

La liberté d'établissement s'oppose à l'annulation d'une réduction d'impôt consécutive au transfert transfrontalier du siège social d'une société

CJUE, 6 septembre 2012, *Finanziaria Di Diego Della Valle*, aff. C-380/11

Edoardo TRAVERSA, Professeur à l'Université catholique de Louvain, Avocat au barreau de Bruxelles

Edouard-Jean NAVEZ, Doctorant à l'Université catholique de Louvain, Chercheur rattaché à la chaire PwC de droit fiscal

Introduction

L'arrêt annoté s'inscrit dans un courant jurisprudentiel par lequel la Cour de justice a déterminé la portée de la liberté d'établissement primaire des sociétés¹. Cette liberté, en effet, bien qu'ayant été consacrée dans le traité européen, fait l'objet de dispositions peu explicites quant à leur véritable champ d'application et qui, au surplus, ne règlent pas, en apparence, certaines questions cruciales en matière de circulation des personnes morales². Dès lors, il est essentiellement revenu à la Cour de justice d'interpréter les articles 49 et 54 TFUE afin d'en préciser les modalités d'application³. Dans l'état actuel du droit de l'Union européenne, sauf exception, rentrent dans le domaine d'application de la liberté d'établissement tant le déplacement transfrontalier du siège social que la transformation corrélative

d'une société en une forme sociétaire d'un autre État membre⁴. Par ailleurs, les aspects fiscaux liés à ces opérations sont également soumis au respect de la liberté d'établissement garantie par le droit de l'Union⁵. 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'origine⁶. Cette évolution est évidemment positive pour les entreprises qui sont de plus en plus désireuses de pouvoir transférer sans entrave, à l'intérieur de l'espace européen, leur siège social, leur résidence fiscale et leurs actifs.

Néanmoins, le transfert transfrontalier du siège social reste soumis à d'importants obstacles fiscaux qui en limitent l'intérêt. Ainsi, dans un arrêt récent précédant l'arrêt annoté (*National Grid Indus*), la Cour de justice a avalisé, dans son principe, l'impôt d'émigration (ou « *exit tax* ») sur les sociétés⁷, en tant qu'il constitue une mesure nécessaire pour permettre à un État membre d'exercer son pouvoir d'imposi-

¹ V. CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec.* p. I-1459 ; CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, *Rec.* p. I-9919 ; CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art Ltd.*, aff. C-167/01, *Rec.* p. I-10115 ; CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, *Rec.* I-9641. En ce qui concerne les aspects fiscaux, v. CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail*, aff. 81/87, *Rec.* p. 5483 ; CJCE 29 novembre 2011, *National Grid Indus*, aff. C-371/10, *nep.* ; CJUE, 6 septembre 2012, *Commission / Portugal*, aff. C-38/10, *nep.* V. encore les affaires pendantes suivantes : aff. C-64/11, *Commission / Espagne* ; aff. C-261/11, *Commission / Danemark* ; aff. C-301/11, *Commission / Pays-Bas*.

² V. l'ex-article 293 CE, ayant lui-même remplacé l'ancien article 220 CE.

³ A. AUTENNE et E.-J. NAVEZ, « Cartesio, les contours incertains de la mobilité des sociétés revisités », *CDE*, 2009, p. 91, et les références citées.

⁴ E.-J. NAVEZ, « 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 ? », *CDE*, 2011/3, p. 611.

⁵ Dans le même sens, v. le point 36 des conclusions de l'avocat général KOKOTT sur l'arrêt *National Grid Indus*.

⁶ 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*.

⁷ En droit français, v. l'art. 221.2 CGI.

tion sur les plus-values générées au cours d'une période où le contribuable relevait de sa compétence fiscale⁸. Plus généralement, les impôts d'émigration entraînent des difficultés de trésorerie et d'importants risques de double imposition⁹ face auxquels la Cour de justice semble démunie, en l'absence d'intégration positive des législations nationales.

Dans ce contexte, l'arrêt *Finanziaria Di Diego Della Valle* rendu le 6 septembre 2012¹⁰ ne peut être considéré comme une surprise puisqu'il constitue une application particulière des principes dégagés par la Cour dans sa jurisprudence antérieure, en particulier dans l'arrêt *National Grid Indus*¹¹. En l'espèce, la décision annotée a sanctionné une réglementation luxembourgeoise prévoyant la remise en cause de la réduction de l'impôt sur la fortune dont peuvent bénéficier (sous certaines conditions) les sociétés, au motif que celles-ci ont transféré leur siège social dans un autre État membre. La Cour n'était donc pas confrontée, *in casu*, à un véritable impôt d'émigration mais à une entrave originale consistant à conditionner le maintien d'un avantage fiscal au maintien de la résidence fiscale sur le territoire national. Après avoir brièvement rappelé les circonstances factuelles qui ont précédé la

question préjudicielle (I), nous examinerons chronologiquement, dans les lignes qui suivent, le raisonnement suivi par la Cour de justice (II).

I. Les faits et les circonstances de la cause

La société de droit luxembourgeois DADV a transféré son siège social en Italie à compter du 12 octobre 2006. Au cours du mois de décembre de la même année, DADV a été absorbée par la société de droit italien DIVI aux termes d'une opération de fusion. Pendant la période durant laquelle DADV était un contribuable luxembourgeois, cette société était soumise à l'impôt sur la fortune (*net wealth tax*) tout en ayant sollicité le bénéfice d'un mécanisme spécifique de réduction de cet impôt. L'impôt sur la fortune dû annuellement peut, en effet, être réduit à concurrence d'un cinquième du montant des bénéfices annuels qu'un contribuable affecte à une réserve indisponible qu'il s'engage à maintenir durant cinq années¹².

En qualité de successeur en droit de DADV pour la période au cours de laquelle celle-ci a été un contribuable luxembourgeois, la société DIVI a sollicité la réduction de l'impôt sur la fortune dû par DADV pour les exercices 2005 et 2006. L'administration luxembourgeoise a refusé de faire droit à cette demande, arguant du non-respect des conditions légales et, en particulier, du fait de la distribution prématurée de la réserve constituée. Après avoir tenté, sans succès, d'obtenir l'annulation des bulletins d'imposition émis à l'égard de DADV, la société DIVI a introduit, le 15 octobre 2009, un recours devant le tribunal administratif afin d'obtenir la réformation des bulletins d'imposition litigieux. DIVI a notamment fait valoir que DADV avait constitué dans son bilan une réserve spéciale pour l'impôt sur la fortune, laquelle a été maintenue à la suite du transfert de son siège social en Italie et, à l'issue de l'opération de fusion, transférée dans les comptes de la société absorbante où elle se retrouvait jusqu'au 31 décembre 2008. La juri-

⁸ V. les points 48-49 de l'arrêt *National Grid Indus*.

⁹ En ce sens, V. E.-J. NAVEZ, « Le traitement fiscal du transfert de résidence... », *op. cit.*, pp. 612 et 646 ; R. VILÁGI, « Exit Taxes on Various Types of Corporate Reorganizations in Light of EU Law », *European Taxation*, 2012/7, p. 346.

¹⁰ CJUE, 6 septembre 2012, *Finanziaria Di Diego Della Valle*, aff. C-380/11, nep.

¹¹ Sur les enseignements de cette décision, v. E.-J. NAVEZ, « Le traitement fiscal du transfert de résidence... », *op. cit.* ; L. SHEPPARD, « Exit taxes on European restructuring », *Tax Notes International*, 01/2012, p. 7 ; 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* », *JDE*, 2012, n° 188, p. 109 ; L. IDOT, « Transfert du siège social réel et imposition des gains de change latents », *Europe*, 2012/1, p. 29 ; P. WATTEL, « Exit Taxation in the EU/EEA Before and After *National Grid Indus* », *Tax Notes International*, 2012, p. 371 ; T. BIERMEYER, F. ELSENER, F. TIMBA, « The Compatibility of Corporate Exit Taxation with European Law », *European Company and Financial Law Review*, 2012, Vol. 9, n° 1, p. 101 ; R. KOVAR, « Liberté d'établissement, fiscalité et transfert de siège social : la CJUE persiste », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 784 ; G. BLANLUET, « Conséquences fiscales d'un transfert de siège au sein de l'Union européenne », *Droit fisc.*, février 2012, n° 5, pp. 37-44 ; V. KRONENBERGER, « Conséquences fiscales du transfert de siège d'une société au sein de l'Union : la Cour retient une solution équilibrée », *RAE*, 2011, p. 833 ; C. VALENTIN et B. LACOMBE, « Quel dispositif d'*exit tax* pour les sociétés au sein de l'Union européenne ? Réflexions sur l'arrêt *National Grid Indus BV* », *RTDF*, 2012, n° 1, pp. 106 à 108 ; S. FRANÇO, note sous l'arrêt *National Grid Indus*, *JDI*, n° 2/2012, p. 86.

¹² V. le paragraphe 8a de la loi du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune, telle que modifiée par la loi du 21 décembre 2001 (*Mémorial A* 2001, 157, p. 3312).



diction de renvoi a indiqué qu'en réalité, le refus d'accorder la réduction et l'imposition subséquente résulteraient du non-respect d'une exigence d'assujettissement à l'impôt sur la fortune luxembourgeois pendant la période d'indisponibilité de cinq ans. En effet, la condition de maintien d'une réserve bilantaire implique que le contribuable sollicitant la réduction soit établi au Luxembourg au moment de la constitution de la réserve mais également pendant la durée du maintien de celle-ci, à savoir les cinq années d'imposition ultérieures¹³. Compte tenu de l'influence potentiellement négative d'une telle disposition sur l'établissement des sociétés résidentes dans un autre État membre de l'Union européenne, le tribunal administratif a posé à la Cour de justice la question préjudicielle suivante : « L'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une disposition, telle que celle régie par le paragraphe 8a de la LIF qui subordonne, en son premier alinéa, l'octroi du bénéfice de la réduction d'impôt sur la fortune à la condition de rester assujetti à l'impôt sur la fortune luxembourgeois pendant les cinq années d'imposition subséquentes ? ».

II. Examen du raisonnement suivi par la Cour

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

Par « assimilation » aux personnes physiques¹⁴, l'article 54 TFUE étend et modalise la liberté d'établissement au profit des groupements poursuivant un but lucratif. Plus précisément, 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 aux personnes physiques ressortissantes des États membres pour

l'application des dispositions du Traité relatives à la liberté d'établissement. Le bénéfice de ces dispositions passe donc nécessairement par la médiation du droit national d'un État membre¹⁵. En effet, « 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 »¹⁶. En l'espèce, bien que retenant la théorie du siège réel, le droit luxembourgeois accepte et organise la possibilité pour une société résidente de transférer son siège social vers un autre État membre¹⁷. La disposition litigieuse se limite donc à modaliser les conséquences fiscales attachées au transfert de la résidence fiscale d'une société luxembourgeoise qui cesse d'être soumise à l'impôt sur la fortune luxembourgeois¹⁸. La régularité de la société DADV n'étant pas remise en cause par le déplacement transfrontalier de son siège social, celle-ci est admise, *ratione personae*, à se prévaloir de la liberté d'établissement¹⁹.

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. A cet égard, la décision annotée confirme l'arrêt *National*

¹³ Points 23, 24, 26 et 39 de l'arrêt *Finanziaria Di Diego Della Valle*.

¹⁴ Y. LOUSSOUARN, « Le droit d'établissement des sociétés », *RTDE*, 1990, pp. 229-230. Cette assimilation est cependant imparfaite et de nombreux obstacles pénalisent encore la libre circulation des personnes morales.

¹⁵ En ce sens, v. également S. FRANCO, note sous CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, *JDI*, 2009/2, p. 686.

¹⁶ V. les points 26-27 de l'arrêt *National Grid Indus* ainsi que les points 109-110 de l'arrêt *Cartesio*.

¹⁷ V. l'art. 67-1, § 1^{er} de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (LSC) et l'art. 172 de la loi concernant l'impôt sur le revenu (LIR).

¹⁸ Point 29 de l'arrêt *Finanziaria Di Diego Della Valle*. V. aussi le point 31 de l'arrêt *National Grid Indus*.

¹⁹ 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 (S. FRANCO, *op. cit.*, p. 686). 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.



Grid Indus qui avait posé le principe selon lequel la liberté d'établissement peut être invoquée à l'encontre de 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'Union 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'accueil²⁰. 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'établissement²¹.

B. L'interdiction des différences de traitement entre les transferts locaux et transfrontaliers du siège social

Déjà, dans l'arrêt *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 législation²². 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

National Grid Indus, *Lasteyrie du Saillant et N*, la Cour de justice a examiné la mesure nationale en cause dans l'arrêt *Finanziaria Di Diego Della Valle* 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 »²³. Bien qu'une telle approche soit discutable²⁴, 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-résidents²⁵.

Dans la décision annotée, l'identification de l'inconvénient qui caractérise la restriction a été réalisée en démontrant que selon la législation luxembourgeoise, le transfert du siège social dans un autre État membre est traité de manière désavantageuse, sous l'angle fiscal,

²⁰ V. les points 112 et 113 de l'arrêt *Cartesio*.

²¹ V. le point 30 de l'arrêt *National Grid Indus*.

²² V. le point 16 de l'arrêt *Daily Mail*; CJCE, 11 mars 2004, aff. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Rec. p. I-2409, point 42; CJCE, 7 septembre 2006, *N*, aff. C-470/04, Rec. p. I-7409, points 34 à 39. Plus récemment, v. aussi CJCE, 27 novembre 2008, *Papillon*, aff. C-418/07, Rec. p. I-8947, point 16; CJCE, 1^{er} octobre 2009, *Gaz de France – Berliner Investissement*, aff. C-247/08, Rec. p. I-9225, point 55; CJUE, 21 janvier 2010, *SGI*, aff. C-311/08, Rec. p. I-487, point 39; point 35 de l'arrêt *National Grid Indus*; point 32 de l'arrêt *Finanziaria Di Diego Della Valle*.

²³ V. le point 36 de l'arrêt *National Grid Indus*. Sur le contenu et la portée de la notion d'entrave en droit de l'UE, v. notamment, E. DUBOUT, « Entrave et discrimination », in *L'entrave dans le droit du Marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 137; 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, p. 1; 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, v. notamment, A. MAITROT DE LA MOTTE, « L'entrave fiscale », in *L'entrave dans le droit du Marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 97; J. KOKOTT et M.-C. LECERF, « Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht », *EuZW* 2011, p. 496; J. BUISSON, « La notion d'entrave fiscale », *RAE*, 2007-2008/1, p. 13.

²⁴ Sur la distinction entre les « restriction-cases » et les « discrimination-cases », V. 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 sv.). Pour une illustration de l'usage ambigu des termes « discrimination » et « restriction » dans la jurisprudence de la Cour, comparez notamment avec les points 40 et 44 de l'arrêt *SGI* et CJUE, 21 janvier 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-546/07, Rec. p. I-439, points 40 et 46.

²⁵ 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, p. 19).



comparativement à un transfert du siège à l'intérieur du territoire national²⁶. Concrètement, le transfert dans un autre État membre du siège social d'une société de droit luxembourgeois, au cours de la période cinq ans prévue pour le maintien de la réserve, entraîne le retrait immédiat du bénéfice de la réduction de l'impôt, alors qu'un tel retrait n'intervient pas lorsqu'une telle société maintient son siège à l'intérieur du territoire luxembourgeois²⁷. Comme le précise la Cour, « *cette différence de traitement [...] qui est susceptible d'avoir des répercussions négatives sur le patrimoine des sociétés souhaitant transférer leur siège social hors du Luxembourg, est de nature à décourager les sociétés de droit luxembourgeois de procéder au transfert de leur siège dans un autre État membre pendant la période de cinq années suivant l'année d'imposition au cours de laquelle la réduction de l'impôt sur la fortune leur a été octroyée* »²⁸. Dans la mesure où, sous l'angle de la disposition nationale en cause, la situation d'une société qui exerce sa liberté d'établissement est jugée similaire à celle d'une société qui maintient son siège social sur le territoire luxembourgeois²⁹, la différence de traitement entre ces deux catégories de contribuable est constitutive d'une restriction à la liberté d'établissement.

C. L'impossible justification de l'entrave

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 objectif³⁰. 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 traité³¹. 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* » et (iii) l'évasion fiscale, (iv) de la nécessité de sauvegarder la cohérence du régime fiscal ou encore (v) de la nécessité de préserver la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre États membres³². Dans l'arrêt annoté, le gouvernement luxembourgeois a tenté, sans succès, de justifier la restriction par l'exigence de répartition équilibrée du pouvoir d'imposition et par la nécessité de garantir la cohérence du régime fiscal national.

Il est désormais de jurisprudence constante 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 membres³³. 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* »³⁴. A l'appui de sa

³¹ Sur cette évolution, v. notamment, M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2002, p. 111 s., p. 169 s., p. 290 s., p. 481 s.

³² A. MAITROT DE LA MOTTE, « L'entrave fiscale », *op. cit.*, pp. 119 s. V. aussi K. LENAERTS et L. BERNARDEAU, « L'encadrement communautaire de la fiscalité directe », *op. cit.*, p. 94 s.

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

³⁴ V. les conclusions de l'avocat général POIARES MADURO sur CJCE, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, aff. C-446/03, *Rec.* p. I-10837, point 66, citées par A. MAITROT DE LA MOTTE, « L'entrave fiscale », *op. cit.*, pp. 123-124. Selon l'avocat général, « [l]a 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 ».

²⁶ Point 34 de l'arrêt *Finanziaria Di Diego Della Valle*.

²⁷ *Ibid.*, point 35.

²⁸ *Ibid.*, point 36.

²⁹ *Ibid.*, point 37 et la jurisprudence citée.

³⁰ V. le point 42 de l'arrêt *National Grid Indus* et la jurisprudence citée.



position, la Cour a déjà jugé 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'imposition³⁵. Cette dernière précision met ainsi l'accent sur l'attachement de la Cour à la « *souveraineté fiscale* » des États membres. Pour autant, dans l'arrêt *Finanziaria Di Diego Della Valle*, la Cour a d'emblée considéré que la restriction ne saurait être justifiée par l'exigence de répartition équilibrée du pouvoir d'imposition. Par nature, le mécanisme prévu par la législation luxembourgeoise aboutissant au retrait d'une réduction d'impôt ne vise, en effet, aucunement à garantir le pouvoir d'imposition du Luxembourg, ni *a fortiori* la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition³⁶.

En l'espèce, la Cour de justice a également repoussé la justification tirée de la nécessité de garantir la cohérence du régime fiscal luxembourgeois³⁷. Si la jurisprudence témoigne du fait que cette exigence peut constituer un motif impérieux d'intérêt général³⁸, celle-ci n'a toutefois été admise avec succès qu'à de très rares occasions³⁹. Dans la décision annotée, la Cour a jugé qu'il n'existe pas de lien direct entre l'octroi d'une réduction de l'impôt sur la fortune et les objectifs poursuivis par la réglementation luxembourgeoise en cause, à savoir compenser l'avantage fiscal accordé par des recettes fiscales supplémentaires pendant la période de cinq ans au cours de laquelle une réserve bilantaire doit être maintenue⁴⁰. Enfin, rappelant sa jurisprudence constante selon laquelle la recherche de recettes fiscales ne peut être constitutive d'une raison impérieuse

d'intérêt général, la Cour a déclaré la disposition luxembourgeoise contraire à l'article 49 TFUE⁴¹.

Conclusion

Par rapport à la jurisprudence antérieure et, en particulier, l'arrêt *National Grid Indus*, la décision annotée ne constitue pas une innovation marquante⁴². Elle confirme cependant que les dispositions fiscales nationales qui conditionnent le maintien d'une réduction d'impôt au maintien du siège social sur le territoire national sont, en principe, contraires à la liberté d'établissement garantie par les articles 49 et 54 TFUE. Cela signifie donc que les enseignements développés par la Cour dans l'arrêt *National Grid Indus* à propos de véritables *exit taxes* frappant les plus-values latentes, s'appliquent également à d'autres catégories de dispositions fiscales.

Désormais, l'on peut, plus généralement, affirmer que les aspects fiscaux liés à la transformation d'une société en une forme sociétaire d'un autre État membre⁴³ sont également soumis au respect de la liberté d'établissement garantie par le droit de l'Union⁴⁴. Une incertitude demeure cependant, quant au traitement d'une disposition fiscale applicable en cas d'émigration, dont le non-respect serait sanctionné par l'inexistence de la société (ou la déchéance de sa personnalité juridique) dans l'État membre d'origine. En effet, une fois privée de la qualité de « *société régulièrement constituée* », cette dernière n'est plus susceptible de se prévaloir de la liberté d'établissement. Il s'agit là d'une difficulté qui ne pourrait, à notre avis, être résolue qu'en assurant une coordination européenne des facteurs de rattachement des sociétés à leur législation nationale.

³⁵ V. le point 45 de l'arrêt *National Grid Indus*.

³⁶ Points 44-45 de l'arrêt *Finanziaria Di Diego Della Valle*.

³⁷ Sur la notion de cohérence des systèmes fiscaux nationaux, v. notamment, 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, p. 139 ; L. VERDONER, "The Coherence Principle under EC Tax Law", *European Taxation*, May 2009, p. 274 ; F. VANISTENDAELE, « Cohesion: the Phoenix rises from his ashes », *EC Tax Review*, 2005, p. 208.

³⁸ CJCE, 28 janvier 1992, *Bachmann*, aff. C-204/90, *Rec.* p. I-249, point 28 ; CJCE, 7 septembre 2004, *Manninen*, aff. C-319/02, *Rec.* p. I-7477, point 42 ; CJCE, 23 février 2006, *Keller Holding*, aff. C-471/04, *Rec.* p. I-2107, point 40.

³⁹ CJCE, 23 octobre 2008, *Krankenheilm*, aff. C-157/07, *Rec.* p. I-08061, points 43 et 44. V. aussi l'arrêt *Bachmann*.

⁴⁰ Points 48-49 de l'arrêt *Finanziaria Di Diego Della Valle*.

⁴¹ *Ibid.*, points 51 et 52 et la jurisprudence citée.

⁴² L'avocat général KOKOTT s'est d'ailleurs abstenue de conclure dans cette affaire.

⁴³ Ou, en d'autres termes, l'hypothèse du transfert du siège social accompagné d'un changement de la loi applicable à la société.

⁴⁴ Dans le même sens, v. les conclusions de l'avocat général KOKOTT sur l'arrêt *National Grid Indus*, précité, point 36.

