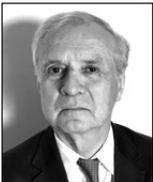


1.1

Quel avenir pour la politique fiscale internationale ?



**Bernard
CASTAGNÈDE,**
Professeur honoraire
des Universités

La libre conduite par le législateur national d'une politique fiscale internationale se heurte aujourd'hui à de fortes contraintes juridiques, notamment celles résultant de l'appartenance à l'Union européenne (V. § 3).

Le soutien à l'économie nationale au moyen de dépenses fiscales est strictement encadré et ne trouve d'efficacité qu'avec le respect de standards de dépenses fiscales admissibles (V. § 12). Les politiques fiscales internationales par la norme se heurtent à la contrainte budgétaire (V. § 20).

Introduction

1. Le siècle précédent a connu l'essor de politiques fiscales vigoureuses, au moyen desquelles les États plaçaient l'impôt au service d'objectifs de politique économique sans être étroitement bridés par des contraintes juridiques internes ou externes. Dans les pays en développement fleurissaient les codes d'investissements, censés attirer les capitaux extérieurs par l'offre d'avantages fiscaux. D'autres juridictions faisaient le choix de la zone franche pour favoriser l'implantation d'activités et la création d'emplois sur leur territoire. Le statut de paradis fiscal *offshore* permettait à certains États ou territoires de capter les ressources suffisantes à la couverture de besoins de financement modiques.

À s'en tenir à la dimension extérieure de l'interventionnisme fiscal, la France pouvait pour sa part conduire, dans une relative discrétion, une politique fiscale internationale contribuant, avec d'autres moyens, à la correction des faiblesses de l'économie nationale, déséquilibre du commerce extérieur ou insuffisance de capitaux. Des régimes dérogatoires, bénéfice mondial consolidé ou provisions pour implantations à l'étranger, venaient appuyer le déploiement international des entreprises. La mobilisation de l'épargne vers le financement des acteurs économiques nationaux était favorisée par

La protection des bases taxables, contrariée par l'obligation au respect des grandes libertés de circulation, trouve désormais l'appui de standards de pénalisations fiscales admissibles (V. § 27).

Les enjeux liés à la définition d'un nouvel ordre fiscal international justifient l'affirmation d'une politique fiscale internationale de l'Union européenne (V. § 32).

l'offre d'avantages fiscaux, avoir fiscal, PEA ou autres supports d'épargne qui leur étaient *a priori* réservés. Des dispositions particulières en matière d'imposition des revenus de source française ou d'ISF, unilatérales ou insérées dans certaines conventions fiscales, avaient le clair objet de ne pas détourner le capital étranger du marché financier français.

Au prix de lourdes et coûteuses déconvenues, le législateur a pu mesurer l'étroitesse des marges de manœuvre **dont il dispose** lorsqu'il s'agit, aujourd'hui, de définir un régime d'imposition apte à produire des effets économiques ou financiers bénéfiques pour la communauté nationale.

2. La politique fiscale internationale qui est ici questionnée ne doit **pas s'entendre** seulement de la définition d'instruments fiscaux qui seraient directement destinés à servir des objectifs économiques spécifiques. La remise en cause du libre exercice de sa compétence fiscale par le législateur national excède le champ d'un interventionnisme délibéré. Elle peut affecter la définition de règles concourant à l'organisation d'une imposition, ou d'un segment de celle-ci, et pouvant exercer un effet sur les échanges internationaux. Pour le législateur, il s'agit de savoir comment configurer le système fiscal de façon à ce que ses composantes ne contreviennent pas aux normes supérieures applicables à l'échange transfrontière.

3. Les facteurs de limitation de la compétence fiscale nationale, dans le cas français, sont suffisamment connus pour qu'il n'y ait pas lieu de les rappeler en détail.

L'obligation au respect du droit de l'Union européenne est le principal d'entre eux. Elle est celle de conformer la législation nationale aux directives d'harmonisation lorsqu'il en existe, mais aussi de ne pas méconnaître les principes et règles posés par le droit primaire exprimé par les Traités, tel qu'interprété par le juge de l'Union.

C'est au regard du déploiement imprévu des grandes libertés de circulation, puis des règles en matière d'aides d'État, qu'avec retard, et non sans lacunes, le législateur s'est progressivement avisé de l'ampleur des contraintes pesant sur ses choix de politique fiscale.

Certains rappels à l'ordre émanant d'institutions extérieures peuvent avoir une force juridique moindre, mais justifier néanmoins considération, à l'image des standards de l'OCDE ou des qualifications du groupe Code de conduite de l'UE en matière de concurrence fiscale dommageable.

L'attention accrue portée aux questions fiscales par les juges nationaux a placé de nouvelles bornes autour de l'ouvrage législatif, qui ne sont pas toutes de simples sanctions de l'obligation au respect du droit de l'UE. L'application et l'interprétation des conventions fiscales par le Conseil d'État ont déterminé la mise à l'écart d'importants segments du droit fiscal national. Le Conseil constitutionnel veille à ce que le principe d'égalité fiscale ne soit pas méconnu par le législateur, même lorsqu'il s'agit de prévenir ou de réprimer la fraude ou l'évasion fiscale internationale.

4. Le soutien de l'économie nationale demeure l'objectif principal de la politique fiscale internationale.

La France a dû cependant renoncer à nombre de dispositions ayant l'effet d'avantager ses entreprises par rapport aux établissements sur le territoire national d'entreprises étrangères, par exemple celles en matière d'avoir fiscal¹ ou de régime d'exonération des dividendes de filiales², contraires au principe de liberté d'établissement ou aux règles conventionnelles de non-discrimination.

Le principe de libre circulation des capitaux, dont le champ d'application n'est pas borné par les frontières de l'Union européenne, a obligé à mettre un terme aux régimes fiscaux tendant à privilégier une orientation de l'épargne vers le financement des entreprises ou placements nationaux. L'illustration d'une telle contrainte fournie par la condamnation du traitement fiscal des dividendes versés par les OPCVM³ a déterminé un coût budgétaire aggravé par l'invalidation de la contribution de 3 % sur les distributions des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, instituée à titre de recette de compensation mais jugée contraire aux prescriptions de la directive mère-fille⁴ et plus généralement aux principes d'égalité devant la loi et les charges publiques⁵.

Le principe de libre circulation des services a obligé à la modification du régime de crédit d'impôt recherche⁶.

La qualification de mesures fiscales dommageables, au regard des prescriptions du code de conduite, pouvant déclencher les effets s'attachant à l'identification d'aides d'État, a conduit à la suppression des régimes de provision en faveur des entreprises minières et pétrolières, à des réformes successives du régime fiscal de la propriété industrielle, ou à des aménagements du régime des quartiers généraux.

Ces quelques rappels ne fournissent qu'un aperçu très partiel des contraintes juridiques qui bornent aujourd'hui la capacité du législateur à définir une politique fiscale internationale de soutien à l'économie nationale. C'est la possibilité même du recours à l'impôt en tant qu'outil de politique économique qui est mise en question, alors que l'autre moyen de la politique budgétaire, c'est-à-dire l'action par la dépense, est fortement contraint par l'obligation au respect de disciplines communes en matière de déficit et d'endettement publics et que l'appartenance à la zone euro prive l'État de l'instrument monétaire du pilotage économique.

5. La protection des bases taxables est un autre objectif majeur de la politique fiscale internationale.

À cet égard, en un temps où cette préoccupation ne bénéficiait pas d'une priorité comparable à celle qui lui est aujourd'hui reconnue, le législateur national a dû constater les limites de sa stratégie défensive.

En matière d'impôt sur les sociétés, le régime français des sociétés étrangères contrôlées⁷ ne pouvait être regardé, après l'arrêt *Cadbury Schweppes*⁸ concernant un dispositif comparable du Royaume-Uni, comme compatible avec la liberté d'établissement.

En matière d'impôt sur le revenu, la liberté d'établissement s'opposait à la restriction à la sortie inhérente au régime d'exit tax défini par la loi de finances pour 1999⁹.

De façon générale, les dispositions de la loi établissant une présomption irréfragable de fraude ou d'évasion fiscale ont été jugées comme allant au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif qui est au nombre des raisons impérieuses d'intérêt général pouvant justifier, en elles-mêmes, la restriction d'une grande liberté de circulation. Le Conseil constitutionnel y voit, en outre, une atteinte disproportionnée au principe d'égalité devant les charges publiques¹⁰.

6. Il serait cependant excessif de considérer que les pouvoirs publics nationaux n'ont plus aucune capacité à définir et mettre en œuvre une politique fiscale internationale. Mais, strictement bornée, celle-ci doit emprunter les voies d'une méthodologie renouvelée, où la décision nationale doit prendre en compte les règles et orientations tracées à un niveau plus élevé de délibération, particulièrement celui de l'Union européenne.

1 CJCE, 28 janv. 1986, C-270/83.

2 CE, 18 nov. 1985, n° 50643.

3 CJUE, 10 mai 2012, C-33/11 à C-347/11, Santander Asset Management.

4 CJUE, 17 mai 2017, C-135/16, AFEP.

5 CC, 6 oct. 2017, n° 2017-660, Soparfi.

6 CJCE, 10 mars 2005, C-39/04, Laboratoires Fournier.

7 CGI, art. 209 B.

8 CJUE, 12 sept. 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes.

9 CJCE, 11 mars 2004, C-9/02, de Lasteyrie du Saillant.

10 V. not. CC, 20 janv. 2015, n° 2014-437, AFEP.

I. Politique fiscale internationale et soutien de l'économie nationale

7. Lorsqu'elle pouvait être conduite sans contraintes significatives, la politique fiscale de soutien à l'économie nationale s'exprimait essentiellement au moyen d'une offre d'avantages liés à l'engagement par les opérateurs économiques d'actions à encourager. Les avantages s'appréciaient au regard des charges fiscales découlant de l'application des règles de droit commun. Les mesures de soutien consistaient, autrement dit, en dépenses fiscales, entendues, selon une définition classique, au sens de dispositions dérogatoires au régime fiscal commun ou « normal », répondant à un objectif économique ou social, et représentant un coût pour les finances publiques.

Les contraintes limitant le recours aux politiques d'intervention par la dépense fiscale ont cependant favorisé le développement de politiques fiscales par la norme, c'est-à-dire reposant, non plus sur des dérogations au régime commun, mais sur une définition de celui-ci répondant aux objectifs poursuivis.

A. L'intervention par la dépense fiscale

8. La nature des dépenses fiscales à finalité de politique économique extérieure est fonction des caractéristiques de chaque système fiscal ou de chaque impôt, particulièrement de la conception de la juridiction fiscale qui s'y trouve mise en œuvre. Par une mesure dérogatoire, on recherchera, ou bien la correction d'un inconvénient économique naturellement attaché à l'impôt considéré, ou bien l'accentuation d'un avantage ou d'un stimulant qui lui sont structurellement incorporés.

Dans le cas d'un impôt territorial sur le bénéfice des entreprises, à l'image de l'impôt français sur les sociétés, un objectif de redéploiement international peut ainsi fonder une possibilité, dérogatoire au droit commun, de prendre en compte, dans la détermination du résultat imposable par l'État de résidence de l'entreprise, les charges ou pertes des exploitations extérieures de celle-ci. Tel était le sens de l'ancien régime des provisions pour implantations industrielles, commerciales ou de services à l'étranger, ou de celui du bénéfice mondial consolidé.

Au nombre des raisons ayant conduit à l'abrogation de ces régimes dérogatoires a figuré leur possible, ou probable, contrariété aux stipulations des Traités européens relatives aux **aides d'État**, telles que comprises par la Commission et interprétées par la Cour de justice.

La reconnaissance dans une mesure fiscale d'une aide d'État au sens de l'article 107 TFUE, qui en établit l'incompatibilité de principe avec le marché intérieur, procède, en effet, du constat d'une dérogation au droit fiscal commun, caractérisant le soutien apporté au contribuable qui en bénéficie. La qualification d'aide d'État suppose que la mesure considérée soit le fait d'une autorité publique et qu'elle soit susceptible d'affecter la concurrence et les échanges entre États membres, mais en premier lieu, qu'elle procure à ses bénéficiaires un avantage et s'avère sélective.

L'appréciation de la sélectivité d'une mesure prend pour

base la définition du système de référence et consiste à déterminer si la mesure constitue une dérogation à ce système, introduisant des différenciations entre opérateurs économiques se trouvant, au regard des objectifs intrinsèques du système, dans une situation factuelle et juridique comparable¹¹. La combinaison de l'existence d'une dérogation, « *élément clé de cette partie de l'examen* » selon la Commission¹² et de l'avantage, de caractère directement financier dans le cas d'une mesure fiscale, permet de considérer que se retrouvent dans la définition de l'aide fiscale d'État les critères conduisant à la qualification de dépense fiscale au sens de la doctrine scientifique ou des pratiques budgétaires de nombreux pays. Le droit européen des aides d'État admet qu'une dérogation sélective puisse être justifiée par la nature ou l'économie du système fiscal dans lequel elle s'insère, suivant une formule qui, bien qu'ambiguë, fait elle-même référence à l'architecture logique d'un tel système.

La contrariété d'une disposition fiscale aux **grandes libertés de circulation**, par ailleurs, est parfois établie alors que cette disposition n'est pas, simultanément, caractéristique d'une dépense fiscale. Mais, le plus souvent, la mesure regardée comme incompatible avec les principes du droit primaire de l'UE en matière de libertés de circulation consiste bien en une dérogation à la règle fiscale commune, assurant à ses bénéficiaires un avantage, auquel s'attache un caractère directement ou indirectement discriminatoire en ce qu'il est réservé à des nationaux ou des résidents d'un État membre. Le rapport à la structure logique de normes propre à un système fiscal n'est pas absent dans la justification aux entraves fiscales admise par la Cour de justice visant la **cohérence d'un régime d'imposition**.

Les obstacles mis par le droit de l'Union à la conduite de politiques fiscales internationales par la dépense fiscale ne l'interdisent pas complètement, mais en limitent fortement l'usage. Le soutien de l'économie nationale par ce moyen doit alors respecter les règles qui en assurent un strict encadrement, et/ou, suivant une démarche récemment mise en œuvre, se conformer à des standards communs de dépenses fiscales admissibles.

1° L'encadrement des mesures de soutien économique par la dépense fiscale

9. Spécialement visées par les dispositifs internationaux ou européens de régulation du marché, les mesures d'intervention à caractère de dépenses fiscales ne sont pas toutes prohibées, mais, selon les cas, font l'objet d'une surveillance ou sont soumises à contrôle.

Le régime des aides d'État défini aux articles 107 et 108 du TFUE, en particulier, détermine un assujettissement des politiques fiscales des États membres au contrôle préalable d'une autorité européenne. La Commission examine la compatibilité des aides existantes avec les règles du traité et peut

11 Cf. not. CJUE, 21 déc. 2016, C-20/15 P et C-21-15 P, World Duty Free, pt 57.

12 Communication relative à la notion d'aides d'État visée à l'art. 107, § 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 2016/C 262/01 : JOUE 19 juil. 2016, pt 128.

demander à l'État concerné la modification de ces aides, ou leur suppression pour l'avenir. Elle exerce son contrôle sur les aides nouvelles, sur la base d'une procédure de notification fondée sur l'article 108, § 3 du TFUE.

Le principe d'incompatibilité des aides d'État, notamment fiscales, avec le marché intérieur s'accommode de dérogations, ou d'aménagements, mais qui, sauf cas particuliers, sont placés sous le contrôle de la Commission. Celle-ci a été habilitée par le Conseil à déclarer, par voie de règlements (actuellement regroupés, pour la plupart, dans le règlement général d'exemption par catégories ou RGEC du 17 juin 2014), sous réserve de respecter des conditions de fond et de procédure ; certaines catégories d'aides sont compatibles avec le marché intérieur et sont exemptées de l'obligation de notification prévue à l'article 108, § 3 du TFUE. La Commission peut également décider, par voie de règlements, que certaines aides de faible montant, dites aides *de minimis*, ne satisfont pas à tous les critères de l'article 107, § 1 du TFUE et qu'elles sont également exemptées de la procédure de notification prévue à l'article 108, § 3 du TFUE.

De manière générale, l'accord de la Commission pour la mise en œuvre d'une mesure, le cas échéant fiscale, répondant *a priori* aux critères de l'aide d'État au sens de l'article 107 du TFUE, suppose que l'aide concernée réponde simultanément à différentes conditions.

Doivent être établis le caractère **nécessaire** de l'aide, sa **transparence** entendue en ce double sens que l'aide doit pouvoir être **qualifiée** au regard des différentes catégories d'aides et doit être **mesurable**, l'absence d'effets dommageables excessifs sur la concurrence, la limitation dans le temps de l'aide accordée, qui doit être préférentiellement dégressive, ainsi que la **proportionnalité** de son montant à l'importance du problème à régler.

Ainsi, le droit de l'Union conduit non seulement à soumettre à un contrôle préalable l'adoption, par les États membres, de dépenses fiscales pouvant fausser la concurrence au sein du marché unique, mais contraint également les États à définir des politiques de dépenses fiscales caractérisées par la transparence, la modération et l'adaptation à l'objectif poursuivi. Il oblige, autrement dit, à une **rationalisation des politiques de soutien économique par la dépense fiscale**.

10. Paradoxalement, les disciplines nouvelles imposées par le droit de l'Union européenne aux politiques nationales de dépenses fiscales n'ont pas été exclusives de comportements n'empruntant pas à la meilleure rationalité. Certains États membres de l'Union, notamment la France, ont eu ainsi tendance à considérer les contraintes communautaires comme l'expression d'une liberté de faire le plus largement possible ce qui n'apparaissait pas contraire aux engagements communs. Il en a résulté un exceptionnel développement des dépenses fiscales au début des années 2000, c'est-à-dire au moment où leur libre création s'avérait plus strictement encadrée, et alors même que les États membres s'étaient engagés, dans le cadre du Code de conduite en matière de fiscalité directe des entreprises, à renoncer aux offres d'avantages fiscaux par lesquels chacun d'eux s'appliquait précédemment à attirer sur son territoire investissements, activités et emplois.

Le dispositif de lutte contre les délocalisations défini par la loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005 a fourni l'illustration d'une politique fiscale d'attraction territoriale mêlant les éléments de modération et de rationalisation imposés par les règles du droit de l'Union et la tendance à la prolifération de niches fiscales de portée réduite, à raison même des bornes externes qui leur étaient assignées.

Les aides *de minimis* ont, cependant, à raison du plafonnement qui les encadre (actuellement, 200 000 € sur trois ans), un impact économique nécessairement limité. Les conditions parfois complexes de leur mise en œuvre, notamment leur subordination à un agrément préalable, peuvent alors décourager les opérateurs d'en faire usage. Ainsi s'est expliqué le faible succès du crédit d'impôt relocalisation, qui semble n'avoir donné lieu à aucun agrément ouvrant droit et n'a pas été reconduit au-delà de 2006. Complexité de la procédure et faiblesse de l'incitation sont également à l'origine de l'extinction, par la loi de finances rectificative du 30 décembre 2009, du régime d'aide en faveur des pôles de compétitivité.

Visant, non pas directement à l'attraction d'activités sur le territoire, mais au déploiement international des entreprises françaises, le dispositif de déduction temporaire des déficits des succursales ou filiales étrangères de PME mis en place par la loi de finances pour 2008¹³ n'était pas subordonné à l'octroi d'un agrément préalable, mais demeurait enfermé dans les limites de la réglementation *de minimis*. La considération de son efficacité limitée devait justifier sa suppression par la loi de finances pour 2014.

La loi de finances pour 2018¹⁴, de même, a supprimé le crédit d'impôt pour dépenses de prospection commerciale mis en place par la loi de finances pour 2005, peu utilisé et dont l'efficacité, selon le Gouvernement, n'a pas été démontrée.

Les tendances récentes de la législation fiscale font ainsi apparaître un délaissement des mesures visant au soutien de l'économie nationale par la dépense fiscale.

Ce tableau d'ensemble doit cependant comporter le correctif tenant à l'apparition récente d'une pratique nouvelle, consistant en un recours des États à des mesures fiscales à finalité économique présentant la caractéristique d'être conformes à des standards de dépenses fiscales admissibles.

2° Les standards de dépenses fiscales admissibles

11. Soucieux de ne pas renoncer au soutien d'actions économiques regardées comme essentielles, les États sont dans certains cas admis à prolonger leur politique d'encouragement, y compris par l'octroi d'avantages fiscaux significatifs, dès lors que le risque de concurrence dommageable est écarté, ou fortement réduit, par la mise en conformité des dispositions nationales avec des standards établis par l'organisation internationale ou l'instance européenne autorisée, OCDE ou Groupe Code de conduite.

12. La récente réforme du régime fiscal de la propriété intellectuelle illustre cette approche nouvelle du soutien

13 CGI, art. 209 C.

14 L. n° 2017-1837, 30 déc. 2017, art. 94, I, 3°.

fiscal à la recherche et l'innovation. Le régime d'imposition des produits de cession ou concession de licence d'inventions défini par l'article 37 de la loi de finances pour 2019¹⁵ conserve un caractère dérogatoire, en ce qu'il prévoit, à certaines conditions, une taxation atténuée par rapport à celle qui résulterait de l'application du régime fiscal commun.

Ce régime de faveur, toutefois, ne devrait plus être exposé à la qualification de mesure de concurrence fiscale dommageable retenue pour celui l'ayant précédé¹⁶, dès lors qu'il reflète une mise en conformité avec le modèle défini par l'OCDE, dans le cadre de l'action 5 du projet BEPS¹⁷, pris en compte par l'Union européenne¹⁸.

Conformément à l'approche dite « nexus » préconisée par les instances de régulation de la concurrence fiscale dommageable, l'application du dispositif favorable est désormais liée à la réalisation, sur le territoire national, des dépenses de recherche-développement engagées pour l'obtention de l'invention dont les produits sont l'objet de l'imposition.

13. La circonstance de sa mise en conformité avec un standard international en matière de soutien à la recherche n'a pas pour autant l'effet de placer le régime fiscal français des brevets hors du champ des stipulations du Traité en matière d'aides d'État. L'imposition séparée, au taux réduit de 10 %, du résultat net des concessions de licence d'exploitation, sous-concessions et cessions des éléments d'actif visés à l'article 238 du CGI représente, à n'en pas douter, une dérogation au système de référence caractéristique de la taxation des revenus et bénéfices relevant, selon le cas, de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés.

L'avantage offert aux entreprises mettant en œuvre la forme d'aide à la recherche constituée par le régime concerné pourrait être regardé, il est vrai, comme une mesure générale de poursuite d'un objectif économique, ouverte à toutes les entreprises, sur la base d'une égalité d'accès, et visant à réduire le coût de production atteignant la recherche et le développement. La communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, publiée le 10 décembre 1998¹⁹, apparaissait ranger un dispositif ayant un tel objet au nombre des mesures générales, et non des aides d'État. La fiche 17 du *Vade Mecum* des aides d'État, publié en 2016, par le Ministère de l'Économie, reprend cette analyse. Mais la Communication de la Commission relative à la notion d'aide d'État, publiée le 19 juillet 2016²⁰, ne confirme pas une

aussi nette distinction entre mesures générales et aides d'État, exposant au contraire (pt 135) que « les États membres ne peuvent invoquer des objectifs étrangers au système (fiscal de référence) – tels que des objectifs de politique régionale, de politique environnementale ou de politique industrielle – pour justifier un traitement différencié des entreprises ».

L'approche de la Cour de justice n'est pas davantage en faveur de la reconnaissance aux États membres des marges de libre exercice de leur politique fiscale qui résulterait d'une conception extensive des mesures générales. L'affaire du « goodwill espagnol » établit que, selon la Cour, une sélectivité matérielle peut être reconnue dans une disposition fiscale prévoyant un traitement particulier avantageux pour certaines opérations, alors même qu'il serait accessible à toutes les entreprises effectuant ces opérations²¹. L'identification d'une aide fiscale d'État est alors favorisée par le rapprochement des critères de l'avantage et de la sélectivité ; celle-ci pouvant procéder de la simple distinction entre des entreprises choisissant de réaliser certaines opérations et d'autres choisissant de ne pas les réaliser, et non sur la distinction entre des entreprises au regard de leurs caractéristiques propres²².

14. Dès lors qu'ils entrent dans le champ des aides d'État, les dispositifs fiscaux de soutien à la recherche peuvent être toutefois compatibles avec la réglementation européenne dès lors qu'ils respectent les prescriptions du règlement général d'exemption par catégories (RGEC) de 2014²³. Celui-ci fixe, pour certaines catégories d'aides d'État, les conditions d'exemption de l'obligation de notification prévue à l'article 108, § 3 du TFUE. Une communication de la Commission du 27 juin 2014²⁴ précise l'encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation, couvertes par le RGEC.

Les taux du crédit d'impôt recherche et du crédit d'impôt innovation ont été ainsi fixés de façon à respecter les plafonds d'intensité des aides définis par le RGEC²⁵.

La notification à la Commission européenne du nouveau régime fiscal des brevets entrainé dans les prévisions du législateur, qui a prescrit une entrée en vigueur du dispositif, du moins pour son application aux inventions brevetables, au plus tard six mois après la décision de la Commission relative à la conformité des mesures au droit de l'Union européenne en matière d'aides d'État²⁶.

15. Les limites des mesures de soutien fondées sur le recours aux dépenses fiscales lorsqu'elles relèvent du régime des aides *de minimis*, la lourdeur, la longueur et l'incertitude des procédures à suivre lorsqu'elles ne sont pas dispensées de l'obligation de notification prévue à l'article 108, § 3 du TFUE, les rigueurs de leur encadrement lorsqu'elles sont placées

15 L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018, art. 37 : FI 1-2019, n° 5, § 16.

16 Cf. OCDE, Pratiques fiscales dommageables - Rapport d'étape 2017 sur les régimes préférentiels. Cadre inclusif sur le BEPS : Action 5, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. - Groupe Code de conduite (fiscalité des entreprises), 24 nov. 2017, n° 14784/17 FISC 300 ECOFIN 999.

17 Cf. Accord sur l'approche du lien modifiée des régimes de propriété intellectuelle, 2015 ; Pratiques fiscales dommageables, Rapport d'étape de 2017 sur les régimes préférentiels, mise à jour 9 mai 2018.

18 Cf. le rapport du groupe Code de conduite au Conseil de l'UE du 13 juin 2016.

19 N° 98/C 384/03, pt 13.

20 N° 2016 C 262/01.

21 CJUE, 21 déc. 2016, C-20/15 P et C-21/15 P, World Duty Free.

22 Trib. UE, 15 nov. 2018, T-219-10, RENV, World Duty Free, pt 83 : FI 1-2019, n° 2, § 31.

23 Règl. n° 651/2014, 17 juin 2014.

24 N° 2014/C 198/01.

25 Cf. M. Magnien, Aides d'État, un nouveau défi, Actes de la soirée annuelle de l'IFA du 6 oct. 2016 : Dr. fisc. 2017, n° 12, comm. 208, n° 10.

26 Cf. L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018, art. 37, III, 2.

sous les prescriptions du RGEC, le cas échéant complété par l'obligation au respect de standards internationaux, ont conduit les gouvernements à développer d'autres formes d'action économique par l'impôt, fondées sur la définition de règles générales attractives ou utiles à la réalisation des objectifs poursuivis.

B. Les politiques fiscales internationales par la norme

16. Les politiques fiscales internationales par la norme s'entendent ici, de celles par lesquelles une juridiction fiscale offre un cadre fiscal de droit commun (régime dit « normal » ou « de référence » dans le droit des aides d'État) propice à l'attraction d'investissements ou d'emplois sur son territoire, au déploiement international de ses entreprises ou, à d'autres objectifs liés au développement économique national.

Ce contexte favorable peut être celui du système fiscal d'ensemble, d'un segment de celui-ci ou, d'éléments de droit commun (règles de taux ou d'assiette) d'un dispositif particulier d'imposition, notamment celui applicable aux entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés.

1° L'incidence économique du système fiscal d'ensemble

17. Une politique de modération de la **pression fiscale globale** peut d'abord apparaître comme le moyen le plus efficace d'assurer la compétitivité d'une économie. La Commission européenne a retenu une telle approche, dans un contexte où le rétablissement des équilibres financiers publics n'était pas encore prioritaire, en admettant au nombre des objectifs généraux de la politique fiscale de l'Union européenne la réduction durable de la pression fiscale globale²⁷.

L'analyse comparée du niveau de pression fiscale globale et des performances économiques ne permet pas cependant de dégager de corrélation significative. Ainsi, l'importance des prélèvements financiers obligatoires du Danemark (46 % du PIB en 2017) n'a pas particulièrement pénalisé l'économie de ce pays, où la croissance est solide et stable (+ 2,2 % en 2017) et le taux de chômage inférieur à 4 %.

18. La **structure des prélèvements financiers obligatoires** représente un élément plus pertinent de l'appréciation de compétitivité.

La mesure de l'incidence d'un système fiscal sur les échanges économiques extérieurs justifie par exemple la recherche de la part de fiscalité qui demeure incorporée dans le prix des produits exportés. Dans le cas de la France, ainsi, considérée comme peu favorisée sur le terrain de la compétitivité internationale compte tenu d'un taux de pression fiscale globale élevé, on doit rappeler que plus de la moitié des ressources fiscales d'État est fournie par la TVA, soit par une charge dont les produits exportés sont dégrévés.

27 Communication du 23 mai 2001, Politique fiscale de l'Union européenne – Priorités pour les prochaines années, Com. (2001) 260, p. 9.

La répartition de la charge fiscale entre les facteurs de production peut cependant générer des handicaps structurels affectant certains d'entre eux, en particulier le facteur travail salarié. Le taux d'imposition implicite de celui-ci s'étant lourdement aggravé à la fin du XX^e siècle, passant de 36,1 % à 44,5 % entre 1980 et 1997 dans l'Europe des 11²⁸, les États membres ont ensuite engagé un effort d'inflexion de la structure de leurs systèmes fiscaux, en vue d'une répartition de la charge fiscale moins défavorable à l'emploi.

L'élargissement de l'assiette du financement de la sécurité sociale par la substitution de la CSG à d'anciennes cotisations sociales seulement assises sur les revenus du travail, puis la suppression de la base salaires dans l'assiette de la taxe professionnelle, ont d'abord illustré une telle démarche de politique fiscale dans le cas français.

Le crédit d'impôt compétitivité emploi (CICE), créé par la loi de finances rectificative du 29 décembre 2012 a déterminé un nouvel allègement du coût du travail pour les entreprises, mais la technique mise en œuvre pour atteindre un tel objectif (le crédit d'impôt imputable, reportable, le cas échéant remboursable et pouvant faire l'objet d'un préfinancement bancaire), était caractéristique d'une forme de dépense fiscale.

Les mesures d'allègement des charges financières pénalisant le travail salarié ou indépendant prévues par le Pacte de responsabilité et de solidarité de 2014, puis le dispositif de réduction pérenne des cotisations sociales pour les employeurs²⁹, qui a succédé au CICE, supprimé à compter du 1^{er} janvier 2019³⁰, se sont plus nettement inscrits dans le cadre d'une politique fiscale par la norme, visant à la fois à l'allègement de la fiscalité pesant sur le facteur travail salarié et à l'amélioration de la compétitivité des entreprises françaises.

Celle-ci resterait cependant affectée par l'importance des **impôts de production** encore à la charge des entreprises et qui seraient cause des pertes de parts de marché des entreprises françaises à l'international constatées au cours des deux dernières décennies. Sont ici visés les prélèvements obligatoires atteignant les entreprises indépendamment de la qualité ou de la valeur des biens et des services produits ou vendus et s'apparentant ainsi à des coûts fixes. Dans cette catégorie hétérogène se retrouvent notamment la contribution sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE), la contribution foncière des entreprises (CFE), la contribution sociale de solidarité (C3S), la taxe foncière, qui, ajoutées à divers autres prélèvements, représenteraient une ponction globale de 3,2 % du PIB, là où les impôts de production ne prélèvent que 0,5 % du PIB en Allemagne ou 1,5 % en Italie³¹.

Les États membres de l'Union européenne sont en principe admis à « *répartir comme ils l'entendent la charge fiscale entre les différents facteurs de production* » sans être exposés aux rigueurs du régime des aides fiscales d'État³². Mais l'allègement des

28 Cf. Structures des systèmes d'imposition dans l'Union européenne, 1970-1997, Eurostat, OPOCE 2000, tableau p. 134.

29 L. n° 2017-1836 de financement de la sécurité sociale pour 2018, art. 9.

30 L. de finances pour 2018, art. 86, I, 2° et VI.

31 Cf. Y. Dubief, J. Le Pape, La fiscalité de production, document de consultation n° 2018-M-025-02, Ministère de l'Économie et des Finances, p. 13.

32 Cf. Comm. UE, Communication 19 juil. 2016, préc., pt 156.

impôts de production, ou la suppression de certains d'entre eux, rencontre, comme toute mesure tendant à infléchir la structure des prélèvements obligatoires, les limites tenant aux contraintes budgétaires, respect des plafonds de déficits publics ou besoins de financement des collectivités territoriales, ou au contexte politique, notamment en ce qu'il affecte la distribution du prélèvement obligatoire global entre la consommation et les facteurs de production, travail dépendant, travail indépendant et capital. La conjoncture la plus récente s'est montrée plus favorable au relèvement du pouvoir d'achat des ménages qu'à l'amélioration des marges des entreprises.

2° La politique des taux

19. La politique fiscale internationale par la norme, visant à la fois à l'amélioration de la compétitivité des entreprises nationales et à l'attraction du territoire, s'est principalement illustrée, au cours des dernières décennies, à travers la fixation des taux d'imposition, et particulièrement du taux d'imposition des bénéfices des sociétés.

Mis à part le cas particulier des paradis fiscaux, l'impulsion initiale en faveur d'une telle politique des taux a été donnée, dans le courant des années 1980, par la réforme Reagan, aux États-Unis, où l'élargissement de l'assiette taxable obtenu par la suppression de nombreuses dépenses fiscales a permis un abaissement significatif des taux nominaux d'imposition.

À cet exemple, de nombreux pays ont procédé à l'abaissement des taux d'imposition en matière de taxation des bénéfices des sociétés. L'Irlande a fourni en Europe l'exemple de l'efficacité d'une politique attractive par la norme fiscale : là où l'application de taux dérogatoires de 10 %, au lieu d'un taux normal de 32 %, conduisait à l'attribution aux régimes de zone franche de Shannon et Dublin de la qualification de mesures dommageables au sens du Code de conduite, la fixation générale à 12,5 % du taux de l'impôt sur les sociétés n'a appelé par elle-même aucune objection au regard des règles européennes.

La Commission européenne reconnaissant de fait que « la fixation des taux d'imposition des entreprises relève de la compétence exclusive des États membres »³³, d'autres pays membres de l'Union européenne ont cherché à renforcer l'attractivité de leur territoire par cette voie. Beaucoup des États d'Europe centrale et orientale admis au sein de l'Union ont ainsi fixé à de bas niveaux le taux d'imposition des bénéfices des sociétés (10 % pour la Bulgarie ; 10,8 % pour la Hongrie ; 12,5 % pour Chypre ; 15 % pour la Lituanie ; 16 % pour la Roumanie ; 19 % pour la Pologne ; 21 % pour la Slovaquie) et favorisé un mouvement plus général d'abaissement des taux d'imposition de tels bénéfices. Le taux moyen d'impôt sur les sociétés pour l'Europe des 28 était, en 2018, de 21,9 %³⁴.

Le Royaume Uni a abaissé son taux à 19 % à compter du 1^{er} avril 2017. Il doit être de 17 % à compter du 1^{er} avril 2020. Aux

États-Unis, l'impôt sur les sociétés fédéral comporte, depuis la réforme Trump de fin 2017, un taux fixe de 21 %.

20. Le législateur français s'est engagé, au cours de la période récente, dans une telle politique fiscale dite normative, d'attraction territoriale et de renforcement de la compétitivité des entreprises, dont le cours a été cependant perturbé par des contraintes budgétaires imprévues.

Initié par le Pacte de responsabilité et de solidarité de 2014, le mouvement de baisse de l'impôt sur les sociétés doit s'inscrire dans une trajectoire devant aboutir, depuis le taux normal de 33,33 % en vigueur en 2018, à un taux que la loi de finances pour 2017 fixait à 28 % à l'horizon 2020, ramené à 25 % à l'horizon 2022 par la loi de finances pour 2018. Sous réserve des dispositions en faveur des PME, le taux normal de l'IS a été fixé par cette loi à 31 % pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2019, à 28 % pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2020 et à 26,5 % pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2021. Ce calendrier d'abaissement de l'impôt sur les sociétés a été cependant corrigé avec le maintien pour 2019 du taux normal de 33, 1/3 % pour la fraction de bénéfice imposable supérieure à 500 000 € des entreprises redevables réalisant un chiffre d'affaires supérieur ou égal à 250 millions d'euros³⁵. Il est en outre prévu que, pour les mêmes entreprises, ce taux ne soit abaissé qu'à 31% en janvier 2020.

Cette politique de taux en matière d'impôt sur les sociétés, contrariée par l'appel, en cas d'imprévus budgétaires, à la variable d'ajustement représentée par le potentiel fiscal des grandes entreprises, n'a pas encore permis de déterminer un effet d'attraction du territoire national et de dissuader du recours, lorsqu'il est possible, à une localisation extérieure avantageuse du résultat taxable.

Force est en effet de constater l'aspect paradoxal de l'impôt français sur les sociétés, qui est à la fois de taux élevé et de rendement faible ; en 2016, la France était au 3^e rang des pays membres de l'Union européenne (après la Belgique et Malte) dans leur classement au regard du taux pratiqué, mais seulement au 14^e rang au regard du produit fiscal, évalué en pourcentage du PIB (2,6 %) avant crédits d'impôt (dont le CICE). Le rendement net de l'IS (CICE pris en compte) était de 36 milliards d'euros en 2017, soit 1,5 % du PIB.

Outre le jeu des crédits d'impôt, sont en cause, dans la détermination du produit de l'impôt sur les sociétés, les règles d'assiette qui lui sont applicables. Certaines règles d'assiette avantageuses, telles que celles applicables aux reports des déficits, ont été modifiées dans un sens restrictif. D'autres pourraient être reconsidérées, notamment celles relatives à la portée territoriale de l'IS. La France est l'un des rares États à conserver un impôt territorial sur les sociétés, là où l'appartenance à un espace économique européen et le contexte de globalisation justifieraient une autre approche. Sans doute les conventions fiscales contre la double imposition exercent-elles un effet de convergence des systèmes d'imposition vers

33 Cf. Communication 23 mai 2001, préc., n° 22.

34 Cf. Taxation trends report, 2018 edition, Commission européenne. - V. également Taxation trends in the European Union, DG Taxation and customs, Commission européenne, 2018.

35 Cf. l'article 2 de la loi n° 2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés.

le modèle territorial, mais la règle de droit interne expose au risque de déperdition du produit fiscal par transfert de bénéfices d'opérations internes vers des juridictions fiscales plus attractives non liées à la France par convention fiscale. Le rendement de l'impôt pourrait n'être pas amoindri par une démarche associant l'élargissement de l'assiette et l'abaissement effectif du taux.

3° Mesures générales, dépenses fiscales et aides d'État

21. Une politique fiscale par la norme peut s'exercer par des moyens autres que la création ou la suppression d'impositions et la fixation de taux normaux de taxation ou autres règles de liquidation de l'impôt. Elle englobe en principe la fixation des règles communes d'assiette. Celles-ci, selon le cas, constituent de simples mesures de technique fiscale (règles « normales » d'amortissement ou de report déficitaire, notamment), ou s'inscrivent dans le cadre de démarches de politique économique en principe ouvertes à tous les acteurs concernés (mesures de soutien à l'emploi, à la protection de l'environnement, mesures en faveur des PME, etc.).

Le départ entre les mesures de technique fiscale s'analysant en « normes » et celles qui constituent des dépenses fiscales n'est pas toujours aisé, et varie selon le système de valeurs et la culture fiscale de chaque pays. Ainsi, pour l'identification de la norme en matière de taux, du choix entre proportionnalité ou progressivité et en matière d'assiette, pour l'imposition des revenus, du choix entre la taxation de l'individu ou du foyer fiscal.

22. Si, par ailleurs, la notion d'aide fiscale d'État se réfère à l'identification d'une dérogation à la règle « normale », l'assimilation de toute dépense fiscale à une aide d'État appelle discussion.

La jurisprudence européenne concernant le « goodwill espagnol », déjà évoquée (V. § 13), favorise à cet égard la confusion des concepts. L'observation du Tribunal de l'Union, selon laquelle l'accent a été mis (par la Cour) « sur une notion de sélectivité fondée sur la distinction entre des entreprises choisissant de réaliser certaines opérations et d'autres entreprises choisissant de ne pas les réaliser »³⁶, mérite cependant d'être relativisée. Le libre choix de l'entreprise, au regard du dispositif fiscal avantageux qui lui est offert, doit en effet être mis en rapport avec la **condition d'application ou d'obtention** de l'aide fiscale, qui peut, selon la Cour³⁷, fonder le caractère sélectif de celle-ci.

Alors même que le juge n'y ferait pas référence, la sélectivité détectée peut alors, simultanément, caractériser une autre condition conduisant à regarder une aide d'État comme incompatible avec le marché intérieur. L'incompatibilité, selon l'article 107 du TFUE, s'attache aux aides qui affectent les échanges entre États membres et faussent, ou menacent de fausser, la concurrence. On sait que la Cour de justice délivre une large interprétation de ces occurrences et ne prend pas toujours soin d'en établir le constat lorsqu'il s'agit d'identifier

dans une mesure fiscale une aide d'État. Dans l'affaire du « goodwill espagnol », la sélectivité décelée visait une mesure avantageuse dont on pouvait admettre qu'elle affectait les échanges entre États membres ; l'avantage fiscal concerné exerçant un effet d'incitation à la captation d'un capital extérieur et caractérisant une démarche de politique fiscale internationale. D'autres mesures dérogoires à la norme fiscale pourraient ne pas affecter la concurrence et les échanges entre États membres, alors même que les entreprises auraient le choix d'y recourir ou non.

23. Il reste que l'interprétation des stipulations du Traité en matière d'aides d'État ne favorise pas le recours à une politique fiscale par la norme, à raison des incertitudes affectant l'identification de celle-ci, ainsi que la portée de la justification par la nature ou l'économie générale du système pouvant fonder une dérogation au système de référence.

La Commission pose qu'« une mesure qui déroge au système de référence (sélectivité a priori) est non sélective si elle est justifiée par la nature ou l'économie générale de ce système », avant d'ajouter que « c'est le cas lorsqu'une mesure découle directement des principes fondateurs ou directeurs intrinsèques du système de référence ou lorsqu'elle résulte de mécanismes inhérents au système nécessaires à son fonctionnement et à son efficacité »³⁸.

Les deux situations visées sont cependant différentes.

La mesure découlant de la structure logique de normes constitutive d'un système fiscal peut malaisément, dans le même temps, se regarder comme une dérogation à celui-ci. La Commission évoque à cet égard³⁹ le principe de neutralité fiscale ou la nature progressive de l'impôt sur le revenu et sa logique redistributive, mais désigne plutôt, ce faisant, les normes propres à un système fiscal.

La justification d'une dérogation à la norme, dès lors, ne trouve véritablement de sens qu'au regard d'autres mécanismes visés par la Commission, tels que ceux répondant à la nécessité de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscales, à la nécessité de tenir compte d'exigences comptables particulières, à des raisons de bonne gestion administrative ou, à l'objectif d'optimisation du recouvrement des créances fiscales⁴⁰, les dérogations devant être bien entendu proportionnées à l'objectif poursuivi.

Il apparaît, en revanche, que la justification d'une dérogation par la nature ou l'économie générale du système de référence ne peut désormais être fondée sur des « objectifs extérieurs » à celui-ci⁴¹ et s'appliquer à des mesures poursuivant un objectif de politique économique générale. Autrement dit, ne relève pas d'une politique normative, et se trouve au contraire exposée aux contraintes propres au régime des aides d'État, la définition de mesures ouvertes à tous les opérateurs concernés, mais qui, s'inscrivant dans le cadre d'un objectif économique, comportent des avantages sélectifs au regard d'une règle dont la « normalité » est appréciée à un degré élevé de généralité.

38 Communication n° 2016/C 262/01, pt 138.

39 *Ibidem*, pt. 139.

40 *Idem*.

41 V. note 38.

36 Trib. UE, T-219-10, préc., pt 83.

37 CJUE, C-20/15 P et C-21-15 P, World Duty Free, préc., pt 86.

Compte tenu des risques que sa mise en œuvre fait courir, pour les entreprises comme pour les États, le droit européen des aides d'État gagnerait en tout cas à faire l'objet de clarifications, en ce qui concerne le niveau auquel doit s'apprécier un « système de référence », la consistance de celui-ci et la distinction, en son sein, entre mesures techniques « normales » et dispositions dérogatoires.

II. Politique fiscale internationale et protection des bases taxables

24. De façon symétrique à l'approche fiscale du soutien des économies nationales, on peut admettre que la politique fiscale internationale de protection des bases taxables peut être conduite, soit par la définition de dérogations à la règle fiscale commune, soit par une configuration de celle-ci appropriée au but poursuivi.

Par principe, les dérogations à la norme ne consistent pas, lorsqu'il s'agit de prévenir la fraude ou l'évasion fiscale internationale, en avantages sélectifs constitutifs de dépenses fiscales, mais au contraire en dispositions désavantageuses pouvant être qualifiées de pénalisations fiscales. Différents obstacles et limites bornent le recours à de telles mesures, la politique fiscale de protection des bases taxables par la norme ne pouvant elle-même se déployer en pleine liberté.

A. La lutte contre la fraude ou l'évasion fiscale internationale par la dérogation désavantageuse à la norme fiscale

1° La rationalisation des mesures dérogatoires pénalisantes

25. L'exemple français illustre de façon générique la panoplie des mesures de pénalisation fiscale tendant à lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale internationale, ou à freiner les pratiques d'optimisation. À de telles fins peuvent être configurés des impôts ou dispositifs spécifiques, pouvant avoir, à l'image de la taxe patrimoniale de 3 %, et en faisant abstraction de la considération de ses destinataires réels, l'apparence de mesures « normatives ».

Le découragement des comportements à risque pour les finances publiques prend le plus souvent, toutefois, la forme d'une dérogation à la règle fiscale commune : intégration dans la base taxable de revenus extérieurs en principe hors du champ de l'impôt (CGI, art. 209 B, pour le régime français des sociétés étrangères contrôlées), exclusion des charges normalement déductibles de certains paiements à l'étranger (CGI, art. 238 A), mise à l'écart de régimes favorables d'application en principe générale, tel que le régime mère-fille, ou relèvement des taux de retenue à la source (dispositif anti-États et territoires non coopératifs).

26. Les dispositifs législatifs tendant à protéger les bases taxables au moyen de mesures désavantageuses par rapport à la règle fiscale commune ont été régulièrement mis en cause pour méconnaissance de principes ou normes de valeur supérieure.

Ils ont représenté, on l'a rappelé, un terrain de choix pour l'affirmation des grandes libertés de circulation protégées par le droit de l'Union européenne. La jurisprudence développée à cet effet, cependant, a conduit non pas à exclure le recours à la dérogation désavantageuse en tant que moyen de protection des bases taxables, mais à en subordonner l'usage au respect de conditions permettant qu'il soit acceptable.

Si elle établit une discrimination fondée sur la nationalité, une mesure nationale ne peut être compatible avec le droit de l'Union qu'à la condition de relever d'une des dérogations expressément prévues par le Traité. Dans le cas du droit d'établissement, il doit s'agir de raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique⁴².

S'agissant des simples restrictions à l'exercice des grandes libertés, elles peuvent être justifiées, selon la Cour de justice, par des raisons impérieuses d'intérêt général. L'efficacité des contrôles fiscaux et la prévention de la fraude et de l'évasion fiscales sont au nombre de ces justifications. Pour être admise, la mesure restrictive fondée sur de tels objectifs doit cependant respecter un principe de proportionnalité. Elle doit être appropriée à l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre⁴³. L'objectif de prévention de la fraude ou de l'évasion fiscales ne peut ainsi valablement fonder une mesure établissant une présomption générale d'évasion ou de fraude, à l'image du régime français d'exit tax tel que défini par la loi de finances pour 1999⁴⁴ ou d'un régime des sociétés étrangères contrôlées comparable à l'article 209 B du CGI avant la réforme assurée par la loi de finances pour 2005⁴⁵. En subordonnant l'admission de la restriction à la limitation de ses effets aux seuls montages purement artificiels, la jurisprudence de la Cour a contribué, sans les proscrire de manière générale, à une **rationalisation des dispositifs de protection des bases taxables** fondés sur des dérogations désavantageuses à la règle fiscale commune.

Sur le fondement des principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques, le Conseil constitutionnel poursuit une normalisation comparable, en vérifiant notamment, dans le cadre du contrôle exercé au regard de l'article 13 de la Déclaration des droits, si le législateur a fondé son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose, sans entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques. Le contrôle du juge constitutionnel n'a pas interdit la mise en œuvre d'un dispositif rigoureux de pénalisations fiscales à l'encontre du recours aux États et territoires non coopératifs, mais a conduit à la modération de certaines mesures, initialement confiscatoires, et exclu les dispositifs comportant une présomption irréfragable de fraude ou d'évasion ; la

42 TFUE, art. 52.

43 V. par ex. CJCE, 15 mai 1997, C-250/95, Futura Participations & Singer.

44 CJCE, 11 mars 2004, C-9/02, de Lasteyrie du Saillant, préc.

45 CJCE, 12 sept. 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes, préc.

législation anti-ETNC permettant désormais au contribuable d'échapper aux rigueurs de celle-ci en apportant la preuve que ses opérations n'ont pas eu pour objet ou pour effet de permettre, dans un but de fraude fiscale, la localisation de bénéfiques dans une telle juridiction⁴⁶.

2° Les standards de pénalisations fiscales admissibles

27. Parallèlement à l'apparition de standards de dépenses fiscales admissibles, venant au soutien d'actions économiques prioritaires, ont été définis, au cours des années récentes, des standards internationaux de pénalisations fiscales utiles à la lutte contre l'érosion des bases taxables. Le plan BEPS de l'OCDE en a fourni le cadre principal, par la recherche et l'énoncé des mesures, qui, dérogeant à la structure logique de normes d'un système fiscal, permettent d'atteindre l'objectif poursuivi sans exercer d'effets de concurrence dommageable ni porter atteinte excessive aux libertés de circulation ou à l'égalité entre les contribuables.

L'Union européenne a repris cette démarche à son compte dans le cadre de la directive n° 2016/1164 du 12 juillet 2016 dite ATAD, où se trouve notamment définie (art. 4) une règle de limitation de la déductibilité des intérêts, fixant la mesure dans laquelle il peut être dérogé au principe autorisant la déduction, par l'entreprise, des charges ayant grevé l'acquisition de son profit taxable. Le plafonnement prévu, s'établissant à 30 % du bénéfice avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissements (EBITDA), a été incorporé dans le code général des impôts français dans le cadre de la loi de finances pour 2019⁴⁷. La directive ATAD propose également (art. 7 et 8) les modes de dérogation au principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés permettant la prise en compte dans la base imposable d'une société domestique des revenus de sociétés étrangères contrôlées. L'article 6 de la directive (clause anti-abus générale⁴⁸), transposée en droit français par la loi de finances pour 2019⁴⁹, permet d'écarter, aux fins du calcul de la charge fiscale d'une société, les montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable. L'article 9 de la directive, complété par la directive n° 2017/952 du 29 mai 2017 (dite ATAD 2), précise les conditions dans lesquelles, pour les besoins de la prise en compte des dispositifs hybrides pouvant engendrer des doubles déductions ou des doubles impositions, la déduction d'une charge peut être refusée, ou l'imposition atteindre un produit normalement exonéré ou hors du champ de l'impôt.

28. Ces standards internationaux ou dispositions du droit dérivé, incorporés dans le droit fiscal national ou appelés à l'être, n'assurent pas au législateur national une absolue

garantie de la conformité au droit de l'Union de la politique fiscale de protection des bases taxables ainsi mise en œuvre. On ne peut exclure toute contrariété entre les dispositifs fondés sur la transposition d'une directive et les principes du droit primaire de l'Union tels qu'interprétés par la Cour de justice. Le législateur européen a cependant pris soin, dans la définition des règles permettant de déroger au droit fiscal commun pour lutter contre l'érosion des bases taxables, d'incorporer les apports de la jurisprudence, notamment par référence à la notion de montage artificiel ou par la mise à l'écart de présomptions irréfragables grâce à l'introduction de clauses de sauvegarde.

B. Protection des bases taxables et régime normal d'imposition

29. Lorsque son efficacité n'est pas amenuisée par le jeu de dépenses fiscales instituées par le législateur ou des pratiques d'optimisation fiscale mises en œuvre par les contribuables, un régime normal d'imposition assure par principe la protection des bases taxables qu'il définit. Dans un régime mondial de taxation des bénéfiques, l'impôt atteint le produit global de l'entreprise, déduction faite de l'ensemble des charges engagées pour son acquisition ou sa conservation, le montant de l'impôt finalement dû étant diminué de celui des impôts acquittés dans les pays étrangers au titre des revenus y trouvant leur source. Dans un régime territorial d'imposition, tel que celui de l'impôt français sur les sociétés, la base d'imposition prend en compte les seuls résultats de l'exploitation assurée sur le territoire national. Elle n'est pas amenuisée par la déduction de déficits ou de pertes étrangers, dès lors que les gains ou profits extraterritoriaux ne sont pas imposables.

L'application des règles découlant logiquement de la structure d'un système d'imposition, cependant, peut être mise en cause dans des conditions conduisant à une érosion de la base taxable revenant à la juridiction fiscale qui le met en œuvre. La rencontre entre les règles normales d'un système fiscal de référence et l'objectif de protection des libertés de circulation énoncées par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne apparaît produire de tels effets.

On fait ici référence à la jurisprudence de la Cour de justice invitant l'État membre appliquant un impôt territorial sur les bénéfiques des sociétés à prévoir, en vue de la détermination de la base taxable, la prise en compte des pertes finales des succursales étrangères d'une société domestique. L'arrêt *Bevola et Jens* du 12 juin 2018⁵⁰, par lequel la Cour de justice de l'Union européenne exprime cette position, a été certes rendu dans le contexte d'un régime d'intégration fiscale nationale, celui du Danemark, considéré au regard du régime d'intégration fiscale internationale avec lequel il coexiste et qui est accessible sur option du contribuable, non exercée au cas particulier. L'arrêt est cependant énoncé en des termes suffisamment généraux pour donner à penser qu'il est susceptible d'exercer des effets sur tout régime d'imposition des bénéfiques des sociétés de type territorial.

46 V. CC, 20 janv. 2015, n° 2014-437. - CC, 25 nov. 2016, n° 2016-598.

47 Art. 34 : FI 1-2019, n° 5.3.1, comm. Ph. Durand.

48 Sur cette clause, voir L. Nayberg et N. Vergnet, La clause anti-abus générale de la directive ATAD : FI 1-2019, n° 9.4.1.

49 Art.108 : FI 1-2019, n° 9, § 32, comm. O. Dauchez.

50 CJUE, 12 juin 2018, C-650/16, *Bevola et Jens*.

Pour parvenir à la prescription indiquée, le juge européen regarde comme un « **avantage fiscal** » la prise en compte des pertes d'un établissement stable aux fins de la détermination du bénéfice imposable de la société à laquelle il appartient (arrêt précité, pt 18) et considère que le fait de ne pas l'accorder lorsque les pertes proviennent d'un établissement situé dans un autre État membre rend la situation fiscale d'une société résidente possédant un tel établissement extérieur moins favorable que celle qui serait la sienne si l'établissement était situé dans le même État qu'elle.

L'avantage alors visé ne peut cependant s'entendre au sens de la dérogation à la norme fiscale qui caractérise une dépense fiscale, ou l'identification d'une aide d'État au sens de l'article 107 du TFUE. La prise en compte des déficits ou pertes des exploitations domestiques d'une entreprise soumise à un impôt territorial sur les sociétés est un élément de la norme fiscale mise en œuvre par cet impôt. La déduction des pertes n'est pas plus un avantage que l'imposition des profits n'est un désavantage. Il s'agit de l'application logique des composantes de la démarche aboutissant à la détermination d'un profit net taxable.

Il se trouve, il est vrai, que dans le cas d'un impôt territorial, la société soumise à l'impôt sur les sociétés ne peut bénéficier du droit à l'imputation des pertes de son établissement extérieur. Selon le juge européen, une telle différence de traitement ne serait pas justifiée par une différence de situation, celle d'une société résidente détenant un établissement non résident n'étant pas différente de celle d'une société résidente détenant un établissement stable résident au regard des objectifs qui seraient ceux d'un impôt territorial des bénéfices des sociétés. Celui-ci, selon la Cour, viserait à prévenir la double imposition des bénéficiaires et la double déduction des pertes. Le traitement fiscal de pertes finales extérieures, non imputables, étant moins favorable que celui de pertes finales domestiques, déductibles, la société peut être découragée de s'implanter à l'extérieur de son territoire.

Les objectifs de l'impôt considéré tels qu'identifiés par le juge européen sont discutables, en ce qu'ils désignent plus exactement les effets d'un tel impôt territorial, qui ne peuvent être d'ailleurs complètement produits qu'à travers les ajustements de compétences assurés par les conventions fiscales, compte tenu, en particulier, des discordances de règles nationales de source. L'objectif d'un impôt territorial sur les sociétés est plus simplement de taxer le résultat net de l'exploitation poursuivie à l'intérieur des frontières.

Le malentendu observé dans la jurisprudence évoquée est prolongé par la référence faite par le juge, à titre de fondement complémentaire de sa position, à la **capacité contributive**. Selon la Cour, les dispositions nationales en cause « *tendent, plus généralement, à assurer l'adéquation de l'imposition d'une société qui détient un tel établissement avec sa capacité contributive. Or, la capacité contributive d'une société qui détient un établissement stable nonrésident ayant subi des pertes définitives est affectée de la même manière que celle d'une société dont l'établissement stable résident a subi des pertes* » (arrêt précité, pt 39).

Cet argument surprend en ce qu'il fait application d'un concept en principe attaché aux impositions de nature personnelle là où un impôt territorial sur les bénéficiaires des sociétés

répond plutôt aux caractéristiques de l'impôt réel. Dans le cas de l'impôt français sur les sociétés, ainsi, la seule capacité contributive que cet impôt a vocation d'atteindre est celle qu'exprime le résultat de l'exercice habituel, par une société ayant son siège en France, de son activité industrielle ou commerciale sur le territoire français, augmenté des revenus passifs, le cas échéant extérieurs, qui lui sont rattachables.

Une exigence d'égalité d'incidence, sur la capacité contributive d'une société, des règles en matière d'imposition de ses bénéfices est malaisément recevable, surtout, si elle doit exercer des effets sur le traitement fiscal des pertes sans considération du traitement fiscal des profits. Si, pour préserver la liberté d'établissement au sein de l'Union, il y a lieu de veiller à ce que la capacité économique, et à terme contributive, d'une société ne soit pas défavorablement affectée par l'absence de prise en compte de pertes définitives d'un établissement non résident, se pose logiquement la question de savoir comment éviter l'atteinte différenciée portée à ladite capacité par l'imposition au taux propre à la juridiction d'accueil des gains définitifs de l'établissement non résident.

L'argument de la capacité contributive vient en fait souligner les limites d'une « harmonisation fiscale négative » qui, au moyen d'une jurisprudence entendant proscrire, au-delà des discriminations directes ou indirectes, les entraves aux libertés de circulation, conduit à une neutralisation seulement partielle des écarts de traitement fiscal au sein du marché unique. Les « désincitations » à l'implantation extérieure sont sanctionnées y compris lorsqu'elles sont causées par l'application d'une règle « normale » de la loi fiscale de l'État de résidence d'une société, alors que les incitations à la même implantation, liées à la perspective d'imposition des profits par la juridiction d'accueil à un taux avantageux, ne sont pas considérées. Pour être fondée sur un objectif de respect de la souveraineté fiscale de chaque État membre lorsqu'il s'agit de fixer un taux d'imposition, l'approche du seul traitement fiscal des pertes fausse les résultats de l'analyse comparée de la capacité contributive après impôt des sociétés disposant d'exploitations dans plus d'un des États de l'Union.

C. L'approche commune de protection des bases taxables

30. Au cours des années récentes ont été engagées des démarches en vue de la fixation, par les États, de règles tendant à la protection des bases taxables qui leur seraient communes.

Cette esquisse d'une politique fiscale « internationale » en ce sens qu'elle engage une pluralité d'États, a trouvé la forte expression du plan BEPS de l'OCDE. Celui-ci a, d'une part, tracé le cadre de législations nationales harmonisées visant à prévenir les transferts de bénéfices liés aux pratiques d'optimisation fiscale suscitées par les écarts de traitements fiscaux entre juridictions fiscales, d'autre part, conduit à l'adoption d'un Instrument multilatéral permettant d'assurer la traduction dans les conventions fiscales de l'effort commun de plus juste répartition des bases taxables.

Au niveau de l'Union européenne, la Commission a engagé une démarche d'harmonisation plus poussée des

règles d'imposition des bénéficiaires des sociétés, avec le projet d'assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS), dont la version définie par la proposition de directive du Conseil COM (2016) 685 final du 25 octobre 2016 a été approuvée par le Parlement européen le 15 mars 2018.

Le projet ACCIS fixe le cadre d'un régime « normatif » d'imposition, du moins pour les groupes européens pour lesquels il serait obligatoire, assurant une protection des bases taxables des États membres au moyen de la définition de règles communes d'assiette imposable, de l'élargissement et celle-ci à l'échelle de l'Union, et de la consolidation dans ce cadre des résultats des groupes, le dispositif conduisant à la suppression des risques de déperdition d'un État membre à l'autre liés à la fixation des prix de transfert ou à certaines autres pratiques d'optimisation fiscale.

La répartition entre les États du produit net européen s'effectuerait par application d'une formule faisant appel à des références objectives (main d'œuvre, immobilisations, chiffre d'affaires). Toute incitation fiscale à l'implantation préférentielle d'activités dans un État membre plutôt qu'un autre ne serait cependant pas supprimée, chaque État conservant la liberté de fixer le taux d'imposition applicable à la base lui revenant.

L'harmonisation des taux d'imposition se heurte de fait, non seulement à l'objection de principe de la souveraineté des États, mais aussi à l'obstacle pratique du différentiel de dépenses à financer d'un État à l'autre, compte tenu du degré variable de prise en charge collective des besoins sociaux. L'importance du facteur représenté par les taux d'imposition dans les choix de localisation des opérateurs économiques justifie cependant que soit envisagée, dans le cadre d'une politique fiscale internationale supra territoriale, sinon leur complet alignement, du moins l'accord sur un taux minimum.

Le concept d'impôt minimum est à l'ordre du jour des travaux récents de l'OCDE consacrés à l'imposition des profits de l'économie numérique et plus généralement à la réflexion sur de nouvelles modalités d'imposition des groupes internationaux permettant de limiter l'érosion des bases taxables⁵¹. Il est mis en œuvre, sous une forme compatible avec la préservation de la compétence nationale de fixation des taux, dans le dispositif d'inclusion du revenu d'entités étrangères contrôlées, dès lors que celui-ci a été soumis à un faible taux effectif d'imposition dans la juridiction d'implantation de ces entités, prévu par la directive ATAD précitée, conformément aux conclusions du rapport sur l'action 3 (règles concernant les SEC) du plan BEPS.

31. L'inadaptation des méthodes et concepts classiques de la fiscalité internationale aux mutations de l'économie mondiale a suscité la réflexion sur des modalités nouvelles de partage entre les États de la base taxable des groupes internationaux.

51 V. OCDE, document de consultation publique *Relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie*, 13 févr.-6 mars 2019, spéc. pt 3-3 (FI 2-2019, n° 1.1). – V. également OCDE, Programme de travail visant à élaborer une solution fondée sur un consensus pour relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie, 31 mai 2019 (V. dans le présent numéro FI 3-2019, n° 1.2).

La recherche d'un consensus approprié au contexte actuel des formations de valeur concerne notamment les grandes entreprises de l'économie numérique. L'extension de la notion d'établissement stable à l'établissement virtuel, caractérisé par une présence numérique significative sur le territoire d'une juridiction fiscale, pourrait ainsi fournir à celle-ci le moyen d'étendre sa compétence au regard des profits de ces opérateurs spécialisés. Mais la numérisation de l'économie exerce de plus larges effets et contribue, avec d'autres facteurs, à une remise en cause plus générale du cadre classique de la répartition entre les États du pouvoir d'imposition. Est notamment en question une définition nouvelle de cette répartition, qui conduirait à reconnaître des droits d'imposition sur les bénéfices des entreprises aux pays de marché, y compris en l'absence d'implantation physique significative.

32. C'est ainsi l'accord dégagé par la communauté internationale, et non la délibération d'un seul État, qui se trouve appelé à gouverner un élément central de la politique fiscale internationale.

Il n'est pas de grande nouveauté, à vrai dire, dans le fait que la conduite de celle-ci doive s'opérer à la fois dans le registre des législations nationales et, en amont, dans la contribution à l'élaboration du consensus permettant une coexistence fiscale harmonieuse des États. Les conventions fiscales sont très largement le fruit de modèles nés de cette dernière démarche.

Il se trouve, cependant, que **les moyens d'une politique fiscale nationale sont aujourd'hui strictement bornés, alors que les enjeux liés à la fixation de l'ordre fiscal international par la délibération collective sont considérables.**

La combinaison de l'adoption de standards internationaux et d'éléments de politique fiscale intérieure peut s'avérer satisfaisante, comme apparaît l'établir le nouveau régime fiscal français des brevets.

Pour d'autres cas, l'efficacité des dispositifs fiscaux en termes de soutien à l'économie nationale et de protection des bases taxables exigerait une affirmation plus résolue de l'échelon intermédiaire d'élaboration des politiques fiscales que représente l'Union européenne. Celle-ci participe aux travaux de l'OCDE et en poursuit volontiers la traduction dans sa législation. Certaines juridictions fiscales majeures, cependant, en particulier les États-Unis, ne craignent pas de développer une politique fiscale autonome, tout en s'efforçant d'infléchir les contours du système fiscal international dans le sens de leurs intérêts propres.

La question de la taxation des « GAFA » est une occasion d'engagement plus déterminé d'une politique fiscale internationale de l'Union. La Commission a déposé à cet égard une proposition de directive⁵² tendant à l'imposition des bénéficiaires des sociétés ayant une présence numérique significative, assortie d'une autre proposition définissant, à titre de mesure provisoire, un système commun de taxe sur les services numériques applicables aux produits tirés de la fourniture de certains de ces services⁵³. La France, comme on sait, s'est

52 21 mars 2018 COM (2018) 147 final (FI 2-2019, n° 02.4, § 4).

53 21 mars 2018 COM (2018) 148 final (FI 2-2019, n° 02.4, § 5).

d'ores et déjà engagée dans cette dernière voie⁵⁴.

Les propositions de la Commission, cependant, n'ont pas recueilli l'adhésion de tous les États membres de l'Union. L'opposition de certains d'entre eux est liée aux perspectives de mesures de rétorsion pouvant être décidées, en des domaines autres que fiscaux, par les États-Unis. Ceux-ci ne se montrent pas favorables à une imposition spécifique des entreprises américaines que sont les géants du numérique et admettraient, plus volontiers, une transformation du système fiscal international qui autoriserait leur taxation, mais dans le cadre d'une approche nouvelle plus générale, où prévaudrait, en vue de l'imposition des groupes multinationaux dont l'activité prend largement appui sur des actifs incorporels, la considération de la source des revenus. La préférence reconnue aux « pays de marché », dans l'attribution de nouveaux droits d'imposition, ne serait pas nécessairement favorable à la juridiction fiscale de la France, non plus qu'avantageuse pour

celles de ses grandes entreprises dans lesquelles la marque commerciale tient une place importante dans la création de valeur. Dans la confrontation entre une telle perspective, et d'autres approches d'un nouvel ordre fiscal international, une position commune de l'Union européenne ne saurait être sans effet.

Elle serait bien entendu favorisée par l'avancée que représenterait l'adoption, en son sein, des mesures traduisant une orientation préférentielle de politique fiscale internationale, telle que celle exprimée par les propositions de directive précitées. La question de la politique fiscale internationale de l'Union rejoint inévitablement, alors, celle des conditions d'adoption des décisions en matière fiscale par les institutions de l'UE, que la Commission s'est récemment résolue à aborder⁵⁵.

B. CASTAGNÈDE ■

⁵⁴ Cf. la loi précitée note 35 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés (V. A. Retureau, A. Bailleul-Mirabaud et C. Leclère, Le projet de taxe française sur les services numériques (« taxe GAFA ») : FI 2-2019, n° 1.3).

⁵⁵ Cf. la communication sur le processus décisionnel du 15 janv. 2019 (COM (2019) 8 final).