

Arrêt « Commission c. Belgique » : le nouvel assaut du droit européen général contre la fiscalité de l'épargne-pension

Alexia Autenne^(*)

- Les exigences européennes de libre prestation de service s'opposent à la déduction fiscale octroyée aux seules cotisations d'épargne-pension versées à des organismes établis en Belgique, à l'exclusion de celles versées à des organismes établis en dehors du Royaume
- Ce système ne peut être justifié par la nécessité de garantir la cohérence du système fiscal belge, de protéger les intérêts des épargnants ou d'assurer des contrôles fiscaux efficaces.

Introduction

Le 23 janvier 2014, la Belgique est condamnée pour manquement d'État par la Cour de justice de Luxembourg, son régime fiscal de déductibilité des versements pour l'épargne-pension étant jugé contraire au droit européen primaire¹. Le présent commentaire explique le contenu de cet arrêt (1), rappelle brièvement les enjeux de droit européen de la fiscalité de l'épargne-pension (2), évoque la jurisprudence au sein de laquelle la décision s'inscrit (3) et en dégage quelques éléments de conclusions en droit européen et du point de vue de la fiscalité belge (4).

1 L'arrêt et son contenu

Rendu à l'issue d'une longue procédure précontentieuse, l'arrêt commenté estime qu'en ayant maintenu une réduction d'impôt au profit des seuls versements effectués à des institutions ou des fonds d'épargne-pension établis sur son territoire, la Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 56 TFUE garantissant la libre prestation de services. La section du Code belge d'impôt sur les revenus relative à la fiscalité de l'épargne-pension (en l'espèce, les dispositions 145/1 et suivantes) prévoit, en effet, que les déductions afférentes aux paiements effectués dans le cadre de l'épargne-pension (individuelle ou collective) ne bénéficient pas aux sommes versées à des établissements situés en dehors du territoire, ces derniers ne répondant pas aux conditions légales prescrites pour déclencher l'application de l'avantage fiscal.

Le dossier de la déductibilité fiscale des cotisations d'épargne-pension n'est pas neuf. Dès le 18 octobre 2006, la Commission européenne met la Belgique en demeure d'expliquer la compatibilité de sa réduction d'impôt avec le TFUE et avec l'Accord sur l'Espace économique européen du 2 mai 1992. Insatisfaite des réponses obtenues, elle émet alors, le 22 mars 2010, un avis motivé constatant l'existence d'un manquement aux obligations découlant des articles 56 et 63 TFUE ainsi que des articles 31 et 40 de l'Accord précité. Jugeant la seconde réponse de la Belgique du 13 juillet 2010 inappropriée, elle introduit alors devant la justice européenne un recours en manquement d'État.

Le 23 janvier 2014, les juges de Luxembourg donnent raison à la Commission européenne et condamnent la Belgique au motif que, « en adoptant et en maintenant la réduction d'impôt pour les cotisations versées dans le cadre de l'épargne-pension dans la mesure où elle ne s'applique que pour des versements à des institutions et à des fonds établis en Belgique, le Royaume de Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 56 TFUE », c'est-à-dire à l'exigence de garantir la libre prestation de services dans l'Union européenne². La Cour de justice considère, *in casu*, qu'aucune raison impérieuse d'intérêt général n'est apte à justifier l'entrave dénoncée. Ni la nécessité de garantir la cohérence du système fiscal belge, ni celle d'assurer un contrôle fiscal efficace ne sont acceptables au titre de causes de justification. Il en est de même de la protection des intérêts des épargnants afin de leur assurer le versement des pensions dues. Nous reviendrons ultérieurement sur les arguments apportés par la Cour de justice à l'appui de ce refus.

L'arrêt commenté constitue une nouvelle étape dans l'adaptation progressive du droit fiscal belge de l'épargne-pension au droit européen primaire³, dans le contexte de la mobilité accrue des acteurs économiques⁴.

(*) L'auteur est chercheur qualifiée du F.N.R.S. et professeure à l'Université catholique de Louvain et à l'Université libre de Bruxelles (Belgique). Elle peut être contactée à l'adresse suivante : alexia.autenne@uclouvain.be. (1) C.J., 23 janvier 2014, *Commission européenne c. Royaume de Belgique*, C-296/12, non encore publié au *Recueil*. (2) Dans la mesure où un manquement de la Belgique est reconnu s'agissant de l'obligation qui est faite à cette dernière de respecter la libre prestation de services, la Cour n'a pas jugé nécessaire d'examiner plus avant la compatibilité du régime national litigieux à l'article 63 du TFUE relatif à la libre circulation des capitaux. (3) Pour une évocation des diverses adaptations du droit belge de l'épargne-pension aux exigences du droit européen, voy. B. Mariscal et L. Niessen, *La fiscalité des pensions de retraite et de survie*, Bruxelles, Bruylant, 2009. (4) Comme souligné par E. Traversa et B. Vintras, « Enjeux européens et internationaux de la déductibilité des cotisations aux O.F.P. en droit fiscal belge », in A. Autenne et O. Hermand, *Le droit belge des fonds de pension : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 241.



Commentaires

2 La fiscalité de l'épargne-pension et ses enjeux de droit européen général

L'économie générale du TFUE place la fiscalité directe en dehors de la compétence expresse de l'Union européenne⁵. En l'absence de coordination entre les législations nationales, le droit des impôts directs est donc une matière non harmonisée, même si le Traité possède des incidences fiscales notoires et si des instruments de droit dérivé affectant les pouvoirs fiscaux nationaux existent dans des domaines précis sur la base de l'article 115 TFUE⁶.

La fiscalité de l'épargne-pension est un domaine complexe dans le détail duquel il n'y a pas lieu d'entrer⁷. S'agissant des enjeux de droit européen, en l'absence d'instrument normatif *ad hoc* les problèmes se sont cristallisés autour de l'application jurisprudentielle du droit européen général à savoir, ici en droit fiscal, le principe d'égalité de traitement et les grandes libertés de circulation. Le respect de ces normes générales est parfois mis à mal dans le traitement fiscal de certaines situations transfrontières⁸ ou dans les hypothèses susceptibles de déclencher l'application de plusieurs législations fiscales nationales. Ainsi, l'épargne-pension transfrontière peut subir des impositions multiples ou échapper totalement à l'imposition si on prend acte de l'existence de trois moments fiscaux distincts : celui du versement des cotisations dans l'organisme gestionnaire, celui du paiement des prestations dans le patrimoine du bénéficiaire et celui résultant de l'activité de l'organisme de pension lui-même. Dans la pureté des principes fiscaux, ce qui est exonéré d'un côté (par exemple, les cotisations versées et l'activité de l'organisme de pension) doit être taxé de l'autre (les prestations). Là où cette symétrie est rompue, des frottements avec le droit européen sont possibles s'agissant de l'égalité ou de la libre circulation. De telles frictions sont également envisageables dans le cas où un contribuable européen qui verse des cotisations à un organisme de pension subit un sort fiscal moins avantageux qu'un contribuable national ou l'inverse.

La mobilité des travailleurs cotisants, les restructurations d'entreprises d'affiliation et l'ouverture internationale des organismes de pension donnent évidemment à cette problématique une dimension de plus en plus aiguë. Il n'est plus rare, aujourd'hui, qu'un travailleur cotisant change d'employeur durant sa carrière, passant d'un État membre à un autre, deux scénarios étant alors envisageables s'agissant de son épargne-pension. Le travailleur a-t-il maintenir un plan de pension dans son État d'origine? Transférera-t-il ses droits dans un plan de pension de l'État membre d'accueil? La mobilité se conçoit également après la cessation de l'activité professionnelle et elle s'apparente parfois à une stratégie d'optimisation fiscale. Ces mouvements, que d'aucuns qualifient d'« héliotropiques »⁹, peuvent, dans certaines hypothèses, induire un évitement de l'impôt si, après déduction des cotisations versées durant la période d'activité, les prestations bénéficient d'une

exonération dans le nouvel État de résidence du retraité, et ce dans un contexte où le fonds de pension lui-même n'a pas été imposé. Envisageons aussi le cas du travailleur cotisant non mobile qui choisit de cotiser auprès d'un fonds de pension établi dans un autre État membre¹⁰.

Ces diverses situations — et l'encadrement étatique dont elles font l'objet — offrent un terrain propice à la mise en cause des libertés européennes. *Commission c. Belgique* du 23 janvier 2014 en constitue un nouvel exemple.

3 Le contexte jurisprudentiel de l'arrêt

L'arrêt commenté s'inscrit, en réalité, dans une jurisprudence que l'on peut diviser en deux étapes dites « *Bachmann* » (i) et « *post-Bachmann* » (ii), eu égard à l'émblématique affaire du 28 janvier 1992¹¹ qui en constitue le moment saillant.

(i) Dans l'affaire *Bachmann*, la Cour de Luxembourg estime que « les articles 48 et 59 (anciens) du Traité s'opposent à ce que la législation d'un État membre subordonne la déductibilité de cotisations d'assurance contre la maladie et l'invalidité ou contre la vieillesse et le décès à la condition que ces cotisations soient versées dans cet État. Toutefois cette condition peut être justifiée par la nécessité de garantir la cohérence du régime fiscal applicable ». Ainsi, la Cour de justice reconnaît la présence d'une rupture d'égalité de traitement et d'une entrave à la libre prestation de services, mais elle « sauve » néanmoins le dispositif national incriminé sur la base d'un argument en termes de cohérence fiscale. Ce dernier est articulé à un raisonnement en termes de « symétrie », la législation en cause attestant d'un lien entre la déductibilité des cotisations et l'imposition des montants dus par les assureurs en exécution des contrats. Cette position jurisprudentielle est confirmée dans un autre arrêt *Commission c. Belgique*¹² rendu le même jour que l'arrêt *Bachmann*. La jurisprudence *Bachmann* a fait l'objet de critiques doctrinales¹³. La législation belge en cause ne serait pas irréprochable s'agissant du principe de cohérence fiscale, certaines exceptions à la condition de versement en Belgique étant autorisées via des circulaires.

(ii) Sans renoncer à la possibilité théorique de justifier une entrave sur la base d'un argument de cohérence fiscale, la Cour adopte ensuite une position beaucoup plus sévère à cet égard, l'assortissant de conditions restrictives¹⁴. Dans la jurisprudence *post-Bachmann* relative à la fiscalité de l'épargne-pension, la cohérence fiscale a systématiquement été rejetée sur le fond. Ainsi, dans un arrêt *Commission c. Belgique* du 5 juillet 2007¹⁵ la Cour, confirmant en cela un arrêt *Commission c. Danemark* du 30 janvier 2007¹⁶, a souligné que la justification en termes de cohérence fiscale ne

(5) Pour une synthèse générale, voy. K. Lenaerts et L. Bernardeau, « L'encadrement communautaire de la fiscalité directe », *C.D.E.*, 2007, n° 1-2, pp. 19-109. (6) Un exemple emblématique est la directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mère et filiales d'États membres différents (*J.O. L* 225 du 20 août 1990, p. 6) dite « directive mère/filiale », modifiée le 22 décembre 2003 par une directive 2003/123/CE (*J.O. L* 007 du 13 janvier 2004, p. 41). (7) Voy. L. De Broe et R. Neyt, « Taks treatment of cross-border pensions under the OCDE Model and EU Law », *Bulletin for International Taxation*, mars 2009, pp. 86-83. (8) Dans le domaine de la fiscalité directe, comme dans d'autres, le droit européen n'appréhende que les situations européennes, à l'exclusion donc des situations purement internes qui n'impliquent pas l'exercice des libertés de circulation garanties par le Traité. (9) E. Traversa et B. Vintras, *op. cit.*, p. 244. (10) La Belgique a pris acte de cette tendance à l'europanisation des institutions de retraite complémentaire en créant des fonds de pension paneuropéens à la fiscalité attractive dans une loi du 27 octobre 2006 concernant le contrôle des institutions de retraite professionnelle (*M.B.*, 10 novembre 2006). Cette législation saisit les possibilités offertes par la directive 2003/14/CE du Parlement et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, *J.O. L* 235 du 23 septembre 2003, p. 10 (dite « directive fonds de pension »). (11) C.J., 28 janvier 1992, *Bachmann c. Royaume de Belgique*, C-204/90, *Rec.*, 1992, p. 00249. (12) C.J., 28 janvier 1992, *Commission européenne c. Royaume de Belgique*, C-300/90, *Rec.*, 1992, p. 00305. (13) C. Amand, « L'affaire *Bachman* : un coup d'arrêt ou un coup de semonce ? », *R.G.F.*, 1992, pp. 292 et s.; L. Hinnekens, « *Bachmann v. Belgium* and *Commission v. Belgium*, 28 January 1992 », *EC Tax Review*, 1992, n° 1, pp. 58 et s. (14) K. Lenaerts et L. Bernardeau, *op. cit.*, p. 99. (15) C.J., 5 juillet 2007, *Commission européenne c. Royaume de Belgique*, C-522/04, *Rec.*, 2007, p. I-5701. (16) C.J., 30 janvier 2007, *Commission européenne c. Danemark*, C-150/04, *Rec.*, 2007, p. I-1163.



pouvait être admise lorsqu'il n'existait pas de lien suffisamment direct entre l'octroi d'un avantage fiscal et la compensation de ce dernier par un prélèvement. Cette symétrie doit, par ailleurs être établie dans le chef d'un seul et même contribuable¹⁷, c'est-à-dire que la nécessité de maintenir une cohérence fiscale ne peut être justifiée « si celle-ci n'est pas établie au niveau d'une même personne mais est reportée à un autre niveau, celui de la réciprocité des règles applicables dans les États contractants, et est donc assurée sur la base d'une convention bilatérale conclue avec un autre État membre »¹⁸. Il convient également — et logiquement — que les prélèvements en cause portent sur une même imposition et non sur des impôts distincts¹⁹. Par ailleurs, la justification en termes de cohérence fiscale est toujours examinée à la lumière de l'objectif poursuivi par la norme incriminée.

(iii) *Commission c. Belgique* du 23 janvier 2014 s'enchaîne sans difficulté dans le droit jurisprudentiel post-*Bachmann*. La justification en termes de cohérence fiscale est une nouvelle fois au cœur des arguments invoqués par la Belgique pour absoudre l'entrave à la libre prestation de services reprochée, même si d'autres causes sont mises en avant en termes de protection des épargnants et de nécessité d'assurer des contrôles fiscaux efficaces. La Cour de justice reconnaît la possibilité théorique de justifier une entrave à la libre prestation de services — au demeurant non contestée par la Belgique, sur la base de la nécessité de préserver la cohérence fiscale du système²⁰. Elle rappelle toutefois que, là où un objectif d'intérêt général est invoqué, les mesures nationales susceptibles de gêner une des libertés fondamentales du Traité doivent être propres à garantir la réalisation de cet objectif, d'une part et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce dernier, d'autre part²¹. La Belgique profile sa justification sur la base de la prétendue symétrie du régime fiscal incriminé : les revenus de l'épargne-pension ne sont imposés en Belgique que lorsque les paiements effectués dans ce cadre ont donné lieu à une réduction d'impôt. La Cour considère cependant que, nonobstant l'existence d'un lien entre la réduction d'impôt et l'imposition, le régime litigieux attente de manière disproportionnée à la libre prestation de services, en ce qu'il refuse de manière générale d'accorder une réduction d'impôt pour les cotisations versées à une institution établie dans un État autre que la Belgique²². C'est donc le caractère beaucoup trop englobant du dispositif envisagé qui empêche ce dernier d'être « sauvé » au titre de justification impérieuse d'intérêt général. La nécessité de garantir l'efficacité des contrôles fiscaux n'est pas non plus, être acceptée *in casu* à titre de cause de justification, les autorités fiscales belges disposant d'autres moyens moins attentatoires aux libertés pour assurer l'établissement correct de l'impôt visé²³. Et, les dispositions incriminées sont également disproportionnées pour être justifiables à titre de mesures nécessaires à la protection des intérêts des épargnants²⁴.

4 L'apport et les conséquences de l'arrêt en droit européen et en droit belge

Le récent *Commission c. Belgique* n'est pas un arrêt novateur. Il officie plutôt comme le nouveau maillon d'une séquence préto-

rienne qui, à la suite de l'arrêt *Bachmann*, corsète la justification en termes de cohérence fiscale. Pour une autorité publique, obtenir gain de cause sur cette base est devenu extrêmement difficile. Toutefois, contrairement à certains auteurs, nous ne pensons pas que la cohérence fiscale ait été « abandonnée »²⁵ à la suite de l'arrêt *Commission c. Danemark* (voy. note 16). En témoigne, le fait que la Cour de justice l'a récemment retenu dans l'arrêt *K*²⁶. Ce dernier portait, en l'espèce, sur la compatibilité avec le droit européen primaire d'une législation finnoise refusant la déductibilité de la perte afférente à la vente d'un bien immobilier situé dans un autre État membre du profit provenant de la cession de valeurs mobilières dans l'État membre de l'imposition.

Ceci étant dit, l'arrêt commenté confirme l'efficacité du droit européen primaire pour éradiquer les obstacles fiscaux à la réalisation du marché unique de l'épargne-pension, dans un contexte où l'harmonisation par voie de directives est quasi inexistante. La meilleure doctrine²⁷ rappelle toutefois qu'une triple neutralité guide le travail jurisprudentiel d'encadrement européen de la fiscalité directe. D'une part, la Cour ne remet pas en cause la compétence des États membres en matière de fiscalité directe. D'autre part, la jurisprudence se caractérise par une neutralité matérielle, les dispositions du TFUE s'appliquant de manière indifférenciée, toute matière confondue. Enfin, les libertés de circulation ne jouent pas systématiquement en faveur du contribuable.

Conclusion

Avec la conclusion définitive de la dernière affaire *Commission c. Belgique*, l'État belge doit, à présent, adapter son dispositif fiscal interne. Plusieurs solutions sont, à cet égard, envisageables.

La Belgique peut laisser tomber l'avantage fiscal incriminé, en ce compris, donc, pour les versements à des institutions ou à des fonds établis en Belgique. Elle peut, au contraire, l'étendre aux versements à des institutions ou à des fonds établis en dehors de la Belgique, soit uniquement aux institutions et fonds établis dans les autres États membres de l'Union européenne, soit à tous les opérateurs étrangers du marché de l'épargne-pension. Une autre piste consiste à offrir la déduction pour les versements faits à des institutions étrangères, tout en soumettant ces derniers à une série de conditions objectives en termes, par exemple, de transparence. L'État peut également renforcer les exigences administratives mises à charge des contribuables revendiquant la déduction en questions, avec un alourdissement possible des sanctions applicables aux stratégies fiscales transfrontières manifestement abusives, c'est-à-dire, visant à éluder l'impôt dû ou à rendre l'établissement de ce dernier difficile.

La réponse apportée devra évidemment être conforme au droit international c'est-à-dire être respectueuse des conventions préventives de la double imposition signées par la Belgique²⁸. Notons, à cet égard, que le modèle de convention préventive de la double imposition de 2010²⁹ prévoit, dans son article 17 que, s'agissant des pensions, doit s'opérer un partage de la compétence fiscale entre l'État de la source et l'État de résidence du bénéficiaire, le tout dans le respect du principe d'évitement des doubles taxations.

(17) C.J., 15 août 1995, *Wielockx c. Inspecteur der directe belastingen*, C-80/94, *Rec.*, 1995, p. I-2493; C.J., 3 octobre 2002, *Danner*, C-136/00, *Rec.*, 2002, p. I-08147. (18) K. Lenaerts et L. Bernardeau, *op. cit.*, p. 100. (19) C.J., 13 avril 2000, *Baars*, C-251/98, *Rec.*, 2000, p. I-2787. (20) Point 35 de l'arrêt annoté. (21) Point 32 de l'arrêt annoté. (22) Points 36 à 39 de l'arrêt annoté. (23) Points 42 à 45 de l'arrêt annoté. (24) Points 46 à 49 de l'arrêt annoté. (25) E. Traversa et B. Vintras, *op. cit.*, p. 251. (26) C.J., 7 novembre 2013, *K*, C-322/11, non encore publié au *Recueil*. Pour un commentaire, voy. R. Neyt et S. Peeters, « Balanced Allocation and Coherence : Some thoughts in light of *Argenta* and *K* », *EC Tax Review*, 2014, n° 2, pp. 64-75. (27) K. Lenaerts et L. Bernardeau, *op. cit.*, p. 32. (28) À ce sujet, voy. W. Andreoni, « Cross-border Tax issues of Pensions », *Intertax*, vol. 34, 2006, pp. 245-254. (29) Modèle de convention fiscale de l'O.C.D.E., adoptée par le Conseil de l'O.C.D.E. le 22 juillet 2010. Ce dispositif n'a néanmoins pas d'influence sur les conventions déjà signées.

