

Doctrine

LE TRAITEMENT FISCAL DU TRANSFERT DE RÉSIDENCE FACE À LA LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT DES SOCIÉTÉS EN DROIT DE L'UE — DE *DAILY MAIL* À *NATIONAL GRID INDUS* : ÉVOLUTION, RÉVOLUTION ET AU-DELÀ?

PAR

Edouard-Jean NAVEZ

*Doctorant à l'Université catholique de Louvain
Chercheur rattaché à la Chaire PwC de droit fiscal*

Introduction

Conceptuellement, le transfert du siège social (1) constitue la manifestation la plus évidente de la circulation juridique de l'entreprise. Cependant, lorsqu'un tel transfert est réalisé au-delà des frontières nationales, il suscite des questions spécifiques auxquelles les sociétés ne sont pas confrontées lorsqu'elles opèrent exclusivement dans l'ordre interne. L'opération est, en effet, soumise à d'importantes difficultés qui rendent sa réalisation très délicate en pratique (2). Sous

(1) Sous l'angle fiscal, la localisation d'une société et son assujettissement à l'impôt des sociétés reposent généralement sur la notion de «résidence». Celle-ci est déterminée selon des critères qui varient en fonction de la législation concernée. Dans la pratique internationale, l'on observe que ces critères peuvent être distincts des facteurs de rattachement qui déterminent la *lex societatis*. Cependant, le transfert du siège social impliquera, dans la grande majorité des cas, un transfert concomitant de la résidence fiscale.

(2) Pour un aperçu de ces difficultés en droit belge, voy. A. AUTENNE et E.-J. NAVEZ, «Le transfert du siège social comme modalité de réorganisation des sociétés commerciales : aspects commerciaux et fiscaux», in (E. TRAVERSA et E.-J. NAVEZ sous la coord.) *Les réorganisations de sociétés. Actualités en droit des sociétés, droit fiscal, droit comptable et droit social*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, pp. 165-210; E.-J. NAVEZ et B. GODDIN, «L'évolution du principe de liberté d'établissement dans l'espace européen et ses influences sur le DIP belge des personnes morales», *Droit des sociétés. Millésime 2011*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 283-339; A. AUTENNE, «Droit européen et mobilité des sociétés : pour qui sonne

BRUYLANT

l'angle civil, le transfert transfrontalier du siège social d'une personne morale est susceptible de provoquer un bouleversement si important du rattachement à la loi qui la régit, qu'il peut entraîner son irrégularité ou la perte de sa personnalité morale. D'autre part, la société désireuse de s'établir dans un État étranger devra le plus souvent composer avec les exigences posées par la législation de l'État d'accueil, sans connaître précisément la nature et l'étendue des formalités à accomplir. D'un point de vue fiscal, la localisation de la résidence des sociétés et des actifs qui y sont associés représente un enjeu important pour les États membres dans la mesure où celle-ci permet généralement de déterminer le statut fiscal d'une société. Concrètement, la soumission des contribuables à une obligation fiscale «limitée» ou «illimitée» (3) se fonde sur un critère personnel qui, dans la plupart des cas, est celui de la résidence fiscale. Les législateurs nationaux sont dès lors enclin à décourager l'émigration des sociétés en considérant celle-ci comme le fait générateur d'un impôt sur le revenu appelé, dans le langage courant, une «exit tax». Celui-ci poursuit l'objectif de limiter la déperdition fiscale qui résulterait, pour l'État d'émigration, de la perte du droit d'imposition sur les revenus latents, accumulés au fil du temps mais non encore imposés pour des raisons internes de politique fiscale. Selon des modalités diverses, l'impôt d'émigration vient donc frapper le transfert de la résidence fiscale ou des actifs sociaux à l'étranger. Ce type d'impôt constitue un frein important à la mobilité intra-européenne des sociétés dans la mesure où il aboutit à complexifier les restructurations transfrontalières, à réduire les liquidités des sociétés et peut donner lieu à des formalités administratives contraignantes. En outre, l'impôt de sortie (ou «exit tax») est susceptible de générer une double imposition de certaines plus-values non réalisées, compte tenu des divergences entre l'État d'origine et l'État d'accueil quant à l'évaluation des actifs transférés (4).

le glas?», 2011, pp. 194-197; A. AUTENNE, et E.-J. NAVEZ, «Cartesio, les contours incertains de la mobilité des sociétés revisités», *Cah. dr. eur.*, 2009, pp. 91-125, et les références citées.

(3) La notion d'obligation fiscale illimitée renvoie à l'idée d'un assujettissement complet à l'impôt (*full tax liability*) dans l'État dont le contribuable est résident fiscal. Cette prérogative de l'État lui permettant de soumettre à l'impôt le patrimoine mondial de ses résidents repose sur l'idée selon laquelle il est, en principe, celui qui a fourni au contribuable l'environnement et l'infrastructure propices à la constitution de son patrimoine.

(4) A cet égard, voy. la déclaration de politique générale de l'International Chamber of Commerce (ICC) du 16 juin 2006, «Taxes à la sortie : un obstacle sérieux aux restructurations d'entreprises et à la circulation des capitaux dans le monde», disponible sur le portail web de l'institution.

Au sein de l'espace régional européen, une autre difficulté importante consiste à apprécier la portée de certains principes issus du droit de l'Union, à savoir principalement les libertés de circulation et le principe de non-discrimination, sur les dispositions nationales relevant du droit des sociétés, du droit international privé, du droit social ou du droit fiscal. Du point de vue historique, ces difficultés s'expliquent essentiellement par le fait que la liberté d'établissement des sociétés a été consacrée dans le traité européen à travers des dispositions trop peu contraignantes qui, au surplus, ne réglaient pas certaines des questions cruciales en matière de circulation des personnes morales (5). Dès lors, il est essentiellement revenu à la Cour de justice (ci-après, CJUE) d'interpréter les articles 49 et 54 TFUE afin de conférer à ces dispositions un contenu concret et d'en préciser les modalités d'application. Malheureusement, pour positive qu'elle soit, cette approche présente des limites inhérentes à la nature juridictionnelle de la Cour. À l'heure actuelle, la mobilité des sociétés demeure imparfaitement consacrée dans l'espace européen, notamment au regard des possibilités d'émigration offertes aux personnes physiques (6). Singulièrement, alors même qu'il en constitue l'expression la plus aboutie, le transfert du siège social ne semble pas relever pleinement de la liberté d'établissement garantie par le droit de l'Union européenne (7). En effet, même lorsqu'il ne s'accompagne pas d'un transfert concomitant des actifs sociaux, divers obstacles rendent cette opération quasiment impossible ou, à tout le moins, techniquement très délicate. La principale difficulté provient de la consécration simultanée par le droit de

(5) Voy. l'ex-article 293 CE, ayant lui-même remplacé l'ancien article 220 CE.

(6) L'on sait que l'article 54 TFUE (art. 48 CE) assimile les sociétés constituées selon la législation d'un État membre aux personnes physiques pour le bénéfice de la liberté d'établissement. L'examen de la jurisprudence européenne témoigne cependant du caractère très imparfait de cette assimilation, en particulier si l'on compare l'étendue de leur capacité juridique respective. Sur cette question, voy. not. E.-J. NAVEZ et B. GODDIN, «L'évolution du principe de liberté d'établissement dans l'espace européen et ses influences sur le DIP belge des personnes morales», *op. cit.*, pp. 315-316.

(7) Dans le même sens, voy. les conclusions de l'avocat général JÄÄSKINEN précédant l'affaire C-378/10, *Vale*, pendante devant la Cour de justice, points 4 et 57. Pour autant, l'idée d'un transfert intra-européen du siège social est loin d'être inédite puisqu'elle fait l'objet de travaux menés depuis de nombreuses années par la Commission européenne (voy. les différents projets de 14^e directive). En outre, elle s'est déjà vue attribuer un contenu concret à travers des instruments tels que la société européenne, la société coopérative européenne et la 10^e directive relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux. Enfin, rappelons que le 6^e considérant de la directive 2005/19/CE du 17 février 2005 mentionnait que «le transfert du siège statutaire constitue un moyen d'exercer la liberté d'établissement prévue par les articles 43 et 48 du traité».

l'UE de deux principes dont l'application est pourtant à géométrie variable : la théorie de la fiction de la personnalité morale (8) (9) et le principe de neutralité vis-à-vis des règles de rattachement des sociétés à leur ordre juridique national (10).

Dans le cadre restreint de cette contribution, nous focaliserons notre attention sur l'appréhension, en droit de l'UE, du traitement fiscal du transfert transfrontalier de la résidence (fiscale) des sociétés. Sous l'angle du droit d'émigration (11), de nombreuses questions se posent quant à l'articulation de la réglementation nationale avec les libertés de circulation garanties par le traité européen. En effet, si l'arrêt *Daily Mail* a donné lieu à une décision peu favorable à la mobilité intra-européenne des sociétés, d'autres arrêts plus récents donnent à penser que ses enseignements doivent désormais être relativisés. A l'égard du droit d'immigration, la Cour de justice est, en principe, compétente pour sanctionner les restrictions imputables à l'État d'accueil d'une société mais elle n'a, pour l'heure, jamais été saisie d'un tel litige. Nous verrons que des pistes de coordination des législations nationales ont cependant été formulées dans une résolu-

(8) Rappelons ici que la doctrine distingue généralement entre la théorie dite de la «réalité» et la théorie dite de la «fiction». Selon cette dernière, «la personnalité morale ne se justifie que par des considérations pratiques»; elle représente une prérogative fonctionnelle, non assimilable à la personnalité des personnes physiques. A l'inverse, pour les tenants de la conception réaliste, «les personnes morales constituent des réalités indépendantes de la loi qui ne peut que les reconnaître et les entériner». Un consensus semble s'être dessiné à la faveur d'une conception médiane qui tend à appréhender les sociétés comme des «réalités techniques». Selon celle-ci, la loi «n'a plus un rôle générateur pour l'octroi de la personnalité morale, mais un rôle normatif» (B. DE CHÉDID, *Le transfert du siège social des sociétés anonymes. Etude de droit international privé*, thèse, Université de Lausanne, 1982, pp. 19-22). Sur cette question, voy. not. N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé. Éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, 2004; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Coll. Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 1995.

(9) Voy. C.J.U.E., 27 septembre 1988, aff. C-81/87, *Daily Mail*, Rec., 1988, p. 5483, n° 19; C.J.U.E., 16 décembre 2008, aff. C-210/06, *Cartesio*, non encore publié au Recueil, n° 104.

(10) Pour rappel, le facteur de rattachement dont question constitue une règle de conflit de loi déterminante de la *lex societatis*. Schématiquement, la *lex societatis* organise les conditions d'existence et le fonctionnement de la société en tant que personne juridique autonome. La détermination de la législation applicable à une société résulte de la mise en œuvre d'un critère de rattachement qui varie selon les règles de droit international privé de l'État intéressé.

(11) Dans la suite de la contribution, la notion d'émigration renverra à l'examen du traitement fiscal réservé, dans son État d'origine, à une société désireuse de déplacer sa résidence fiscale dans un autre État membre. A l'inverse, le volet immigration analyse le traitement fiscal réservé, dans l'État d'accueil, à une société étrangère qui décide d'y transférer sa résidence fiscale.

tion du Conseil européen qui, malheureusement, n'a pas de réelle portée contraignante.

Dans les lignes qui suivent, nous reviendrons d'abord brièvement sur la portée du principe de la «souveraineté fiscale» des États membres et l'on tentera de mettre en évidence les implications de celui-ci sur l'aptitude des sociétés à déplacer leur résidence fiscale au-delà des frontières de l'État dans lequel elles ont été constituées. Nous rappellerons ensuite les limites d'ordre général qu'impose au principe de souveraineté fiscale le respect du droit de l'UE et des conventions fiscales internationales (I). Nous nous pencherons ensuite successivement sur la problématique du traitement fiscal de l'émigration et de l'immigration des sociétés en droit de l'UE afin d'identifier les contraintes qu'il fait peser sur les législations nationales (II. et III.). Dans une dernière partie plus prospective, nous évoquerons certaines pistes d'évolution susceptibles, à l'avenir, de favoriser la consécration du droit d'établissement primaire des sociétés dans l'espace européen (IV.).

I. — L'application du principe de souveraineté fiscale à l'impôt de sortie face aux limites imposées par le droit de l'UE

A. — L'EXERCICE DE LA SOUVERAINÉTÉ FISCALE ET L'IMPÔT D'ÉMIGRATION DANS LA PRATIQUE INTERNATIONALE

Traditionnellement, l'on enseigne que l'impôt relève de la souveraineté originaire des États. Compte tenu des fonctions importantes dévolues à l'outil fiscal, l'on a même pu affirmer que «l'impôt est non seulement la marque fondamentale de la souveraineté, mais aussi l'instrument privilégié de la souveraineté» (12). Par extension, l'on considère généralement qu'en vertu d'un principe de «souveraineté fiscale», les États membres sont libres d'établir leur propre système d'imposition et de fixer les orientations de leur politique fiscale d'une manière autonome (13). Corrélativement, ils n'ont, en principe, pas

(12) J. BUISSON, «Impôt et souveraineté», *Archives de philosophie du droit*, 2002, n° 46, pp. 25-31.

(13) Selon la définition des Professeurs G. Gest et G. Tixier, à laquelle une majorité d'auteurs semble se rallier, «une entité territoriale déterminée, bénéficiant ou non de la souveraineté politique, est réputée jouir de la souveraineté fiscale dès lors qu'elle dispose d'un système fiscal présentant deux caractéristiques essentielles, d'une part une autonomie technique, d'autre part une exclusivité d'application dans le territoire en question» (G. GEST et G. TIXIER, *Droit fiscal international*, Paris, PUF, Collection Droit Fondamental, 2^e éd., 1990, p. 15). Sur la notion de souveraineté fiscale et les distinctions avec la souveraineté politique, voy. les études

l'obligation d'adapter leur propre régime aux systèmes de taxation des autres États membres en vue (notamment) d'éliminer la double imposition internationale (14). Dans la pratique, la plupart des États délimitent cependant leur souveraineté fiscale en s'inspirant d'un «principe de territorialité», lequel est notamment associé à une composante temporelle, à savoir la qualité de résident du contribuable au moment où le bénéfice imposable a été recueilli (15). Ce principe de territorialité est toutefois une notion à géométrie variable qui ne présente, à l'heure actuelle, aucun contenu précis. Dès lors, il connaît des applications parfois très différenciées dans la législation des États membres. D'égale souveraineté fiscale, ces derniers sont donc, *a priori*, libres de circonscrire de façon discrétionnaire l'étendue de leur pouvoir d'imposition et de définir leur conception du «principe de territorialité» (16).

Dans la majorité des États membres de l'Union, l'émigration des sociétés résidentes entraîne l'exigibilité d'un impôt qui a pour finalité de préserver les recettes fiscales de cet État sur certaines catégories de revenus latents ou d'éviter les manœuvres d'évasion fiscale. En règle, cet impôt frappe également le transfert des actifs sociaux à un établissement stable étranger ainsi que le transfert entre deux établissements stables situés dans des États membres différents. L'impôt de sortie ou d'émigration est susceptible de prendre des formes diverses en fonction de la législation examinée. Cela étant, malgré certaines divergences relevant des modalités de mise en œuvre, les législations des États membres présentent d'importantes similitudes. En droit belge, l'article 210, §1^{er}, 4^o du Code des impôts sur les revenus reflète encore une analyse ancienne puisqu'il assimile fiscalement le transfert du principal établissement ou du siège de direction ou d'administration

fouillées de M. ISENBAERT, *EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation*, Doctoral Series, vol. 19, IBFD, 2010 et de A. MAITROT DE LA MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire — Recherche sur les impôts directs*, Paris, LGDJ, 2005, n^{os} 44 et s., et les références citées.

(14) En ce sens, voy. C.J.U.E., 16 juillet 2009, aff. C-128/08, *Damseaux, Rec.*, p. I-06823. Voy. également C.J.U.E., 14 novembre 2006, aff. C-513/04, *Kerckhaert et Morres, Rec.*, p. I-10967.

(15) C.J.U.E., 7 septembre 2006, N, aff. C-470/04, *Rec. p. I-7409*, points 41 à 46 et les conclusions de l'avocat général J. KOKOTT, précédant cette affaire, points 91 à 101.

(16) Ainsi, même si l'*imperium* étatique n'est, en principe, pas limité aux frontières nationales, «il faut encore que l'administration fiscale ait l'autorité nécessaire pour appliquer les lois fiscales. Or, le pouvoir d'exécution qui suppose l'exercice de l'*imperium* ne peut s'exercer en territoire étranger, sauf autorisation accordée par l'État étranger en question» (A. TIBERGHEN et alii, *Manuel de droit fiscal 2009-2010*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 18).

d'une société résidente à une dissolution, suivie d'une liquidation «forcée» imposable (17). L'application de la fiction organisée par cette disposition donne lieu à l'imposition des actifs mondiaux (18), de la même manière que si la société décidait du partage de l'avoir social (art. 210, §2 CIR) (19). Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011 (20), toutes les sociétés résidentes peuvent cependant bénéficier d'un régime de «neutralité fiscale», tel qu'il est prévu par la directive fiscale «fusion». Ce régime de neutralité repose, en droit belge, sur les principes suivants : l'application des dispositions fiscales en matière de dissolution et de liquidation est exclue pour autant qu'après le transfert du siège social, les avoirs sociaux demeurent affectés à un établissement belge. Jadis, la législation française assimilait également le transfert transfrontalier du siège social à une cessation d'entreprise, ce qui entraînait l'imposition des bénéfices d'exploitation de l'exercice, des bénéfices en sursis d'imposition et des plus-values latentes (21). A l'instar de la solution belge, le droit français organise désormais un régime de «neutralité» à l'égard des transferts du siège social réalisés à destination d'un État membre de l'UE par une société résidente. Celui-ci est toutefois subordonné au maintien des actifs dans un établissement stable français. Comme on peut le constater, le bénéfice du régime de neutralité n'est accordé, en Belgique et en France, que s'il n'entraîne aucune diminution de l'assiette imposable dans l'État

(17) Selon le commentaire administratif, «la disposition de l'art. 210, §1^{er}, 4^o, CIR 92, vise de manière explicite à assimiler à un partage de l'avoir social les cas où des sociétés résidentes transfèrent leur domicile fiscal (siège social, principal établissement ou siège de direction ou d'administration) à l'étranger» (Com. IR 210/22). Pour un aperçu détaillé de ce régime, voy. P. SMET et C. THOMPSON, «Emigratie van vennootschappen : einde van de Belgische exitheffing nabij?», *Fiscaal Praktijkboek Directe Belastingen 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2010, pp. 137-166; M. VAN GILS en K. DE BIE, «Zetelverplaatsing vóór en ná de wet van 11 december 2008. Deel II. Emigratie», *T.F.R.*, novembre 2010, pp. 303 et s.; N. BAMMENS, «Emigratie van vennootschappen met het oog op liquidatie. De bestrijding van misbruik getoetst aan dubbelbelastingverdragen en EG-recht», *T.F.R.*, 2009, 367, pp. 703 et s.; R. MESSIAEN, «Internationale zetelverplaatsing en de emigratiebelasting ex artikel 210 §1, 4^o WIB 1992: is de exit-tax verenigbaar met de hogere normen?», *T.F.R.*, 2005, pp. 731 et s.

(18) Le fait générateur de l'impôt survenant à la date de ce transfert (Com. IR 210/23).

(19) En dépit de la formulation quelque peu ambiguë de l'art. 210, §1^{er}, 4^o CIR, il nous semble que l'assimilation fiscale du transfert du siège à une liquidation de la société ne s'appliquera qu'en cas de déplacement de la résidence fiscale à l'étranger, et non de déménagement isolé du siège statutaire (en ce sens, voy. M. VAN GILS en K. DE BIE, *op. cit.*, p. 842 et les références citées).

(20) Loi du 14 avril 2011 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 6 mai 2011.

(21) D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, Paris, Montchrestien, 2010, pp. 453-457.

d'émigration de la société. Cette exigence est présente dans la législation de nombreux autres États membres et, comme nous le verrons, celle-ci est désormais contraire au droit de l'UE, en tant qu'elle implique l'immobilisation inconditionnelle des actifs sociaux. Dans certains États comme l'Espagne ou le Portugal, le transfert à l'étranger de la résidence fiscale ou des actifs sociaux donne lieu à une imposition des plus-values latentes afférentes aux actifs transférés. Conformément aux législations concernées, la différence entre la valeur de marché et la valeur comptable de ces actifs, au moment du transfert, doit être ajoutée aux revenus de la société afférents à l'année au cours de laquelle celle-ci a cessé d'être fiscalement résidente ou au cours de laquelle les actifs sociaux ont été transférés à l'étranger. En vertu des législations néerlandaise et italienne, le transfert à l'étranger de la résidence fiscale donne fictivement lieu à la réalisation des actifs de la société, à moins que ceux-ci ne demeurent affectés à un établissement stable dans l'État de départ.

Au-delà de ces quelques exemples, l'analyse comparée laisse apparaître que de nombreux États membres ont mis en place un impôt d'émigration ou de sortie qui s'appuie sur la valeur de marché (*fair market value*) de certaines catégories d'actifs transférés et devient exigible au moment du transfert de la résidence fiscale à l'étranger, lorsque la société est encore résidente. Ce type d'impôt est parfois qualifié de «immediate exit taxation». L'on observe également d'autres types de règles dans la législation de certains États membres qui aboutissent à prolonger fictivement la qualité de résident d'une société qui a effectivement immigré dans un autre État membre. Ces taxes sont parfois appelées «trailing taxes». Plus récemment, certains États membres ont mis en œuvre, à l'instar de l'Italie, la possibilité de suspendre le recouvrement de l'impôt de sortie jusqu'au moment de la réalisation effective des actifs transférés. Comme nous le verrons, l'évolution du droit de l'UE impose désormais la généralisation des mécanismes organisant un report du recouvrement de l'impôt.

D'une manière générale, les *exit taxes* sont susceptibles de générer une double imposition économique qui résulte d'une appréciation différente (et décalée dans le temps), par l'État d'émigration et l'État d'immigration, du principe de territorialité qui fonde leur imposition. A première vue, l'on pourrait s'attendre à ce que les conventions préventives de la double imposition conclues entre les États membres permettent de désamorcer ce genre de difficultés. Cependant, ces conventions fiscales sont généralement impuissantes à résoudre la double imposition susceptible de surgir dans les situations d'émigration. Les impôts de sortie suscitent d'abord des difficultés de qualification au regard de la convention modèle OCDE, notamment parce qu'ils frap-

pent le plus souvent un revenu fictif (c'est-à-dire non réalisé) (22). Selon une doctrine majoritaire, les plus-values fictives (c'est-à-dire latentes) imposées immédiatement avant l'émigration des sociétés (*immediate exit taxation*) ne sont pas visées par la disposition du modèle OCDE relative aux plus-values (l'art. 13 du modèle) dans la mesure où cet article suppose une aliénation effective. L'on considère donc généralement que l'article consacré aux «autres revenus» leur est applicable (l'art. 21 du modèle) (23). Celui-ci confère un pouvoir d'imposition exclusif à l'État de résidence de la société qui, par hypothèse, est l'État d'émigration. Or, l'objet des conventions fiscales est essentiellement de répartir le pouvoir d'imposition lorsque celui-ci est dévolu concurremment à deux ou plusieurs États. Les dispositions nationales qui aboutissent à prolonger la résidence fiscale d'une société postérieurement à son émigration effective reçoivent, quant à elles, un traitement différent dans les conventions fiscales internationales. En principe, celles-ci sont vouées à perdre leur effet, à tout le moins lorsque la convention en cause est conforme au modèle OCDE. L'article 4 de ce modèle contient, en effet, une définition propre de la résidence pour l'application de la convention. Dans ce cadre, une «tie-breaker rule» permet de résoudre les situations de double résidence en identifiant la résidence conventionnelle des sociétés dans l'État où leur siège de direction effective est situé. Il découle de ce qui précède qu'à partir du transfert du siège social, seul l'État d'immigration sera autorisé à prélever l'impôt sur la base du critère de la résidence fiscale.

B. — LIMITATIONS D'ORDRE GÉNÉRAL EN DROIT DE L'UE

Si la fiscalité demeure un domaine de compétence exclusive des États membres, on constate aujourd'hui que leur souveraineté fiscale n'est plus illimitée, en ce sens qu'elle doit être mise en perspective avec d'autres règles qui viennent tempérer sa portée. Le droit européen occupe, à cet égard, un rôle majeur par l'influence de plus en plus

(22) P. BRANDSTETTER, *The Substantive Scope of Double Tax Treaties — a Study of Article 2 of the OECD Model Conventions*, Doctoral thesis, WU Vienna University of Economics and Business, 2010 et les références citées.

(23) B.M. CARRAMASCHI, «Exit taxes and the OECD Model Convention», *Tax Notes International*, vol. 43, n° 3, p. 21, 2008 et les références citées; L. DE BROË, «Emigratiebelastingen : zijn ze verenigbaar met de dubbelbelastingverdragen en het EG-Recht?», in *Liber amicorum Hinnekens*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 103 et s.; B. PEETERS, «De internrechtelijke ficties in het Belgisch fiscaal recht in het licht van het adagium 'pacta sunt servanda'», in *Liber amicorum W. Maeckelbergh*, Brussel, FHS, 1993, pp. 343 et s.

marquée qu'il exerce sur les systèmes fiscaux nationaux (24). Cette influence s'est concrétisée tantôt de façon expresse, tantôt de manière implicite. Elle est d'abord l'œuvre du législateur européen qui a réalisé un rapprochement des législations en matière d'impôts indirects, à la faveur d'un processus d'harmonisation (25). Celui-ci s'est cristallisé autour de la taxe sur la valeur ajoutée, des droits d'accise et des impôts frappant les rassemblements de capitaux (26). Malheureusement, la fiscalité des revenus demeure encore largement à l'écart de ce mouvement de rapprochement. Ensuite et surtout, l'immixtion du droit européen est essentiellement perceptible à travers l'importante œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice. La souveraineté fiscale des États membres est, en effet, susceptible d'être égratignée par l'application de règles du droit européen aux finalités non fiscales, à savoir les articles du traité relatifs aux libertés de circulation. Aujourd'hui, il est de jurisprudence constante que si la fiscalité des revenus demeure essentiellement une prérogative des États membres, ces derniers doivent toutefois l'exercer dans le respect du droit de l'UE (27).

Au fil du temps, un principe «d'encadrement» de la fiscalité directe des États membres par le droit de l'UE a ainsi vu le jour (28). Cette évolution, essentiellement impulsée par le développement des libertés de circulation, a permis au Professeur Maitrot de la Motte de démontrer que la souveraineté fiscale des États est

(24) Concrètement, le T.F.U.E. ne contient que quelques références explicites à la matière fiscale. Le chapitre II du titre VII du TFUE, intitulé «Dispositions fiscales», ne se compose que de quatre dispositions, à savoir les articles 100 à 113 TFUE. En outre, il existe d'autres dispositions faisant référence à la fiscalité dans le traité qui exercent une influence marginale en la matière. Il s'agit de l'art. 65 (Libre circulation des capitaux), de l'art. 179, §2 (Recherche et développement) et de l'art. 191, §2 (Environnement). L'ancien article 293 CE a, quant à lui, disparu sous l'empire du traité de Lisbonne.

(25) Voy. l'article 113 TFUE. Ce processus d'harmonisation a également été entrepris, bien qu'à un degré moindre, dans certaines matières relevant de la fiscalité directe.

(26) A cet égard, voy. la directive 2008/7/CE du Conseil du 12 février 2008 concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux, *J.O. L* 46 du 21 février 2008, pp. 11-22.

(27) Pour la consécration initiale de ce principe, aujourd'hui systématiquement rappelé par la Cour, voy. C.J.U.E., 14 février 1995, *Schumacker*, aff. C-279/93, *Rec.*, p. I-225, point 21; C.J.U.E., 11 août 1995, *Wielockx*, aff. C-80/94, *Rec.*, p. I-2493, point 16.

(28) K. LENAERTS et L. BERNARDEAU, «L'encadrement communautaire de la fiscalité directe», *CDE*, 2007, pp. 19 et s. L'arrêt précurseur de cette évolution est l'arrêt dit «Avoir fiscal», C.J.U.E., 28 janvier 1986, aff. 270/83, *Commission c. France*.

aujourd'hui contrariée par l'apparition d'un «ordre fiscal commun» au sein de l'espace européen, entendu comme «un système juridique cohérent et autonome comportant des normes fiscales qui s'intègrent dans les ordres juridiques des États membres» (29). Puisant ses racines dans les principes de non-discrimination et de libre circulation garantis par le droit de l'UE, cet ordre fiscal commun serait désormais de nature à contrarier la souveraineté fiscale des États membres (30). Si cette thèse séduisante contient incontestablement une part de vérité, elle a toutefois montré ses limites à l'égard de la problématique de la double imposition. Bien que la Cour de justice ait approuvé à plusieurs reprises les pratiques recommandées par l'OCDE, il apparaît que son pouvoir d'interprétation du droit de l'UE est insuffisant pour qu'elle y puise le moyen de définir certains critères d'imposition ou les contours d'un principe uniforme de territorialité fiscale. Concrètement, elle n'est donc pas en mesure d'arbitrer entre la souveraineté fiscale de différents États membres. Comme nous allons le voir, cette conclusion est notamment illustrée par le traitement fiscal réservé, en droit de l'UE, au transfert de la résidence des sociétés.

II. — L'émigration des sociétés en droit fiscal européen

A. — LA PRISE EN COMPTE DE L'*EXIT TAX* PAR LE DROIT DE L'UE

Dans la mesure où les taxes à la sortie (ou *exit taxes*) constituent un frein important à la mobilité intra-européenne des sociétés et génèrent des effets dommageables pour le bon fonctionnement du marché intérieur (31), les autorités européennes s'intéressent, depuis plusieurs années, à leur compatibilité avec le droit de l'Union (32). Ainsi, la Commission européenne a adressé, le 19 décembre 2006, au

(29) Sur cette notion, voy. A. MAITROT DE LA MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire — Recherche sur les impôts directs*, Paris, LGDJ, 2005, n° 247.

(30) *Ibidem*, n° 248 et 363.

(31) A cet égard, voy. Ph. MALHERBE, «La fiscalité de la société européenne», in *La société européenne*, coll. du Centre Jean Renauld, vol. 12, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 271; *idem*, «Le régime fiscal communautaire des réorganisations de sociétés», *JDE*, 2005, p. 257. Voy. aussi la déclaration de politique générale de l'International Chamber of Commerce du 16 juin 2006, «Taxes à la sortie : un obstacle sérieux aux restructurations d'entreprises et à la circulation des capitaux dans le monde», précitée.

Parlement et au Conseil une communication relative à l'imposition à la sortie et à la nécessité de coordonner les politiques fiscales des États membres (COM(2006) 825 final). Le Conseil a adopté, le 2 décembre 2008, une résolution sur la coordination en matière de taxation à la sortie (33). Actuellement, quatre procédures en manquement (34) sont en instance devant la Cour de justice en matière

(32) Sur la problématique générale de la compatibilité des *exit taxes* au droit de l'UE, voy. not. R. KOK, «Compatibility of Exit Taxes and Community Law», *EC Tax Review*, 2011-2, pp. 62 et s.; D. ZERNOVA, «Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market», *Intertax*, vol. 39, Issue 10, pp. 471 et s.; H.J.I. PANAYI, «Exit Taxation as an Obstacle to Corporate Emigration from the Spectre of EU Tax Law», Mars 2011, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 13, 2010-2011, pp. 245 et s.; *idem*, «Corporate mobility in the European Union and exit taxes», *Bulletin for International Taxation*, n° 10, 2009, pp. 459-473; H. VAN ARENDONK, «Exit Taxes: Separation of Powers?», *EC Tax Review*, 2010-2, pp. 60-61; S.J.J.M. JANSEN, «Freedom of Establishment and Transfers of Corporate Seats», in *Fiscal Sovereignty of the Member States in an Internal Market: Past and Future*, Eucotax, Kluwer Law International, 2011, pp. 99 et s.; H. SCHNEEWEISS, «Exit Taxation after *Cartesio*: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies», *Intertax*, vol. 37, Issue 6/7, 2009, pp. 363-374; B. TERRA and P. WATTEL, *European Tax Law*, 5th ed. (Deventer: Kluwer, 2008), pp. 780-790; G. FÜHRICH, «Exit Taxation and ECJ Case Law», *European Taxation*, vol. 48, n° 1, 2008, pp. 10 et s.; J.W.J. DE KORT, «The European Court of Justice on the Dutch Levy upon Emigration of a Substantial Participation Holder in a Corporation», *Intertax*, vol. 35, Issue 12, 2007, pp. 713 et s.; H. VAN DEN HURK and J. KORVING, «The ECJ's Judgment in the *N* Case against the Netherlands and its Consequences for Exit Taxes in the European Union», *Bulletin for International Taxation*, vol. 64, n° 4, 2007, pp. 150 et s.; G. BURWITZ, «Tax Consequences of the Migration of Companies: A Practitioner's Perspective», *EBOR*, 2006, n° 7, pp. 589 et s.; H. VAN ARENDONK, «Hughes de Lasteyrie du Saillant: crossing borders?», in H. VAN ARENDONK, F. ENGELN and S. JANSEN (eds.), *A Tax Globalist: Essays in honour of Maarten J. Ellis* (Amsterdam: IBFD, 2005), p. 181; L. DE BROE, «Hard times for emigration taxes in the EC», dans le même ouvrage, pp. 210 et s.; E.L. ONORIO DIMEO, «L'exit tax à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes», *Revue Fiscale Européenne*, n° 136, Mars 2004, pp. 43 et s.; D. WEBER, «Exit Taxes on the Transfer of Seat and the Applicability of the Freedom of Establishment after *Überseering*», *European Taxation*, vol. 43, n° 10, 2003, pp. 350 et s.; A. VALAT, «Preliminary Ruling Requested from the ECJ as to whether the French Exit Tax is Compatible with the Freedom of Establishment», *European Taxation*, vol. 42, n° 5, 2002, pp. 195 et s.; K. MALMER, «Emigration Taxes and EC Law», in IFA (ed.), *The tax treatment of transfer of residence by individuals*, *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. 87b (The Hague: Kluwer, 2002), pp. 12-79.

(33) *J.O. C* 323, p. 1.

(34) L'article 258 TFUE (ex-art. 226 CE) permet, en effet, à la Commission européenne d'enclencher une procédure spécifique à l'encontre d'un État membre pour violation de ses obligations découlant du droit européen. En l'occurrence, la Commission estime que les dispositions nationales visées contiennent une restriction à la liberté d'établissement garantie par les articles 49 et 54 TFUE.

d'imposition à la sortie d'entreprises, à savoir contre le Portugal (C-38/10), l'Espagne (C-64/11), le Danemark (C-261/11), et les Pays-Bas (C-301/11). En outre, une procédure de mise en demeure est également actionnée à l'égard de l'Irlande. Une procédure similaire à l'encontre de la Suède et de la Belgique a été récemment clôturée, ces derniers États s'étant conformés à la demande de la Commission (35).

Bien que la problématique soit distincte, l'on notera également qu'à l'occasion de la modification de la directive fiscale 90/434/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions et aux opérations assimilées, le bénéfice du régime de «neutralité fiscale» a été

(35) Rappelons également qu'à l'occasion de la modification de la directive fiscale 90/434/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions et aux opérations assimilées, le bénéfice du régime de «neutralité fiscale» a été étendu au transfert du siège statutaire des sociétés européennes (SE) et sociétés coopératives européennes (SCE) afin de permettre à celles-ci d'exercer plus concrètement leur vocation à la mobilité (Voy. la directive 2005/19/CE du 17 février 2005 modifiant la directive 90/434/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, *J.O.*, 4 mars 2005, L 58/19. L'on notera que le 6^e considérant de cette directive mentionnait que «le transfert du siège statutaire constitue un moyen d'exercer la liberté d'établissement prévue par les articles 43 et 48 du traité». La directive 90/434/CEE a aujourd'hui été abrogée et remplacée par la directive 2009/133/CE du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre, *J.O.*, 25 novembre 2009, L 310/34). Pour une description des amendements apportés en 2005 à la directive fiscale, voy. not. Ph. MALHERBE, «Le régime fiscal communautaire des réorganisations de sociétés», *op. cit.*, pp. 257 et s.; R. RUSSO et R. OFFERMANN, «The 2005 Amendments to the EC Merger Directive», *European Taxation*, June 2006, pp. 250 et s.; A. MASSIMIANO, «An Analysis of the 2005 Amendments to the Merger Directive», *Intertax*, 2005, Vol. 34, n° 6/7, pp. 333-352; A. ASHTA, «The Taxation of Mergers Directive (90/434/EEC) as amended», *The Icfai Journal of Mergers&Acquisitions*, Vol. IV, n° 1, 2007, pp. 62 et s. Pour un aperçu des principes applicables à la taxation des sociétés européennes, voy. not. C. MALKE, *Taxation of European Companies at the Time of Establishment and Restructuring*, Gabler Verlag, 2010; E. GONZALEZ SANCHEZ et J. FRANCH FLUXA, «The Transfer of the Seat of and the Freedom of Establishment for Companies in the European Union : An Analysis of ECJ Case Law and the Regulation on the Statute for a European Company», *European Taxation*, vol. 45, n° 6, 2005, pp. 219 et s.; Ph. MALHERBE, «La fiscalité de la société européenne», *op. cit.*, pp. 257 à 279; M. WENZ, «The European Company (Societas Europaea) — Legal Concept and Tax Issues», *European Taxation*, January 2004, pp. 4 et s.; M.-T. SOLER ROCH, «Tax Residence of the SE», *European Taxation*, vol. 44, n° 1, 2004, pp. 11 et s.; M. HELMINEN, «The Tax Treatment of the Running of an SE», *European Taxation*, vol. 44, n° 1, 2004, pp. 28 et s.; S.-O. LODIN et M. GAMMIE, «The Taxation of the European Company», *European Taxation*, vol. 39, n° 8, 1999, pp. 286 et s.

étendu au transfert du siège statutaire des sociétés européennes (SE) et sociétés coopératives européennes (SCE) afin de permettre à celles-ci d'exercer plus concrètement leur vocation à la mobilité (36). Le régime de neutralité mis en place dans la directive fiscale aboutit essentiellement à exonérer, dans l'État membre d'origine, les plus-values latentes résultant des éléments d'actif et de passif de la SE ou de la SCE, pour autant que ceux-ci demeurent effectivement rattachés à un établissement stable dans cet État (voy. les art. 12 à 14 de la directive 2009/133/CE) (37). Ce régime de neutralité implique donc l'immobilisation des actifs dans l'État d'origine de la société. Dans ces conditions, l'on peut certainement se poser la question de la conformité de la directive fiscale «fusion» à la liberté d'établissement garantie par les articles 49 et 54 TFUE, telle qu'interprétée par la Cour de justice (38).

Saisie sur renvoi préjudiciel, la Cour de justice fut également amenée, à plusieurs reprises, à apprécier la compatibilité des *exit taxes* nationales avec le Traité européen, et singulièrement les dispositions relatives à la liberté d'établissement. Initialement, ce fut l'affaire *Daily Mail* qui donna à la Cour l'occasion de poser les fondements de sa jurisprudence relative au traitement fiscal de l'émigration des socié-

(36) Voy. la directive 2005/19/CE du 17 février 2005 modifiant la directive 90/434/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, *J.O.*, 4 mars 2005, L 58/19. La directive 90/434/CEE a aujourd'hui été abrogée et remplacée par la directive 2009/133/CE du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre, *J.O.*, 25 novembre 2009, L 310/34.

(37) Sur la taxation des sociétés européennes, voy. not. C. MALKE, *Taxation of European Companies at the Time of Establishment and Restructuring*, Gabler Verlag, 2010; E. GONZALEZ SANCHEZ et J. FRANCH FLUXA, «The Transfer of the Seat of and the Freedom of Establishment for Companies in the European Union: An Analysis of ECJ Case Law and the Regulation on the Statute for a European Company», *European Taxation*, vol. 45, n°6, 2005, pp. 219 et s.; Ph. MALHERBE, «La fiscalité de la société européenne», *op. cit.*, pp. 257 à 279; M. WENZ, «The European Company (*Societas Europaea*) — Legal Concept and Tax Issues», *European Taxation*, January 2004, pp. 4 et s.; M.-T. SOLER ROCH, «Tax Residence of the SE», *European Taxation*, vol. 44, n° 1, 2004, pp. 11 et s.; M. HELMINEN, «The Tax Treatment of the Running of an SE», *European Taxation*, vol. 44, n° 1, 2004, pp. 28 et s.; S.-O. LODIN et M. GAMMIE, «The Taxation of the European Company», *European Taxation*, vol. 39, n° 8, 1999, pp. 286 et s.

(38) En ce sens, voy. aussi C. P. SCHINDLER, «Tax treatment of international acquisitions of businesses. EU Report», *Cah. dr. fisc. int.*, vol. 90b, IFA, 2005, pp. 60, 66 and 67.

tés (39). En vue d'échapper à un impôt britannique frappant les plus-values sur revente de titres réalisées par les sociétés résidentes, *Daily Mail* sollicite le transfert de son siège de direction (et partant, sa résidence fiscale) aux Pays-Bas. En réponse à la question de savoir si, au regard du Traité européen, elle possède le droit de transférer son siège de direction dans un autre État membre sans aucune autorisation préalable, la Cour de justice refuse à *Daily Mail* le droit de contester la législation qui lui est opposée à la faveur de la liberté d'établissement, et dit pour droit que les articles 49 et 54 TFUE (ex-art. 43 et 48 CE) ne sauraient être interprétés comme conférant à une société constituée en conformité de la législation d'un État membre et y ayant son siège statutaire, le droit de transférer son siège de direction dans un autre État membre, tout en gardant sa qualité de société de l'État membre selon la législation duquel elle a été constituée. Dans son arrêt *Cartesio*, rendu vingt ans après *Daily Mail*, la Cour de justice a, contre toute attente, confirmé cette jurisprudence restrictive en rappelant qu'«un État membre dispose de la faculté de définir tant le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon le droit national et susceptible, à ce titre, de bénéficier du droit d'établissement que celui requis pour maintenir cette qualité ultérieurement» (40). A l'encontre de l'avis de son avocat général, elle a ajouté que les articles 43 CE et 48 CE «ne s'opposent pas à une réglementation d'un État membre qui empêche une société constituée en vertu du droit national de cet État membre de transférer son siège dans un autre État membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'État membre selon la législation duquel elle a été constituée» (41). Appliqué au droit fiscal, cet enseignement pourrait signifier que «les États membres sont libres de déterminer dans quelles conditions une société soumise à leur législation fiscale perd sa qualité de contribuable à l'occasion d'un trans-

(39) C.J.U.E., 27 septembre 1988, aff. 81/87, *Daily Mail and General Trust plc, Rec.*, 1988, p. 5483. Sur cet arrêt, voy. not. S. VAN THIEL, «Daily Mail Case. Tax Planning and the European Right of Establishment. A Setback», *European Taxation*, 1988, pp. 357-366; S. N. FROMMEL, «EEC Companies and Migration: A Setback for Europe», *Intertax*, 1988, pp. 409-416; T. BALLARINO, «Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie», *Rivista delle società*, 2003 pp. 669-698.

(40) C.J.U.E., 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, points 109 et 110. Sur cet arrêt, voy. not. A. AUTENNE et E.-J. NAVEZ, «Cartesio, les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités», *op. cit.*, pp. 117 et s.

(41) Voy. le point 124 de l'arrêt *Cartesio*.

fert de siège à l'étranger» (42). Cela étant, l'arrêt *Cartesio* n'abordait aucunement des questions d'ordre fiscal, en manière telle que l'on peut douter de son influence sur l'appréciation de la compatibilité au droit de l'UE des taxes frappant l'émigration des sociétés.

En matière d'«exit tax», deux affaires qui concernaient des personnes physiques sont généralement présentées comme ayant posé un cadre de référence à l'intérieur duquel peut s'exercer la liberté d'établissement primaire des particuliers, à savoir le transfert transfrontalier de leur résidence fiscale. En 2004, tout d'abord, dans *Lasteyrie du Saillant*, la CJUE a interprété le principe de la liberté d'établissement comme s'opposant à une législation nationale en matière d'imposition de plus-values non réalisées de valeurs mobilières détenues par des contribuables qui transfèrent leur domicile fiscal d'un État membre à un autre (43). La CJUE a estimé que la législation française était susceptible de restreindre l'exercice de la liberté d'établissement en ce qu'elle imposait aux contribuables désireux de transférer leur domicile fiscal hors de France, un impôt sur un revenu non encore réalisé, soumettant ainsi ces derniers à un traitement désavantageux par rapport aux contribuables qui maintiennent leur domicile en France (44). Ensuite, en 2006, la CJUE a confirmé dans l'arrêt *N* que lorsqu'un résident d'un État membre transfère son domicile fiscal dans un autre État membre, le droit de l'UE n'interdit pas à l'État membre de départ de calculer le montant des revenus sur lequel il souhaite préserver son droit d'imposition, à condition que cela ne se traduise pas par un recouvrement immédiat de l'impôt et que le report fiscal ne soit assorti d'aucune condition (sous réserve d'une éventuelle déclaration, lors du transfert de domicile, permettant d'évaluer le revenu) (45). De l'avis même de la Commission, une telle pratique est

(42) D. GUTMANN, «L'Europe en marche. L'arrêt *Cartesio* : Une nouvelle approche du transfert de siège d'une société?», *CMS Tax Connect*, avril 2009, pp. 3 et s.

(43) C.J.U.E., 11 mars 2004, aff. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, *Rec.*, 2004, p. I-02409.

(44) Voy. la Communication du 19 décembre 2006, COM(2006) 825 final, p. 3.

(45) CJCE, 7 septembre 2006, *N*, aff. C-470/04, *Rec.* 2006 p. I-7409. Sur cette jurisprudence, voy. not. P. KAVELAARS, «Grensoverschrijdende zekerheidstellingen Europeesrechtelijk getoetst», *Weekblad voor fiscal recht*, 2003, pp. 575-582; L. OLLEON, «Exit l'exit tax», *Revue de jurisprudence fiscale*, 2004, pp. 347-350; S. KOTANIDIS, «French Exit Tax Incompatible with the Freedom of Establishment», *European Taxation*, 2004, pp. 375-382; G. PARLEANI, «Relocation and Taxation: the European Court of Justice Disallows the French Rule of Direct Taxation of Unrealised Gains», *ECFLR*, 2004, vol. 1, n° 3, pp. 379-389; J.W.J. DE KORT, «The European Court of Justice on the Dutch Levy upon Emigration of a Substantial Participation Holder in a Corporation», *Intertax*, 2007, pp. 713-718.

conforme au principe de la territorialité fiscale, lequel comporte une composante temporelle, à savoir la résidence sur le territoire durant la période au cours de laquelle le bénéfice imposable est généré (46).

Si, dès lors, on peut penser qu'à l'égard des personnes physiques, la problématique de l'imposition à la sortie par l'État d'émigration est relativement bien maîtrisée, une difficulté importante consiste à apprécier si, et dans quelle mesure, l'interprétation de la liberté d'établissement donnée par la Cour dans l'arrêt *N* est transposable au transfert de la résidence fiscale des sociétés. En effet, l'on sait qu'en dépit des termes de l'article 54 T.F.U.E., l'assimilation des sociétés aux personnes physiques, pour le bénéfice de la liberté d'établissement, n'est qu'imparfaitement consacrée par le traité. Dans ses conclusions précédant l'arrêt *National Grid Indus*, l'avocat général J. Kokott a déclaré qu'une imposition des sociétés dont le fait générateur est le transfert transfrontalier du siège de direction est de nature, en raison de son effet dissuasif, à gêner l'exercice du droit d'établissement garanti par le droit de l'Union et constitue donc une restriction à la liberté d'établissement (47). L'arrêt était donc attendu avec impatience dans la mesure où, près de vingt-cinq ans après *Daily Mail* (48), il devait permettre à la Cour de justice de préciser sa position quant à la conformité au droit de l'U.E. des dispositions nationales organisant l'imposition à la sortie des entreprises.

B. — ANALYSE DE L'ARRÊT NATIONAL GRID INDUS (49)

1. — *Les faits et les circonstances de la cause*

National Grid Indus BV est une société de droit néerlandais dont le siège de direction effective était situé aux Pays-Bas. Cette société est

(46) Voy. la Communication du 19 décembre 2006, COM(2006) 825 final, p. 4.

(47) Conclusions de l'Avocat général J. KOKOTT dans l'affaire C-371/10, *National Grid Indus BV contre Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*, pendante devant la C.J.U.E., pt. 42. Préalablement, l'Avocat général a indiqué qu'«il est donc constant que le transfert de siège à l'étranger n'est pas en tant que tel un processus échappant *per se* au domaine d'application de la liberté d'établissement. Au contraire, l'État de sortie est en principe tenu, au regard du droit de l'Union, d'autoriser l'émigration de la société constituée en vertu de son droit. Il dispose uniquement du pouvoir de décider s'il autorise la société à conserver, de surcroît, sa qualité de société relevant du droit national dudit État» (pt. 35).

(48) C.J.U.E., 27 septembre 1988, aff. 81/87, *Daily Mail and General Trust, Rec.* p. 5483.

(49) Pour un premier commentaire de cette décision, voy. E.-J. NAVEZ et K. VAN DE VELDEN, «Emigratieheffingen van vennootschappen naar Europees recht: een noodzakelijke beperking om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid

titulaire, depuis 1996, d'une créance libellée en livres sterling, à l'égard d'une autre société du même groupe établie au Royaume-Uni. A la suite de la hausse du cours de la livre sterling par rapport au florin néerlandais, un bénéfice de change latent a été généré sur cette créance. Le 15 décembre 2000, National Grid Indus a transféré son siège de direction effective au Royaume-Uni, tout en continuant cependant d'être considérée comme une société de droit néerlandais.

En application de la convention fiscale conclue entre les Pays-Bas et le Royaume-Uni, National Grid Indus doit être considérée, à partir du transfert de son établissement principal, comme résidente du Royaume-Uni. Dans la mesure où, après le transfert de son siège, cette société ne disposait plus d'un établissement stable aux Pays-Bas, le pouvoir d'imposition sur les bénéfices et les gains de change est attribué exclusivement au Royaume-Uni. Il en découle qu'à partir du transfert de son siège, National Grid Indus a cessé de dégager un bénéfice imposable aux Pays-Bas. Par conséquent, en application du droit néerlandais, un décompte final des plus-values latentes existant au moment du transfert a dû être établi, lequel s'accompagne du paiement immédiat d'un impôt (appelé «imposition du décompte final»). En effet, la réglementation néerlandaise saisit l'occasion du transfert du siège pour soumettre à l'imposition du décompte final les réserves latentes et le fonds de commerce existant à ce moment (50). En l'espèce, l'inspecteur de l'administration a donc décidé que National Grid Indus devait notamment être imposée sur le bénéfice de change latent évoqué plus haut. Un recours a été formé par la société contre la décision de l'inspecteur devant le tribunal de Haarlem qui a confirmé ladite décision.

Saisie du litige en degré d'appel, la Cour d'appel d'Amsterdam a d'abord estimé que les conséquences fiscales que les Pays-Bas attachent au transfert transfrontalier du siège de direction effective d'une société relèvent de la liberté d'établissement, dans la mesure où l'opération n'entraîne pas de modification de la loi applicable à la

tussen de lidstaten te waarborgen», *T.F.R.*, n° 419, avril 2012, à paraître; L. SHEPPARD, «Exit taxes on European restructuring», *Tax Notes International* 01/2012, pp. 7-10; A. AUTENNE, «National Grid Indus : la solidité des taxes de sortie à l'épreuve de la liberté européenne d'établissement, 23 années après Daily Mail», *J.D.E.*, 2012, à paraître; L. IDOR, «Transfert du siège social réel et imposition des gains de change latents», *Europe*, 2012/1, pp. 29-30; S. FRANCO, «Chronique de jurisprudence de la Cour de justice et du tribunal de l'Union européenne», *J.D.I.*, 2012/2, à paraître.

(50) Ainsi, conformément à l'article 16 de la loi de 1964 relative à l'impôt sur le revenu (*wet op de inkomstenbelasting*), «les gains d'une entreprise qui n'ont pas encore été comptabilisés (...) sont ajoutés au bénéfice de l'année civile durant laquelle celui pour le compte duquel l'entreprise est exploitée cesse de tirer de cette entreprise un bénéfice taxable aux Pays-Bas (...)».

société (51). La juridiction de renvoi a ensuite considéré que l'imposition du décompte final constituait une entrave à la liberté d'établissement, susceptible d'être justifiée par la nécessité d'assurer la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition, conformément au principe de territorialité fiscale comportant un élément temporel (52). Compte tenu des arrêts *Lasteyrie du Saillant* et *N*, la Cour d'appel d'Amsterdam a cependant exprimé un doute quant à la proportionnalité de l'imposition en cause au principal, étant donné qu'elle entraîne une dette fiscale immédiatement exigible et qu'elle ne tient pas compte des moins-values réalisées après le transfert de l'établissement principal de l'entreprise concernée (53).

Dans ce contexte, la Cour d'appel d'Amsterdam a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour de justice les questions préjudicielles suivantes :

«1) Si un État membre impose, en raison du transfert du siège de direction effective, le décompte final d'une société constituée selon le droit de cet État membre et qui transfère son siège de direction effective de cet État membre dans un autre État membre, cette société peut-elle invoquer, dans l'état actuel du droit communautaire, l'article 43 CE (devenu article 49 TFUE) contre cet État membre?

2) S'il est répondu par l'affirmative à la première question, une imposition du décompte final telle que celle en cause, qui impose les plus-values afférentes aux éléments de patrimoine de la société transférés de l'État membre d'origine vers l'État membre d'accueil, telles qu'elles existaient au moment du transfert du siège, sans report et sans qu'il soit possible de tenir compte des moins-values ultérieures, est-elle contraire à l'article 43 CE (devenu article 49 TFUE), en ce sens qu'une telle imposition du décompte final ne peut pas être justifiée par la nécessité de répartir les pouvoirs d'imposition entre les États membres?

3) La réponse à la question précédente dépend-elle, notamment, de la circonstance que l'imposition du décompte final en cause concerne un gain (de change) généré dans le cadre de la compétence fiscale néerlandaise, tandis que ce gain ne peut pas être exprimé dans le pays d'accueil selon le régime fiscal qui y est en vigueur?».

(51) Sur cette décision, voy. not. S.C.W. DOUMA, «Case comment : Court of Appeal Amsterdam 15 July 2010, n° 08/00135», *Highlights & Insights on European Taxation*, 2010/12, 5.

(52) Arrêt *National Grid Indus*, précité, point 18.

(53) *Ibidem*, point 20.

2. — Examen du raisonnement suivi par la Cour

a) *L'imposition à la sortie des sociétés face à la liberté d'établissement*

Dans *National Grid Indus*, la première question posée à la Cour de justice par le Gerechtshof Amsterdam était de savoir si une société constituée selon le droit d'un État membre, qui transfère son siège de direction effective dans un autre État membre, peut se prévaloir de la liberté d'établissement pour mettre en cause la légalité d'un impôt d'émigration mis à sa charge, à l'occasion dudit transfert de siège, par le premier État membre. Comme nous le verrons, cette question a permis à la Cour de préciser le champ d'application personnel et matériel de la liberté d'établissement primaire des sociétés, dans le prolongement de ses arrêts *Daily Mail* et *Cartesio*.

1. *La validité du rattachement national comme préalable au bénéfice de la liberté d'établissement*

Par « assimilation » aux personnes physiques (54), l'article 54 TFUE étend et modalise la liberté d'établissement au profit des groupements poursuivant un but lucratif. C'est ainsi que « les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres » (55). Dans ce contexte, il importe d'identifier les groupements à but lucratif susceptibles d'être qualifiés en tant que bénéficiaires de la liberté d'établissement (56). Pour disposer de cette qualité, le groupement à but lucratif doit respecter une double exigence prescrite à l'article 54 TFUE, à savoir celle de la *légalité* et celle de l'*appartenance*. La première renvoie à la nécessité d'une constitution valide de la société suivant le droit d'un État membre tandis que la seconde impose la localisation, à l'intérieur de l'Union, du siège sta-

(54) Y. LOUSSOUARN, « Le droit d'établissement des sociétés », *R.T.D.E.*, 1990, pp. 229-230. Cette assimilation est cependant imparfaite et de nombreux obstacles pénalisent encore la libre circulation des personnes morales.

(55) Voy. not. l'arrêt *National Grid Indus*, précité, point 25.

(56) Sur la nature des groupements visés et l'exigence d'un but lucratif, voy. E.-J. NAVEZ et B. GODDIN, « L'évolution du principe de liberté d'établissement dans l'espace européen et ses influences sur le DIP belge des personnes morales », *op. cit.*, pp. 315-316 et les références citées.

tutaire, de l'administration centrale, ou du principal établissement de la société (57).

Plus fondamentalement, la Cour de justice a confirmé, dans *National Grid Indus*, qu'en l'état actuel du droit de l'Union, le bénéfice de la liberté d'établissement passe nécessairement par la médiation du droit national d'un État membre (58). Ainsi, «la question de savoir si l'article 43 CE (actuel 49 TFUE) s'applique à une société invoquant la liberté fondamentale consacrée par cet article (...) constitue une question préalable qui (...) ne peut trouver une réponse que dans le droit national applicable. (...) Un État membre dispose ainsi de la faculté de définir tant le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon le droit national et susceptible, à ce titre, de bénéficier du droit d'établissement que celui requis pour maintenir cette qualité ultérieurement» (59). Comme l'ont relevé plusieurs auteurs, il convient donc d'effectuer une distinction logique entre la question préalable de l'identification des bénéficiaires de la liberté d'établissement et celle du contenu des droits conférés (60). En cas de réponse négative à la première de ces questions, la Cour de justice se trouve, en effet, automatiquement dispensée d'examiner l'existence d'une restriction éventuelle à la liberté d'établissement dans la disposition nationale en cause. Ce raisonnement s'appuie sur deux principes consacrés simultanément par le Cour de justice et qui reçoivent une application à géométrie variable (61) : la *théorie de la fiction* de la personnalité morale et le *principe de neutralité* vis-à-vis des règles de rattachement des sociétés à leur ordre juridique national.

La Cour de justice entretient tout d'abord l'idée selon laquelle les sociétés constituent des entités créées en vertu d'un ordre juridique

(57) J.-F. BELLIS, G. GODDIN, L. DEFALQUE ET M. DONY, «Droit économique de la Communauté européenne — Examen de jurisprudence (1993 à 2005)», *R.C.J.B.*, 2^e trim. 2007, p. 334.

(58) En ce sens, voy. également S. FRANCO, note sous C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. c-210/06, *Journal du Droit International*, Clunet, avril-mai-juin 2009, p. 686.

(59) Voy. l'arrêt *National Grid Indus*, précité, points 26 et 27; l'arrêt *Cartesio*, précité, points 109 et 110.

(60) S. FRANCO, *op. cit.*, p. 686.

(61) Sur le contenu de ceux-ci, voy. A. AUTENNE ET E.-J. NAVEZ, «*Cartesio* — Les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités», *CDE*, 2009, p. 99. Voy. aussi G. GODDIN ET B. GODDIN, «Arrêt *Cartesio* : l'étendue de la liberté d'établissement pour les sociétés 'émigrantes'», *JDE*, 2009, p. 77. Pour l'analyse de la théorie de la fiction, voy. G. PANOPOULOS, «Pour une nouvelle compréhension du droit international des sociétés à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice : du conflit de lois au conflit d'autorités», *CDE*, 2006, p. 719.

national, dont l'existence n'a de sens qu'à travers la législation nationale qui en détermine la constitution et le fonctionnement (théorie dite de la fiction) (62). Dans cette perspective, les États membres disposent du pouvoir exorbitant de vie ou de mort sur les sociétés locales qui aspirent à l'émigration. Il en découle qu'un État est autorisé à priver une société du bénéfice de la personnalité juridique ou à prévoir sa dissolution si, du fait du déplacement de son siège de direction effective à l'étranger, celle-ci cesse de respecter les conditions imposées par la législation nationale pour conserver la qualité de société de cet État. Ladite société se trouvant alors, du même coup, dans l'impossibilité de se prévaloir de la liberté d'établissement garantie par le droit de l'Union.

D'autre part, il se dégage de l'article 54, §1^{er} TFUE (ex-art. 48 CE) un principe de neutralité du droit de l'Union face à la détermination des facteurs de rattachement des sociétés par les États membres. Afin de tenir compte des disparités existant sur ce point entre les pays membres, le TFUE a donc mis sur le même pied, en tant que lien de rattachement, le siège statutaire, l'administration centrale et le principal établissement (63). Cette neutralité signifie concrètement qu'en l'état du droit de l'Union et en l'absence d'harmonisation, les États demeurent libres d'opter pour un régime fondé sur la théorie du siège réel ou celle de l'incorporation et partant, de déterminer les conditions à observer par les sociétés pour être considérées comme constituées selon leur droit national et maintenir cette qualité ultérieurement (64). Nous y reviendrons ci-après mais notons déjà que cette faculté laissée aux États membres est elle-même soumise aux règles du Traité relatives à la liberté d'établissement (65). Cela a notamment pour conséquence qu'un État ne pourrait imposer la dissolution et la liquidation d'une société qui souhaite modifier sa loi applicable en se transformant en une société soumise au droit de l'État membre d'accueil (66).

(62) C.J.C.E., 27 septembre 1988, *Daily Mail*, précité, point 19; C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Cartesio*, précité, point 104.

(63) J.-M. BISCHOFF, *op. cit.*, in *Traité instituant la CEE — Commentaire article par article*, p. 305, n° 6; E. WYMEERSCH, «De zetelverplaatsing in het vennootschapsrecht», in *Liber amicorum Jean-Pierre De Bandt*, Bruylant, 2004, p. 760, n° 5.

(64) Voy. l'arrêt *National Grid Indus*, précité, point 27; l'arrêt *Cartesio*, précité, point 110. Voy. aussi S. FRANCO, *op. cit.*, p. 686.

(65) Voy. l'arrêt *National Grid Indus*, précité, point 30.

(66) Voy. l'arrêt *Cartesio*, précité, point 113. Par hypothèse, ce type de transfert du siège social suppose que la société prenne la forme d'une société de l'État d'accueil et que celui-ci autorise cette transformation avec maintien de la personnalité juridique. Sur le point de savoir si l'État membre d'accueil dispose, au regard de la liberté d'établissement, de la faculté de s'opposer à une telle transformation

Dans la mesure où les potentialités de déplacement varient en fonction du critère de rattachement national retenu (67), l'on aperçoit que le principe de neutralité aboutit à faire dépendre la mise en œuvre et l'étendue de la liberté d'établissement d'un facteur de rattachement national (68). Il en découle, notamment, qu'une décision telle que celle rendue par la Cour dans *National Grid Indus* n'aurait pas pu l'être si l'État membre d'origine de la société avait été un pays «de siège réel» comme la Belgique. Le droit belge des sociétés interdit, en effet, la dissociation entre le siège statutaire et le principal établissement, sous peine de déchéance de la personnalité juridique. Or, si une société est déchue de sa personification morale par son État d'origine, celle-ci perdra, du même coup, le droit de se prévaloir de la liberté d'établissement.

2. Les conséquences fiscales du transfert du siège social relèvent de la liberté d'établissement

Après avoir déterminé si un groupement remplit les conditions requises pour se prévaloir de la liberté d'établissement, il convient, dans un deuxième temps, de s'interroger sur la portée de sa vocation à la mobilité. Compte tenu des évolutions de la jurisprudence européenne, il nous semble important de distinguer, parmi les déplacements intra-européens des sociétés, l'hypothèse du déplacement du siège de direction effective accompagné du maintien de la loi applicable, d'une part, et celle du transfert du siège social accompagné de la transformation en une forme sociétaire de l'État d'accueil, d'autre part.

(i) Le transfert du siège de direction effective accompagné du maintien de la lex societatis

Dans *National Grid Indus*, le raisonnement suivi présente une certaine originalité au regard de la jurisprudence antérieure puisque la

voy. S. FRANCO, «Note sous C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. c-210/06», *Journal du Droit International*, Clunet, avril-mai-juin 2009, pp. 691; Comp. Rapport du Groupe de réflexion l'avenir du droit européen des sociétés, 2011, http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm, pp. 17-19, spéc. p. 18.

(67) Pour les États ayant retenu la théorie de l'incorporation, le déplacement de l'établissement principal est neutre sur le plan de la *lex societatis*, ce qui n'est pas le cas des États ayant opté pour la théorie du siège réel. Ceux-ci exigent, en effet, la coïncidence entre le siège statutaire et siège de direction effective.

(68) L'on peut donc se demander s'il n'y a pas là une certaine ambiguïté par rapport à l'économie générale du Traité européen et au principe d'égalité, en vertu desquels tous les ressortissants des différents États membres peuvent bénéficier des libertés de circulation dans la même mesure.

Cour a établi une distinction nette entre la détermination des conditions exigées par un État pour accorder le maintien de la personnalité juridique à une société désireuse de transférer son établissement principal dans un autre État membre, d'une part, et les conséquences fiscales associées au transfert intra-européen du siège social, d'autre part (69). Cette distinction logique marque une rupture par rapport au raisonnement retenu dans *Daily Mail*. Dans cette affaire, la Cour avait, en effet, réfuté le droit, pour une société constituée en conformité avec la législation d'un État membre, de transférer son siège de direction à l'étranger. Par conséquent, elle n'avait pas jugé utile de traiter séparément les aspects de droit fiscal liés au transfert (70). Dans *National Grid Indus*, le raisonnement est plus subtil parce qu'il prend en considération la jurisprudence ultérieure, en particulier les arrêts *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art*, «dont il résulte qu'une société valablement constituée dans un État membre, et qui souhaite transférer l'ensemble de ses activités dans un autre État membre, peut invoquer la liberté d'établissement à l'égard de l'État d'accueil» (71).

Un premier enseignement important de l'arrêt *National Grid Indus* est donc qu'une société peut invoquer la liberté d'établissement pour contester la légalité d'un impôt d'émigration mis à sa charge à l'occasion d'un déplacement du siège de direction effective si l'opération n'entraîne pas la perte de la qualité de «société valablement constituée» au regard de la législation de l'État membre d'origine (72). Plus largement, on peut affirmer que les conséquences fiscales du transfert du siège social relèvent de la liberté d'établissement lorsque, sous l'angle du droit civil, le rattachement juridique de la société avec l'État d'émigration (à savoir le lien déterminant la *lex societatis*) n'est pas rompu à l'occasion du transfert. Une telle situation ne se produira, en principe, que si le principal établissement est déplacé au départ d'un État membre retenant la théorie de «l'incorporation», c'est-à-dire un État vis-à-vis duquel l'exportation du siège de direction effective n'entraîne pas la modification de la *lex societatis* ni, *a fortiori*, la disparition de la personnalité juridique de la société.

(69) Voy. l'arrêt *National Grid Indus*, précité, point 31.

(70) En ce sens, voy. les conclusions de l'Avocat général J. Kokott dans l'affaire C-371/10, *National Grid Indus*, précitée, point 28. Voy. l'arrêt *Daily Mail*, précité, points 24 à 26.

(71) Voy. les conclusions de l'Avocat général J. Kokott dans l'affaire C-371/10, *National Grid Indus*, précitée, point 31. Cette évolution permet ainsi à J. Kokott d'affirmer que «l'émigration en tant que telle n'est donc pas un processus échappant d'emblée à la liberté d'établissement».

(72) Voy. l'arrêt *National Grid Indus*, précité, points 32 et 33.

A l'égard des États retenant la théorie de l'incorporation, une difficulté pourrait toutefois subsister si le non-respect d'une disposition fiscale applicable en cas de déplacement du principal établissement à l'étranger est sanctionné par la déchéance de la personnalité juridique de la société ou la privation absolue du droit au déplacement de sa résidence fiscale. Ainsi, par exemple, une réglementation nationale pourrait prévoir que le paiement d'un impôt d'émigration ne se limite pas à affecter la mise en œuvre du droit d'établissement mais, au-delà, conditionne son existence même (73). Bien qu'en principe, une telle disposition concerne essentiellement les conséquences fiscales du transfert et soit, dès lors, étrangère à la réglementation concernant la constitution et l'existence des sociétés, il reste qu'une sanction telle que l'inexistence ou la perte de la personnalité juridique pourrait aboutir à priver une société valablement constituée selon la législation locale du bénéfice de la liberté d'établissement. Contrairement au raisonnement suivi par la Cour de justice dans *Daily Mail*, nous sommes d'avis que le principe de neutralité contenu à l'article 54 T.F.U.E. (74) ne peut être interprété comme permettant à un État membre de subordonner le bénéfice de la liberté d'établissement au respect d'une disposition fiscale applicable en cas d'émigration (par exemple, une *exit tax*) (75). Au contraire, «un État membre ne saurait se voir conférer le pouvoir d'organiser les conséquences, au regard du droit fiscal, du transfert de siège auquel il associe de sa propre initiative le maintien du statut de la société, sans que cela ne soit subordonné au respect de la liberté d'établissement (...) La seule circonstance qu'une réglementation nationale admette une émigration à laquelle est non seulement associée la continuité, mais également le maintien du statut, et qu'elle soit ainsi plus tolérante que le droit de l'Union ne l'exige, ne justifie pas que les conséquences supplémentaires que le droit national associe à l'émigration échappent au domaine d'application de la liberté d'établissement» (76).

(ii) *Le transfert du siège social accompagné du changement de la lex societatis*

Il découle des arrêts *National Grid Indus* et *Cartesio* que la liberté d'établissement peut également être invoquée à l'encontre de

(73) Comp. avec l'arrêt *Daily Mail*, précité, points 3, 5, 18 et 19.

(74) Pour une illustration de celui-ci, voy. l'arrêt *National Grid Indus*, précité, point 27; l'arrêt *Cartesio*, précité, points 109-110.

(75) En ce sens également, voy. R. Kok, «Compatibility of Exit Taxes and Community Law», *EC Tax Review*, 2011-2, pp. 63-64.

(76) Voy. les conclusions de l'Avocat général J. Kokott dans l'affaire C-371/10, *National Grid Indus*, précitée, point 36.

n'importe quel État membre (que celui-ci adopte la théorie de l'incorporation ou celle du siège réel) pour contester la conformité au droit de l'UE d'une disposition fiscale nationale appliquée à l'occasion du déplacement du siège social, lorsque celui-ci s'accompagne d'une transformation de la société (*cross-border conversion*) et d'un changement de sa loi applicable. En effet, la situation d'une société qui entend s'émanciper de son rattachement originaire pour se soumettre à la loi d'un autre État membre, via une transformation en une forme juridique de cet État, est désormais couverte par la liberté d'établissement, à condition que la continuité de la personnalité morale soit admise par l'État membre d'accueil (77). Dans une telle hypothèse, l'État membre d'origine de la société ne pourra donc pas, sauf raison impérieuse d'intérêt général, entraver l'émigration de la société en lui appliquant des mesures qui découragent l'exercice de son droit d'établissement (78).

b) *L'«exit tax» : une restriction à la liberté d'établissement*

Déjà, dans *Daily Mail*, la Cour a indiqué que si, selon leur libellé, les libertés de circulation ont avant tout pour objet d'assurer aux opérateurs économiques le bénéfice du traitement national dans l'État membre d'accueil, elles s'opposent également à ce que l'État membre d'origine entrave l'établissement dans un autre État membre d'une société constituée en conformité de sa législation (79). Une solution contraire serait, en effet, de nature à vider de leur contenu les droits garantis par les articles 49 et 54 TFUE.

Fidèle à l'approche qu'elle avait suivie dans ses arrêts *Lasteyrie du Saillant* et *N*, la Cour de justice a examiné la mesure nationale en cause dans *National Grid Indus* à la lumière du concept de restriction, plutôt que sous l'angle de la discrimination. Conformément à une jurisprudence bien établie, «doivent être considérées comme des restrictions à la liberté d'établissement toutes les mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté» (80).

(77) Voy. l'arrêt *Cartesio*, précité, points 112 et 113.

(78) Voy. l'arrêt *National Grid Indus*, précité, point 30.

(79) Voy. l'arrêt *Daily Mail*, précité, point 16; l'arrêt *Lasteyrie du Saillant*, précité, point 42; l'arrêt *N*, précité, points 34 à 39. Plus récemment, voy. aussi C.J.U.E., 27 novembre 2008, *Papillon*, aff. C-418/07, *Rec.*, p. I-8947, point 16; C.J.U.E., 1^{er} octobre 2009, *Gaz de France — Berliner Investissement*, aff. C-247/08, *Rec.*, p. I-9225, point 55; C.J.U.E., 21 janvier 2010, *SGI*, aff. C-311/08, non encore publié au Recueil, point 39.

(80) Voy. l'arrêt *National Grid Indus*, précité, point 36. Sur le contenu et la portée de la notion d'entrave en droit de l'UE, voy. not. E. DUBOUT, «Entrave et discrimination», in *L'entrave dans le droit du Marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant,

Bien qu'une telle approche soit discutable (81), elle traduit néanmoins la volonté de la Cour d'assurer une protection autonome du droit d'établissement des ressortissants européens, au-delà de la stricte application du principe d'égalité de traitement fiscal entre résidents et non-résidents (82). A défaut de critères précis permettant d'identifier l'entrave, l'élargissement de ce concept aux restrictions non-discriminatoires est cependant délicat, notamment parce qu'en matière de fiscalité directe, la majeure partie de la réglementation peut *a priori* constituer une «gêne» à l'exercice d'une liberté de circulation (83).

Dans *National Grid Indus*, l'identification de la «gêne» qui caractérise la restriction a été réalisée en démontrant que selon la législation néerlandaise, le transfert du siège de direction effective à l'étranger est traité de manière désavantageuse, sous l'angle fiscal, comparativement à un transfert du siège à l'intérieur du territoire national. Selon la Cour, «en vertu de la réglementation nationale en cause au principal, le transfert du siège de direction effective d'une société de droit néer-

2011, pp. 137 et s.; A. CORDEWENER, «The prohibitions of discrimination and restriction within the framework of the fully integrated internal market», in *EU freedoms and direct taxation*, Amsterdam, IBFD Publications, 2006, pp. 1 et s.; D. MARTIN, «'Discriminations', 'entraves' et 'raisons impérieuses' dans le traité CE : trois concepts en quête d'identité», *CDE*, 1998, n° 3/4, spéc. p. 265. Sur la notion d'entrave en droit fiscal, voy. not. A. MAITROT DE LA MOTTE, «L'entrave fiscale», in *L'entrave dans le droit du Marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 97 et s.; J. KOKOTT et M.-C. LECERF, «Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht», *EuZW* 2011, p. 496; J. BUISSON, «La notion d'entrave fiscale», *R.E.A.*, 2007-2008/1, pp. 13 et s.

(81) Sur la distinction entre les «restriction-cases» et les «discrimination-cases», voy. not. la recherche de N. BAMMENS, *The principle of non-discrimination in international and European tax law*, thèse de doctorat, KU Leuven, 2011, non encore publiée. L'auteur démontre que dans de nombreuses affaires récentes, le recours au concept de «restriction» masque, en réalité, une discrimination déguisée (pp. 368 et s.). Pour une illustration de l'usage ambigu des termes «discrimination» et «restriction» dans la jurisprudence de la Cour, comp. not. C.J.U.E., 21 janvier 2010, *SGI*, aff. C-311/08, non encore publié au Recueil, points 40 et 44, et C.J.U.E., 21 janvier 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-546/07, non encore publié au Recueil, points 40 et 46. Voy. enfin les conclusions de l'avocat général J. Kokott précédant l'affaire C-498/10, *X*, pendante devant la Cour.

(82) Selon la terminologie employée par K. LENAERTS et L. BERNARDEAU, «l'exigence d'égalité de traitement fiscal emporte aussi une interdiction de traiter différemment, à la sortie, des opérateurs économiques nationaux ou résidents selon que leurs activités sont purement internes ou transfrontalières. L'intégration négative des législations fiscales nationales impose ainsi pour les États membres l'interdiction des restrictions à la sortie, c'est-à-dire d'entraves à l'exercice des libertés de circulation de la part de leurs propres ressortissants et résidents» («L'encadrement communautaire de la fiscalité directe», *CDE*, 2007, pp. 19-109).

(83) En ce sens, voy. N. BAMMENS, *The principle of non-discrimination in international and European tax law*, *op. cit.*, non encore publié.

landais dans un autre État membre entraîne l'imposition immédiate des plus-values latentes afférentes aux actifs transférés alors que de telles plus-values ne sont pas imposées lorsqu'une telle société transfère son siège à l'intérieur du territoire néerlandais. Les plus-values afférentes aux actifs d'une société procédant à un transfert de siège à l'intérieur de l'État membre concerné ne seront imposées que lorsqu'elles auront été effectivement réalisées et dans la mesure où elles l'auront été» (84). Dans la présente affaire, la différence de traitement résulte donc du désavantage de trésorerie que subit la société néerlandaise qui entend exercer sa liberté d'établissement par rapport à une société similaire qui maintient son siège de direction effective aux Pays-Bas. Dans cette mesure, la réglementation néerlandaise est de nature à décourager ou à rendre moins attrayant l'exercice de la liberté d'établissement de ses propres sociétés nationales.

En l'espèce, on peut avancer que la grille d'analyse suivie par la Cour semble illustrer la difficulté qu'elle rencontre à s'émanciper du schéma d'identification de la discrimination lorsqu'elle est confrontée à une mesure nationale susceptible de dissuader un contribuable de quitter son pays d'origine pour s'établir dans un autre État membre (85). La Cour a ainsi procédé à un examen de comparabilité entre la situation d'un contribuable qui souhaite se prévaloir de la liberté d'établissement et celle d'un contribuable qui n'exerce pas cette liberté. Après avoir établi qu'au regard de l'imposition des plus-values sur actifs générées aux Pays-Bas (86), il n'existe aucune différence de situation objective entre une société néerlandaise qui transfère son siège de direction effective à l'étranger et celle qui maintient son siège sur le territoire néerlandais (87), elle a fait application du principe d'égalité de traitement fiscal pour conclure à l'existence d'une restriction à la liberté d'établissement (88).

(84) Voy. l'arrêt *National Grid Indus*, précité, point 37.

(85) Comp. N. BAMMENS, *The principle of non-discrimination in international and European tax law*, op. cit., non encore publié.

(86) Pour rappel, il résulte de la jurisprudence de la Cour que la comparabilité d'une situation relevant du droit de l'UE avec une situation interne doit être examinée en tenant compte de l'objectif poursuivi par les dispositions nationales en cause (voy. par ex. C.J.U.E., 25 février 2010, *X Holding*, aff. C-337/08, *Rec.*, p. I-1215, point 22; C.J.U.E., 18 juillet 2007, *Oy AA*, C-231/05, *Rec.*, p. I-6373, point 38).

(87) Voy. l'arrêt *National Grid Indus*, précité, point 38. Dans le même sens, voy. B.J.M. TERRA et P.J. WATTEL, *European Tax Law*, Deventer : Kluwer, 2008, p. 29; G. FÜHRICH, «Exit Taxation and ECJ Case Law», *European Taxation*, vol. 48, 2008, n° 1, pp. 11-12. *Contra*, H. VAN ARENDONK, «Exit Taxes : Separation of Powers?», *EC Tax Review*, 2010-2, p. 61.

(88) Voy. l'arrêt *National Grid Indus*, précité, points 38 et 41.

c) *La justification de l'«exit tax»*

Selon une jurisprudence constante, une restriction à la liberté d'établissement ne peut être admise que si celle-ci est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général. Encore faut-il, dans ce cas, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (89). Comme ce fut le cas pour les autres libertés de circulation, l'extension de la notion d'entrave aux mesures indistinctement applicables s'est ainsi accompagnée de la possibilité pour les États membres de justifier leur législation au moyen de «raisons impérieuses d'intérêt général» non expressément prévues par le traité (90). Compte tenu des particularités propres à la matière fiscale, la Cour de justice a été amenée, au fil du temps, à admettre certaines justifications spécifiques aux entraves générées par les États membres dans l'exercice de leurs compétences fiscales. Il s'agit essentiellement (i) de la nécessité d'assurer l'efficacité des contrôles fiscaux, (ii) de la lutte contre les «montages purement artificiels», (iii) de la nécessité de sauvegarder la cohérence du régime fiscal et (iv) de la nécessité de préserver la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre États membres (91).

1. *La nécessité de préserver la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres est une justification autonome de l'«exit tax»*

A plusieurs reprises, les gouvernements des États membres ont tenté de justifier la conformité au droit de l'UE des impôts frappant l'émigration des contribuables en invoquant la nécessité (i) de préserver la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition, (ii) de préserver la cohérence du système fiscal national, (iii) de prévenir l'évasion fiscale, ou encore (iv) de garantir l'efficacité des contrôles fiscaux (92). Dans *National Grid Indus*, la juridiction de renvoi a expressément interrogé la Cour sur la question de savoir si la réglementation néerlandaise

(89) Voy. l'arrêt *National Grid Indus*, précité, point 42 et la jurisprudence citée.

(90) Sur cette évolution, voy. not. M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, (2^e éd.), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 111 et s., pp. 169 et s., pp. 290 et s., pp. 481 et s.

(91) A. MAITROT DE LA MOTTE, «L'entrave fiscale», *op. cit.*, pp. 119 et s. Voy. aussi K. LENAERTS et L. BERNARDEAU, «L'encadrement communautaire de la fiscalité directe», *op. cit.*, pp. 94 et s.

(92) En ce sens, voy. les conclusions de l'Avocat général J. Kokott dans l'affaire C-371/10, *National Grid Indus*, précitée, points 46 et s. Voy. aussi D. ZERNOVA, «Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market», *Intertax*, 39, 2011, pp. 486-488; R. KOK, «Compatibility of Exit Taxes and Community Law», *op. cit.*, pp. 70-71.

pouvait être justifiée par la nécessité de préserver une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres. Par conséquent, la juridiction européenne s'est essentiellement focalisée sur l'examen de ce motif impérieux d'intérêt général. D'emblée, la Cour a rappelé qu'une restriction à l'exercice d'une liberté fondamentale peut être justifiée légitimement en vue de la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres (93). Fidèle à l'approche suivie notamment dans les arrêts *N* et *X-holding*, la Cour de justice confère ainsi une portée autonome au motif impérieux d'intérêt général que représente la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres (94).

Tout comme la nécessité de préserver la cohérence du système fiscal national, celle d'assurer une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition traduit la volonté de la Cour de respecter, voire de protéger «l'intégrité des systèmes fiscaux nationaux» (95). A l'appui de sa position, la Cour rappelle qu'en l'absence de mesures d'harmonisation adoptées par l'Union, les États membres demeurent compétents pour définir les critères de répartition de leur pouvoir d'imposition (96). Cette précision met ainsi l'accent sur l'attachement de la Cour à la «souveraineté fiscale» des États membres. En particulier, ceux-ci sont tout à fait en droit d'imposer les plus-values afférentes aux actifs

(93) Voy. l'arrêt *National Grid Indus*, précité, point 45. Voy. aussi C.J.U.E., 10 février 2011, *Haribo*, aff. C-436/08 et C-437/08, non encore publié au Recueil, point 121; C.J.U.E., 25 février 2010, *X Holding*, précité, point 25 à 33; C.J.U.E., 21 janvier 2010, *SGI*, C-311/08, *Rec.* p. I-487, point 60; C.J.U.E., 17 septembre 2009, *Glaxo Wellcome*, aff. C-182/08, *Rec.*, p. I-8591, points 82 et 88; C.J.U.E., 15 mai 2008, *Lidl Belgium*, aff. C-414/06, *Rec.*, p. I-3601, point 42; C.J.U.E., 18 juillet 2007, *Oy AA*, aff. C-231/05, *Rec.*, p. I-6373, point 51; C.J.U.E., 29 mars 2007, *Rewe Zentralfinanz*, C-347/04, *Rec.*, p. I-2647, point 42; C.J.U.E., 7 septembre 2006, *N*, aff. C-470/04, *Rec.*, p. I-7409, point 42; C.J.U.E., 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, aff. C-446/03, *Rec.*, p. I-10837, point 45.

(94) Voy. l'arrêt *National Grid Indus*, précité, point 45. Voy. aussi l'arrêt *N*, précité, point 42; l'arrêt *X-holding*, précité, points 28 et 29. Voy. également les conclusions de l'avocat général J. Kokott, précédant l'arrêt *X-holding*, précité, point 31.

(95) Voy. les conclusions de l'avocat général M. L. M. Poiares Maduro précédant C.J.U.E., 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, aff. C-446/03, *Rec.*, p. I-108371, point 66, citées par A. MAITROT DE LA MOTTE, «L'entrave fiscale», *op. cit.*, pp. 123-124. Selon l'avocat général, «La notion de cohérence fiscale occupe une fonction corrective importante en droit communautaire. Elle doit servir à corriger les effets de l'extension des libertés communautaires aux systèmes fiscaux dont l'organisation relève en principe de la seule compétence des États membres. Il faut éviter, en effet, que l'application des libertés de circulation puisse être à l'origine d'atteintes injustifiées à la logique interne des régimes fiscaux nationaux».

(96) Voy. l'arrêt *National Grid Indus*, précité, point 45.

d'une société résidente et générées sur leur territoire (97). En droit néerlandais, comme dans la plupart des législations européennes, ces plus-values font toutefois l'objet d'un report d'imposition jusqu'à leur réalisation effective. En application de la convention conclue avec le Royaume-Uni, une société néerlandaise doit cependant être considérée comme résidente fiscale britannique à partir du transfert de son siège de direction effective dans cet État. Corrélativement, le pouvoir d'imposition des Pays-Bas se trouve donc réduit à néant (98).

Afin d'éviter que, dans une telle situation, les plus-values latentes générées à l'intérieur du pays n'échappent à l'imposition par les Pays-Bas, une taxe de sortie a été introduite, en vertu de laquelle celles-ci sont considérées comme réalisées à la date du transfert et imputées au dernier exercice fiscal national (99). Dans un contexte transfrontalier, l'objectif de l'*exit tax* est donc de permettre à un État d'exercer sa compétence fiscale sur l'ensemble des bénéfices qu'une société a dégagé au cours d'une période où elle était assujettie à l'impôt dans cet État (100). Confirmant la position adoptée dans l'arrêt *N*, la Cour a rappelé la légitimité de cet objectif au regard du principe de territorialité fiscale associé à un élément temporel (à savoir la résidence fiscale du contribuable, sur le territoire national, pendant la période où les plus-values latentes sont apparues) (101). Dans la mesure où elle vise à prévenir des situations de nature à compromettre l'exercice de sa compétence fiscale par l'État membre d'origine, l'*exit tax* néerlandaise peut donc être justifiée par des motifs liés à la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres (102).

Sous l'angle de la justification de la mesure nationale en cause, l'arrêt *National Grid Indus* s'inscrit, nous semble-t-il, dans la continuité de la jurisprudence antérieure de la Cour. Ainsi, par exemple, dans *X-holding*, la Cour avait rappelé que «la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres peut rendre nécessaire l'application, aux activités économiques des sociétés établies dans l'un desdits États, des seules règles fiscales de celui-ci pour ce qui est tant des bénéfices que des pertes. En effet, donner aux sociétés la faculté d'opter pour la prise en compte de leurs pertes dans

(97) Un tel exercice de son pouvoir d'imposition par un État membre est, par ailleurs, conforme aux articles 7 et 13 du modèle OCDE.

(98) Voy. l'arrêt *National Grid Indus*, précité, point 47.

(99) Voy. les conclusions de l'Avocat général J. Kokott dans l'affaire C-371/10, *National Grid Indus*, précitée, point 48.

(100) *Ibidem*, point 47.

(101) Voy. l'arrêt *National Grid Indus*, précité, point 46. Voy. aussi l'arrêt *N*, précité, point 46.

(102) Voy. l'arrêt *National Grid Indus*, précité, point 46.

l'État membre où se situe leur établissement ou dans un autre État membre compromettrait sensiblement une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres (...)» (103). Par identité de motifs, l'on aperçoit qu'à défaut de paiement d'un impôt d'émigration, les contribuables seraient libres de déterminer la juridiction dans laquelle les plus-values latentes afférentes aux actifs sociaux seront imposées (ou, le cas échéant, non imposées si un *step-up* fiscal est organisé dans l'État d'accueil) (104).

2. L'appréciation du caractère proportionné de l'«exit tax» au regard de l'objectif de répartition équilibrée du pouvoir d'imposition

Si le libre exercice d'une activité économique fait partie des principes généraux du droit de l'UE, ces principes n'ont cependant pas une portée absolue. Comme nous l'avons vu, des restrictions peuvent y être apportées, pour autant «qu'elles répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, au regard du but recherché, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis» (105). Cette formulation nous rappelle que pour être valide, une réglementation nationale qui restreint la liberté d'établissement doit non seulement poursuivre un objectif légitime et être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, mais également être proportionnée au but qu'elle poursuit (106). Conformément à une jurisprudence constante, la Cour insiste sur l'importance de ce contrôle de proportionnalité en rappelant que la disposition nationale attaquée doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif en cause et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (107). Le test d'aptitude (*suitability test*) et l'examen du caractère nécessaire (*neces-*

(103) Voy. l'arrêt *X-holding*, précité, points 28-29. Dans le même sens, voy. not. l'arrêt *SGI*, précité, points 60 à 62; l'arrêt *Lidl Belgium*, précité, points 31-32; l'arrêt *Oy AA*, précité, points 54 à 56; l'arrêt *Rewe Zentralfinanz*, précité, point 42; l'arrêt *Marks & Spencer*, précité, points 45-46.

(104) Dans le même sens, voy. R. KOK, «Compatibility of Exit Taxes and Community Law», *op. cit.*, p. 70; G. FÜHRICH, «Exit Taxation and ECJ Case Law», *op. cit.*, p. 13.

(105) Trib. UE, 2 mars 2010, *Arcelor SA c/ Parlement et Conseil*, aff. T-16/04, point 153, non encore publiée au Recueil.

(106) M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 527. Sur les conditions requises pour qu'une entrave soit considérée comme conforme au droit de l'UE, voy. initialement C.J.U.E., 30 novembre 1995, *Gebhard*, aff. C-55/94, *Rec.*, p. I-4165, point 39.

(107) Arrêt *National Grid Indus*, précité, point 42 et la jurisprudence citée. Voy. aussi l'arrêt *N*, précité, point 40; l'arrêt *Lasteyrie du Saillant*, précité, point 49.

sity test) de la restriction constituent ainsi deux facettes distinctes du contrôle de proportionnalité (108).

Dans un premier temps, la Cour s'est attachée à vérifier si la réglementation néerlandaise était en mesure de contribuer de façon effective à la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit, à savoir la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres concernés. Comme dans *N*, la Cour a rapidement conclu par l'affirmative, compte tenu des caractéristiques et des effets de l'imposition en cause (109). De plus longs développements ont ensuite été consacrés au contrôle de proportionnalité, sous l'angle de l'examen du caractère nécessaire de la restriction contenue dans la réglementation néerlandaise. L'on sait, en effet, qu'une telle restriction ne peut être admise que si, *in concreto*, le moyen choisi pour atteindre l'objectif poursuivi est celui qui limite le moins la liberté de circulation en cause (110). Aux fins de réaliser ce contrôle, la Cour a décidé de distinguer nettement la question de l'établissement du montant de l'imposition et le recouvrement de celle-ci (111).

(i) *L'établissement définitif de l'impôt à l'occasion du transfert du siège de direction effective est conforme au droit de l'UE*

D'emblée, la Cour déclare que l'établissement définitif du montant de l'imposition au moment du transfert du siège de direction effective est proportionné à l'objectif légitime de préservation du pouvoir d'imposition de l'État membre d'origine où sont nées les plus-values concernées (112). La réglementation néerlandaise vise, en effet, à soumettre à l'impôt néerlandais des plus-values nées sur le territoire des Pays-Bas, à un moment où le pouvoir d'imposition de cet État à l'égard de la société concernée cesse d'exister (113). De façon un peu plus convaincante, l'avocat général Kokott précise que «la fiction utilisée à cette fin, et consistant à considérer que les bénéfices latents sont réalisés à la date du transfert, permet d'établir une distinction

(108) Rappelons simplement ici que selon une théorie inspirée de la jurisprudence allemande, le respect du principe de proportionnalité peut être vérifié en appliquant un triple test : un test «d'aptitude», un test de «nécessité» et un test de «proportionnalité au sens strict». A cet égard, voy. not. les conclusions de l'avocat général J. KOKOTT précédant l'affaire *Oy AA*, précitée, point 32.

(109) Arrêt *National Grid Indus*, précité, point 48. Voy. aussi l'arrêt *N*, précité, point 47.

(110) Arrêt *National Grid Indus*, précité, point 50.

(111) *Ibidem*, point 51.

(112) *Ibidem*, points 52 et 64.

(113) Pour une critique du test de proportionnalité pratiqué par la Cour, voy. R. KOK, «Compatibility of Exit Taxes and Community Law», *op. cit.*, pp. 71-73 et les références citées.

relativement rapide entre le niveau d'imposition de l'État de sortie et celui de l'État de destination, sans que cela n'entraîne de surcharge manifeste pour le contribuable par rapport à un impôt établi ultérieurement» (114).

Dans la mesure où le recouvrement de l'impôt d'émigration serait suspendu jusqu'au moment de la réalisation effective des éléments d'actifs concernés (sur cet aspect, voy. *infra*), se pose la question de savoir quel État membre est tenu de prendre en considération les éventuelles moins-values intervenues après le transfert du siège de direction effective. Dans l'arrêt *N*, la Cour avait estimé, à propos de l'imposition de sortie d'une personne physique détenant une participation substantielle dans une société que «seul saurait être (...) considéré comme proportionné (...) un tel système de recouvrement (...) qui tient entièrement compte des moins-values susceptibles de se produire ultérieurement au transfert du domicile du contribuable concerné, à moins que ces moins-values n'aient été déjà prises en compte dans l'État membre d'accueil» (115). Dans *National Grid Indus*, par contre, la Cour a considéré que la non-prise en compte par l'État membre d'origine des moins-values réalisées postérieurement au transfert du siège de direction effective d'une société ne peut être considérée comme disproportionnée (116). Visiblement, la raison de cette différence de traitement tient à l'affectation particulière des actifs d'entreprise : ceux-ci sont, en effet, destinés à être affectés à une activité économique et sont donc liés à la réalisation de bénéfices. En outre, ils subissent une dépréciation économique au fur et à mesure qu'évolue l'activité de l'entreprise (117).

En l'espèce, la Cour s'appuie sur le principe de territorialité fiscale, associé à un élément temporel, et sur la théorie de la symétrie entre le droit d'imposition des bénéfices et la faculté de déduction des pertes (118) pour libérer l'État membre d'origine de l'obligation de tenir compte des pertes éventuelles qui seraient subies par la société après le transfert de son siège de direction effective. Au contraire, la Cour reconnaît qu'il appartient, en principe, à l'État membre d'accueil

(114) Voy. les conclusions de l'avocat général J. KOKOTT précédant l'affaire *National Grid Indus*, précitée, point 55. Dans le même sens, voy. les conclusions de l'avocat général J. KOKOTT précédant l'affaire *N*, précitée, points 119-120.

(115) Arrêt *N*, précité, point 54.

(116) Arrêt *National Grid Indus*, précité, point 56.

(117) *Ibidem*, point 57. Voy. aussi les conclusions de l'avocat général J. KOKOTT précédant l'affaire *National Grid Indus*, précitée, point 61.

(118) Pour une application de ce principe, voy. not. C.J.U.E., 23 octobre 2008, *Krankenheilm*, aff. C-157/07, *Rec.*, p. I-08061; C.J.U.E., 15 mai 2008, *Lidl Belgium*, précité; C.J.U.E., 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, précité.

de tenir compte, dans son régime fiscal, des fluctuations de la valeur des actifs de la société concernée, intervenues à partir du transfert (119). A l'appui de cette thèse, elle énonce que «tant la prise en compte par l'État membre d'origine d'un gain de change que la prise en compte d'une perte de change intervenus postérieurement au transfert du siège de direction effective risqueraient non seulement de mettre en cause la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres mais également de conduire à des doubles impositions ou à des doubles déductions de pertes» (120).

Bien que le principe de territorialité fiscale et la théorie de la symétrie soient des notions à géométrie variable qui ne présentent, à l'heure actuelle, aucun contenu précis, il convient de relever que la Cour s'en inspire pour déterminer, conformément à l'objectif de prévention de la double imposition, une ébauche de critère pour la taxation uniforme des plus-values latentes, dans le contexte particulier du transfert du siège de direction effective (121).

En dépit de ce qui précède, la question de savoir si les fluctuations de la valeur des actifs intervenues depuis le transfert doivent être prises en considération par l'État d'émigration ou d'immigration relève de la compétence souveraine des États membres. Si, dès lors, l'État d'accueil ne tient pas compte des moins-values éventuelles (122), cela n'imposera aucunement à l'État d'origine de réévaluer, au moment de la réalisation de l'actif concerné, le montant de sa créance fiscale définitivement fixé lors du transfert de l'établissement principal (123). Selon la Cour, il s'agit là d'une distorsion résultant de la coexistence de différents systèmes fiscaux nationaux qui, en l'état actuel du droit de l'UE, semble échapper au champ d'application des libertés de circulation (124). En effet, la liberté d'établissement ne peut être interprétée comme obligeant un État membre à établir ses règles fiscales en fonction de celles d'un autre État membre afin de garantir, dans toutes les situations, une imposition qui efface toute disparité

(119) Arrêt *National Grid Indus*, précité, points 58-59. Voy. aussi les conclusions de l'avocat général J. KOKOTT précédant l'affaire *National Grid Indus*, précitée, point 78.

(120) Arrêt *National Grid Indus*, précité, point 59.

(121) *Ibidem*, point 59.

(122) Ce qui sera, en principe, le cas lorsque, comme en droit belge, l'inscription au bilan d'ouverture des éléments d'actifs n'est pas réalisée à leur valeur de marché.

(123) Arrêt *National Grid Indus*, précité, point 59.

(124) Voy. les conclusions de l'avocat général M.L.A. GEELHOED, précédant C.J.U.E., 12 décembre 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, aff. C-374/04, *Rec.*, p. I-11673, point 46.

découlant des réglementations fiscales (125). Le traité ne garantit donc pas à une société que le transfert de son siège de direction effective dans un autre État membre soit neutre en matière d'imposition (126).

Logiquement, par «symétrie» avec l'autorisation qu'elle confère à l'État d'origine d'appliquer son impôt d'émigration (ou *exit tax*), la Cour devrait imposer à l'État membre d'accueil de prendre en considération les fluctuations de la valeur des actifs sociaux postérieures au transfert de l'établissement principal. Il découle cependant de ce qui précède que la Cour de justice n'est pas à même de tirer toutes les conséquences logiques du principe de territorialité qu'elle invoque. Cette situation s'explique par le fait qu'à l'heure actuelle, le pouvoir de déterminer les critères d'imposition et celui de répartir la compétence fiscale appartient intégralement aux États membres (127). Il demeure donc une zone d'incertitude quant à la marge de manœuvre dont dispose l'État membre d'accueil d'une société quant à l'évaluation et à l'imposition des actifs transférés. Par identité de motifs avec la décision rendue dans *National Grid Indus*, il paraît, en tout cas, contraire au droit de l'UE que l'État membre d'accueil exerce son pouvoir d'imposition sur des plus-values nées antérieurement à l'immigration d'une société, c'est-à-dire en dehors du cadre de sa compétence fiscale (128).

(ii) *Le recouvrement immédiat de l'impôt à l'occasion du transfert du siège de direction effective est disproportionné*

Dans la mesure où le recouvrement immédiat de l'imposition de sortie, au moment du transfert de l'établissement principal, est susceptible de générer des problèmes de trésorerie, la Commission européenne a mis en avant qu'un recouvrement différé de l'impôt, au moment de la réalisation effective des plus-values latentes, constituerait une mesure moins attentatoire à la liberté d'établissement (129). Afin de permettre à l'État d'origine de recouvrer l'impôt, lors de la réalisation des actifs sociaux, il suffirait de demander à la société concernée de se plier à une obligation annuelle de déclarer qu'elle est encore en possession desdits actifs, ainsi qu'à une obligation de déclaration lors de leur cession effective (130). Les gouvernements impli-

(125) Arrêt *National Grid Indus*, point 62.

(126) *Ibidem*, point 62 et la jurisprudence citée.

(127) Voy. les conclusions de l'avocat général M.L.A. GEELHOED, précédant C.J.U.E., 12 décembre 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, précitée, point 52.

(128) Arrêt *National Grid Indus*, précité, point 46, interprété *a contrario*.

(129) *Ibidem*, point 65.

(130) *Ibidem*, point 66.

qués dans la procédure ont cependant objecté qu'un tel recouvrement différé de l'impôt n'était pas une alternative efficace, dans la mesure où il impliquerait une charge administrative excessive, tant pour l'administration que les contribuables (131).

Il est vrai que dans l'hypothèse où le transfert de l'établissement principal s'accompagne du transfert d'un grand nombre d'actifs, le suivi de ceux-ci, de même que les obligations déclaratives pourraient engendrer, dans le chef de la société concernée, une entrave à la liberté d'établissement qui n'est pas nécessairement moins attentatoire à cette liberté que le recouvrement immédiat de l'*exit tax* (132). Il convenait donc de tenir compte de la nature plus ou moins complexe de la situation patrimoniale des différentes sociétés candidates à l'émigration. A cette fin, la Cour a estimé, conformément à l'opinion de son avocat général, que serait moins attentatoire à la liberté d'établissement une mesure qui offrirait au contribuable le choix entre, d'une part, le paiement immédiat de l'*exit tax* qui dispense la société des charges administratives ultérieures et, d'autre part, le paiement différé de l'imposition, assorti, le cas échéant, d'intérêts, et accompagné d'une charge administrative pour la société concernée (133).

La Cour a, par ailleurs, rejeté l'argument du caractère excessif des charges administratives imposées aux autorités fiscales par un système de recouvrement différé de l'*exit tax* (134). Rappelant, tout d'abord, que le suivi des éléments d'actifs se rapporte au recouvrement de l'impôt, et non à son établissement, la Cour indique logiquement que si le contribuable considère les charges administratives comme raisonnables et acceptables, celles pesant sur l'administration fiscale de l'État membre d'origine ne saurait être qualifiées d'excessives. A l'appui de sa position, la juridiction européenne a rappelé que les mécanismes d'assistance mutuelle existant entre les États membres permettent à l'État membre d'origine de contrôler la véracité des déclarations des sociétés ayant opté pour le paiement différé de l'*exit tax* (135). En par-

(131) *Ibidem*, points 67 et 75.

(132) *Ibidem*, points 70 et 71. Voy. aussi les conclusions de l'avocat général J. KOKOTT précédant l'affaire *National Grid Indus*, précitée, points 69 à 71.

(133) Arrêt *National Grid Indus*, précité, point 73. Voy. aussi les conclusions de l'avocat général J. KOKOTT précédant l'affaire *National Grid Indus*, précitée, points 89, 90 et 107.

(134) Arrêt *National Grid Indus*, précité, points 77 et 78.

(135) Pour un aperçu d'ensemble des enjeux de l'assistance internationale au recouvrement, voy. P. DE METS, «Le recouvrement fiscal international. Une exception aux limites territoriales du pouvoir d'exécution», *R.G.C.F.*, 2010/4, pp. 231 et s.; M.A. GRAU RUIZ, *Mutual Assistance for the Recovery of Tax Claims*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2003; *idem*, «L'assistance mutuelle», in

ticulier, la directive 2008/55/CE (136) permet théoriquement d'obtenir de l'autorité compétente de l'État membre d'accueil des informations relatives à la réalisation ou non de certains éléments d'actifs d'une société ayant transféré son établissement principal, dans la mesure où celles-ci sont nécessaires au recouvrement de l'*exit tax* (137).

En pratique, cependant, il est à prévoir que de nombreuses difficultés techniques subsisteront pour assurer le recouvrement de l'impôt d'émigration et des intérêts qui l'accompagnent, notamment lorsqu'un grand nombre d'actifs sont transférés ou lorsque, dans l'État d'accueil, la société maintient dans son bilan des actifs dont la valeur comptable est nulle (vu les amortissements opérés) mais qui ne sont jamais réalisés. Pour pallier le risque de non-recouvrement de l'imposition, la Cour a expressément indiqué que les États membres étaient autorisés à introduire dans leur réglementation applicable au paiement différé des dettes fiscales, des mesures spécifiques telles que la constitution d'une garantie bancaire (138).

En conclusion, la Cour déclare donc «qu'une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, qui impose le recouvrement immédiat de l'imposition sur les plus-values latentes afférentes à des éléments de patrimoine d'une société transférant son siège de direction effective dans un autre État membre, au moment même dudit transfert, est disproportionnée» (139). Pour être conforme à la liberté d'établissement, la réglementation néerlandaise aurait, en effet, dû offrir le choix au contribuable entre un recouvrement immédiat de l'impôt d'émigration, au moment du transfert de l'établissement principal, et un recouvrement différé, subordonné à l'acceptation d'une charge administrative (et, le cas échéant, la constitution d'une garantie bancaire, de même que le paiement d'un intérêt légal).

On peut donc relever ici que par rapport à la décision rendue dans l'arrêt *N*, la Cour a réalisé une interprétation du principe de proportionnalité nettement plus favorable à la souveraineté fiscale des États membres qu'à la liberté d'établissement des opérateurs économiques. Sous cet angle, il s'agit certainement d'un revirement jurisprudentiel

Fiscalité européenne : actualités et points sensibles, colloque de l'E.S.S.F., Louvain-la-Neuve, Anthemis, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 131 et s.; M. VASCEGA et S. VAN THIEL, «Council Adopts New Directive on Mutual Assistance in Recovery of Tax and Similar Claims», *European Taxation*, June 2010, pp. 231-237.

(136) *J.O.U.E.*, n° L 150 du 10 juin 2008, p. 28. L'on rappellera que sur la base d'une proposition de la Commission européenne, la directive 2010/24/UE du 16 mars 2010 a abrogé et remplacé la directive 2008/55/CE du 26 mai 2008.

(137) Arrêt *National Grid Indus*, précité, point 78.

(138) *Ibidem*, point 74.

(139) *Ibidem*, point 85.

important. Dans *National Grid Indus*, le point d'équilibre entre l'impératif de sauvegarder la répartition du pouvoir d'imposition des États membres et celui de promouvoir les libertés de circulation semble, en effet, s'être déplacé au préjudice du droit d'établissement des contribuables. L'alternative au recouvrement immédiat de l'impôt proposée par la Cour de justice apparaît désormais très coûteuse pour le contribuable, en particulier si l'on songe aux modalités de constitution d'une garantie bancaire et à la fixation d'un intérêt légal relatif au paiement différé de l'impôt. Dans ce contexte, il apparaît que les sociétés souhaitant exercer leur liberté de s'établir à l'étranger seront soumises à un impôt plus élevé que celui supporté par une société dont l'établissement principal est resté localisé sur le territoire national. Selon nous, la formule proposée par la Cour de justice va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par la disposition néerlandaise. D'autres solutions plus respectueuses du principe de proportionnalité semblaient pourtant envisageables mais la Cour les a apparemment ignorées (140). A cet égard, il nous semble que l'arrêt *National Grid Indus* illustre le caractère incomplet ou inachevé de l'assimilation des sociétés aux personnes physiques pour le bénéfice de la liberté d'établissement.

3. — *Examen des autres causes de justification*

Certains gouvernements ont avancé que la réglementation en cause pourrait également être justifiée par l'exigence consistant à préserver la cohérence du système fiscal néerlandais (141). S'il ressort de la jurisprudence de la Cour que cette exigence peut constituer un motif impérieux d'intérêt général (142), celle-ci n'a toutefois été admise avec suc-

(140) Voy. Par ex. La communication de la Commission du 19 décembre 2006, COM (2006) 825 final. Dans le même sens, voy. E. KEMMEREN, «The Netherlands : Pending Cases Filed by the Netherlands Courts», in *ECJ — Recent Developments in Direct Taxation 2010*, Viena, Linde, 2011, pp. 170-174, et en particulier son plaidoyer en faveur d'un système de «*residence-based compartmentalization*».

(141) *Ibidem*, point 79. Sur la notion de cohérence des systèmes fiscaux nationaux, voy. not. P.J. WATTEL, «Fiscal cohesion, fiscal territoriality, and preservation of (balanced) allocation of taxing powers : what is the difference?», in (D. WEBER, ed.), *Influence of European Law on Direct Taxation*, The Hague, Kluwer Law International, 2007, pp. 139-157; L. VERDONER, «The Coherence Principle under EC Tax Law», *European Taxation*, May 2009, pp. 274-282; F. VANISTENDAEL, «Cohesion : the Phoenix rises from his ashes», *EC Tax Review*, 2005, p. 208.

(142) C.J.U.E., 28 janvier 1992, *Bachmann*, aff. C-204/90, *Rec.*, p. I-249, point 28; C.J.U.E., 7 septembre 2004, *Manninen*, aff. C-319/02, *Rec.*, p. I-7477, point 42; C.J.U.E., 23 février 2006, *Keller Holding*, C-471/04, *Rec.*, p. I-2107, point 40.

cès qu'à de très rares occasions (143). En l'espèce, la Cour a d'emblée reconnu que «les exigences liées à la cohérence fiscale et la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition se recoupent» (144). Cependant, si l'imposition du décompte final est certainement à même de préserver la cohérence du droit fiscal néerlandais, le recouvrement immédiat de l'*exit tax*, au moment du transfert de l'établissement principal, doit être considéré comme allant au-delà de ce qui est nécessaire pour la réalisation d'un tel objectif (145).

Différents gouvernements ont également avancé que la prévention de l'évasion fiscale constituerait un motif impérieux d'intérêt général susceptible de justifier la restriction à la liberté d'établissement résultant de l'imposition du décompte final néerlandaise. Comme l'a rappelé l'avocat général Kokott, «la prévention de l'évasion fiscale n'entre en ligne de compte en tant que justification autonome que si le but spécifique d'une telle restriction consiste à faire obstacle à des comportements consistant à créer des montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique, dans le but d'éluder l'impôt normalement dû sur les bénéfices générés par des activités réalisées sur le territoire national» (146). Cependant, le transfert du siège social ne saurait, en tant que tel, fonder une présomption générale de fraude fiscale et justifier une mesure portant atteinte à la liberté d'établissement (147). En l'espèce, le gouvernement néerlandais a lui-même confirmé qu'il ne s'était pas appuyé sur la justification de la prévention de l'évasion fiscale pour motiver l'imposition du décompte final (148). Celle-ci ne peut donc, en tout état de cause, être retenue.

(143) C.J.U.E., 23 octobre 2008, *Krankenheim*, aff. C-157/07, *Rec.*, p. I-08061, points 43 et 44; C.J.U.E., 28 janvier 1992, *Bachmann*, précité.

(144) Arrêt *National Grid Indus*, précité, point 80. Dans le même sens, voy. les conclusions de l'avocat général J. Kokott précédant l'arrêt *National Grid Indus*, précitée, point 99 et précédant l'arrêt *N*, précitée, point 106.

(145) Arrêt *National Grid Indus*, précité, points 81 et 82.

(146) Voy. les conclusions de l'avocat général J. Kokott précédant l'arrêt *National Grid Indus*, précitée, point 102. Dans le même sens, voy. not. C.J.U.E., 13 mars 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, aff. C-524/04, *Rec.*, p. I-2107, points 72 et s.; C.J.U.E., 18 juin 2009, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, aff. C-303/07, *Rec.*, p. I-5145, points 63 et s.; C.J.U.E., 21 janvier 2010, *SGI*, précité, points 65 et s.

(147) Arrêt *National Grid Indus*, précité, point 84 et la jurisprudence citée. Dans le même sens, voy. les conclusions de l'avocat général J. Kokott précédant l'arrêt *National Grid Indus*, précitée, points 101 à 105.

(148) Voy. les conclusions de l'avocat général J. Kokott précédant l'arrêt *National Grid Indus*, précitée, point 104.

III. — L'immigration des sociétés en droit fiscal européen

Lors du transfert de son établissement principal d'un État membre à un autre, une société est susceptible de rencontrer certaines difficultés résultant de son assujettissement successif à deux systèmes fiscaux nationaux. Ainsi, lorsque des actifs sont transférés d'un État qui exerce son pouvoir d'imposition sur la différence entre la valeur nette comptable et la valeur vénale de ceux-ci, au moment du transfert, vers un autre État qui, lui, évalue les actifs à leur valeur comptable, une double imposition peut survenir si ledit État impose l'accroissement de valeur ultérieur lors de la cession effective de ces actifs (149). Des incertitudes entourent également la question du report des pertes antérieures de la société dans l'État d'accueil (150). En outre, le bénéfice de l'immunisation de réserves ou provisions constituées en franchise d'impôt par la société transférante pourrait être remis en cause, dans la mesure où elle a trait à des actifs transférés (151). D'autres avantages fiscaux accordés à la société par l'autorité publique comme les aides fiscales à l'investissement, les crédits d'impôts étrangers ou les provisions fiscalement déductibles pourraient également être annulés (152).

(149) Cette difficulté est bien connue des institutions européennes qui l'ont évoquée à plusieurs reprises. Voy. not. la Communication du 19 décembre 2006, COM(2006) 825 final, pp. 6 à 9; la résolution 2008/C 323/01 du Conseil du 2 décembre 2008 sur la coordination en matière de taxation à la sortie, *J.O. C 323/1*. Dans l'hypothèse inverse, la Commission a relevé que si un actif est transféré d'un État membre qui autorise le transfert sur la base de la valeur nette comptable vers un État membre qui, lui, détermine la valeur de l'actif transféré selon sa valeur vénale, la différence entre la valeur nette comptable et la valeur vénale de l'actif ne sera imposée dans aucun des États membres, aboutissant à une double non-imposition involontaire.

(150) Sur cette question, voy. A. RIVOLTA, «Transfer of Residence within the European Union: The Treatment of Pre-Existing Losses — Part 1», *European Taxation*, 2010, pp. 26 et s. and Part 2, pp. 66 et s. Voy. aussi C. WIMPISSINGER, «Cross-border transfer of losses, the ECJ does not agree with Advocate General Sharpston», *EC Tax Review*, 2008-4, pp. 173 et s.; J. SAÏAC, «The Deduction of Losses Incurred in Another Member State by a Non-Resident Subsidiary following Marks & Spencer», *European Taxation*, vol. 47, n° 12, 2007, pp. 550-561; J. BEZZINA, «The treatment of losses under the EC Merger Directive 1990», *European Taxation*, vol. 42, n° 2, 2002, pp. 57 et s.

(151) Ph. MALHERBE, «La fiscalité de la société européenne», in *La société européenne*, coll. du Centre Jean Renauld, vol. 12, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 271.

(152) Ph. MALHERBE, «Le régime fiscal communautaire des réorganisations de sociétés», *JDE*, 2005, p. 257.

La question se pose donc de savoir comment résoudre ce type de difficultés résultant des disparités entre les législations fiscales nationales. *A priori*, chaque État membre est, en effet, libre de circonscrire de façon discrétionnaire l'étendue de son pouvoir d'imposition et de définir sa conception du «principe» de territorialité, dans le respect des libertés de circulation. En l'état actuel du droit de l'Union, il n'est donc pas évident d'apprécier si le traité européen ou le droit dérivé est en mesure de limiter les doubles impositions (153) et autres obstacles fiscaux qui apparaissent lors du transfert transfrontalier du siège social. L'on peut ainsi penser que seul un travail d'intégration positive permettrait d'offrir aux contribuables une réelle neutralité fiscale dans une telle hypothèse.

Une première étape en ce sens a été franchie par le Conseil européen dans sa résolution du 2 décembre 2008 sur la coordination en matière de taxation à la sortie. A cette occasion, le Conseil a notamment invité les États membres à adopter le principe directeur selon lequel «lorsque, à l'occasion d'un transfert d'activités économiques, l'État de sortie se réserve le droit d'imposer les plus-values latentes correspondant aux éléments d'actif détenus par le contribuable, calculées par différence entre la valeur vénale de ces éléments à la date du transfert et leur valeur comptable, l'État d'accueil retient cette valeur vénale à la date du transfert lors du calcul de la plus-value ultérieure en cas de cession» (154). Tout en fournissant l'avantage de la cohérence, un tel système permettrait d'éviter la double imposition des actifs transférés.

Pour l'heure, la Cour de justice n'a pas encore été saisie d'un litige dans lequel une société contesterait la conformité d'une disposition fiscale de l'État d'immigration à la liberté d'établissement. Indéniablement, des restrictions existent cependant dans certaines législations nationales qui, à l'instar du droit belge, imposent les actifs d'une société émigrante transférés dans un autre État membre en s'appuyant sur leur valeur de marché, tout en prenant en considération la valeur comptable des actifs d'une société immigrante au moment du transfert de sa résidence fiscale. L'on peut penser que le manque de cohérence résultant de la coexistence de deux dispositions de ce type serait de

(153) A l'intérieur de l'espace européen, le réseau de conventions préventives de la double imposition existant entre États membres ne semble pas non plus à même de combattre les situations de double imposition résultant de l'application d'une *exit tax*.

(154) Résolution 2008/C 323/01 du Conseil du 2 décembre 2008 sur la coordination en matière de taxation à la sortie, *J.O. C 323/1*.

nature à remettre en question l'admissibilité par la Cour d'une justification invoquée par l'État membre concerné.

IV. — La nécessité de mettre en œuvre de nouvelles solutions pragmatiques permettant d'encourager la mobilité des sociétés

L'on a déjà observé que la plupart des États membres soumettent le déplacement transfrontalier du principal établissement ou du siège social des sociétés à un impôt d'émigration spécifique, communément appelé *exit tax*. Dans de nombreux États membres, une évolution se dessine, cependant, en faveur de l'extension du régime de neutralité organisé pour les SE et les SCE par la directive 2009/133/CE du 19 octobre 2009 au transfert du siège social de toutes les sociétés de capitaux nationales (155). Le régime de neutralité proposé par cette directive est toutefois subordonné au maintien des actifs de la société dans un établissement stable situé sur le territoire de l'État membre d'origine. Or, il apparaît qu'un tel système conditionnant le bénéfice de la neutralité fiscale à l'immobilisation des actifs est désormais contraire aux libertés de circulation garanties par le Traité. Le système de neutralité fiscale prévu par la directive fiscale «fusion» laisse, en effet, intactes les difficultés posées par l'imposition des plus-values (latentes) afférentes aux actifs transférés. Contrairement aux revenus professionnels ordinaires, la taxation de ces revenus latents n'intervient pas annuellement et cette circonstance explique que le transfert à l'étranger de l'assiette imposable donne lieu à la perception d'un impôt sur ce revenu.

Concrètement, la consécration d'un droit au transfert du siège et des actifs sociaux en neutralité fiscale nécessite une intégration plus poussée des législations fiscales nationales. La Commission européenne l'a d'ailleurs bien compris en affirmant que «la définition d'une base d'imposition consolidée de l'impôt sur les sociétés englobant toutes les activités d'une entreprise dans l'Union européenne est le seul moyen susceptible de permettre : (...) la simplification de nombreuses opérations internationales de restructuration; (...) l'élimination de nombreux cas de double imposition; la suppression de nombreuses situations et restrictions discriminatoires» (156). De son côté, la Cour de justice a préconisé un système qui, tout en ne confinant pas

(155) Comme nous l'avons vu, cela est déjà le cas en Belgique (art. 214bis CIR) et en France (art. 221, 2 CGI, tel qu'interprété par l'administration fiscale).

(156) COM 2001 (582) final, 20.

les actifs sociaux à l'immobilisme, restreint considérablement l'attrait de leur déplacement dans un autre État membre. Plusieurs instruments existants ou en chantier au niveau de l'UE pourraient cependant favoriser la circulation internationale des sociétés et de leurs actifs. L'on songe principalement aux outils qui ont été adoptés afin de moderniser la coopération administrative entre États membres (157); au nouveau projet de mise en place d'une assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés (ACCIS) (158) et aux autres propositions visant à établir une fiscalité commune des sociétés dans l'espace européen, de même qu'aux propositions d'harmonisation de la réglementation comptable. La mise en œuvre de ces propositions permettrait de réduire considérablement les difficultés fiscales liées à la circulation internationale des sociétés mais malheureusement, celle-ci est dépendante d'une volonté politique forte qui, à l'heure actuelle, semble faire défaut au niveau du Conseil européen. D'une manière pragmatique, il importe donc de porter notre attention sur d'autres pistes d'évolution susceptibles d'être mises en œuvre unilatéralement (adaptation de la législation nationale) et/ou sur une base conventionnelle (adaptation des conventions fiscales). Selon nous, celles-ci devraient essentiellement viser la mise en œuvre d'un mécanisme de report d'imposition dans l'État d'émigration, respectueux du principe de proportionnalité, et la coordination des méthodes d'évaluation des actifs transférés. Des solutions spécifiques devraient également être trouvées afin d'encadrer le transfert des actifs, incorporels ou non qui, par nature, ne sont pas destinés à être cédés mais sont utilisés ou consommés par l'entreprise et se périment au fil du temps.

Dans sa communication du 19 décembre 2006, la Commission européenne a clairement indiqué sa position de principe à l'égard des taxes d'émigration appliquées aux sociétés en soutenant que «les contribuables qui exercent leur droit à la liberté d'établissement en émigrant vers un autre État membre ne sauraient être assujettis à une charge fiscale perçue plus tôt ou d'un montant supérieur que les contri-

(157) Il s'agit essentiellement des directives 2010/24/UE du 16 mars 2010 et 2011/16/UE du 15 février 2011 qui organisent la coopération, respectivement en matière de recouvrement des créances fiscales et d'assistance mutuelle. Il est crucial d'approfondir ces instruments afin d'être en mesure d'assurer le suivi des éléments d'actifs d'une société postérieurement au transfert de sa résidence fiscale d'un État membre à un autre.

(158) Voy. la récente proposition de la Commission du 16 mars 2011. Selon les auteurs du texte, cette initiative devrait grandement favoriser la lutte contre les entraves fiscales auxquelles sont confrontées les entreprises exerçant leurs activités dans différents États membres de l'UE. Pour autant, l'initiative connaît également de nombreux détracteurs.

buables qui continuent à résider dans le même État membre» (159). Très tôt, elle a ainsi affirmé sans détour son ambition d'appliquer les principes dégagés dans l'arrêt *Lasteyrie du Saillant* à l'émigration des sociétés, dans le cadre d'une démarche de coordination des politiques fiscales nationales. Afin de surmonter les divergences entre les régimes fiscaux nationaux et de limiter les risques de double imposition (ou de double non-imposition), la Commission a ainsi proposé plusieurs pistes de solution, parmi lesquelles (i) l'octroi, par l'État membre d'origine prélevant un impôt de sortie, d'un report d'imposition jusqu'à la réalisation effective des actifs concernés (ou leur transfert vers un pays tiers), (ii) l'octroi, par cet État, d'un crédit d'impôt relatif à l'impôt prélevé par le nouvel État de résidence sur les mêmes plus-values, (iii) la mise en œuvre d'un système de partage du droit d'imposition afférant aux plus-values, fondé sur la durée au cours de laquelle la société a résidé dans l'un et l'autre États membres, et (iv) la «reconnaissance mutuelle» des valeurs de transfert déterminées par l'État membre d'origine aux fins du calcul de l'impôt (160). Postérieurement aux initiatives de la Commission et du Conseil européen, plusieurs auteurs ont proposé des solutions permettant de limiter la double imposition des actifs transférés, spécialement dans les situations d'émigration des sociétés (161). Malheureusement, le mouvement de coordination des solutions nationales demeure très lent, en manière telle que la législation fiscale de la plupart des États membres contient encore d'importants obstacles qui pénalisent la circulation internationale des sociétés et de leurs actifs.

V. — Conclusion

Indéniablement, les opérateurs économiques éprouvent un intérêt particulier à pouvoir transférer sans entrave, dans l'espace européen, leur siège social, leur résidence fiscale et leurs actifs. Singulièrement, le transfert du siège social et de la résidence fiscale constituent un mode particulier de réorganisation susceptible de fournir d'intéressantes perspectives fiscales et non fiscales. Cependant, compte tenu de

(159) COM(2006) 825 final, p. 7.

(160) Pour un exposé plus récent et détaillé des propositions de la Commission européenne, voy. L. KOVÁCS, «European Commission Policy on Exit Taxation», *Studi Tributari Europei*, 1/2009. Voy. aussi la résolution 2008/C 323/01 du Conseil du 2 décembre 2008 sur la coordination en matière de taxation à la sortie, *J.O. C 323/1*, dont question dans la partie III de la présente contribution.

(161) Voy. not. G. FÜHRICH, *op. cit.*, pp. 13-19; D. ZERNOVA, *op. cit.*, pp. 489-492; E. KEMMEREN, *op. cit.*, pp. 170-174 et les références citées.

l'insuffisance du cadre réglementaire actuel, les entreprises européennes ont généralement recours à d'autres mécanismes de réorganisation. En effet, celles-ci sont à la recherche de solutions juridiques claires et fiables qui, à l'égard du transfert transfrontalier du siège social, n'existent pas à l'heure actuelle. En droit de l'UE, l'impossibilité de dépasser le caractère national du rattachement des sociétés à la loi qui les régit explique qu'à leur égard, la liberté d'établissement primaire demeure imparfaite.

L'état actuel du droit de l'UE nous permet cependant d'affirmer que sauf exception, il est désormais possible de modifier la loi applicable à une société en déplaçant son siège social d'un État membre à un autre. Sur la base des arrêts *Cartesio* et *National Grid Indus*, l'on peut, en outre, avancer que les aspects fiscaux liés à la transformation d'une société en une forme sociétaire d'un autre État membre sont également soumis au respect de la liberté d'établissement garantie par le droit de l'UE (162). La même conclusion s'étend aux conséquences fiscales du transfert transfrontalier de la résidence fiscale d'une société, dans la mesure où l'opération n'altère pas la régularité de son rattachement à la *lex societatis* de l'État membre d'origine (163).

Malgré cette évolution positive, le transfert transfrontalier du siège social reste soumis à d'importants obstacles fiscaux qui en limitent l'intérêt. Comme nous l'avons vu, la Cour de justice a avalisé, dans son principe, l'impôt d'émigration établi à l'égard des sociétés, en tant qu'il constitue une mesure nécessaire pour permettre aux États membres d'exercer leur pouvoir d'imposition sur les plus-values nées dans le cadre de leur compétence fiscale. La conformité au droit de l'UE d'un système d'imposition à la sortie nécessite cependant que celle-ci soit proportionnée sous l'angle du recouvrement. A cet égard, la réglementation nationale doit offrir le choix entre un recouvrement immédiat de l'imposition, au moment du transfert de l'établissement principal, et un recouvrement différé, le cas échéant assorti d'intérêts, au moment de la réalisation effective des actifs concernés. Il apparaît que l'alternative du recouvrement différé de l'impôt est peu attractive et très coûteuse pour les sociétés candidates à l'émigration. En effet, la Cour énonce que l'État d'origine peut subordonner le report d'imposition au respect d'obligations déclaratives contraignantes qui devraient, dans de nombreux cas, représenter une charge administra-

(162) Dans le même sens, voy. les conclusions de l'avocat général Kokott précédant l'arrêt *National Grid Indus*, précité, point 36.

(163) Une telle situation se produira dans les différentes hypothèses où une société déplace son siège de direction effective au départ d'un État membre retenant «l'incorporation» comme critère de détermination de la *lex societatis*.

tive dissuasive pour les sociétés concernées. D'autre part, contrairement à ce qui prévaut pour les personnes physiques, l'État d'origine est autorisé à assortir d'intérêts le paiement différé de l'impôt d'émigration et à se prémunir du risque de non-recouvrement de l'imposition via des mesures telles que la constitution d'une garantie bancaire. En outre, l'État d'origine n'est pas contraint de tenir compte des fluctuations de la valeur des actifs susceptibles d'être enregistrées postérieurement au transfert du siège de direction. Comme nous l'avons relevé, il semble que par rapport à la décision rendue dans l'arrêt *N*, le point d'équilibre entre l'impératif de sauvegarder la répartition du pouvoir d'imposition des États membres et celui de promouvoir les libertés de circulation se soit déplacé au préjudice du droit d'établissement des contribuables. Telle que la Cour l'a modalisée dans *National Gris Indus*, l'alternative au recouvrement immédiat de l'impôt apparaît difficilement compatible avec l'interprétation traditionnelle du principe de proportionnalité. A ce niveau, l'on peut sans doute parler d'un revirement jurisprudentiel qui tend à accorder une marge de manœuvre beaucoup plus importante à l'État d'origine de la société candidate à l'émigration. D'autre part, cette évolution illustre le caractère incomplet ou inachevé de l'assimilation des sociétés aux personnes physiques pour le bénéfice de la liberté d'établissement.

Corrélativement, la Cour de justice a rappelé que le traité ne garantit pas à une société que le transfert de son siège de direction soit fiscalement neutre. L'on peut sans doute déduire de ce principe que l'État membre d'accueil demeure libre de fixer, de façon discrétionnaire, les règles d'évaluation des actifs transférés. Pour autant, nous sommes enclins à penser qu'un défaut de cohérence ou de «symétrie» serait de nature à remettre en question la compatibilité d'une réglementation nationale avec le droit de l'UE. Il devrait en être ainsi à l'égard des réglementations qui (à l'instar du droit belge) imposent les actifs d'une société *émigrante* transférés dans un autre État membre en s'appuyant sur leur valeur de marché, tout en prenant en considération la valeur comptable des actifs d'une société *immigrante*, au moment du transfert de sa résidence fiscale.

Plus généralement, l'absence d'un régime juridique cohérent du transfert transfrontalier du siège social empêche la multiplication de ce type d'opération et réserve le bénéfice de celle-ci aux entreprises d'une certaine importance, lesquelles sont les seules à même de bénéficier du conseil juridique et fiscal nécessaire. Sous l'angle comptable et fiscal, le traitement du transfert de résidence dans l'État d'accueil de la société demeure une source potentielle de restriction à la liberté d'établissement. Plus grave encore, le transfert des actifs sociaux d'un État membre à un autre entraînera, dans la majorité des cas, l'exigibilité

d'un impôt d'émigration souvent dissuasif. Comme nous l'avons relevé, ces difficultés ne semblent pouvoir être définitivement résolues qu'à la faveur d'un mouvement de coordination des législations nationales.