



CJCE, 14 octobre 1999 : Sandoz GmbH
c/Finanzlanddesdirektion fur Wien,
Niederosterreich und Burgenland,
C-439/97

Droit communautaire. Libre circulation des capitaux. Application fiscale des articles du Traité. Art. 56 (libre circulation des capitaux). Opération de crédit. Droit de timbre sur contrat de prêt. Droit de timbre sur un document «équivalent» à un acte écrit quand le prêteur est un non-résident.

Est constitutive d'une entrave à la libre circulation des capitaux, une réglementation qui prévoit l'application d'un droit de timbre sur les emprunts réalisés auprès d'un établissement de crédit étranger en l'absence d'un acte écrit, alors que seuls les actes écrits sont soumis à un tel droit lorsque le prêteur est un établissement de crédit résident.

La législation autrichienne prévoit que les actes juridiques sont soumis à un droit de timbre lorsqu'ils font l'objet d'un acte écrit. Les sociétés autrichiennes ont donc le choix, soit de formaliser l'emprunt par un acte écrit et de payer un droit de timbre, soit de ne pas le formaliser par un acte écrit et, par conséquent, ne pas acquitter ce droit.

Selon cette législation, si un prêt est accordé à une société autrichienne par un prêteur qui n'a pas son domicile en Autriche et en l'absence d'acte écrit, les livres et documents comptables de l'emprunteur dans lesquels figure le prêt en question tiennent lieu de document équivalent à un acte écrit. Le contrat de prêt est, dès lors, soumis au droit de timbre du fait de l'existence de ce document équivalent. Dans la mesure où la législation autrichienne prévoit par ailleurs que l'inscription du prêt sur les livres comptables est obligatoire, il résulte des dispositions précitées qu'un emprunt effectué par une société autrichienne auprès d'une société étrangère est toujours soumis au droit de timbre, alors que les emprunts réalisés auprès des sociétés résidentes ne le sont que dans la mesure où l'emprunt donne lieu à un acte écrit.

La CJCE a jugé que ces dispositions étaient contraires à l'article 56 CE, qui pose le principe de la libre circulation des capitaux. Cette décision constitue un apport important à l'élaboration du droit fiscal communautaire dans la mesure où, à notre connaissance, il s'agit de l'une des premières applications positives de la notion de libre circulation des capitaux en matière fiscale.

A titre liminaire il n'est d'ailleurs pas inintéressant de noter que le Traité CE ne contient aucune définition précise de la notion de mouvements de capitaux. D'où la nécessité de se reporter à l'annexe de la directive 88/361 (4) et à la définition

qu'en donne la CJCE.

La directive 88/361 dont la valeur indicative a été récemment réaffirmée (5), donne une liste des opérations qui constituent des mouvements de capitaux. Il s'agit, pour mémoire :

- des investissements directs (I) ;
- des investissements immobiliers (II) ;
- des opérations sur titres normalement traitées sur le marché des capitaux (III) ;
- des opérations sur parts d'organismes de placement collectif (IV) ;
- des opérations sur titres et autres instruments normalement traités sur le marché monétaire (V) ;
- des opérations en comptes courants et de dépôts auprès des établissements financiers (VI) ;
- des crédits liés à des transactions commerciales ou à des prestations de services auxquels participe un résident (VII) ;
- des prêts et crédits (VIII) ;
- des cautionnements, autres garanties et droits de gage (IX) ;
- des transferts en exécution de contrats d'assurances (X) ;
- des mouvements de capitaux à caractère personnel (XI) ;
- des importations et exportations matérielles de valeurs (XII) ;
- des autres mouvements de capitaux (XIII).

Par ailleurs, selon la jurisprudence de la CJCE, sont constitutives de mouvements de capitaux les *opérations financières qui visent essentiellement le placement ou l'investissement du montant en cause et non la rémunération d'une prestation* (6).

De ce point de vue, l'arrêt Sandoz GmbH s'inscrit, on ne peut plus parfaitement, dans le cadre de la jurisprudence communautaire en confirmant que les prêts et crédits accordés par des non-résidents à des résidents constituent des mouvements de capitaux au sens du Traité CE.

Or, les dispositions fiscales autrichiennes soumises à l'appréciation de la Cour, privaient, dans certains cas, les entreprises résidentes de la possibilité de bénéficier de l'exonération de droit de timbre attachée aux prêts souscrits à l'intérieur du territoire national. Ces dispositions tendaient par conséquent à dissuader les sociétés autrichiennes de s'adresser à des établissements prêteurs non résidents.

Considérant qu'une telle situation était constitutive d'une entrave à la libre circulation des capitaux, la Cour en a conclu que la législation autrichienne comportait une discrimination condamnable à raison du lieu de conclusion du prêt.

Compte tenu de la notion de mouvements de capitaux retenue par la CJCE, certaines dispositions françaises relatives à l'épargne pourraient être considérées comme constitutives d'entraves à la libre circulation des capitaux.

Si la question des contrats d'assurance dits DSK est aujourd'hui réglée dans la mesure où la loi de finances rectificative pour 1999 rend éligible au quota de 50 % de placements en actions et au quota de 5 % de placements à risque, auxquels sont tenus ces contrats, les titres des sociétés cotées ou non dont le siège est situé dans un Etat de la communauté européenne, d'autres zones de discrimination subsistent.

Tel est notamment le cas des dispositions de l'article 158-

3 du CGI aux termes duquel l'abattement de 8 000 francs (16 000 francs pour un couple) n'est applicable que sur certains revenus d'actions et de parts de sociétés françaises.

L'article 125 A du CGI qui permet au contribuable personne physique d'opter pour le prélèvement forfaitaire libératoire sur les produits de placement à revenu fixe réserve cette possibilité aux seuls intérêts, arrrages et autres produits versés par les débiteurs établis en France.

L'article 163 quinquies D du CGI relatif aux plans d'épargne en actions renvoie quant à lui aux dispositions de la loi n° 92-666 du 16 juillet 1992, qui prévoient que les émetteurs des titres susceptibles d'entrer dans un PEA doivent avoir leur siège en France (7).

Enfin, apparaissent également condamnables, les dispositions de l'article 209 OA du CGI qui, tout en stipulant que les actions et parts d'Opcvm détenues par les entreprises doivent être évaluées à leurs valeurs liquidatives à la clôture de chaque exercice, apportent toutefois une exception notable pour les parts ou actions «d'Opcvm actions». Ces dernières échappent, en effet, à la règle dite «*mark to market*» sous réserve que soient remplies plusieurs conditions, dont certaines sont relatives à la nature des titres qui composent l'actif de l'Opcvm.

En effet, l'actif de l'Opcvm doit être composé, de façon constante, pour 90 % au moins, par des actions, des certificats d'investissement et des certificats coopératifs d'investissement émis par des sociétés ayant leur siège dans l'Union européenne et qui sont soumises à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun ou à un impôt comparable. L'article précise en outre que ne sont éligibles pour l'appréciation de la limite de 90 % que les actions, certificats d'investissement et certificats coopératifs d'investissement qui sont rémunérés par des dividendes ouvrant droit à l'avoir fiscal.

Lorsque la société émettrice est étrangère, cette condition est considérée comme remplie lorsque, d'une part la société émettrice a son siège dans un Etat membre de la Communauté européenne qui a institué un crédit d'impôt équivalent à l'avoir fiscal prévu à l'article 158 bis du CGI, et d'autre part, ce crédit d'impôt est conventionnellement transférable aux entreprises françaises soumises à l'impôt sur les sociétés (8).

Dans la mesure où le transfert d'un crédit d'impôt équivalent à l'avoir fiscal n'est généralement pas prévu dans les conventions signées entre la France et les autres Etats membres, l'on peut sans grand risque de se tromper, constater que les Opcvm français, soucieux d'éviter que leurs actionnaires ne soient soumis à la règle «*mark to market*», ne sont guère incités à détenir des titres émis par des sociétés non résidentes de France.

De ce point de vue, l'article 209 OA apparaît bien constitutif d'une entrave à la libre circulation des capitaux, dès lors

qu'il dissuade les Opcvm français d'investir dans des «actions» européennes.

A noter toutefois que la liberté de circulation des capitaux semble bénéficier d'une protection quelque peu «inférieure» à celle garantie par le traité CE aux autres grandes libertés de circulation (notamment liberté d'établissement et libre prestation de services).

En effet, si comme pour les autres libertés, un article pose le principe de l'interdiction de toutes les restrictions aux mouvements de capitaux (art. 56 CE), la portée de ce principe est, contrairement aux autres libertés, immédiatement limitée par un autre article (9).

L'article 58 CE stipule ainsi que les dispositions de l'article 56 CE ne doivent pas porter atteinte au droit des Etats membres à appliquer d'une part, des dispositions établissant des distinctions entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis et, d'autre part, des dispositions tendant à faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale.

La liberté laissée aux Etats membres n'est pas pour autant absolue puisque l'article 58 CE précise immédiatement, dans son troisième alinéa, que cette liberté ne doit pas devenir une source de discriminations arbitraires.

En l'espèce, l'on voit mal quelle explication l'Etat français pourrait avancer afin de justifier les distorsions créées par la rédaction actuelle de l'article 209 OA. Il faut espérer, à l'instar des évolutions que l'on a pu constater en ce qui concerne les contrats DSK, que le législateur français renonce aux dispositions discriminatoires décrites ci-dessus, et s'engage résolument dans la voie d'une plus grande conformité au droit communautaire.

(4) Directive 88/361/CEE du 24 juin 1988.

(5) CJCE 14 novembre 1995, aff. 484/93 ; Svensson et Gustavsson.

(6) CJCE 13 février 1984 ; aff. 286/82, 26/83 ; Luisi et Carbone.

(7) L'article 14 de la loi de finance rectificative pour 1999 prévoit l'éligibilité aux PEA des actions de sociétés européennes reçues dans le cadre de certaines opérations d'échange.

(8) Inst. 26 mars 1993, 4 A-13-93, n° 15.

(9) Les autres libertés de circulation ne sont pas soumises à des limitations analogues par le Traité CE. La jurisprudence de la CJCE, avec notamment le concept de «cohérence du système fiscal», vient néanmoins poser des limitations semblables à la liberté des Etats.