etat. En effet, « *according to the Court, if [...] the source country had relieved economic double taxation [...] Finland would have been under no obligation to extend its imputation system to foreign dividends from that country. On the other hand, if the source country had a classical corporate-shareholder economic double taxation system, Finland would be required to provide a shareholder credit* »⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., *Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy*, préc., pp. 18 à 21.

⁵⁰⁷ Cet arrêt sera confirmé par l'arrêt *Meilicke* (CJCE 6 mars 2007, aff. C-292/04, Meilicke, préc.) qui indiquera au point 40 que les arrêts *Lenz* et *Manninen* n'ont fait que confirmer les principes dégagés dans l'arrêt *Verkooijen*.

⁵⁰⁸ GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., *Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy*, préc., p. 25. Traduction libre de l'auteur : « selon la Cour, [...] si l'Etat de la source avait supprimé la double imposition économique [...] la Finlande n'aurait eu aucune obligation d'étendre son système d'imputation aux dividendes étrangers provenant de cet Etat. Au contraire, si l'Etat de la source avait un système de double imposition économique classique des sociétés actionnaires, la Finlande serait requise d'octroyer un crédit d'impôt à l'actionnaire ».

De même, et en ce qui concerne les dividendes sortants, les Professeurs Michael GRAETZ et Alvin WARREN s'intéressent notamment à l'arrêt *Bouanich*. Il est à rappeler que dans cette affaire, la Cour a sanctionné la législation suédoise (Etat de la source) qui traite les rachats d'actions par des non-résidents comme des dividendes (retenue à la source de 30%) et ceux des résidents comme des plus-values (imposition de 30% mais avec déduction des frais d'acquisition). De plus, la Cour a écarté l'argument tiré de la convention fiscale (qui prévoit une imposition dans l'Etat de la résidence de l'actionnaire - la France - au taux de 15% pour les plus-values sur leur valeur nette), tant que la Suède ne prouve pas que, du fait de cette convention, les non-résidents ne sont pas moins bien traités que les résidents. Il en résulte donc que c'est à l'Etat de la source de prendre en compte la situation dans l'Etat de la résidence pour étendre ou non son régime national⁵⁰⁹.

De ces premiers arrêts, les Professeurs Michael GRAETZ et Alvin WARREN en arrivent à la conclusion qu'en présence de dividendes entrants la Cour compare la situation d'un résident qui procède à des investissements domestiques avec celle d'un résident qui investit à l'étranger et qu'elle s'interroge sur le point de savoir si la législation en cause défavorise ce dernier. Si tel est le cas (*Verkooijen*, *Lenz* et *Manninen*) alors c'est une violation des Traités. Il faut donc prohiber les discriminations en fonction du lieu d'investissement. Au contraire, en cas de dividendes sortants, il semblerait que la Cour interdise les discriminations quant au lieu d'origine de l'investissement car elle compare le traitement fiscal d'un investisseur résident avec celui d'un investisseur non-résident (*Bouanich*) et sanctionne la législation de l'Etat de la source si elle traite moins favorablement le non-résident⁵¹⁰.

Avant d'en arriver à une conclusion sur le point de savoir sur quel Etat membre pèsent les obligations de non-discrimination au sens large prôné par la Cour, ces auteurs décident d'analyser les affaires *ACT*, *FII*, *Denkavit* et *Kerckhaert et Morres*.

⁵⁰⁹ GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., *Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy*, préc., p. 29. Ces derniers ajoutent à ce propos que dès lors que la Suède traite les rachats d'actions de ses résidents comme des plus-values, et que les non-résidents ne sont en général pas imposés sur les plus-values d'actions dans l'Etat de la source mais seulement dans leur Etat de résidence (v. article 13§5 du MOCDE), étendre le régime suédois à ces non-résidents pourrait conduire à les exonérer et donc à les traiter plus favorablement que les résidents.

⁵¹⁰ GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., *Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy*, préc., p. 30.

Concernant la première affaire (dividendes sortants), les Professeurs Michael GRAETZ et Alvin WARREN notent que l'Etat de la source n'est pas obligé d'étendre le crédit d'impôt qu'il octroie dans une situation purement interne aux dividendes sortants⁵¹¹. Si cette solution est regardée en conjonction avec celle prononcée dans *Manninen* (dividendes entrants) qui oblige en revanche l'Etat de la résidence à renoncer à son droit d'imposer les activités transfrontalières de ses résidents, alors il se pourrait que la Cour prohibe la discrimination assise sur la destination de l'investissement⁵¹². La décision *FII* pourrait confirmer cette position car dans une affaire d'Etat de la résidence et de dividendes entrants, la Cour affirme l'obligation de l'Etat de la résidence d'éliminer la double imposition sur ce type de dividendes⁵¹³. Pourtant, à la lumière de l'arrêt *Bouanich* ces auteurs émettent des doutes sur cette conclusion. En effet, la Cour y énonce que l'Etat de la source est tenu des mêmes obligations à l'égard des actionnaires non-résidents que des actionnaires résidents.

Deux arrêts viennent encore semer le trouble. Tout d'abord, dans l'affaire *Kerckhaert et Morres* (dividendes entrants) la Cour semble confirmer que l'Etat de la résidence n'a aucune obligation d'éliminer la double imposition juridique internationale. Cependant, comme le souligne son Avocat général (qui cite les affaires *Verkooijen*, *Lenz* et *Manninen*), cet Etat de la résidence doit faire profiter les dividendes étrangers des dispositions nationales visant à éliminer la double imposition⁵¹⁴. Cela veut donc dire que si la charge fiscale supplémentaire qui pèse sur un investissement réalisé par un résident d'un Etat membre dans une entreprise d'un autre Etat membre est due au régime d'élimination de la double imposition économique de l'Etat de la résidence,

⁵¹¹ Il est à noter que dans cette affaire contrairement à l'affaire CJCE 8 mars 2001, aff. jointes C-397/98 et C-410/98, *Metallgesellschaft e.a. et Hoechst AG*, Recueil CJCE 2001, I, p. 1727, ci-après l'affaire *Metallgesellschaft* ; qui concernait exactement la même législation que celle en cause dans l'affaire *ACT* (le Royaume-Uni était dans les deux affaires l'Etat de la source et celui attaqué), la Cour avait adopté l'approche par pays et n'avait pas pris en compte le traitement fiscal dans les autres Etats, contrairement à ce qu'elle a fait dans l'affaire *ACT*. Pour une analyse du changement opéré entre *Metallgesellschaft* et *ACT* par la Cour dans sa méthode d'analyse v. notamment GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., *Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy*, préc., pp. 35 et 36.

⁵¹² GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., *Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy*, préc., pp. 34 à 36. Les auteurs pensent que la Cour a été influencée par son Avocat général pour permettre à l'Etat de la source de pouvoir discriminer et l'interdire par l'Etat de la résidence. Cela viendrait du fait qu'il ait insisté et rappelé le principe du droit fiscal international en vertu duquel l'Etat de la source bénéficie d'une priorité dans l'imposition. Mais comme le rappellent les Professeurs Michael GRAETZ et Alvin WARREN le droit fiscal international n'est pas un bon fondement pour exiger la non-discrimination à la destination. Tout d'abord, le principe de priorité de l'Etat de la source ne permet absolument pas d'appréhender les complexités liées à la scission de la base taxable entre deux pays. En outre, le droit fiscal international n'a jamais obligé l'Etat de la source ou de la résidence à étendre ses crédits d'impôts destinés aux actionnaires aux dividendes entrants ou sortants (GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., *Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy*, préc., p. 36).

⁵¹³ Ibid., pp. 36 à 39.

⁵¹⁴ Conclusions de l'Avocat général GEELHOED présentées le 6 avril 2006 dans l'affaire *Kerckhaert et Morres*, préc., point 34.

les Traités sont violés, mais que si cette charge résulte de l'application d'une retenue à la source (finale) sur les dividendes payés à des non-résidents par l'Etat de la source, il n'y a pas de violation des Traités.⁵¹⁵

Néanmoins, la solution exprimée dans l'arrêt *Denkavit* conduit à penser qu'il appartient malgré tout à l'Etat de la source d'éliminer la double imposition économique par l'extension de son régime domestique d'exonération aux dividendes sortants dès lors que l'Etat de la résidence n'élimine pas cette double imposition. Si l'arrêt *Denkavit* entraîne bien cette obligation et sachant que la décision *Manninen* oblige l'Etat de la résidence à étendre aux dividendes entrants son régime d'imputation si l'Etat de la source n'élimine pas la double imposition, alors la combinaison des deux pourrait signifier que les obligations de l'Etat de la source dépendent du respect de ses obligations par l'Etat de la résidence, et que les obligations de l'Etat de la résidence dépendent du respect par l'Etat de la source de ses obligations, et ainsi de suite. L'arrêt *Denkavit* (extension du régime d'exonération aux dividendes sortants) a été rendu deux jours après la décision *ACT* où la Cour avait estimé que le crédit d'impôt pour les actionnaires ne devait pas être étendu aux dividendes sortants. Dans cette dernière affaire, la Cour justifie sa position par la préservation du droit d'imposer de l'Etat de la source, mais cette justification aurait été tout autant valable dans l'affaire *Denkavit*, où la Cour a demandé à l'Etat de la source de renoncer à son droit à imposer.⁵¹⁶

Ainsi, les affaires *Kerckhaert et Morres* et *Denkavit* illustrent qu'il ne faut pas trop vite conclure qu'avec les arrêts *ACT* et *FII* la Cour s'est prononcé en faveur de la non-discrimination à la destination des investissements. Car, dans le même temps⁵¹⁷, *Kerckhaert et Morres* permet à l'Etat de la résidence de ne pas imputer les impôts étrangers et *Denkavit* exige de l'Etat de la source d'étendre l'exonération de retenue à la source sur les dividendes sortants, ces affaires allant dans le sens d'une non-discrimination à l'origine de l'investissement en mettant à la charge de l'Etat de la

⁵¹⁵ GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., *Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy*, préc., pp. 40 à 42.

⁵¹⁶ *Ibid.*, pp. 43 et 44.

⁵¹⁷ Il est à rappeler que les quatre affaires ont été rendues dans un intervalle d'un mois et que dans les quatre affaires le même Avocat général a conclu, v. supra.

source le soin d'éliminer la double imposition.⁵¹⁸ Et cela est d'autant plus le cas s'il est considéré que dans l'affaire *Kerckhaert et Morres* les requérants auraient dû mettre en cause la législation fiscale française (v. supra).

⁵¹⁸ GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., *Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy*, préc., p. 46.

Conclusion du Titre 2

En définitive, c'est la nécessité de réaliser le Marché intérieur qui a poussé la Cour à intervenir dans le domaine de la fiscalité directe. Cet objectif économique supérieur revêt une telle importance, il est synonyme de tant d'obligations, qui apparaissent plus ou moins distinctement dans les Traités, pour les Etats membres ; qu'il a conduit la jurisprudence à faire évoluer les outils à sa disposition pour intervenir en fiscalité.

Faute d'acte législatif communautaire apportant une solution globale aux problèmes soulevés par la fiscalité directe dans l'Union européenne, la Cour s'est appuyée sur les obligations qui forment le Marché commun. Sous l'impulsion d'un principe de non-discrimination, repris dans chaque liberté de circulation, et dans le but d'assurer une égalité de traitement des situations transfrontalières et des situations domestiques, la Cour n'a pas hésité, dans l'optique du déploiement d'un espace sans frontières fiscales, c'est-à-dire où la fiscalité est neutre pour les opérateurs économiques, à modifier le contenu de ce principe. De manière plus audacieuse encore, elle a même recouru à une notion nouvelle, celle de restriction ou entrave, plus sensible encore face à des situations où la discrimination ne permettait pas de déceler et de sanctionner un obstacle ; assurant par là de manière plus effective encore la neutralité de l'impôt. Par cette œuvre prétorienne, elle a démontré posséder une compétence dans le domaine fiscal, qui ne lui était pas reconnue directement par les Traités, bien au contraire, mais qu'elle a su et voulu affirmer indirectement grâce et par les libertés fondamentales et par l'établissement d'une concurrence non-faussée.

Pourtant, la définition et l'application (de manière implicite mais néanmoins certaine) par la Cour de la notion de quasi-restriction ont conduit à ce qu'elle prenne davantage en considération l'ensemble formé par le contexte non-harmonisé de la fiscalité dans l'Union européenne. Cette (auto)limitation de sa compétence est de nature à apporter plus d'équilibre dans une équation bien complexe où elle affirme, dans le même temps que, d'une part, les Etats membres sont seuls à avoir compétence en matière de fiscalité directe mais que, d'autre part, ils doivent malgré tout respecter leurs obligations communautaires dans l'exercice de cette compétence.

Il peut être craint que cette troisième vague jurisprudentielle encourage encore plus les Etats membres à ne pas légiférer au niveau communautaire et ainsi à suspendre pour une durée plus ou moins longue toute intégration du Marché intérieur de la fiscalité. Il faut néanmoins préciser que si la Cour a décidé de limiter quelque peu sa compétence, elle n'en a pas pour autant renoncé à sanctionner les législations fiscales des Etats membres. Simplement l'analyse qui est faite se veut plus fine et circonstanciée. Les arrêts qui ont suivi ceux de la fin de l'année 2006 l'ont d'ailleurs bien montré.

Cependant, et malgré l'évolution des méthodes et concepts d'identification des obstacles à l'objectif économique de l'Union, il s'avère que le système jurisprudentiel élaboré par la Cour est intrinsèquement imparfait pour parvenir à réaliser une telle intégration. Il est imparfait car il ne parvient pas à identifier un obstacle aux opérations transfrontalières en Europe dès lors qu'un Etat, par son action, masque le désavantage créé par un autre. Ce faisant, la Cour porte atteinte à une concurrence fiscale saine, encourage les transferts de recettes fiscales depuis un Etat respectant le droit communautaire vers un autre ne le respectant pas⁵¹⁹, réduit les droits des ressortissants européens et permet aux Etats de maintenir des impositions ayant un effet de distorsion, ce qui a des conséquences néfastes sur le bien-être, entendu en termes de développement économique.

Plus grave encore, si la Cour souhaite par son action favoriser l'intégration fiscale européenne, et au-delà l'intégration économique et politique au sein du Marché commun, elle semble manquer cet objectif en ne définissant pas, sous l'empire d'un principe de non-discrimination qu'elle a rendu large, une jurisprudence fiscale cohérente. Cela n'est pas sans conséquence en termes de politique fiscale, quand bien même il n'est dans le rôle de la Cour que de façonner une politique fiscale. Elle ne définit pas non plus de quelle neutralité de l'impôt l'Union européenne a besoin. En effet, certaines décisions favorisent une non-discrimination ou plutôt une restriction selon la destination de l'investissement, et d'autres une restriction selon l'origine de l'investissement.

⁵¹⁹ En effet, l'Etat qui consent l'avantage masque la discrimination par l'autre Etat, mais au prix de la perte de recettes fiscales afin de maintenir la neutralité (ou le caractère plus avantageux) de l'opération pour le contribuable transfrontalier. V. en ce sens MASON Ruth, *Made in America for European Tax: The Internal Consistency Test*, préc., p. 1295 et p. 1299.

Or, il est entendu que parvenir à ces deux formes de neutralité au regard des investissements est absolument impossible sans avoir procédé à une harmonisation de la fiscalité, aussi bien en base qu'en taux⁵²⁰. Mais une fois cela fait, la situation est la même que dans le *non-tax world*.

En réalité la situation dans laquelle est placée la Cour de justice est inextricable. D'un côté, les Traités prévoient l'instauration du Marché intérieur et le bloc normatif qu'a créé l'Union depuis sa création impose la neutralité de la législation des Etats vis-à-vis de ce Marché ; y compris la législation fiscale (v. supra). Mais, d'un autre côté, la Cour n'a aucun mandat pour intervenir en fiscalité et encore moins pour procéder à son rapprochement dans l'Union. Elle s'y trouve néanmoins contrainte en raison du stade atteint par la construction communautaire, et elle ne peut trouver dans les Traités une seule indication sur quel sens de neutralité adopter afin de l'aider dans son rôle d'interprète du droit européen.

A cet égard, il est possible de dire que si les textes européens prévoient bien la neutralité des Etats à l'égard du Marché commun, il s'agit d'une neutralité qu'il convient de qualifier d'abstraite, en ce sens qu'elle ne permet pas de systématiser une politique fiscale. Pouvant être apparentée à un vœu d'idéal, à un souhait, cette neutralité est plus un principe normatif général, et ce, en raison de l'absence de conceptualisation et de systématisation. En effet, il émane du droit européen une obligation : celle que les législations des Etats soient neutres pour que se réalisent les objectifs économiques de l'Union ; mais ce droit, dans sa diversité, n'exprime pas comment cela doit se traduire en pratique.

⁵²⁰ V. notamment GRAETZ Michael J., *The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies*, préc. ; BARKER William B., *Optimal International Taxation and Tax Competition: Overcome the Contradictions*, préc. ; DESAI Mihir A. et HINES James R. Jr., *Evaluating international tax reform*, préc. ; GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., *Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe*, préc. ; KNOLL Michael S., *Taxes and Competitiveness*, *Institute for Law and Economics, University of Pennsylvania Law School Research Paper*, 14 décembre 2006, n°06-28, 41 p., disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=953074> ; SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, préc. ; GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., *Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy*, préc. ; KNOLL Michael S., *Business Taxes and International Competitiveness*, préc. ; DEVEREUX Michael P., *Taxation of outbound direct investment: Economic principles and tax policy considerations*, préc. ; KNOLL Michael S., *Reconsidering International Tax Neutrality*, préc. (article republié dans *Tax Law Review* hiver 2011, Volume 64, pp. 99 à 129) ; HINES Jr. James R., *Reconsidering the taxation of foreign source income*, préc. ; SCHÖN Wolfgang, *International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I)*, préc. ; MASON Ruth, *Tax Discrimination and Capital Neutrality*, préc. ; MASON Ruth et KNOLL Michael S., *What is Tax Discrimination? The European Interpretation*, préc. ; SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Revisited*, préc.

Certes, il pourra être répondu à cela que les dispositions du Traité indiquent une voie, la meilleure dans le cadre européen : celle de l'harmonisation. Car, dès lors que tout est commun d'un Etat à l'autre, il n'y a plus de différences, plus d'inégalités de traitement et donc la neutralité est assurée. Seulement que faire lorsqu'il n'est pas possible (en pratique) de recourir à l'harmonisation et qu'il est néanmoins attendu que le comportement fiscal des Etats soit neutre pour les opérateurs économiques ?

Une des pistes envisageables est l'élaboration d'une neutralité qu'il conviendra de qualifier de fonctionnelle. Il s'agit donc de définir une neutralité capable d'insuffler une direction, qui soit structurante en termes d'élaboration d'une politique fiscale européenne, c'est-à-dire qui offre un cadre cohérent et adéquat au regard du fonctionnement et des objectifs de l'Union. Cela apparaît d'autant plus nécessaire qu'en dépit d'un principe d'égalité de traitement, qui fournit deux moyens pour tenter de parvenir à la neutralité, la non-discrimination, d'une part, et l'accès au marché ou restriction, d'autre part, la Cour n'est malgré tout pas capable (mais ce n'est pas son rôle) de définir le sens que cette neutralité doit suivre.

De manière triviale et imagée, l'égalité de traitement telle qu'interprétée par la Cour de justice est un principe qui repose sur deux jambes, ce qui lui permet d'avancer. Mais si avoir des jambes est la condition nécessaire afin de se mouvoir, elle n'est pas suffisante pour savoir où aller. Il est temps à présent de se doter d'une boussole afin de savoir dans quelle direction s'orienter.

Deuxième Partie : La neutralité internationale de l'impôt comme critère de la construction fiscale européenne

L'une des préoccupations majeures des politiques fiscales est de parvenir à définir la notion de revenu. Parmi les différentes définitions, celle élaborée au fil du temps par SCHANZ⁵²¹, HAIG⁵²² et SIMONS⁵²³ fait de nos jours consensus. Selon ces auteurs, un revenu se définit comme la somme algébrique de (1) la valeur de marché de droits exercés en matière de consommation et du (2) changement de valeur des droits réels entre le début et la fin de la période en cause ; ou, autrement formulé, de la déduction des dépenses subies avec indexation afin de quantifier les ajouts réels, et non théoriques, à la richesse. Cette définition, extrêmement large, implique que tout revenu, accroissement de richesse ou augmentation réelle de pouvoir d'achat est un revenu imposable. Devant la complexité pratique d'établir une telle assiette (l'assiette ainsi définie suppose d'imposer également les gains non-encore réalisés), les Etats s'écartent de cette définition pour définir des éléments de revenu (salaires, profits d'entreprises, loyers...) qui sont inclus dans la base taxable.

A la différence de la politique fiscale générale ou nationale, la politique fiscale internationale se préoccupe de savoir comment doit être imposé un revenu (quelle que soit sa définition) qui est généré, directement ou indirectement, dans un Etat par un non-résident. De cette réflexion, il est apparu contraire au principe d'équité, d'une part, que l'Etat de la résidence et l'Etat de la source imposent en totalité ce revenu, c'est-à-dire comme s'il s'agissait d'un revenu domestique, mais que, d'autre part, ce revenu ne devait pas être non-imposé. Trois solutions sont alors envisageables : une

⁵²¹ V. VON SCHANZ Georg, Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetze, *Finanzarchiv* 1896, Volume 13, pp. 1 à 87.

⁵²² HAIG Robert Murray, The Concept of Income - Economic and Legal Aspects, dans HAIG Robert Murray, ADAMS Thomas S., REED POWELL Thomas, FIELD Fred T., MONTGOMERY Robert H., HOLMES George E., BALLANTINE Arthur A., STAUB Walter A., NORRIS R. V. et TALBERT P. S., *The Federal Income Tax - A Series of Lectures Delivered at Columbia University in December, 1920*, Columbia University Press, 1921, pp. 1 à 28.

⁵²³ SIMONS Henry Calvert, *Personal Income Taxation: the Definition of Income as a Problem of Fiscal Policy*, The University of Chicago Press, 1938, 238 p.

imposition exclusive dans l'Etat de la résidence, une imposition exclusive dans l'Etat de la source, ou une imposition partagée entre les deux Etats mais, alors, avec l'obligation d'éliminer la double imposition. Ces considérations liées à la répartition des compétences fiscales ont fait naître un autre débat, celui des conséquences de cette répartition sur les contribuables et, par extension, sur l'économie internationale. C'est alors qu'il est apparu que le meilleur moyen de maximiser la richesse était de faire en sorte que la fiscalité n'influence pas les décisions des opérateurs économiques, afin qu'ils allouent le capital et les ressources là où le retour sur investissement⁵²⁴ serait le plus élevé possible.

En matière de neutralité internationale de l'impôt, il existe plusieurs doctrines qui cherchent à promouvoir l'efficacité économique⁵²⁵, c'est-à-dire la maximisation de la richesse. Mais cette maximisation peut être réalisée soit au profit de la richesse d'un Etat soit, au contraire, au profit de la richesse au niveau mondial. Dans la première hypothèse, la fiscalité contribue à ce que la structuration des investissements réalisés dans un territoire permette l'efficacité économique dans ce territoire. Dans la seconde, la fiscalité fait en sorte de permettre l'efficacité économique au niveau mondial.

Il convient de rappeler que les Etats membres, en établissant l'Union européenne, ont souhaité « renforcer leurs économies ainsi [qu'en] assurer la convergence » et également « promouvoir le progrès économique et social de leurs peuples »⁵²⁶, en se fondant notamment pour cela sur une « économie sociale de marché hautement compétitive »⁵²⁷. En outre, l'Union définit et mène des politiques communes et des actions en vue, en particulier, « d'encourager l'intégration de tous les pays dans l'économie mondiale »⁵²⁸ et d'instaurer « une politique économique fondée sur

⁵²⁴ Il convient de préciser le sens de la notion économique d'investissement. « Dans une entreprise un investissement est une dépense destinée à maintenir ou à accroître son potentiel productif. Il ne faut donc pas confondre un investissement et une consommation intermédiaire. L'investissement correspond à l'achat de biens qui vont servir plusieurs fois au cours du processus de production, alors que les consommations intermédiaires (matière premières, produit semi-finis, etc.) sont immédiatement détruites ou transformées dans ce processus. [...] La notion économique d'investissement est différente [...] du sens courant d'investissement qui correspond à un placement financier » CAPUL Jean-Yves, GARNIER Olivier, *L'économie de A à Z*, Hatier, 1996, pp. 148 et 149.

⁵²⁵ A titre de rappel, il a été défini que l'efficacité économique consiste à maximiser le surplus provenant de l'ensemble des avantages économiques par rapport à l'ensemble des coûts économiques. V. supra note de bas de page 146.

⁵²⁶ Préambule du Traité sur l'Union européenne, préc., p. 15. V. également en ce sens le Préambule du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, préc., p. 49.

⁵²⁷ Article 3 du TUE, ex-article 2 du TUE (dans sa version antérieure au Traité de Lisbonne).

⁵²⁸ Article 21 du TUE.

l'étroite coordination des politiques économiques des Etats membres, sur le marché intérieur et sur la définition d'objectifs communs, et conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre »⁵²⁹. Mais surtout, « les Etats membres et l'Union agissent dans le respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre, favorisant une allocation efficace des ressources »⁵³⁰.

Il en résulte indéniablement la volonté de procéder, au moins au sein de l'Union, à une maximisation de la richesse et du bien-être au niveau de tous les Etats membres. De ce fait, il apparaît nécessaire de développer pour l'Union européenne une théorie de la neutralité internationale de l'impôt qui permette d'encourager l'enrichissement au niveau de l'ensemble de l'espace européen (titre 2).

Or, si la neutralité internationale de l'impôt est un concept abstrait puisqu'il repose sur le paradigme du *non-tax world*, des théories fonctionnelles ont été élaborées en vue de permettre de réaliser une certaine forme de neutralité mais également de maximiser la richesse mondiale. La neutralité peut ainsi prendre plusieurs formes (titre 1).

⁵²⁹ Article 119 du TFUE, ex-article 4 du TCE.

⁵³⁰ Article 120 du TFUE, ex-article 98 du TCE.

TITRE 1 : LA NEUTRALITÉ INTERNATIONALE DE L'IMPÔT, UN CONCEPT PROTÉIFORME

A défaut d'un monde où il n'y a pas de fiscalité, il a été nécessaire d'élaborer des théories permettant de faire coexister fiscalité et développement optimal de la richesse. Pour parvenir à un tel résultat, plusieurs théories ont été élaborées sur la base du paradigme précité. Certaines ne cherchent qu'à maximiser la richesse dans l'Etat qui les met en œuvre. L'Union européenne étant une union économique de différents Etats et non pas une fédération politique avec un gouvernement central ou fédéral capable de coordonner l'ensemble ainsi formé, ces théories doivent être rejetées car elles ne correspondent pas aux objectifs de l'UE qui est favoriser le développement de tous les territoires (Etats) qu'elle regroupe et non de seulement quelques uns.

En effet, afin de satisfaire à ces objectifs, il convient de recourir à des concepts permettant de développer la richesse dans l'ensemble de la Communauté, c'est-à-dire dans les vingt-sept Etats membres et pas dans un ou quelques uns seulement. A cet égard, trois concepts semblent pouvoir correspondre. Les deux premiers peuvent être qualifiés de classiques car ils s'appuient sur une vision traditionnelle du commerce et des échanges internationaux, et qu'ils ont été les premiers dégagés en doctrine (chapitre 1).

Cependant, de nos jours, l'évolution de l'économie mondiale a montré que ces théories classiques souffraient d'un certain nombre de limites. Il est ainsi apparu nécessaire de proposer un nouveau standard de neutralité qui corresponde mieux à la situation contemporaine (chapitre 2).

Chapitre 1 : Les théories classiques de la neutralité du capital en faveur de l'efficacité économique mondiale

Comme expliqué ci-avant, en l'absence d'harmonisation des bases fiscales et des taux d'imposition, il n'est pas possible de réaliser en même temps deux des théories fondées sur l'efficacité économique que sont la neutralité à l'importation (ou aux importations) et la neutralité à l'exportation (ou aux exportations) du capital⁵³¹ (section 1). Ces deux notions apparaissent en effet comme exclusives l'une de l'autre, que ce soit au regard de leurs prescriptions ou au regard des règles fiscales susceptibles de les mettre en œuvre⁵³².

Dégagées dans les années 1960 par le Professeur Peggy MUSGRAVE⁵³³, ces standards ont fait l'objet de vives critiques. Ces critiques s'attaquent aux fondements même de ces théories ainsi qu'aux principes auxquels elles recourent pour parvenir à établir le modèle qu'elles préconisent (section 2).

En raison du caractère fondamental du *non-tax world* pour ces théories, il convient à titre préliminaire d'indiquer les implications économiques de ce paradigme (section liminaire).

⁵³¹ V. notamment HORST Thomas, A Note on the Optimal Taxation of International Investment Income, préc. ; GRAETZ Michael J., The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies, préc. ; GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe, préc. ; SHAHEEN Fadi, International Tax Neutrality: Reconsiderations, préc. ; GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy, préc. ; HOLMES Kevin, *International Tax Policy and Double Tax Treaties – An Introduction to Principles and Application*, op. cit., ; KNOLL Michael S., Reconsidering International Tax Neutrality, préc. (article republié dans *Tax Law Review* hiver 2011, Volume 64, pp. 99 à 129) ; MASON Ruth, Tax Discrimination and Capital Neutrality, préc. ; MASON Ruth et KNOLL Michael S., What is Tax Discrimination? The European Interpretation, préc. ; SHAHEEN Fadi, International Tax Neutrality: Revisited, préc.

⁵³² V. notamment en ce sens les auteurs cités en la note de bas de page précédente. Il convient de préciser qu'en réalité aucun système fiscal au monde n'applique de manière exclusive l'un ou l'autre de ces standards. Ainsi, la fiscalité des Etats se révèle être un mélange des deux théories en fonction de la nature du revenu, de la qualité de la personne qui le génère, du lieu où le revenu est généré...

⁵³³ MUSGRAVE Peggy B., *Taxation of foreign investment income: An economic analysis*, op. cit. ; MUSGRAVE Peggy B., *United States Taxation of Foreign Investment Income: Issues and Arguments*, op. cit.

Section liminaire : L'analyse économique résultant du *non-tax world*

Dans une économie ouverte où le capital est mobile et en l'absence de fiscalité, les taux marginaux de rendement du capital dans tous les Etats auront tendance à converger vers ce qui est appelé le taux de rendement mondial. En raison de la mobilité du capital, si le taux de rendement mondial est plus élevé que le rendement domestique, les capitaux quitteront cet Etat exportateur de capitaux jusqu'à ce que le taux de rendement de cet Etat s'accroisse pour atteindre le taux mondial. Si, au contraire le taux mondial est inférieur au taux domestique, les capitaux afflueront vers cet Etat importateur de capitaux jusqu'à ce que le taux de rendement de cet Etat décroisse pour rejoindre le taux mondial. Dans cette analyse classique de la neutralité fiscale, il est présumé qu'aucune économie n'est assez importante pour affecter le taux de retour sur investissement mondial⁵³⁴. La raison tient au fait que les mouvements de capitaux entre Etats exportateurs et Etats importateurs interviennent dans un monde sans fiscalité où la mobilité des capitaux n'est pas entravée et est donc totale. Dans ces conditions la répartition du capital est considérée comme efficiente du point de vue économique et sert de point de référence pour les théories ci-après exposées⁵³⁵.

Section 1 : La neutralité à l'exportation du capital et la neutralité à l'importation du capital

Il convient d'étudier tour à tour chacune des deux théories classiques. Dans un premier temps, sera présentée la neutralité à l'exportation du capital (§1) puis, dans un second temps, sera examinée la neutralité à l'importation du capital (§2).

⁵³⁴ V. notamment SLEMROD Joel, Effect of Taxation with International Capital Mobility, dans AARON Henry, GALPER Harvey, PECHMAN Joseph A., *Uneasy Compromise: Problems of a Hybrid Income-Consumption Tax*, The Brookings Institution, 1988, pp. 115 à 155 ; SHAHEEN Fadi, International Tax Neutrality: Reconsiderations, pp. 213 à 215.

⁵³⁵ SHAHEEN Fadi, International Tax Neutrality: Reconsiderations, p. 215.

§1- La neutralité à l'exportation du capital

De manière synthétique, la doctrine de la neutralité à l'exportation des capitaux, ou *capital export neutrality* (CEN), considère que le capital devrait subir le même niveau d'imposition qu'il soit investi sur le marché domestique d'un agent économique ou, au contraire, sur un marché étranger⁵³⁶.

Ce concept envisage donc l'efficacité économique du point de vue de l'Etat d'origine. Cela implique, en termes de neutralité, que celle-ci est atteinte quand, pour un investisseur, la décision d'investir dans son Etat de résidence ou dans un autre Etat n'est pas affectée par la fiscalité, car l'incidence fiscale sera la même pour lui qu'il investisse dans l'un ou l'autre des Etats. L'objectif recherché par l'établissement d'un système fiscal conforme à la *capital export neutrality* est de conduire à la répartition (ou allocation) efficace du capital entre l'Etat d'origine et l'Etat d'accueil⁵³⁷. C'est-à-dire de faire en sorte que la production mondiale ne puisse être augmentée en répartissant autrement le capital entre les nations⁵³⁸.

Par conséquent, si la charge fiscale mondiale pesant sur un investissement étranger excède celle que supporterait le même investissement réalisé sur le marché domestique, la neutralité à l'exportation des capitaux n'est pas réalisée de manière parfaite et les investissements à l'étranger sont découragés⁵³⁹. Dans un système de *capital export neutrality* le résident d'un Etat doit être imposé à un taux effectif donné qui est le même quel que soit le ou les lieux de la source de ses revenus⁵⁴⁰; ce qui l'incite à investir là où son retour sur investissement avant impôt sera le plus élevé, que cet endroit soit son Etat d'origine ou l'étranger. Il est important de préciser

⁵³⁶ V. notamment GRAETZ Michael J., The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies, préc., p. 270.

⁵³⁷ GRAETZ Michael J., The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies, préc., p. 270 et BARKER William B., Optimal International Taxation and Tax Competition: Overcome the Contradictions, préc., p. 189.

⁵³⁸ MUSGRAVE Peggy B., *Taxation of foreign investment income: An economic analysis*, op. cit., p. 109; DEVEREUX Michael P., Taxation of outbound direct investment: Economic principles and tax policy considerations, préc., p. 702; MASON Ruth et KNOLL Michael S., What is Tax Discrimination? The European Interpretation, préc., p. 17.

⁵³⁹ LARKINS Ernst R., Double Tax Relief for Foreign Income A Comparative Study of Advanced Economies, *ATAX Discussion Paper Series* Juin 2001, n°4, p 11.

⁵⁴⁰ STEPHENS C. Neil, A progressive analysis of the efficiencies of capital import neutrality, *Law and Policy in International Business* 1998, Volume 30, p. 161. V. également en ce sens notamment : MUSGRAVE Peggy B., *United States Taxation of Foreign Investment Income: Issues and Arguments*, op. cit.; HORST Thomas, A Note on the Optimal Taxation of International Investment Income, préc., p. 796; HINES Jr. James R., Reconsidering the taxation of foreign source income,

que ce taux effectif global sera en revanche variable en fonction de l'Etat d'origine pour les résidents de chacun des Etats pris en leur qualité d'Etat d'origine.

Comme l'a écrit la Commission dans son étude de 2001 qui analyse de manière complète la fiscalité des entreprises dans la Communauté européenne :

« La neutralité par rapport aux exportations de capitaux (NEC) est effective lorsque le système fiscal est neutre vis-à-vis de l'exportation des capitaux puisque les investisseurs sont confrontés à la même pression fiscale sur les revenus d'investissements semblables, qu'ils investissent dans l'économie domestique ou à l'étranger. Dans de telles situations, les systèmes fiscaux ne constituent pas des incitants à investir dans son propre pays plutôt qu'à l'étranger et inversement »⁵⁴¹.

De manière pratique, afin de parvenir à la neutralité des exportations de capitaux, un système fiscal doit réaliser deux choses. En premier lieu, il doit imposer les résidents sur leur revenu mondial, c'est-à-dire aussi bien sur leurs revenus de source nationale que sur ceux tirés d'activités ou de placements réalisés dans un autre Etat. En second lieu, ce système fiscal doit s'abstenir d'imposer les non-résidents sur les revenus qui naissent sur son territoire. Cela implique donc l'adoption par tous les Etats d'un système fiscal d'imposition exclusive à la résidence⁵⁴² qui est réputé supprimer les incitants dénoncés par la Commission (v. ci-avant) et conduire à ce que les entreprises favorisent une production mondiale efficiente en investissant là où les opportunités d'investissements leur procureront les plus hauts niveaux de retour avant impôt⁵⁴³.

préc., p. 270 ; SHAPIRO Timothy Hisao, *Tax First, Ask Questions Later: Problems Predicting the Effect of Obama's International Tax Reforms*, préc., p. 162.

⁵⁴¹ SEC(2001) 1681 final, préc., p. 131.

⁵⁴² Avec un système fiscal d'imposition à la source, les différences de taux entre les Etats conduisent à ce que dans certains Etats le retour sur investissement après impôt soit plus important (dans ceux à fiscalité faible), alors que ce ne sont pas forcément les investissements qui généreront les taux de retour sur investissement avant impôt les plus élevés. Cela est contraire à la doctrine du CEN. Au contraire, dans un système d'imposition exclusive à la résidence, les investisseurs sont soumis au taux d'imposition de leur Etat de résidence. Dans ces conditions, peu importe le taux de l'impôt dans l'Etat de la source car il ne s'appliquera pas. Dès lors, les investisseurs chercheront les investissements (domestiques et étrangers) qui généreront le taux de retour sur investissement avant impôt le plus élevé.

⁵⁴³ A cet égard la Commission soulignait dans son étude SEC(2001) 1681 final, p. 131 : « L'importance de l'accomplissement de la neutralité par rapport aux exportations de capitaux est bien appréhendée en termes de prospérité économique. Il est clair

Si au contraire un Etat applique l'imposition à la source, le taux de retour sur investissement doit augmenter en due proportion afin d'être au moins égal au taux de retour sur investissement mondial. Dans le paradigme du *non-tax world*, un Etat importateur de capitaux voit son taux de rendement décroître jusqu'au niveau du taux de rendement mondial ce qui permet de rétablir l'équilibre des taux (v. supra). Mais si cet Etat adopte un système d'imposition à la source, l'afflux de capitaux cessera lorsque le taux de rendement dans cet Etat aura atteint un niveau permettant d'égaliser le rendement après impôt que permet un investissement au taux mondial⁵⁴⁴. A ce stade, le taux de rendement après impôt sera égal au taux de rendement après impôt mondial et tout investissement supplémentaire conduira à un rendement inférieur au rendement mondial. Il sera dès lors plus intéressant pour les investisseurs d'effectuer des placements ailleurs afin d'avoir des rendements au moins égaux au rendement mondial. La résultante de l'imposition à la source par un Etat importateur de capitaux est que le taux de rendement net (après impôt) sur les capitaux investis sur le marché domestique reste le même, mais que le montant total de capital qui y est investi est plus faible que celui qu'il serait possible de quantifier dans le *non-tax world*. En outre, si un Etat exportateur de capitaux adopte un système d'imposition à la source, les effets sont les mêmes mais exactement inverses⁵⁴⁵. C'est pour ces raisons que, dans l'analyse classique, l'imposition à la source est rejetée afin d'assurer la neutralité de l'affectation du capital : elle conduit à des distorsions par rapport au monde sans fiscalité pour un Etat importateur ou exportateur de capitaux.⁵⁴⁶

Pourtant, aucun pays n'adopte un système d'imposition exclusive à la résidence. En effet, aucun Etat (en particulier les Etats en voie de développement) ne souhaite

que si la fiscalité induit un déplacement de l'activité de production, les marchandises risquent d'être produites à un coût plus élevé, ce qui sera sans doute finalement supporté par le consommateur en termes de prix plus élevés. L'absence de neutralité par rapport aux exportations de capitaux provoque donc une perte économique dans la mesure où les différences de coût du capital et de taux d'imposition effectif induisent des changements de comportement. En outre, la neutralité par rapport aux exportations de capitaux maximise le volume de production réalisable au départ d'un stock global de capital donné ».

⁵⁴⁴ Soit R le taux de rendement dans l'Etat importateur, R_f le taux de rendement mondial et t le taux d'imposition dans l'Etat importateur. Pour que l'équilibre soit atteint, il faut que $R = R_f / (1 - t)$. Si $R_f = 5\%$ et $t = 10\%$, pour qu'un investissement dans l'Etat importateur qui impose les revenus à la source soit aussi rentable après impôt qu'un investissement ailleurs dans le monde, il faut que $R = 5,55\%$.

⁵⁴⁵ V. notamment SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, préc., p. 218.

⁵⁴⁶ SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, préc., pp. 216 et 217.

complètement abandonner son droit d'imposer les revenus qui naissent sur son sol quand bien même ils ont été générés par des non-résidents.

Un pis-aller afin de pouvoir réaliser la neutralité aux exportations de capitaux consiste pour un Etat à réduire la charge fiscale domestique de ses résidents de la charge fiscale qu'ils ont subie à l'étranger. Pour y arriver, l'Etat de la résidence accorde à ses résidents un crédit d'impôt pour cet impôt étranger (ou crédit d'impôt étranger) qui vient s'imputer sur les impôts payés par ces résidents à leur Etat de résidence. Il convient de préciser que pour arriver à une neutralité à l'exportation des capitaux, il faut que l'Etat de la résidence accorde un crédit d'impôt illimité. Cela implique donc que même lorsque l'impôt étranger est supérieur à l'impôt dû à la résidence, le Trésor de l'Etat de la résidence doit non seulement effacer l'impôt national du fait de l'impôt étranger, mais si cela ne suffit pas à compenser l'imposition prélevée à la source, il doit en outre rembourser au résident la différence entre l'impôt de résidence et l'impôt étranger. Cette approche permet d'avoir un système fiscal conforme à la neutralité aux exportations de capitaux, même si elle est moins parfaite que la précédente dès lors que l'Etat de la source conserve le droit d'imposer le revenu généré.

Si cette forme de réalisation de la *capital export neutrality* est moins inenvisageable que la précédente, elle souffre encore de deux écueils majeurs. En premier lieu, il y a un transfert de recettes fiscales depuis l'Etat de la résidence vers l'Etat de la source lorsque dans ce dernier l'impôt est plus élevé. En second lieu, ce système donne la maîtrise de l'imposition des revenus transfrontières aux gouvernements étrangers⁵⁴⁷. Ces deux écueils, qui résultent des disparités entre les systèmes fiscaux des Etats, sont de nature à remettre en cause la neutralité d'un tel système. En effet, si un seul Etat met en place un régime fiscal ayant ces caractéristiques, les autres Etats seront tentés d'augmenter leur pression fiscale pour attirer les investissements des résidents de cet Etat⁵⁴⁸ tout en faisant financer l'investissement à l'étranger par le Trésor de la résidence.

⁵⁴⁷ ALSOBROOK Ann Duvall, *Improving the Competitiveness of U.S. Multinational Corporations Through Changes to the Foreign Tax Credit*, préc., p. 886.

⁵⁴⁸ En effet, en procédant de la sorte les résidents de l'Etat A auront dans l'Etat B une forte charge fiscale à « rapatrier » dans l'Etat A, ce qui pourra effacer l'impôt dû en A et pourra même conduire les résidents de A qui investissent en B à se voir

De manière à répondre à ces inquiétudes légitimes, les Etats ayant recours au crédit d'impôt étranger ont décidé de le limiter. Ainsi, le moyen le plus simple pour les Etats consiste à cantonner l'impôt étranger imputable au montant de l'impôt national correspondant dû sur le revenu en cause⁵⁴⁹. C'est d'ailleurs ce que le Modèle de convention fiscale de l'OCDE prévoit⁵⁵⁰ et ce que la Cour de justice de l'Union européenne admet également (v. supra et notamment les affaires *FII* et *Haribo*).

Cette neutralité défensive induite par le crédit d'impôt étranger limité permet de supprimer l'effet pervers engendré par le système de l'imputation, dès lors que l'incitant à investir à l'étranger perd de son attrait. Pour autant, en termes de neutralité aux exportations de capitaux, il y a une véritable atteinte car, en fonction du lieu où les placements par les résidents d'un Etat auront été effectués, ils pourront subir une charge fiscale soit plus importante soit moins importante que si ces mêmes placements avaient été réalisés dans l'Etat de résidence.

La raison pour laquelle l'imposition sur une base mondiale des revenus de ses résidents par un Etat, en n'accordant qu'un crédit d'impôt limité, porte atteinte à la neutralité aux exportations de capitaux est de manière plus précise la suivante. Cette neutralité implique que la fiscalité ne doit pas modifier les lieux où les investissements sont effectués. Avec un crédit d'impôt limité, il n'y a neutralité à la localisation du capital pour les investisseurs d'un Etat que vis-à-vis des Etats où le taux d'imposition est moins élevé qu'à leur résidence (ou lui est égal). En effet, vis-à-vis des Etats à fiscalité plus élevée qu'à leur résidence, le coût fiscal de

remettre un chèque du Trésor de A au titre des impôts qu'ils auront payé dans l'Etat B. C'est pour ces raisons que le crédit d'impôt étranger illimité qui était en vigueur aux Etats-Unis entre 1918 et 1921 a été supprimé.

⁵⁴⁹ Il sera noté que d'autres modalités existent comme les systèmes américains dit du *deferral*, du *baskets structure*, du *deduction option*, du *allowable tiers* ou encore du *carryover provisions*. Pour une présentation de ces systèmes v. notamment FORST David L., *The U.S. International Tax Treatment of Partnerships*, préc., pp. 244 à 246 ; ALSOBROOK Ann Duvall, *Improving the Competitiveness of U.S. Multinational Corporations Through Changes to the Foreign Tax Credit*, préc., pp. 886 et 887 ; LARKINS Ernst R., *Double Tax Relief for Foreign Income A Comparative Study of Advanced Economies*, pp. 21 à 30.

⁵⁵⁰ V. article 23 B du Modèle de convention fiscale de l'OCDE : « 1. Lorsqu'un résident d'un Etat contractant reçoit des revenus ou possède de la fortune qui, conformément aux dispositions de la présente Convention, sont imposables dans l'autre Etat contractant, le premier Etat accorde :

- a) sur l'impôt qu'il perçoit sur les revenus de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt sur le revenu payé dans cet autre Etat ;
- b) sur l'impôt qu'il perçoit sur la fortune de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt sur la fortune payé dans cet autre Etat.

Dans l'un ou l'autre cas, cette déduction ne peut toutefois excéder la fraction de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur la fortune, calculé avant déduction, correspondant selon le cas aux revenus ou à la fortune imposables dans cet autre Etat ».

l'investissement est supérieur à celui qu'ils subiraient s'ils faisaient le même placement dans une activité domestique ou dans un Etat à fiscalité plus faible (ou égale) que celle de leur Etat d'origine. L'imposition au mondial avec crédit d'impôt limité favorise donc les investissements dans les Etats à faible fiscalité et défavorise ceux dans les Etats à fiscalité plus élevée.⁵⁵¹ Les investissements potentiels dans ces Etats ne peuvent contrer ce désavantage qu'en offrant un rendement avant impôt (de l'Etat d'origine) supérieur au rendement d'un investissement de l'Etat de résidence de l'investisseur ou d'un investissement dans un Etat à faible fiscalité.

Aussi imparfaite qu'elle soit, cette organisation du système fiscal est celle qui, en pratique et au regard de l'absence d'harmonisation des bases et taux d'imposition dans le monde, est la plus répandue et la plus proche de la *capital export neutrality* qu'un Etat peut établir de manière réaliste et protectrice de ses finances publiques.

Comme l'a signalé le Professeur Michael DEVEREUX, en général les économistes marquent leur préférence pour la neutralité aux exportations de capitaux car elle favorise une production efficiente au niveau mondial, tandis qu'au contraire les entrepreneurs marquent une nette préférence pour la neutralité aux importations de capitaux⁵⁵².

§2- La neutralité à l'importation du capital

La doctrine de la *capital import neutrality* (CIN) n'implique pas qu'un résident d'un Etat soit imposé selon un taux effectif d'imposition donné quel que soit le lieu où ses revenus sont générés. Au contraire de la *capital export neutrality*, dans cette neutralité les contribuables ne sont imposés dans un Etat que sur les seuls revenus qu'ils y génèrent⁵⁵³. Par conséquent, un contribuable ne sera pas soumis à un seul taux d'imposition au niveau mondial mais à autant de taux d'imposition qu'il y aura d'Etats dans lesquels il aura investi⁵⁵⁴. Cependant, dans chaque Etat d'investissement

⁵⁵¹ MASON Ruth, *Tax Discrimination and Capital Neutrality*, préc., p. 132.

⁵⁵² DEVEREUX Michael P., *Taxation of outbound direct investment: Economic principles and tax policy considerations*, préc., p. 702.

⁵⁵³ GRAETZ Michael J., *The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies*, préc., pp. 270 et 271.

⁵⁵⁴ STEPHENS C. Neil, *A progressive analysis of the efficiencies of capital import neutrality*, préc., pp. 163 et 164.

(encore appelé d'accueil ou de destination), il devra être sujet au même niveau d'imposition que les résidents de cet Etat qui font des investissements domestiques⁵⁵⁵. Avec le concept de neutralité aux importations de capitaux, l'efficacité économique est envisagée depuis l'Etat d'accueil. En effet, la neutralité est atteinte lorsque, dans l'Etat d'accueil, un non-résident est autant imposé qu'un résident pour le même investissement⁵⁵⁶. Plus précisément, dans le cadre de cette théorie, les activités et investissements dans un Etat sont soumis à la même charge fiscale totale, que l'activité ou l'investissement soit conduit ou réalisé par un résident ou par un non-résident dudit Etat⁵⁵⁷.

De manière classique, la neutralité aux importations de capitaux recherche la neutralité dans la concurrence et les opportunités de développement au sein de chaque Etat importateur de capitaux. Pour cela, la *capital import neutrality* appelle à l'adoption par tous les Etats de l'imposition exclusive à la source. La logique qui sous-tend cette exigence est simple. Si tous les investisseurs dans une juridiction donnée sont imposés de manière exclusive par l'Etat de la source, alors, dans chaque Etat, la fiscalité n'aura pas d'effet sur la concurrence entre entreprises ni sur les opportunités d'expansion. Dans ces conditions, le concept de neutralité est légèrement différent de celui de la neutralité aux exportations de capitaux et est plus proche de l'égalité de traitement fiscal entre investisseurs dans chaque juridiction. En effet, les impôts n'auront alors pas d'effet sur les différences de concurrence et de possibilités de développement qui existent entre chaque Etat.⁵⁵⁸

Cependant, dans ce premier sens de la neutralité aux importations de capitaux, les opportunités de développement sont affectées si le *non-tax world* est utilisé comme modèle de référence. En effet, n'importe quelle imposition dans ces circonstances vient diminuer la profitabilité nette et, par conséquent, réduit les fonds disponibles pour permettre aux investisseurs de se développer. Mais puisque toutes les entreprises

⁵⁵⁵ V. notamment FORST David L., *The U.S. International Tax Treatment of Partnerships*, préc., p. 246 ; LARKINS Ernst R., *Double Tax Relief for Foreign Income A Comparative Study of Advanced Economies*, préc., p. 13 ; BARKER William B., *Optimal International Taxation and Tax Competition: Overcome the Contradictions*, préc., p. 189.

⁵⁵⁶ HOLMES Kevin, *International Tax Policy and Double Tax Treaties – An Introduction to Principles and Application*, op. cit., p. 6.

⁵⁵⁷ GRAETZ Michael J., *The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies*, préc., pp. 270 et 271.

⁵⁵⁸ SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, préc., p. 210.

dans un même Etat subissent cette réduction, la neutralité relative est maintenue.⁵⁵⁹ La CIN n'est donc pas, dans cette perspective classique introduite par le Professeur Peggy MUSGRAVE, une théorie fondée sur l'efficience mais un argument assis sur la compétitivité, mis en avant par les entreprises favorables à l'imposition à la source⁵⁶⁰.

D'un autre point de vue néanmoins, et qui reste conforme à l'approche classique, il reste possible de voir la neutralité aux importations de capitaux comme un concept qui est sous-tendu par le paradigme du *non-tax world* en ce sens qu'il représente la neutralité quant au lieu où est situé l'investisseur (et non pas au lieu où est situé l'investissement comme dans la CEN). Dès lors, un système fiscal satisfera à la *capital import neutrality* si, au regard des investissements dans l'Etat d'imposition, le lieu de la résidence des investisseurs (d'où vient le capital) n'est pas affecté par la fiscalité. Une telle approche constitue en fait le miroir de la neutralité aux exportations de capitaux. Cette dernière promeut la neutralité de l'impôt quant au lieu où le capital provenant de l'Etat d'imposition doit être exporté. *A contrario*, la neutralité aux importations de capitaux promeut la neutralité de l'impôt quant au lieu où le capital investi dans l'Etat d'imposition est importé. Si tous les Etats adoptent l'imposition exclusive à la source, les conditions de la CIN seront satisfaites car tous les investisseurs dans l'Etat d'imposition seront soumis au même, et unique, taux d'imposition quelle que soit leur résidence.⁵⁶¹

La Commission européenne a parfaitement résumé les implications de ce concept :

« La neutralité par rapport aux importations de capitaux (NIC) existe quand les investisseurs domestiques et étrangers dans n'importe quel marché national obtiennent le même taux de rendement après impôt pour des investissements comparables dans ce marché. Un régime de neutralité par rapport aux importations des capitaux garantit que les

⁵⁵⁹ Ibid., pp. 210 et 211. Cela ne veut pas dire que toutes les entreprises dans un Etat auront les mêmes opportunités de développement. Cela ne veut pas dire non plus que des entreprises différentes n'auront pas des avantages et désavantages compétitifs différents. Mais le postulat sera que si ces différences existent, elles seront totalement indépendantes du système fiscal.

⁵⁶⁰ SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Revisited*, préc., p. 135.

⁵⁶¹ SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, préc., pp. 211 et 212. V. aussi en ce sens notamment : SCHÖN Wolfgang, *Tax competition in Europe – the legal perspective*, *ECTR* 2000, Volume 9, n°2, p. 92, GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., *Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe*, préc. ;

capitaux importés et domestiques dans chaque territoire vont se concurrencer dans des conditions identiques. C'est pourquoi un régime de neutralité par rapport aux importations des capitaux aura tendance à garantir une allocation internationale efficiente des flux d'épargne. Si les pays de provenance s'abstiennent de toute discrimination entre investisseurs domestiques et étrangers actifs sur leur territoire, la neutralité par rapport aux importations de capitaux sera acquise à condition que les pays de résidence exonèrent tout revenu de provenance étrangère de l'impôt national »⁵⁶².

Ainsi, le système fiscal induit par cette acception de la *capital import neutrality*, est également un régime de taxation exclusive à la source, c'est-à-dire que le régime fiscal mis en place par l'Etat d'origine exonère tous les revenus de source étrangère de ses résidents afin de ne les imposer que sur leurs revenus domestiques. De la sorte, l'Etat de la source est seul en droit d'imposer les revenus générés par des non-résidents sur son sol⁵⁶³. Dans un cas cependant, il apparaît légitime de redonner à l'Etat d'origine le droit d'imposer. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'Etat d'accueil exonère les revenus des non-résidents et impose ceux de ses résidents. Dans une telle situation, la neutralité aux importations de capitaux pourrait conduire à obliger l'Etat d'origine à imposer ses résidents pour leurs revenus de source étrangère selon le taux d'imposition de l'Etat d'accueil d'où proviennent ces revenus⁵⁶⁴.

Il semblerait que la difficulté à appréhender le concept de neutralité aux importations de capitaux réside dans le fait que l'efficience recherchée est induite par le comportement d'un autre Etat que celui où cette recherche est effectuée. En effet,

GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy, préc. ; MASON Ruth, Tax Discrimination and Capital Neutrality, préc., p. 133.

⁵⁶² SEC(2001) 1681 final, préc., p. 131.

⁵⁶³ V. notamment FORST David L., The U.S. International Tax Treatment of Partnerships, préc., p. 246 ; STEPHENS C. Neil, A progressive analysis of the efficiencies of capital import neutrality, préc., p. 163 ; LARKINS Ernst R., Double Tax Relief for Foreign Income A Comparative Study of Advanced Economies, préc., p. 13 ; BARKER William B., Optimal International Taxation and Tax Competition: Overcome the Contradictions, préc., p. 189 ; HOLMES Kevin, *International Tax Policy and Double Tax Treaties – An Introduction to Principles and Application*, op. cit., p. 6 ; SHAHEEN Fadi, International Tax Neutrality: Reconsiderations, préc., pp. 233 et 234 ; DEVEREUX Michael P., Taxation of outbound direct investment: Economic principles and tax policy considerations, préc., p. 702 ; SHAPIRO Timothy Hisao, Tax First, Ask Questions Later: Problems Predicting the Effect of Obama's International Tax Reforms, préc., p. 163 ; SHAHEEN Fadi, International Tax Neutrality: Revisited, préc., p. 136.

⁵⁶⁴ BARKER William B., Optimal International Taxation and Tax Competition: Overcome the Contradictions, préc., p. 190.

l'efficacité économique est regardée depuis l'Etat d'accueil (c'est dans cet Etat qu'il faut que tout investisseur, quelle que soit son origine, subisse la même charge fiscale totale sur l'investissement réalisé dans un Etat en particulier), mais pour qu'elle soit atteinte, il faut que ce soit l'Etat d'origine de l'investisseur qui mette en place un système fiscal d'exonération des revenus de source étrangère de ses résidents. La réussite de la mise en place d'un régime parfait de neutralité aux importations de capitaux implique que tous les Etats abandonnent l'imposition des revenus de source étrangère de leurs résidents, donc qu'ils optent pour un régime d'imposition à territorialité dite limitée. Il convient de préciser qu'en pratique aucun Etat n'est désireux de s'abstenir d'imposer les revenus de source étrangère de ses résidents et qu'aucun Etat ne les exonère complètement.

Une autre condition est également requise pour que la *capital import neutrality* soit satisfaite. L'Etat de destination ne doit pas imposer résidents et non-résidents de façon discriminatoire. Si les investisseurs étrangers sont imposés dans un Etat différemment des résidents (que ce soit favorablement ou défavorablement) de cet Etat pour le même investissement, alors le système fiscal est injuste et affectera le comportement des investisseurs. Par exemple, si un Etat offre aux investisseurs non-résidents une exonération sur les revenus qu'ils généreront sur son territoire, il encouragera ses propres résidents à organiser leurs investissements dans cet Etat en les faisant transiter par d'autres Etats afin, eux aussi, de bénéficier de cette exonération⁵⁶⁵. Cependant, dans de telles circonstances, il a précédemment été énoncé que la neutralité aux importations de capitaux pourrait être rétablie par une imposition dans l'Etat d'origine équivalente à celle qui aurait dû intervenir dans l'Etat d'accueil. Le raisonnement pourrait être poussé plus avant. En effet, si la différence de traitement conduisait non pas à une exonération mais simplement à une imposition plus faible, l'Etat de la résidence pourrait avoir à imposer une taxation complémentaire avant de ramener la charge fiscale totale au niveau supporté par les résidents de l'Etat d'investissement. Ou, situation inverse, si l'imposition dans l'Etat d'accueil conduisait à une surimposition des non-résidents par rapport aux résidents, l'Etat d'origine pourrait être contraint au remboursement de la différence.

La distinction entre cette théorie de la neutralité et celle de la neutralité aux exportations de capitaux est frappante. Avec l'exonération préconisée par la CIN, les décisions des contribuables relatives à la localisation de leur investissement ne sont neutres que lorsque les Etats ont les mêmes taux d'imposition ; dans de telles circonstances il n'y a pas d'incitation à investir dans un Etat plutôt qu'un autre en raison du taux d'imposition. En revanche, lorsque les taux d'imposition diffèrent entre Etats la neutralité aux importations de capitaux ne permet en rien de supprimer les désavantages à investir dans les Etats à forte fiscalité (ou à fiscalité plus importante que celle de l'Etat d'origine de l'investisseur), lorsque la CIN est comparé à la CEN. Au contraire, la *capital import neutrality* permet aux investisseurs de bénéficier de tout taux d'imposition faible disponible à l'étranger ; il n'élimine pas les incitants fiscaux à investir dans les Etats à faible fiscalité. En d'autres termes, la neutralité aux importations de capitaux ne modifie pas, en ce qui concerne le choix du lieu d'investissement, les distorsions pré-existantes qui résultent des différences entre les taux d'imposition des Etats. Si elle ne permet pas la neutralité quant au choix du lieu d'investissement, c'est parce que cette théorie de la neutralité cherche à promouvoir une neutralité à la concurrence (ou compétitivité) en assurant aux investisseurs qui ont des revenus en provenance d'un même Etat qu'ils font tous face au même niveau d'imposition, et ce quel que soit le lieu de leur résidence.⁵⁶⁶

En favorisant la prospérité mondiale plutôt que celle de l'Etat d'origine, la principale critique qui est adressée à la neutralité aux importations de capitaux est le risque de réduction de l'assiette imposable dans ce dernier Etat au profit d'investissements à l'étranger et ce faisant le risque de raréfaction du capital pour financer les activités dans ce même Etat. Ces critiques ne sont pas dénuées de fondement, mais plusieurs contre-arguments peuvent être avancés⁵⁶⁷.

Tout d'abord, en vertu de la *capital import neutrality* les entreprises multinationales peuvent diminuer leur taux effectif d'imposition globale. Etant moins imposées, elles

⁵⁶⁵ HOLMES Kevin, *International Tax Policy and Double Tax Treaties – An Introduction to Principles and Application*, op. cit., p. 6.

⁵⁶⁶ MASON Ruth, *Tax Discrimination and Capital Neutrality*, préc., p. 132.

⁵⁶⁷ Pour une analyse des critiques adressées à la neutralité aux importations de capitaux et une réponse à ces arguments v. notamment : STEPHENS C. Neil, *A progressive analysis of the efficiencies of capital import neutrality*, préc., pp. 180 à 182.

voient leur compétitivité au niveau international s'accroître. Cette hausse de la compétitivité et de la profitabilité leur permet de distribuer plus de profits à leurs actionnaires (résidents de l'Etat d'origine). Ces derniers s'étant enrichis de manière plus importante grâce à certains investissements plus rentables à l'étranger que dans leur Etat de résidence pourront consommer davantage, ce qui génère d'autres recettes fiscales et de l'activité dans l'Etat d'origine. En outre, ils disposeront de plus de capital à investir dans les placements qui dans leur Etats sont plus rentables que ceux réalisés à l'étranger.

Par ailleurs, même si l'Etat d'origine perçoit moins de recettes fiscales sur ses résidents (car il n'impose pas leurs revenus de source étrangère) il constate une augmentation de ses exportations, ce qui est bénéfique pour son économie⁵⁶⁸.

Il convient également d'ajouter que ce qu'un Etat d'origine perd en recettes fiscales en n'imposant pas les revenus de source étrangère de ses résidents et en capital disponible pour ses activités, il peut le compenser en tout ou partie en qualité d'Etat d'accueil. En effet, les résidents d'autres Etats pourront trouver dans cet Etat des placements qui, lorsqu'ils y sont effectués, génèrent plus de revenus que dans leur propre Etat. Cela constitue donc une source de capital pour financer ces activités et des recettes fiscales car étant cette fois Etat d'accueil il est le seul à avoir le droit d'imposer le revenu créé par ces placements effectués par des non-résidents.

Ainsi, il apparaît que ces deux principes de neutralité présentent chacun des avantages et des inconvénients. Si leur mérite commun est de chercher à promouvoir l'accroissement de la richesse au niveau mondial soit par le biais de la répartition la plus efficiente du capital, c'est-à-dire celle qui serait en vigueur en l'absence de fiscalité, soit par la stimulation de la concurrence et l'accroissement des opportunités de développement, elles ont pour faiblesses les modalités fiscales qui ont été proposées afin de les réaliser. C'est notamment pour ces raisons, aussi bien pour elles-mêmes que pour les principes fiscaux utilisés pour les réaliser, que ces doctrines ont été remises en question de manière profonde au début des années 2000.

Section 2 : Neutralité à l'exportation et à l'importation du capital, des principes inadaptés s'appuyant sur des concepts dépassés

Dans une étude très substantielle, le Professeur Michael GRAETZ⁵⁶⁹ a critiqué de façon vigoureuse les notions de CIN et de CEN telles qu'elles avaient été élaborées dans les années 1960. Selon lui ces théories seraient inadaptées à la fiscalité internationale (§1) et reposeraient sur des fondements aujourd'hui obsolètes (§2).

§1- Des concepts inadaptés à la fiscalité internationale

Selon le Professeur Michael GRAETZ, neutralité à l'exportation ou neutralité à l'importation de capitaux ne permet pas d'expliquer le fonctionnement de la fiscalité internationale. En effet, l'organisation de cette dernière repose sur ce qu'il appelle le compromis de 1920 qui consiste, de manière schématique, à attribuer à l'Etat de la source les revenus d'entreprises et à l'Etat de la résidence les revenus des placements dits de portefeuille⁵⁷⁰. Or, à cette époque les notions de neutralité à l'importation ou à l'exportation du capital n'étaient pas connues. Dès lors, faire de ces concepts l'un des fondements de la fiscalité internationale conduirait à trois problèmes majeurs.

Le premier problème est de vouloir adopter une perspective mondiale dans la recherche d'efficience. En effet, un système fiscal est élaboré pour être au service d'un Etat et ce dernier a pour objectif de favoriser ses citoyens. En confiant à la charge d'un gouvernement le soin d'améliorer le quotidien des citoyens d'une nation, y compris des moins avantageés, les citoyens d'un Etat ont fait le choix de faire de la croissance économique et du partage de la richesse une question nationale et non pas

⁵⁶⁸ ALSOBROOK Ann Duvall, *Improving the Competitiveness of U.S. Multinational Corporations Through Changes to the Foreign Tax Credit*, préc., p. 885.

⁵⁶⁹ GRAETZ Michael J., *The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies*, préc., pp. 261 à 336.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 262. Le compromis de 1920 est en fait la référence aux différents travaux menés par des experts pour le compte de la Société des nations et qui ont constitué les bases de la fiscalité internationale moderne : v. BLACKETT Basil P., *(1) Mémoire sur la superposition des taxes (2) Note sur les effets de la superposition des taxes sur les placements à l'étranger - Société des nations. Commission économique et financière provisoire. Section financière*, Société des nations, 1921, n° E.F.S. 16 - A 16, 43 p. ; BRUINS, EINAUDI, SELIGMAN et STAMP Josiah (Sir), *Rapport sur la double imposition, présenté au Comité financier - Société des nations, Commission économique et financière*, op. cit., 58 p. ;

mondiale. C'est pour ces raisons que le pouvoir de lever l'impôt est une prérogative au cœur de la compétence étatique et qu'elle n'est que de façon tout à fait exceptionnelle déléguée à une organisation internationale. Ce choix qui a été opéré au niveau interne ne devrait pas être différent au niveau international.⁵⁷¹

Le deuxième problème réside dans une définition trop réduite de l'efficacité économique. Le Professeur Peggy MUSGRAVE a défini que la meilleure politique était celle qui engendre le moins de coûts possible en matière d'efficacité ; or une disposition fiscale est considérée comme inefficace dès lors qu'elle perturbe l'allocation mondiale du capital à investir en comparaison de celle qui résulterait de l'absence de fiscalité. Ainsi, vouloir éviter toute distorsion dans les investissements est considéré comme la politique la plus efficace⁵⁷².

Mais pour plusieurs raisons il faudrait de nos jours émettre des réserves sur les conclusions du Professeur Peggy MUSGRAVE. Le Professeur Michael GRAETZ en voit sept :

- Tout d'abord, à l'époque où ces travaux ont été menés, les économistes avaient foi dans la capacité d'une politique fiscale et monétaire nationale à développer la croissance. Les crises économiques depuis lors ont démontré les limites de cette capacité.
- Ensuite, le Professeur Peggy MUSGRAVE envisage un monde parfait. Un monde où les marchés sont totalement concurrentiels et les gouvernements sont raisonnables et bien administrés. Dans ces conditions, il n'y aurait, par exemple, aucune économie d'échelle à attendre en effectuant un investissement à l'étranger. De plus, dans ce monde, les politiques fiscales nationales sont optimales (elles ne favorisent pas les productions domestiques par exemple). S'il est courant pour les économistes de ne considérer qu'un monde parfait, cela implique tout de même d'être précautionneux quant à l'usage qui peut être fait, en pratique, des conclusions qui en sont tirées.

SOCIÉTÉ DES NATIONS, COMITÉ FINANCIER, *Double imposition et évasion fiscale : Rapport et résolutions - Présentés par les experts techniques au Comité financier de la Société des nations*, Société des nations, 1925, n° F 212, 45 p.

⁵⁷¹ Ibid., pp. 277 à 282.

- De plus, le Professeur Peggy MUSGRAVE postule qu'un dollar d'investissement étranger est un dollar d'investissement domestique perdu, alors que des études ont montré que le plus souvent les investissements étrangers viennent en complément des investissements domestiques et non pas s'y substituer.
- En outre, le Professeur Peggy MUSGRAVE n'a pas pris en compte les effets de l'imposition (au niveau) des personnes physiques sur les investissements domestiques et étrangers. La raison est qu'elle considère que cette imposition aura les mêmes conséquences sur les deux catégories d'investissement. Mais le plus souvent l'imposition des personnes physiques conduit à des niveaux d'imposition plus élevés quand ces personnes perçoivent des revenus de source étrangère que si elles recevaient des revenus domestiques.
- Egalement, à l'époque de son analyse, les Etats-Unis étaient les premiers exportateurs de capitaux du monde alors qu'aujourd'hui ils sont les seconds plus grands importateurs de capitaux. Si dans les années 1960, les importations de capitaux étaient faibles et n'avaient que peu de conséquences sur l'économie américaine, ce n'est plus le cas de nos jours.
- Autre lacune, le Professeur Peggy MUSGRAVE n'envisage pas les réactions ou mesures de rétorsion que d'autres Etats pourraient adopter en cas de modification de la politique fiscale d'un autre Etat.

Il convient de noter que les Professeurs Mihir DESAI et James HINES vont plus loin. Ils relèvent en effet que parmi les postulats qui président à l'établissement des théories de CIN et CEN en tant que modèles d'enrichissement mondial, il en est un qui énonce que les activités des entreprises étrangères ne sont pas affectées par d'éventuelles répercussions liées à des modifications dans l'imposition des revenus de source étrangère

⁵⁷² Ibid., p. 285.

dans leur Etat d'origine. Pour eux, ce postulat est le plus criticable de tous⁵⁷³. En effet, les investissements domestiques et étrangers effectués par des entreprises peuvent parfaitement influencer les investissements réalisés par des sociétés étrangères. Une hypothèse qui serait contraire aux fondements des neutralités aux importations ou aux exportations de capitaux. Mais il est tout à fait envisageable que les investissements réalisés par les sociétés d'un Etat dans un autre génèrent des investissements depuis cet autre Etat vers le premier. Dans ces conditions, les modifications des règles d'imposition des revenus étrangers dans l'un quelconque de ces Etats, pris en qualité d'Etat d'origine, auront des conséquences sur les investissements que les entreprises (domestiques et étrangères) pourront faire dans l'un et l'autre de ces deux Etats.

- Enfin, le Professeur Peggy MUSGRAVE occulte le fait que la richesse nationale puisse être augmentée par le biais de la coopération avec les autres Etats⁵⁷⁴.

La troisième raison pour laquelle il est problématique de prendre les principes de CEN et CIN comme fondements de la fiscalité internationale réside dans le fait que se concentrer sur la notion d'efficacité économique occulte d'autres considérations importantes qui sont également au cœur de l'élaboration de la politique fiscale. En effet, selon certains auteurs, si l'efficacité économique était au fondement de la fiscalité, l'impôt sur le revenu serait supprimé et remplacé par des taxes sur les salaires ou sur la consommation⁵⁷⁵. Mais parmi les autres principes qui façonnent la fiscalité il est possible de citer des principes tels que l'équité, entre nations en ce qui concerne la fiscalité internationale, la non-discrimination et la réciprocité qui découlent de l'équité, la redistribution entre personnes de différentes nations. De plus, la politique fiscale internationale est souvent très profondément marquée par la

⁵⁷³ Pour les autres postulats et leur critique v. DESAI Mihir A. et HINES James R. Jr., *Evaluating international tax reform*, préc., p. 493.

⁵⁷⁴ GRAETZ Michael J., *The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies*, préc., pp. 287 à 294.

⁵⁷⁵ Selon certains économistes les meilleures alternatives à l'impôt sur le revenu sont les taxes sur les salaires ou les taxes sur la consommation. Ainsi, le taux d'imposition économiquement efficace sur les revenus du capital serait de zéro, avec un niveau d'imposition adapté sur les salaires ou sur la consommation. V. notamment GRAETZ Michael J., *The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies*, préc., p. 283.

politique étrangère d'un Etat, elle est affectée par les coûts de conformité et d'administration qui sont autant de charges en termes d'efficacité. Parfois, la fiscalité internationale est influencée par la pratique internationale qui peut ne pas correspondre à la voie la plus efficace, en particulier pour les intérêts d'une nation, mais qui est malgré tout suivie par conformisme dans le cadre d'un "sacrifice" commun afin d'établir des standards communs. Enfin, la question du recouvrement de l'impôt est une nécessité absolue pour que l'impôt, d'une part, soit effectif et, d'autre part, puisse permettre de financer les programmes mis en place par les Etats. Ainsi, la nécessité de recouvrer l'impôt peut parfois conduire à s'écarter de l'efficacité économique afin d'assurer la collecte de l'impôt.⁵⁷⁶

Pour le Professeur Michael GRAETZ ces aspects sont importants et devraient à eux seuls justifier la révision profonde d'une approche de la fiscalité internationale qui ne reposerait que sur un choix entre neutralité à l'importation ou à l'exportation. Selon lui, une autre raison encore plus fondamentale devrait conduire à changer cette approche. Elle réside dans le fait que de nos jours la très grande fluidité du capital et l'innovation technologique posent des problèmes de plus grande ampleur encore pour parvenir à collecter l'impôt, ou même pour ne serait-ce qu'identifier l'existence d'un revenu et sa source le cas échéant. Ces défis nouveaux sapent directement les fondements des principes qui dirigent la fiscalité internationale et seule une révision de ceux-ci saurait apporter une réponse satisfaisante.

§2- Des théories assises sur des principes obsolètes

Depuis l'époque où les règles qui fondent le droit fiscal international ont été élaborées, entre 1918 et 1928, l'économie mondiale a considérablement évolué. Les années récentes ont montré un accroissement de la mobilité du capital, le développement du commerce électronique, l'augmentation du recours aux instruments financiers et notamment les produits dérivés financiers⁵⁷⁷, l'invention de la monnaie

⁵⁷⁶ GRAETZ Michael J., *The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies*, préc., pp. 294 à 315.

⁵⁷⁷ Un produit dérivé ou plus simplement un dérivé est « un actif dont la valeur dépend d'autres variables plus fondamentales comme les prix d'autres actifs négociés sur les marchés, les taux d'intérêt, le taux de change ou encore les températures, etc. » HULL John, *Options, futures et autres actifs dérivés*, Pearson Education, 6^{ème} éd., 12 avril 2007, p. 1. Du point de vue juridique les dérivés empruntent plusieurs procédés juridiques : « Trois sortes de contrats permettent d'atteindre le but

électronique, une augmentation du recours aux paradis fiscaux et une structuration beaucoup plus sophistiquée juridiquement et financièrement des activités transfrontalières ont rendu archaïques ou tout au moins facilement contournables les principes traditionnels d'imposition des revenus internationaux.

La fiscalité internationale est organisée selon des principes qui ne reflètent plus la réalité économique mondiale. Un exemple topique : la persistance des régimes fiscaux à traiter de façon distincte, c'est-à-dire comme indépendantes, différentes entités qui composent un groupe de sociétés économiquement intégré (c'est-à-dire une entreprise). L'organisation juridique des activités, alors qu'elle est librement choisie et aisément manipulable par les contribuables, revêt une trop grande importance dans la détermination des conséquences fiscales applicables aux entreprises.⁵⁷⁸

Ces lacunes ont été identifiées par les Etats et certaines difficultés ont été placées en tête de l'ordre du jour des travaux de l'OCDE. Le Professeur Michael GRAETZ se concentre sur les concepts fondamentaux de source des revenus et de résidence des contribuables.

Les règles de détermination de la source d'un revenu sont, pour plusieurs catégories de revenus, remises en cause par les activités nouvelles (finance et commerce électronique en particulier) et la flexibilité dans la façon d'établir des opérations (prix de transfert, réorganisations d'entreprises, etc.). Les normes relatives à la source des revenus d'activité mais aussi à celle des revenus des investissements en portefeuille

recherché par les agents économiques, c'est-à-dire de transférer le risque associé à la valeur d'une chose dans le futur sans la chose elle-même : les contrats à terme dans lesquels le transfert de la chose sous-jacente est écarté, définitivement ou alternativement, au bénéfice du paiement d'une somme d'argent ; les promesses unilatérales de contrat dans lesquelles le transfert de la chose sous-jacente est écarté du contrat définitif, définitivement ou alternativement, au bénéfice du paiement d'une somme d'argent ; enfin, les accords de reprise interne de dette ou de créance ». En outre, « l'analyse de l'objet contractuel des dérivés [fait] apparaître une communauté de contrats qui se signalent par un ensemble de caractères communs : les dérivés ne sont pas des instruments de financement, ils sont en revanche toujours des contrats aléatoires, à exécution successive, et donnent naissance à des obligations de sommes d'argent ». Mais plus qu'une simple communauté de contrats, il apparaît en fait « qu'ils constituent une véritable catégorie juridique : celle-là qui regroupe les contrats ayant pour objet d'abstraire la valeur d'une chose sous-jacente pour permettre aux parties d'y exposer leurs espérances ou leurs craintes sur l'avenir. Cette technique permet de distinguer les dérivés des autres contrats qui ont semblablement pour objet de transférer le risque associé à une chose dans le futur sans la chose elle-même ». GAUDEMET Antoine, *Les dérivés*, *Economica*, coll. Recherches juridiques, 1^{er} avril 2010, respectivement p. 43, p. 83 et p. 128.

⁵⁷⁸ GRAETZ Michael J., *The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies*, préc., p. 316.

comme les intérêts, les dividendes ou les plus-values doivent être revues à la lumière des développements récents de la finance. En outre, la plupart des règles de source se concentrent sur l'apparence juridique des transactions plutôt que sur leur substance économique. Tel est le cas notamment de la distinction qui est opérée, d'une part, entre les ventes et les concessions et, d'autre part, entre les loyers de baux financiers et les intérêts. En outre, de nombreuses règles de source renvoient à l'Etat de la résidence du payeur, alors que pour les personnes morales cette résidence est de plus en plus complexe à déterminer.⁵⁷⁹

Si la détermination de la source d'un revenu a pour objectif de répartir la base imposable entre les Etats et d'améliorer la richesse nationale et/ou l'équité entre les contribuables, les règles de détermination devraient être revues de sorte à être en corrélation avec le lieu de l'activité économique réelle, de ses clients, de ses travailleurs ou de ses actifs. Pour y parvenir, le Professeur Michael GRAETZ estime qu'il faut accorder une plus grande attention au rôle économique des actifs incorporels⁵⁸⁰.

Pour y parvenir et se prémunir de montages cherchant à modifier le lieu de la source des revenus, les administrations fiscales se sont concentrées ces dernières décennies sur un principe énoncé en 1923 : celui de pleine concurrence (*arm's length*), c'est-à-dire la concurrence qui existerait dans la situation de deux entreprises indépendantes⁵⁸¹. Mais depuis son origine, il s'agit d'une fiction qui a toujours été délicate à mettre en œuvre⁵⁸² alors qu'il existe une solution de substitution plus fiable et plus difficile à contourner : la répartition des revenus entre sociétés liées sur le fondement d'une clé de répartition s'appuyant sur les ventes, la masse salariale ou les actifs ou une combinaison des trois.⁵⁸³ La Société des nations a cependant rejeté cette

⁵⁷⁹ Ibid., p. 317.

⁵⁸⁰ Ce sujet fait l'objet de travaux particuliers au sein de l'OCDE dans le cadre des prix de transfert. V. http://www.oecd.org/departement/0,3355,fr_2649_45675105_1_1_1_1_1_1_1_00.html

⁵⁸¹ V. BRUINS, EINAUDI, SELIGMAN et STAMP Josiah (Sir), *Rapport sur la double imposition, présenté au Comité financier - Société des nations, Commission économique et financière*, op. cit., 58 p.

⁵⁸² V. par ex. *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales 2010*, OCDE, 16 août 2010, 408 p. Ces principes ont été élaborés et publiés par l'OCDE pour la première fois en 1995 et n'ont cessé depuis lors d'être revus. De nombreux travaux sont menés par l'OCDE pour continuer à les réviser sur des sujets en particulier comme les incorporels, les réorganisations d'entreprises, la comparabilité des méthodes de prix, les profits des établissements stables.

⁵⁸³ GRAETZ Michael J., *The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies*, préc., p. 318. Pour une analyse des difficultés à déterminer l'Etat de la source dans l'économie moderne et du recours au principe *arm's length* v. DEVEREUX Michael P., *Taxation of outbound direct investment: Economic principles and tax policy considerations*, préc., pp. 712 et 713.

méthode. La raison principale tenait à la grande variété des méthodes alors en place dans le monde. Il aurait été nécessaire, pour surmonter ces différences, d'entrer dans le débat du choix d'une méthode, ce qui aurait fait voler en éclat le fragile équilibre qui a permis d'établir un modèle de convention fiscale en 1928. Il convient de se rappeler que c'est notamment pour éviter les difficultés liées aux prix de transfert que la proposition de directive ACCIS a fait le choix d'une formule de répartition (v. supra)⁵⁸⁴.

Dernier concept qui souffre de l'épreuve du temps, celui d'établissement stable. Si l'OCDE a modernisé le concept dans ses révisions de 2008 et 2010 de son Modèle de convention, il reste bousculé par les activités de services, les réorganisations d'entreprises, le commerce électronique... qui bouleversent l'acception traditionnelle d'implantation sur le sol d'un autre Etat, et ce aussi bien du point de vue physique ou matériel que du point de vue temporel. Là encore, l'emploi d'une clé de répartition pourrait permettre de ne plus avoir à recourir de manière systématique à ce concept pour répartir l'assiette imposable.⁵⁸⁵

Si la détermination de la source d'un revenu est devenue une entreprise périlleuse et complexe, celle de résidence d'une société ne l'est pas moins. Pour le Professeur Michael GRAETZ, l'idée de résidence d'une société revient à vouloir donner corps à une fiction, c'est-à-dire découvrir de la substance économique et politique dans un monde de subtilités juridiques alors que ce n'est pas un hasard si le terme de multinationales est employé.⁵⁸⁶

Il apparaît en effet que tous les facteurs de rattachement utilisés par les Etats pour déterminer la résidence d'une société peuvent être manipulés par les entreprises afin

⁵⁸⁴ C'est ainsi qu'en page 4 de la proposition de directive ACCIS il est énoncé : « Actuellement, l'un des obstacles principaux dans le marché unique est constitué par les coûts élevés engendrés par le respect des formalités liées aux prix de transfert selon l'approche de pleine concurrence. De plus, la façon dont les groupes étroitement intégrés ont tendance à s'organiser indique clairement que la fixation des prix transaction par transaction sur la base du principe de pleine concurrence n'est peut-être plus la méthode la mieux appropriée en matière de répartition des bénéfices ».

⁵⁸⁵ GRAETZ Michael J., *The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies*, préc., pp. 319 et 320. Dans l'ACCIS cependant, ce concept a été maintenu (et celui utilisé aux Etats-Unis de *nexus* a été écarté). En effet, dans la clé de répartition proposée, le facteur vente / services est comptabilisé en fonction du lieu de destination. Mais si la destination des ventes ou des services se situe dans un Etat membre où il n'y a aucune entité imposable du groupe, ou dans un Etat tiers, alors les ventes et services en cause sont inclus « dans le facteur « ventes » de toutes les entités imposables du groupe proportionnellement à leurs facteurs « main d'œuvre » et « actifs » (*spread throw-back*) ». V. annexe au document CCCTB/WP/060 synthèse des règles de répartition éventuelles, point 25.5.

⁵⁸⁶ Ibid., p. 320.

de modifier ou de semer le trouble sur leur résidence au sens fiscal ; cela alors même que selon les Etats les méthodes utilisées pour qualifier la résidence d'une société peuvent varier (v. supra). Pour le Professeur Michael GRAETZ, l'importance et nombre des conséquences fiscales liées au statut de résident ou de non-résident pour une société sont une grave source de faiblesses du droit fiscal international étant donné les difficultés pour déterminer la "vraie" résidence. A l'exemple des Etats-Unis, il peut être admis que le critère de détention par des personnes américaines (y compris d'autres entreprises) soit pertinent pour des entreprises détenues directement et pour lesquelles la résidence des propriétaires est aisément déterminable. Mais cela n'est plus acceptable, ou significativement moins, pour des multinationales détenues par un grand nombre de personnes. Pour autant, il estime que se fonder sur la résidence des dirigeants ou décisionnaires d'une société pour en déterminer la résidence est assez difficile à justifier⁵⁸⁷ car d'autres critères tout aussi légitimes (lieu de l'activité principale, lieu où se trouve les facteurs de production, lieu où se situe la majorité des employés...) pourraient être adoptés pour établir la résidence d'une société.

Dans ces conditions, il faudrait réduire les effets attachés à la résidence d'une personne morale. Cela aurait de nombreuses conséquences en matière de politique fiscale. Au premier chef, l'imposition prioritaire des revenus des entreprises à la source. Mais cela nécessiterait de revoir en profondeur le lien qui sert à déterminer l'emplacement de l'activité économique réelle.

Ainsi, la référence aux théories de neutralité aux importations et aux exportations de capitaux pour façonner les choix de politique fiscale internationale souffre d'une double critique. La première réside dans les postulats même qui président aux fondements de ces théories qui seraient inadaptés à la fiscalité internationale. La seconde, est encore plus grave. Quand bien même ces théories seraient valides dans un contexte différent de celui des postulats qui ont permis de les dégager, elles s'appuieraient, pour parvenir à leur démonstration, sur des concepts du droit fiscal

⁵⁸⁷ Ibid., pp. 321 à 323.

international qui apparaîtraient dépassés au regard de l'évolution économique, politique et technologique.

La pertinence de ces critiques, explicitées et synthétisées par le Professeur Michael GRAETZ, est si grande qu'elle a conduit à l'élaboration d'une nouvelle théorie de la neutralité.

Chapitre 2 : L'émergence d'une théorie nouvelle de la neutralité

Dans un monde où la détention des actifs change très rapidement, il est assez surprenant de constater que les modèles économiques traditionnels ne s'intéressent qu'aux conséquences que la politique fiscale nationale peut avoir sur la répartition du capital domestique et considèrent que cette politique n'a pas d'effets sur celle des capitaux étrangers. Plus encore, il semble assez peu réaliste de postuler l'absence d'interaction entre politique fiscale nationale et capitaux détenus par des non-résidents. En effet, les développements récents de l'économie font apparaître que les questions de propriété des actifs sont une préoccupation au cœur des décisions d'investissement. Or, les concepts traditionnels de neutralité à l'exportation du capital et de neutralité à l'importation du capital ne prennent pas en compte les effets sur la productivité des changements dans la détention des actifs pour des raisons fiscales.

C'est à partir de ce constat que les Professeurs Mihir DESAI et James HINES ont proposé en 2003 une théorie de la neutralité du capital en fonction de sa détention ou propriété⁵⁸⁸. A l'image de la *capital export* et de la *capital import neutrality*, cette

⁵⁸⁸ DESAI Mihir A. et HINES James R. Jr., Evaluating international tax reform, préc., pp. 487 à 502. Il importe de préciser que l'expression de *capital ownership neutrality* a été utilisée la première fois dans DEVEREUX Michael, *Capital export neutrality, capital import neutrality, capital ownership neutrality and all that*, *Institute For Fiscal Studies* 1990, Working Paper, non-publié. Dans ce document, le Professeur Michael DEVEREUX a discuté de la possibilité que les niveaux de productivité puissent varier en fonction de celui qui a la détention des actifs et il a étudié les conséquences en termes de richesse mondiale du fait de ces différences. Son étude se conclut sur le fait que lorsque la productivité varie plus en fonction du propriétaire que du lieu, l'imposition à la source est recommandée pour parvenir à l'efficacité mondiale. Cependant, le Professeur Michael DEVEREUX termine en estimant que les différences de productivité associées au lieu sont plus importantes que celles liées au propriétaire. Pourtant, il estimera que l'usage qu'il fait du terme est différent de celui des Professeurs Mihir DESAI et James HINES, en adoptant une neutralité à la propriété du capital qu'il estime plus large et qu'il appelle, pour la distinguer de celle des Professeurs Mihir DESAI et James HINES, la neutralité au marché (DEVEREUX Michael P., *Taxation of outbound direct investment: Economic principles and tax policy considerations*, préc., pp. 703 à 708). Il convient cependant de préciser qu'en doctrine économique, les considérations liées à la propriété ont été introduites à la fin des années 1950 en ce qui concerne les investissements directs à l'étranger. A l'époque, ce travail passa assez

neutralité peut être appréhendée d'un point de vue national ou mondial. Dans son acception nationale, la neutralité à la détention ou à la propriété du capital prend la forme de la *national ownership neutrality* (NON). Un système fiscal est conforme à la NON s'il promeut la profitabilité des entreprises domestiques et donc la richesse de l'Etat d'origine en exonérant les revenus de source étrangère. Dans son acception mondiale, la *capital ownersip neutrality* (CON) implique que les règles fiscales n'affectent pas la détention des actifs, cette dernière favorisant l'efficacité économique mondiale chaque fois que la productivité d'un investissement diffère en fonction de celui qui en est le propriétaire.⁵⁸⁹

Pour les mêmes raisons que celles précédemment évoquées au sujet des neutralités à l'exportation et à l'importation du capital, le concept de neutralité à la détention nationale ne sera pas retenu dans le cadre de la présente étude. Tout comme celui de neutralité nationale, il ne paraît pas être adapté au contexte européen qui doit permettre de développer la richesse dans tous les Etats de l'Union et non pas dans un seul (v. supra). Au contraire, celui de neutralité à la propriété du capital est susceptible, comme ceux de neutralité à l'importation et à l'exportation de capitaux, de satisfaire aux besoins de la Communauté puisqu'il cherche à favoriser le développement mondial.

Cette neutralité diffère des standards classiques. Son originalité réside aussi bien dans ses postulats que dans ses prescriptions (section 1). Si la doctrine s'accorde dans sa majorité pour reconnaître les mérites de cette théorie quant à l'approche qu'elle entend proposer, les modalités fiscales de sa réalisation, telles que formulées par ses auteurs, ont fait l'objet de profondes critiques (section 2).

inaperçu bien qu'il soit à présent reconnu comme étant à la source de la littérature moderne en matière de commerce international. De ce fait pendant de nombreuses années, les économistes ont occulté l'importance de la propriété dans l'organisation des investissements directs à l'étranger. V. en ce sens : GRAHAM Edward Montgomery, KRUGMAN Paul Robin, *Foreign Direct Investment in the United States*, Institute for International Economics, 2^{ème} éd., 1991, pp. 177 et 178 ; KNOLL Michael S., *Reconsidering International Tax Neutrality*, préc., p. 16 (article republié dans *Tax Law Review* hiver 2011, Volume 64, pp. 99 à 129).

⁵⁸⁹ Ibid., p. 487.

Section 1 : La détention du capital source de l'efficience économique

La neutralité à la détention du capital prend le contrepied des théories classiques en adoptant comme référence les différences de productivité qui apparaissent selon que des actifs sont détenus par tel ou tel propriétaire (§1). Cette importance de la propriété a conduit à définir un certain nombre de principes en matière de fiscalité ; principes qui correspondent aux exigences de cette neutralité (§2).

§1- L'importance de la détention dans l'analyse de l'enrichissement par les investissements à l'étranger

Le postulat des théories traditionnelles de la neutralité, afin d'analyser une règle en matière de fiscalité internationale, est que les investissements étrangers par les entreprises d'Etats différents sont d'une productivité égale. *A contrario*, dans la neutralité à la propriété des capitaux, les différences d'enrichissement qui résultent des variations dans la détention des investissements effectués sont au cœur de l'analyse de la fiscalité internationale. Il convient de préciser avant tout que dans l'étude qui est faite par les Professeurs Mihir DESAI et James HINES, il est souligné que de nos jours la majorité des investissements étrangers sont réalisés sous forme d'acquisitions plutôt que d'investissements en installations nouvelles. C'est un élément clé de la compréhension du système proposé par la neutralité à la propriété du capital.

Ainsi, à l'aune de différentes études des modèles économiques sur le comportement des entreprises, il apparaît que ces dernières ont une approche avantage / coût dès lors qu'elles veulent procéder à un investissement. Cette approche, qu'il est possible de qualifier de bilantielle, permet aux sociétés d'identifier les avantages conférés par la détention conjointe d'actifs situés à des emplacements différents et ainsi d'émerger en tant que multinationale⁵⁹⁰.

⁵⁹⁰ Ibid., p. 488.

Il est en effet apparu que dans un certain nombre d'hypothèses (qui varient en fonction des entreprises en cause, des territoires où sont situés les différents actifs et desdits actifs) la propriété commune d'actifs conduirait à leur meilleure exploitation.⁵⁹¹ Ainsi, les multinationales s'engageraient dans des investissements à l'étranger lorsque la détention leur permet d'acquérir un avantage spécifique par rapport à une transaction *arm's length*⁵⁹² (où il n'y a pas de copropriété), entraînant une plus grande rentabilité de l'opération envisagée au sein du groupe. La conséquence est que les multinationales vont avoir une approche différente de la propriété des actifs (marques, processus de fabrication, brevets...) qu'elles vont pouvoir exploiter. En effet, un groupe pourra juger que la détention de tel actif lui sera plus profitable que celle d'un autre, et un autre groupe pourra estimer qu'un autre actif lui est nécessaire pour augmenter sa productivité. Ces différences sont fondamentales pour comprendre la structuration d'un investissement étranger et la productivité de ces entreprises.⁵⁹³

De plus, les études récentes ont montré que les multinationales sont de plus en plus réticentes à partager la propriété d'entreprises associées (cas d'un investissement direct à l'étranger) en raison des retours sur investissements supérieurs qui peuvent être générés au sein d'une seule et même entité économique.⁵⁹⁴ En effet, il paraît crédible de concevoir qu'il est plus facile de pénétrer et de conquérir un marché lorsqu'un seul et même groupe contrôle l'ensemble du processus : de l'élaboration du produit dans un pays à sa distribution et vente sur un autre marché. La coordination est meilleure et facilite une organisation efficiente, ce qui maximise le retour sur investissement.

L'approche bilantielle de la propriété apparaît de plus en plus centrale dans le choix qui s'offre aux entreprises entre investir dans un marché et servir le même marché par

⁵⁹¹ Ibid.

⁵⁹² L'exemple topique d'une opération *arm's length* est celle de deux entreprises liées, dont l'une vend à l'autre un bien ou un service pour que cette dernière puisse l'exploiter. Le principe de pleine concurrence veut que, dans cette hypothèse, l'opération se déroule dans les mêmes conditions que si les entreprises n'étaient pas liées. La cédante doit donc vendre à un prix dit de marché et dans des conditions normales. Dans le cas contraire, cela conduirait à modifier la base imposable de l'une des entreprises à la hausse ou la baisse (la base imposable de la cédante est augmentée si le prix est plus élevé que celui de marché ce qui diminue donc la base imposable de la cessionnaire ; inversement l'assiette de la cédante est diminuée si elle vend à un prix inférieur à celui du marché à la cessionnaire qui voit son assiette imposable augmentée notamment lors de la revente car elle aura acquis le bien à un prix inférieur). L'objectif étant par ce biais de réduire l'assiette imposable de la société soumise à l'imposition la plus forte et d'augmenter celle soumise à l'imposition la plus faible.

⁵⁹³ DESAI Mihir A. et HINES James R. Jr., *Evaluating international tax reform*, préc., p. 489.

⁵⁹⁴ Ibid.

le biais de transactions de pleine concurrence. Un exemple pourra permettre d'illustrer l'importance de la détention. Une entreprise souhaite établir une usine automobile dans un marché émergent. Quels sont les éléments susceptibles d'affecter la productivité de cette usine selon qu'elle est la propriété d'une multinationale ou d'une entreprise locale ? La multinationale pourrait être plus productive en raison de la possibilité d'étendre une marque mondiale, ou de la possibilité de transférer un processus industriel de fabrication éprouvé. De même, la capacité à intégrer cette unité locale dans un cycle mondial de production, ou de recourir à des expatriés avec une expérience dans des marchés similaires peut aussi avoir des conséquences importantes en termes de productivité. En dépit du fait que cet exemple montre que la détention par une multinationale est plus avantageuse, il convient de retenir que la propriété peut être associée à des différences considérables de productivité.⁵⁹⁵

La question qui se pose à présent est de savoir si l'impôt est de nature à influencer la propriété et le niveau de détention d'un investissement ? Pour les Professeurs Mihir DESAI et James HINES, l'imposition à la résidence est susceptible d'affecter la détention d'actifs étrangers en modifiant le retour après impôt et par la-même d'engendrer la substitution d'un investissement à un autre.

En effet, les résidents d'Etats qui exonèrent les revenus de source étrangère ont le plus à gagner à effectuer leurs placements dans les Etats à fiscalité peu élevée. Les résidents d'Etats qui imposent les revenus de source étrangère et qui ont un niveau élevé d'imposition n'ont plus d'avantage à investir dans un Etat à faible fiscalité car la forte imposition à leur résidence effacera la faible imposition par l'Etat de la source. Dans ces conditions, les résidents d'Etat qui exonèrent les revenus étrangers sont incités à investir dans les Etats à faible fiscalité ; tandis que les résidents d'Etats qui imposent leurs résidents sur une base mondiale, et leur octroient des crédits d'impôt, sont plus incités à investir dans les Etats à fiscalité élevée que les résidents d'Etats qui exonèrent les revenus de source étrangère⁵⁹⁶. Ainsi, les modèles de

⁵⁹⁵ Ibid. Pour des éléments de démonstrations empiriques v. DESAI Mihir A. et HINES James R. Jr., *Evaluating international tax reform*, préc., pp. 489 et 490.

⁵⁹⁶ Ibid., p. 491. En effet, les résidents d'Etats qui sont imposés au mondial de leurs revenus et bénéficient d'un crédit d'impôt pour leurs investissements imposés à l'étranger, reçoivent moins de crédit d'impôt étranger pour leurs investissements dans les Etats à fiscalité plus faible que celle de leur Etat de résidence.

détention entre société étrangère et société mère sont de manière significative affectés par les incitants fiscaux de leur Etat d'origine⁵⁹⁷.

Cela n'est pas sans conséquences pour le régime fiscal induit par la neutralité relativement à la propriété du capital.

§2- Les principales prescriptions de la neutralité à la détention du capital en matière de politique fiscale

De manière générale, un système fiscal est conforme à la neutralité à la détention du capital s'il ne vient pas modifier les chaînes de détention qui permettent la productivité maximale d'un actif donné. Afin de comprendre les implications de cette neutralité en termes d'enrichissement, il est possible d'imaginer une situation extrême où le stock total de capital dans chaque pays n'est pas affecté par la fiscalité internationale. Dans ces conditions, les investissements sortants ne servent qu'à réorganiser la détention du capital entre les investisseurs domestiques et étrangers. Si la productivité du capital dépend de l'identité de ses propriétaires, alors la répartition efficiente du capital est celle qui maximise le rendement au regard du stock de capital dans chaque pays. Il en découle que les règles fiscales favorisent l'efficacité si elles encouragent la détention la plus productive des actifs dans le spectre des investisseurs possibles.⁵⁹⁸

Pour y parvenir, un système fiscal a deux possibilités. La première est l'exonération de tous les revenus de source étrangère. En effet, dans une configuration où seul l'Etat de la source impose les revenus, les investisseurs qui iront opérer dans un Etat y seront tous traités fiscalement pour leurs revenus de la même façon qu'un résident de l'Etat de destination. Il est intéressant de noter qu'il y a égalité de traitement si l'Etat d'accueil applique le même régime d'imposition quelle que soit la résidence de l'investisseur, c'est-à-dire qu'il soit résident de ce dernier ou résident de tout autre Etat. Dans ces conditions, tous les acteurs seront traités de manière égalitaire, ce qui leur permettra de concourir sur un pied d'égalité dans l'attribution des actifs qui

⁵⁹⁷ Pour une illustration avec l'exemple des Etats-Unis v. DESAI Mihir A. et HINES James R. Jr., Evaluating international tax reform, préc., p. 491.

pourront être octroyés à ceux qui seront les plus productifs⁵⁹⁹. Au contraire, si tous les Etats exonèrent les revenus étrangers et qu'un seul les impose tout en accordant un crédit d'impôt étranger limité, cet Etat diminue la richesse mondiale car il encourage ses entreprises à acquérir des actifs dans les pays à fiscalité élevée (car si elles investissent dans ceux à faible fiscalité, elles bénéficieront moins de l'imputation) et les entreprises étrangères à investir dans ceux à faible fiscalité⁶⁰⁰. Ces incitants fiscaux conduisent à s'écarter d'une répartition de la propriété qui résulterait de celle s'appuyant sur les seules différences de productivité.

Pour autant, puisque dans la *capital ownership neutrality* ce qui importe est que la l'attribution de la propriété des actifs soit le reflet des différences de rendements au profit des acteurs les plus productifs, il n'est pas nécessaire pour satisfaire à cette neutralité que les revenus de source étrangère soient exonérés. En effet, si tous les Etats imposent ces revenus (même à des taux variables) et, qu'en tant qu'Etat de la résidence, ils accordent un crédit d'impôt étranger illimité, la propriété sera déterminée en fonction des différences de productivité et non pas des disparités fiscales, ce qui est conforme aux conditions de la neutralité à la propriété du capital. En effet, dans ces circonstances, la charge fiscale totale sur les investissements domestiques et étrangers variera en fonction de l'Etat d'origine, mais chaque investisseur sera incité à procéder à ses placements en les organisant de sorte à maximiser le retour avant impôt⁶⁰¹. Cela est susceptible de satisfaire à la *capital ownership neutrality* car cette volonté de choisir le lieu où le retour avant impôt est le plus élevé, est commun à tous les investisseurs, ce qui supprime tout incitant de

⁵⁹⁸ DESAI Mihir A. et HINES James R. Jr., *Evaluating international tax reform*, préc., p. 494.

⁵⁹⁹ Il faut souligner qu'en matière de détention des actifs, ce qui importe c'est un avantage comparatif et non pas un avantage absolu. Si par exemple, les entreprises françaises sont toujours les plus productives en tant que détentrices de capital, mais qu'elles n'ont pas les ressources nécessaires afin de tout détenir, alors l'efficacité requiert que les entreprises françaises reçoivent le capital pour lequel la différence de taux de retour sur investissement par rapport au reste du monde est la plus élevée. V. DESAI Mihir A. et HINES James R. Jr., *Evaluating international tax reform*, préc., p. 494.

⁶⁰⁰ Il convient de noter que si un Etat impose les revenus de source étrangère tout en fournissant un crédit d'impôt étranger (limité), cela aura pour effet de réduire le coût en termes de richesse d'une réelle mauvaise attribution du capital, mais ce sera au prix d'une distorsion de la chaîne de détention et du fonctionnement de l'activité.

⁶⁰¹ DESAI Mihir A. et HINES James R. Jr., *Evaluating international tax reform*, préc., p. 494. En effet, seul le retour avant impôt est intéressant car l'impôt à la source viendra effacer en tout ou partie celui de la résidence, voire conduira à un remboursement par le Trésor de l'Etat de la résidence de l'excédent d'impôt prélevé à la source. Dans ces conditions, le revenu de source étrangère est en toutes hypothèses autant imposé que si le placement avait été fait dans le même Etat que celui où est établi l'investisseur.

nature fiscale à réorganiser les actifs entre investisseurs avec des systèmes fiscaux différents⁶⁰².

Malgré tout, les Professeurs Mihir DESAI et James HINES marquent leur préférence pour l'imposition exclusive à la source car ils estiment qu'ainsi, pour tout investissement, tous les investisseurs ne seront soumis qu'au taux d'imposition de l'Etat de la source, quelle que soit leur résidence.

Par ailleurs, ils considèrent que pour que la neutralité à la propriété du capital soit satisfaite, il faut que les revenus de source étrangère (dans l'Etat d'imposition) soient imposés à des niveaux qui, s'ils varient entre investisseurs, le fassent dans des proportions fixes (y compris quand l'Etat d'imposition est l'Etat de la source). En effet, dans cette neutralité il ne faut pas que la productivité globale soit plus importante en modifiant la propriété des actifs. Or, l'efficience ici requise n'implique pas nécessairement que le capital soit productif de manière équivalente entre les investisseurs, mais que le gain potentiel de productivité obtenu en modifiant la détention soit compensé en totalité par la perte de productivité dans un autre endroit. Il n'y a alors pas d'optimisation possible, au niveau mondial, du retour sur investissement en modifiant la détention entre les différents propriétaires⁶⁰³.

Le Professeur James HINES fournit un exemple simple : les investisseurs de l'Etat A peuvent avoir une incitation fiscale plus forte à investir dans les pays à faible fiscalité que ceux de l'Etat B. Il résulte des différences entre leurs systèmes fiscaux qu'il y a des gains de productivité potentiels en échangeant des investissements dans des Etats à fiscalité élevée détenus par des propriétaires de l'Etat B contre des investissements détenus par des propriétaires de l'Etat A dans des pays à faible fiscalité ; et ce gain potentiel est disponible en dépit de toute différence sous-jacente de productivité entre les différents détenteurs. Il s'agit donc de différences dans le traitement fiscal relatif d'investissements dans des lieux différents, plutôt que de différences absolues dans la

⁶⁰² HINES Jr. James R., *Reconsidering the taxation of foreign source income*, préc., pp. 276 et 277.

⁶⁰³ DESAI Mihir A. et HINES James R. Jr., *Evaluating international tax reform*, préc., p. 495. Comme le disent les auteurs, les contribuables effectuent leurs investissements en cherchant à maximiser leur retour sur investissement après impôt, un dollar marginal dépensé dans de nouveaux investissements pour n'importe quel investisseur doit conduire au même retour sur investissement après impôt n'importe où.

productivité de différents propriétaires, qui donne naissance à des inefficiences dans la détention d'actifs.⁶⁰⁴

Dès lors, si l'imposition totale varie entre les investissements en fonction du lieu où ils sont effectués, l'investissement marginal⁶⁰⁵ dans un Etat à fiscalité élevée doit générer un retour avant impôt plus important que celui des investissements marginaux dans un Etat à faible fiscalité. En général, la vente d'un actif dans un Etat à faible fiscalité et la réalisation d'un investissement dans un Etat à forte fiscalité augmentent le rendement dans la société engagée dans l'opération, mais le plus souvent cela réduit le rendement de la société à l'autre bout de cette opération. Si dans les deux Etats les investisseurs subissent la même imposition ou des impôts qui diffèrent l'un de l'autre dans des proportions fixes, la *capital ownership neutrality* est satisfaite car la réorganisation de la propriété n'aura pas d'effet sur la productivité totale. Et si certains pays imposent les revenus de source étrangère alors que d'autres les exonèrent, la neutralité à la propriété du capital ne peut être restaurée sans un alignement des Etats.⁶⁰⁶

De plus, dès lors que les différences de taux d'imposition entre les systèmes fiscaux influencent le lieu où les investissements sont réalisés (ce qui est confirmé par les situations d'investissements dans des pays à fiscalité faible comme Singapour ou l'Irlande), il s'avère que même si tous les Etats adoptaient un système d'imposition exclusive à la source, les différences de taux pourraient encourager des investissements excessifs dans les Etats à fiscalité peu élevée ; même si cela pourrait être conforme à la *capital ownership neutrality* dans certaines hypothèses.⁶⁰⁷

En outre, pour le Professeur James HINES, l'exonération des revenus de source étrangère ne suffit pas. Elle doit s'accompagner d'un régime adéquat de répartition de la déduction des frais financiers ainsi que de celle des frais administratifs généraux. En effet, pour cet auteur, si une société emprunte à sa résidence pour financer une acquisition dans un autre Etat, cette société doit pouvoir déduire les intérêts

⁶⁰⁴ HINES Jr. James R., *Reconsidering the taxation of foreign source income*, préc., p. 277.

⁶⁰⁵ Un investissement marginal est « un investissement dont le rendement est tout juste suffisant pour couvrir la totalité des coûts qui lui sont associés » : *Etudes de politique fiscale de l'OCDE - Mesurer les charges fiscales : quels indicateurs pour demain ?*, OCDE, 8 octobre 2001, p. 56.

⁶⁰⁶ DESAI Mihir A. et HINES James R. Jr., *Evaluating international tax reform*, préc., p. 495.

d'emprunt de ses revenus étrangers dans l'Etat de destination. Le principe est celui de la déduction des frais là où ils génèrent des revenus. Cela implique donc de devoir mettre en place un système de traçabilité qui puisse permettre de déterminer quelles dépenses ont servi au financement quels investissements.⁶⁰⁸

Mais que faire pour les frais financiers et frais administratifs généraux. La traçabilité dans ce cas est d'une complexité telle qu'elle s'apparente à l'impossible. Pour le Professeur James HINES, dans une telle hypothèse, il convient de procéder à la déduction de ces frais là où ils sont encourus dès lors qu'il n'est pas possible de les attribuer à des revenus identifiables ; cela quand bien même ces frais n'auraient pas servi à financer une activité génératrice de revenus imposables (car ils ne sont imposables que dans l'Etat de la source) dans l'Etat où ces dépenses sont nées.⁶⁰⁹

En effet, interdire la déduction de ces intérêts équivaldrait à une imposition indirecte des revenus de source étrangère de la société. Cela constituerait donc une imposition par l'Etat de la résidence desdits revenus, ce qui violerait la neutralité à la propriété du capital. En conséquence, dans la logique de cette neutralité, la déduction des intérêts d'emprunt dans l'Etat de la résidence est dans la continuité logique de l'exonération des revenus de source étrangère.⁶¹⁰

Mieux adaptée au contexte contemporain de l'économie mondiale et prenant en compte les conséquences qui résultent d'une politique fiscale nationale sur les capitaux détenus par des non-résidents, la neutralité relative à la propriété du capital est une théorie assez séduisante en ce qu'elle propose une approche bilantielle et *in concreto* pour chaque investissement du meilleur niveau de productivité qu'un actif peut générer, et ce en favorisant la détention par celui qui sera le plus efficient. Pourtant ce concept de neutralité n'est pas exempt de toute critique.

⁶⁰⁷ Ibid.

⁶⁰⁸ HINES Jr. James R., *Reconsidering the taxation of foreign source income*, préc., p. 283.

⁶⁰⁹ Ibid.

⁶¹⁰ Ibid., pp. 282 à 285. Il s'avérerait par ailleurs que le fait d'emprunter pour investir à l'étranger ne constituerait pas une perte d'investissements domestiques. En effet, il semblerait que plus les sociétés investissent à l'étranger et plus cela générerait d'investissements domestiques. Il n'y aurait donc pas de pertes d'investissements ni de recettes fiscales car

Avant d'en arriver à ces critiques, il convient de signaler la proximité entre cette neutralité et celle aux importations de capitaux. En effet, comme la CIN, la neutralité à la propriété du capital s'intéresse à la situation d'un investisseur dans l'Etat d'origine qui doit être traité de la même manière qu'un résident de l'Etat d'accueil. Mais, à la différence de la CIN, ce qui importe ici c'est l'identité de cet investisseur (propriétaire), car l'efficience, la productivité, est réputée varier selon et en fonction de ce dernier. Il apparaît alors que si un système fiscal en vient à satisfaire aux prescriptions de la CON, il satisfera à celles de la neutralité aux importations de capitaux ; sans que la réciproque soit vraie (v. infra)⁶¹¹.

Section 2 : La contradiction entre les objectifs et les prescriptions fiscales de la théorie

La conclusion selon laquelle l'exonération des revenus de source étrangère (§1) et la déduction des intérêts d'emprunt à la résidence (§2) sont plus à même de permettre la réalisation de la neutralité à la détention du capital a été critiquée.

Avant d'examiner ces deux points, il convient de signaler une critique plus générale formulée par le Professeur Michael DEVEREUX, père de l'expression *capital ownership neutrality*. Si ce dernier est d'accord avec la position adoptée par les Professeurs Mihir DESAI et James HINES (exonération des revenus de source étrangère dans l'Etat de la résidence) pour satisfaire aux besoins de leur proposition, il estime cependant que cette dernière occulte deux éléments importants qui caractérisaient ce qu'il entendait par cette expression. Le premier est qu'il convient de distinguer les investissements qui sont réalisés par des personnes physiques et ceux réalisés par des entreprises. Le second est qu'il est nécessaire de prendre en compte le rôle qu'a la concurrence internationale entre les entreprises, y compris dans le commerce international.⁶¹²

l'assiette fiscale dans l'Etat de la résidence est augmentée des revenus générés par les investissements entrants. V. HINES Jr. James R., *Reconsidering the taxation of foreign source income*, préc., pp. 284 et 285.

⁶¹¹ SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Revisited*, p. 136.

⁶¹² DEVEREUX Michael P., *Taxation of outbound direct investment: Economic principles and tax policy considerations*, préc., p. 704.

En ce qui concerne la distinction entre les investissements internationaux réalisés par des entreprises (investissements dits directs⁶¹³) et ceux réalisés par des personnes physiques, il est possible de considérer ces derniers comme prenant la forme d'investissements de portefeuille⁶¹⁴. Les postulats retenus sont les suivants : le capital pour ces investissements est parfaitement mobile, les impôts sur les personnes physiques sont prélevés en fonction de leur résidence et toute retenue sur les paiements entre les actionnaires et les sociétés est considérée comme une imposition sur les sociétés. Dans ces conditions, toute modification de l'imposition au niveau des personnes physiques est de nature à affecter, d'une part, la répartition qui est faite de leurs investissements et, d'autre part, leur taux de retour sur investissement après impôt sur les sociétés.⁶¹⁵

Cependant, chaque investisseur étant relativement peu important par rapport au marché, ces changements ne modifieront pas le taux de retour sur investissement exigé après impôt sur les sociétés. Dès lors, le Professeur Michael DEVEREUX fait abstraction des impositions au niveau des personnes physiques pour se concentrer sur les impositions au niveau des entreprises et déterminer les conséquences en termes d'efficience dans la production.⁶¹⁶

La différence ici introduite, en considérant investissements directs et investissements de portefeuille, est que le taux de retour sur investissement après impôt sur les sociétés de placements effectués par le biais d'investissements directs des entreprises est fixé et est commun à toutes les sociétés. S'il n'est plus question d'une entreprise qui détient un actif (comme dans la démonstration des Professeurs Mihir DESAI et James HINES) mais de sociétés qui opèrent dans chaque pays par l'intermédiaire de

⁶¹³ Un investissement direct international est « un type d'investissement transnational effectué par le résident d'une économie (« l'investisseur direct ») afin d'établir un intérêt durable dans une entreprise (« l'entreprise d'investissement direct ») qui est résidente d'une autre économie que celle de l'investisseur direct. L'investisseur est motivé par la volonté d'établir, avec l'entreprise, une relation stratégique durable afin d'exercer une influence significative sur sa gestion. L'existence d'un « intérêt durable » est établie dès lors que l'investisseur direct détient au moins 10 % des droits de vote de l'entreprise d'investissement direct. L'investissement direct peut également permettre à l'investisseur d'accéder à l'économie de résidence de l'entreprise d'investissement direct, ce qui pourrait lui être impossible en d'autres circonstances » OCDE, *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux 2008*, OCDE, 4^{ème} éd., 16 août 2010, p. 17.

⁶¹⁴ Un investisseur de portefeuille ou un investissement de portefeuille (*portfolio investor / portfolio investment*) est un investissement représentant moins de 10% du capital d'une société. Un investisseur de portefeuille « s'intéresse principalement aux revenus découlant de l'acquisition et de la vente d'actions et autres valeurs mobilières, sans chercher à exercer un contrôle ou une influence sur la gestion des actifs correspondant à son investissement » OCDE, *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux 2008*, préc., pp. 17 et 25.

⁶¹⁵ DEVEREUX Michael P., *Taxation of outbound direct investment: Economic principles and tax policy considerations*, préc., p. 705.

⁶¹⁶ Ibid.

filiales entièrement contrôlées, le taux de retour sur investissement avant impôt dans un seul pays n'a pas besoin d'être le même d'un Etat à l'autre. En l'absence d'impôt, si une multinationale est plus productive qu'une autre (retour sur investissement plus élevé), elle attirera plus de capitaux provenant des investisseurs personnes physiques. En se développant, cette société va voir son taux marginal de retour sur investissement décroître⁶¹⁷, ce qui va conduire à un équilibre des taux de retour des deux entreprises. Mais en présence d'impôts, il faut qu'il y ait une égalisation des rendements après impôts. De ce fait, il faut que les différences d'imposition dans les taux effectifs d'imposition n'affectent que les taux de retour sur investissement avant impôt.⁶¹⁸

Pour le Professeur Michael DEVEREUX, la concurrence loyale qu'il décrit a une signification plus large que la neutralité à la propriété du capital des Professeurs Mihir DESAI et James HINES, dès lors que le changement de détention exposé dans le CON peut être atteint non pas par acquisition, mais simplement par l'entrée d'une multinationale sur un autre marché. Ainsi, une conception plus étendue de la notion de *capital ownership neutrality* est qu'une entreprise n'ait pas d'avantage concurrentiel par rapport à une autre, résultant des différences de taux effectifs d'imposition en fonction de la propriété.⁶¹⁹

En ce qui concerne le commerce international, ce dernier serait une donnée fondamentale à prendre en compte dans l'élaboration d'une neutralité à la détention du capital. En effet, les entreprises ne vendent pas toujours leur production dans l'Etat où elle est générée, elles peuvent l'exporter vers d'autres. Cela a un impact considérable sur l'efficacité de la production⁶²⁰. Il s'agit, selon cet auteur, de ce qu'il

⁶¹⁷ En effet, si une société est plus productive qu'une autre ce qui lui permet d'attirer plus de capitaux, elle n'a pas besoin de fournir un taux de retour sur investissement plus élevé que les autres pour attirer les capitaux et pourra donc le diminuer. Le jeu de l'offre et de la demande conduit à ce qu'à un certain moment, une société qui est plus productive qu'une autre et qui attire plus de capitaux offre un taux de retour sur investissement en diminution qui sera égal à celui qu'offre une société concurrente moins productive mais qui offrira un taux de retour sur investissement supérieur pour attirer des capitaux. Il y a une convergence entre les deux taux de retour sur investissement (à la baisse de la part de l'entreprise la plus productive et à la hausse de celle la moins productive) pour parvenir à un équilibre et ce car les deux entreprises agissent de telle manière à attirer des capitaux. V. notamment : LARKINS Ernst R., *Double Tax Relief for Foreign Income A Comparative Study of Advanced Economies*, préc. ; BARKER William B., *Optimal International Taxation and Tax Competition: Overcome the Contradictions*, préc. ; BRAUNER Yariv, *Integration in an integrating world*, préc. ; SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, préc. ; KNOLL Michael S., *Taxes and Competitiveness*, préc.

⁶¹⁸ DEVEREUX Michael P., *Taxation of outbound direct investment: Economic principles and tax policy considerations*, préc., pp. 705 et 706.

⁶¹⁹ Ibid., pp. 706 et 707.

⁶²⁰ L'exemple donné est le suivant : les entreprises A et B sont concurrentes dans un troisième Etat. Afin d'éviter toute distorsion de concurrence dans ce troisième Etat, il conviendrait que les deux entreprises subissent le même taux effectif

entendait par CON mais qu'il renomme en l'occurrence neutralité du marché pour la distinguer de la proposition des Professeurs Mihir DESAI et James HINES.⁶²¹

Cette neutralité implique que les impositions ne doivent pas affecter la concurrence entre entreprises, c'est-à-dire qu'elles ne conduisent pas à ce qu'une entreprise obtienne un avantage concurrentiel de nature fiscale par rapport à une autre. Pour parvenir à une telle neutralité, il faudrait une harmonisation totale des impôts à la source et à la résidence, car il faudrait que le taux effectif d'imposition que pourra subir tout investisseur dans un Etat tiers soit le même. Il s'agit donc d'une exigence bien plus grande que celle qui permet d'atteindre la neutralité à la propriété du capital telle que proposée par les Professeurs Mihir DESAI et James HINES, dès lors que cette dernière peut être obtenue par un système d'exonération des revenus de source étrangère.⁶²²

Pourtant, l'imposition exclusive à la source ne fait pas l'unanimité comme politique fiscale susceptible de réaliser la neutralité à la détention du capital telle que proposée par ces auteurs.

***§1- La contestation de l'imposition exclusive dans l'Etat de la source
comme politique fiscale pouvant permettre la réalisation de la neutralité
à la détention du capital***

Pour le Professeur Mitchell KANE, la proposition de *capital ownership neutrality* des Professeurs Mihir DESAI et James HINES souffre de plusieurs lacunes⁶²³. Tout d'abord, se référant aux écrits du Professeur Michael GRAETZ, il estime qu'il n'est pas acquis de devoir préférer une politique fiscale qui favorise l'enrichissement

d'imposition. Mais, en principe, les impositions sur les sociétés ne sont pas appliquées en fonction de la destination (là où la production est vendue). Cela n'implique pas nécessairement qu'aucune imposition ne serait prélevée dans le troisième Etat. En effet, l'impôt pourrait être levé soit dans l'Etat de la source (là où l'investissement est effectué) soit dans l'Etat de la résidence (là où se trouve le siège de direction de contrôle de la société). A et B peuvent être en concurrence même si leurs Etats de source et de résidence sont différents. DEVEREUX Michael P., *Taxation of outbound direct investment: Economic principles and tax policy considerations*, préc., p. 707.

⁶²¹ DEVEREUX Michael P., *Taxation of outbound direct investment: Economic principles and tax policy considerations*, préc., p. 707.

⁶²² Ibid.

⁶²³ KANE Mitchell A., *Considering "Reconsidering the taxation of foreign source income"*, préc., p. 304 et s.

mondial plutôt que national (v. supra). Si ce premier argument peut être laissé de côté⁶²⁴, le second serait plus problématique. En effet, pourquoi favoriser un système de taxation exclusive à la source alors que la neutralité à la détention du capital peut être obtenue soit par la mise en place par tous les Etats d'une exonération des revenus de source étrangère, soit par l'imposition par tous les Etats des revenus de source étrangère ?

Il y a des raisons pour accorder du crédit au fait que l'adoption par tous les Etats d'un système territorial d'imposition puisse être, d'une part, plus aisée et, d'autre part, de nature à permettre un alignement avec la politique menée par les autres Etats en vue de favoriser leurs multinationales ; ce qui pourrait conduire à faire converger les Etats dans le sens d'une coordination des politiques fiscales telle que prescrite par la neutralité à la propriété du capital. Pourtant, deux raisons devraient amener à favoriser l'adoption au niveau mondial d'une imposition des revenus de source étrangère.⁶²⁵

La première raison réside dans le besoin de coordination qui est nécessaire pour parvenir à cette neutralité. Il convient de rappeler que l'imposition sur une base mondiale des revenus permet la neutralité à la détention du capital car tous les contribuables ont intérêt à maximiser leur retour sur investissement avant impôt. Il faut se rappeler que cette incitation tient compte des avantages liés à la propriété que les contribuables peuvent obtenir les uns par rapport aux autres. Tant que les contribuables ont intérêt à cette maximisation, il est alors possible d'éliminer les distorsions pouvant affecter la détention. L'intérêt, d'un point de vue de politique fiscale, est qu'il n'est pas nécessaire de coordonner les politiques fiscales nationales au-delà de l'adoption par tous les Etats de l'imposition au mondial. Chaque système peut adopter le taux d'imposition qu'il souhaite tant qu'il ne procède à aucune distinction selon la source domestique ou étrangère des revenus.⁶²⁶

⁶²⁴ Le Professeur Mitchell KANE estime que le fait que le CON favorise l'efficacité mondiale ne suffit pas en soi pour l'écarter en tant que source de politique fiscale : v. KANE Mitchell A., *Considering "Reconsidering the taxation of foreign source income"*, préc., pp. 304 à 306.

⁶²⁵ KANE Mitchell A., *Considering "Reconsidering the taxation of foreign source income"*, préc., p. 306.

⁶²⁶ Ibid., pp. 306 et 307.

En revanche, avec l'exonération des revenus de source étrangère, la réussite de la neutralité à la propriété des capitaux est opérée de manière différente. En effet, tant que les entreprises d'Etats différents font face au même taux d'imposition sur leurs revenus de source étrangère, la fiscalité n'affectera pas le prix offert pour l'acquisition d'actifs et ainsi la propriété sera efficiente. De prime abord, cela ne semble pas nécessiter plus de coordination qu'avec l'adoption mondiale de l'imposition des revenus de source étrangère. Pourtant, s'il faut neutraliser l'effet de la fiscalité sur le prix des offres d'achat (par opposition au fait de donner à chacun l'incitation à maximiser son retour sur investissement avant impôt), il faut supprimer tout effet fiscal qui pourrait entretenir le prix ; ces effets ne sont pas limités à l'imposition des revenus de source étrangère.⁶²⁷ Cette position reprend la limite soulignée par les Professeurs Mihir DESAI et James HINES, selon laquelle il ne doit pas y avoir de différences entre les taux d'imposition, à moins que ces taux évoluent dans des proportions fixes (v. supra).

Le Professeur Mitchell KANE donne l'illustration suivante. Une société A située aux Etats-Unis construit et vend des moteurs pour bateaux. Tout est entièrement réalisé aux Etats-Unis. La société B fait exactement la même chose que la société A mais en Allemagne. Ces deux entreprises cherchent à acquérir la société C qui est établie en Suède et qui fabrique des bateaux. Pour les sociétés A et B le prix d'acquisition est le reflet de l'augmentation de la valeur de la marque en fabriquant à la fois les moteurs et les bateaux. Les deux entreprises estiment que le résultat annuel avant impôt augmentera de 20% pour la filiale suédoise et de 10% pour la société mère. Selon les Professeurs Mihir DESAI et James HINES, il y a neutralité à la propriété du capital si l'Allemagne et les Etats-Unis exonèrent les revenus de source étrangère car, dans ces conditions, les sociétés A et B seront soumises au même taux d'imposition suédois sur leur acquisition. Mais, pour le Professeur Mitchell KANE, cela ne peut être le cas. En effet, si A et B font face à des taux d'imposition différents sur leurs revenus domestiques, alors ces entreprises auront un résultat après impôt différent sur leurs ventes de moteurs, ce qui conduira à des propositions différentes en termes de prix d'acquisition⁶²⁸.

⁶²⁷ Ibid., pp. 307 et 308.

Dès lors, l'exonération des revenus de source étrangère ne serait pas satisfaisante du point de vue de la neutralité à la propriété du capital car cette dernière exige que la fiscalité n'affecte pas les prix offerts pour l'acquisition.

Il semble néanmoins que l'adoption par tous les Etats d'un système d'imposition des revenus sur une base mondiale pour les sociétés ne soit pas moins exigeant en termes de coordination. Au-delà du fait qu'il faille que tous les Etats adoptent un tel système, il faudrait en outre, comme déjà indiqué, que les Etats ne procèdent à aucune discrimination entre les revenus domestiques et ceux de source étrangère et, surtout, qu'ils coordonnent leurs dispositifs d'élimination de la double imposition. Cette tâche ne semble pas moins difficile à réaliser que celle du rapprochement des taux d'imposition.

Un autre argument avancé par le Professeur Mitchell KANE en faveur de l'imposition au mondial, réside dans le fait que les Professeurs Mihir DESAI et James HINES ne donnent aucune raison ni ne livrent aucune démonstration qui puisse conduire à favoriser la détention par rapport à la localisation du capital en tant que boussole pour la politique fiscale. Si les arguments qui ont postulé l'élaboration des théories de la neutralité du capital par le Professeur Peggy MUSGRAVE, et qui ont conduit cette dernière à favoriser la neutralité aux exportations de capitaux, peuvent de nos jours sembler moins pertinents et moins déterminants, et même si les Professeurs Mihir DESAI et James HINES ont raison de dire que la localisation du capital n'est pas la seule donnée à prendre en compte, il n'en demeure pas moins que les considérations qui fondent la théorie de la localisation du capital ne peuvent être complètement ignorées.⁶²⁹

Dès lors, puisque la neutralité aux exportations de capitaux peut être atteinte par l'imposition au mondial et que cette imposition permet également de satisfaire aux exigences de la neutralité relative à la propriété des capitaux, il serait préférable d'opter pour ce régime d'imposition plutôt que pour l'exonération des revenus de

⁶²⁸ Ibid., p. 308.

⁶²⁹ Ibid., pp. 309 et 310.

source étrangère⁶³⁰, compte-tenu de l'importance de la neutralité aux exportations de capitaux.

Si l'exonération des revenus de source étrangère peut ne pas être jugée satisfaisante au regard des prescriptions de la *capital ownership neutrality*, la déduction des frais, telle que formulée par le Professeur James HINES, a, quant à elle, été fermement condamnée.

§2- La condamnation de la proposition relative à la déduction dans l'Etat de la résidence des charges liées à l'acquisition de revenus de source étrangère

Cette proposition serait une grave atteinte à la neutralité relative à la propriété du capital et serait même néfaste à toute idée de neutralité⁶³¹. Pour rappel, le Professeur James HINES suggère que pour ces dépenses, dès lors qu'elles ne peuvent être rattachées de manière précise à des revenus identifiés (si elles le sont à des revenus domestiques elles sont déductibles dans l'Etat d'origine ; si elles le sont à des revenus de source étrangère, c'est dans l'Etat de destination qu'il faut les imputer) doivent être déductibles dans l'Etat où elles sont encourues (ou nées). Cela alors même qu'elles pourraient ne pas avoir servi à financer des activités, et donc des revenus, dans l'Etat de la résidence. Refuser cette déduction reviendrait pour cet Etat de la résidence à imposer de manière indirecte les revenus de source étrangère, ce qui serait contraire à leur exonération à la résidence et leur imposition exclusive à la source (v. supra).

Le Professeur Mitchell KANE estime que cette proposition est également de nature à affecter le prix offert pour l'acquisition d'actifs à l'étranger. En effet, dans ces conditions et puisque les multinationales sont sujettes à des taux d'imposition domestiques variables, elles vont valoriser la déduction des intérêts de manière différente.⁶³² Ainsi, plus le taux d'imposition sera élevé à la résidence de la société, plus la déduction des intérêts sera profitable dans cet Etat. En d'autres termes, et en

⁶³⁰ Ibid., p. 310.

⁶³¹ SHAY Stephen E, *Ownership neutrality and practical complications*, préc., p. 319.

reprenant l'exemple précédent, si les Etats-Unis ont un taux d'imposition supérieur à celui de l'Allemagne, la déduction des intérêts d'emprunt sera plus valorisée aux Etats-Unis qu'en Allemagne, ce qui modifiera la trésorerie disponible après impôt et influera également sur le prix que la société A pourra offrir dans la concurrence pour l'achat de la société C⁶³³.

Pour éviter ces difficultés, le système le moins contraire à la neutralité relative à la propriété du capital est celui qui permet de retracer l'usage qui a été fait de toutes les dépenses, y compris des charges financières et des dépenses administratives générales. Si ces dépenses ou les emprunts ont servi à réaliser ou à financer des activités qui ont généré des revenus de source étrangère, les charges correspondantes (frais généraux ou intérêts) devraient être déduites au taux applicable aux revenus de source étrangère (c'est-à-dire par l'Etat de destination). Dans ces conditions les acquéreurs concurrents donneront la même valeur fiscale à la déduction des intérêts. Mais comme le dit lui-même l'auteur, au regard de la fongibilité de la monnaie, toute règle cherchant à retracer l'utilisation faite des emprunts pour accorder une déduction des intérêts est à la fois complexe, arbitraire et sujette à des manipulations par les contribuables, tous ces éléments étant de nature à remettre en cause la neutralité à la propriété du capital.⁶³⁴

⁶³² KANE Mitchell A., Considering "Reconsidering the taxation of foreign source income", préc., p. 312.

⁶³³ Si le taux d'imposition dans l'Etat de A est de 20% alors qu'il n'est que de 10% dans l'Etat de B, et que les deux font un emprunt en vue de l'acquisition de C qui génère un intérêt de 30, dans l'Etat de A cet intérêt aura une valeur fiscale de 6 (il réduira de 6 l'impôt sur les sociétés) et dans l'Etat de B il aura une valeur de 3 (il réduira de 3 l'impôt sur les sociétés). Si A et B ont un chiffre d'affaires de 100, la différence entre le résultat après impôt des deux sociétés ne sera plus que 7 au lieu de 10 en l'absence de déduction des intérêts. Ainsi, la société A sera incitée à offrir un prix plus important car elle pourra déduire plus d'intérêts de son résultat en contractant un emprunt plus important qui sera en partie supporté par le Trésor de l'Etat de A.

⁶³⁴ KANE Mitchell A., Considering "Reconsidering the taxation of foreign source income", préc., pp. 312 et 313. Il sera par ailleurs noté que la volonté de retracer l'utilisation des intérêts d'emprunt le Professeur Michael GRAETZ a été qualifiée de : « the folly of attempting to trace borrowed money and its use » (traduction libre de l'auteur : « l'inconscience de vouloir suivre l'argent emprunté et son utilisation ») : GRAETZ Michael J., A Multilateral Solution for the Income Tax Treatment of Interest Expenses, *Bulletin For International Taxation* novembre 2008, Volume 62, n°11, pp. 486 à 493 et précisément p. 489. M. Stephen SHAY dira la même chose en ce qui concerne les frais financiers et les frais administratifs généraux v. SHAY Stephen E., Ownership neutrality and practical complications, préc., pp. 324 et 325.

Conclusion du Titre 1

En définitive, les trois théories de la neutralité internationale de l'impôt assises sur le capital et en faveur de l'efficacité économique mondiale poursuivent chacune des objectifs différents.

La neutralité aux exportations de capitaux cherche à promouvoir la répartition la plus efficace du capital, c'est-à-dire à faire en sorte qu'il soit investi là où il produira le plus important retour sur investissement, que ce lieu soit l'Etat de la résidence de l'investisseur ou un autre Etat. Afin de ne pas remettre en cause cette répartition efficace du capital, un système fiscal doit imposer la même charge fiscale, que l'investissement réalisé soit domestique ou étranger. Au contraire, avec la neutralité aux importations de capitaux, l'objectif est d'offrir les mêmes conditions de compétitivité et les mêmes opportunités d'expansion aux entreprises qu'elles soient résidentes ou non-résidentes et ce au sein d'un Etat, ou dit autrement, de traiter de manière identique les investisseurs qui effectuent des placements dans un seul et même Etat, quelle que soit l'origine de ces investisseurs.

Plus originale, la neutralité à la propriété des actifs est la neutralité qui veut qu'un actif soit détenu par ceux qui permettront de générer la plus grande efficacité économique possible, de maximiser la richesse qu'il est possible d'obtenir avec cet actif. Cela quel que ce soit le lieu où se trouve cet actif et quelle que soit l'origine de cet ou ces investisseurs. Pouvant être apparentée à une neutralité aux importations de capitaux *in concreto* dans le chef de l'investisseur qui permettra de générer la richesse maximale d'un actif, la *capital ownership neutrality* est une théorie très séduisante en termes d'efficacité économique. Cependant, en marge des critiques qui lui ont été adressées (v. supra), elle semble bien délicate à réaliser de manière concrète. En effet, s'il est compréhensible, voire même légitime, de vouloir que la fiscalité encourage la détention par l'investisseur qui sera le meilleur gestionnaire, il paraît bien difficile d'y parvenir. Tout d'abord, la mesure de la richesse qui pourra être produite par tel ou tel investisseur semble bien complexe à établir, en particulier en se plaçant dans une optique mondiale. Les méthodes de gestion et d'administration étant très variables, les éléments susceptibles d'influencer la productivité étant légion

et les indicateurs pouvant permettre d'effectuer une mesure étant si divers, qu'il paraît pratiquement impossible d'y parvenir avec un degré de précision suffisant pour être fiable. En outre, quand bien même ce calcul serait possible, que faire s'il apparaît qu'un actif n'est pas détenu par le meilleur (le plus efficient) propriétaire. Le système fiscal devrait imposer plus lourdement cet investisseur afin qu'il cesse d'exploiter ledit actif, ou au moins qu'il supporte une charge supplémentaire liée à cette détention économiquement inefficace pour le monde. Cela paraît hautement improbable et irréalisable.

Ainsi, il pourrait être préférable, en l'état actuel de sa formulation et des moyens susceptibles de la réaliser, de ne rechercher cette neutralité que de manière indirecte. C'est-à-dire, et pour autant qu'un Etat décide que son système fiscal doit favoriser la neutralité à l'importation, de ne tenter d'accomplir la CON que par le biais de la réalisation de la neutralité à l'importation du capital (la *capital import neutrality* est en effet susceptible de satisfaire aux prescriptions de la *capital ownership neutrality* v. supra). Il convient cependant de garder présent à l'esprit que l'accomplissement de la CON peut également se faire par le biais de la neutralité à l'exportation du capital, puisque la neutralité à la propriété du capital peut être atteinte grâce à un système qui impose les revenus sur une base mondiale (v. supra).

Critiquées aussi bien dans leurs postulats que dans les concepts qu'elles emploient, ou même simplement dans les politiques fiscales que leurs inventeurs estiment être les mieux à même de les mettre en œuvre, il n'en demeure pas moins que ces théories restent les références en matière de structuration d'une politique fiscale internationale à la fois neutre et efficiente du point de vue économique. Et cela, alors même qu'il semble juste de considérer qu'une révision, d'une part, de leurs considérations initiales, à l'aune de l'évolution de l'économie, des techniques financières et juridiques, que, d'autre part, des concepts qu'elles utilisent serait parfaitement de nature à rendre ces théories de la neutralité plus aptes à répondre aux défis contemporains, mais aussi futurs.

Par ailleurs, dans le cadre de la construction fiscale européenne, il apparaît impossible de dissocier cette construction de la réalisation concomitante de la

neutralité de l'impôt pour les opérateurs économiques. En effet, l'idée de Marché intérieur est intimement liée à celle de neutralité.

Au regard de la politique fiscale suivie par la Cour de justice de l'Union européenne, il apparaît indubitablement que celle-ci cherche à établir une certaine neutralité de l'impôt. Cependant, faute d'indication dans les textes européens, il lui est impossible de choisir un sens de neutralité ; ce qu'il ne lui appartient pas de faire, comme déjà indiqué ci-avant.

Pourtant, dès lors qu'il est nécessaire d'assurer la neutralité de l'impôt pour réaliser le Marché commun y compris sur le plan fiscal, et que le législateur européen n'intervient pas afin de répondre aux difficultés engendrées par l'absence d'harmonisation fiscale en Europe, il pourrait être préjudiciable, aussi bien pour le fonctionnement du Marché intérieur qu'en matière de sécurité juridique pour les Etats et les citoyens européens, de maintenir une situation où la Cour intervient dans le domaine fiscal et se prononce en faveur d'une forme ou d'une autre de neutralité au gré des arrêts. Dès lors que ce principe doit être mis en œuvre, il convient de le faire de la façon la plus conforme aux objectifs de l'Union européenne.

TITRE 2 : LA RECHERCHE DES OPTIONS OFFERTES PAR LA NEUTRALITÉ INTERNATIONALE DE L'IMPÔT EN TANT QUE PRINCIPE STRUCTURANT CONFORME AUX OBJECTIFS DE L'UNION EUROPÉENNE

La constitution de l'Europe n'est pas neutre en termes de politique économique car cette constitution est déterminée par des objectifs économiques. En dépit des amendements successifs aux Traités européens, le cœur de ceux-ci n'a pas été modifié : le but et la tâche de l'Union européenne sont l'intégration des économies des Etats membres par le biais du Marché intérieur et de l'union économique et monétaire. Le Préambule du Traité de Rome en 1957 était à cet égard d'une grande clarté (v. supra).

L'intégration des marchés n'est cependant pas un but en lui-même. L'article 3 du TFUE le démontre en imposant, en termes de priorité, que l'Union se fixe pour objectifs de promouvoir « une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social ». « La création d'un espace sans frontières intérieures, [...] le renforcement de la cohésion économique et sociale et [...] l'établissement d'une union économique et monétaire »⁶³⁵ étant définis comme les moyens pour parvenir à la réalisation de ces objectifs.

Le Marché commun et l'union économique et monétaire forment les piliers des instruments politico-économiques destinés à permettre l'intégration des marchés des Etats membres. Ledit marché comporte une orientation extérieure pour la Communauté avec la politique commerciale commune et, en ce qui concerne la vocation intérieure, il se caractérise par l'abolition des obstacles aux différentes libertés de circulation. Or, en vertu de l'article 119 du TFUE, les Etats membres et l'Union sont obligés d'adopter une « politique économique fondée sur l'étroite coordination des politiques économiques des Etats membres, sur le marché intérieur

⁶³⁵ Ex-article 2 du TUE repris à l'article 3 du TUE.

et sur la définition d'objectifs communs, et conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre ». Afin d'y parvenir il est nécessaire que « les Etats membres et l'Union agissent dans le respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre, favorisant une allocation efficace des ressources »⁶³⁶.

Dès lors, le choix d'une forme de neutralité de l'impôt doit prendre en compte ces objectifs économiques imposés par les Traités. Car, comme l'a parfaitement exprimé le rapport Ruding :

« L'absence de neutralité fiscale en ce qui concerne le lieu des investissements dans la Communauté constitue un obstacle potentiel à la concrétisation de tous les avantages qui pourraient résulter de l'achèvement du marché intérieur unique. En accordant un traitement préférentiel aux investissements nationaux ou en soumettant les investissements réalisés dans certains Etats membres à un traitement discriminatoire, un système fiscal qui n'est pas neutre peut provoquer des distorsions dans l'allocation des ressources en capital dans la Communauté. Il y a mauvaise allocation des ressources lorsque les investissements en capital sont détournés de leurs emplois les plus productifs - c'est-à-dire ceux qui produisent les taux de rendement avant impôt les plus élevés - vers d'autres où ils sont moins productifs, mais où ils ont un rendement après impôt supérieur en raison de leur traitement fiscal relativement favorable. L'inefficacité économique qui en résulte se manifeste par une productivité réduite du capital qui nuit à la compétitivité internationale de la Communauté, de même que par une diminution de la production totale et un abaissement du niveau de vie dans la Communauté tout entière »⁶³⁷.

Or, des différentes théories de la neutralité précédemment étudiées, une, en particulier, a pour objectif la promotion de la concurrence et des opportunités de

⁶³⁶ Article 120 du TFUE, ex-article 98 du TCE.

⁶³⁷ Rapport Ruding, préc., p. 34.

développement : celle de neutralité aux importations de capitaux qui prévoit en particulier l'imposition à la source (chapitre 1).

Néanmoins, la neutralité aux exportations de capitaux demeure une théorie dont, en dépit des critiques fortes qui lui ont été adressées, les objectifs restent importants et ne peuvent être ignorés dans le cadre de la réalisation du Marché intérieur. A la différence de la précédente, la doctrine estime qu'elle ne peut être réalisée que par un régime d'imposition sur une base mondiale des revenus. Il suffirait, mais cela n'est pas chose facile et tout particulièrement en Europe, d'harmoniser la fiscalité des Etats membres afin de permettre la réalisation de ces deux standards de neutralité. Simple en théorie, cette possibilité s'avère impossible en pratique. C'est notamment pour cela, qu'en marge de l'approche traditionnelle, ont été émises des hypothèses pouvant permettre la conciliation des objectifs de chaque neutralité par un seul et même système fiscal. Pour l'Union européenne, le choix opéré par l'étude en faveur de la neutralité à l'importation du capital et donc de l'imposition dans l'Etat de la source n'est pas sans conséquence. Au contraire, le choix de cette neutralité et de ses prescriptions en matière de politique semblent être l'option la plus à même de réaliser, dans le Marché intérieur, les prescriptions des différentes théories de la neutralité de l'impôt (chapitre 2).

Chapitre 1 : La satisfaction des objectifs économiques de la construction fiscale européenne par la neutralité à l'importation du capital

Le choix de l'imposition à la source plutôt que l'imposition à la résidence résulte des exigences des Traités européens ainsi que des prescriptions jurisprudentielles qui correspondent plus aux buts de la neutralité aux importations de capitaux qu'à ceux de la neutralité aux exportations de capitaux (section 1). Le choix de cette neutralité est susceptible, grâce à ses prescriptions fiscales, de répondre à un problème particulier en matière de double imposition, celui de la fragmentation de la base taxable (section 2).

Section 1 : Une neutralité satisfaisant mieux à l'impératif d'allocation efficace des ressources

Le choix de la neutralité à l'importation du capital semble être celui qui répond le mieux, d'une part, aux exigences posées par les libertés fondamentales telles qu'interprétées par la Cour de justice et, d'autre part, aux problématiques soulevées par la concurrence des systèmes fiscaux des Etats membres (§1). En outre, au regard de ce que le juge communautaire appelle les restrictions aux libertés de circulation, cette forme de neutralité permet de sanctionner plus de situations restrictives que la neutralité à l'exportation de capital (§2).

§1- Le choix de la neutralité à l'importation plutôt qu'à l'exportation du capital au regard de l'absence d'harmonisation fiscale européenne et de l'objectif économique des Traités

En employant le terme fondamental de la théorie économique d'allocation efficace des ressources, les Traités optent pour le modèle économique libéral de développement qui a pour objectif d'améliorer le bien-être des citoyens européens. Or, cette amélioration est réputée réalisée lorsque les biens (en tant qu'éléments de production ou de consommation) atteignent le lieu où ils généreront la plus grande richesse⁶³⁸.

Pour y parvenir, le modèle suivi par l'Union européenne requiert, d'une part, la réalisation de l'ouverture des frontières intérieures pour les personnes, les biens, les services, les capitaux et, d'autre part, des règles de concurrence qui puissent garantir le libre jeu des forces du marché. Ni les Etats membres, ni les sujets économiques ne doivent avoir la possibilité d'interférer avec cet objectif d'allocation efficace des ressources. Ainsi, que ce soit le Marché intérieur dans son ensemble ou bien chaque marché national, ils sont tous soumis au principe de libre concurrence.⁶³⁹

⁶³⁸ SCHÖN Wolfgang, Tax competition in Europe – the legal perspective, préc., p. 91.

⁶³⁹ Ibid.

C'est dans le but d'intégrer les marchés que les Traités dotent l'Union de différents attributs que sont le Marché intérieur, caractérisé par la réalisation des libertés fondamentales, un système où la concurrence n'est pas affectée et enfin le rapprochement des législations des Etats membres dans la mesure nécessaire au fonctionnement du Marché commun. En termes de compétences, cela implique trois régimes normatifs d'importance pour les ordres juridiques nationaux : tout d'abord, l'effet direct des libertés de circulation afin d'interdire les restrictions et les discriminations ; ensuite, les règles communautaires en matière d'aides d'Etat qui prohibent de favoriser certaines entreprises, ou secteurs de production, et de manière générale les mesures qui affectent ou risquent d'affecter la concurrence ; enfin, la capacité d'harmoniser les législations des Etats membres.⁶⁴⁰

Il est important de souligner la spécificité de la concurrence ici en cause. En effet, elle dépasse l'acception traditionnelle conduisant à l'envisager du point de vue des entreprises privées qui cherchent à attirer les faveurs des consommateurs. Il est également ici question de la concurrence des ordres juridiques : à présent ce sont les Etats qui entrent en concurrence les uns avec les autres afin de s'attirer les faveurs des opérateurs économiques⁶⁴¹. Or, une telle concurrence sur le plan fiscal entre les Etats peut se révéler dommageable (v. supra) pour leurs économies et donc pour leurs citoyens, ce qui serait contraire à l'objectif d'allocation efficace des ressources. En effet, une telle concurrence entre Etats conduit plutôt à un nivellement par le bas (*race to the bottom*) dans le but d'attirer les capitaux internationalement mobiles, ce qui engendre une érosion des bases imposables et finit par réduire, de manière considérable, les capacités d'intervention des Etats⁶⁴². Il est donc nécessaire d'imposer à la fois le développement le plus efficient, et une concurrence libre et saine entre les Etats en plus de celle qui existe entre sujets économiques. Pour la fiscalité, cela implique qu'elle permette d'atteindre le niveau à partir duquel le rendement marginal obtenu par tous les citoyens de l'Union, par la fourniture de services publics, excède le coût marginal correspondant⁶⁴³.

⁶⁴⁰ Ibid.

⁶⁴¹ Ibid.

⁶⁴² Ibid., p. 94.

⁶⁴³ Ibid., p. 93.

De là, trois options sont envisageables. Tout d'abord, laisser la concurrence entre systèmes fiscaux agir, et espérer que l'autorégulation par les forces du marché permette d'atteindre un certain équilibre⁶⁴⁴. A l'opposé, et bien que le concept de concurrence fiscale puisse limiter l'action législative européenne, la nécessité d'établir des conditions de concurrence équitables (*a level playing field*) tend au contraire à faire naître une dynamique en faveur de ce rapprochement⁶⁴⁵. Enfin, la voie médiane consiste à recourir aux libertés de circulation et aux règles en matière d'aides d'Etat. En effet, plus ces libertés apportent de limites à l'action des Etats membres en matière de fiscalité, plus la concurrence fiscale est réduite, la prohibition des aides d'Etat se révélant à cet égard un utile complément (v. supra).

Ainsi, dans la voie entre concurrence et harmonisation, le travail prétorien de la Cour de justice en matière de fiscalité directe permet de réaliser une condition essentielle à la mise en œuvre de ces deux solutions extrêmes : l'accès non-restreint au marché transfrontalier pour les personnes, les biens, les services et les capitaux. Par cette réalisation, les Etats membres demeurent souverains en ce qui concerne l'introduction de certaines impositions, les taux d'imposition et la structure de l'assiette fiscale mais, en même temps, ils doivent garantir aux ressortissants de l'Union européenne, qui sont dans une situation comparable, qu'ils seront traités de la même façon, et que l'accès au marché ne sera pas restreint de manière disproportionnée. De cette façon, il est permis aux Etats membres d'entretenir une certaine concurrence fiscale ; quand bien même celle-ci ne peut s'exprimer que dans les limites définies par les libertés de circulation et par la législation sur les aides d'Etat. Ce compromis semble d'autant plus acceptable pour les Etats membres que, de manière assez évidente, ils ne désirent pas recourir à l'option de l'harmonisation (ou, qu'elle est insuffisamment souhaitée pour réunir l'unanimité).

Pour satisfaire au mieux à ce cadre, il semblerait que la neutralité aux exportations de capitaux ne soit pas celle qui soit la plus adaptée à l'Europe. En effet, le contexte européen, très marqué par la mise en avant d'une concurrence libre, la nécessité de répartir les ressources de manière efficace et le principe de neutralité, paraît avoir

⁶⁴⁴ Une telle solution aurait très certainement des conséquences sociales et économiques extrêmement préjudiciables.

⁶⁴⁵ SCHÖN Wolfgang, *Tax competition in Europe – the legal perspective*, préc., p. 97.

plus de liens avec les questions de compétitivité qu'avec celles du lieu d'investissement ou de choix entre consommation et épargne⁶⁴⁶.

Plusieurs arguments sont de nature à le confirmer⁶⁴⁷. En premier lieu, la Cour de justice condamne les législations fiscales en ce qu'elles découragent ou dissuadent l'activité économique transfrontalière pour les résidents d'un ou de plusieurs Etats membres. Il s'agit bien du langage et de considérations liées à la neutralité à la concurrence et non pas à la localisation des investissements. De plus, le raisonnement de la Cour semble faire transparaître l'idée que la non-discrimination doit au moins, entre autres choses, empêcher un Etat membre d'adopter des impositions protectionnistes en ce qu'elles restreignent les investissements à l'étranger des résidents étrangers⁶⁴⁸. Prévenir l'adoption de mesures protectionnistes est également une logique conforme à la neutralité à la concurrence. Enfin, interpréter la non-discrimination pour avoir la neutralité à la compétitivité semble conforme à l'idée selon laquelle les impôts discriminatoires frappent des contribuables spécifiques et identifiables. Or, la Cour décrit les libertés fondamentales comme conférant des droits personnels, ce qui implique que des impôts discriminatoires violent ces droits personnels. Et la notion de taxe discriminatoire qui viole les droits d'une personne en particulier correspond bien à ce qui est prôné par la *capital import neutrality*. En effet, dans la neutralité aux exportations de capitaux le point de savoir si une personne est désavantagée par rapport à une autre n'est pas pertinent. Cette neutralité conduit à regarder s'il n'y a pas de désavantage entre un investissement à l'étranger et un investissement domestique.

La Commission européenne semble confirmer que la neutralité à l'importation du capital est préférable pour le fonctionnement de l'Union européenne, ou en tout cas que la fiscalité européenne en est plus proche. Ainsi, après une étude qui s'appuie sur le traitement fiscal des investissements sortants, il apparaît que ces derniers subissent un taux moyen d'imposition effectif inférieur à celui des investissements

⁶⁴⁶ Même s'il convient de préciser que toute atteinte à une forme de neutralité, revenant *in fine* à une violation du *non-tax world*, constitue une distorsion qui affecte l'activité économique, ce qui réduit la richesse.

⁶⁴⁷ Voir en ce sens : MASON Ruth et KNOLL Michael S., *What is Tax Discrimination? The European Interpretation*, préc., pp. 43 à 46. Une partie des arguments développés par ces auteurs renvoie à une interprétation particulière de la neutralité à la concurrence qui conduit à l'assimiler à la neutralité à la détention du capital. Ne sont exposés que les arguments qui ne font pas écho à cette assimilation (v. infra).

domestiques, ce qui implique « que le régime fiscal européen est assez loin de la neutralité par rapport aux exportations de capitaux »⁶⁴⁹ et qu'il est « beaucoup plus proche de la neutralité aux importations de capitaux »⁶⁵⁰.

Par ailleurs, au regard des prohibitions qui sont inhérentes au Marché intérieur, il apparaît que la *capital import neutrality* procure des moyens qui permettent de mieux répondre à ces interdictions.

§2- Une neutralité plus à même de permettre la sanction des entraves au Marché intérieur

Le Professeur Alvin WARREN a établi qu'un système fiscal est susceptible d'engendrer quatre types de discriminations (au sens très large) à l'encontre du commerce international qui résultent de quatre types d'activité⁶⁵¹. En effet, un producteur domestique peut avoir une activité domestique et/ou étrangère tandis qu'un producteur étranger peut aussi avoir une activité domestique et/ou étrangère. Ainsi, la fiscalité peut :

- favoriser un producteur étranger ayant une activité domestique par rapport à un producteur domestique ayant une activité domestique (préférence à l'entrée ou *inbound preference*),
- au contraire, favoriser un producteur domestique ayant une activité domestique par rapport à un producteur étranger ayant une activité domestique (protectionnisme),
- sinon, encourager les producteurs domestiques ayant une activité à l'étranger par rapport à ceux ayant une activité domestique (préférence à la sortie ou *outbound preference*),

⁶⁴⁸ Cette idée prend sa source dans le but fondamental qui motive la constitution de l'UE : créer une union économique sans frontières pour y investir, y commercer et s'y déplacer.

⁶⁴⁹ SEC(2001) 1681 final, p. 137. Pour les calculs de taux moyens d'imposition effectifs v. p. 136.

⁶⁵⁰ Ibid., p. 150.

⁶⁵¹ WARREN Alvin C. Jr., *Income Tax Discrimination Against International Commerce*, *Tax Law Review* 2001, Volume 54, pp. 131 à 169.

- enfin, pénaliser les producteurs domestiques ayant une activité étrangère par rapport à ceux ayant une activité domestique (restriction à la sortie).

Ces quatre types de distorsion du commerce international sont également ceux qui doivent être combattus afin de mettre en œuvre les objectifs du Marché intérieur. Or, l'étude de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a montré (v. supra) que le principe communautaire de non-discrimination, étendu à la proscription des restrictions ou entraves, interdit deux de ces quatre situations ; à savoir celles à l'entrée et celles à la sortie. Par ailleurs, la législation sur les aides d'Etat prohibe, quant à elles, les préférences à l'entrée et celles à la sortie. Le Professeur Ruth MASON a dressé le tableau synthétique suivant⁶⁵² :

Nature de la distorsion	Non-discrimination OCDE	Non-discrimination européenne	Autre contrainte légale
Préférence à l'entrée			✓ Législation aides d'Etat
Restriction à l'entrée	✓	✓	
Préférence à la sortie			✓ Législation aides d'Etat
Restriction à la sortie		✓	

Si à présent, il est fait référence aux notions de neutralité internationale de l'impôt afin de définir la non-discrimination, alors en vertu de la *capital export neutrality* un Etat en sa capacité d'Etat de la résidence doit imposer ses résidents sur leurs revenus domestiques et étrangers de la même manière. Ce qui implique, pour l'Etat de la résidence, qu'en cas d'imposition à la source il doive octroyer un crédit d'impôt (de préférence illimité afin de satisfaire pleinement aux prescriptions de cette théorie). S'agissant de l'Etat considéré en qualité d'Etat de la source, cette doctrine est moins précise. Si la neutralité à l'exportation du capital se satisfait parfaitement d'une exonération par l'Etat de la source des revenus des non-résidents (ce qu'un Etat en qualité d'Etat de la source ne peut admettre pour toutes les catégories de revenus, en particulier pour les revenus d'activité), elle s'accommode également de l'imposition à la source, tant que l'Etat de la résidence permet l'imputation de cette imposition sur

⁶⁵² MASON Ruth, *Tax Discrimination and Capital Neutrality*, préc., p. 129.

ses propres impôts. A cet égard, il importe peu que le non-résident soit mieux, moins bien ou traité de manière égale à un résident de l'Etat de la source.

En ce qui concerne la *capital import neutrality*, un Etat, en sa qualité d'Etat de la résidence, doit exonérer les revenus de source étrangère et en tant qu'Etat de la source, il doit accorder le même traitement fiscal aux revenus, quels que soient leurs bénéficiaires (résidents ou non-résidents).

En combinant ces éléments avec le tableau précédent, il est possible d'établir que⁶⁵³ :

Nature de la distorsion	Non-discrimination OCDE	Non-discrimination européenne	CEN	CIN
Préférence à l'entrée				✓
Restriction à l'entrée	✓	✓		✓
Préférence à la sortie			✓	
Restriction à la sortie		✓	✓	✓

Ainsi, il apparaît que la neutralité à l'exportation du capital n'apporte un avantage par rapport à la neutralité à l'importation du capital qu'en ce qui concerne la prohibition des incitations à la sortie. Mais adopter une politique fiscale conforme à la CIN conduit à pouvoir sanctionner plus de distorsions au commerce international. La neutralité à l'importation du capital, par rapport à la CEN, apparaît plus en adéquation avec les interdictions qui découlent des règles combinées en matière de non-discrimination et de restrictions, selon le sens que la Cour donne de ces notions, et d'aides d'Etat en Europe ; elle semble plus à même de permettre la réalisation des objectifs de l'Union européenne.

Selon l'analyse classique de la *capital import neutrality*, mettre en œuvre ce concept suppose que tous les Etats (membres de l'UE) optent pour l'imposition exclusive à la source. Ce choix de politique fiscale est de nature à résoudre une situation complexe en matière de double imposition internationale.

⁶⁵³ Ibid., p. 134.

Section 2 : Une neutralité permettant de lutter contre les phénomènes de fragmentation de l'assiette fiscale

Dans la perspective d'une allocation efficace des ressources, les situations de double imposition constituent des charges qui pèsent sur cette allocation efficace et engendrent des distorsions dans l'organisation normale et libre du commerce international.

Comme énoncé précédemment, cette situation apparaît dès lors que deux systèmes fiscaux exercent de manière concurrente leur compétence sur le même revenu. Ainsi, il y a dislocation de la base taxable même en l'absence d'harmonisation (ce n'est donc pas une disparité fiscale) car ce phénomène résulte des règles territoriales de détermination des compétences fiscales. En effet, si deux Etats ayant deux systèmes fiscaux identiques imposent un revenu, l'un en qualité d'Etat de la source de celui-ci et l'autre en qualité d'Etat de la résidence du bénéficiaire, il y aura fragmentation de l'assiette fiscale du contribuable⁶⁵⁴. Il convient de préciser qu'en cas d'harmonisation les conséquences fiscales néfastes qui peuvent résulter de cette dislocation seront annulées au moins en partie.

Il en résulte que le seul moyen de supprimer cette situation consiste à ce que le revenu ne soit imposé que dans une seule et unique juridiction. Dès lors, il suffirait d'adopter soit l'imposition exclusive à la résidence soit celle à la source pour y parvenir. Pour le Professeur Peter WATTEL, afin d'organiser le Marché intérieur tout en maintenant la souveraineté fiscale des Etats membres, il n'y a qu'une seule méthode de répartition des compétences fiscales et d'élimination de la double imposition qui soit en accord avec ces éléments : l'exonération de l'assiette imposable sur le fondement d'un principe de stricte territorialité, c'est-à-dire l'imposition exclusive à la source. Cependant, il faudrait également prévoir une

⁶⁵⁴ V. en ce sens notamment : WATTEL Peter J., *Corporate tax jurisdiction in the EU with respect to branches and subsidiaries; dislocation distinguished from discrimination and disparity; a plea for territoriality*, préc., pp. 194 à 202 ; Conclusions de l'Avocat général GEELHOED présentées le 23 février 2006 dans l'affaire *ACT*, préc., points 48 et s. ; MASON Ruth, *Made in America for European Tax: The Internal Consistency Test*, préc., pp. 1287 et s.

méthode de répartition des coûts sur la base de critères économiques et historiques plutôt que sur celle de considérations juridiques⁶⁵⁵.

En définitive, il se pourrait que la neutralité aux importations de capitaux soit la théorie qui soit la plus conforme aux objectifs sur lesquels reposent les fondements de l'Union européenne. En effet, elle permet de contribuer à l'efficacité économique mondiale en tant que théorie assise sur le paradigme du *non-tax world*. De plus, elle est la notion qui favorise la concurrence entre entreprises et développe les opportunités de développement, ce qui est de nature à favoriser l'enrichissement des acteurs économiques. Par ailleurs, les prohibitions qu'elle suppose sont celles qui épousent le mieux celles résultant des Traités et de la jurisprudence européenne. A cet égard, elle interdit les restrictions, qu'elles soient à l'entrée ou à la sortie, et sanctionne les préférences à l'entrée. S'il est vrai qu'à la différence de la neutralité aux exportations de capitaux elle ne permet pas d'agir à l'encontre des préférences à la sortie, l'objectif supérieur d'instauration d'une concurrence libre et non affectée par les Etats, symbolisée par les règles en matière d'aides d'Etat, ne peut conduire à ignorer cet aspect qui, à n'en pas douter, sera sanctionné par l'un des moyens mis à la disposition des opérateurs économiques et de la Commission par les Traités. En outre, sanctionner des incitations par l'Etat de la source (préférence à la sortie) par le biais de la législation sur les aides d'Etat (voire à l'avenir par un autre moyen) ne semble pas contraire à la neutralité aux importations de capitaux. En effet, si les prescriptions de cette doctrine permettent d'énoncer les situations qui lui sont contraires, ajouter à cette liste des interdictions d'autres qui, *a priori*, ne sont pas contraires à la CIN ne semble ni contredire ni même altérer les prescriptions de cette doctrine. Ainsi, ce n'est pas parce que les *outbound preferences* ne sont pas interdites par la *capital import neutrality* que les proscrire ira à l'encontre de celle-ci.

Enfin, la neutralité aux importations de capitaux est la neutralité dont le système fiscal européen est le plus proche au regard de l'étude de 2001 sur la fiscalité des entreprises dans le Marché intérieur menée par la Commission européenne. Cette

⁶⁵⁵ WATTEL Peter J., Corporate tax jurisdiction in the EU with respect to branches and subsidiaries; dislocation distinguished from discrimination and disparity; a plea for territoriality, préc., p. 201. L'auteur appelle en outre à la révision

proximité facilite un mouvement plus franc en direction de cette neutralité, car ce mouvement sera susceptible d'engendrer moins de modifications qu'un basculement vers la neutralité aux exportations de capitaux. Il convient cependant de préciser, qu'en dépit de cette plus grande proximité avec ce standard de neutralité, en l'état actuel du droit fiscal communautaire et compte-tenu de l'absence d'intervention du législateur européen, il pourrait ne pas être opportun de se diriger vers un système fiscal qui soit en totalité orienté vers la CIN.

En effet, effectuer le choix d'une application complète de ce concept nécessiterait que les Etats membres renoncent à imposer les revenus de source étrangère. Si leurs conventions fiscales et les directives fiscales européennes le prévoient dans une certaine mesure et/ou pour certains revenus, il ne paraît guère envisageable de voir les Etats accepter de renoncer à imposer tous les revenus que leurs résidents tirent d'activités ou placements réalisés dans d'autres Etats.

Ainsi, en l'état actuel du droit communautaire, il serait possible de faire en sorte que, d'un côté, l'Etat d'investissement ou d'activité (Etat de la source) doive établir la neutralité aux importations de capitaux dans son système fiscal national, et, dans le même temps, que l'Etat de la résidence du contribuable (Etat d'origine) ne doive pas de manière déraisonnable limiter l'exportation de personnes, de biens ou de capitaux⁶⁵⁶. Cela laisserait aux Etats membres la possibilité d'imposer en tant qu'Etat de la source et de la résidence, tout en faisant porter plus de responsabilités à celui agissant en qualité d'Etat de la source.

En outre, si de manière progressive tous les Etats s'orientaient vers une plus grande neutralité aux importations de capitaux, la situation deviendrait plus propice à l'harmonisation fiscale. Et avant cette harmonisation, la réalisation complète de la *capital import neutrality* pourrait être accomplie en adoptant l'imposition exclusive à la source.

du principe de pleine concurrence (*arm's length*) de manière à ce qu'il ait une plus grande portée mais aussi à ce que les règles en matière de séparation des comptabilités soient plus strictes.

⁶⁵⁶ SCHÖN Wolfgang, Tax competition in Europe – the legal perspective, préc., p. 98.

Pourtant, il est possible de s'interroger sur la pertinence d'un mouvent total vers cette forme de neutralité. La Commission européenne soulignait elle-même dans son étude de 2001 que « l'absence de neutralité par rapport aux exportations de capitaux peut provoquer des inefficiences économiques »⁶⁵⁷. Or, il est établi que les différentes théories de la neutralité internationale de l'impôt sont exclusives l'une de l'autre à défaut d'une harmonisation mondiale des assiettes et des taux d'imposition. Cette constatation doctrinale classique est en partie remise en cause par les études les plus récentes. Il serait ainsi possible d'envisager des rapprochements entre certaines de ces théories ; aussi bien d'un point de vue conceptuel que, surtout, du point de vue de leur réalisation concomitante.

Au regard de la politique fiscale suivie par la Cour de justice de l'Union européenne, un tel rapprochement serait particulièrement précieux, dès lors que la jurisprudence oscille au fil des arrêts entre neutralité aux exportations de capitaux et neutralité aux importations de capitaux. Plus encore, cela permettrait de réaliser de manière *a priori* parfaite, sur le plan fiscal, le Marché intérieur en ayant une fiscalité qui n'engendre aucune distorsion et qui favorise l'efficacité économique tant au regard du lieu de l'investissement que de celui de l'investisseur. Plus encore, cette conciliation avancée par certains auteurs pourrait être de nature à écarter les doutes et/ou les risques qui pourraient résulter de l'adoption de la neutralité à l'importation du capital ; ce qui renforcerait l'attractivité de cette théorie de la neutralité de l'impôt pour l'Union européenne.

Chapitre 2 : Des convergences complexes entre les théories de la neutralité internationale de l'impôt : une confirmation du choix de l'imposition dans l'Etat de la source pour l'Union européenne

Les prescriptions contradictoires des différentes théories de la neutralité, en particulier de celles à l'exportation et à l'importation de capitaux, font que ces doctrines sont de manière conceptuelle opposées car elles apparaissent comme étant

⁶⁵⁷ SEC(2001) 1681 final, p. 150.

les deux faces d'une même pièce. Pourtant, des études récentes démontrent que, par un seul et même système fiscal, les objectifs des différentes théories de la neutralité internationale de l'impôt peuvent être réalisés (section 2).

Avant de voir de quelles manières il peut être possible de concilier, en pratique, ces différents standards, il est nécessaire de revenir sur ces notions de neutralité et ce qui les oppose. Ce retour en arrière est nécessaire afin de bien saisir comment une mise en œuvre pratique des théories de la neutralité de l'impôt peut être envisagée. Le point de départ de cette réalisation concomitante est l'émergence récente d'une troisième théorie de la neutralité de l'impôt. Apparition qui a fait naître un débat sur un rapprochement du point de vue théorique de certaines de ces notions (section 1).

Section 1 : La neutralité à la détention du capital, entre simple reformulation de la neutralité à l'importation du capital et véritable innovation

Comme il a été décrit précédemment, la proposition de *capital ownership neutrality* a été critiquée en ce qu'elle serait obtenue par un système d'imposition exclusive à la source. Si ce débat est somme toute traditionnel entre les tenants de la mondialité de l'impôt et les tenants de sa territorialité, une autre critique a également été émise et vient contester l'originalité de l'approche suivie par cette théorie.

En effet, lorsque le Professeur Peggy MUSGRAVE a exposé la neutralité aux importations de capitaux, elle l'a fait rapprochant cette neutralité de la concurrence entre entreprises et des opportunités d'expansion. Dans cette formulation, la *capital import neutrality* prescrit que, si tous les investisseurs dans un Etat sont soumis au même taux d'imposition, quelle que soit leur résidence, l'impôt n'affectera pas la concurrence dans cet Etat. Abstraite et opaque, cette notion de neutralité aux importations de capitaux a conduit la doctrine (économique d'une part, juridique d'autre part) à donner deux significations à la théorie de la CIN. Une première signification apparaît dans la doctrine économique et assimile la CIN à la neutralité à l'épargne. Une seconde signification, développée par la doctrine juridique, voit la

neutralité à l'importation du capital comme la neutralité relativement à la compétitivité des entreprises.

L'assimilation de la neutralité à l'exportation du capital à la neutralité à l'épargne remonte à 1980 et à la publication, par Monsieur Thomas HORST, d'un important article⁶⁵⁸, dans lequel il formalisa et offrit des modèles en s'appuyant sur les travaux du Professeur Peggy MUSGRAVE. Il démontra qu'un système fiscal d'imposition au mondial des revenus n'affecte pas la répartition des revenus entre Etats, et qu'un système d'imposition fondé sur la territorialité (exonération des revenus de source étrangère), n'affecte pas les décisions liées au choix entre consommation dans un Etat et épargne dans un autre. En présentant cette situation, il la décrivit comme une situation où la neutralité aux importations de capitaux était réalisée⁶⁵⁹.

Au regard de cette conclusion, le Professeur Michael KNOLL parle d'un système fiscal qui ne perturbe pas le choix entre épargne et consommation pour les personnes physiques comme réalisant la neutralité de l'épargne. En effet, la fiscalité affecte le choix entre épargne et consommation en augmentant le coût de l'épargne par rapport à celui de la consommation courante. Le coût de la consommation courante est une perte pour le retour après impôt. Pour chaque contribuable, le coût est son taux de rendement net. En conséquence, si un contribuable peut bénéficier de différents taux de retour sur investissement après impôt, il lui est alors possible de chercher à optimiser sa richesse totale en répartissant l'épargne et la consommation entre investissements situés dans des territoires différents. Si, en revanche, chaque investisseur obtient le même taux de retour sur investissement après impôt, il n'est pas possible d'optimiser la richesse en déplaçant l'épargne.⁶⁶⁰

Il apparaît que ce serait cette conception que les économistes ont à l'esprit lorsqu'ils parlent de *capital import neutrality*, mais pour le Professeur Michael KNOLL ce n'est pas ce à quoi se référerait le Professeur Peggy MUSGRAVE, et surtout ce n'est pas à

⁶⁵⁸ HORST Thomas, A Note on the Optimal Taxation of International Investment Income, *Quarterly Journal of Economics* juin 1980, Volume 94, n°4, pp. 793 à 798.

⁶⁵⁹ Ibid., p. 796.

⁶⁶⁰ KNOLL Michael S., Reconsidering International Tax Neutrality, préc., p. 14 (article republié dans *Tax Law Review* hiver 2011, Volume 64, pp. 99 à 129).

cela que se réfèrent les juristes modernes et les décideurs politiques quand ils évoquent la neutralité aux importations de capitaux.⁶⁶¹

Pour autant, la CIN, dans le sens de la neutralité à l'épargne, est accomplie par un système fiscal qui exonère les revenus de source étrangère. En effet, la concurrence entre investisseurs pour obtenir le taux de retour sur investissement après impôt le plus élevé va conduire ces taux à converger entre les différents Etats (v. supra). Il n'est pas possible alors d'optimiser la richesse totale en réorganisant la consommation et l'épargne entre personnes physiques, ce qui conduit à une neutralité de la fiscalité dans l'arbitrage entre consommation et épargne. Inversement, l'adoption par tous les Etats de l'imposition sur une base mondiale des revenus ne permet pas de réaliser la neutralité à l'épargne.⁶⁶²

Il faut ici souligner les divergences entre les doctrines économique et juridique. En effet, les auteurs de la première considèrent que la CIN est la neutralité à l'épargne et qu'il existe, en plus de la CEN, une troisième neutralité qui est la *capital ownership neutrality*. A l'inverse, les auteurs de la seconde s'affrontent sur la question d'une éventuelle assimilation de la CIN (en tant que neutralité à la concurrence) avec la CON ; mais s'accordent pour rejeter l'idée que le Professeur Peggy MUSGRAVE envisageait la neutralité aux importations de capitaux comme signifiant la neutralité relative à l'épargne⁶⁶³. Ainsi, pour une partie de la doctrine juridique la neutralité à l'importation du capital, dans sa signification de neutralité à la compétitivité des entreprises, correspond à ce que la doctrine économique a dégagé sous le concept de *capital ownership neutrality* (§1). Cependant, pour une autre partie de la doctrine juridique, ce concept de CON est différent de la neutralité à l'importation du capital signifiant neutralité à la concurrence et aux opportunités de développement des entreprises (§2).

⁶⁶¹ Ibid.

⁶⁶² Ibid., pp. 15 et 16. Le Professeur Michael KNOLL offre un exemple chiffré afin d'illustrer le caractère inadapté de l'imposition au mondial pour cette signification du *capital import neutrality*. V. aussi HORST Thomas, A Note on the Optimal Taxation of International Investment Income, préc. ; SHAHEEN Fadi, International Tax Neutrality: Reconsiderations, préc., p. 211 ; SHAHEEN Fadi, International Tax Neutrality: Revisited, préc., p. 135.

⁶⁶³ V. notamment SHAHEEN Fadi, International Tax Neutrality: Revisited, préc., pp. 131 à 147.

§1- La neutralité à l'importation du capital en tant que neutralité à la compétitivité ou à la détention

Selon le Professeur Michael KNOLL, l'autre sens de la *capital import neutrality* serait la neutralité à la compétitivité ou à la propriété. Cet auteur se réfère aux publications des Professeurs Mihir DESAI et James HINES où ils décrivent un système fiscal neutre en ce qui concerne la détention des actifs et comment un système fiscal non-neutre relativement à la propriété du capital est source de perte de richesse. Mais, toujours selon cet auteur, l'idée de neutralité de la compétitivité ou de la propriété ne serait pas nouvelle car les travaux du Professeur Peggy MUSGRAVE renvoient à la notion de compétitivité et non pas à celle de neutralité à l'épargne⁶⁶⁴, comme le prouve la phrase dans laquelle elle introduit la notion :

*« A form of capital-import neutrality under which all investors who invest in one particular country are subject to the same tax treatment, namely, that of the country of the source of investment income, would allow all foreign investors in that country equal opportunity for expansion »*⁶⁶⁵.

Même si elle rejette cette théorie, car elle la juge inappropriée au regard de la répartition efficiente du capital, il apparaît que ce que le Professeur Peggy MUSGRAVE avait à l'esprit n'était pas l'épargne mais la concurrence ou compétitivité. Cela est d'ailleurs confirmé dans ses autres travaux⁶⁶⁶.

⁶⁶⁴ KNOLL Michael S., *Reconsidering International Tax Neutrality*, préc., p. 17 (article republié dans *Tax Law Review* hiver 2011, Volume 64, pp. 99 à 129).

⁶⁶⁵ MUSGRAVE Peggy B., *Taxation of foreign investment income: An economic analysis*, op. cit., p. 8. Traduction libre de l'auteur : « une forme de neutralité aux importations de capitaux en vertu de laquelle tous les investisseurs qui effectuent des placements dans un Etat en particulier sont soumis au même traitement fiscal, en l'occurrence celui de l'Etat de la source du revenu, permettrait à tous les investisseurs étrangers dans cet Etat d'avoir les mêmes opportunités de développement ».

⁶⁶⁶ MUSGRAVE Peggy B., *United States Taxation of Foreign Investment Income: Issues and Arguments*, op. cit., p. 119. Dans cet ouvrage, MUSGRAVE écrit que les entrepreneurs avancent l'idée que « *the relevant concept of neutrality is equal treatment of U.S. investors abroad and their foreign competitors (capital import neutrality)* ». Traduction libre de l'auteur : « le concept pertinent en matière de neutralité est l'égalité de traitement des investisseurs américains à l'étranger avec leurs concurrents étrangers (neutralité aux importations de capitaux) ». Plus loin elle ajoute « *businessmen frequently maintain that neutrality should apply between U.S. foreign investors and their competitors abroad. This view of neutrality, which may be termed 'capital-import neutrality' suggests taxation by source or exemption of foreign investment income by the United States* ». Traduction libre de l'auteur : « les entrepreneurs avancent fréquemment que la neutralité devrait s'appliquer entre les investisseurs américains qui investissent à l'étranger et leurs concurrents à l'étranger. Cette vision de la neutralité, qui peut être appelée « neutralité aux importations de capitaux » suggère l'imposition dans l'Etat de la source et l'exonération des revenus de source étrangère par les Etats-Unis ».

Si le Professeur Peggy MUSGRAVE ne décrit pas la nature de la concurrence entre entreprises ni comment cette concurrence s'opère lorsque les sociétés veulent se développer, la finance moderne pourrait parfaitement l'expliquer. En effet, les entreprises sont en concurrence les unes contre les autres pour lever des fonds auprès d'investisseurs, fonds qui leur permettent d'acquérir des actifs. Ainsi, la concurrence entre sociétés prend la forme d'une concurrence dans la détention (ou sinon le contrôle) d'actifs⁶⁶⁷. Ainsi, ce sens attribué à la théorie de la neutralité aux importations de capitaux serait le sens naturel et normal de cette théorie, qui n'aurait aucun rapport avec l'épargne. De plus, hormis les économistes, ce serait également le sens que lui attribueraient les auteurs quand ils emploient cette expression, en particulier quand ceux-ci viennent à dire qu'il n'est possible pour un système fiscal de satisfaire de manière simultanée aux prescriptions des neutralités aux exportations et aux importations de capitaux sans harmonisation des bases et des taux d'imposition au niveau international.⁶⁶⁸

La confusion engendrée par les économistes résulterait du fait que, jusqu'à ce que les Professeurs Mihir DESAI et James HINES présentent leur théorie de *capital ownership neutrality*, la doctrine économique considérait que les questions de détention du capital n'avaient aucune incidence en matière d'efficacité économique. En effet, MUSGRAVE a, à plusieurs reprises, estimé que la prise en compte du lieu de résidence ou de la nationalité de l'investisseur était d'une importance secondaire par rapport à la répartition du capital, à sa localisation.⁶⁶⁹

Le Professeur Michael KNOLL estime qu'il y aurait un risque à considérer que la théorie introduite par les Professeurs Mihir DESAI et James HINES est une innovation. En effet, cela conduirait si ce n'est à occulter, au moins à mal comprendre et à ne pas interpréter correctement une littérature très abondante relative à la fiscalité internationale rédigée par des auteurs qui ne sont pas économistes professionnels.⁶⁷⁰

⁶⁶⁷ KNOLL Michael S., *Reconsidering International Tax Neutrality*, préc., p. 18 (article republié dans *Tax Law Review* hiver 2011, Volume 64, pp. 99 à 129).

⁶⁶⁸ Ibid., pp. 19 et 20. V. notamment GRAETZ Michael J., *The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies*, préc.

⁶⁶⁹ Ibid., p. 21.

⁶⁷⁰ Ibid.

Aussi pertinente qu'elle puisse être, cette position consistant à dénier le caractère novateur de la neutralité relativement à la propriété du capital ne fait pas l'unanimité dans la doctrine non économique.

§2- La neutralité à l'importation du capital en tant que seule neutralité à la compétitivité

Le Professeur Fadi SHAHEEN donne raison au Professeur Michael KNOLL quant à l'existence d'une confusion relative à la signification de la notion de *capital import neutrality* entre d'une part les économistes (neutralité à l'épargne) et les juristes (neutralité à la concurrence) et sur l'origine de cette confusion. Cependant, il estime que le sens donné par ce dernier à la CIN est erroné en ce qu'il équivaldrait à la neutralité à la propriété du capital dans son acception de neutralité à la compétitivité⁶⁷¹.

Selon lui, la *capital ownership neutrality* implique que la détention du capital doit revenir à ceux qui rendent ce capital le plus productif, ce qui interdit à la fiscalité de venir fausser cette détention efficiente en termes de productivité. Cette dernière étant dépendante et variable en fonction de la personne qui détient l'actif. Cet élément constituerait le point majeur de distinction avec la neutralité aux importations de capitaux.

En effet, comme indiqué précédemment, s'il est considéré que la CIN signifie la neutralité au regard de l'origine de l'investisseur, cette notion diffère de celle de neutralité à la propriété du capital en ce que celle-ci s'intéresse à l'identité de l'investisseur (propriétaire). La neutralité aux importations de capitaux ne s'intéresse en revanche pas à l'identité des investisseurs qui ont la même résidence ou origine. Il en découle alors logiquement, d'une part, que la neutralité à la détention du capital est un sous-ensemble de la *capital import neutrality* et que, d'autre part, dès lors qu'un système fiscal satisfait aux prescriptions de la CON, il satisfait à celles de la CIN. Cependant, la réciproque n'est pas avérée.⁶⁷²

⁶⁷¹ SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Revisited*, p. 132.

⁶⁷² *Ibid.*, p. 136.

Plus important encore, le critère d'efficacité qui anime la neutralité à la propriété singularise cette neutralité de manière très claire. En effet, pour que cette notion soit valable en tant que théorie fondée sur l'efficacité, il faut que la productivité du capital dépende et varie avec celui qui le détient. Aucune hypothèse similaire ne pourrait de manière plausible s'appliquer à la neutralité aux importations de capitaux, dans sa signification de neutralité par rapport à l'origine de l'investisseur. Dans ces conditions, l'objectif d'efficacité de cette vision de la *capital import neutrality* est pour le moins assez flou quand il est comparé avec celui de la *capital ownership neutrality*.⁶⁷³

Si le Professeur Michael KNOLL en vient à dire que la neutralité aux importations de capitaux est une neutralité à la compétitivité ou à la propriété, c'est en se référant aux travaux du Professeur Peggy MUSGRAVE mais également à la finance moderne en vertu de laquelle la concurrence entre entreprises prend la forme d'une concurrence dans la détention d'actifs. Pour le Professeur Fadi SHAHEEN, l'analyse faite par le Professeur Peggy MUSGRAVE de la neutralité à l'importation de capital en fait une théorie non pas de l'efficacité mais de la compétitivité. En effet, elle avait réfuté quatre arguments susceptibles de faire considérer la CIN comme une théorie se référant à l'efficacité :

- La charge d'impôt qui résulte de l'Etat de la source est répercutée sur les prix ce qui conduit à leur augmentation. La neutralité de l'impôt exige alors l'imposition exclusive à la source pour éviter ce phénomène de répercussion à la hausse⁶⁷⁴ ;
- Si les économies d'échelles existent, l'imposition à la résidence des multinationales qui ont une activité non-domestique ralentit leur développement, ce qui a pour conséquence de réduire leur capacité à concourir avec des entreprises étrangères⁶⁷⁵ ;

⁶⁷³ Ibid., p. 136.

⁶⁷⁴ MUSGRAVE Peggy B., *United States Taxation of Foreign Investment Income: Issues and Arguments*, op. cit., p. 119.

⁶⁷⁵ Ibid., pp. 119 et 120.

- Les investissements à l'étranger sont des montants importants et indivisibles, et la productivité des investissements existants est entièrement dépendante d'un montant donné de nouveaux investissements⁶⁷⁶ ;
- L'imposition à la résidence sur les revenus de source étrangère réduit le montant de fonds disponibles pour de nouveaux investissements, ce qui a pour conséquence d'affecter les investisseurs d'un Etat d'origine qui investissent à l'étranger.⁶⁷⁷

Au premier argument, le Professeur Peggy MUSGRAVE avance celui classique de non-répercussion du fait de l'absence de preuves concluantes en la matière. Les deuxième et troisième arguments sont rejetés principalement car ils ne poursuivent aucun objectif d'efficience, mais aussi car ils peuvent également s'appliquer aux investissements domestiques et parce qu'il n'y a aucune justification à favoriser les investissements étrangers plutôt que domestiques. Le quatrième argument est celui de la CIN en tant que neutralité à l'origine de l'investisseur. Le Professeur Peggy MUSGRAVE le rejette également car il serait fondé « *on a false concept of neutrality* » et que l'origine de l'investisseur n'est pas pertinente dans une perspective de neutralité quant au lieu⁶⁷⁸. Et bien qu'elle emploie le terme de *ownership*, elle se réfère non pas à la nationalité du propriétaire mais à son lieu d'origine⁶⁷⁹. Pour le Professeur Fadi SHAHEEN, ces concepts de neutralité et de compétitivité et d'opportunité de développement sont sans rapport avec la neutralité à la propriété introduite par le Professeur Michael DEVEREUX et repris par les Professeurs Mihir DESAI et James HINES qui promeuvent l'efficience économique⁶⁸⁰.

L'analyse du Professeur Michael KNOLL consistant à assimiler CIN et CON peut être considérée comme une tentative de donner un fondement d'efficience à la première théorie, qui en est dépourvu dans l'analyse du Professeur Peggy

⁶⁷⁶ Ibid.

⁶⁷⁷ Ibid., p. 120.

⁶⁷⁸ Ibid., pp. 119 et 120. Traduction libre de l'auteur : « sur une conception erronée de la neutralité ».

⁶⁷⁹ Ibid., p. 120. MUSGRAVE dit en effet : « the residence system is nonneutral in that it affects the foreign-U.S. ownership mix of capital operating abroad ». Traduction libre de l'auteur « le système de la résidence n'est pas neutre en ce qu'il affecte la détention mixte américano-étrangère de capitaux exploités à l'étranger ».

⁶⁸⁰ SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Revisited*, p. 138.

MUSGRAVE⁶⁸¹, en faisant évoluer la neutralité à l'origine en direction d'une neutralité à la propriété. Cela est concevable si cette dernière est regardée comme un sous-ensemble de la neutralité aux importations de capitaux. Ainsi, la confusion quant à la signification de la notion de *capital import neutrality* peut également être une justification à l'assimilation des deux neutralités en ce qu'elle permet de donner au CIN une nouvelle assise d'efficience, cela va néanmoins à l'encontre du sens historique de l'introduction de ce concept qui a pour objectif de promouvoir l'imposition à la source. En outre, procéder à une telle assimilation enlèverait tout intérêt à la théorie de la neutralité à la propriété du capital car les deux concepts seraient identiques.⁶⁸²

Il est certain que s'il y a identité entre les deux théories, une politique fiscale conforme à la neutralité aux importations de capitaux en tant que neutralité à la propriété permettra, d'atteindre la neutralité à la détention du capital⁶⁸³. En effet, la détention par un non-résident n'est pas pénalisée par rapport à celle d'un résident du fait qu'il soit résident d'un autre Etat. Mais pour autant, il n'est pas certain que cette neutralité à l'origine du propriétaire des actifs corresponde à l'efficience économique qui résulterait de la détention de ces actifs par une autre personne spécifiquement identifiée. A nouveau, l'élément clé de la neutralité à la détention du capital est que le rendement dépend et varie en fonction de celui qui l'exploite.

Enfin, le Professeur Fadi SHAHEEN estime que dans une perspective d'efficience économique, il serait préférable de considérer que la neutralité aux importations de capitaux est une neutralité à l'épargne, que la neutralité à la propriété du capital est une neutralité à la détention et que la neutralité aux exportations de capitaux est une neutralité quant au lieu d'investissement⁶⁸⁴. Cela alors même que la neutralité aux importations de capitaux peut également signifier la neutralité par rapport à l'origine de l'investisseur, vision conforme à la notion d'efficience (v. supra).

⁶⁸¹ Ce n'est qu'en tant que neutralité à l'épargne que la neutralité aux importations de capitaux est une neutralité qui se fonde sur l'efficience (v. supra).

⁶⁸² SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Revisited*, p. 139.

⁶⁸³ Ibid.

⁶⁸⁴ Ibid.

Par ailleurs, en ce qui concerne les liens entre CEN et CON il est intéressant de noter que si une répartition efficiente du capital maximise la productivité, et si la productivité dépend et varie avec la personne qui détient ce capital, un système fiscal efficient est celui qui encouragera la propriété la plus efficiente du capital. Ce faisant, la neutralité à la propriété du capital suit les prescriptions de la neutralité aux exportations de capitaux : le système fiscal doit permettre à l'investisseur le plus productif pour un actif donné d'acquérir cet actif quel que soit l'endroit où cet investissement doit être réalisé.

Là encore pourtant, la neutralité à la détention du capital peut être regardée comme un sous-ensemble de la neutralité aux exportations de capitaux. En effet, si la première satisfait à la seconde quand elle est réalisée en suivant les recommandations en matière de politique fiscale de la CEN, la réciproque n'est pas certaine. Un système fiscal peut tout à fait encourager un investisseur à effectuer des placements à sa résidence ou à l'étranger dès lors qu'il obtient le retour sur investissement le plus important avant impôt quel que soit l'endroit où se situe cet investissement, sans pour autant favoriser l'investisseur qui permettra d'obtenir la plus grande productivité de cet actif (bien que cela ne soit pas non plus exclu, mais sera plus le résultat d'un concours de circonstances que le fruit d'une politique fiscale ayant cet effet).

Ainsi, CIN, CEN et CON seraient trois théories de la neutralité conceptuellement différentes car les deux dernières poursuivraient des objectifs d'efficience économique que la première ne poursuivrait que dans une acception développée par la doctrine économique qui ne correspond pas à son approche juridique et historique. La neutralité aux importations de capitaux en voulant la neutralité à l'origine ou le développement de la concurrence entre entreprises, ne chercherait en réalité qu'à justifier l'adoption d'un système d'imposition à la source.

Si la proposition d'assimiler neutralité aux importations de capitaux et neutralité à la propriété du capital peut conduire à occulter l'élément fondamental de cette dernière théorie, et quand bien même il serait possible dans certaines hypothèses (lorsque l'investisseur non-résident qui a acquis l'actif est celui qui permettra d'en fournir le rendement maximum) que ces deux neutralités soient réalisées ensemble, il n'y aura

cependant pas neutralité à la détention, dans le sens proposé par les Professeurs Mihir DESAI et James HINES, avec simplement la neutralité aux importations de capitaux (sauf lorsque l'investisseur non-résident qui a acquis l'actif est, presque "par hasard", celui qui permettra d'en fournir le rendement maximum). Il manquera toujours à la neutralité aux importations l'élément caractéristique de la neutralité à la détention en termes d'efficience.

Dans leurs principes, ces trois théories semblent donc difficilement conciliables en même temps bien qu'il soit possible par la neutralité à la propriété du capital de réaliser en même temps soit la neutralité à l'importation du capital soit celle à l'exportation. Pourtant les Professeurs Michael KNOLL et Fadi SHAHEEN estiment, chacun à leur manière, qu'il est possible de satisfaire aux prescriptions des trois neutralités par un seul et même système fiscale.

Section 2 : Les possibles réalisations des théories de la neutralité de l'impôt

Pour mémoire, il convient de rappeler qu'il y a neutralité aux exportations de capitaux lorsque la politique fiscale d'un Etat conduit à ce que le niveau d'imposition qui est appliqué aux activités domestiques par l'Etat de la résidence est le même que le niveau d'imposition combiné de l'Etat de la source et de l'Etat de la résidence qui frappe les activités développées à l'étranger⁶⁸⁵.

Et il y a neutralité aux importations de capitaux lorsque le niveau d'imposition combiné de l'Etat de la source et de celui de la résidence sur les activités étrangères est le même que le niveau d'imposition qui vient frapper les activités domestiques dans l'Etat de la source⁶⁸⁶.

Dès lors, pour qu'il y ait à la fois neutralités aux exportations et aux importations de capitaux, il est nécessaire que le niveau d'imposition par l'Etat de la résidence sur les activités domestiques soit le même que celui de l'Etat de la source sur les activités

⁶⁸⁵ MASON Ruth, *Tax Discrimination and Capital Neutrality*, préc., p. 131.

⁶⁸⁶ Ibid.

domestiques dans cet Etat. Une telle configuration implique donc que les taux et les assiettes d'imposition dans les deux Etats soient les mêmes⁶⁸⁷.

A ce tableau traditionnel, il est possible à présent d'ajouter qu'il y a neutralité à la propriété du capital lorsque le système fiscal conduit à ce qu'un actif donné soit détenu par l'investisseur qui permettra de générer le revenu maximum, quel que soit le lieu de cet investisseur et celui de cet investissement. Cela implique non seulement que si le propriétaire est remplacé par un autre, il s'en suivra une perte de productivité et que ce changement ne permet pas d'augmenter la richesse mondiale totale, la perte de richesse d'un côté compensant exactement l'accroissement de richesse de l'autre.

Certains auteurs ont avancé qu'un seul système fiscal était en mesure de satisfaire aux exigences de ces théories. Pour une partie de la doctrine, seul un système fiscal d'imposition à la résidence est susceptible d'y parvenir (§1), tandis que pour une autre partie, seule l'imposition à la source a cette faculté (§2). Les réponses formulées par les tenants de ces deux doctrines ont permis d'affiner leurs propositions (§3).

***§1- La réalisation des théories de la neutralité par le biais de
l'imposition sur une base mondiale des revenus, ou mondialité de
l'impôt***

Pour le Professeur Michael KNOLL, il serait possible de satisfaire à la neutralité aux exportations de capitaux et à la neutralité aux importations de capitaux qui équivaut à la neutralité à la propriété⁶⁸⁸, si tous les Etats adoptaient un système fiscal d'imposition sur une base mondiale des revenus avec crédit d'impôt étranger illimité (et ce sans avoir à harmoniser les taux d'imposition).

⁶⁸⁷ Ibid.

⁶⁸⁸ Plus précisément, pour le Professeur Michael KNOLL la neutralité aux importations de capitaux est à la fois la neutralité à la concurrence et aux opportunités de développement et la neutralité à la propriété du capital, car la concurrence pour les entreprises se manifeste par la détention des actifs (v. supra).

Afin de démontrer la justesse de sa proposition, il l'illustre par l'exemple suivant : les Etats-Unis ont un taux d'imposition de 40% et l'UE un taux de 30%. Il est supposé que le taux de retour sur investissement d'équilibre⁶⁸⁹ avant impôt est de 10%. Ce taux de rendement est celui de l'investissement de référence, c'est-à-dire de l'investissement qui sert de comparable aussi bien pour les investisseurs américains que les investisseurs européens (donc celui qui est disponible d'un point de vue domestique)⁶⁹⁰.

Avec une imposition au mondial accompagnée d'un crédit d'impôt pour l'impôt étranger qui n'est pas limité, le retour sur investissement est le même partout et est de 10%, ce qui fait que tout investissement, qu'il soit aux Etats-Unis ou en Europe, aura la même valeur pour un investisseur européen ou américain, quel que soit le taux de retour sur investissement après impôt dont il pourra bénéficier (respectivement 7% et 6%). Car la valeur du tout investissement pour un investisseur sera déterminée par rapport aux autres investissements alternatifs disponibles (domestiques ou étrangers) et dans tous les cas le retour sur investissement de chaque investisseur sera diminué par le taux d'imposition qui lui est applicable⁶⁹¹. Aucun des deux investisseurs n'a alors d'intérêt fiscal à placer ailleurs son capital. Dans ces conditions la neutralité aux exportations de capitaux est satisfaite⁶⁹².

En effet, dans un tel contexte, un investisseur américain qui réalise un investissement en Europe aura un rendement après impôt de 7%. Avec une imposition reposant sur une base mondiale des revenus, il déclare le revenu avant impôt (soit 10%) et est imposé au taux de 40% sur ce revenu. Dans le même temps, il bénéficie d'un crédit d'impôt pour l'impôt qui a été prélevé en Europe et qui est de 30% du revenu. Ainsi, pour un investisseur américain le rendement après impôt est de 6% comme s'il avait investi aux Etats-Unis. Pour un investisseur européen qui fait placement aux Etats-Unis, le rendement sera de 6%. Puis lorsqu'il déclare en Europe le revenu avant

⁶⁸⁹ C'est-à-dire le taux obtenu du fait de la convergence des taux qui s'opère en raison de la baisse des taux dans les Etats où l'investissement offre le retour après impôt le plus élevé en raison d'investissements excessifs dans ces Etats, et de l'augmentation des taux de rendement dans les Etats où le taux de retour sur investissement après impôt est moins élevé afin de compenser cette différence. Ainsi, dans le dernier groupe d'Etats, les investissements potentiels augmentent le taux de retour sur investissement avant impôt, ce qui les rend plus attractif ou autant attractif que ceux situés dans le premier groupe d'Etats où, en parallèle, du fait de la forte demande pour ces investissements ceux-ci diminuent leur taux de retour avant impôt (v. supra).

⁶⁹⁰ KNOLL Michael S., *Reconsidering International Tax Neutrality*, *Tax Law Review* hiver 2011, Volume 64, p. 106.

⁶⁹¹ Ibid., pp. 114 à 116.

impôt (soit 10%) il est imposé au taux de 30%, mais le Trésor européen lui octroie un crédit pour l'impôt payé aux Etats-Unis. Ce dernier est de 40% du revenu ce qui excède l'impôt européen mais comme le crédit d'impôt étranger est ici illimité, la différence est remboursée à l'investisseur européen. Pour ce dernier le rendement de son investissement américain est de 7%, comme s'il avait investi en Europe⁶⁹³.

Mais dans ces circonstances, la neutralité aux importations de capitaux en tant que neutralité à la propriété serait également satisfaite. Si l'investissement candidat vaut 1000 pour un investisseur américain et un investisseur européen, au bout d'un an cet investissement (une fois liquidé) aura un rendement de 1100⁶⁹⁴. Il rapportera donc autant que l'investissement de référence. Pour le Professeur Michael KNOLL cela est conforme à la neutralité aux importations de capitaux équivalant à la neutralité à la détention du capital car les deux catégories d'investisseurs (américain et européen) perçoivent le même revenu avant impôt que l'investissement soit situé aux Etats-Unis ou en Europe⁶⁹⁵. Cela ne pourra être le cas si, dans cet exemple, le crédit d'impôt étranger en Europe est limité à l'impôt européen, ou si dans une situation différente où les Etats-Unis ont un taux d'imposition plus faible et limitent à leur tour le crédit d'impôt étranger qu'ils accordent⁶⁹⁶.

En revanche, avec un système d'imposition fondé sur la territorialité de l'impôt, neutralité aux exportations et neutralité aux importations de capitaux (qui équivaut à la neutralité à la propriété du capital) ne pourraient être satisfaites en même temps, si les taux d'imposition sont différents d'un Etat à l'autre. En reprenant le même exemple, il est possible d'en comprendre la raison : le taux d'imposition aux Etats-Unis est de 40%, celui de l'Europe est de 30%. Le taux de retour sur investissement après impôt est de 6% au niveau mondial. Dès lors, un investisseur américain aura toujours 6% après impôt de rendement pour un investissement aux Etats-Unis. Il en ira de même pour un investisseur européen dans ce pays. L'équilibre veut qu'un

⁶⁹² Ibid., p. 106.

⁶⁹³ Ibid.

⁶⁹⁴ Soit 10% de taux de rendement auxquels s'ajoutent le capital de départ.

⁶⁹⁵ KNOLL Michael S., *Reconsidering International Tax Neutrality*, *Tax Law Review* hiver 2011, Volume 64, p. 115.

⁶⁹⁶ Pour un exemple chiffré montrant l'échec du CIN dans le cas où, dans le cadre de la configuration ci-avant décrite, l'Europe limitait le crédit d'impôt étranger v. KNOLL Michael S., *Reconsidering International Tax Neutrality*, *Tax Law Review* hiver 2011, Volume 64, p. 116.

investisseur obtienne également 6% de rendement après impôt pour un investissement dans l'UE. En raison du taux d'imposition inférieur, pour obtenir cela il faut un rendement avant impôt de 8,571%⁶⁹⁷.

Les conditions de la neutralité aux exportations de capitaux ne seraient alors pas satisfaites, puisque la richesse mondiale pourrait être augmentée en déplaçant des actifs depuis l'Europe vers les Etats-Unis⁶⁹⁸. Pour autant, la CIN en tant que neutralité à la propriété serait toujours satisfaite. En effet, si l'investissement est situé aux Etats-Unis, il rapportera toujours 1100, sur lesquels investisseurs américains et européens paieront 40 d'impôt et conserveront 1060. Pour ces deux investisseurs l'investissement vaudra 1000 car le rendement après impôt est toujours de 6%, soit le même résultat qu'avec l'investissement de référence⁶⁹⁹. Si l'investissement candidat est situé en Europe, le rendement avant impôt sera de 1085,71. Ce qui après impôt laisse aux investisseurs la somme de 1060, ce qui équivaut à un retour après impôt de 6%. Dès lors, l'investissement candidat vaudra 1000 pour les investisseurs américains et européens, ce qui fait que la CIN en tant que neutralité à la propriété du capital sera également satisfaite dans l'UE⁷⁰⁰.

Le Professeur Michael KNOLL conclut donc que la neutralité aux exportations de capitaux et neutralité aux importations de capitaux qui équivaut à celle à la propriété du capital⁷⁰¹ pourraient être réalisées simultanément, et sans harmonisation des taux d'imposition, grâce à un système fiscal d'imposition au mondial qui accorderait un crédit d'impôt illimité pour l'impôt payé à l'étranger. Il estime en outre que cela ne pourrait être réalisé avec un système d'imposition à la source et en l'absence d'harmonisation des taux, bien qu'un tel système puisse être en mesure de réaliser la neutralité aux importations de capitaux⁷⁰². Comme le souligne cet auteur, le fait que

⁶⁹⁷ KNOLL Michael S., *Reconsidering International Tax Neutrality*, *Tax Law Review* hiver 2011, Volume 64, p. 117.

⁶⁹⁸ Puisque le taux de rendement avant impôt y est supérieur.

⁶⁹⁹ La différence de taux d'imposition entre les Etats-Unis et l'Europe étant effacée par l'imposition exclusive à la source.

⁷⁰⁰ KNOLL Michael S., *Reconsidering International Tax Neutrality*, *Tax Law Review* hiver 2011, Volume 64, p. 117 et p. 122.

⁷⁰¹ Encore une fois il convient de préciser que pour le Professeur Michael KNOLL, la neutralité aux importations de capitaux en ce qu'elle poursuit la neutralité à la compétitivité des entreprises équivaut alors à la neutralité à la propriété car de nos jours la concurrence entre entreprises se caractérise par le contrôle des actifs susceptibles d'accroître la rentabilité des sociétés.

⁷⁰² Pour le Professeur Michael KNOLL, il s'agit de la neutralité aux importations de capitaux en tant que neutralité à l'épargne et en tant que neutralité à la propriété v. KNOLL Michael S., *Reconsidering International Tax Neutrality*, *Tax Law Review* hiver 2011, Volume 64, p. 123. Il sera noté que le Professeur Fadi SHAHEEN est d'accord avec cette conclusion même s'il estime que c'est le *capital import neutrality* en tant que neutralité à l'épargne et en tant que neutralité à la compétitivité qui est satisfait par ce système fiscal : v. SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*,

la *capital import neutrality* puisse être réalisée soit par un système d'imposition reposant sur une base mondiale des revenus soit par un système d'imposition territorial marque un réel contraste avec la vision traditionnelle selon laquelle cette neutralité ne peut être mise en œuvre par un système d'imposition au mondial⁷⁰³.

Cependant, si la neutralité aux importations de capitaux n'est pas confondue avec la neutralité à la propriété du capital, il serait possible de concilier les objectifs des trois théories de neutralité internationale de l'impôt par le biais d'un système fiscal qui instaure l'imposition à la source.

§2- La conciliation des objectifs des différentes théories de la neutralité fiscale par l'imposition dans l'Etat de la source

Pour considérer que l'imposition à la résidence n'est pas en mesure de réaliser les objectifs des théories de la neutralité, en particulier de la neutralité aux exportations de capitaux, il convient de réexaminer les conclusions de l'analyse classique (A). Ce réexamen permettra d'aborder sous un jour nouveau les conséquences de l'imposition à la source (B).

A. Neutralité à l'exportation du capital et imposition dans l'Etat de la résidence : une remise en cause

En vertu de l'analyse classique des théories de la neutralité, il est considéré qu'un système d'imposition exclusive à la résidence par un Etat exportateur de capitaux, est le seul moyen de ne pas affecter les comportements des investisseurs par rapport à un monde sans fiscalité. En effet, les résidents de cet Etat seront sujets à la même charge fiscale totale quel que soit le lieu d'investissement⁷⁰⁴.

préc., pp. 210 à 212 ; SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Revisited*, préc., pp. 137 à 139. De même, ces deux auteurs s'accordent sur le fait qu'aucun système fiscal ne peut satisfaire aux exigences de la neutralité aux exportations de capitaux (neutralité à la localisation des investissements) et à celles de la neutralité aux importations de capitaux dans le sens de la neutralité à l'épargne sans une harmonisation des taux d'imposition : v. KNOLL Michael S., *Reconsidering International Tax Neutrality*, préc., pp. 123 et 124 ; SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, préc., pp. 211 et 212 ; SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Revisited*, préc., pp. 138 et 139.

⁷⁰³ KNOLL Michael S., *Reconsidering International Tax Neutrality*, *Tax Law Review* hiver 2011, Volume 64, p. 117.

⁷⁰⁴ SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, préc., p. 219.

Cependant, comme indiqué précédemment, aucun Etat n'exonère d'impôt les revenus qui naissent sur son sol même lorsqu'ils reviennent à des non-résidents. Le maintien d'une imposition à la source peut être compensé, en toute hypothèse, par l'Etat de la résidence s'il prévoit l'instauration d'un crédit d'impôt étranger illimité. Pour cette raison, en matière de politique fiscale, l'imposition à la résidence et la CEN sont préférées car un seul Etat est en mesure d'instaurer cette neutralité, alors que pour réaliser la CIN il faut que tous les Etats adoptent l'imposition à la source.

Ce constat de l'analyse classique pourrait ne pas être aussi juste qu'il y paraît. Ainsi, lorsqu'un seul Etat impose les revenus qui naissent sur son sol, les capitaux vont quitter ce territoire, ce qui va conduire à une augmentation du taux de rendement brut dans cet Etat par rapport au rendement mondial, et ce afin de compenser cette imposition (v. supra). Mais cette augmentation affecte les écarts de taux de retour sur investissement avant impôt et affecte les décisions des investisseurs quant au lieu où ils effectuent leurs placements. Dès lors, la neutralité aux exportations de capitaux ne serait pas satisfaite, même par l'Etat qui adopte l'imposition à la résidence et un crédit d'impôt illimité. Pour qu'elle le soit, il faudrait que tous les Etats adoptent une imposition exclusive à la résidence ou l'imposition à la résidence avec un crédit d'impôt étranger illimité.⁷⁰⁵

Or, un tel crédit d'impôt est inimaginable (même avec adoption mondiale de l'imposition non-exclusive à la résidence) sans une harmonisation des taux d'imposition. Sinon, en termes de finances publiques, cela pourrait engendrer des pertes considérables (en cas d'investissement dans des Etats à fiscalité plus élevée qu'à la résidence de l'investisseur) et en termes de neutralité de l'impôt ce serait un échec car il y aurait une véritable incitation à investir dans les Etats à forte fiscalité⁷⁰⁶.

⁷⁰⁵ Ibid., pp. 221 et 222. L'exemple suivant est donné : soit les Etats A et B. Les deux offrent un taux de rendement de 12% dans le *non-tax world* ce qui constitue le taux mondial de rendement. Si à présent A instaure un régime d'imposition à la résidence au taux de 50% et accorde un crédit d'impôt illimité et si B adopte un régime d'imposition à la source de 40%. Le rendement avant impôt dans l'Etat A reste à 12%, mais celui dans B monte à 20% ($12 / (1 - 0,4)$). Pour les résidents de A, un investissement dans l'Etat A génèrera un retour après impôt de 6% ($12 \times (1 - 0,5)$), alors que pour un investissement dans l'Etat B il sera de 10% ($12 \times (1 - 0,4)$). Dès lors, les résidents de A seront incités à investir dans l'Etat B.

Par ailleurs, il se pourrait que même un système d'imposition exclusive à la résidence ne soit pas suffisant afin de permettre la neutralité aux exportations de capitaux, s'il n'est pas accompagné d'une harmonisation des taux d'imposition. En effet, l'imposition des revenus d'investissements conduirait à une réduction du stock de capital (il s'agit de distorsions de capital). Cette réduction engendrerait une augmentation des taux de retour avant impôt⁷⁰⁷. Si les taux d'imposition varient d'un pays à l'autre, il est raisonnable d'imaginer que les distorsions de capital dans différents pays vont également différer. De plus, si un Etat adoptait un système de simple imposition à la résidence (non-exclusive) bien que les autres aient un système d'imposition exclusive à la résidence, le taux après impôt des investissements dans cet Etat serait fonction (1) du taux de retour avant impôt dans l'Etat de la source et (2) du taux d'imposition à la résidence. En raison de la distorsion de taux avant impôt à la source (à la hausse du fait du taux d'imposition de cet Etat), le rendement après impôt sur les investissements étrangers entrants serait en réalité affecté par l'augmentation induite par l'imposition à la source, puis par la réduction qui résulterait de l'imposition à la résidence. Une telle combinaison serait susceptible d'engendrer des distorsions dans les écarts de taux après impôt (c'est-à-dire, dans des écarts de taux après impôts qui ne correspondraient pas aux écarts de taux avant impôt). Cela conduirait à affecter les décisions d'investissement dans un sens contraire à la neutralité aux exportations de capitaux.⁷⁰⁸

Autrement dit, si les distorsions de capital sont impactées par le taux d'imposition à la source (sans harmonisation des taux), ces distorsions affecteront différents Etats de manière différente. Puisque les distorsions de capital conduisent à augmenter le taux de retour sur investissement, le taux avant impôt dans différents Etats s'éloignera dans des proportions variables du taux de retour mondial et du niveau de référence du monde sans fiscalité. Avec l'imposition à la résidence, ces écarts de taux avant impôt "affectés" conduisent à des écarts de taux après impôt "affectés", ce qui impacte les décisions relatives au lieu des investissements.⁷⁰⁹

⁷⁰⁶ Pour d'autres critiques adressées au système du crédit d'impôt illimité v. notamment : SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, préc., pp. 223 et 224.

⁷⁰⁷ Afin d'attirer le capital.

⁷⁰⁸ SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, préc., pp. 222 à 223.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 223.

En définitive, la neutralité aux exportations de capitaux ne pourrait être satisfaite par l'imposition à la résidence. L'impossibilité pratique d'adopter l'imposition exclusive à la résidence conduit à considérer l'imposition à la source comme un moyen plus adapté de parvenir à cette neutralité. A cet égard, l'adoption d'un crédit d'impôt (limité ou non) par tous les Etats avec une harmonisation des taux serait sans conséquence. En effet, une telle harmonisation fiscale conduirait *de facto* à un système mondial harmonisé d'imposition à la source. En effet, l'imposition des revenus de source étrangère par l'Etat de la résidence serait effacée par le crédit d'impôt, faisant que l'Etat de la résidence ne pourrait collecter effectivement de l'impôt qu'en qualité d'Etat de la source.⁷¹⁰

B. La neutralité internationale de l'impôt par l'imposition dans l'Etat de la source

En ce qui concerne l'imposition à la source les conclusions de l'analyse classique sont tranchées : en raison de la chute des taux provoquée par l'impôt prélevée dans l'Etat d'imposition (du fait de l'imposition à la source), les capitaux quittent ce territoire pour être imposés là où il est possible d'obtenir le rendement mondial. Cette hémorragie ne cesse que lorsque le revenu avant impôt dans ledit Etat augmente pour atteindre le taux mondial de rendement⁷¹¹ car il n'y a alors plus d'incitant fiscal à relocaliser les investissements. L'élément déterminant en matière du choix du lieu d'investissement est le rendement net (après impôt), qui est déterminé par le rendement brut (avant impôt) et par le taux d'imposition.⁷¹²

A côté de la demande en capital, les dépenses liées à la production et les frais généraux sont des éléments qui influent sur le taux de retour sur investissement avant impôt. Les dépenses liées aux facteurs immobiliers (comme les loyers et les salaires), sont la première source de dépenses liées à la production et aux frais généraux. Ainsi, les effets que peut avoir l'imposition à la source, au premier chef la sortie de

⁷¹⁰ Ibid., p. 225.

⁷¹¹ C'est-à-dire que $R = Rf / (1 - \text{taux d'imposition à la source})$. V. supra.

⁷¹² SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, préc., p. 225.

capitaux, sur ces facteurs internationalement immobiles restent une question fondamentale⁷¹³.

Une fuite de capitaux d'un Etat a des conséquences graves sur les facteurs immobiles, les biens immobiliers demeurent vacants (donc les propriétaires ne perçoivent pas de loyers) et les employés perdent leur emploi. En théorie, cette situation est crédible. La Commission européenne a d'ailleurs régulièrement avancé ce risque comme motif d'intervention en vue de lutter contre la concurrence fiscale dommageable, ou lorsqu'elle fait des propositions en matière d'harmonisation et de coordination fiscales (v. supra).

Cependant, en pratique, la question est de savoir dans quelle mesure bailleurs et employés vont laisser une telle situation survenir. En effet, pour prévenir ces risques il est possible qu'ils acceptent de percevoir, respectivement, des loyers et des salaires moins élevés. Est-il préférable de laisser les facteurs immobiles inutilisés ou, au contraire, ne seraient-ils pas mieux employés en supportant économiquement la charge fiscale ? Car en réduisant loyers et salaires⁷¹⁴, il y a une diminution des frais généraux sur ces éléments ; de ce fait les investisseurs bénéficient d'un retour sur investissement avant impôt supérieur (à celui dont ils jouiraient en l'absence de cette diminution des charges) et d'un taux après impôt égal au taux mondial. Cela supprimerait tout incitant à réallouer le capital et ainsi la neutralité aux exportations de capitaux serait satisfaite⁷¹⁵ même avec un système fiscal d'imposition à la source.

Il convient à présent de voir les implications en ce qui concerne la neutralité aux importations de capitaux. Pour mémoire, cette théorie peut avoir plusieurs sens : neutralité fiscale quant à la compétitivité et aux chances de développement et neutralité de l'impôt quant à l'épargne. Mais par rapport au référent pris avec le *non-tax world*, toute imposition est susceptible de remettre en cause la répartition de l'épargne et de réduire les opportunités de développement, même si une neutralité

⁷¹³ Ibid., pp. 225 et 226

⁷¹⁴ Ce qui constitue en réalité un transfert de charges sur les facteurs immobiles.

⁷¹⁵ SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, préc., p. 226. Pour de plus amples développements sur les conséquences en matière d'offre et de demande de facteurs immobiles, en matière d'effets de substitutions, en matière de distorsions entre consommation et épargne v. SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, préc., pp. 226 à 230. Il en ressort qu'un système d'imposition à la source ne s'écarterait pas des prescriptions du *capital export neutrality* que ce soit du point de vue de l'Etat exportateur de capitaux que de celui importateur de capitaux.

relative est préservée car tous les Etats sont affectés. Cependant, il est également possible de considérer que cette théorie appelle à la neutralité en ce qui concerne le lieu où se situe l'investisseur ; ce qui réconcilie la CIN avec le paradigme du monde sans fiscalité et donc l'efficacité économique (v. supra).

Pour autant, quand il est question de s'intéresser aux conséquences que peut avoir l'imposition à la source sur les facteurs immobiliers et leur réaction quand ils en viennent à supporter le transfert de charges qui en résulte, il apparaît que les investisseurs percevraient des rendements nets qui seraient égaux à ceux qui prévaudraient dans le *non-tax world*. Il n'y aurait donc *a priori* pas de risque de distorsion quant à la concurrence et aux opportunités de développement (ni à l'épargne) ainsi qu'au regard du lieu où se situe l'investisseur.⁷¹⁶

Enfin en ce qui concerne la neutralité à la propriété du capital, les conséquences au regard du transfert sur les facteurs immobiliers apparaissent des plus favorables. Dans l'analyse proposée par les Professeurs Mihir DESAI et James HINES, cette théorie voit ses conditions remplies par un système fiscal d'imposition à la source. Et bien que l'imposition à la résidence puisse également permettre d'y satisfaire, ces auteurs marquent leur préférence pour l'imposition à la source et le Professeur Michael DEVEREUX leur donne raison (v. supra). En effet, dans ces conditions, tous les investisseurs, quelle que soit leur résidence, seraient soumis au même taux d'imposition qui est celui de l'Etat de la source. Dès lors, le taux avant impôt sera pour tous les investisseurs réduit dans les mêmes proportions à un taux après impôt et les mêmes écarts de taux avant et après impôt pourront être constatés entre les différents investisseurs. Cependant, comme l'ont signalé ces auteurs, le fait que des taux différents d'imposition puissent s'appliquer entre les différents Etats de la source (pour les mêmes investissements disponibles dans ces Etats) est susceptible d'engendrer des situations de détention ne correspondant pas à celles qui seraient les plus efficaces d'un point de vue économique.

Cependant, si la charge fiscale de l'imposition à la source venait à être transférée sur les facteurs immobiliers, le rendement avant impôt dans l'Etat de la source

⁷¹⁶ SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, préc., pp. 233 et 234.

augmenterait ($R = R_f / (1 - \text{taux d'imposition à la source})$), afin de permettre un rendement après impôt égal au rendement mondial. De sorte que, en gardant le monde sans fiscalité en toile de fond, les rendements avant impôt et les écarts associés seraient fiscalement affectés alors que les taux après impôt et les écarts qui leurs sont associés seraient fiscalement neutralisés. Dès lors, la répartition de la propriété fondée sur les taux après impôt serait sans incidence pour la neutralité à la propriété du capital et est par conséquent efficiente au niveau mondial. Ainsi, l'imposition à la source pourrait être celle qui correspond le mieux à la neutralité à la propriété du capital, dès lors que les effets de cette imposition sur les taux de retour avant impôt sont considérés.⁷¹⁷

Ainsi, par un phénomène de répercussion sur les facteurs immobiliers de l'Etat de la source lorsqu'il agit en capacité d'Etat de l'imposition, il semblerait possible de satisfaire aux exigences des trois théories de neutralité internationale de l'impôt. Cette proposition a été examinée par les tenants de la réalisation de ces concepts par l'imposition à la résidence, ce qui a conduit à des réactions de ceux prônant l'imposition à la source.

§3- L'imposition dans l'Etat de la résidence versus l'imposition dans l'Etat de la source : une opposition des concepts de neutralité

A la démonstration selon laquelle seule l'adoption par tous les Etats de l'imposition à la source est capable de satisfaire les différentes théories de neutralité fiscale, les tenants de l'imposition à la résidence répondent qu'il n'est possible de rejeter ce

⁷¹⁷ Ibid., pp. 236 à 238. Le Professeur Fadi SHAHEEN fournit l'exemple suivant : soit les Etats A, B et C qui imposent à la source respectivement au taux de 50%, 30% et 40%. Il est présumé, d'une part, qu'un investissement dans l'Etat A par un résident de A a un rendement brut de 13% soit un rendement net de 6,5% et, d'autre part, que le rendement avant impôt d'un investissement en B par un résident de A est de 12%, de 10% si effectué par un résident de B et de 8% par un résident de C. Le rendement net est respectivement de 8,4% ; 7% et 5,6%. Mais ces taux sont les mêmes que ceux qu'il serait possible d'obtenir dans le *non-tax world* (en effet si $R = R_f / (1 - \text{taux d'imposition à la source})$ alors $R_f = R \times (1 - \text{taux d'imposition à la source})$). Dans le monde sans fiscalité, le rendement d'un investissement dans l'Etat A par un investisseur résident de A serait de 6,5% et non pas de 13% (avant impôt) comme il l'est en raison de l'imposition à la source. Toujours dans le monde sans fiscalité, un investisseur de A investirait dans l'Etat B où il obtiendrait un rendement de 8,4% et pas en A car il n'y obtiendrait que 6,5%. Cette chaîne de détention serait considérée comme la plus efficiente au niveau mondial dans le cadre du CON. Avec l'imposition à la source, cette chaîne de détention est maintenue car un investisseur de A préférerait toujours investir dans l'Etat B (rendement brut de 12% et net de 8,4%) que dans l'Etat A (rendement brut de 13% et net de 6,5%).

système d'imposition que dès lors qu'il est fait usage d'un référentiel erroné en matière d'efficience de la fiscalité : le *non-tax world*.

La conclusion selon laquelle la neutralité aux exportations de capitaux n'est pas satisfaite par l'imposition au mondial tiendrait à ce que l'impôt viendrait réduire le capital, ce qui constituerait une distorsion quant au lieu de l'investissement. Or, il n'y aurait neutralité à la localisation de l'investissement que si le taux de productivité marginale du capital⁷¹⁸ était égal entre les Etats. En effet, dans ces conditions, il n'est pas possible d'augmenter la richesse en réorganisant le lieu des investissements, il n'y a donc pas de distorsion dans la répartition du capital. Comme indiqué ci-avant, avec l'imposition au mondial, il y a neutralité quant au choix du lieu d'investissement car le rendement avant impôt du capital est le même partout.⁷¹⁹

Par ailleurs, pour défendre l'idée qu'un régime territorial d'imposition est en mesure de répondre aux exigences des neutralités aux importations et aux exportations (en particulier à cette dernière), il est nécessaire de considérer que les conséquences économiques de toute imposition retomberait en totalité sur le facteur travail ; ce qui est contraire à la plupart des études empiriques⁷²⁰. En outre, si cela était vrai, la neutralité aux exportations de capitaux serait réalisée aussi bien par un système d'imposition territorial, que par un système d'imposition mondial. Si un impôt légalement appliqué au capital n'est pas supporté par ce dernier, des écarts entre taux d'imposition sur le capital n'affecteront pas la répartition du capital entre Etats. Un tel postulat reviendrait à considérer que l'offre en matière de facteur travail est totalement rigide, ce qui est très discutable⁷²¹.

Néanmoins, pour une part importante de la doctrine aussi bien juridique⁷²² qu'économique⁷²³, la référence en matière de neutralité internationale de l'impôt

⁷¹⁸ La productivité marginale est « la production supplémentaire d'une entreprise liée à l'utilisation d'une unité supplémentaire d'un facteur de production » CAPUL Jean-Yves, GARNIER Olivier, *L'économie de A à Z*, op. cit., p. 212. Ainsi, la productivité marginale du capital est la quantité de production additionnelle générée par l'emploi d'une unité supplémentaire de capital (un euro de capital ou une machine).

⁷¹⁹ KNOLL Michael S., *Reconsidering International Tax Neutrality*, *Tax Law Review* hiver 2011, Volume 64, p. 124.

⁷²⁰ Ibid., pp. 124 et 125.

⁷²¹ Ibid., p. 125.

⁷²² GRAETZ Michael J., *The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies*, préc., pp. 261 à 336.

demeure le monde sans fiscalité. Par ailleurs, au-delà de la question de savoir si l'imposition sur une base mondiale des revenus ou l'imposition territoriale est la plus adaptée pour satisfaire aux exigences de la neutralité aux exportations de capitaux, le véritable enjeu tient au fait que l'imposition exclusive à la résidence n'est pas une politique fiscale réalisable. En effet, dès lors qu'aucun Etat n'est désireux ni d'abandonner son droit d'imposer les revenus qui naissent sur son sol, même s'ils reviennent à des non-résidents, ni d'octroyer des crédits d'impôt illimités, il apparaît bien plus réaliste d'analyser comment l'efficacité économique peut être réalisée par le biais de l'imposition à la source⁷²⁴.

De plus, une telle analyse semble pouvoir conduire à réaliser les différentes théories de la neutralité par l'imposition à la source en considérant l'hypothèse, crédible, d'un transfert de la charge d'impôt à la source sur le capital sur les facteurs immobiliers, ces derniers comprenant entre autres les biens immeubles (terrains, immeubles...) et le travail.

Contrairement à ce que les défenseurs de l'imposition dans l'Etat de la résidence ont avancé à l'encontre de cette hypothèse afin de réaliser les prescriptions des trois neutralités, il n'a pas été postulé que la charge de toute imposition retomberait sur les facteurs immobiliers. En effet, suivant l'analyse classique, le Professeur Fadi SHAHEEN estime que la charge de l'imposition à la résidence serait supportée par le capital, car dans un tel système d'imposition le capital perd son avantage lié à la mobilité par rapport aux facteurs immobiliers, et qu'il peut être démontré que la charge fiscale de l'imposition à la source serait supportée par les facteurs immobiliers ; ce que des études récentes semblent confirmer⁷²⁵ en qualifiant ce phénomène d'effet indirect de l'imposition des revenus des entreprises sur le travail⁷²⁶.

⁷²³ HINES Jr. James R., Reconsidering the taxation of foreign source income, préc., pp. 269 à 298.

⁷²⁴ SHAHEEN Fadi, International Tax Neutrality: Revisited, préc., pp. 143 et 144.

⁷²⁵ V. notamment GRAVELLE Jane G., HUNGERFORD Thomas L., Corporate Tax Reform: Should We Really Believe the Research?, *Tax Notes* 27 octobre 2008, Volume 121, n°4, p. 419 et s. ; HINES Jr. James R., Reconsidering the taxation of foreign source income, préc., pp. 269 à 298.

⁷²⁶ HASSET Kevin A., MATHUR Aparna, Taxes and Wages, *American Enterprise Institute for Public Policy Research*, 6 juin 2006, Working Paper n°128, 45 p. (disponible sur : http://www.aei.org/docLib/20060706_TaxesandWages.pdf) ; FELIX Alison, Passing the Burden: Corporate Tax Incidence in Open Economies, *Federal Reserve Bank of Kansas City*, octobre 2007, Working Paper, 45 p. (disponible sur : <http://www.kc.frb.org/Publicat/RegionalRWP/RRWP07-01.pdf>) ; DESAI Mihir A., FOLEY C. Fritz, HINES James R. Jr., Labor and Capital Shares of the Corporate Tax Burden: International Evidence, *Harvard University*, décembre 2007, Working Paper, 27 p. (disponible sur : www.people.hbs.edu/mdesai/PDFs/Labor%20and%20Capital.pdf)

Bien entendu, cette conclusion résulte de l'idée que, puisque le capital conserve sa mobilité par rapport aux facteurs immobiliers avec une imposition à la source, ces derniers supporteront la charge résultant de ladite imposition car le capital aura tendance à sortir de l'Etat qui instaura une imposition à la source, et qu'il est préférable qu'ils supportent cette charge plutôt que de demeurer inemployés faute de capital pour les utiliser. Cependant, pour que les facteurs immobiliers puissent supporter ce transfert, il ne faut pas que ces éléments puissent avoir des utilisations de substitution.⁷²⁷

⁷²⁷ SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Revisited*, préc., pp. 145 et 146. Les études précitées démontrent cependant que la répercussion sur les facteurs immobiliers et notamment le travail des impôts sur les revenus des entreprises n'est pas de 100%. Deux explications à cela. Tout d'abord, aucun des systèmes fiscaux examinés n'est purement CIN ou CEN mais un mélange d'imposition à la source et d'imposition à la résidence. Par ailleurs, les facteurs immobiliers autres que le travail, comme les terrains, n'ont pas été examinés et peuvent parfaitement supporter le reliquat de l'effet de l'imposition à la source sur les éléments immobiliers (il s'agira alors d'un effet direct). En outre, pour que la CEN soit satisfaite, l'imposition doit non seulement affecter la localisation du capital, il faut aussi qu'elle affecte le stock de capital (c'est l'effet indirect). Si l'imposition à la source se reporte entièrement sur les facteurs immobiliers (effet direct), sans affecter le stock de capital, il n'y aura pas de distorsions dans l'allocation du capital, ce qui est conforme aux prescriptions de la CEN, et sans qu'il soit important que le travail supporte ou non 100% du transfert. V. SHAHEEN Fadi, *International Tax Neutrality: Revisited*, préc., p. 147.

Conclusion du Titre 2

En définitive, il ressort de ce qui précède que la théorie de la neutralité fiscale peut être source de nombreux apports en matière de construction fiscale européenne. Y recourir en tant que guide de la politique fiscale permet d'appréhender dans une très large mesure les objectifs économiques qui sont au fondement du projet d'Union européenne ; l'allocation efficace des ressources et l'instauration d'une concurrence libre.

Dans sa configuration actuelle, et selon le schéma de pensée traditionnel, il n'est pas possible de parvenir, dans le Marché intérieur, à la satisfaction conjointe des prescriptions des théories de la neutralité de l'impôt. Cette impossibilité et la difficulté de réaliser un choix sont illustrées par une jurisprudence qui ne peut trancher entre les différents standards.

L'étude attentive des systèmes fiscaux des Etats membres fait néanmoins apparaître une plus grande proximité de ceux-ci avec la neutralité à l'importation du capital. En outre, cette dernière est la théorie qui favorise la concurrence. Les proscriptions qu'elle édicte en ce qui concerne les distorsions qui peuvent affecter le commerce international font qu'elle est celle qui permet d'en sanctionner le plus. Faute d'intervention législative européenne, ces éléments conduisent à préférer la poursuite de cette théorie, en tant qu'aiguillon de la construction fiscale européenne sur le fondement des libertés fondamentales de circulation et de la réglementation en matière d'aides d'Etat. D'autant que cette dernière emporte des interdictions qui permettent de proscrire des incitations fiscales qui sont contraires à la neutralité aux exportations de capitaux et que la neutralité aux importations ne condamne pas, ce qui pourrait ainsi permettre de supprimer les atteintes les plus graves à la *capital export neutrality* tout en assurant de manière prépondérante la *capital import neutrality*.

Cependant, au regard du modèle de référence que constitue le monde sans fiscalité, l'efficacité économique est achevée de manière parfaite lorsque la neutralité à l'exportation et la neutralité à l'importation sont toutes deux réalisées. Ce qui, en

présence de fiscalité, n'est possible qu'en procédant à une harmonisation de celle-ci. Cette approche traditionnelle afin de satisfaire aux conditions des différentes neutralités a été contestée et des propositions ont été faites afin de parvenir à la réalisation conjointe des neutralités par un seul système fiscal et sans harmonisation.

Pour y parvenir, la doctrine se divise entre les tenants de cette réalisation par l'imposition à la résidence et ceux défendant l'imposition à la source. Si les premiers parviennent à leur conclusion, c'est par une assimilation entre neutralité aux importations de capitaux et neutralité à la détention du capital. Une telle approche, bien que pertinente et assez conforme à la *capital import neutrality*, conduit cependant à occulter l'élément caractéristique de la *capital ownership neutrality* tel qu'elle a été présentée par les Professeurs Mihir DESAI et James HINES. Ignorer que l'efficacité économique dépend et doit varier selon l'identité du propriétaire d'un actif permet certes de confondre les deux neutralités, mais ce faisant c'est priver la neutralité à la détention du capital de tout intérêt ; alors même que par cet élément cette forme de neutralité se singularise des deux autres. Et cette singularité est d'ailleurs telle qu'elle conduit à s'interroger sur la manière de réaliser en pratique ce concept.

A l'opposé, ceux qui considèrent que l'imposition à la source est le système fiscal permettant de satisfaire à toutes les neutralités estiment, d'une part, que la *capital ownership neutrality* ne se confond pas avec les autres et, d'autre part, que des phénomènes de transfert sont susceptibles d'intervenir de sorte à permettre de répondre aux critiques traditionnelles adressées à l'imposition à la source. Par ailleurs, l'adoption d'un système territorial d'imposition serait la réponse la plus adaptée, en Europe, aux phénomènes de fragmentation de la base imposable.

De plus, le fait que l'imposition à la source soit la prescription préconisée en matière de politique fiscale pour réaliser la *capital import neutrality* est un élément supplémentaire en faveur de l'adoption de ce système fiscal au sein de l'Union européenne. En effet, les systèmes fiscaux des Etats membres étant plus proche de cette neutralité, sa réalisation s'en trouve facilitée. En orientant la politique fiscale de l'Union en faveur de ce standard, cela implique des modifications moins importantes des systèmes fiscaux nationaux ce qui favorise par là-même l'harmonisation fiscale.

Si rien qu'en se rapprochant ou même en adoptant la neutralité à l'importation du capital, et donc l'imposition à la source, les Etats membres parviennent à satisfaire à pratiquement tous les objectifs du Marché intérieur, cela ouvre également la porte à la réalisation des trois théories de neutralité de l'impôt dans la mesure où la proposition du Professeur Fadi SHAHEEN s'avérerait exacte. Et pour autant que cette proposition puisse être erronée, cela n'aura pas de conséquences néfastes pour la neutralité de l'impôt dans l'Union européenne. En effet, en matière de neutralité fiscale, l'Union semble faire plus appel à la *capital import neutrality* et par conséquent à l'imposition à la source.

Quelles que puissent être les critiques que s'adressent chaque clan, et celles formulées par d'autres qui pourraient rejeter l'idée même de la réalisation des neutralités internationales de l'impôt par un unique système fiscal, ces propositions de réalisation conjointe en pratique se révèlent très précieuses. Elles permettent en effet d'imaginer sous un jour nouveau les questions de neutralité, d'harmonisation fiscale et d'efficience économique.

Conclusion

Depuis plus de soixante années, ce qui est devenu l'Union européenne poursuit un double objectif économique en vue d'une intégration croissante. Dans le souci d'accroître la richesse des citoyens de l'Union, cette dernière cherche à établir une action de concert entre les Etats membres afin que soit réalisée une concurrence libre qui favorise une allocation efficace des ressources.

Sur le plan juridique, animée par un Marché intérieur caractérisé par la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux, la construction européenne a atteint un niveau d'intégration qui ne peut plus ignorer la fiscalité directe des Etats membres. Cette dernière était exclue, d'un point de vue formel, de la compétence de la Communauté et ne devait relever que d'une compétence partagée, mais en réalité verrouillée par les Etats en vertu de la règle de l'unanimité. Cette construction juridique censée préserver le domaine de la fiscalité directe d'une intervention communautaire ne pouvait tenir, ni face au principe de réalité économique, ni compte-tenu de la marche en avant suivie par le processus de l'Union.

L'obstruction à toute forme d'intégration fiscale européenne était d'autant moins tenable sur le long terme que le législateur communautaire ne souhaitait pas, ou ne pouvait pas faute d'unanimité, rapprocher les législations fiscales des Etats afin de les coordonner dans un sens qui les rende compatibles avec le Marché intérieur et au-delà avec les objectifs économiques qui ont présidé à la définition de ses éléments caractéristiques.

En effet, alors qu'il est textuellement marqué par le principe de non-discrimination, et même par l'interdiction des restrictions, le Marché commun ne pouvait devenir effectif en s'abstenant d'une quelconque intervention européenne en matière de fiscalité directe. C'est donc en réponse à l'inaction législative que la Cour a voulu, ou

même a dû, pallier ce manque et a tenté d'établir un cadre dans lequel la fiscalité n'affecterait pas les mouvements transfrontaliers de personnes, de biens, de services et de capitaux. Une telle volonté n'est pas le fruit d'un choix arbitraire.

Ainsi que l'étude a tenté de s'y attacher, il est possible de voir que, dans la diversité des textes (Traités, droit dérivé, actes atypiques) qui régissent le droit communautaire, une constante apparaît : celle de promouvoir et de rechercher à instaurer la neutralité. De plus, lors de l'examen de la jurisprudence, il a été recherché si la neutralité était poursuivie par la Cour de justice de l'Union européenne, ce qui s'est avéré positif.

Dès lors, vouloir la neutralité, au cas particulier de la fiscalité et en général de la part des Etats, apparaît comme un principe immanent de la construction européenne puisque celle-ci est, d'abord et avant tout, une union déterminée par des objectifs économiques clairement affichés. Les textes qui régissent le droit communautaire et son interprétation ne pouvaient être que la transcription de ces objectifs. La neutralité est donc à l'Union européenne ce que l'ADN est au vivant : l'ensemble des informations nécessaires au développement et au fonctionnement de l'organisme.

Cependant, et en dépit du travail considérable et audacieux mené par la Cour de justice, l'étude est parvenue à démontrer les limites de la neutralisation de la fiscalité sous les auspices du juge. Ce dernier ne pouvant trouver dans les textes et les fondements communautaires d'autre information que la référence à un idéal suprême de neutralité, il ne peut déterminer quelle traduction concrète lui donner. Cette concrétude est rendue nécessaire car, prise entre le marteau de la concurrence libre et de l'allocation efficace des ressources et l'enclume de l'absence d'harmonisation fiscale européenne, la Cour est contrainte à faire un choix. Ce dernier dépassant, de loin, le cadre de ses compétences, elle ne prend aucune décision et oscille entre les différentes formes de neutralité. Avançant en s'appuyant sur les principes contenus dans les Traités et sur ceux qu'elle a élaborés, la jurisprudence est en réalité déboussolée mais contrainte de continuer sous l'impulsion de la nécessaire et recherchée neutralité.

C'est en prenant en considération ce contexte que l'étude a formulé quelques suggestions. Ainsi, elle a voulu mettre en avant la neutralité de l'impôt, non pas en tant que principe normatif abstrait, comme celui qui irradie les textes européens, mais en tant qu'élément fonctionnel capable de structurer une politique fiscale cohérente et conforme aux objectifs communautaires.

A cet égard, trois principes de neutralité fondés sur l'efficacité économique et qui promeuvent cette dernière au niveau mondial, donc susceptibles de le faire au niveau de l'ensemble des Etats européens, ont été présentés. Deux sont classiques et concernent, pour l'un, la neutralité relative au lieu d'investissement (neutralité à l'exportation du capital ou *capital export neutrality*) et, pour l'autre, la neutralité relative à la compétitivité et à l'origine de l'investisseur (neutralité à l'importation du capital ou *capital import neutrality*).

Une troisième, novatrice et récente, cherche quant à elle à établir la neutralité relativement à la propriété du capital (*capital ownership neutrality*) et ce, où que soit l'investisseur et sans égard pour le lieu de l'investissement. Dans cette neutralité, seule est déterminante la productivité que générera le détenteur de l'actif. Ce qui conduit à favoriser la propriété par celui qui permettra de maximiser le rendement d'un actif. Dans son principe, ce standard de neutralité est simple. Mais dans sa mise en œuvre, il pourrait s'avérer d'une grande complexité. Selon ses auteurs, s'il est le mieux accompli par l'imposition à la source, c'est à certaines conditions. En dépit de cette indication, il demeure pour le moins obscur de savoir comment parvenir à mesurer la productivité générée par un actif, et la variation de celle-ci en fonction de son propriétaire. En outre, d'aucuns seraient saisis de perplexité en cherchant à déterminer comment un système fiscal pourrait venir corriger la situation où un actif n'est pas détenu par celui qui permettra d'en générer la plus grande productivité.

En théorie, cette forme de neutralité paraît être la plus prometteuse et surtout la plus en phase avec son époque, mais en pratique elle paraît des plus délicates à mettre en œuvre. Ainsi, l'étude a proposé de ne pas chercher à réaliser la *capital ownership neutrality* en tant que principe directeur premier. Puisque cette neutralité peut être considérée comme un sous-ensemble des deux autres, pour l'heure il paraît plus sage

de ne la réaliser que par le biais soit de la neutralité aux exportations de capitaux soit par celle de la neutralité aux importations.

A la différence de la Cour de justice, et ce en raison de conséquences considérablement moins redoutables, les présents travaux sont détachés des affres du choix et ont cherché à déterminer quelle neutralité serait la plus à même de satisfaire aux exigences induites par les objectifs économiques de la construction européenne.

A l'aune de ces objectifs et de l'éclairage fourni par la Cour de justice, il semblerait que la neutralité aux importations de capitaux soit la mieux adaptée et puisse être considérée comme la neutralité fonctionnelle pour l'Union européenne. Trois raisons principales expliquent ce choix. Tout d'abord, elle satisfait aux interdictions qui résultent du principe communautaire de non-discrimination ainsi qu'à l'une des deux autres proscriptions imposées par les règles en matière d'aides d'Etat. En outre, elle est réputée favoriser la concurrence ; élément fondamental de la réalisation de l'Union européenne. Enfin, et selon l'étude de 2001 de la Commission, il semblerait que la fiscalité des entreprises en Europe soit plus proche de cette forme de neutralité. A cet égard, il importe de souligner le choix opéré par les Pays-Bas en matière de politique fiscale internationale et conventionnelle en particulier. Ainsi, dans un memorandum daté du 11 février 2011, le Secrétariat d'Etat aux Finances a décidé que, dans l'intérêt de cet Etat membre, il était nécessaire d'établir un important réseau conventionnel et d'adopter la neutralité à l'importation du capital et la méthode de l'exonération afin d'éliminer la double imposition. La principale raison de ce choix est de permettre aux résidents néerlandais, réalisant des investissements à l'étranger, de concourir sur un pied d'égalité avec leurs concurrents sur d'autres marchés nationaux (« *leveling the playing field* »)⁷²⁸.

Si un mouvement complet en direction de la neutralité aux importations peut ne pas être des plus opportuns, eu égard notamment à la réticence des Etats à renoncer à imposer les revenus de source étrangère de leurs résidents, il se pourrait qu'une orientation plus marquée dans cette direction soit de nature à renforcer la neutralité de l'impôt en Europe. De plus, s'engager dans ce mouvement pourrait ouvrir la voie,

dans un premier temps, à un basculement entier dans le sens des prescriptions de cette théorie puis, dans un second temps, à une harmonisation fiscale législative dès lors que les systèmes fiscaux des Etats membres se seront rapprochés de manière très significative.

L'orientation prise par l'étude en faveur de la territorialité de l'impôt, conséquence du choix de la neutralité aux importations de capitaux, conduit à faire peser plus d'obligations sur l'Etat de la source en matière d'égalité de traitement et d'élimination de la double imposition ; ce qui est conforme à une partie de la jurisprudence.

Mais cette orientation n'est pas que le reflet du choix en faveur de la *capital import neutrality*. En effet, c'est aussi en prenant en considération des propositions très récentes de réalisation des trois formes de neutralité par un seul et même système fiscal que l'étude a pris le parti de la territorialité de l'impôt. Et c'est parce qu'il semblerait possible de pouvoir concilier les trois types de neutralité, prises distinctement les uns des autres, que ce système fiscal a été préféré.

Ainsi, la neutralité fonctionnelle proposée ici serait de nature à apporter un certain nombre de solutions aux problèmes liés à l'intégration fiscale européenne. Elle est capable de supprimer la majorité des entraves au fonctionnement du Marché intérieur et permet, d'une part, à la Cour de déterminer un sens de neutralité et, d'autre part, à tous (Etats, contribuables, juridictions et parlements nationaux) d'anticiper à qui échoira le soin d'éliminer l'atteinte à l'accès au marché. En outre, elle ouvre la voie à un rapprochement des législations fiscales en faveur de l'imposition à la source qui permettrait de réaliser les trois formes de neutralité en attendant de parvenir à une harmonisation de la fiscalité qui supprimerait toute distorsion au sein de l'Union.

Néanmoins, et pour autant que l'étude ait pu apporter des réponses ou au moins des orientations nouvelles ou simplement différentes, un certain nombre d'éléments

⁷²⁸ VAN DEN BERG Jean-Paul, VROLIJK Johan, Highlights of the New Dutch Tax Treaty Policy, *Tax Notes International*

doivent être soulignés car ils pourraient être de nature à modifier les conclusions des présents travaux.

Tout d'abord, il convient de se rappeler qu'il a été ici question de neutralité liée au capital. Or, d'autres neutralités tenant à d'autres facteurs peuvent être envisagées. Il s'agit notamment de la neutralité (aux importations et exportations) du travail⁷²⁹. Il peut même être envisagé la neutralité (aux importations et exportations) du travail et du capital⁷³⁰.

Ensuite, l'efficacité économique a été mise en avant car cette notion est considérée comme une valeur importante, si ce n'est la plus importante, en matière économique et de commerce international en vue de l'accroissement de la richesse et du bien-être. Mais d'autres valeurs peuvent être avancées, comme la supériorité de la représentation nationale (*representation reinforcement*)⁷³¹ et l'unité politique, celles avancées par la Cour en qualité de justifications, l'équité entre nations⁷³², la réciprocité et la non-discrimination dans l'équité⁷³³, la redistribution entre les habitants de différents pays⁷³⁴, la politique étrangère⁷³⁵, la coopération et la coordination internationales⁷³⁶ ou encore l'échange d'informations et le recouvrement des impositions⁷³⁷.

De plus, la présente étude s'est concentrée sur la fiscalité des sociétés, même si des références à la fiscalité des personnes physiques ont pu être faites et que des arrêts n'impliquant pas des personnes morales ont été analysés. Ainsi, il n'est pas certain que la neutralité aux importations de capitaux soit celle qui puisse convenir si la

30 mai 2011, Volume 62, p. 727.

⁷²⁹ V. en ce sens notamment : MASON Ruth, Tax Expenditures and Global Labor Mobility, *New York University Law Review* 9 mars 2009, Volume 84; pp. 1540 à 1622 ; MASON Ruth et KNOLL Michael S., What is Tax Discrimination? The European Interpretation, préc., 65 p.

⁷³⁰ V. en ce sens notamment : KEMMEREN Eric, *Principle of Origin in Tax Conventions, A Rethinking of Models*, op. cit., 623 p. ; qui prône l'imposition dans l'Etat d'origine.

⁷³¹ Cette doctrine consiste en ce que les citoyens désignent une représentation nationale qui représente la collectivité et qui agit dans l'intérêt de celle-ci et contre les intérêts individuels : v. notamment MASON Ruth et KNOLL Michael S., What is Tax Discrimination? The European Interpretation, préc., 65 p.

⁷³² V. notamment : GRAETZ Michael J., The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies, préc., pp. 297 et s.

⁷³³ Ibid., pp. 299 et s.

⁷³⁴ Ibid., pp. 300 et s.

⁷³⁵ Ibid., pp. 307 et s.

⁷³⁶ Ibid., pp. 311 et s.

⁷³⁷ Ibid., pp. 312.

fiscalité des personnes physiques ressortissantes de l'Union venait également à être prise en compte. Aux dires de la Commission, la *capital import neutrality* ne jouerait « aucun rôle dans le cas de personnes physiques »⁷³⁸.

De même, l'examen des seuls flux transfrontaliers de revenus du capital (en particulier des dividendes) au détriment des autres revenus, et notamment de ceux dits actifs, ainsi que l'absence de prise en compte de la fiscalité indirecte posent la question de l'intérêt de procéder à une étude spécifique de ces éléments et des conclusions qui pourraient en découler.

Par ailleurs, la conclusion selon laquelle la territorialité de l'impôt est supérieure à celle de la mondialité de l'impôt pour parvenir à réaliser les trois théories de la neutralité mériterait d'être analysée plus en détail. Et tout particulièrement en ce qui concerne le phénomène de transfert sur les facteurs immobiliers qui est à l'origine de la validité de cette proposition.

Plus grave et plus complexe à appréhender serait l'évaluation de l'incidence de la fiscalité financière et des prix de transfert sur la neutralité de l'impôt. Confrontés à ces domaines de la fiscalité, les principes fiscaux fondateurs sont susceptibles d'être remis en cause dans leur pertinence et leur justesse.

Enfin, et peut être même avant de se pencher sur les situations ci-avant mentionnées, il conviendrait de s'intéresser aux conséquences du choix en faveur de la neutralité à l'importation du capital dans les relations avec les Etats tiers. En effet, faut-il également appliquer cette neutralité avec ces Etats ? Ou au contraire opter pour la neutralité à l'exportation de capitaux ? Il pourrait même être envisagé de choisir un autre standard de neutralité. Ainsi, la *national neutrality* serait intéressante en ce qu'elle permettrait de promouvoir la richesse et le développement nationaux européens. Mais ce standard appliqué à l'Union européenne soulève plusieurs problèmes. Tout d'abord, l'Union n'est pas une fédération ; dès lors, favoriser la neutralité nationale peut favoriser le développement de certains Etats membres seulement. Il faudrait alors envisager au moins une coordination de la politique fiscale extérieure des Etats

⁷³⁸ COM(2003) 810 final, préc., p. 21.

membres, afin d'élaborer une politique fiscale commune à l'image de la politique commerciale commune. A l'heure actuelle, une telle hypothèse semble encore plus irréaliste que l'harmonisation fiscale. De plus, le recours à la *national neutrality* pose la question de sa compatibilité avec la libre circulation des capitaux. En effet, puisqu'elle conduit à favoriser les situations domestiques (européenne en l'espèce) par rapport aux situations étrangères, cela est susceptible de constituer une restriction à l'entrée du territoire européen pour les ressortissants d'Etats tiers.

De manière plus fine encore, il pourrait être envisagé d'adopter différents standards de neutralité pour différentes régions du monde. En effet, au regard des échanges commerciaux, des flux transfrontaliers de personnes, de biens, de services et de capitaux il serait peut être plus propice au développement, aussi bien de l'Europe que de la région du monde en cause, d'opter pour telle ou telle forme de neutralité fiscale. Ce qui pose également à nouveau la question de l'incidence éventuelle du degré d'intégration économique et/ou politique que la région du monde en cause a pu adopter ou atteindre mais aussi de l'incidence éventuelle d'une nouvelle évolution dans l'intégration européenne.

En définitive, la présente étude ne saurait être, au mieux, qu'un des éléments constitutifs d'un socle à partir duquel des analyses bien plus fines et bien plus complexes devront être menées afin de permettre la réalisation d'une intégration fiscale neutre et compatible avec les objectifs des Traités, dans l'attente d'une harmonisation de la fiscalité par le législateur européen.

Bibliographie

Première partie : articles, chroniques, notes, documents de travail et interventions publiques

Deuxième partie : ouvrages, thèses et rapports

Troisième partie : documents issus de l'Union européenne

Quatrième partie : jurisprudence et avis

Cinquième partie : sites Internet

NB : présentation au sein des parties et sous-parties selon l'ordre alphabétique des auteurs.

Première partie : articles, chroniques, notes, documents de travail et interventions publiques

➤ *En langue française :*

A

ACARD Claire, COLMET DAAGE Anne, Déduction transfrontalière des pertes arrêt Marks & Spencer, CJCE aff. 446/03 du 13 décembre 2005, *Option Finance* janvier-février 2006, pp. 82 à 84.

ANONYME, A propos de l'arrêt C-446/03 «Marks & Spencer plc» de la CJCE du 13 décembre 2005, *Les petites affiches*, 16 décembre 2005, n°250, p. 3 et s.

ANONYME, Assiette commune consolidée à l'IS. Elaboration d'un projet de directive, *Feuille rapide* 2007, n°40.

AUJEAN Michel, Comment réformer la fiscalité des sociétés pour la rendre moins sensible à la concurrence fiscale et mieux adaptée à l'économie du marché unique européen ? Le projet d'assiette commune consolidée d'imposition des sociétés et l'avenir de la fiscalité des sociétés en Europe, In. *Stratégies fiscales des Etats et des entreprises : souveraineté et concurrence*, 1^{ère} édition, Les Cahiers, Paris, Presse Universitaire de France (PUF), mars 2009, pp. 131 à 182.

AUSTRY Stéphane, WATHELET Melchior, Retenues à la source au sein de l'Union européenne. Des conclusions inquiétantes pour le contribuable, *Feuille rapide* du 10 octobre 2008, n°50/08.

B

BERGERES Christian, Droit communautaire et conventions fiscales internationales, *Revue de Droit fiscal* mai 2007, n°19, Etude, pp. 19 à 27.

BERGERES Maurice-Christian, Les clauses anti-abus dans les conventions fiscales internationales, *Les Petites Affiches* 22 mai 2009, n°102, pp. 6-13.

BOUTEMY Bernard, MEIER Eric, Régime de groupe et compensation transfrontalière des pertes (à propos de l'arrêt C-446/03 "Marks & Spencer plc" de la CJCE du 13 décembre 2005), *Les Petites Affiches*, 2005, n° 250, pp. 3 à 7.

BOUTEMY Bernard, MEIER Eric, Limites de la compatibilité avec le droit communautaire du régime britannique de dégrèvement de groupe, *Revue de Droit fiscal* 23 mars 2006, n°12.

BOUTEMY Bernard, MEIER Eric, Société étrangère contrôlée et liberté d'établissement, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 7 décembre 2006, n°49.

BOUTEMY Bernard, MEIER Eric, Sociétés étrangères contrôlées et liberté d'établissement, *Les Petites Affiches* 6 novembre 2006, n°221, p. 4 et s.

D

DASSESSÉ Marc, L'arrêt Damseaux : On s'est trompé de cible ! La critique doit viser la France et non la Belgique, *ACE : comptabilité, fiscalité, audit, droit des affaires au Luxembourg* octobre 2009 n°39, pp. 20 à 27.

DE FEYDEAU Henry, Vers la fin de la retenue à la source sur les dividendes intra-communautaires *Revue de Droit fiscal DF* 20 décembre 2007, n° 51, Etude.

DE FREMINET Patrick, La Communauté européenne dispose-t-elle d'un véritable juge fiscal ?, *Revue de Droit fiscal* juin 2007, n°25, étude.

DEROUIN Philippe, Différences de traitement fiscal résultant des conventions de double imposition entre États membres de l'Union européenne - Clause de la nation la plus favorisée (NPF) ou chalandage fiscal (treaty shopping) ?, *Revue de Droit fiscal* 28 juillet 2005, n° 30-35, étude 29, pp. 1288 à 1302.

DIBOUT Patrick, La fiscalité à l'épreuve de la liberté de circulation des capitaux (A propos de l'arrêt CJCE, 6 juin 2000, aff. C-35/98, Verkooijen), *Revue de Droit fiscal* 2000, n°42, pp. 1365 à 1372.

DIBOUT Patrick, Liberté d'établissement, conventions fiscales et entreprises multinationales (A propos des arrêts CJCE, 29 avril 1999, aff. C-311/97, Royal Bank of Scotland ; 8 juillet 1999, aff. C-254/97, Sté Baxter ; 21 septembre 1999, aff. C-307/97, Compagnie Saint-Gobain ; 18 novembre 1999, aff. C-200/98, X AB - Y AB), *Revue de Droit fiscal* 2000, n°11, pp. 474 à 482.

DOM Jean-Philippe, Société à l'étranger et succursale chez soi : le law shopping communautaire, *Bulletin Joly Sociétés*, 1er juin 1999 n° 6, p. 705 et s.

F

FENA-LAGUENY Emmanuelle, Retenues à la source et dividendes sortants: l'arrêt Denkavit et ses suites, *Option Finance* 4 juin 2007.

G

GEORGOPOULOS Théodore, À propos des limites du droit fiscal communautaire, *LPA* 19 octobre 2005, n° 208, p. 14 et s.

GEST Guy, Source and residence: New configuration of their principles, France Report, *Cahiers de droit fiscal international*, Volume 90 a, 2005, Buenos Aires, pp. 289 à 309.

GINTER Eric, Déduction transfrontalière de pertes au sein d'un groupe de sociétés : affaires Marks & Spencer, *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} mars 2006, n°3, p. 352 et s.

GINTER Eric, Les affaires « D. » et « Schempp » : un tournant dans la jurisprudence de la Cour de Justice ?, *L'Année fiscale*, 2006, PUF, pp. 123 à 136.

GOUTHIERE Bruno, Retenues à la source au sein de l'Union européenne - Elles ne sont pas toutes interdites, *Feuille rapide* du 13 février 2009, n°09/09, p. 9 et s.

GRACIA Jean-Christophe, Directive mère-fille : la notion de participation dans le capital d'une société ne comprend pas la détention de titres en usufruit, *DF* 19 mars 2009, n°12.

GUTMANN Daniel, Fiscalité européenne dans *L'année Fiscale* 2005, PUF, pp. 265 à 279.

GUTMANN Daniel, Fiscalité européenne dans *L'année Fiscale* 2006, PUF, pp. 387 à 401.

GUTMANN Daniel, Fiscalité européenne, dans *L'année Fiscale*, 2005, PUF, pp. 265 à 279.

GUTMANN Daniel, Fiscalité européenne, *Revue de Droit Fiscal*, juin 2007, supplément au n°25, *L'année Fiscale*, chronique, pp. 97 à 98.

GUTMANN Daniel, Fiscalité européenne, *Revue de Droit fiscal*, juin 2007, supplément au n°25, *L'année Fiscale*, chronique, p. 101 et s.

GUTMANN Daniel, Fiscalité européenne, *Revue de Droit fiscal*, juin 2007, supplément au n°25, *L'année Fiscale*, chronique, pp. 99 à 100.

GUTMANN Daniel, L'impact des conventions fiscales conclues avec les pays tiers à l'UE sur les conventions fiscales conclues entre les Etats membres, quelques réflexions sur l'un des enjeux de l'arrêt « D », *Bulletin fiscal*, avril 2006, n° 4, étude.

GUTMANN Daniel, La fiscalité française des groupes de sociétés à l'épreuve du droit communautaire – Réflexions sur l'affaire « Marks & Spencer » pendante devant la CJCE, *Revue de Droit fiscal* 2004, n°14, pp. 681 à 685.

H

HINNEKENS Luc, Tendances récentes de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe dans *L'année Fiscale* 2004, PUF, pp. 39 à 73.

K

KRUGER Hervé, Gestion fiscale du financement des groupes multinationaux et principes communautaires, LPA 5 octobre 2006, n°199, p. 5 et s.

M

MAITROT DE LA MOTTE Alexandre, La Cour de Justice des Communautés Européennes et le principe communautaire de non-discrimination – Remarques sur l'arrêt D. du 5 juillet 2005 (aff. C-376/03) dans *L'Année fiscale*, 2006, PUF, pp. 99 à 122.

MALHERBE Jacques et BERLIN Dominique, Conventions fiscales bilatérales et droit communautaire, *Revue trimestrielle de Droit européen* avril-juin 1995, n° 2 (première partie), pp. 245 à 272 et juillet-septembre 1995, n° 3 (seconde partie), pp. 509 à 537.

MARIATTE Flavien, Impôts directs, *JCP Europe* février 2006, n° 2, commentaire 48.

MAUBLANC Jean-Pierre, La compensation transfrontalière des pertes d'un groupe de sociétés devant la cour de justice, *RMCUE* juin 2006, n° 499, pp. 417 à 421.

MAUBLANC Jean-Pierre, Les régimes nationaux de lutte contre la sous-capitalisation à l'épreuve de la liberté d'établissement, *RMCUE* septembre 2003, n° 471, pp. 542 à 547.

MEIER Eric, BOUTEMY Bernard, Conventions fiscales bilatérales au sein de l'Union Européenne ou l'histoire d'une passation de pouvoir ?, *Bulletin Fiscal*, janvier 2005, n°1, étude.

MEIER Eric, TORLET Régis, Le fabuleux destin des retenues à la source, *Revue de Droit fiscal* n°26, 25 Juin 2009, n°355, étude.

MENJUCQ Michel, Droit d'établissement communautaire des sociétés : la CJCE repousse encore les limites, *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} décembre 2003, n° 12, p. 1296 et s.

S

SAÏC Julien, Compensation transfrontalière des pertes en Europe : de nouvelles possibilités, *Option Finance* 15 janvier 2007.

SAÏC Julien, L'imputation des pertes de filiales communautaires selon Marks & Spencer : mode d'emploi, *Feuille rapide* 24 novembre 2006, n°46.

Service de la Législation Fiscale, La France et les conventions fiscales internationales, *Revue de Droit fiscal* 1996, n°7, pp. 236 à 239.

W

WAGNER Loïc, Aides d'État : la Commission européenne confrontée au risque systémique, JCP Europe, janvier 2009, n°1, étude.

WATHELET Melchior, BONHOMME Nathalie, Les entraves fiscales et les conventions fiscales internationales dans la Jurisprudence de la CJCE, *Revue de jurisprudence fiscale* Octobre 2009, n°10, chronique, pp. 722 à 733.

WATHELET Melchior, Déduction transfrontalière des pertes. Les enseignements à tirer de l'arrêt Marks & Spencer du 13 décembre 2005, *Feuille rapide* 2005, n° 59, p. 21 et s.

WATHELET Melchior, Refus d'harmonisation fiscale et condamnations de la Cour de justice : cohabitation diabolique ? Panorama de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe, *Revue de jurisprudence fiscale* juillet 2005, n° 7, étude, pp. 469 à 482.

WATHELET Melchior, Souveraineté fiscale des Etats membres et Cour de Justice : nouvelles tendances ou confirmation ?, *Revue de jurisprudence fiscale* février 2008, n°2, étude, pp. 90 à 102.

WATHELET Melchior, Souveraineté fiscale des Etats membres et Cour de Justice : nouvelles tendances ou confirmation ?, *Revue de jurisprudence fiscale* février 2008, n°2, étude, pp. 90 à 102.

WATHELET Melchior, Taxation des dividendes et droit européen : la Cour européenne tranche, *Feuille rapide*, février 2007, n°14, question d'actualité.

WATHELET Melchior, Transferts financiers intragroupes et droit communautaire. A propos de l'arrêt « OY AA » de la CJCE : glaçon errant ou pointe d'un redoutable iceberg pour les contribuables européens ?, *Feuille rapide* 2007, n°41.

Z

ZAPF Hervé, ANDREAE-NEHLSSEN Dirk, L'affaire Marks & Spencer et ses incidences sur la fiscalité française!, *Les petites affiches* 23 novembre 2005, n° 233, p. 5 et s.

ZAPF Hervé, DUPASQUIER James, L'arrêt Marks & Spencer : une victoire à la Pyrrhus ?, *Les petites affiches* 19 avril 2006, n°78, p. 5 et s.

➤ *En langue anglaise*

A

AARNIO Katri, Treatment of permanent establishments and subsidiaries under EC law: toward uniform concept of secondary establishment in European tax law?, *ECTR* 2006, n°1, pp. 18 à 26.

ADDA Marco, The Proposal of Implementation of IFRS to SMEs: a Further Tool for Positive Integration of Corporate Income Taxation in the Internal Market?, *INTERTAX* 2008, Volume 36, n°6/7, pp. 282 à 291.

ADONNINO Pietro, Non-discrimination rules in international taxation, Rapport Général, *Cahiers de droit fiscal international*, Volume LXXVIIIb, 1993, pp. 73 à 130.

ALSOBROOK Ann Duvall, Improving the Competitiveness of U.S. Multinational Corporations Through Changes to the Foreign Tax Credit, *American University Journal of International Law & Policy*, 1997, Volume 12, pp. 875 à 901.

AMATUCCI Fabrizio, Limited tax liability of non-resident companies and freedom of establishment, *ECTR* 2003, n°4, pp. 202 à 207.

ANDERSSON Krister, An optional and competitive common consolidated corporate tax base – a comprehensive measure towards a better functioning internal market, *ECTR* juin 2008, Volume 17, n° 3, pp. 98 et 99.

ASATSUMA Akiyuki, Key Issues Relating to Permanent Establishments, *Asia Pacific Tax Bulletin* mars-avril 2009, n°2, pp. 76 à 80.

AUJEAN Michel, Tax policy in the EU: between harmonisation and coordination?, *Transfer: European Review of Labour and Research* février 2010, Volume 16, n° 1, pp. 11 à 22.

AUJEAN Michel, Towards a common consolidated corporate tax base in the EU?, *Transfer Pricing International Journal* avril 2011, Volume 12, n°4, pp. 14 et 15.

AULT Hugh J. et SASSEVILLE Jacques, Taxation and Non-Discrimination: A Reconsideration, *World Tax Journal*, juin 2010, Volume 2, n°2, pp. 101 à 125.

AVERY JONES John F, BAKER Philip, DE BROE Luc, ELLIS Maarten J., VAN RAAD Kees, LE GALL Jean-Pierre, GOLDBERG Sanford H., BLESSING Peter, LÜDICKE Jürgen, MAISTO Guglielmo, MIYATAKE Toshio, INOUE Koichi, TORRIONE Henri, VANN Richard J., WARD David A., NIKOLAKAKIS Angelo, WIMAN Bertil, Art. 24(5) of the OECD Model in Relation to Intra-Group Transfers of Assets and Profits and Losses, *World Tax Journal* juin 2011, Volume 3, n°2, pp. 179 à 225.

AVERY JONES John F., The Non-discrimination Article in Tax Treaties, *European Taxation* octobre 1991, n°9/10, pp. 310 à 347.

AVERY JONES John F., Carry on Discriminating, *British Tax Review* 1995, Volume 6, p. 525 et s.

AVERY JONES John Francis, Flows of capital between the EU and third states and the consequences of disharmony in European international tax law, *ECTR* 1998, n°2, pp. 95 à 106.

B

BAMMENS Niels, DE BROE Luc, Truck Center Belgian Withholding Tax on Interest Payments to Non-resident Companies Does Not Violate EC Law: A Critical Look at the ECJ's Judgment in Truck Center, *ECTR* 2009, n°3, pp. 131 à 137.

BARKER William B., Optimal International Taxation and Tax Competition: Overcome the Contradictions, *Northwestern Journal of International Law & Business*, hiver 2002, Volume 22, pp. 161 à 217.

BECKER Helmut, THÖMMES Otmar, Treaty Shopping and EC Law - Critical Notes to Article 28 of the New German - U.S. Double Taxation Convention, *European Taxation* juin 1991, n°1, pp. 173 à 176.

BENNET Mary C, MORRISSON Philip D., DANIELS Tom H.M., GERRITSEN Jan-Willem A.M., DE HOSSON Fred C., KLUFT Joop, PAARDEKOOOPER Wouter A., ROELOFS Carlo P.M., VISSER Klaas-Jan, VAN WETTUM Willem C.B., ZAALBERG Gerard D.J., A Commentary to the United States-Netherlands Tax Convention, *INTERTAX* 1993, n°4/5, pp. 165 à 218.

BENSHALOM Ilan, A Comprehensive Solution for a Targeted Problem: A Critique of the European Union's Home State Taxation Initiative, *European Taxation* Décembre 2008, n°12, pp. 630 à 641.

BENTLEY Duncan, The Rise of "Soft Law" in Tax Administration – Good News for Taxpayers?, *Asia Pacific Tax Bulletin* Janvier-Février 2008, n°1, pp. 32 à 39.

BIZIOLI Gianluigi, Impact of the freedom of establishment on tax law, *ECTR* 1998, n° 4, pp. 239 à 247.

BOESHERTZ Daniel, Community state aid policy and energy taxation, *ECTR* 2003, n°4, pp. 214 à 219.

BRAUNER Yariv, Integration in an integrating world, *NYU Journal Of Law & Business* Fall 2005, Volume 2, pp. 51 à 90.

BROKELIND Cécile, Cross border intra-group financing in France after the Conseil d'Etat Decisions of 30 December 2003, *ECTR* 2004, n°4, pp. 181 à 187.

BROSENS Linda, Thin capitalization rules and EU law, *ECTR* 2004, n°4, pp. 188 à 213.

BRUGGER Florian, ECKER Thomas, KOLOZS Borbala, KOPPENSTEINER Franz, PAUN Ciprian, STÜRZLINGER Birgit, Vienna University Conference 2007: Source versus Residence - The Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law, *INTERTAX* 2008, Volume 36, n°5, pp. 233 à 237.

BUFAN Radu et OPRE Aurelian, The Principle of Tax Neutrality in the Field of Direct and Indirect Taxation, dans LANG Michael, MELZ Peter et Kristoffersson Eleonor, *Value Added Tax and Direct Taxation - Similarities and Differences*, IBFD, décembre 2009, 1296 p.

C

CAAMANO ANIDO M.A. et CALDERON CARRERO J.M., Accounting, the permanent establishment and EC law: the Futura Participations case, *ECTR* 1999, n°1, pp. 24 à 38.

CAAMANO ANIDO M.A. et CALDERON CARRERO J.M., Accounting, the permanent establishment and EC law: the Futura Participations case, *ECTR* 1999, n°1, pp. 24 à 38.

CALISTO PATO Antonio, Cross-border direct tax issues of investment funds from the perspective of European law, *ECTR* 2008, n°5, pp. 197 à 220.

CARRAMASCHI Bruno Macorin, Exit Taxes and the OECD Model Convention: Compatibility and Double Taxation Issues, *Tax Notes International* 21 janvier 2008, Volume 49, p. 283 et s.

CAVALLINI Joël, Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, Les libertés de circulation : marchandises, capitaux, prestation de services et établissement (juillet 2002 à juin 2003), *RMCUE* février 2004, n°475, pp. 124 à 128.

CERIONI Luca, Double Taxation and the Internal Market: Reflections on the ECJ's Decisions in *Block* and *Damseaux* and the Potential Implications, *Bulletin For International Taxation* Novembre 2009, n°11, pp. 543 à 556.

CERIONI Luca, The Commission's Proposal for a CCCTB Directive: Analysis and Comment, *Bulletin for International Taxation* septembre 2011, Volume 65, n° 9, pp. 515 à 530.

CONFEDERATION FISCALE EUROPEENNE, Opinion statement of the CFE ECJ Task Force on the Concept of Abuse In European Law, Based on the judgments of the European Court of Justice Delivered in the Field of Tax Law - November 2007, Paper submitted by the Confédération Fiscale Européenne to the Council of the European, the European Commission and the European Parliament in 2007, *European Taxation* janvier 2008, n°1, pp. 33 à 36.

CORDEWENER Axel, EC law protection against 'horizontal' tax discrimination on the rise - or how to play snooker in an Internal Market, *ECTR* 2007, n°5, pp. 210 à 212.

CORDEWENER Axel, REIMER Ekkehart, The future of Most-Favoured-Nation Treatment in EC Tax Law – Did the ECJ Pull the Emergency Brake without Real Need ? Part 1, *European Taxation* juin 2006, n°6, pp. 239 à 249.

CORDEWENER Axel, REIMER Ekkehart, The future of Most-Favoured-Nation Treatment in EC Tax Law – Did the ECJ Pull the Emergency Brake without Real Need ? Part 2, *European Taxation* juillet 2006, n°7, pp. 291 à 306.

CORTEZ PIMENTEL Miguel, 'D'istortion of the Common Market? Analysis and Future Perspectives of the MFN Clause Within EC Law, *INTERTAX* 2006, Volume 34, n°10, pp. 485 à 501.

CRAIG William J., Tax Harmonisation for Europe and the world: could the ECJ show the way?, *International Company and Commercial Law Review*, 2007, volume 18, n° 10, pp. 341 à 348.

D

DANIELS Ton, The freedom of establishment: some comments on the *ICI* decision, *ECTR* 1999, n°1, pp. 39 à 42.

DASSESE Marc , Double Taxation of Foreign Dividends: The *Damseaux* Case Aiming at the Wrong Target! Criticism Should Be Directed towards France and Not Belgium, *ECTR* 2010, Volume 19, n°3, pp. 117 à 122.

DE BROE Luc, Are we Heading towards an Internal Market without Dividend Withholding Tax but with Interest and Royalty Withholding Tax? Some Observations on Advocate General's Kokott Opinion in *Truck Center*, *ECTR* 2009, n°1, pp. 2 et 3.

DE BROE Luc, Some Observations on the 2007 communication from the Commission: 'The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation within the EU and in relation to third countries', *ECTR* 2008, n°3, pp. 142 à 148.

DE GRAAF Arnaud et JANSSEN Geert, The implications of the judgment in the D case: the perspective of two non-believers, *ECTR* 2005, n°4, pp. 173 à 189.

DE GRAAF Arnaud, Designing an anti-treaty shopping provision: an alternative approach, *ECTR* 2008, n°1, pp. 12 à 23.

DE HOSSON Fred C., On the controversial role of the European Court in corporate tax cases, *INTERTAX* 2006, Volume 34, n°6/7, pp. 294 à 304.

DE KORT J.W.J., The European Court of Justice on the Dutch Levy upon Emigration of a Substantial Participation Holder in a Corporation, *INTERTAX* 2007, Volume 35, n°12, pp. 713 à 718.

DE LIGNIE Marco, Limitation on Benefits: Recently Signed US Treaties Compared to the 1992 US-Netherlands Treaty, *Bulletin for International Fiscal Documentation* février 1995, n°2, pp. 71 à 77.

DEAK Daniel, Outbound establishment revisited in *Cartesio*, *ECTR* 2008, n°6, pp. 250 à 258.

DELATTRE Olivier, France-United States, New Tax Treaty, *Bulletin for International Fiscal Documentation* février 1995, n°2, pp. 65 à 70.

DEN BOER Steven, Freedom of Establishment versus Free Movement of Capital: Ongoing Confusion at the ECJ and in the National Courts?, *European Taxation*, juin 2010, n°6, pp. 250 à 258.

DENYS A. Lieven, The ECJ Case Law on Cross-Border Dividends Revisited, *European Taxation* mai 2007, n°5, pp. 221 à 238.

DESAI Mihir A. et HINES James R. Jr., Evaluating international tax reform, *National Tax Journal*, September 2003, Volume 56, n°3, pp. 487 à 502.

DEVEREUX Michael P., Taxation of outbound direct investment: Economic principles and tax policy considerations, *Oxford Review of Economic Policy*, hiver 2008, Volume 24, n°4, pp. 698 à 719.

DOURADO Ana Paula, Free Movement of Capital and Capital Income Taxation within the European Union, *ECTR* 1994, n°4, pp. 176 à 185.

DOURADO Ana Paula, From the Saint-Gobain to the Metallgesellschaft case: scope of non-discrimination of permanent establishments in the EC treaty and the most-favoured clause in EC Member States tax treaties, *ECTR* 2002, n°3, pp. 147 à 156.

DOYLE Helen, Is Article 26 of the Netherlands-United States Tax Treaty Compatible with EC law?, *European Taxation* janvier 1995, n°1, pp. 14 à 22.

E

ELLIS Martin J., Direct Taxation in the European Community: An Irresistible Force Meets an Immovable Object?, *Wake Forest Law Review* 1993, Volume 28, pp. 51 à 60.

ENGLISCH Joachim, The European Treaties' Implications for Direct Taxes, *INTERTAX* août-septembre 2005, Volume 33, n° 8/9, pp. 310 à 335.

F

FARMER Paul, The Court's case law on taxation: a castle built on shifting sands, *ECTR* 2003, n°2, pp. 75 à 81.

FAULHABER Lilian, Sovereignty, Integration, and Tax Avoidance in the European Union: Striking the Proper Balance, *Climenko workshops paper*, 23 september 2009, 71 p.

FONTANA Renata, Conference Report: The EU and Third Countries: Direct Taxation, 13-14 October 2006, Vienna, *INTERTAX* 2007, Volume 35, n°10, pp. 589 à 597.

FORST David L., The U.S. International Tax Treatment of Partnerships, *Berkeley Journal of International Law*, 1996, Volume 14, pp. 239 à 276.

FORTUIN Alexander, Denkavit Internationaal: The Procedural Issues, *European Taxation* mai 2007, n°5, pp. 239 à 243.

FÜHRICH Gregor, Exit Taxation and ECJ Case Law, *European Taxation* janvier 2008, n°1, pp. 10 à 19.

G

GAMMIE Malcolm, Non-Discrimination and the Taxation of Cross-Border Dividends, *World Tax Journal* juin 2010, Volume 2, n° 2, pp. 162 à 174.

GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy, *Yale Law School, Public Law Working Paper*, 31 août 2007, n°143, 53 p., disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1011155>

GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy, *Common Market Law Review*, Volume 44, n°6, pp. 1577 à 1623.

GRAETZ Michael J. et WARREN Jr. Alvin C., Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe, *The Yale Law Journal* avril 2006, volume 115, n° 6, pp. 1186 à 1255.

GRAETZ Michael J., A Multilateral Solution for the Income Tax Treatment of Interest Expenses, *Bulletin For International Taxation* novembre 2008, Volume 62, n°11, pp. 486 à 493.

GRAETZ Michael J., The David R. Tillinghast Lecture Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, And Unsatisfactory Policies, *New York University School of Law Tax Law Review*, Printemps 2001, Volume 54, pp. 261 à 336.

GRAU Amparo et HERRERA Pedro M., The link between tax coordination and tax harmonization: limits and alternatives, *ECTR* 2003, n°1, pp. 28 à 36.

GREGGI Marco, Avoidance and abus de droit: The European Approach in Tax Law, *eJournal of Tax Research*, juin 2008, volume 6, n°1, pp. 23 à 44.

GRIBNAU Hans, Improving the Legitimacy of Soft Law in EU Tax Law, *INTERTAX* 2007, Volume 35, n°1, pp. 30 à 44.

GUTMANN Daniel, HINNEKENS Luc, The Lankhorst-Hohorst case. The ECJ Finds German thin capitalization rules incompatible with freedom of establishment, *ECTR* 2003, n°2, pp. 90 à 97.

GUTMANN Daniel, The Marks & Spencer case: proposals for an alternative way of reasoning, *ECTR* 2003, n°3, pp. 154 à 158.

H

HELLERSTEIN Walter, KOFLER Georg W., MASON Ruth, Constitutional Restraints on Corporate Tax Integration, *Tax Law Review* 2008, Volume 62, pp. 1 à 66.

HINES Jr. James R., Reconsidering the taxation of foreign source income, *Tax Law Review*, hiver 2009, Volume 62, pp. 269 à 298.

HINNEKENS Luc, AMID: The Wrong Bridge or a Bridge Too Far? An Analysis of a Recent Decision of the European Court of Justice, *European Taxation* juin 2001, n°6, pp. 206 à 210.

HINNEKENS Luc, Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community Law. The Rules, *ECTR* 1994, n°4, pp. 146 à 166.

HINNEKENS Luc, Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community Law – Application of The Rules, *ECTR* 1995, n° 4, pp 202 à 237.

HINNEKENS Luc, European Court goes for robust tax principles for treaty freedoms. What about reasonable exceptions and balances?, *ECTR* 2004, n°2, pp. 65 à 67.

HINNEKENS Luc, The search for the framework conditions of the fundamental EC Treaty principles as applied by the European Court to Member States' direct taxation, *ECTR* 2002, n° 3, p. 112 à 119.

HINNEKENS Luc, The Uneasy Case and Fate of Article 293 Second Indent EC, *INTERTAX*, novembre 2009, n°11, pp. 602 à 609.

HINNEKENS Philippe, Non-discrimination article in OECD Model Convention needs fundamental review, *ECTR* 2008, n°6, pp. 248-249.

HORST Thomas, A Note on the Optimal Taxation of International Investment Income, *Quarterly Journal of Economics* juin 1980, Volume 94, n°4, pp. 793 à 798.

I

ISENBAERT Mathieu, The ECJ condones Belgian personal income taxation of dividends. A temporary state of affairs?, *ECTR* 2007, n°5, pp. 236 à 244.

ISENBAERT Mathieu, VALJEMARK Caroline, M&S judgment: the ECJ caught between a rock and a hard place, *ECTR* 2006, n°1, pp. 10 à 17.

J

JARASS Lorenz, OBERMAIR Gustav M., Tax on earnings before interest and taxes instead of profit – fair, simple and competitive: a conceivable initiative of EU Member States for a common consolidated corporate tax base, *ECTR* juin 2008, Volume 17, n° 3, pp. 111 à 117.

K

KANE Mitchell A., Considering "Reconsidering the taxation of foreign source income", *Tax Law Review* hiver 2009, Volume 62, pp. 299 à 315.

KARKANOVA Bohdana, ISRAEL Hervé, GEIBEL Stephan, ASTOLFI Fulvia, LOUWINGER Anton, PADILLA Alfonso, FINN Sean, Member states start to get to grips with Marks & Spencer, *International Tax Review* février 2006, pp. 26 à 29.

KEMMEREN Eric, After repeal of Article 293 EC Treaty under the Lisbon Treaty: the EU objective of eliminating double taxation can be applied more widely, *ECTR* 2008, n°4, pp. 156 à 158.

KEMMEREN Eric, CCCTB: Enhanced Speed Ahead for Improvement, *ECTR* 2011, Volume 20, n° 5, pp. 208 à 210.

KEMMEREN Eric, ECJ should not unbundle integrated tax systems!, *ECTR* 2008, n°1, pp. 4 à 11.

KEMMEREN Eric, Exemption method for PEs and (major) shareholdings best services: the CCCTB and the internal markets concerned, *ECTR* juin 2008, Volume 17, n° 3, pp. 118 à 136.

KEMMEREN Eric, The termination of the 'most favoured nation clause' dispute in tax treaty law and the necessity of a Euro Model Tax Convention, *ECTR* 1997, n°3, pp. 146 à 152.

KERGALL Yann, Aspects of Treaty Overriding, *INTERTAX* 1993, n°10, pp. 458 à 459.

KIEKEBELD Ben J., SMIT Daniël S. , Recent ECJ Cases on the Free Movement of Capital, *Tax Notes International* 30 mars 2009, pp. 1207 à 1209.

KIEKEBLED Ben J., SMIT Daniël S., Freedom of establishment and free movement of capital in Association and Partnership Agreements and direct taxation, *ECTR* 2007, n°5, pp. 216 à 230.

KNOBBE-KEUK Brigitte, Restrictions on the Fundamental Freedoms Enshrined in the EC Treaty by Discriminatory Tax Provisions – Ban and Justification, *ECTR* 1994, Volume 3, n°3, pp. 74 à 85

KNOLL Michael S., Business Taxes and International Competitiveness, *Institute for Law and Economics, University of Pennsylvania Law School Research Paper*, 28 mai 2008, n°08-12, 27 p., disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1138374>

KNOLL Michael S., International Competitiveness, Tax Incentives, and a New Argument for Tax Sparing: Preventing Double Taxation by Crediting Implicit Taxes, *Institute for Law and Economics*,

University of Pennsylvania Law School Research Paper, 25 août 2008, n°08-21, 37 p., disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1259927>

KNOLL Michael S., Reconsidering International Tax Neutrality, *Institute for Law and Economics, University of Pennsylvania Law School Research Paper*, 13 mai 2009, n°09-16, 43 p., disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1407198> (article republié dans *Tax Law Review* hiver 2011, Volume 64, pp. 99 à 129).

KNOLL Michael S., Taxes and Competitiveness, *Institute for Law and Economics, University of Pennsylvania Law School Research Paper*, 14 décembre 2006, n°06-28, 41 p., disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=953074>

KNOLL Michael S., The Corporate Income Tax and the Competitiveness of U.S. Industries, *Institute for Law and Economics, University of Pennsylvania Law School Research Paper*, 15 janvier 2009, n°09-01, 27 p., disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1330434>

KOFLER Georg W., European Taxation Under an ‘Open Sky’: LoB Clauses in Tax Treaties Between the U.S. and EU Member States, *Tax Notes International*, 5 juillet 2004, pp. 45 à 89

KOSTENSE H.E., The Saint-Gobain case and the application of tax treaties. Evolution or revolution?, *ECTR* 2000, n° 4, pp 220 à 232.

KOSTERS Bart, The United Nations Model Tax Convention and Its Recent Developments, *Asia Pacific Tax Bulletin* janvier-février 2004, n°1, pp. 4 à 11.

KUBIK Katharina, MASSONER Christian, Common Consolidated Corporate Tax Base – the possible content of Community Law provisions, *ECTR* juin 2008, Volume 17, n° 3, pp. 137 à 141.

L

LAITY Eric T., The competence of nations and international tax law, *Duke Journal of Comparative & International Law*, hiver 2009, Volume 19, pp. 187 à 261.

LANG Michael, ECJ case law on cross-border dividend taxation - recent developments, *ECTR* 2008, n°2, pp. 67 à 77

LANG Michael, Marks and Spencer - more questions than answers: an analysis of the Opinion delivered by Advocate General Maduro, *ECTR* 2005, n°2, pp. 95 à 100.

LANG Michael, Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions, *ECTR* 2009, n°3, pp. 98 à 113.

LANG Michael, *The Marks & Spencer Case – The Open Issues Following the ECJ’s Final Word, European Taxation*, février 2006, n°2, pp. 54 à 67.

LARKING Barry, *Fokus Bank: the end of withholding tax as we know it?*, *ECTR* 2005, n°2, pp. 69 à 77.

LARKINS Ernst R., *Double Tax Relief for Foreign Income A Comparative Study of Advanced Economies, ATAX Discussion Paper Series* Juin 2001, n°4, 32 p.

LENNARD Michael, *The UN Model Tax Convention as Compared with the OECD Model Tax Convention – Current Points of Difference and Recent Developments, Asia Pacific Tax Bulletin* Janvier- Février 2009, n°1, pp. 4 à 11.

LENZ Carl Otto, *The jurisprudence of the European Court of Justice in tax matters, ECTR* 1997, n°2, pp. 80 à 85.

LI Jinyan, *A Principled Approach to Reforming the Canadian Outbound Tax System: Broader Accrual and Full Exemption, Comparative Research in Law & Political Economy*, 9 décembre 2008, Volume 4, n°8, Research Paper 44/2008, 27 p., disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1313734>

LODIN Sven-Olof, *The imputation systems and cross-border dividends - the need for new solutions, ECTR* 1998, n°4, pp. 229 à 238.

LYAL Richard, *Non-discrimination and direct taxation in Community law, ECTR* 2003, n°2, pp. 68 à 74.

LYONS Timothy, *Class IV ACT: Limited benefits for all, British Tax Review* 2007, n°2, pp. 114 à 121.

M

MACLURE JR. Charles E., *Legislative, judicial, soft law, and cooperative approaches to harmonizing corporate income taxes in the US and the EU, Columbia Journal Of European Law* Summer 2008, Volume 14, pp. 377 à 444.

MAGLIOCCO Antonella, SANELLI Alessandra, *Should Outbound Dividends Remain Taxed at Source in the European Union? Some Hints from the Italian Example, European Taxation* avril 2009, n°4, pp. 199 à 214.

MALHERBE Jacques, DELATTRE Olivier, *Compatibility of Limitation on Benefits Provisions with EC Law, European Taxation* janvier 1996, n°1, pp. 12 à 20.

MARTIN Philip, The Marks & Spencer EU group relief case - a rebuttal of the 'taxing jurisdiction' argument, *ECTR* 2005, n°2, pp. 61 à 68.

MARTIN-JIMENEZ Adolfo J., EC Law and Clauses on 'Limitation of Benefits' in Treaties with the US after Maastricht and the US-Netherlands Tax Treaty, *ECTR* 1995, n°2, pp. 78 à 88.

MASON Ruth et KNOLL Michael S., What is Tax Discrimination? The European Interpretation, *Institute for Law and Economics, University of Pennsylvania Law School Research Paper*, 22 juillet 2010, n°10-13, 65 p., disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1647014>

MASON Ruth, Flunking the ECJ's Tax Discrimination Test, *Columbia Journal of Transnational Law*, juillet 2007, Volume 46, pp. 72 à 132.

MASON Ruth, Made in America for European Tax: The Internal Consistency Test, *Boston College Law Review* 2008, Volume 49, n°4, pp. 1277 à 1326.

MASON Ruth, Tax Discrimination and Capital Neutrality, *World Tax Journal*, juin 2010, Volume 2, n°2, pp. 126 à 138.

MASON Ruth, Tax Expenditures and Global Labor Mobility, *New York University Law Review* 9 mars 2009, Volume 84; pp. 1540 à 1622.

MASON Ruth, What is tax discrimination?, intervention du 14 avril 2008 au séminaire OCDE intitulé "Taxation and Non-discrimination" qui avait lieu à l'International Tax Centre, Leiden (Pays-Bas), 19 p.

MASON Ruth, When Derivative Benefits Provisions Don't Apply, *Tax Notes International*, 14 août 2006, pp. 563 à 567.

MASUI Yoshihiro, Imposing Domestic Tax Rules on Permanent Establishments of Foreign Tax payers, *Asia Pacific Tax Bulletin* janvier-février 2007, n°1, pp.3 à 10.

MEIRELLES Morvan, Tax Sparing Credits in Tax Treaties: The Future and the Effect on EC Law, *European Taxation* mai 2009, n°5, pp. 263 à 273.

MERKS Paulus, Corporate Tax and the European Commission, *INTERTAX* 2008, Volume 36, n°1, pp. 2 à 13.

MEUSEN T.K. Gerard, Denkavit Internationaal: The Practical Issues, *European Taxation* mai 2007, n°5, pp. 244 à 247.

MEUSSEN Gerard T.K., Cross-Border Loss Compensation and Permanent Establishments: *Lidl Belgium and Deutsche Shell*, *European Taxation* mai 2008, n°5, pp. 233 à 236.

MEUSSEN Gerard T.K., The ECJ's Judgment in *Krankenheim* – The Last Piece in the Cross-Border Loss Relief Puzzle?, *European Taxation* juillet 2009, n°7, pp. 361 à 363.

MEUSSEN Gerard, The Marks & Spencer case: reaching the boundaries of the EC Treaty, *ECTR* 2003, n°3, pp. 144 à 148.

MICHEAU Claire, Tax selectivity in state aid review: a debatable case practise, *ECTR* 2008, n°6, pp. 276 à 284.

MICHELSEN Aage, Tax treatment of corporate losses, *Cahiers de droit fiscal international*, Volume LXXXIIIa, 1998, Londres, 900 p.

MONTI Mario, How state aid affects tax competition, *ECTR* 1999, n°4, pp. 208 à 210.

MULDERS Maurice, Compensation of losses within the EC, *ECTR* 1996, n° 3, pp. 123 à 133.

MUNIN Nellie, Tax in Troubled Time: Is It the Time for A Common Corporate Tax Base in the EU?, *ECTR* 2011, Volume 20, n° 3, pp. 121 à 133.

NIEMINEN Martti, Abolition of Double Taxation in the Treaty of Lisbon, *Bulletin for International Taxation*, juin 2010, n°6, pp. 330 à 335.

NIEMINEN Martti, Abolition of Double Taxation in the Treaty of Lisbon, *Bulletin For International Taxation*, juin 2010, n°6, pp. 330 à 335.

N

NERUDOVÁ Danuše et ŠIROKÝ Jan, The Principle of Neutrality: VAT/GST v. Direct Taxation, dans LANG Michael, MELZ Peter et Kristoffersson Eleonor, *Value Added Tax and Direct Taxation - Similarities and Differences*, IBFD, décembre 2009, 1296 p.

NUGROHO DWI Adrianto, Treatment of Losses in an EU Corporate Tax Group: Ending a Series of Unfortunate Events, *ECTR* 2009, n°1, pp. 29 à 46.

O

O'BRIEN Martha, Taxation and the Third Country Dimension of Free Movement of Capital in EU Law: the ECJ's Rulings and Unresolved Issues, *British Tax Review*, 2008, n°6, pp. 628 à 666.

OFFERMANS René, Tax Treaties in Conflict with the EC Treaty: The Incompatibility of Anti-Abuse Provisions and EC Law (Conference 13 March 1993, Fiscal Institute of Tilburg), *ECTR* 1995, n°2, pp. 97 à 104.

OLIVER J. David. B., The impact of EU non-discrimination provisions in UK corporate tax law, *ECTR* 1998, n°3, pp. 170 à 175.

Opinion Statement of the CFE ECJ Taskforce on Losses Compensation within the EU for Individuals and Companies Carrying Out Their Activities through Permanent Establishments Paper Submitted by the Confédération Fiscale Européenne to the European Institutions in July 2009, *European Taxation* octobre 2009, n°10, pp. 487 à 490.

ORTIGÃO RAMOS Diogo, Portuguese Legislation: Discriminatory Taxation of Foreign Pension Funds, *ECTR* 2010, Volume 19, n°2, pp. 97 à 99.

O'SHEA Tom, News analysis: Finland's Intragroup Financial Transfer Rules Compatible With EU Law, *Tax Notes International* 13 août 2007, Volume 47, n°7, p. 634 et s.

O'SHEA Tom, News analysis: further thoughts on *Rewe Zentralfinanz*, *Tax Notes International*, 9 avril 2007, Volume 46, n°2, p. 134.

O'SHEA Tom, Freedom of establishment tax jurisprudence: Avoir Fiscal re-visited, *ECTR* 2008, n°6, pp. 259 à 275.

O'SHEA Tom, From Avoir Fiscal to Marks & Spencer, *Tax Notes International*, 15 mai 2006, pp. 587 à 612.

O'SHEA Tom, Limitation on Benefit (LoB) clauses and the EU part I, *International Tax Report* Octobre 2008, pp. 1 à 8.

O'SHEA Tom, Limitation on Benefit (LoB) clauses and the EU, *International Tax Report* Novembre 2008, pp. 1 à 7.

O'SHEA Tom, Marks and Spencer v Halsey (HM Inspector of Taxes): restriction, justification and proportionality, *ECTR* 2006, n°2, pp. 66 à 82.

O'SHEA Tom, The ECJ, the 'D' case, double tax conventions and most-favoured nations: comparability and reciprocity, *ECTR* 2005, n°4, pp. 190 à 201.

O'SHEA Tom, Truck Center: A Lesson in Source vs. Residence Obligations in the EU, *Tax Notes International* 16 février 2009, n°54, pp. 593 à 601.

P

PANAYI Christiana HJI, Corporate Mobility in the European Union and Exit Taxes, *Bulletin for International Taxation*, octobre 2009, n°10, pp. 459 à 473.

PANAYI Christiana HJI, Limitation on Benefits and State Aid, *European Taxation* février-mars 2004, n°2/3, pp. 83 à 98.

PANAYI HJI Christiana, The effect of Community Law on pre-accession tax treaties, *ECTR* 2007, n°3, pp. 121 à 132.

PANAYI HJI Christiana, Thin Capitalization Glo et al. - A Thinly Concealed Agenda ?, *INTERTAX* 2007, Volume 35, n°5, pp. 298 à 309.

PETERS Martine, Capital movements and taxation in the EC, *ECTR* 1998, n°1, pp. 4 à 12.

PIRES Manuel, A multilateral tax convention for the European Union?, *ECTR* 2003, n°1, pp. 43 à 44.

PISTONE Pasquale, An EU model Tax Convention, *ECTR* 2002, n° 3, pp 129 à 136.

PISTONE Pasquale, Expected and Unexpected Developments of European Integration in the Field of Direct Taxes, *INTERTAX* 2007, Volume 35, n°2, pp. 70 à 74.

PISTONE Pasquale, Tax Treaties and the Internal Market in the New European Scenario, *INTERTAX* 2007, Volume 35, n°2, pp. 75 à 81.

PISTONE Pasquale, Tax treatment of foreign losses: an urgent issue for the European Court of Justice, *ECTR* 2003, n°3, pp. 149 à 154.

PISTONE Pasquale, Taxation of cross-border dividends in Europe: building up worldwide tax consistency, *Tax Law Review* 2008, Volume 62, pp. 67 à 76.

PISTONE Pasquale, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation: Limitation-of-Benefits clauses are clearly different from Most-Favoured-Nation clauses, *British Tax Review* 2007, n°4, pp. 363 à 365.

PISTONE Pasquale, The Impact of European Law on the Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxation, *INTERTAX* 2006, Volume 34, n°5, pp. 234 à 244.

PISTONE Pasquale, Towards European International tax law, *ECTR* 2005, n°1, pp. 4 à 9.

PISTONE Pasquale, Ups and Downs in the Case Law of The European Court of Justice and the Swinging Pendulum of Direct Taxation, *INTERTAX* 2008, Volume 36, n°4, pp. 146 à 153.

PLANSKY Patrick et SCHEEWEISS Hermann, Limitation on Benefits: From the US Model 2006 to the ACT Group Litigation, *INTERTAX* 2007, Volume 35, n°8/9, pp. 484 à 493.

PONS Thierry, The Denkvit Internationaal Case and Its Consequences: The Limit between Distortion and Discrimination?, *European Taxation* mai 2007, n°5, pp. 214 à 220.

PRIETO Catherine, Liberté d'établissement et de prestation de services, *Revue trimestrielle de Droit européen* juillet-septembre 2003, n°3, pp. 489 à 527.

Q

QUAGHEBEUR Marc, ECJ Condemns Belgian Thin Cap Rule, *Tax Notes International* 28 janvier 2008, pp. 317 à 318.

R

RÄDLER Albert J., LAUSTERER Martin, BLUMENBERG Jens, Tax Abuse and EC Law - Does the general application of the German Anti-abuse Rule under section 42 of the German General Tax Act to German Participations in Irish IFSC subsidiaries infringe community law?, *ECTR* 1997, n°2, pp. 86 à 102.

RÄDLER Albert J., Most-favoured-nation Clause in Tax Law?, *ECTR* 1995, n°2, pp. 66 et 67.

RAINER Anno, ECJ Allows Application of German Thin Cap Rules to Interest Paid to Non-EU Shareholder, *INTERTAX* 2007, Volume 35, n°8/9, pp. 526 à 527.

RAINER Anno, ECJ Rules on Old German Imputation System : Credits Must be Granted on Foreign-Source Dividends, *INTERTAX* 2007, Volume 35, n°5, pp. 343 et 344.

RANDZIO-PLATH Christa, Tax coordination in the enlarged European Union, *ECTR* 2004, n°4, pp. 162 à 163.

RIVOLTA Alfonso, Transfer of Residence within the European Union: The Treatment of Pre-Existing Losses – Part 1, *European Taxation*, janvier 2010, n°1, pp. 26 à 36.

RIVOLTA Alfonso, Transfer of Residence within the European Union: The Treatment of Pre-Existing Losses – Part 2, *European Taxation*, février-mars 2010, n°2-3, pp. 66 à 78.

ROSENBLOOM David H., Derivative Benefits: Emerging US Treaty Policy, *INTERTAX* 1994, n°2, pp. 83 à 86.

ROSSI-MACCANICO Pierpaolo, Fiscal state aid goes global, *ECTR* 2007, n°3, pp. 133 à 141.

ROSSI-MACCANICO Pierpaolo, The specificity criterion in fiscal aid review: proposals for state aid control of direct business tax measures, *ECTR* 2007, n°2, pp. 90 à 103.

RUDING Onno, After the euro: corporation tax harmonisation?, *ECTR* 1998, n°2, pp. 72 à 73.

S

SANSONETTI Valentina and ROSSI-MACCANICO Pierpaolo, State Aid in the Lending Sector, Octobre 2007, Working Paper Series, p. 43, disponible sur le site SSRN: <http://ssrn.com/abstract=962050>

SANTIAGO Bruno, Non-Discrimination Provisions at the Intersection of EC and International Tax Law, *European Taxation* mai 2009, n°5, pp. 249 à 262.

SCHINDEL Angel, ATCHABAHIAN Adolfo, Source and residence: New configuration of their principles, General Report, *Cahiers de droit fiscal international*, Volume 90 a, 2005, Buenos Aires, pp. 21 à 99.

SCHINDLER Clemens Philip, Source and residence: New configuration of their principles, EU Report, *Cahiers de droit fiscal international*, Volume 90 a, 2005, Buenos Aires, pp. 49 à 68.

SCHÖN Wolfgang, CFC Legislation and European Community Law, *British Tax Review* 2001, n°4, pp. 250 à 260.

SCHÖN Wolfgang, International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I), *World Tax Journal*, octobre 2009, Volume 1, n°1, pp. 67 à 114.

SCHÖN Wolfgang, Tax competition in Europe – the legal perspective, *ECTR* 2000, Volume 9, n°2, pp. 90 à 105.

SCHÖN Wolfgang, Tax Competition in Europe – The National Perspective, *European Taxation* décembre 2002, n°12, pp. 490 à 500.

SCHÖN Wolfgang, Tax competition in Europe, *British Tax Review* 2006, n°2, pp. 209 à 212.

SCHÖN Wolfgang, The European Commission's Report on Company Taxation: A Magic Formula for European Taxation?, *European Taxation* août 2002, n°8, pp. 276 à 286.

SCHUCH Josef, Critical notes on the European Court of Justice's D case decision on most-favoured-nation treatment under tax treaties, *ECTR* 2006, n°1, pp. 6 à 9.

SCHUCH Josef, EC Law requires multilateral tax treaty, *ECTR* 1998, n° 1, pp 29 à 37.

SCHUCH Josef, Most favoured nation clause in Tax Treaty Law, *ECTR* 1996, n° 4, pp. 161 à 165.

SEPHO Didier, Does the U.K.-U.S. Tax Treaty Conflict With the EC'S Freedom of Establishment Principle?, *Tax Notes International*, 20 octobre 2003, pp. 279 à 284.

SHAHEEN Fadi, International Tax Neutrality: Reconsiderations, *Virginia Tax Review*, Summer 2007, Volume 27, pp. 203 à 239.

SHAHEEN Fadi, International Tax Neutrality: Revisited, *Tax Law Review*, hiver 2011, Volume 64, pp. 131 à 147.

SHAPIRO Timothy Hisao, Tax First, Ask Questions Later: Problems Predicting the Effect of Obama's International Tax Reforms, *Stanford Journal of Law, Business & Finance* Fall 2010, Volume 16, pp. 141 et s.

SHAVIRO Daniel, The Case Against Foreign Tax Credits, *Law & Economics Research Papers Series, New York University School of Law*, mars 2010, Working Paper n°10-09, 44 p., disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1547312>

SHAY Stephen E, Ownership neutrality and practical complications, *Tax Law Review* hiver 2009, Volume 62, pp. 317 à 332.

SHEPPARD Lee A., Cross-Border Use of Losses of Subsidiaries and Branches, *Tax Notes International* 1er juin 2009, pp. 711 à 714.

SHEPPARD Lee A., News Analysis: Deducting Unrealized Losses of Subsidiaries, *Tax Notes International* 20 mai 2009.

SLEMROD Joel, Effect of Taxation with International Capital Mobility, dans AARON Henry, GALPER Harvey, PECHMAN Joseph A., *Uneasy Compromise: Problems of a Hybrid Income-Consumption Tax*, The Brookings Institution, 1988, pp. 115 à 155.

SMIT Daniel S., Capital movements and direct taxation: the effect of the non-discrimination principles, *ECTR* 2005, n°3, pp. 128 à 139

SMIT Daniël S., The relationship between the free movement of capital the other EC Treaty freedoms in third country relationships in the fields of direct taxation: a question of exclusivity, parallelism or causality?, *ECTR* 2007, n°6, pp. 252 à 267.

STAHL Kristina, Free movement of capital between Member States and third countries, *ECTR* 2004, n°2, pp. 47 à 56.

STEPHENS C. Neil, A progressive analysis of the efficiencies of capital import neutrality, *Law and Policy in International Business* 1998, Volume 30, pp. 159 à 186.

STRENG William P., The U.S.-Netherlands income tax convention, Historical evolution of tax treaty policy issues including limitation of benefits, *Bulletin for International Fiscal Documentation* janvier 1991, n°1, pp. 11 à 17.

SULLIVAN John Ellul, The Non-Exercise of Taxing Powers by Member States and Its Compatibility with EC Law, *European Taxation* avril 2009, n°4, pp. 189 à 198.

SWEITZER Cynthia Ram, Analyzing Subpart F in Light of Check-the-Box, *Akron Tax Journal* 2005, Volume 20, pp. 1 à 30.

T

TENORE Mario, Taxation of Cross-Border Dividends in the European Union from Past to Future, *ECTR* 2010, Volume 19, n°2, pp. 74 à 84.

The Editorial Board, M&S, *ECTR* 2003, n°3, pp. 134 à 135.

THÖMMES Otmar, European Legal order with no Mercy for Member States' Budget Concerns, *INTERTAX* 2007, Volume 35, n°1, pp. 2 à 3.

TOIFL Gerald, *EC fundamental freedoms and non-discrimination provisions in Tax treaties*, pp. 127 à 165, dans GASSNER Wolfgang, LANG Michael, LECHNER Eduard, *Tax treaties and EC law*, Kluwer Law International, Series on International Taxation, n° 16, 1997, 271 p.

TOMSETT Eric, ECJ concludes Former UK Thin Capitalization Rules May Be Compatible with EC Law in Specified Circumstances, *INTERTAX* 2007, Volume 35, n°5, pp. 341 à 342.

TOULEMONT Betty, James DUPASQUIER, Actualité de l'impact des règles relatives aux aides d'État sur le droit fiscal, *LPA* 5 décembre 2006, n° 242, p. 4 et s.

V

VAN ARENDONK Henk P.A.M., Exit Taxes: Separation of Powers?, *ECTR* 2010, volume 19, n°2 pp. 60 et 61.

VAN ARENDONK Henk, European cooperation after fifty years, *ECTR* 2008, n°2, pp. 50 à 51.

VAN DEN BERG Jean-Paul, VROLIJK Johan, Highlights of the New Dutch Tax Treaty Policy, *Tax Notes International* 30 mai 2011, Volume 62, pp. 727 à 731.

VAN DEN HURK Hans, Is the ability of the Member States to conclude tax treaties chained up?, *ECTR* 2004, n°1, pp. 17 à 30.

VAN DEN HURK Hans, The European Court of Justice knows its limits (A discussion inspired by the Gilly and ICI cases), *ECTR* 1999, n°4, pp. 211 à 223.

VAN DER LINDE Ruud, Some thoughts on most-favoured-nation treatment within the European Community legal order in pursuance of the D case, *ECTR* 2004, n°1, pp. 10 à 16.

VAN EIJSDEN Arjo, The One-Stop-Shop Approach: A Discussion of the Administrative and Procedural Aspects of the CCCTB Draft Directive, *ECTR* 2011, Volume 20, n° 5, pp. 217 à 231.

VAN HERKSEN Monique, How the Arbitration Convention Lost its Lustre: the Threat of Triangular Cases, *INTERTAX* 2008, Volume 36, n°8/9, pp. 332 à 345.

VAN HERKSEN, Limitation on Benefits and the Competent Authority Determination, *Bulletin For International Fiscal Documentation* janvier 1996, n°1, pp.19 à 28.

VAN KAMPEN T.A., DE RIJKE L.J., The Kredietbank Luxembourg and the Liechtenstein tax affairs: notes on the balance between the exchange of information between states and the protection of fundamental rights, *ECTR* 2008, n°5, pp. 221 à 232.

VAN RAAD Kees, Non discrimination, *British Tax Review* 1981, pp. 43 à 48.

VAN STEENWINCKEL Jean, VAN VAECK Jill, European Court of Justice 14 December 2000, C-141/99, *ECTR* 2001, n°2, pp. 98 à 101.

VAN THIEL Servaas, Removal of income tax barriers to market integration in the European Union: litigation by the community citizen instead of harmonization by the Community legislature?, *ECTR* 2003, n°1, pp. 4 à 19.

VAN THIEL Servaas, The direct income tax case law of the European Court of Justice: past trends and future developments, *Tax Law Review* 2008, Volume 62, pp. 143 à 192.

VAN THIEL Servaas, VASCEGA Marius, The CCCTB Proposal: The Next Step towards Corporate Tax Harmonization in the European Union?, *European Taxation* septembre 2011, Volume 51, n° 9/10, pp. 374 à 382.

VAN WEEGHEL Stef, Abuse of Tax Treaties, *European Taxation* janvier 1996, pp. 9 à 12.

VANISTENDAEL Frans J., Reinventing source taxation, *ECTR* 1997, n°3, pp. 152 à 161.

VANISTENDAEL Frans, Cohesion: the phoenix rises from his ashes, *ECTR* 2005, n°4, pp. 208 à 222.

VANISTENDAEL Frans, Common (tax) law of the ECJ, *ECTR* 2007, n°6, pp. 250 à 251.

VANISTENDAEL Frans, Denkavit Internationaal: The Balance between Fiscal Sovereignty and the Fundamental Freedoms?, *European Taxation* mai 2007, n°5, pp. 210 à 213.

VANISTENDAEL Frans, Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible with the fundamental freedoms?, *ECTR* 2008, n°2, pp. 52 à 66.

VANISTENDAEL Frans, Impact of European tax law on tax treaties with third countries, *ECTR* 1999, n°3, pp. 163 à 170.

VANISTENDAEL Frans, Taxation and Non-Discrimination, A Reconsideration of Withholding Taxes in the OECD, *World Tax Journal*, juin 2010, Volume 2, n°2, pp. 175 à 191.

VANISTENDAEL Frans, The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member States, *ECTR* 2003, Volume 12, n°3, pp. 136 à 143.

VENUTI John, DABROWSKI Ron, POMS Douglas, MANASUEV Alexey, Eligibility for Treaty Benefits Under the France-U.S. Income Tax Treaty, *Tax Notes International* 11 février 2008, pp. 523 à 533.

VENUTI John, DABROWSKI Ron, POMS Douglas, MANASUEV Alexey, Eligibility for Treaty Benefits Under U.K.-U.S. Income Tax Treaty, *Tax Notes International* 23 mars 2009, pp. 1095 à 1104.

VENUTI John, MANASUEV Alexey, Eligibility for Zero Withholding on Dividends in the New Germany-U.S. Protocol, *Tax Notes International* 14 janvier 2008, pp. 181 à 190.

VERMEEND Willem Tax Policy in Europe, *ECTR* 1998, Volume 7, n°3, pp. 151 à 159.

VERMEEND Willem, The Court of Justice of the European Communities and direct taxes: 'Est-ce que la justice est de ce monde?', *ECTR* 1996, Volume 5, n°2, pp. 54 et 55.

VINTHER Nikoaj, WERLAUFF Erik, The need for fresh thinking about tax rules on thin capitalization: the consequences of the judgment of the ECJ in Lankhorst-Hohorst, *ECTR* 2003, n°2, pp. 97 à 106.

VISSER Klaas-Jan, Commission expresses its view on the relation between state aid and tax measures, *ECTR* 1999, n°4, pp. 224 à 228.

VOGEL Klaus, GUTMANN Daniel, DOURADO Ana Paula, Tax treaties between Member States and Third States : ' reciprocity ' in bilateral tax treaties and non-discrimination in EC law, *ECTR* 2006, n°2, pp 83 à 94.

VOGEL Klaus, Problems of a Most-Favoured-Nation Clause in Intra-EU Treaty Law, *ECTR* 1995, n° 4, pp. 264 à 265.

W

WARREN Alvin C., Income tax discrimination against international commerce, *Tax Law Review* Winter 2001, Volume 54, pp. 131 à 169.

WATHELET Melchior, Direct Taxation and EU law: integration or desintegration?, *ECTR*, 2004, n°1, pp, 2 à 4.

WATTEL Peter J., Corporate tax jurisdiction in the EU with respect to branches and subsidiaries; dislocation distinguished from discrimination and disparity; a plea for territoriality, *ECTR* 2003, Volume 12, n°4, pp. 194 à 202.

WEBER Denis, Tax coordination: a joint responsibility of the Member States. Stil a fantasy?, *ECTR* 2007, n°4, pp. 162 à 163.

WEINER Joann M., Cooperation in European Tax Reform: Why Can't We Be Friends?, *Tax Notes International*, 12 mars 2007, Volume 45, n°10, pp. 939 à 944.

WEINER Joann M., EU Prepares for Corporate Tax Reform at Rome Conference, *Tax Notes International*, 8 décembre 2003, pp. 913 à 924.

WEINER Joann Martens, Formula One. The race to find a common formula to apportion the EU tax base, *ECTR* juin 2008, Volume 17, n° 3, pp. 100 à 110.

WHITEHEAD Simon, Practical implications arising from the European Court's recent decisions concerning CFC legislation and dividend taxation, *ECTR* 2007, n°4, pp. 176 à 183.

WHITEHEAD Simon, The benefits of keeping time options open in Marks & Spencer claims, *International Tax Review* février 2006, pp. 24 et 25.

WIMPISSINGER Christian, Cross-border of losses, the ECJ does not agree with Advocate General Sharpston, *ECTR* 2008, n°4, pp. 173 à 181.

WOUTERS Jan, The principle of non-discrimination in European Community law, *ECTR* 1999, n° 2, pp. 98 à 106.

Z

ZALASINSKI Adam, Article 24(1) of the OECD Model Convention and the Exclusion of MFN Treatment - A Comment on the OECD Public Discussion Draft, *INTERTAX* 2007, Volume 35, n°8/9, pp. 460 à 472.

ZALASINSKI Adam, Proportionality of Anti-Avoidance and Anti-Abuse Measures in the ECJ's Direct Tax Case Law, *INTERTAX* 2007, Volume 35, n°5, pp. 310 à 321.

ZIMMER Frederik, Beyond Fokus Bank: EFTA Court vs. ECJ Jurisprudence, *Tax Notes International* 31 mars 2008, pp.1121 à 1129.

ZIMMER Frederik, EFTA Court Strikes Down Norwegian Tax Credit Rules, *Tax Notes International* 15 mai 2008.

ZIMMER Frederik, EFTA Court Strikes Down Norwegian Withholding Tax on Dividends, *Tax Notes International* 29 novembre 2004.

ZIMMER Frederik, Withholding Taxes in the EU and the EEA, *Tax Notes International* 24 novembre 2008, pp. 667 à 674.

Deuxième partie : ouvrages, thèses et rapports

Ouvrages et thèses généraux en fiscalité, fiscalité internationale & européenne et économie

➤ *En langue française*

BERLIN Dominique, *Droit fiscal communautaire*, PUF, coll. Droit fondamental, 1988, 410 p.

CAPUL Jean-Yves, GARNIER Olivier, *L'économie de A à Z*, Hatier, 1996, 286 p.

CASTAGNEDE Bernard, *Précis de fiscalité internationale*, PUF, coll. fiscalité, 2^{ème} éd., février 2006, 477 p.

COMBE Emmanuel, *Précis d'économie*, PUF, coll. Major, 10^{ème} éd., 2009, 509 p.

COZIAN Maurice, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, 513 p.

DEBAT Olivier, *Droit fiscal des affaires*, Montchrestien, coll. Cours, 2^{ème} éd., 2010, 645 p.

GEST Guy, TIXIER Gilbert, *Manuel de droit fiscal*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1986, 684 p.

GEST Guy et TIXIER Gilbert, *Droit fiscal international*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^{ème} éd. refondue, 1990, 611 p.

GUTMANN Daniel, *Droit fiscal des affaires*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2010, 720 p.

JEZE Gaston, *Cours de finances publiques 1930-1931, professé à la Faculté de droit de l'Université de Paris pendant le deuxième semestre 1930-1931 - Théories générales sur les phénomènes financiers, les dépenses publiques, le crédit public ; les taxes ; l'impôt*, Marcel Giard, 1931, 528 p.

LAURE Maurice *Science fiscale*, PUF, mai 1992, 424 p.

MAITROT DE LA MOTTE Alexandre, *Souveraineté fiscale et construction communautaire, Recherche sur les impôts directs*, LGDJ, coll. Bibliothèque de science financière, Tome 44, 2005, 537 p.

SERLOOTEN Patrick, *Droit fiscal des affaires*, dans RIPERT Georges, ROBLOT René, *Traité de droit commercial*, L.G.D.J, 5^{ème} éd., Tome 3, 1997, 957 p.

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS, PARIS II, *Clés pour le siècle*, Dalloz, coll. études, mélanges, travaux, juin 2000, 1818 p.

➤ *En langue anglaise*

BELASSA Béla, *The Theory of Economic Integration*, R.D. Irwin, 1961, 308 p.

HELMINEN Marjaana, *EU Tax Law – Direct Taxation*, IBFD, 2009, 406 p.

HOLMES Kevin, *International Tax Policy and Double Tax Treaties – An Introduction to Principles and Application*, IBFD, décembre 2007, 414 p.

MAISTO Guglielmo, *Tax Treaties and Domestic Law*, IBFD, Series Editor, 2006, 412 p.

ROHATGI Roy, *Basic International Taxation*, Kluwer Law International, 2002, 704 p.

VANISTENDAEL Frans, *EU freedoms and taxation - EATLP International Tax Series, Volume 2*, IBFD, 2006, 302 p.

WEBER Dennis, *Traditional and Alternatives Routes to European Tax Integration - Primary Law, Secondary Law, Soft Law, Coordination, Comitology and their Relationship*, IBFD, septembre 2010, 362 p.

Autres ouvrages et thèses

➤ *En langue française*

AUJEAN Michel, SAINT-ETIENNE Christian, *Stratégies fiscales des Etats et des entreprises : souveraineté et concurrence*, 1^{ère} édition, Les Cahiers, Paris, Presse Universitaire de France (PUF), mars 2009, pp. 131 à 182.

BLANLUET Gauthier, COZIAN Maurice, DIBOUT Patrick, GEST Guy, CATALA Pierre, *Fiscalité et entreprise : politiques et pratiques : Liber amicorum Jean-Pierre Le Gall*, Dalloz-Sirey, 27 juin 2007, 458 p.

CASTAGNEDE Bernard, GUTMANN Daniel, *L'année fiscale 2004*, PUF, avril 2004, 420 p.

CASTAGNEDE Bernard, GUTMANN Daniel, *L'année fiscale 2005*, PUF, avril 2005, 548 p.

COLLECTIF, *Ecrits de fiscalité des entreprises, études à la mémoire du Professeur Maurice Cozian*, LexisNexis, coll. Mélanges, novembre 2009, 948 p.

COLLECTIF, *L'année fiscale 2006*, PUF, mai 2006, 445 p.

COLLECTIF, *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruylant, novembre 2006, 1278 p.

GAUDEMET Antoine, *Les dérivés*, Economica, coll. Recherches juridiques, 1^{er} avril 2010, 344 p.

HULL John, *Options, futures et autres actifs dérivés*, Pearson Education, 6^{ème} éd., 12 avril 2007, 815 p.

OCDE, *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux 2008*, OCDE, 4^{ème} éd., 16 août 2010, 286 p.

OCDE, *Etudes de politique fiscale de l'OCDE - Mesurer les charges fiscales : quels indicateurs pour demain ?*, OCDE, 8 octobre 2001, 102 p.

OCDE, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2010*, OCDE, 14 septembre 2011, 500 p.

OCDE, *Modèle de Convention fiscale : quatre études complémentaires*, OCDE, Questions de fiscalité internationale, 1992, n° 4, 108 p.

RAINGEARD DE LA BLETIERE Emmanuel, Les relations entre le droit communautaire et le droit fiscal international : nouvelles perspectives, *Thèse de doctorat, Université Panthéon – Sorbonne, Paris I*, sous la direction du Professeur Daniel GUTMANN, présentée et soutenue le 19 mars 2008, consultable à la Bibliothèque Cujas, 638 p.

RENARD Geoffroy, Les règles communautaires en matière d'aides d'Etat et la fiscalité, L'Harmattan, 2005, 178 p.

➤ *En langue anglaise*

AARON Henry, GALPER Harvey, PECHMAN Joseph A., *Uneasy Compromise: Problems of a Hybrid Income-Consumption Tax*, The Brookings Institution, 1988, pp. 115 à 155.

DAHLBERG Mattias, *Direct taxation in relation to the freedom of establishment and the free movement of capital*, Kluwer Law International, EUCOTAX series on European taxation, n° 9, 2005, 363 p.

GASSNER Wolfgang, LANG Michael, LECHNER Eduard, *Tax treaties and EC law*, Kluwer Law International, Series on International Taxation, n° 16, 1997, 271 p.

GRAHAM Edward Montgomery, KRUGMAN Paul Robin, *Foreign Direct Investment in the United States*, Institute for International Economics, 2^{ème} éd., 1991, 195 p.

HAIG Robert Murray, ADAMS Thomas S., REED POWELL Thomas, FIELD Fred T., MONTGOMERY Robert H., HOLMES George E., BALLANTINE Arthur A., STAUB Walter A., NORRIS R. V. et TALBERT P. S., *The Federal Income Tax - A Series of Lectures Delivered at Columbia University in December, 1920*, Columbia University Press, 1921, 271 p.

HINNEKENS Luc, HINNEKENS Philippe, *A Vision of Taxes Within and Outside European Borders, Liber Amicorum Frans Vanistendael*, Kluwer Law International, 10 décembre 2007, 1018 p.

KEMMEREN Eric, *Principle of Origin in Tax Conventions, A Rethinking of Models*, Pijnenburg Vormgevers - Uitgevers, 2001, 623 p.

LANG Michael, LOUKOTA Helmut, RÄDLER Albert J., SCHUCH Josef, TOIFL Gerald, URTZ Christoph, WASSERMEYER Franz, ZÜGER Mario, *Multilateral tax treaties, new developments in international tax law*, Kluwer Law International, Series on International Taxation, n° 18, 1998, 250 p.

LANG Michael, MELZ Peter et Kristoffersson Eleonor, *Value Added Tax and Direct Taxation - Similarities and Differences*, IBFD, décembre 2009, 1296 p.

LANG Michael, PISTONE Pasquale, SCHUCH Josef, STARINGER Claus, *Common Consolidated Corporate Tax Base*, Linde Verlag 28 novembre 2008, 1102 p.

LANG Michael, PISTONE Pasquale, SCHUCH Josef, STARINGER Claus, *Source versus Residence, Problems Arising from the Allocation of taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives*, Kluwer Law International, Eucotax Series on European Taxation, n°20, 2008, 361 p.

LANG Michael, PISTONE Pasquale, SCHUCH Josef, STARINGER Claus, STORCK Alfred et ZAGLER Martin, *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, IBFD, Décembre 2010, 658 p.

LANG Michael, PISTONE Pasquale, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, Linde, Series Internationales Steuerrecht n°49, 22 août 2007, 1072 p.

LANG Michael, SCHUCH Josef, STARINGER Claus, *Tax Treaties and EC Law*, Kluwer Law International, Series on International Taxation, n°30, septembre 2007, 364 p.

LODIN Sven Olof, GAMMIE Malcolm, *Home State Taxation*, IBFD 2001, 104 p.

LOUKOTA Walter, AIGNER Hans-Jürgen, *Source versus Residence in International Tax Law*, Linde, janvier 2005, 627 p.

MALHERBE Jacques, MALHERBE Philippe, RICHELLE Isabelle, TRAVERSA Edoardo, *Direct Taxation in the Case-Law of the European Court of Justice*, Larcier, Collection de droit fiscal, 2008, 330 p.

MKRTCHYAN Tigran, VANISTENDAEL Frans, SZUDOCZKY Rita, RESCH Richard, PETKEVICA Julija, *ECJ direct tax compass 2010*, IBFD, coll. IBFD Tax Travel Companions, 2010, 672 p.

MUSGRAVE Peggy B., *Taxation of foreign investment income: An economic analysis*, Johns Hopkins Press, 1963, 140 p.

MUSGRAVE Peggy B., *United States Taxation of Foreign Investment Income: Issues and Arguments*, Harvard University, Harvard Law School, 1969, 171 p.

O'SHEA Tom, *EU Tax Law and Double Tax Conventions*, Avoir Fiscal Limited, 1^{er} mai 2008, 307 p.
PISTONE Pasquale, *The Impact of Community Law on Tax Treaties: Issues and Solutions*, Kluwer Law International, Eucotax Series on European Taxation, n° 4, 2002, 405 p.

ROGERS-GLABUSH Julie, *International Tax Glossary*, IBFD, 6^{ème} édition révisée, août 2009, 559 p.

SIMONS Henry Calvert, *Personal Income Taxation: the Definition of Income as a Problem of Fiscal Policy*, The University of Chicago Press, 1938, 238 p.

SMIT Daniel .S, KIEKEBELD Ben J., *EC Free Movement of Capital, Income Tax & Third Countries: Four Selected Issues*, Foundation for European Fiscal Studies, Kluwer Law International, mars 2008, 158 p.

VAN RAAD Kees, *Nondiscrimination in international tax law*, Kluwer Law International, Series on International Taxation, n°6, 1986, 284 p.

VAN THIEL Servaas, *Free Movement of Persons and Income Tax Law: The European Court in Search of Principles*, IBFD, coll. Doctoral Series, n°3, 2002, 746 p.

VEGA BORREGO Félix Alberto, *Limitation on Benefits clauses un double tax convention*, Kluwer Law International, Eucotax Series on European Taxation, n°12, 2006, 298 p.

VON SCHANZ Georg, Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetze, *Finanzarchiv* 1896, Volume 13, pp. 1 à 87.

WEBER Dennis, *Influence Of European Law On Direct Taxation: Recent and Future Developments*, Kluwer Law International, Series on European Taxation, n°16, 220 p.

WEBER Dennis, *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms, A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*, Kluwer Law International, Eucotax Series on European Taxation, n°11, 2005, 290 p.

Rapports

BLACKETT Basil P., (1) *Mémorandum sur la superposition des taxes* (2) *Note sur les effets de la superposition des taxes sur les placements à l'étranger - Société des nations. Commission économique et financière provisoire. Section financière*, Société des nations, 1921, n° E.F.S. 16 - A 16, 43 p.

BRUINS, EINAUDI, SELIGMAN et STAMP Josiah (Sir), *Rapport sur la double imposition, présenté au Comité financier - Société des nations, Commission économique et financière*, Société des nations, 1923, n° E.F.S. 73 - F19, 58 p.

SOCIETE DES NATIONS, COMITE FINANCIER, *Double imposition et évasion fiscale : Rapport et résolutions - Présentés par les experts techniques au Comité financier de la Société des nations*, Société des nations, 1925, n° F 212, 45 p.

Troisième partie : documents issus de l'Union européenne

➤ Traités communautaires et européens

Traité instituant la Communauté économique européenne, signé à Rome le 25 mars 1957 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958 (disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/dat/11957E/tif/11957E.html>).

Traité sur l'Union européenne et Traité instituant la Communauté européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, *JOCE* du 31 août 1992, n° C 224, p. 1 et s. (disponibles sur http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/dat/11992E/tif/JOC_1992_224_1_FR_0001.pdf).

Union européenne, versions consolidées du Traité sur l'Union européenne et du Traité instituant la Communauté européenne, *JOUE* du 29 décembre 2006, C 321 E/1 à E/331 (disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:321E:0001:0331:FR:pdf>).

Union européenne, versions consolidées du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *JOUE*, 30 mars 2010, n° C 83, pp. 1 à 388 (disponibles sur <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2010:083:SOM:FR:HTML>).

➤ Résolutions et recommandations

Recommandation de la Commission 94/390/CE du 25 mai 1994, *Concernant le mode d'imposition des petites et moyennes entreprises*.

Conclusions du Conseil ECOFIN du 1^{er} décembre 1997 en matière de politique fiscale - Résolution du Conseil et représentants des États membres, réunis au sein du Conseil, du 1^{er} décembre 1997, sur un code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises - Fiscalité de l'épargne, *JOUE* C 2, 6 janvier 1998, p. 1 à 6.

Résolution du Conseil du 2 décembre 2008 sur la coordination en matière de taxation à la sortie, *JOUE* 18 décembre 2008, n° C 323, pp. 1 et 2.

Résolution du Conseil du 8 juin 2010 sur la coordination des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (SEC) et à la sous-capitalisation au sein de l'Union européenne, *JOUE* du 16 juin 2010, n° C 156, pp. 1 et 2.

➤ Documents de travail de la Commission

Doc.11.414/XIV/68-F du 1^{er} juillet 1968, *Avant-projet 1968 de convention européenne sur la double imposition*

DOC(05) 2306 du 9 juin 2005, *Droit communautaire et conventions fiscales.*

DOC(05) 2306/A du 9 juin 2005, *Droit communautaire et conventions fiscales, Annexe A, les articles de la convention Modèle OCDE vus dans une optique communautaire.*

DOC(05) 2306/B du 9 juin 2005, *Droit communautaire et conventions fiscales, Annexe B, The network of bilateral tax treaties.*

➤ Rapports d'experts

Rapport du Comité fiscal et financier, Services des publications des Communautés européennes, 1962, 150 p. ; dit rapport Neumark.

Rapport du Comité de réflexion des experts indépendants sur la fiscalité des entreprises / Commission des Communautés européennes, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1992, 500 p. ; dit Rapport Ruding.

VAN DEN TEMPEL A.J., *Impôt sur les sociétés et impôt sur le revenu dans les Communautés européennes*, Office des publications officielles des Communautés européennes 1970, Coll. Etudes. Série Concurrence – Rapprochement des législations n° 15, 46 p., dit rapport Van Den Tempel.

➤ Rapports et communications de la Commission

COM(75) 392 du 23 juillet 1975, *Proposition de directive du Conseil concernant l'harmonisation des systèmes d'impôt des sociétés et des régimes de retenues à la source sur les dividendes.*

COM(80) 139 final du 26 mars 1980, *Rapport sur les perspectives de convergence des systèmes fiscaux dans la Communauté.*

COM(84) 404 final du 6 septembre 1984, *Proposition de directive du Conseil concernant l'harmonisation des législations des Etats membres relatives au régime fiscal du report des pertes des entreprises.*

COM(90) 595 final du 6 décembre 1990, *Proposition de directive du Conseil relative à un régime de prise en compte par les entreprises des pertes subies par leurs établissements stables et filiales situées dans d'autres Etats membres.*

COM(94) 206 du 25 mai 1994, *L'amélioration de l'environnement fiscal des petites et moyennes entreprises.*

COM(96) 546 du 22 octobre 1996, *La fiscalité dans l'Union européenne - Rapport sur l'évolution des systèmes fiscaux.*

COM(97) 495 final du 1^{er} octobre 1997, *Vers une coordination fiscale dans l'Union européenne, Un ensemble de mesures pour lutter contre la concurrence fiscale dommageable. Coordination des systèmes de fiscalité directe des Etats membres dans le marché intérieur.*

COM(97) 564 du 5 novembre 1997, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant un ensemble de mesures pour lutter contre la concurrence fiscale dommageable dans l'Union européenne.*

Communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, *JOCE* du 10 décembre 1998, n° C 384, pp. 3 à 9.

COM(99) 10 final du 20 janvier 1999, *Réforme économique : rapport sur le fonctionnement des marchés des produits et capitaux de la Communauté - Présenté par la Commission en réponse aux conclusions du Conseil européen de Cardiff.*

COM(2001) 260 final du 23 mai 2005, *Politique fiscale de l'Union européenne - Priorités pour les prochaines années.*

COM(2001) 582 final du 23 octobre 2001, *Vers un marché intérieur sans entraves fiscales - Une stratégie pour permettre aux entreprises d'être imposées sur la base d'une assiette consolidée de l'impôt sur les sociétés couvrant l'ensemble de leurs activités dans l'Union européenne.*

COM(2003) 726 final du 24 novembre 2003, *Un Marché intérieur sans obstacles liés à la fiscalité des entreprises : réalisations, initiatives en cours et défis restants.*

COM(2003) 810 final du 19 décembre 2003, *Imposition des dividendes au niveau des personnes physiques dans le marché intérieur.*

COM(2005) 532 final du 25 octobre 2005, *La contribution des politiques fiscale et douanière à la stratégie de Lisbonne.*

COM(2005) 702 final du 23 décembre 2005, *Lutte contre les obstacles liés à la fiscalité des sociétés qui affectent les petites et moyennes entreprises dans le Marché intérieur - Description d'un éventuel système pilote d'imposition selon les règles de l'État de résidence.*

COM(2006) 157 final du 5 avril 2006, *Mise en œuvre du programme communautaire de Lisbonne : Avancement des travaux et programme futur pour une assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés.*

COM(2006) 254 final du 31 mai 2006, *sur la nécessité de développer une stratégie coordonnée en vue d'améliorer la lutte contre la fraude fiscale.*

COM(2006) 823 final du 19 décembre 2006, *Coordination des systèmes de fiscalité directe des Etats membres dans le Marché intérieur.*

COM(2006) 824 final du 19 décembre 2006, *Le traitement fiscal des pertes dans les situations transfrontalières.*

COM(2006) 825 final du 19 décembre 2006, *Imposition à la sortie et nécessité de coordonner les politiques fiscales des Etats membres.*

COM(2007) 223 final du 2 mai 2007, *Mise en œuvre du programme communautaire pour l'amélioration de la croissance et de l'emploi et pour le renforcement de la compétitivité des entreprises de l'UE : progrès accomplis en 2006 et étapes suivantes en vue de la proposition d'une assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés (ACCIS).*

COM(2007) 785 final du 10 décembre 2007, *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.*

COM(2010) 769 final du 20 décembre 2010, *Lever les obstacles fiscaux transfrontaliers pour les citoyens de l'Union européenne.*

COM(2011) 121 du 16 mars 2011, *Proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS).*

SEC(90) 601 du 20 avril 1990, *Orientations en matière de fiscalité des entreprises.*

SEC(92) 1118 du 26 juin 1992, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen consécutive aux conclusions du comité de réflexion présidé par M. Ruding et portant sur les*

orientations en matière de fiscalité des entreprises dans le cadre de l'approfondissement du Marché intérieur.

SEC(96) 487 du 20 mars 1996, *La fiscalité dans l'Union européenne.*

SEC(2001) 1681 final du 23 octobre 2001, *La fiscalité des entreprises dans le Marché intérieur.*

SEC(2005) 1785 du 23 décembre 2005, *Lutte contre les obstacles liés à la fiscalité des sociétés qui affectent les petites et moyennes entreprises dans le Marché intérieur - Description d'un éventuel système pilote d'imposition selon les règles de l'État de résidence. Etude d'impact.*

SEC(2006) 1690 du 19 décembre 2006, *Document de travail des services de la Commission - Annexe à la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et Comité économique et social européen - Le traitement fiscal des pertes dans les situations transfrontalières Annexes techniques.*

SEC(2010) 1576 du 20 décembre 2010, *Accompanying Commission Communication "Removing cross-border tax obstacles for EU citizens.*

SEC(2011) 315 du 16 mars 2011, *Impact assessment accompanying document to the Proposal for a Council directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB).*

SEC(2011) 316 du 16 mars 2011, *Résumé de l'analyse d'impact accompagnant la proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS).*

➤ Directives

Directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité, *JOCE* du 8 juillet 1988, n° L 178, pp. 5 à 18

Directive 76/308/CEE du 15 mars 1976, concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances résultant d'opérations faisant partie du système de financement du Fonds européen d'orientation et de garantie agricole, ainsi que de prélèvements agricoles et de droits de douane, *JOCE* du 19 mars 1976, n° L 073, pp. 18 à 23.

Avait été recodifiée par la directive 2008/55/CE du 26 mai 2008, concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives à certaines cotisations, à certains droits, à certaines taxes et autres mesures, *JOUE* du 10 juin 2008, n° L 150, p. 28 et s.

Abrogée par la directive 2010/24/UE du 16 mars 2010, concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, *JOUE* du 31 mars

2010, n° L 84, pp. 1 à 12, avec effet au 1^{er} janvier 2012, date d'entrée en vigueur de cette nouvelle directive.

Directive 77/799/CEE du 19 décembre 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des Etats membres dans le domaine des impôts directs, *JOCE* du 27 décembre 1977, n° L 336, pp. 15 à 20.

Remplacée par la Directive 2011/16/UE, relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE, *JOUE* du 11 mars 2011, n° L 64, pp. 1 à 12, en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2013.

Directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, *JOCE*, du 20 août 1990, n° L 225, pp. 1 à 5.

Modifiée par la directive 2005/19/CE du 17 février 2005, *JOUE* du 4 mars 2005, n° L 58, pp. 19 à 27. Remplacée par la directive 2009/133/CE du 19 octobre 2009, *JOUE* du 25 novembre 2009, n° L 310, pp. 34 à 46.

Directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents, *JOCE* du 20 août 1990, n° L 225, pp. 6 à 9.

Modifiée par les directives 2003/123/CE du 22 décembre 2003, *JOUE* du 13 janvier 2004, n° L 7, pp. 41 à 44 ; 2006/98/CE du 20 novembre 2006, *JOUE* du 20 décembre 2006, n° L 363, pp. 129 à 136.

Directive 2003/48/CE du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *JOUE* du 26 juin 2003 n°L 157, pp. 38 à 48.

Modifiée par les directives 2004/66/CE du 26 avril 2004, *JOUE* du 1^{er} mai 2004, n° L 168, pp. 35 à 67 ; 2006/98/CE du 20 novembre 2006, *JOUE* du 20 décembre 2006, n° L 363, pp. 129 à 136.

Directive 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, *JOUE* du 26 juin 2003, n° L 157, pp. 49 à 54.

Modifiée par les directives 2004/66/CE du 26 avril 2004, *JOUE* du 1^{er} mai 2004, n° L 168, pp. 35 à 67 ; 2004/76/CE du 29 avril 2004, *JOUE* du 30 avril 2004, n° L 157, pp. 106 à 113 ; 2006/98/CE du 20 novembre 2006, *JOUE* du 20 décembre 2006, n° L 363, pp. 129 à 136.

Quatrième partie : jurisprudence et avis

➤ Avis de la CJUE

CJCE 26 avril 1977, avis 1/76, Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure, Recueil CJCE 1977, p. 741.

CJCE 19 mars 1993, avis 2/91, convention n° 170 de l'Organisation internationale du Travail concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail, Recueil CJCE 1993, I, page 1061.

CJCE 15 novembre 1994, avis 1/94, Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle - Procédure de l'article 228, paragraphe 6, du traité CE, Recueil CJCE 1994, I, p. 5267.

➤ Jurisprudence de la CJUE

Cour de justice de la CECA, 17 décembre 1959, aff. 14/59, Société des fonderies de Pont-à-Mousson contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Recueil de la Cour de justice de la CECA 1959, p. 445.

Cour de justice de la CECA, 10 mai 1960, aff. jointes 3-58 à 18-58, 25-58 et 26-58, Barbara Erzbergbau AG et autres contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Recueil de la Cour de justice de la CECA 1959, p. 369.

CJCE 27 février 1962, affaire C-10/61, Commission contre Italie, Recueil CJCE 1962, p. 1.

Cour de justice de la CECA, 13 juillet 1962, aff. jointes 17/61 et 20/61, Klöckner-Werke AG et Hoesch AG contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Recueil de la Cour de justice de la CECA 1962, p. 615.

CJCE 17 juillet 1963, aff. 13/63, République italienne contre Commission de la Communauté économique européenne, Recueil CJCE 1963, p. 337.

CJCE 15 juillet 1964, affaire C-6/64, Costa contre E.N.E.L., Recueil CJCE 1964, page 1141.

CJCE 10 décembre 1969, aff. jointes 6/69 et 11/69, Commission c/ France, Recueil CJCE 1969, p. 523.

CJCE 31 mars 1971, affaire C-22/70, Commission contre Conseil, Recueil CJCE 1971, page 263 ; dite jurisprudence AETR.

CJCE 12 février 1974, aff. 152/73, Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundespost, Recueil CJCE 1974, p. 153.

CJCE 4 avril 1974, affaire C-167/73, Commission contre France, Recueil CJCE 1974, p. 371.

CJCE 2 juillet 1974, Italie c/ Commission, aff. 173/73, Recueil CJCE 1974, p. 709.

CJCE 11 juillet 1974, aff. 8/74, Procureur du Roi contre Benoît et Gustave Dassonville, Recueil CJCE 1974, p. 837.

CJCE 19 octobre 1977, aff. jointes 117/76 et 16/77, Albert Ruckdeschel & Co. et Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. contre Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG contre Hauptzollamt Itzehoe, Recueil CJCE 1977, p. 1753.

CJCE 20 février 1979, aff. 120/78, Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Recueil CJCE, p. 649, point 8 ; dite affaire *Cassis de Dijon*.

CJCE 13 décembre 1984, aff. 106/83, Sermide SpA contre Cassa conguaglio zucchero et autres, Recueil CJCE 1984, p. 4209.

CJCE 28 janvier 1986, affaire C-270/83, Commission contre France, Recueil CJCE 1986, page 273 ; dite affaire de l'« Avoir fiscal ».

CJCE 14 octobre 1987, aff. 248/84, Allemagne contre Commission, Recueil CJCE 1987, p. 4013.

CJCE 27 septembre 1988, aff. C-81/87, Daily Mail and General Trust, Recueil CJCE, I, page 5483 et s.

CJCE 27 septembre 1988, affaire C-235/87, Matteucci contre Communauté française de Belgique, Recueil CJCE 1988, I, page 5589.

CJCE 8 mai 1990, affaire C-175/88, Biehl contre Administration des contributions, Recueil CJCE 1990, I, page 1779.

CJCE 28 janvier 1992, affaire C-204/90, Bachmann contre Etat belge, Recueil CJCE 1992, I, page 249.

CJCE 13 juillet 1993, affaire C-330/91, Commerzbank AG, Recueil CJCE 1993, I, page 4017.

CJCE 24 novembre 1993, aff. jointes C-267/91 et 268/91, Procédure pénale contre Bernard Keck et Daniel Mithouard, Recueil CJCE 1993, I, p. 6097.

CJCE 20 janvier 1994, affaire C-129/92, Owens Bank contre Bracco, Recueil CJCE 1994, I, page 117.

CJCE 12 avril 1994, affaire C-1/93, Halliburton Services BV, Recueil CJCE 1994, I, page 1137.

CJCE 14 février 1995, affaire C-279/93, Schumacker, Recueil CJCE 1995, I, page 225.

CJCE 11 août 1995, affaire C-80/94, Wielockx, Recueil CJCE 1995, I, page 2493.

CJCE 14 novembre 1995, affaire C-484/93, Svensson et Gustavsson contre Ministre du Logement et de l'Urbanisme, Recueil CJCE 1995, I, page 3955.

CJCE 30 novembre 1995, C-55/94, Gebhard contre Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, Recueil CJCE 1995, I, page 4165.

CJCE 27 juin 1996, affaire C-107/94, Asscher, Recueil CJCE 1996, I, page 3089.

CJCE 15 mai 1997, affaire C-250/95, Futura Participations S.A. et Singer, Recueil CJCE 1997, I, page 2471.

CJCE 28 avril 1998, affaire C-118/96, Safir, Recueil CJCE 1998, I, page 1897.

CJCE 12 mai 1998, affaire C-336/96, Epoux Robert Gilly contre Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin, Recueil CJCE 1998, I, page 2793.

CJCE 16 juillet 1998, affaire C-264/96, Imperial Chemical Industries contre Colmer, Recueil CJCE 1998, I, page 4695 ; dite jurisprudence « ICI ».

CJCE 4 mars 1999, affaire C-254/97, Baxter e.a., Recueil CJCE 1999, I, page 4809.

CJCE 9 mars 1999, affaire C-212/97, Centros, Recueil CJCE 1999, I, page 1459.

CJCE 29 avril 1999, affaire C-311/97, Royal Bank of Scotland, Recueil CJCE 1999, I, page 2651.

CJCE 17 juin 1999, aff. C-75/97, Belgique c/ Commission, Recueil CJCE 1999, I, p. 3671.

CJCE 14 septembre 1999, affaire C-391/97, Gschwind, Recueil CJCE 1999, I, page 5451.

CJCE 21 septembre 1999, affaire C-307/97, Saint-Gobain ZN, Recueil CJCE 1999, I, page 6161.

CJCE 26 octobre 1999, aff. C-294/97, Eurowings Luftverkehrs AG contre Finanzamt Dortmund-Unna, Recueil CJCE 1999, I, page 7447.

CJCE 18 novembre 1999, affaire C-200/98, X AB et Y AB contre Riksskatteverket, Recueil CJCE 1999, I, page 8261 ; dite jurisprudence « X et Y ».

CJCE 13 avril 2000, affaire C-251/98, Baars, Recueil CJCE 2000, I, page 2787.

CJCE 6 juin 2000, affaire C-35/98, Verkooijen, Recueil CJCE 2000, I, page 4071.

CJCE 14 décembre 2000, affaire C-141/99, AMID, Recueil CJCE 2000, I, page 11619.

CJCE 8 mars 2001, affaires C-397/98 et C-410/98, Metallgesellschaft e.a. et Hoechst AG, Recueil CJCE 2001, I, page 1727.

CJCE 15 janvier 2002, affaire C-55/00, Gottardo, Recueil CJCE 2002, I, page 413.

CJCE 3 octobre 2002, affaire C-136/00, Danner, Recueil CJCE 2002, I, page 8147.

CJCE 5 novembre 2002, affaires C-466/98, Commission contre Royaume-Uni, Recueil CJCE 2002, I, page 9427 ; C-467/98, Commission contre Danemark Recueil CJCE 2002, I, page 9519 ; C-468/98, Commission contre Suède, Recueil CJCE 2002, I, page 9575 ; C-469/98, Commission contre Finlande, Recueil CJCE 2002, I, page 9627 ; C-471/98, Commission contre Belgique, Recueil CJCE 2002, I, page 9681 ; C-472/98, Commission contre Luxembourg Recueil CJCE 2002, I, page 9741 ; C-475/98, Commission contre Autriche Recueil CJCE 2002, I, page 9797 ; C-476/98, Commission contre Allemagne Recueil CJCE 2002, I, page 9855 ; dite jurisprudence « Open Skies ».

CJCE 21 novembre 2002, affaire C-436/00, X et Y, Recueil CJCE 2002, I, page 10829.

CJCE 12 décembre 2002, affaire C-324/00, Lankhorst Hohorst, Recueil CJCE 2002, I, page 11779.

CJCE 12 décembre 2002, affaire C-385/00, De Groot, Recueil CJCE 2002, I, page 11819.

CJCE 12 juin 2003, affaire C-234/01, Gerritse, Recueil CJCE 2003, I, page 5933.

CJCE 18 septembre 2003, affaire C-168/01, Bosal Holding, Recueil CJCE 2003, I, page 9409.

CJCE 25 septembre 2003, affaire C-58/01, Océ van der Grinten, Recueil CJCE 2003, I, page 9809.

CJCE 11 mars 2004, affaire C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, Recueil CJCE 2004, I, page 2409.

CJCE 4 mars 2004, affaire C-334/02, Commission contre France, Recueil CJCE 2004, I, page 2229.

CJCE 1^{er} juillet 2004, affaire C-169/03, Wallentin, Recueil CJCE 2004, I, page 6443.

CJCE 15 juillet 2004, affaire C-315/02, Lenz, Recueil CJCE 2004, I, page 7063.

CJCE 15 juillet 2004, affaire C-242/03, Weidert et Paulus, Recueil CJCE 2004, I, page 7379.

CJCE 7 septembre 2004, affaire C-319/02, Manninen, Recueil CJCE 2004, I, page 7477.

CJCE 10 mars 2005, affaire C-39/04, Laboratoires Fournier, Recueil CJCE 2005, I, page 2057.

CJCE 5 juillet 2005, affaire C-376/03, D., Recueil CJCE 2005, I, page 5821.

CJCE 12 juillet 2005, affaire C-403/03, Schempp, Recueil CJCE 2005, I, page 6421.

CJCE 8 septembre 2005, affaire C-512/03, Blanckaert, Recueil CJCE 2005, I, page 7705.

CJCE 13 décembre 2005, affaire C-411/03, SEVIC, Recueil CJCE 2005, I, page 10805.

CJCE 13 décembre 2005, affaire C-446/03, Marks & Spencer, Recueil CJCE 2005, I, page 10837.

CJCE 19 janvier 2006, affaire C-265/04, Bouanich, Recueil CJCE 2006, I, page 923.

CJCE 21 février 2006, affaire C-152/03, Ritter-Coulais contre FA Germersheim, Recueil CJCE 2006, I, page 1711.

CJCE 23 février 2006, affaire C-253/03, CLT-UFA SA, Recueil CJCE 2006, I, page 1831.

CJCE 7 septembre 2006, affaire C-470/04, N, Recueil CJCE 2006, I, page 7409.

CJCE 12 septembre 2006, affaire C-196/04, Cadbury Schweppes plc et Cadbury Schweppes Overseas Ltd, Recueil CJCE 2006, I, page 7995.

CJCE 14 septembre 2006, affaire C-396/04, Centro di Musicologia Walter Stauffer, Recueil CJCE 2006, I, page 8203.

CJCE 14 novembre 2006, affaire C-513/04, Kerckhaert et Morres, Recueil CJCE 2006, I, page 10967.

CJCE 12 décembre 2006, affaire C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Recueil CJCE 2006, I, page 11673.

CJCE 12 décembre 2006, affaire C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, Recueil CJCE 2006, I, page 11753.

CJCE 14 décembre 2006, affaire C-170/05, Denkvit Internationaal BV et SARL Denkvit France contre France, Recueil CJCE 2006, I, page 11949.

CJCE 6 mars 2007, aff. C-292/04, Wienand Meilicke, Heidi Christa Weyde et Marina Stöffler contre Finanzamt Bonn-Innenstadt, Recueil CJCE 2007, I, p. 1835.

CJCE 13 mars 2007, aff. C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, Recueil CJCE, I, p. 2107.

CJCE 29 mars 2007, aff. C-347/04, Rewe Zentralfinanz, Recueil CJCE 2007, I, p. 2647.

CJCE ordonnance 10 mai 2007, aff. C-492/04, Lasertec Gesellschaft für Stanzformen mbH contre Finanzamt Emmendingen, Recueil CJCE 2007, I, p. 3775.

CJCE 18 juillet 2007, aff. C-231/05, Oy AA, Recueil CJCE 2007, I, p. 6373.

CJCE 18 juillet 2007, aff. C-182/06, Etat du Grand-Duché de Luxembourg contre Hans Ulrich Lakebrink et Katrin Peters-Lakebrink, Recueil CJCE 2007, I, p. 6705.

CJCE 11 octobre 2007, aff. C-451/05, Européenne et Luxembourgeoise d'investissements SA (ELISA) contre Directeur général des impôts et Ministère public, Recueil CJCE 2007, I, p. 8251.

CJCE 8 novembre 2007, aff. C-379/05, Amurta, Recueil CJCE 2007, I, p. 9569.

CJCE 6 décembre 2007, aff. C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co./Finanzamt Bielefeld-Innenstadt, Recueil CJCE 2007, I, p. 10451.

CJCE 17 janvier 2008, aff. C-105/07, Lammers & Van Cleeff NV contre Belgische Staat, Recueil CJCE 2008, I, p. 173.

CJCE ordonnance du 23 avril 2008, aff. C-201/05, The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation contre Commissioners of Inland Revenue, Recueil CJCE 2008, I, p. 2875.

CJCE 20 mai 2008, aff. C-194/06, Staatssecretaris van Financiën contre Orange European Smallcap Fund NV, Recueil CJCE 2008, I, p. 3747.

CJCE 26 juin 2008, aff. C-284/06, Finanzamt Hamburg-Am Tierpark contre Burda GmbH, Recueil CJCE 2008, I, p. 4571.

CJCE 23 octobre 2008, aff. C-157/07, Finanzamt für Körperschaften III in Berlin contre Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH, Recueil CJCE 2008, I, p. 8061.

CJCE 27 novembre 2008, aff. C-418/07, Société Papillon contre Ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, Recueil CJCE 2008, I, p. 8947.

CJCE 16 décembre 2008, aff. C-210/06, Cartesio, Recueil CJCE 2008, I, p. 9641.

CJCE 22 décembre 2008, aff. C-282/07, Etat belge - SPF Finances contre Truck Center SA, Recueil CJCE 2008, I, p. 10767.

CJCE 12 février 2009, aff. C-138/07, Belgische Staat contre Cobelfret NV, Recueil CJCE 2009, I, p. 731.

CJCE 23 avril 2009, aff. C-406/07, Commission des Communautés européennes contre République hellénique, Recueil CJCE 2009, I, p. 62.

CJCE 11 juin 2009, aff. C-521/07, Commission c/ Pays-Bas, Recueil CJCE 2009, I, p. 4873.

CJCE 18 juin 2009, aff. C-303/07, Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy, Recueil CJCE 2009, I, p. 5145,

CJCE 16 juillet 2009, aff. C-128/08, Jacques Damseaux contre Etat belge, Recueil CJCE 2009, I, p. 6823.

CJCE 19 novembre 2009, aff. C-540/07, Commission des Communautés européennes contre République italienne, Recueil CJCE 2009, I, p. 10983.

CJUE 21 janvier 2010, aff. C-311/08, Société de Gestion Industrielle (SGI) contre Etat belge, non-encore publié au Recueil, v. *JOUE* du 13 mars 2010, n° C 63, p. 8.

CJUE 25 février 2010, aff. C-337/08, X Holding BV contre Staatssecretaris van Financiën, non-encore publié au Recueil, v. *JOUE* du 17 avril 2010, n° C 100, pp. 3 et 4.

CJUE 28 octobre 2010, aff. C-72/09, Etablissements Rimbaud SA contre Directeur général des impôts et Directeur des services fiscaux d'Aix-en-Provence, non encore publié au Recueil, *JOUE* du 18 décembre 2010, n° C 346, pp. 11 à 12

CJUE ordonnance 22 novembre 2010, aff. C-199/10, Secilpar - Sociedade Unipessoal SL contre Fazenda Pública, non encore publié au Recueil, *JOUE* du 26 février 2011, n° C 63, pp. 16 et 17.

CJUE 11 février 2011, aff. jointes C-436/08 et C-437/08, Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH (C-436/08) et Österreichische Salinen AG (C-437/08) contre Finanzamt Linz, non-encore publié au Recueil, v. *JOUE* du 2 avril 2011, n° C 103, pp. 2 et 3.

CJUE 5 mai 2011, aff. C-384/09, Prunus SARL et Polonium SA contre Directeur des services fiscaux, non-encore publié au Recueil, v. *JOUE* du 25 juin 2011, n° C 186, pp. 4 et 5.

CJUE 30 juin 2011, aff. C-262/09, Wienand Meilicke et autres contre Finanzamt Bonn-Innenstadt, non-encore publié au Recueil, v. *JOUE* du 27 août 2011, n° C 252, p. 3.

CJUE 15 septembre 2011, aff. C-310/09, Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique contre Accor SA, non-encore publié au Recueil, non-encore publié au *JOUE* (disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CJ0310:FR:HTML>)

Cinquième partie : sites Internet

Le portail de l'Union européenne : www.europa.eu

Le site de la Commission européenne : www.ec.europa.eu

Le site de la direction générale de la fiscalité et de l'Union douanière :
http://ec.europa.eu/taxation_customs/index_fr.htm

Atelier de discussion « *Droit communautaire et conventions fiscales* » du 5 juillet 2005 :
http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/double_taxation_conventions/workshop/index_fr.htm

Documents de travail produits par le groupe de travail ACCIS :
http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/common_tax_base/index_fr.htm

Atelier sur l'ACCIS organisé par la Commission européenne après publication de la proposition de directive :
http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/common_tax_base/ccctb_fr.htm

Le site de la CJUE : www.curia.europa.eu

Eurlex : www.eur-lex.europa.eu

PreLex : www.ec.europa.eu/prelex/apcnet.cfm?CL=fr

Le site de l'OCDE : www.ocde.org

Le site de l'OMC : <http://www.wto.org/indexfr.htm>

Le site Base Pacte : <http://www.doc.diplomatie.fr/pacte/index.html>

Le site du Social Science Research Network : <http://www.ssrn.com/>

Le blog du Pôle Prospective Fiscale et Stratégie d'Entreprise du cabinet Taj : <http://taj-strategie.fr/>

Index

A

ACCIS, 87, 88, 89, 93, 97, 136, 192
aides d'Etat, 38, 58, 64, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 91, 92, 98, 220, 221, 224, 225, 227, 255, 261
allocation, 137, 169, 173, 181, 186, 217, 219, 220, 226, 254, 255, 258, 259
assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés, 87

C

capital export neutrality, 52, 54, 173, 176, 178, 224, 250, 260
capital import neutrality, 52, 54, 173, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 194, 222, 223, 225, 227, 228, 230, 231, 232, 233, 235, 236, 238, 245, 256, 260, 262
capital ownership neutrality, 52, 54, 194, 200, 202, 204, 206, 207, 211, 213, 230, 232, 234, 235, 256, 260
CEN, 173, 174, 180, 185, 187, 188, 225, 239, 246, 254, *Voir* neutralité à l'exportation
CIN, 178, 180, 185, 187, 188, 204, 225, 228, 230, 232, 235, 236, 237, 239, 244, 246, 250, 254, *Voir* neutralité à l'importation
CON, 195, 204, 206, 207, 208, 232, 235, 237, 239, 251, *Voir* neutralité à la propriété ou à la détention
coordination, 71, 87, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 98, 169, 197, 208, 209, 210, 216, 264
crédit d'impôt, 68, 89, 123, 124, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 158, 160, 161, 176, 177, 198, 200, 224, 241, 242, 243, 244, 246, 247, 248

D

différence de traitement, 103, 105, 107, 110, 111, 117, 127, 134, 138, 144, 146, 149, 150, 151, 154, 182
discrimination déguisée, 107, 109, 118
discrimination directe, 104, 106, 109, 110, 112, 114, 125
discrimination indirecte, 108, 110, 113, 114
dislocation de la base taxable, 226
disparités, 70, 113, 116, 121, 131, 133, 134, 135, 137, 139, 152, 153, 176, 200
double imposition, 16, 17, 18, 31, 45, 50, 80, 81, 82, 85, 89, 90, 93, 95, 123, 124, 127, 130, 132, 133, 137, 138, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 155, 158, 160, 161, 162, 168, 185, 191, 210, 218, 225, 226, 262

E

efficacité économique, 41, 51, 52, 53, 54, 168, 171, 173, 179, 182, 186, 188, 195, 196, 213, 227, 229, 234, 237, 238, 239, 253, 255, 256, 257, 260, 263
égalité de traitement, 103, 108, 130, 163, 166, 179, 199, 233, 262
entraves, 33, 35, 49, 56, 78, 83, 84, 85, 87, 92, 93, 98, 114, 115, 118, 120, 122, 137, 223, 224, 262
Etat d'accueil, 60, 73, 86, 94, 106, 113, 122, 124, 126, 128, 132, 145, 156, 158, 173, 179, 181, 182, 184, 199, 204
Etat d'investissement, 178, 182, 228
Etat d'origine, 53, 78, 85, 86, 106, 113, 114, 120, 121, 123, 128, 133, 173, 178, 181, 182, 183, 184, 188, 195, 199, 200, 204, 211, 228, 237
Etat de destination, 182, 199, 203, 211, 212

Etat de la résidence, 82, 83, 85, 87, 111, 124, 138, 139, 141, 143, 144, 146, 148, 150, 153, 154, 156, 158, 159, 160, 161, 167, 176, 182, 185, 191, 200, 203, 204, 207, 211, 224, 226, 228, 240, 246, 248

Etat de la source, 82, 86, 106, 111, 138, 139, 140, 141, 143, 144, 146, 147, 153, 154, 155, 156, 158, 159, 160, 161, 167, 174, 176, 179, 181, 185, 191, 199, 201, 203, 207, 224, 226, 228, 233, 236, 240, 247, 248, 250, 251, 262

exemption, 70, 123, 149, 150, 233

exonération, 68, 81, 89, 120, 123, 124, 138, 144, 149, 161, 182, 183, 199, 202, 203, 204, 207, 208, 209, 210, 211, 224, 226, 231, 233

F

fragmentation, 137, 140, 143, 226, 256

H

harmonisation, 22, 31, 34, 35, 48, 50, 51, 56, 79, 86, 87, 90, 93, 98, 112, 113, 114, 117, 121, 122, 128, 130, 139, 165, 166, 171, 178, 207, 215, 219, 221, 226, 228, 229, 234, 244, 245, 246, 247, 248, 256, 257, 259, 262, 265

home State taxation, 85, 86, 87, 89

I

imposition à la résidence, 53, 198, 236, 237, 241, 245, 246, 247, 248, 251, 252, 253, 254, 256

imposition à la source, 53, 174, 175, 180, 194, 218, 224, 238, 239, 241, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 260

imputation, 123, 137, 138, 143, 144, 148, 149, 156, 157, 158, 161, 177, 200

L

liberté d'établissement, 24, 26, 32, 49, 58, 59, 60, 61, 62, 66, 99, 105, 110, 118, 121, 133, 149

liberté de circulation des capitaux, 59, 63, 64, 66, 127, 157

libertés de circulation, 24, 33, 58, 60, 64, 72, 78, 99, 101, 114, 120, 123, 127, 137, 139, 140, 142, 147, 150, 216, 220, 221

libertés fondamentales, 26, 32, 49, 58, 59, 66, 67, 72, 73, 95, 100, 118, 119, 122, 136, 163, 219, 220, 222, 255

libre mouvement des capitaux, 63, 66

M

Marché intérieur

Marché commun, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 37, 38, 40, 48, 49, 50, 51, 56, 58, 63, 64, 68, 72, 73, 77, 78, 79, 80, 83, 84, 85, 87, 90, 93, 98, 99, 107, 118, 120, 130, 153, 163, 164, 165, 215, 216, 218, 219, 220, 223, 224, 226, 227, 229, 255, 258, 262

mondialité, 112, 230, 241, 264

N

neutralité, 9, 36, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 51, 52, 53, 54, 55, 66, 73, 78, 80, 82, 86, 89, 93, 95, 96, 98, 99, 106, 130, 152, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 189, 193, 194, 195, 196, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 255, 256, 257, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265

neutralité fiscale, 42, 45, 52, 78, 80, 249, 265

neutralité à l'exportation

neutralité aux exportations, 52, 171, 176, 219, 177, 179, 180, 210, 218, 222, 227, 228, 234, 238, 239, 245, 247, 252, 253, 260, 264

neutralité à l'importation

neutralité aux importations, 52, 172, 178, 180, 182, 183, 185, 195, 219, 231, 204, 213, 218, 223, 227, 229, 230, 233, 235, 236, 238, 239, 240, 243, 244, 245, 260, 261

neutralité à la détention

neutralité à la propriété, 52, 195, 196, 199, 200, 204, 207, 208, 212, 222, 230, 235, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 251, 256

neutralité du marché, 207

neutralité nationale

national neutrality

NN, 52, 195, 264

non-discrimination, 18, 32, 36, 37, 47, 55, 72, 99,

101, 102, 103, 104, 107, 108, 109, 113, 115,

118, 119, 125, 126, 129, 130, 139, 140, 159,

160, 161, 163, 164, 166, 188, 222, 224, 225,

258, 261, 263

Q

quasi-restriction, 136, 137, 141, 152, 163

R

restriction authentique, 151

restrictions, 23, 26, 31, 36, 60, 63, 64, 65, 72, 79,

114, 115, 116, 117, 118, 120, 122, 131, 132,

135, 136, 139, 150, 152, 157, 220, 224, 227,

258

retenues à la source, 90, 91

T

taxation selon les règles de l'Etat de résidence, 85,

86

territorialité, 50, 112, 137, 138, 182, 226, 230, 231,

243, 262, 264

Table des matières

INTRODUCTION	9
PREMIERE PARTIE : LA CONSTRUCTION DE L'EUROPE FISCALE PAR LA MISE EN ŒUVRE D'UNE NEUTRALITE INHERENTE AUX TRAITES .56	
Titre 1 : Les textes européens porteurs de neutralité en matière de fiscalité directe : des sources de portée variable	58
Chapitre 1 : Les Traités européens : première source majeure de neutralité pour le droit communautaire de la fiscalité	58
Section 1 : Libertés de circulation et neutralité de l'impôt	58
§1- La liberté d'établissement	59
§2- Le libre mouvement des capitaux et des paiements	63
§3- L'apport du libellé des libertés fondamentales dans l'accord sur l'Espace Economique Européen pour la compréhension des droits du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne tels qu'interprétés par la Cour de justice	65
Section 2 : Législation sur les aides d'Etat et neutralité de l'impôt	67
§1- L'application de la législation relative aux aides d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe	67
§2- L'avantage procuré par l'application des règles relatives aux aides d'Etat à la fiscalité directe des entreprises	72
Chapitre 2 : Le droit dérivé des Traités et les actes atypiques : seconde source majeure de neutralité pour le droit communautaire de la fiscalité	74
Section 1 : Les actes et propositions d'actes de la nomenclature ayant un objet fiscal	75
§1- Cinq directives fiscales favorisant l'établissement d'un marché unique des flux de capitaux entre sociétés	77
A. L'assistance mutuelle en matière de recouvrement et de coopération administrative	77
B. Les fusions transfrontières et les flux paneuropéens de dividendes et d'intérêts et redevances entre sociétés apparentées	79
§2- Les propositions de mesures globales en faveur de la fiscalité directe des entreprises	83
A. L'imposition selon les règles de l'Etat de la résidence pour les PME	83
B. L'assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés des entreprises européennes	87

Section 2 : Les actes atypiques en matière de fiscalité directe des entreprises.....	90
§1- La lutte contre la concurrence fiscale dommageable dans l'Union européenne	91
§2- La coordination des politiques fiscales des Etats membres	93
Conclusion du Titre 1	98
Titre 2 : L'œuvre prétorienne de la Cour de justice en faveur de la neutralité de l'impôt dans l'accès au Marché intérieur	99
Chapitre 1 : L'affirmation de la compétence fiscale de la Cour et la neutralité de l'impôt	100
Section 1 : Une interprétation téléologique et extensive du principe de non-discrimination en faveur de la neutralité de l'impôt dans l'accès au marché	101
§1- L'identification par la Cour des attributs de la discrimination.....	101
§2- L'approche classique de la discrimination : la discrimination ostensible	104
§3- L'acception prétorienne de la discrimination, la sanction des discriminations indirectes	107
Section 2 : Le refus des restrictions ou entraves pour réaliser l'objectif économique de neutralité des Traités	115
§1- L'origine jurisprudentielle de la notion de restriction ou entrave : la libre importation de marchandises	116
§2- Les restrictions ou entraves en matière de fiscalité directe.....	118
§3- La notion de restriction, un changement de perspective source d'obligations nouvelles pour la fiscalité directe des Etats membres	122
Chapitre 2 : La limitation de la compétence fiscale de la Cour et la neutralité de l'impôt.....	129
Section 1 : La source de la limitation : le chevauchement de compétences fiscales non-harmonisées	130
§1- La prémisses, la subjectivité induite par le concept de restriction fiscale	132
§2- La systématisation de la notion de disparités fiscales en droit communautaire.....	135
A. Les quasi-restrictions	135
B. Les restrictions authentiques.....	139
C. Illustrations jurisprudentielles	143
Section 2 : Une appréhension imparfaite de la notion de disparités fiscales et un défaut de cohérence dans la neutralité exigée des Etats membres.....	152
§1- L'acception prima facie des situations de quasi-restriction et les faiblesses méthodologiques de l'approche prétorienne.....	152
A. L'existence d'une situation fiscale nette avantageuse : une fausse disparité.....	152
B. L'approche par pays ou l'approche globale	154
§2- Des conséquences contradictoires sur la politique fiscale européenne et la neutralité de l'impôt.....	157
Conclusion du Titre 2	163

**DEUXIEME PARTIE : LA NEUTRALITE INTERNATIONALE DE L'IMPOT
COMME CRITERE DE LA CONSTRUCTION FISCALE EUROPEENNE 167**

Titre 1 : La neutralité internationale de l'impôt, un concept protéiforme 170

Chapitre 1 : Les théories classiques de la neutralité du capital en faveur de l'efficacité économique mondiale 171

 Section liminaire : L'analyse économique résultant du *non-tax world* 172

 Section 1 : La neutralité à l'exportation du capital et la neutralité à l'importation du capital.. 172

 §1- La neutralité à l'exportation du capital 173

 §2- La neutralité à l'importation du capital..... 178

 Section 2 : Neutralité à l'exportation et à l'importation du capital, des principes inadaptés s'appuyant sur des concepts dépassés 185

 §1- Des concepts inadaptés à la fiscalité internationale 185

 §2- Des théories assises sur des principes obsolètes 189

Chapitre 2 : L'émergence d'une théorie nouvelle de la neutralité 194

 Section 1 : La détention du capital source de l'efficacité économique 196

 §1- L'importance de la détention dans l'analyse de l'enrichissement par les investissements à l'étranger 196

 §2- Les principales prescriptions de la neutralité à la détention du capital en matière de politique fiscale..... 199

 Section 2 : La contradiction entre les objectifs et les prescriptions fiscales de la théorie 204

 §1- La contestation de l'imposition exclusive dans l'Etat de la source comme politique fiscale pouvant permettre la réalisation de la neutralité à la détention du capital 207

 §2- La condamnation de la proposition relative à la déduction dans l'Etat de la résidence des charges liées à l'acquisition de revenus de source étrangère 211

Conclusion du Titre 1 213

Titre 2 : La recherche des options offertes par la neutralité internationale de l'impôt en tant que principe structurant conforme aux objectifs de l'Union européenne 216

Chapitre 1 : La satisfaction des objectifs économiques de la construction fiscale européenne par la neutralité à l'importation du capital..... 218

 Section 1 : Une neutralité satisfaisant mieux à l'impératif d'allocation efficace des ressources 219

 §1- Le choix de la neutralité à l'importation plutôt qu'à l'exportation du capital au regard de l'absence d'harmonisation fiscale européenne et de l'objectif économique des Traités 219

 §2- Une neutralité plus à même de permettre la sanction des entraves au Marché intérieur 223

 Section 2 : Une neutralité permettant de lutter contre les phénomènes de fragmentation de l'assiette fiscale..... 226

Chapitre 2 : Des convergences complexes entre les théories de la neutralité internationale de l'impôt : une confirmation du choix de l'imposition dans l'Etat de la source pour l'Union européenne..... 229

Section 1 : La neutralité à la détention du capital, entre simple reformulation de la neutralité à l'importation du capital et véritable innovation.....	230
§1- La neutralité à l'importation du capital en tant que neutralité à la compétitivité ou à la détention.....	233
§2- La neutralité à l'importation du capital en tant que seule neutralité à la compétitivité..	235
Section 2 : Les possibles réalisations des théories de la neutralité de l'impôt	240
§1- La réalisation des théories de la neutralité par le biais de l'imposition sur une base mondiale des revenus, ou mondialité de l'impôt.....	241
§2- La conciliation des objectifs des différentes théories de la neutralité fiscale par l'imposition dans l'Etat de la source	245
A. Neutralité à l'exportation du capital et imposition dans l'Etat de la résidence : une remise en cause.....	245
B. La neutralité internationale de l'impôt par l'imposition dans l'Etat de la source.....	248
§3- L'imposition dans l'Etat de la résidence versus l'imposition dans l'Etat de la source : une opposition des concepts de neutralité	251
Conclusion du Titre 2	255
CONCLUSION.....	258
BIBLIOGRAPHIE	266
INDEX.....	316
TABLE DES MATIERES	319



Résumé :

Le Marché intérieur s'est constitué en vue d'établir une concurrence libre et de répartir les ressources de la manière la plus efficiente possible. Impliquant l'abolition des frontières intérieures, l'action communautaire a conduit à harmoniser ou au moins à rapprocher de nombreux domaines. Même la fiscalité directe, compétence réservée des Etats membres, a fini par être placée sous la surveillance des Traités par le biais des libertés fondamentales et du principe de non-discrimination. Ce dernier a permis une certaine intégration fiscale au niveau européen en vue d'une neutralisation de la fiscalité sur les mouvements de personnes, de biens, de services et de capitaux. Cette œuvre, essentiellement prétorienne, a cependant montré ses limites au plan de la cohérence de la politique fiscale, le juge ne pouvant faire un choix quant à la forme de neutralité qu'il conviendrait de choisir : neutralité aux importations de capitaux, neutralité aux exportations de capitaux ou une autre. En effet, les Traités établissent indéniablement un objectif de neutralité à destination des Etats. Emanant des textes européens cette neutralité abstraite est fondamentale afin de réaliser les objectifs économiques de l'Union. Cependant, en l'absence d'harmonisation fiscale il est nécessaire de faire un choix pour une forme de neutralité afin de concilier imposition, efficacité économique et allocation efficace des ressources. A l'aune des principes qui structurent la construction de l'Europe, il convient désormais de dessiner les contours d'une neutralité fonctionnelle capable de procéder à l'intégration des impôts directs des Etats membres dans un Marché commun.

Descripteurs : non-discrimination, construction européenne, intégration fiscale, neutralité fiscale, neutralité aux importations de capitaux, neutralité aux exportations de capitaux, Marché intérieur, Marché commun, droit européen, droit communautaire, fiscalité des sociétés, libertés fondamentales, libertés de circulation, droit fiscal, droit fiscal international

Title and Abstract: Internal Market and neutrality of direct taxation: the European tax integration revisited

The Internal Market was formed to establish free competition and allocate resources as efficiently as possible. Involving the abolition of internal borders, Community action led to harmonize or at least to bring together many areas. Although direct taxation powers have been reserved by member States, it was placed under the supervision of the Treaties by means of the fundamental freedoms and the principle of non-discrimination. The latter has led to some tax integration at the European level in order to neutralize taxation on the movement of people, goods, services and capital. This work, mainly performed by the ECJ, showed its limits in terms of consistency of fiscal policy, the judge cannot make a choice as to the form of neutrality that should be chosen: capital import neutrality, capital export neutrality or another form of neutrality. Indeed, the EC Treaty establishes an undeniable objective of neutrality toward member States. The abstract neutrality that is emanating from European texts is essential to achieve the economic objectives of the EU. However, in the absence of tax harmonization it is necessary to choose among the different standards of tax neutrality in order to reconcile taxation, economic efficiency and efficient allocation of resources. In the light of the principles that shape the European construction one should now draw the outlines of a functional neutrality able to perform the integration of direct taxes in a Common Market.

Keywords: non-discrimination, European construction, tax harmonization, tax neutrality, capital import neutrality, capital export neutrality, Internal Market, Common Market, EC law, companies' taxation, fundamental freedoms, tax law, international tax law