



Droit communautaire - Liberté d'établissement - Liberté de circulation des capitaux - Application fiscale des articles du Traité - Art. 52 (liberté d'établissement) - Art. 73 D (liberté de circulation des capitaux) - Participation substantielle dans une société étrangère - Discrimination fondée sur le siège social des sociétés

Est constitutive d'une entrave à la liberté d'établissement, une disposition limitant l'exonération de l'impôt sur la fortune aux participations substantielles détenues dans des sociétés résidentes.

Est constitutive d'une entrave à la libre circulation des capitaux une disposition nationale rendant le placement des capitaux moins attrayant dans un autre Etat membre que dans l'Etat d'origine (conclusions).

CJCE, 13 avril 2000 : C. Baars jr c/Inspecteur der Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, C-251/98.

1 Exposé des faits

La législation fiscale néerlandaise soumet à l'impôt sur la fortune tous les biens appartenant à des résidents néerlandais, quel que soit leur lieu de situation. Le patrimoine des non-résidents n'est imposable qu'à raison des biens situés aux Pays-Bas.

Les actions ou parts sont toutefois exonérées d'impôt sur la fortune, dans la limite de 2.947.000 NLG, si elles représentent pour le contribuable néerlandais une participation substantielle dans une société établie aux Pays-Bas. La participation substantielle est alors définie comme une participation détenue directement ou indirectement par le contribuable, ou son groupe familial, dans une société et portant au minimum sur un tiers des actions et sept pour cent du capital nominal libéré.

Cette exonération prévue par le droit interne néerlandais vise ainsi à éviter une double imposition de la participation en cause au regard de l'impôt sur les sociétés au niveau de la société d'une part, au regard de l'impôt sur la fortune au niveau du détenteur des titres d'autre part. Les participations détenues dans des sociétés établies dans un autre Etat membre ne sont pas éligibles au bénéfice de cette exonération, sans que soient prises en considération les impositions éventuelles dans l'Etat de situation de la société.

En l'espèce, un contribuable néerlandais détenant 100 % des parts d'une société irlandaise avait déclaré cette participation au titre de l'impôt sur la fortune mais avait parallèlement demandé à bénéficier de l'exonération rap-

pelée ci-avant. Devant le refus opposé par l'Administration fiscale à sa demande, celui-ci a intenté un recours juridictionnel fondé sur l'incompatibilité du droit interne néerlandais avec le traité de Rome.

La juridiction nationale a alors posé deux questions préjudicielles à la Cour de justice. La première porte sur la compatibilité de cette disposition avec les articles 6 et 52 (devenus respectivement articles 12 CE et 43 CE) du traité relatifs à la liberté d'établissement ; la seconde, posée à titre subsidiaire, porte sur la compatibilité de cette même disposition avec les articles 73 B et 73 D (devenus respectivement articles 56 CE et 58 CE) relatifs à la liberté de circulation des capitaux.

La Cour de justice conforte la position du contribuable par un arrêt qui, allié aux conclusions de l'Avocat général, aura sans nul doute des répercussions significatives en droit fiscal français.

2 L'apport de l'arrêt et des conclusions

La Cour de justice des Communautés européennes confirme et étend la portée de sa jurisprudence sur la liberté d'établissement telle qu'elle résulte des arrêts ICI (1) et X AB et Y AB (2). Les conclusions de l'Avocat général éclairent l'articulation entre cette liberté et celle de circulation des capitaux.

2.1 Un arrêt de continuité

La Cour rappelle à titre préliminaire que, si la fiscalité directe relève de la compétence des Etats membres, ces derniers doivent toutefois exercer celle-ci dans le respect du droit communautaire. A ce titre, la liberté d'établissement des personnes morales, prévue à l'article 52 du traité (devenu article 43 CE), constitue l'une des dispositions fondamentales du droit communautaire et est directement applicable dans les Etats membres : les discriminations fondées sur le siège des sociétés sont par principe contraires au droit communautaire.

La Cour définit ensuite la liberté d'établissement en rappelant que celle-ci «comporte la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés, dans un Etat membre par un ressortissant d'un autre Etat membre». Elle considère que cette liberté peut s'exercer par la détention par un ressortissant communautaire d'une participation dans le capital d'une société d'un autre Etat membre lui conférant une influence certaine sur les décisions de la société et lui permettant d'en déterminer les activités.

En l'espèce, la question de cette influence fut rapidement tranchée, le contribuable en cause détenant 100 % du capital de la société établie dans un autre Etat membre.

La Cour en conclut directement que la disposition fiscale en cause dans le litige opposant le contribuable néerlandais à l'Administration fiscale de son pays constituait une entrave à la liberté d'établissement. La participation détenue par le contribuable dans une société communautaire devait dès lors, selon la Cour, bénéficier des régimes de faveur accordés aux participations détenues dans des sociétés résidentes, et être ainsi éligible à l'exonération d'impôt sur fortune dans les mêmes conditions.

La décision de la Cour n'a donc pas nécessité d'aborder la question de la compatibilité de cette disposition avec le principe de libre circulation des capitaux, question à laquelle l'Avocat général avait apporté une réponse lumineuse et riche d'enseignements pour les litiges à venir.

2.2 Des conclusions lumineuses

Les conclusions de l'Avocat général sont particulièrement riches et éclairent parfaitement un domaine, celui de la liberté de circulation des capitaux, dont l'extension n'est pas allée sans une certaine confusion. En premier lieu, elles établissent l'articulation entre la liberté d'établissement et la liberté de circulation des capitaux. En second lieu, elles précisent l'application à l'affaire en cause du principe de liberté de circulation des capitaux.

Dans un premier temps, l'Avocat général indique que les libertés de circulation des capitaux et d'établissement ne sont pas totalement exclusives l'une de l'autre, qu'une même mesure étatique peut constituer une entrave à chacune de ces deux libertés. En effet, la liberté d'établissement ne pouvant s'exercer en pratique sans mouvement de capitaux, la question de la concurrence de la liberté de circulation des capitaux avec la liberté d'établissement se posait depuis sa reconnaissance comme liberté fondamentale. Elle se posait avec d'autant plus d'acuité que les articles 52 et 73 D prévoient que chacune de ces deux libertés ne s'applique que sous réserve de l'application de l'autre. La position du gouvernement néerlandais consistait à soutenir que la liberté de circulation des capitaux ne pouvait s'appliquer cumulativement avec la liberté d'établissement. Estimant que la situation en cause ne se rattachait qu'à la liberté de circulation des capitaux, il demandait que sa législation soit confrontée à cette seule liberté. L'Avocat général lui répond que la conception ainsi mise en avant est erronée, que les libertés d'établissement et de circulation des capitaux peuvent s'appliquer cumulativement, même si, selon lui, cette application conjointe doit être strictement encadrée. De fait, la Cour avait déjà admis une telle possibilité dans l'arrêt *Konle* (3), pour tenir compte des situations où les deux libertés sont directement atteintes, même si, ayant considéré la disposition nationale en cause discriminatoire au regard de la liberté d'établissement, elle n'avait pas éprouvé le besoin de statuer in concreto sur l'entrave à la libre circulation des capitaux.

L'Avocat général expose ensuite que le rapport général de concurrence entre les deux libertés implique en pratique la détermination, parmi les libertés en cause, de la liberté effectivement applicable en l'espèce, ce qui s'effectue en appréciant le caractère direct ou indirect de l'atteinte portée à chacune d'entre elles. Ainsi, lorsqu'une disposition nationale, qui ne régit directement que les flux de capitaux, ne provoque qu'incidemment un obstacle à l'établissement d'un ressortissant ou d'une société communautaire dans un autre Etat membre, seule la liberté de

circulation des capitaux est directement atteinte. Lorsque, au contraire, la législation nationale provoque directement une entrave à la liberté d'établissement mais ne provoque qu'indirectement une réduction des flux de capitaux au sein de l'Union, seule la liberté d'établissement est applicable à l'espèce. Lorsque, enfin, la disposition en cause porte une atteinte directe à chacune de ces deux libertés, toutes deux protègent le contribuable.

La liberté de circulation des capitaux peut donc s'appliquer cumulativement avec la liberté d'établissement si la législation nationale en cause porte une atteinte directe à chacune d'entre elles. Dans l'affaire *Konle*, la législation autrichienne soumettait à autorisation préalable les acquisitions de biens immobiliers dans le Tyrol. Cette autorisation pouvait être obtenue selon des critères beaucoup plus souples pour les ressortissants autrichiens que pour les autres ressortissants communautaires. La nature du droit en cause rattachait la situation autant à la libre circulation des capitaux qu'à la liberté d'établissement. En conséquence, la discrimination portait une atteinte directe tant à la liberté d'établissement qu'à la liberté de circulation des capitaux. Ces deux libertés s'appliquaient donc cumulativement en l'espèce.

Dans un deuxième temps, à la différence de la Cour, l'Avocat général s'est prononcé sur la contradiction de la législation néerlandaise avec la liberté de circulation des capitaux en en précisant le champ d'application. Il ressort de ses conclusions que, si la disposition en cause n'était pas considérée comme discriminatoire au regard de la liberté d'établissement, elle devrait être considérée comme constituant une entrave à la liberté de circulation des capitaux. En effet, si la législation nationale peut restreindre la liberté des capitaux en entravant directement le transfert de capitaux, elle peut également la restreindre en rendant l'utilisation de ce capital moins attrayante dans un Etat membre autre que celui d'origine. Dès lors qu'un placement effectué par un national dans un autre Etat membre ne peut bénéficier dans son Etat d'origine des régimes de faveur qu'il aurait pu se voir appliquer en y conservant ses fonds, il y est victime d'une discrimination.

Cet éclairage est fondamental car il remet en cause une large partie des dispositions de droit fiscal interne. Toute prise de participation dans une société étrangère devra bénéficier des avantages accordés à une prise de participation dans une société nationale. A défaut, le contribuable pourrait contester la validité du droit interne en invoquant, selon la situation d'espèce, soit la liberté d'établissement soit la liberté de circulation des capitaux.

Certes, cette interprétation ne ressort que des conclusions de l'Avocat général. Cependant, si la Cour ne s'est pas prononcée sur la liberté de circulation des capitaux, ce n'est qu'en raison de la formulation de sa requête par la juridiction nationale. Celle-ci a adressé ses questions de manière hiérarchisée, la question de la compatibilité au regard de la libre circulation des capitaux ne devant se poser que si la législation était déclarée conforme à la liberté d'établissement. Néanmoins, ce raisonnement reprend et explicite la position précédemment soutenue par la Cour dans son arrêt *Sandoz GmbH* (4), dans lequel elle a considéré comme contraire à la libre circulation des capitaux une disposition autrichienne selon laquelle l'exonération du droit de timbre sur les contrats de prêt ne pouvait trouver à s'appliquer que si le prêteur était résident autrichien. De ce fait, il y a lieu

de considérer que les participations substantielles acquises aux fins de placement peuvent bénéficier de la protection assurée par la libre circulation des capitaux.

Quant aux justifications apportées par l'Etat à ses discriminations, elles ne sont admises, on le sait, qu'avec la plus grande rigueur. Le gouvernement des Pays-Bas invoquait la nécessité de maintenir la cohérence de son régime fiscal. Selon lui, cette disposition visait à éviter une double imposition au niveau des PME, qui aurait consisté à imposer la société à l'impôt sur les sociétés puis à taxer ces biens à l'impôt sur la fortune au niveau de l'associé ou actionnaire. Constatant qu'étaient en cause deux impositions différentes, supportées par deux contribuables différents, qui ne présentaient entre elles aucun lien direct de nature à mettre en jeu la cohérence du système fiscal néerlandais, la Cour a toutefois rejeté la justification invoquée par le gouvernement néerlandais.

Dans ses conclusions en effet, l'Avocat général indique que l'Etat membre pouvait maintenir l'unité de sa législation en prévoyant une disposition non discriminatoire, au terme de laquelle la même exonération serait accordée aux participations détenues dans toutes les sociétés communautaires soumises à l'impôt sur les sociétés dans leur Etat de résidence.

3 Possibles implications au niveau de la pratique fiscale française

Cet arrêt consacre le principe d'égalité de traitement fiscal entre les contribuables détenteurs de participations substantielles, qu'elles soient détenues dans des sociétés ayant leur siège en France ou dans un autre Etat membre. Or la législation française contient certaines dispositions particulièrement exposées à la sanction communautaire : les régimes français d'intégration fiscale, de placements transfrontaliers et de lutte contre l'évasion fiscale pourraient notamment être concernés par cette nouvelle jurisprudence.

En premier lieu, cette nouvelle jurisprudence vient conforter notre précédente analyse sur le champ d'application de l'intégration fiscale, à la suite de l'arrêt X AB et Y AB. En effet, si l'arrêt ne vise pas directement les régimes d'imposition fiscale de groupe, il interdit toutefois les distinctions opérées par les Etats entre les participations substantielles donnant des pouvoirs de gestion dans des sociétés en raison du pays du siège de ces dernières. Or, l'article 223 A du CGI précise que, pour faire partie du groupe intégré, une filiale doit être détenue à 95 % par la société tête de groupe ou par une filiale intégrée. La doctrine administrative ⁽⁵⁾ en déduit logiquement l'exclusion du périmètre de l'intégration des sous filiales détenues par le biais d'une filiale étrangère : des participations attribuant un réel pouvoir de gestion dans une société ne confèrent donc pas, en l'état du droit fiscal français, à leurs détenteurs les mêmes droits selon que la société a son siège en France ou dans un autre Etat membre. En conséquence, l'application de la jurisprudence Baars, combinée avec l'arrêt X AB et Y AB, amène logiquement à penser que la loi fiscale française devrait être modifiée afin d'inclure dans le périmètre d'intégration des sociétés détenues à 95 % par le biais de sous-filiales communautaires.

En second lieu, si elles venaient à être reprises par la Cour dans un arrêt ultérieur, les conclusions de l'Avocat général se révéleraient beaucoup plus rigoureuses encore à

l'égard de la législation française sur les placements à l'étranger. De fait, tous les placements souscrits dans des sociétés non-résidentes devraient alors bénéficier des mêmes régimes que les placements dans les sociétés françaises. Autrement dit, le nouveau critère de résidence pertinent pour bénéficier des régimes de faveur serait non plus la résidence française mais la résidence «communautaire».

Ainsi, l'article 158-3 du CGI prévoit un abattement de 8 000 francs (16 000 francs pour les contribuables mariés) sur les revenus de parts et actions perçus par une personne physique mais le limite aux parts de sociétés françaises ; l'article 125 A limite le bénéfice du prélèvement libératoire de l'impôt sur le revenu aux produits de placements à revenu fixe versés par des débiteurs établis en France. De même, en matière de placements réglementés, les conditions d'éligibilité au régime des plans d'épargne en actions, fixées par l'article 163 quinquies D du CGI par renvoi à la loi du 16 juillet 1992, comportent une obligation pour les émetteurs de titres d'avoir leur siège en France. Toutes ces dispositions reposent sur une discrimination fondée sur le siège de la société émettrice, rendant le placement des capitaux à l'étranger beaucoup moins attrayant qu'en France. Elles contreviennent dès lors directement au droit communautaire, si l'on en croit les conclusions, confirmées sur ce point par un arrêt du 6 juin 2000 ⁽⁶⁾.

Dans sa décision du 6 juin 2000 en effet, la Cour de Luxembourg a censuré, sur le fondement de la liberté de circulation des capitaux, une disposition fiscale néerlandaise qui limitait l'exonération des dividendes dont bénéficiaient les personnes physiques néerlandaises au titre de l'impôt sur le revenu, aux dividendes distribués par les seules sociétés résidentes des Pays-Bas. Les dispositions en cause visaient certes à éviter une double taxation, résultant d'une première imposition supportée par la société néerlandaise au titre de l'impôt sur les sociétés, doublée d'une imposition au niveau de l'associé au titre de l'impôt sur le revenu. Constatant que le même phénomène de double imposition économique pèse également sur les revenus distribués par les sociétés non-résidentes (même si l'impôt sur les sociétés dont elles sont redevables est un impôt étranger et non l'impôt sur les sociétés néerlandais), la Cour en a conclu que lesdits dividendes devaient pouvoir bénéficier de la même exonération que les dividendes de source néerlandaise.

Le système mis en place par les Pays-Bas obéissant aux mêmes motivations que les mécanismes français précités (abattement et avoir fiscal), il est probable que la Cour, si elle venait à être appelée à trancher la question, considérerait comme discriminatoire la limitation du bénéfice de l'avoir fiscal et de l'abattement aux seuls dividendes de source française, et mettrait probablement en demeure le gouvernement français d'accorder le bénéfice de l'abattement comme de l'avoir fiscal aux dividendes de source étrangère. Sur sa lancée, il n'est en outre pas exclu que la Cour, actuellement saisie de la question de l'*Advance Corporate Tax britannique* ⁽⁷⁾, exige l'extension du champ d'application de l'avoir fiscal aux actionnaires non-résidents de sociétés françaises, puisque désormais rien ne semble plus justifier les différences de traitement entre résidents et non-résidents, revenus de source locale et revenus de source étrangère. Ce faisant, il n'est pas non plus exclu que la Cour, en voulant étendre à l'infini le bénéfice de l'avoir fiscal, ne signe en réalité son arrêt de

mort, le coût d'une telle extension pour les pouvoirs publics français pouvant se révéler prohibitif. Les conséquences d'un tel abandon (en quelque sorte similaire à celui de l'Advance Corporate Tax par le gouvernement britannique il y a de cela quelques années), ne seraient toutefois pas univoques. Certes, pour les épargnants, il s'agirait d'un manque à gagner significatif, si les pouvoirs publics français décidaient de ne pas compenser la suppression de l'avoir fiscal par la mise en place d'un autre mécanisme d'incitation à l'épargne. Pour les sociétés distributrices françaises en revanche, et en particulier pour celles opérant de manière significative à l'étranger, la fin de l'avoir fiscal signifierait également celle du précompte, ce qui est en soi une bonne chose.

Pour conclure sur la compatibilité des dispositifs fiscaux français avec le droit communautaire, il faut garder à l'esprit que le droit fiscal français actuellement en vigueur contient, certes, des mécanismes d'incitations fiscales «discriminatoires» (parce que réservés aux actifs de source française ou aux résidents français) comme nous venons de le voir, mais également certaines dispositions fiscales à finalité répressive qui risquent d'être considérées par la Cour comme discriminatoires. L'on peut notamment citer :

- les articles 123 bis et 209 B, sur la taxation en France des bénéfices réalisés par les sociétés étrangères soumises à un régime fiscal privilégié détenues par des personnes physiques ou morales françaises ;
- l'article 238 bis 0-I, sur la non-reconnaissance des transferts d'actifs hors de France ;
- l'article 209-0 A, sur l'évaluation des parts d'Opcvm autres que les «Opcvm actions françaises» en valeur de marché à la clôture de l'exercice.

Si l'on suivait jusqu'au bout, et peut-être sans nuance, le raisonnement de la Cour, il faudrait conclure à l'incompatibilité de ces dispositifs répressifs avec le droit communautaire, dès lors que ces dispositifs ont précisément pour objet de pénaliser les investissements étrangers de résidents français lorsque ceux-ci ont pour objet ou pour effet de «délocaliser» de la matière imposable hors de France.

S'il devait être attaqué sur ce point devant la Cour de justice, il y a fort à parier que le gouvernement français essaierait de justifier l'application de ces dispositions en se fondant sur la nécessité de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, en s'appuyant sur le rapport du groupe de travail Primarolo sur la concurrence fiscale dommageable. Ce rapport, rendu public sur l'initiative du Conseil de l'Union européenne le 28 février 2000, répertorie quarante mesures fiscales de la législation des Etats membres qui créent une concurrence fiscale dommageable au sein de l'Union. La France pourrait espérer que les travaux du groupe de travail Primarolo, pesant sur l'attitude de la Cour de Luxembourg, obligent cette dernière à revoir sa jurisprudence. La Cour pourrait ainsi être amenée à admettre qu'un Etat membre est fondé à appliquer ses dispositions anti-abus, en application des réserves de l'article 73 D, à l'encontre des mesures fiscales dommageables. D'où la question de savoir si la France pourrait alors continuer à appliquer les dispositions de l'article 209 B à l'encontre des centres de coordination belges, des sociétés de financement de groupe aux Pays-Bas, 68 ou encore des captives de réassurance au Luxembourg, régimes reconnus comme dommageables par ledit rapport.

(1) CJCE, 16 juillet 1998, aff. C-264/96, Plén., Imperial Chemical Industries plc (ICI).

(2) CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-200/98, X AB et Y AB c/ Riksskatteverket.

(3) CJCE, 1^{er} juin 1999, aff. C-302/97, Konle.

(4) CJCE 14 octobre 1999 aff C-439/97, Sandoz GmbH c/Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland.

(5) Inst 13 juillet 1990, 4 H-10-90.

(6) CJCE 6 juin 2000, aff. C-35/98, Verkooijen.

(7) Affaires pendantes jointes C-397/98 Metallgesellschaft Limited, Metallgesellschaft AG et Metallgesellschaft Handel & Beteiligungen AG, The Metal and Commodity Company Limited, et C-410/98 Hoechst AG et Hoechst UK Limited.