

LE DROIT EUROPÉEN ET LA DOUBLE (NON-) IMPOSITION INTERNATIONALE : QUAND L'ESPOIR RENAÎT...

PAR

Edoardo TRAVERSA

Professeur à l'UC Louvain et à la KU Leuven
Président de l'École d'études européennes, UC Louvain
Avocat au barreau de Bruxelles

I. INTRODUCTION

En matière fiscalité directe, la jurisprudence de la Cour de justice s'est développée d'une manière aussi marquante qu'inattendue. Par des arrêts qui ont fait l'histoire juridique européenne, les juges de Luxembourg – souvent bien inspirés par les avocats généraux – ont pu mettre fin à des différences de traitement fiscal peu acceptables au sein d'un marché intérieur, même lorsque celles-ci résultaient d'une application consolidée, presque coutumière, des principes de fiscalité internationale (1). Parallèlement, au travers de l'application des règles en matière d'aide d'État, la Commission et la Cour ont considérablement limité la possibilité pour les États d'utiliser leur système fiscal afin de capter de manière sélective des revenus et des investissements dont la circulation avait été facilitée par l'établissement du marché intérieur (2).

(1) Voy. not. W. HASLEHNER, G. KOFLER et A. RUST (éds), *Landmark Decisions of the ECJ in Direct Taxation*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2015 ; I. RICHELLE, W. SCHÖN et E. TRAVERSA (éds), *Allocating Taxing Powers within the European Union*, coll. MPI Studies in Tax Law and Public Finance, vol. 2, Berlin/Heidelberg, Springer, 2013 ; J. MALHERBE, Ph. MALHERBE, I. RICHELLE et E. TRAVERSA, *The impact of the Rulings of the European Court of Justice in the area of direct taxation*, European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs, 1^{re} éd., avril 2008, 2^e éd. novembre 2011, www.europarl.eu.

(2) Voy. not. I. RICHELLE, W. SCHÖN et E. TRAVERSA, *State Aid Law and Business Taxation*, coll. MPI Studies in Tax Law and Public Finance, vol. 6, Berlin/Heidelberg, Springer, 2016.

Néanmoins, le droit européen apparaissait impuissant face à deux phénomènes récurrents, qui chacun à leur manière présentaient des menaces sérieuses pour la poursuite de l'établissement du marché intérieur et pour l'intégration fiscale européenne. D'une part, la double imposition internationale « simple » – qui ne s'accompagne pas d'une différence de traitement opéré par l'un des États concernés au détriment de revenus étrangers – restait désespérément en dehors du champ d'application des libertés de circulation (3) et n'était visée que de manière sporadique par le droit dérivé.

D'autre part, la situation extrêmement favorable résultant de l'absence d'imposition de certains contribuables ou revenus se trouvant dans une situation d'apatridie fiscale n'était pas considérée comme tombant dans le champ d'application du droit de l'union, que ce soit l'interdiction des aides d'État ou des directives. Certes, ce problème faisait l'objet de discussions au niveau européen, mais l'on s'accordait pour considérer qu'il incombait au Conseil, par l'adoption d'instrument de droit dérivé, de le résoudre. Toutefois, l'exigence de l'unanimité et le caractère presque assumé de la concurrence fiscale intra-européenne rendaient cette possibilité illusoire (4).

L'actualité récente semble remettre en question cette situation, du moins en partie. L'action décidée de la Commission européenne, conjuguée à quelques précédents jurisprudentiels intéressants et à une insolite activité législative dans le chef du Conseil, pourrait amener à pourvoir – enfin – considérer la double imposition et la double non-imposition internationales comme juridiquement incompatibles avec le marché intérieur.

II. LA DOUBLE IMPOSITION ET LES LIBERTÉS DE CIRCULATION : UNE JURISPRUDENCE DÉCEVANTE, MAIS CONSOLIDÉE

Dans plusieurs décisions, la Cour de justice a ainsi décidé que le refus de l'État de résidence d'éliminer une double imposition résultant

(3) Malgré l'indignation de certains auteurs, dont Melchior Wathelet : voy. not. M. WATHELET, « Tax Sovereignty of the Member States and the European Court of Justice », in *A Vision of Taxes within and outside European Borders – Festschrift in honor of Frans F. Vanistendael* (L. HINNEKENS et Ph. HINNEKENS eds), Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2008, p. 916.

(4) Voy. cep. concl. du Conseil Ecofin du 1^{er} décembre 1997 en matière de politique fiscale, JOCE, C 2 de 1998, p. 1 (« Code de conduite »). Sur la concurrence fiscale dans l'UE et sur le Code de conduite, voy. not. A.C. DOS SANTOS, *L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale*, Bruxelles, Bruylant, 2009 ; C. PINTO, *Tax competition and EU law*, La Haye, Kluwer, 2003 ; W. SCHON (éd.), *Tax Competition in Europe*, Amsterdam, IBFD, 2003.

de ce que l'État de la source avait par ailleurs exercé son pouvoir d'imposition à l'encontre d'un même revenu ne constituait pas une violation du Traité. Pour ce faire, la Cour a eu recours à une argumentation qu'elle a progressivement affinée. Dans la décision *Kerckhaert et Morres*, elle a ainsi précisé que les doubles impositions « découlaient de l'exercice parallèle par deux États membres de leur compétence fiscale » (5), avant d'ajouter qu'au regard de l'article 293 CE alors applicable, l'exercice de cette compétence était libre et qu'en l'absence de compétence comme de réglementation européennes, les États membres pouvaient donc choisir d'exercer ou de ne pas exercer leurs compétences et d'éliminer ou de ne pas éliminer les doubles impositions (6).

Dans l'arrêt *Margarete Block*, elle a ensuite repris cette analyse, dont notamment le passage selon lequel « le droit communautaire, en l'état actuel de son développement et dans une situation telle que celle au principal, ne prescrit pas de critères généraux pour la répartition des compétences entre les États membres s'agissant de l'élimination des doubles impositions à l'intérieur de l'Union européenne. Ainsi, abstraction faite de la directive 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (*JOCE*, L 225, p. 6), de la Convention du 23 juillet 1990 relative à l'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéfices d'entreprises associées (*JOCE*, L 225, p. 10) et de la directive 2003/48/CE du Conseil, du 3 juin 2003, en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts (*JOCE*, L 157, p. 38), aucune mesure d'unification ou d'harmonisation visant à éliminer les situations de double imposition n'a été adoptée, à ce jour, dans le cadre du droit communautaire » (7).

Elle a par la suite ajouté qu'« en l'état actuel du développement du droit communautaire, les États membres bénéficient, sous réserve du respect du droit communautaire, d'une certaine autonomie en la matière et que, partant, ils n'ont pas l'obligation d'adapter leur propre système fiscal aux différents systèmes de taxation des autres États membres, en

(5) CJCE, 14 novembre 2006, *Kerckhaert et Morres*, aff. C-513/04, *Rec.*, I, p. 10967, pt 20.

(6) *Ibid.*, pts 21-23.

(7) CJCE, 12 février 2009, *Margarete Block c. Finanzamt Kaufbeuren*, aff. C-67/08, *Rec.*, I, p. 883, pt 30, qui reprend mot pour mot le pt 22 de l'arrêt *Kerckhaert et Morres*. Voy. égal. CJUE, 15 avril 2010, *CIBA Speciality Chemicals Central and Eastern Europe Szolgáltató, Tanácsadó és Kereskedelmi kft c. Adó- és Pénzügyi Ellenőrzési Hivatal (APEH) Hatósági Főosztály*, aff. C-96/08, *Rec.*, I, p. 2911, pt 27.

vue, notamment, d'éliminer la double imposition découlant de l'exercice parallèle par lesdits États de leurs compétences fiscales » (8).

Elle en a alors conclu, comme le montre par exemple l'arrêt *Jacques Damseaux*, que « si un État membre ne saurait exciper d'une convention bilatérale aux fins d'échapper aux obligations qui lui incombent en vertu du traité (9), la circonstance que tant l'État membre de la source des dividendes que l'État membre de résidence de l'actionnaire sont susceptibles d'imposer lesdits dividendes n'implique pas que l'État membre de résidence soit tenu, en vertu du droit communautaire, de prévenir les désavantages qui pourraient découler de l'exercice de la compétence ainsi répartie par les deux États membres » (10).

Autrement dit, le respect des compétences fiscales externes des États membres et leur droit de prendre part ou de ne pas prendre part à des conventions fiscales internationales s'opposent à ce que l'absence d'élimination d'une double imposition des revenus passifs d'un contribuable par son État de résidence soit considérée comme une entrave fiscale (11). Il en résulte qu'aux fins d'éliminer les doubles impositions qui entravent le bon fonctionnement du marché intérieur, une action positive des États membres est nécessaire. Et à défaut, une nouvelle disposition « constitutionnelle » de répartition horizontale des compétences fiscales serait souhaitable (12).

(8) Pt 31 de l'arrêt *Margarete Block*. Cf. CJCE, 6 décembre 2007, *Columbus Container Services BVBA & Co c. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*, aff. C-298/05, *Rec.*, I, p. 10451, pt 51 ; et CJUE, 15 avril 2010, *CIBA Speciality Chemicals Central and Eastern Europe Szolgáltató, Tanácsadó és Kereskedelmi kft c. Adó- és Pénzügyi Ellenőrzési Hivatal (APEH) Hatósági Főosztály*, aff. C-96/08, *Rec.*, I, p. 2911, pt 28. Voy. aussi CJUE, 8 décembre 2011, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA c. Administración General del Estado*, aff. C-157/10, spéc. pts 39-46.

(9) Voy. CJCE, 14 décembre 2006, *Denkavit Internationaal et Denkavit France*, C-170/05, *Rec.*, I, p. 11949, pt 53, ainsi que *Amurta*, préc., pt 55.

(10) CJCE, 16 juillet 2009, *Jacques Damseaux*, aff. C-128/08, *Rec.*, I, p. 6823.

(11) Voy. aussi CJUE, ord. 19 septembre 2012, *Daniel Levy et Carine Sebbag c. État belge*, aff. C-540/11.

(12) Au motif, entre autres, de la préservation de la compétence fiscale externe des États membres, la Cour de justice a également jugé qu'un contribuable ne pouvait pas, sur le fondement des libertés européennes de circulation, se prévaloir de l'existence d'une clause fiscale de la nation la plus favorisée (CJCE, 5 juillet 2005, *D. c. Inspecteur van de Belastingdienst/ Particulieren/ Ondernemingen buitenland te Heerlen*, aff. C-376/03, *Rec.*, I, p. 5821). En l'espèce, le contribuable était un résident allemand et faisait l'objet d'une imposition par les Pays-Bas, dans les conditions prévues par la convention fiscale internationale liant l'Allemagne et les Pays-Bas. Dans la mesure où elle comportait des dispositions très favorables aux résidents belges qui, aux Pays-Bas, se trouvaient dans la même situation que lui, il avait demandé l'extension, à son profit, de la convention liant la Belgique et les Pays-Bas. Voy. aussi E. TRAVERSA et A. PIRLOT, « Tax sovereignty and territoriality under siege: how far should the EU freedoms of movement impact the territorial allocation of taxing powers between Member States », in *Principles of Law: Function, Status and Impact in EU tax law* (C. BROKELIND éd.), coll. GREIT, Amsterdam, IBFD, 2014, pp. 125-149.

III. UNE PROPOSITION RADICALE : LES LIBERTÉS DE CIRCULATION COMME PRINCIPES DE RÉPARTITION DES COMPÉTENCES FISCALES

L'on peut toutefois se poser la question de savoir s'il ne serait pas possible pour la Cour d'interpréter les libertés fondamentales comme des principes directeurs de la répartition des compétences fiscales au sein de l'Union européenne (13). Lorsque la Cour considère que les mesures fiscales nationales constituent une violation des libertés de circulation, elle réclame une harmonisation positive ou la suppression des dispositions contestées. L'effet est soit d'élargir le champ d'application du droit de l'UE, soit de réduire la portée du droit interne des États membres. Dans les deux cas, la répartition des compétences entre l'Union européenne et l'État membre s'en trouve affectée. Par conséquent, l'articulation entre la souveraineté fiscale et les libertés de l'UE va au-delà de la distinction entre attribution et exercice des compétences fiscales de la Cour dans sa jurisprudence et demande une (re) définition des fonctions des libertés de l'UE qui prenne en compte la dimension constitutionnelle de l'intégration européenne.

En effet, la déclaration bien connue et souvent citée de la Cour sur l'obligation des États membres d'exercer leurs compétences exclusives conformément au droit de l'UE n'a guère de sens en l'absence d'une définition claire de la nature des dispositions juridiques de l'UE en jeu, en particulier les libertés de l'UE. En outre, bien qu'il existe déjà un grand nombre d'études consacrées à la relation entre les compétences de l'UE et des États membres, elles tendent à mettre l'accent sur la cohérence de l'approche de la Cour concernant les critères de compatibilité appliqués aux mesures fiscales nationales (discrimination et restriction, la question de la comparabilité ainsi que la discussion des justifications) plutôt que d'envisager les libertés de circulation l'UE à la lumière de la répartition verticale et horizontale de ces compétences dans une optique constitutionnelle (14).

(13) E. TRAVERSA et A. PIROLI, « Tax sovereignty and territoriality under siege: how far should the EU freedoms of movement impact the territorial allocation of taxing powers between Member States », *op. cit.*, pp. 125-149.

(14) Voy. K. BANKS, « The Application of the Fundamental Freedoms to Member State Tax Measures: Guarding against Protectionism or Second-guessing National Policy Choices », *EUI Working Paper*, RSCAS, 2017/21 ; A. CORDEWENER, G. KOFLER et S. VAN THIEL, « The Clash between European Freedoms and National Direct Tax Law: Public Interest Defences Available to the Member States », *CMLR*, vol. 46, 2009, p. 1951 ; M. ISENBAERT, *EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation*, coll. Doctoral Series, Amsterdam, IBDF 2010.

Trois modèles principaux peuvent être utilisés pour décrire le rôle et la fonction joués par les libertés de circulation dans le droit de l'UE. Les libertés de circulation peuvent être comprises comme des règles anti-protectionnistes, des droits individuels et des principes de répartition (15).

Premièrement, les libertés de l'UE peuvent être considérées comme de simples règles anti-protectionnistes visant à libéraliser le commerce entre les États membres. Les entraves aux échanges sont en principe contraires à ces règles, sauf si elles peuvent être justifiées par les États membres pour des motifs explicitement définis par le traité. La Cour procède à une analyse coûts/bénéfices du caractère raisonnable des entraves définies par les États membres et l'équilibre entre les intérêts nationaux et ceux de l'UE se situe dans le champ d'application des règles de l'UE. Dans ce modèle, le dilemme entre la souveraineté fiscale et les principes du marché intérieur est absent puisque des compétences fiscales explicites ont été attribuées à l'Union européenne. Les meilleurs exemples se trouvent dans la jurisprudence de la Cour sur l'application des règles protégeant la libre circulation des marchandises (art. 30 et 110 du TFUE) (16).

Une deuxième approche consiste à comparer les libertés de circulation aux droits fondamentaux économiques, en reconnaissant aux citoyens des droits économiques individuels qui ne devraient pas être violés par les États membres. Les libertés de l'UE sont l'expression de valeurs essentiellement économiques qui sont incorporées dans les traités de l'UE, par essence supérieures aux règles de mise en œuvre des politiques nationales des États membres et de leurs valeurs politiques sous-jacentes. Par conséquent, il est légitime que la Cour réexamine l'une quelconque des dispositions internes à la lumière de l'objectif du marché intérieur, bien que cela revienne parfois à considérer ces justifications comme des « politiques nationales secondaires » par rapport à la politique d'achèvement du marché intérieur. Barents semble partager ce point de vue lorsqu'il insiste sur la supériorité du marché intérieur en comparant les libertés de mouvement aux « droits

(15) Cette catégorisation est inspirée par les auteurs suivants : J. SNELL, « Who's Got the Power? Free Movement and Allocation of Competences in EC Law », *YEL*, vol. 22, 2003, pp. 323 et 324; et M. POIARES MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford, Hart Publ., 1998. Voy. aussi N. BERNARD, « The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity », *CMLR*, vol. 33, 1996, p. 633.

(16) Voy. not. CJCE, 10 octobre 1978, *Hansen*, aff. 3/78, *Rec.*, p. 1823 ; CJCE, 9 juin 1992, *Simba*, aff. C-228/90, C-339/90 et C-353/90, *Rec.*, I, p. 3713 ; CJCE, 18 décembre 1997, *Tabouillot*, aff. C-284/96, *Rec.*, I, p. 7471.

fondamentaux inscrits dans les constitutions nationales et les traités internationaux » (17). Une telle conception des libertés véhicule l'idée que les lois et règlements des États membres devraient être mis en concurrence les uns avec les autres, permettant aux acteurs économiques de choisir (concurrence réglementaire) et que les mécanismes de marché constituent les meilleurs outils d'allocation des ressources.

Dans le troisième cas, les libertés de circulation peuvent être interprétées comme des dispositions destinées à répartir les pouvoirs entre l'Union européenne et les États membres. De ce point de vue, les libertés de circulation sont considérées comme des règles de compétences comparables à celles des États fédéraux (18). Selon Maduro, cette conception des libertés de mouvement peut être combinée avec une approche fondée sur les droits fondamentaux. Cependant, contrairement à la deuxième approche, l'accent est mis sur le caractère politique des dispositions sur la libre circulation et non sur leur nature économique, avec la libre circulation comme un « droit fondamental politique, pas un droit fondamental économique ». Cette dernière approche reflète l'idée d'une Union européenne basée sur un modèle fédéral, où l'équilibre entre les réglementations nationales et les principes du marché intérieur repose sur un dialogue entre l'Union européenne et les États membres.

Pour faire face à l'évolution de la jurisprudence de la Cour, cette dernière conception des libertés de circulation devrait être élargie de manière à englober non seulement la répartition des compétences entre le niveau national et celui de l'UE, mais aussi la répartition des pouvoirs d'imposition entre les États membres. Malgré les pétitions de principe que l'on retrouve dans de nombreux arrêts, il ne fait aucun doute que la jurisprudence existante influence significativement la répartition des compétences d'imposition entre États membres. Le meilleur exemple se trouve dans la jurisprudence relative au traitement fiscal des pertes transfrontalières. En considérant, dans l'affaire *Marks and Spencer* (19), que les libertés de circulation impliquent que l'État membre d'une société mère devrait permettre la déduction des pertes subies par une filiale établie dans un autre État membre,

(17) R. BARENTS, « The Single Market and National Tax Sovereignty », in *Fiscal Sovereignty of the Member States in an Internal Market; Past and Future* (S.J.M. JANSSEN éd.), coll. Eucotax Series on European taxation, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, p. 51.

(18) J. J. SNELL, « Who's Got the Power? Free Movement and Allocation of Competences in EC Law », *op. cit.*, p. 323 ; et M. POLARES MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, *op. cit.*, pp. 166-168.

(19) CJUE, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, aff. C-446/03.

la Cour redéfinit les critères d'attribution internationaux des profits et les pertes entre groupes de sociétés tels qu'ils ont été établis par les États membres, soit dans leur législation nationale, soit par des traités fiscaux bilatéraux fondés sur le modèle de l'OCDE. Weber critique cette approche, arguant qu'elle nie la compétence fiscale des États membres. Selon cet auteur, « il est clair que le fait de ne pas pouvoir compenser les pertes subies à l'étranger est désavantageux pour le marché intérieur, mais cela ne signifie pas qu'il existe une restriction interdite à la liberté de mouvement. Le désavantage doit être supprimé par une mesure unilatérale, bilatérale ou multilatérale ou par le droit communautaire. Si la Cour de justice jugeait qu'une restriction existe, cela porterait gravement atteinte à la souveraineté fiscale des États membres, car cela signifierait que les États membres ne sont plus libres de choisir la manière de délimiter leur juridiction fiscale et la manière de répartir leurs droits d'imposition » (20).

Un autre exemple clair concerne l'application d'incitations fiscales aux établissements stables étrangers. Dans l'affaire *Argenta I*, la Cour a considéré que la Belgique ne pouvait pas refuser la déduction d'intérêts notionnels (mesure visant à réduire la différence de traitement fiscal entre dette et capitaux propres, similaire à la déduction pour capital à risque) en ce qui concerne les capitaux investis dans un établissement stable situé dans les États membres avec lesquels la Belgique a conclu une convention de double imposition (et donc dont les bénéfices seraient exonérés de l'impôt belge sur le revenu des sociétés) (21).

Dans le domaine des prix de transfert, la Cour prend également en compte les considérations de politique fiscale – mais cette fois d'une manière plus favorable pour les États membres – en acceptant l'adéquation du principe de pleine concurrence pour répartir les bénéfices entre sociétés associées résidant dans différents États membres. Dans l'affaire *SGI*, la Cour a jugé qu'« une législation nationale qui se fonde sur un examen d'éléments objectifs et vérifiables pour déterminer si une transaction présente le caractère d'une construction artificielle à des fins fiscales doit être considérée comme n'allant pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs relatifs à la nécessité de sauvegarder la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les

(20) D. WEBER, « Is the Limitation of Tax Jurisdiction a Restriction of the Freedom of Movement? The ECJ Should Show More Respect for the Principle of Territoriality and for Its Own Basic Assumptions », Working paper, Annual conference of the European Association of Tax Law Professors in Helsinki, 2007 p. 24.

(21) CJUE, 4 juillet 2013, *Argenta Spaarbank NV c. Belgische Staat*, aff. C-350/11.

États membres et à celle de prévenir l'évasion fiscale, lorsque, en premier lieu, dans chaque cas où existe un soupçon qu'une transaction dépasse ce que les sociétés concernées auraient convenu dans des circonstances de pleine concurrence, le contribuable est mis en mesure, sans être soumis à des contraintes administratives excessives, de produire des éléments concernant les éventuelles raisons commerciales pour lesquelles cette transaction a été conclue (voy., en ce sens, arrêt *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, précité, point 82, et Ord. du 23 avril 2008, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, C 201/05, *Rec.*, p. I 2875, pt 84). En second lieu, lorsque la vérification de tels éléments aboutit à la conclusion que la transaction en cause dépasse ce que les sociétés concernées auraient convenu dans des circonstances de pleine concurrence, la mesure fiscale correctrice doit se limiter à la fraction qui dépasse ce qui aurait été convenu en l'absence d'une situation d'interdépendance entre celles-ci » (22).

Bien sûr, dans l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de fiscalité directe, les libertés de l'UE sont plus souvent interprétées comme des instruments de libéralisation dans le contexte transfrontalier ou comme des droits économiques conférés aux contribuables que comme des règles d'attribution des compétences. Cependant, compte tenu de l'évolution du contexte constitutionnel de l'UE, il y a des raisons de croire qu'une telle interprétation des libertés européennes clarifierait les incertitudes sur les limites de la souveraineté fiscale des États membres tout en servant les objectifs du marché intérieur.

IV. L’AFFIRMATION DE LA TERRITORIALITÉ COMME CRITÈRE LÉGITIME D’ATTRIBUTION DE COMPÉTENCE

Toutefois, même en reconnaissant la fonction d'attribution de compétences entre les États membres aux libertés de circulation, des questions se poseraient quant aux critères sur lesquels fonder sa décision pour effectuer une telle répartition. Une analyse attentive des décisions antérieures de la Cour de justice montre qu'elle a reconnu la relation entre la souveraineté et la territorialité, considérant cette dernière comme l'expression des limites géographiques des pouvoirs d'imposition découlant des premières. En outre, elle montre que le principe de

(22) CJUE, 21 janvier 2010, *SGI*, aff. C-311/08, pts 71-72.

territorialité – tant dans sa dimension matérielle que formelle – joue déjà un rôle dans l'analyse par la Cour de la compatibilité des règles fiscales nationales avec les libertés de l'UE.

Premièrement, la Cour a reconnu à plusieurs reprises qu'un État membre a le « droit d'imposer un bénéfice généré par une activité économique exercée sur son territoire ». Cette déclaration peut être considérée comme une reconnaissance claire de la relation entre le principe de la souveraineté et le principe de la territorialité (matérielle) en matière fiscale. Dans *Busley* (C-35/08) et *Rewe* (C-347/07), la Cour de justice a défini l'objectif du principe de territorialité comme étant d'établir, dans l'application du droit de l'Union, la nécessité de prendre en compte les limites des pouvoirs d'imposition des États membres. Tout en reconnaissant la nécessité d'examiner les limites territoriales du pouvoir fiscal des États membres, la Cour a rejeté l'argument selon lequel les mesures fiscales litigieuses étaient conformes au principe de territorialité. Dans l'affaire *Busley*, la Cour a toutefois estimé que le principe de territorialité « [...], ne s'oppose pas à la prise en compte, par une personne intégralement assujettie à l'impôt dans un État membre, des revenus négatifs provenant d'un bien immobilier situé dans un autre État [...]. Par conséquent, ladite disposition, en vertu de laquelle les requérants au principal, intégralement assujettis à l'impôt en Allemagne, ne peuvent prendre en compte les pertes provenant de leur maison située en Espagne, ne saurait être considérée comme une mise en œuvre du principe de territorialité » (23).

De même, dans *Rewe Zentralfinanz*, les dispositions allemandes limitant les possibilités de déduction fiscale des pertes subies par une société résidente au titre des amortissements réalisés sur la valeur de ses participations dans des filiales établies dans d'autres États membres ont été considérées comme contraires à la liberté d'établissement. Selon la Cour, de telles restrictions ne sauraient être assimilées à « une mise en œuvre du principe de territorialité » (24).

Deuxièmement, la Cour semble reconnaître dans d'autres affaires que la source de l'obstacle à la libre circulation est due à une répartition incertaine des compétences fiscales entre les États membres. L'examen par la Cour de la répartition des compétences au sein de l'UE apparaît clairement lorsque la Cour refuse l'application des dispositions relatives à la libre circulation aux situations où les désavantages fiscaux résultent de l'« exercice parallèle » des compétences fiscales,

(23) CJCE, 15 octobre 2009, *Busley*, aff. C-35/08, pt 30.

(24) CJCE, 29 mars 2007, *Rewe Zentralfinanz*, aff. C-247/04, pt 69.

qui peut être lié au principe de territorialité. Dans l'affaire *Kerckhaert Morres*, la Cour a été interrogée sur la compatibilité d'une disposition belge aux termes de laquelle les dividendes de sociétés résidentes et non résidentes étaient soumis au même taux d'imposition uniforme, sans permettre la compensation de l'impôt prélevé à la source aux cas de sociétés résidant dans un autre État membre. Selon la Cour, « [...] les conséquences défavorables que pourrait entraîner l'application d'un système d'imposition des revenus tel que le régime belge en cause au principal découlent de l'exercice parallèle par deux États membres de leur compétence fiscale » (25). Le système belge n'a donc pas été jugé contraire à la libre circulation des capitaux. Dans *Damseaux*, la Cour a également rappelé que « [...] les désavantages pouvant découler de l'exercice parallèle des compétences fiscales des différents États membres, pour autant qu'un tel exercice ne soit pas discriminatoire, ne constituent pas des restrictions interdites par le traité CE (...) » (26). En outre, la Cour a déclaré que « le droit communautaire, dans son état actuel et dans une situation telle que celle en cause au principal, ne prescrit pas de critères généraux pour la répartition des compétences entre les États membres s'agissant de l'élimination des doubles impositions à l'intérieur de la Communauté ». Selon la Cour de justice, ni la législation nationale belge ni la convention fiscale bilatérale entre la Belgique et la France (qui ne prévoit aucune obligation inconditionnelle en matière de prévention de la double imposition juridique) ne sont contraires à la libre circulation des capitaux. Dans ces cas, la Cour a donné une valeur absolue – et excessive – au principe de la souveraineté fiscale des États membres, avec l'effet de le rendre contraire aux objectifs du marché intérieur. Une redéfinition des libertés fondamentales de l'UE en tant que règles d'attribution permettrait à la Cour de dépasser les limites établies par sa propre jurisprudence.

Troisièmement, la Cour a reconnu que la répartition équitable des pouvoirs d'imposition entre les États membres prime sur une conception trop absolue des libertés de l'UE, fondée sur le second modèle décrit ci-dessus, qui exacerberait l'évasion fiscale et la planification fiscale ainsi qu'une concurrence fiscale dommageable entre les États membres. En faisant référence à la nécessité d'assurer une répartition équilibrée des compétences fiscales et de respecter le principe de la territorialité fiscale, la Cour examine de facto et parfois valide – au moins partiellement – la répartition des pouvoirs d'imposition entre États membres. Ceci est particulièrement visible dans les affaires

(25) CJCE, 14 novembre 2006, *Kerckhaert Morres*, aff. C-513/04, pt 20.

(26) CJCE, 16 juillet 2009, *Jacques Damseaux*, aff. C-128/08, pt 27.

concernant la consolidation du groupe et le traitement fiscal des pertes transfrontalières, telles que *Marks & Spencer*, *Oy AA*, *Lidl Belgique*, *X Holding*, *A Oy* et *Krankenheim Ruhesitz Wannsee*, mais aussi dans des domaines tels que les taxes de sortie (en partic. dans les aff. *N.*, *Commission c. Allemagne* et *National Grid Indus*) ou dans les règles de prix de transfert (comme dans l'aff. *SGI*) (27).

Ainsi, dans *Oy AA*, la Cour considère que la liberté d'établissement « [...] ne s'oppose pas à un régime établi par la législation d'un État membre, tel que celui en cause au principal, en vertu duquel une filiale, résidente de cet État membre, ne peut déduire de ses revenus imposables un transfert financier intragroupe effectué par celle-ci en faveur de sa société mère que dans la mesure où cette dernière a son siège dans ce même État membre » (28). Selon la Cour, la différence de traitement est justifiée par la nécessité de préserver une répartition équilibrée du pouvoir entre les États membres ainsi que par la nécessité de prévenir l'évasion fiscale. Dans ses conclusions, l'avocat général Kokott se réfère également au principe de territorialité : « cela compromettrait également la répartition des compétences fiscales en fonction du principe de territorialité si les contribuables pouvaient choisir librement dans quel État membre les bénéfices sont soumis à l'imposition en soustrayant les bénéfices d'une société de son assiette fiscale et en les intégrant à l'assiette de l'impôt d'une société apparentée établie dans un autre État membre » (29). De manière implicite, la Cour aborde la question de la légitimité à imposer (ou à ne pas le faire) les revenus en fonction du territoire où ils peuvent être localisés. D'un point de vue conceptuel, déterminer de manière plus précise les critères de territorialité sur la base desquels répartir les compétences d'attribution semblerait aller dans la parfaite continuité de sa jurisprudence.

(27) CJCE, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, aff. C-446/03 ; CJCE, 18 juillet 2007, *Oy AA*, aff. C-231/05 ; CJCE, 15 mai 2008, *Lidl Belgium*, aff. C-414/06 ; CJUE, 25 février 2010, *X Holding*, aff. C-337/08 ; CJUE, 21 février 2013, *A Oy*, aff. C-123/11 ; CJCE, 23 octobre 2008, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*, aff. C-157/07 ; CJCE, 7 septembre 2006, *N.*, aff. C-470/04 ; CJUE, 16 avril 2015, *Commission c. Allemagne*, aff. C-591/13 ; CJUE, 29 novembre 2011, *National Grid Indus*, aff. C-371/10 ; CJUE, 21 janvier 2010, *SGI*, aff. C-311/08.

(28) CJCE, 18 juillet 2007, aff. C-231/05, dispositif.

(29) Concl. av. gén. J. Kokott, 12 septembre 2006, *Oy AA*, aff. C-231/05, pt 53.

V. QUAND LES ÉTATS MEMBRES CHOISISSENT LA COUR COMME ARBITRE

Indirectement, la Cour se retrouve donc à juger des questions de répartition des compétences fiscales entre États membres. La question se pose de savoir si et comment – au-delà d'une révolution interprétative des libertés de circulation basée sur le principe de territorialité telle que celle qui vient d'être évoquée – la Cour pourrait s'affirmer davantage comme « arbitre fiscal international » entre États membres. Dans cette optique, deux évolutions récentes méritent d'être mises en évidence.

La première est ponctuelle. Il s'agit de l'arrêt *Autriche c. Allemagne* du 12 septembre 2017 (30). Cette affaire est la première par laquelle un État membre a saisi la Cour, en vertu de l'article 273 TFUE, d'un différend « en connexité avec l'objet des traités » et « soumis en vertu d'un compromis », qui l'oppose à un autre État membre.

En effet, la convention préventive de la double imposition austro-allemande contient en son article 25 une clause selon laquelle « en cas de difficultés ou de doutes quant à l'interprétation ou l'application de la présente convention qui ne peuvent trouver de solution dans le cadre d'une procédure de conciliation entre les autorités compétentes organisée conformément aux paragraphes précédents du présent article, et ce, dans un délai de trois ans à compter de l'ouverture de ladite procédure, les États parties sont tenus, à la demande de la personne visée au paragraphe 1, de soumettre le différend à la Cour de justice [de l'Union européenne] » (31). Dans le cas d'espèce, la Cour a été saisie d'une question d'interprétation de la notion de « créances avec participation aux bénéfices » contenue dans l'article 11 de ladite Convention, traitant des intérêts, basé sur le modèle OCDE. Préalablement, la Cour a dû, afin d'asseoir sa juridiction, établir la connexité avec l'objet des traités. Pour ce faire, elle a mis en évidence le lien entre prévention de la double imposition et marché intérieur. Selon la Cour :

« Tel est à l'évidence le cas en l'espèce, eu égard à l'effet bénéfique de l'atténuation des doubles impositions sur le fonctionnement du marché intérieur que l'Union a pour objectif d'établir conformément à l'article 3, paragraphe 3, TUE et à l'article 26 TFUE. En effet, ainsi que l'a

(30) CJUE, 12 septembre 2017, aff. C-648/15.

(31) Conv. entre la République d'Autriche et la République fédérale d'Allemagne, préventive de la double imposition en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune, du 24 août 2000 (BGBl. III, 182/2002).

fait en substance observer la Commission européenne dans sa communication au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, du 11 novembre 2011, intitulée “La double imposition au sein du marché unique” (COM[2011] 712 final), la conclusion entre deux États membres d’une convention préventive de la double imposition a pour objet et pour effet d’éliminer ou d’atténuer certaines conséquences de l’exercice non coordonné de leur pouvoir d’imposition, lequel est par nature susceptible de restreindre, de dissuader ou de rendre moins attrayant l’usage des libertés de circulation prévues par le traité FUE » (arrêt *Autriche c. Allemagne*, pt 26).

La Cour confirme l’avis de l’avocat général Mengozzi, selon lequel « ne relevant pas de l’objet des traités, un différend portant sur l’interprétation de stipulations d’une convention préventive de la double imposition entre États membres n’en demeure pas moins lié à l’objectif de création du marché intérieur, tel que prévu à l’article 3, paragraphe 3, TUE, en ce que l’élimination ou la prévention de la double imposition par voie conventionnelle est destinée à faciliter la réalisation de ce dernier [...] et l’exercice des libertés de circulation » (concl. av. gén. P. Mengozzi, 27 avril 2017, *Autriche c. Allemagne*, aff. C-648/15, pt 51). Il s’agit d’une évolution remarquable par rapport à la position exprimée dans l’arrêt *Kerckhaert-Morres*, où la Cour s’était abstenue d’explicitement qualifier la double imposition comme mesure susceptible de restreindre les libertés de circulation (32).

Une avancée plus remarquable encore est constituée par l’adoption de la directive 2017/1852 du Conseil du 10 octobre 2017 concernant les mécanismes de règlement des différends fiscaux dans l’Union européenne (33). Cette directive instaure une procédure d’avis contraignant aux États en cas de différends entre États membres lorsque ces différends découlent de l’interprétation et de l’application d’accords et de conventions – y compris la Convention d’arbitrage – qui prévoient l’élimination de la double imposition du revenu et de la fortune. Dans un premier temps, la situation serait soumise aux autorités fiscales des États membres concernés, dans le cadre d’une procédure amiable. Les États membres pourraient à ce stade utiliser des formes

(32) Pour une analyse de l’arrêt, B. MICHEL, « *Austria v. Germany* (Case C-648/15): The ECJ and Its New Tax Treaty Arbitration Hat », *Eur. Tax.*, 2018, p. 2.

(33) Dir. (UE) 2017/1852 du Conseil du 10 octobre 2017 concernant les mécanismes de règlement des différends fiscaux dans l’UE, *JOUE*, L 265 de 2017, p. 1. Voy. S.P. GOVIND et L. TURCAN, « The Changing Contours of Dispute Resolution in the International Tax World: Comparing the OECD Multilateral Instrument and the Proposed EU Arbitration Directive », *Bull. Intl. Taxn.* 3/4, 2017, sec. 5.

non contraignantes de règlement alternatif des différends, comme la médiation ou la conciliation. En l'absence d'accord, une procédure de règlement des différends en bonne et due forme serait initiée, les États membres gardant une certaine autonomie quant à sa forme. L'organe auquel le différend serait soumis pourrait être une commission consultative, composée de représentants des autorités fiscales concernées et de personnalités indépendantes, une commission de règlement alternatif des différends ou, avec l'accord des États membres, une commission arbitrale. Certes, cette directive n'accorde aucune compétence spécifique à la Cour de justice en matière d'application des conventions préventives de la double imposition. Toutefois, il n'est pas à exclure qu'indirectement, dans le contrôle de la mise en œuvre de cette directive, la Cour ait davantage à connaître de règles instaurant des mécanismes de résolution de situations de double imposition. En tout état de cause, cette directive confirme encore davantage la reconnaissance par le droit de l'Union de la double imposition internationale comme obstacle à la réalisation du marché intérieur.

VI. DOUBLE NON-IMPOSITION ET DROIT EUROPÉEN

Parallèlement, on observe la tendance du droit européen à se saisir de manière plus décidée des situations de double non-imposition internationale. Traditionnellement, ce phénomène échappait à l'emprise des règles du Traité. Rien n'interdisait aux contribuables de tirer profit des disparités fiscales existantes entre les États membres (34). Certes, un tel comportement n'est pas explicitement encouragé non plus, mais force est de constater que, sous réserve de la prohibition de l'abus de droit (35), aucune interdiction n'existait en la matière. Dans sa jurisprudence, la Cour de justice analyse la compatibilité des législations fiscales nationales avec les libertés fondamentales européennes

(34) Ceci a été accepté par la Cour de justice dans le domaine de la fiscalité harmonisée (TVA) : CJCE, 22 décembre 2010, *RBS Deutschland Holding*, aff. C-277/09, ECLI:EU:C:2010:810.

(35) Sur la prohibition de l'abus de droit en fiscalité directe au sens de la CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*, aff. C-196/04, EU:C:2006:544 ; CJCE, 13 mars 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, aff. C-524/04, EU:C:2007:161 ; CJCE, 17 septembre 2009, *Glaxo Wellcome*, aff. C-182/08, EU:C:2009:559. Pour un comm., D. WEBER, « Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ—Part 1 », *Eur. Tax.*, 2013/53, n° 7, pp. 251-264 ; *id.*, « Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ—Part 2 », *Eur. Tax.*, 2013/53, n° 6, pp. 313-328 ; K. LENAERTS, « The concept of "abuse of law" in the case law of the European Court of justice on direct taxation », *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2015/22, n° 3, pp. 329-351.

en prenant pour seule perspective celle de l'État membre qui a pris la mesure en cause. Elle se limite donc aux situations nationales et ne s'intéresse que dans des cas très spécifiques (36) aux interactions pouvant exister entre différentes règles issues d'États membres différents (37). Pour la Cour, « les États membres n'ont pas l'obligation d'adapter leur propre système fiscal aux différents systèmes de taxation des autres États membres, en vue d'éliminer la double imposition » (38) valait aussi pour l'élimination de la double non-imposition. La Cour avait en effet jugé que « la nécessité de combler le vide fiscal » n'était pas une justification valable pour justifier la non-conformité d'une règle fiscale nationale avec les libertés fondamentales (39). Toutefois, comme indiqué plus haut, la Cour de justice avait déjà accepté au nom du principe de territorialité qu'une mesure nationale ne s'appliquant qu'à des situations transfrontalières puisse être justifiée par la nécessité de préserver la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres et le droit reconnu aux États de taxer les profits générés par les activités économiques réalisées sur leurs territoires (40). Dans ce contexte, l'élimination de la double non-imposition pourrait devenir une justification acceptable des restrictions aux libertés fondamentales garanties par le Traité.

Au niveau du droit dérivé, à l'instar de l'OCDE, l'UE a pris des mesures pour empêcher la double non-imposition au travers de la mise en place de montages hybrides entre les États membres. Ces montages sont rendus possibles par la tendance qu'ont les États d'appliquer leurs règles fiscales nationales aux opérations transfrontalières, sans prendre en compte la manière dont l'(es) autre(s) État(s),

(36) Pour des ex., CJCE, 8 novembre 2007, *Amurta*, aff. C-379/05, ECLI: EU:C:2007:655, pt 84 ; CJUE, 3 juin 2010, *Commission c. Espagne*, aff. C-487/08, EU:C:2010:310, pt 59 ; CJUE, 17 septembre 2015, *Miljoen*, aff. C-10/14, ECLI:EU:C:2015:608, pts 79 et s.

(37) C. PANAYI, *Advanced Issues in International and European Tax Law*, Londres, Bloomsbury Publ., 2015.

(38) Pour des ex., CJCE, 12 février 2009, *Block*, aff. C-67/08, EU:C:2009:92, pt 31 ; CJUE, 21 novembre 2013, *X*, aff. C-302/12, EU:C:2013:756, pt 29 ; CJCE, 16 juillet 2009, *Damseaux*, aff. C-128/08, EU:C:2009:471, pts 33 et s.

(39) CJCE, 3 octobre 2002, *Danner*, aff. C-136/00, ECLI:EU:C:2002:558, pts 55-56 ; CJUE, 6 septembre 2012, *Philips Electronics UK*, aff. C-136/00, ECLI:EU:C:2012:532, pt 28.

(40) Sur la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre États membres, CJCE, 12 décembre 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, aff. C-374.04, ECLI:EU:C:2006:773 ; CJCE, 18 juillet 2007, *Oy AA*, aff. C-231/05, ECLI:EU:C:2007:439 ; CJUE, 25 février 2010, *X Holding*, aff. C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89 ; CJUE, 1^{er} avril 2014, *Felixstowe Dock and Railway Company e.a.*, aff. ECLI:EU:C:2014:200. Voy. égal. E. TRAVERSA et A. PIRLOT, « Tax Sovereignty and Territoriality under Siege: How Far Should the EU Freedoms of Movement Impact on the Territorial Allocation of Taxing Powers between Member States ? », *op. cit.*, pp. 125-149.

partie(s) à l'opération, aborde(nt) fiscalement cette même opération. Ce manque de coordination engendre des situations de double non-imposition ou, à tout le moins, de report de taxation à moyen ou long terme. Le rapport final de l'OCDE de 2015 sur les montages hybrides dans le cadre de BEPS (41) analyse ces situations, et propose des solutions pour que les disparités entre les systèmes fiscaux ne puissent plus être exploitées abusivement. Les schémas permettant d'exploiter ces disparités sont nombreux (42). Un exemple typique de montages hybrides est l'instrument financier dont l'État source permet la déduction fiscale, alors que ce même paiement n'est pas taxé dans le pays du contribuable bénéficiaire. Ce montage était rendu possible par l'inconditionnalité de l'exemption prévue par la directive « Mère-filiale » (43) et le développement d'instruments financiers hybrides dont les revenus étaient qualifiés d'intérêts déductibles dans l'État de la source et de dividendes exemptés dans l'État bénéficiaire. Face à ces montages, les États membres se trouvaient quelque peu démunis en ce que la directive, dans sa version originale de 1990, ne leur permettait pas de moduler l'exonération des « dividendes » distribués en fonction de la qualification donnée à ces « dividendes » dans l'(es) autre(s) État(s) membre(s). La directive 2014/86/UE du Conseil (44) a amendé la directive « Mère-filiale » pour lutter contre les montages

(41) OCDE, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, Action 2 (Final report), Paris, OCDE, 2015.

(42) Différentes formes de montages fiscaux existent. Certains visent la double déduction des intérêts. Par ex., deux sociétés résidentes d'un même pays parviennent à déduire chacune un même paiement d'intérêt. L'Action 2 du projet BEPS propose de réduire la déduction des intérêts à un pourcentage des bénéfices de la société qui postule la déduction. Un autre ex. est la double déduction des pertes réalisées par un établissement stable étranger. Les pertes sont alors déduites tant dans l'État de la société, que dans celui de l'établissement stable. Le projet BEPS propose de permettre la seule déduction dans le pays de l'établissement stable et impose à ce dernier de refuser la déduction si l'État de la société lui permet d'utiliser ces mêmes pertes. Mise à part cette règle protectrice, ce n'est que si l'État de la société taxe le bénéfice de l'établissement stable qu'il serait autorisé à permettre la déduction des intérêts supportés cet établissement stable.

(43) Dir. 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, *JOUE*, L 345 de 2011, p. 8. Cette directive, dont la version originale fut adoptée en 1990 pour mettre fin à la double imposition à laquelle était soumise les distributions de bénéfices entre sociétés liées établies dans différents États membres a parfois été utilisée abusivement pour créer des situations de double non-imposition. Ces situations sont rendues possibles par le fait que la directive oblige les États à exonérer (ou à accorder un crédit d'impôt pour) les distributions de bénéfices entre sociétés liées, sans définir précisément la notion de « bénéfices distribués ». C. Brokelind relève qu'il n'y a pas de jurisprudence de la Cour de justice concernant la notion de « bénéfice distribué ». C. BROKELIND, « Swedish Supreme Administrative Court Rejects Reference to ECJ Regarding Application of EC Parent-Subsidiary Directive », *Eur. Tax.*, 2005/45, n° 8, p. 326.

(44) Dir. 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la Dir. 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, *JOUE*, L 219 de 2014, p. 40.

hybrides et en y ajoutant une disposition anti-abus générale. Les nouvelles mesures prévoient en substance que si un paiement a pu être déduit dans l'État de la source, l'État bénéficiaire ne peut pas accorder l'exemption (ou le crédit d'impôt) tel qu'elle est prévue par la directive. Ce dernier État a donc l'obligation de taxer le bénéfice distribué dans la mesure où il a été déduit dans l'État de la source.

Par ailleurs, dans la directive anti-BEPS du 12 juillet 2016, les États membres ont adopté une règle générale visant à lutter contre les situations de double non-imposition causées par les montages hybrides. Cette règle, formulée en des termes étonnamment peu précis, prévoit que « dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une double déduction, la déduction est accordée uniquement dans l'État membre d'origine du paiement » et que « dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une déduction sans prise en compte, l'État membre du contribuable refuse la déduction de ce paiement ». En substance, dans le cas d'un montage hybride, la directive prévoit que seul le contribuable de l'État de la source peut déduire le paiement. Cette règle est toutefois nuancée par une deuxième règle : aucune déduction n'est accordée si le paiement n'est pas considéré comme taxable dans l'État de la société bénéficiaire. Dans un second temps, le Conseil a amendé la directive ATAD pour y inclure des mesures anti-hybrides concernant les États tiers (45).

Enfin, les décisions récentes de la Commission en matière d'aide d'état, en particulier dans le cas des *excess profit rulings* belges (46) et du cas *McDonalds* concernant le Luxembourg (47), peuvent être vues comme une ultérieure indication (sous réserve de confirmation par la Cour de justice) de l'incompatibilité de la double non-imposition internationale avec le marché intérieur (48).

(45) Dir. 2017/952 du 29 mai 2017 modifiant la Dir. (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers, *JOUE*, L 144 de 2017, p. 1.

(46) Déc. (UE) 2016/1699 de la Commission du 11 janvier 2016 relative au régime d'aides d'État concernant l'exonération des bénéfices excédentaires SA.37667 (2015/C) (ex 2015/NN) mis en œuvre par la Belgique, *JOUE*, L 260 de 2016, pp. 61-103. Cette décision fait l'objet de nombreux recours devant le Tribunal (not. par la Belgique, voy. aff. T-131/16).

(47) Voy. CE, Invitation à présenter des observations en application de l'art. 108, § 2, du TFUE, Aide d'État SA.38945 (2015/C) (ex 2015/NN), Aide présumée en faveur de McDonald's, *JOUE*, C 258 de 2016, pp. 11-48.

(48) Un résultat paradoxal de ces investigations de la Commission pourrait être de créer des situations de double imposition : voy. à ce sujet, E. TRAVERSA et P.M. SABBADINI, « State-Aid Policy and the Fight Against Harmful Tax Competition in the Internal Market: Tax Policy in Disguise? », in *EU Tax Law and Policy in the 21st Century* (W. HASLEHNER, G. KOFLER et A. RUST eds.), Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2017, pp. 133-134.

VII. CONCLUSION

Les développements récents rendent plus plausible l'idée d'un marché intérieur où la double imposition et la double non-imposition ne seraient en principe plus tolérées. Il s'agirait sans aucun doute d'une avancée importante, mais qui ne suffirait pas seule à créer un véritable *level-playing* fiscal. En effet, comme le montre toute l'ambiguïté entourant le concept de création de valeur, pourtant central dans le cadre des actions BEPS, déterminer de manière incontestable l'endroit où est généré un revenu nécessite des critères précis, de surcroît interprétés de manière coordonnée par les États membres.

Néanmoins, un tel exercice est plus facilement réalisable lorsqu'il procède par la négative, à savoir lorsqu'il vise à déterminer de manière claire les États qui n'ont aucune légitimité à capter la base imposable de certains acteurs économiques, parce que ces derniers n'ont aucune présence significative sur leur territoire, ou entre une présence qui n'est absolument proportionnée au volume des bénéfices qu'ils y déclarent. Voilà sans doute un prochain défi, à la fois exigeant et raisonnable, à relever pour les institutions européennes et les États membres.

