

Le traitement fiscal des fusions transfrontalières au sein de l'Union européenne

Mémoire réalisé par
Axel Renard

Promoteur
Henri Culot

Année académique 2015-2016
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

REMERCIEMENTS

Pour commencer, je veux adresser mes remerciements à mon promoteur, Monsieur Henri CULOT, pour sa disponibilité et ses précieux conseils tout au long de la rédaction de ce mémoire.

Je tiens ensuite à remercier mes parents, pour leur soutien indéfectible durant mes années d'études universitaires, pour leur relecture attentive et parce que rien n'aurait été possible sans eux.

ABSTRACT

On s'interroge ici sur la question de savoir si l'Union européenne adopte les mesures fiscales nécessaires à son développement économique en se concentrant sur un moyen particulier mis à sa disposition pour atteindre cet objectif : les fusions transfrontalières. Celles-ci permettent la constitution d'entités plus importantes et donc la mise en place de structures permettant aux entreprises de se défendre plus facilement sur des marchés globalisés. Le Conseil de l'Union européenne a adopté la Directive 90/433/CE dans le but d'harmoniser les dispositions fiscales des Etats membres en la matière et de faire disparaître les entraves existantes à ces opérations de réorganisation. Malgré cet effort, de nombreux obstacles demeurent privant les sociétés européennes d'un instrument de premier plan dans leur course à la mondialisation. Il s'agit donc de comprendre pourquoi ces entraves subsistent et les solutions qui peuvent y être apportées.

Introduction

Selon la définition donnée par le précis de droit des sociétés¹, la fusion est « l'opération par laquelle deux sociétés n'en forment plus qu'une ». Celle-ci apparaît dès lors comme étant un « véhicule juridique » intéressant lorsqu'il s'agit, pour les entreprises, de constituer des entités économiques plus vastes, plus à même de relever les défis posés par une économie globalisée.

On comprend donc l'enjeu que ces opérations peuvent représenter dans un cadre européen, entre deux entreprises établies au sein d'Etats membres différents. Il en va en effet de la croissance du vieux continent, de renforcer la mobilité des entreprises au sein de l'espace commun afin d'exploiter au mieux les ressources de son marché unique. En ce sens, la première partie du présent travail (PARTIE I) consistera à envisager de manière plus générale, la position occupée par le droit européen quant à la mobilité des entreprises ainsi que l'opportunité que représente la possibilité dont elles disposent de se réorganiser par voie de fusion transfrontalière au regard du principe de libre établissement communautaire.

D'un point de vue historique, les Etats européens ont toujours été inquiets quant à la sauvegarde des attributs de leur souveraineté. Aujourd'hui encore, ils n'hésitent pas à adopter au sein de leur système juridique, des « impositions de sortie » qui peuvent constituer des obstacles insurmontables à la réalisation de ces opérations de réorganisation transfrontalière aux seules fins d'éviter tout amoindrissement de leurs recettes fiscales. L'Union européenne a néanmoins entendu réagir à ces entraves fiscales en adoptant la Directive 90/434/CEE. Cependant, comme nous l'envisagerons dans la seconde partie de cette étude (PARTIE II), celle-ci ne constitue pas une réponse adéquate aux atteintes portées à la mobilité des sociétés par les législations des Etats membres. En l'absence d'un régime de neutralité fiscale efficace consacré par le droit dérivé européen, les sociétés européennes conservent la possibilité d'invoquer devant la Cour de Justice, les articles du Traité consacrant leur liberté d'établissement afin que soit respectée la liberté dont elles disposent de se mouvoir au sein de l'espace. A ce titre, il s'agira d'envisager l'importante jurisprudence de la Cour de Justice consacrée aux « exit taxes » appliquées par les Etats membres lors du transfert du siège social de leur société hors de leur territoire national et de transposer ses solutions à la problématique particulière des fusions transfrontalières.

¹ J., MALHERBE, Y., DE CORDT, P., LAMBRECHT, P., MALHERBE, Précis de droit des sociétés, 4^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 364.

Dans la mesure où la solution proposée par la Cour de Justice n'apparaît pas comme étant pleinement satisfaisante au regard de la mobilité des entreprises, la dernière partie de cet exposé (PARTIE III) consistera à envisager les pistes de solution dont dispose le droit européen pour dépasser cet équilibre et renforcer l'attractivité du mécanisme de fusion transfrontalière. Partant du constat que la réponse semblant la plus adaptée relève de l'intégration positive et tenant compte des difficultés d'harmoniser la fiscalité directe au niveau européen, cette troisième partie nous permettra également de considérer les perspectives d'évolution en la matière.

Partie I : La liberté d'établissement des personnes morales.

Introduction.

La liberté d'établissement a été introduite dans le traité de Rome dont l'objectif initial était de permettre la réalisation du marché intérieur par la mise en place de conditions favorables au développement des activités économiques communautaires².

Par ailleurs, la Cour de Justice précise que la liberté d'établissement a pour finalité de « *favoriser l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de l'Union européenne dans le domaine des activités non salariées* »³.

Consacrée au bénéfice des personnes morales par les articles 49 et 54 du TFUE, la liberté d'établissement se distingue de la libre prestation de services en ce qu'elle leur permet de « *participer de façon stable et continue à la vie économique d'un ou plusieurs Etats membres autres que son Etat d'origine* »⁴.

En outre, on distingue deux modes d'établissement mis à disposition des entreprises européennes⁵ :

D'une part, le mode d'établissement principal qui consiste pour une société soit à débiter une activité économique à l'intérieur de l'Union européenne, soit à transférer son centre de gravité économique dans un autre Etat membre. Sont ici particulièrement visées les opérations de transfert international de siège social ainsi que les fusions transfrontalières⁶.

D'autre part, le mode d'établissement secondaire par lequel une société, tout en demeurant dans son Etat membre d'origine, crée des agences, des filiales ou encore des succursales dans un autre Etat membre.

² G., MUSTAKI et V., ENGAMMARE, *Droit européen des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 20 ; Article 2 du traité CEE.

³ C.J.C.E., arrêt *Jean Reyners* du 21 juin 1974, aff. C-2/74, Rec, 1974, p.631.

⁴ En ce sens, C.J.C.E., arrêt *Commission c. Portugal* du 29 avril 2004, aff. C-171/02, Rec. 2004, p. I-6545.

⁵ M., MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 2ème éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 125 ; G., MUSTAKI et V., ENGAMMARE *op. cit.*, pp. 24 à 25 ; E., WYMEERSCH « Is a Directive on Corporate Mobility Needed ? », *European Business Organization Law Review*, 2007, p. 163.

⁶ C., VERDURE, « La réglementation des fusions transfrontalières : une nouvelle étape dans la modernisation du droit européen des sociétés », *Rev. dr. int. et comp.*, 1/2008, p. 99 ; M., MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, p. 125.

L'élargissement progressif de l'Union européenne ainsi que le phénomène de globalisation des échanges ont profondément modifié l'exercice de cette liberté d'établissement par les sociétés⁷. En outre, ces évolutions ont notamment renforcé leur volonté de se mouvoir au sein de l'espace européen⁸. Une entreprise peut vouloir se déplacer en dehors de son Etat membre d'origine pour des motifs économiques, juridiques ou encore fiscaux⁹.

Mais ce désir de mobilité doit être mis en contraste avec certaines réticences dans le chef des Etats. En effet, à défaut d'une harmonisation plus poussée de leurs droits, ceux-ci ont tendance à adopter au sein de leurs législations nationales, des dispositions visant à limiter, soit l'émigration de leurs sociétés nationales, soit l'immigration de sociétés originaires d'autres Etats membres. Ce constat se vérifie particulièrement dans la matière qui se trouve être au centre de ce sujet d'étude : la fiscalité.

Nous pouvons aussi évoquer la tendance répandue au sein des Etats membres, d'imposer des obstacles fiscaux aux opérations de transfert de siège social ou de fusion transfrontalière impliquant des sociétés établies sur leur territoire. En effet, dans ces Etats, les entreprises sont soumises à l'impôt des sociétés en raison de la localisation de leur résidence fiscale sur le territoire national. Afin d'éviter tout risque d'amoindrissement fiscal, les législateurs nationaux sont tentés de décourager l'émigration des sociétés en considérant tout déplacement vers un autre Etat membre comme étant le fait générateur d'un impôt sur le revenu appelé « *exit tax* »¹⁰. Toutefois, nous verrons qu'en l'absence d'un cadre fiscal harmonisé efficient, ce type de restriction étant de nature à décourager le déplacement des entreprises au sein de l'Union européenne, c'est à la Cour de Justice qu'il revient de protéger la liberté d'établissement des dispositions nationales susceptibles d'entraver sa mise en œuvre et de porter atteinte à la réalisation du marché intérieur.

Lorsqu'elle est amenée à prendre position sur la compatibilité de ces impositions à la sortie au regard du droit européen, la Cour de Justice doit préalablement à toute autre interrogation, déterminer si la situation considérée répond bien au champ d'application de la liberté d'établissement. C'est précisément sur la question de l'accès à cette liberté d'établissement que portera la première partie du présent travail. En d'autres termes, il

⁷ M., MENJUCQ, "Mondialisation et rattachement juridique des sociétés" in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, pp. 831 à 843.

⁸ G., SANTORO, « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt *Cartesio* », De Boeck, *R.I.D.E.*, 2010/3, p. 351.

⁹ J., BISACRE, "The Migration of companies within the European Union and the proposed Fourteenth Company Law Directive", *International and Comparative Corporate Law Journal*, 2001, p. 252.

¹⁰ E.-J., NAVEZ, "Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE – De Daily Mail à National Grid Indus: évolution, révolution et au-delà ?", *C.D.E.*, 2011, p. 612.

s'agira de déterminer dans quelle mesure une société peut invoquer le bénéfice du Traité face à une législation nationale qui porte atteinte à la liberté dont elle dispose de se mouvoir au sein de l'espace commun. Si le droit européen semblait au départ frileux à s'avancer en la matière, nous verrons que la Cour de Justice a accouché d'une conception relativement étendue de la mobilité des sociétés.

Cette première partie se divisera en trois sections :

La première consistera à tenter de cerner la portée que le législateur européen a entendu conférer à la liberté d'établissement et à finalement constater son échec en la matière.

La seconde, en l'absence d'un cadre législatif harmonisé, analysera la jurisprudence de la Cour de Justice relative au droit d'établissement des sociétés opérant un transfert transfrontalier de siège social. Plusieurs raisons expliquent ce choix. En effet, le transfert de siège social est l'opération de réorganisation la plus commune utilisée par les entreprises désireuses d'étendre leurs activités en dehors de leur cadre national. C'est à son égard que s'est développée la jurisprudence libérale de la Cour de Justice qui a permis d'aboutir à la consécration des fusions transfrontalières en tant que modalités d'exercice de la liberté d'établissement. En outre, cette analyse jurisprudentielle nous permettra de mettre en exergue l'opportunité que peut représenter l'opération de fusion transfrontalière par rapport au transfert de siège social en tant que modalité d'exercice de la liberté d'établissement. Par ailleurs, c'est également grâce à ce développement jurisprudentiel que la Cour de Justice a pu envisager la compatibilité au regard du traité, des obstacles fiscaux entravant le déplacement des sociétés que nous envisagerons par ailleurs dans le cadre de la deuxième partie de ce travail.

Enfin, dans la troisième section, nous nous attacherons à déterminer l'étendue de la liberté d'établissement dont jouissent les sociétés impliquées dans des opérations de fusions transfrontalières.

Section 1. L'impuissance du droit communautaire à définir un système commun de rattachement des sociétés à une *lex societatis* et ses conséquences sur la liberté d'établissement.

A. Du « principe d'assimilation »¹¹.

L'article 54 TFUE prévoit, par assimilation aux personnes physiques, le bénéfice de la liberté d'établissement pour les personnes morales :

« Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des Etats membres. »

Pour les sociétés, l'accès à la liberté d'établissement est soumis à une double condition¹² : une exigence de légalité d'abord, la société devant être valablement constituée selon le droit d'un Etat membre et une exigence d'appartenance ensuite, dans la mesure où son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement doivent être localisée à l'intérieur de l'Union européenne.

On peut donc en déduire qu'une entrave à la liberté d'établissement ne pourra être analysée par la Cour de Justice que dans l'hypothèse où la société relève effectivement du droit d'un Etat membre¹³. Or, la rédaction de cet article démontre précisément l'impuissance du droit communautaire à déterminer un critère commun de rattachement des sociétés à une *lex societatis*¹⁴.

Cette situation problématique est le résultat de l'échec d'un processus d'intégration poursuivi au sein de l'Union européenne¹⁵. Les rédacteurs du traité s'étaient pourtant rendu compte de l'importance de cette question en adoptant certaines dispositions destinées à la solutionner¹⁶. L'article 50-2-g du TFUE (ancien article 44-2-g du traité CEE)

¹¹ M., MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., p. 125.

¹² E.-J., NAVEZ, « Le transfert de siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE. Examen en droit commercial et fiscal belge, à la lumière de l'influence européenne », *Droit des groupes de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 93.

¹³ A., AUTENNE, "Droit européen et mobilité des sociétés : pour qui sonne le glas ?", *J.T.*, 2011, p. 196.

¹⁴ G., SANTORO, op. cit., p. 354.

¹⁵ M., FYON, *Droit des structures de l'entreprise*, Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2015-2016 ; A. BAERT, « Crossing Borders : Exploring the Need for a Fourteenth EU Company Law Directive on the Transfer of the Registered Office », *European Business Law Review*, 2015, p. 598.

¹⁶ G., PETRAKOS, *Transfert international de siège social et liberté d'établissement* (multig.), mémoire de DEA en Droit des affaires, Université de Strasbourg, 2004, p. 14-15 ; COTIGA, A., *Droit Européen des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2013, p.168 ; O., MÖRSDORF, « The legal mobility of companies within the european union through cross-border conversion », *CML Rev.*, 2012, pp. 656 à 670. ; E.-J., NAVEZ, « La transformation transfrontalière des sociétés est désormais pleinement consacrée par le droit de l'U.E. : qu'attend encore le

donne par exemple pour mission au Conseil et à la Commission européenne de coordonner, dans la mesure du possible, les garanties exigées des sociétés dans les Etats afin d'assurer la protection des intérêts des associés et des tiers. On peut également citer l'ancien article 293 du Traité de Rome, disparu depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et qui incitait les Etats membres à négocier entre eux afin d'assurer la reconnaissance mutuelle des personnes morales.

Pourtant, face à la disparité des différents systèmes de rattachement existant au sein des Etats membres, le législateur européen n'a donc pas réussi à imposer un critère uniforme. Cet échec de l'intégration européenne a d'ailleurs poussé la Cour de Justice à considérer que « *la question de savoir si l'article 43 CE (actuel 49 TFUE) s'applique à une société invoquant la liberté fondamentale consacrée par cet article (...) constitue une question préalable qui (...) ne peut trouver une réponse que dans le droit national applicable.* »¹⁷.

Il semblerait donc que les rédacteurs du traité aient confié l'avenir du principe d'établissement à la médiation du droit des Etats membres. En conséquence, la reconnaissance du bénéfice de la liberté d'établissement à une société doit être envisagée selon les deux principaux systèmes de rattachement adoptés par les droits nationaux : la théorie du siège réel et celle de l'incorporation¹⁸.

B. Les deux critères de rattachement¹⁹.

Nous allons donc définir de manière succincte les deux théories utilisées par les Etats membres pour déterminer quelles sont les sociétés rattachées à leur propre ordre juridique.

i. Le critère du siège réel.

Les Etats membres qui appliquent le critère du siège réel manifestent le souhait de maintenir une cohésion entre le siège statutaire et le siège réel de l'entreprise²⁰. La *lex societatis* applicable est ainsi déterminée selon un critère matériel correspondant à une

législateur pour mettre en œuvre cette prérogative ?! », note sous CJUE, 12 juillet 2012, VALE, aff. C-378-10, *Revue pratique des sociétés*, 2013, p. 243.

¹⁷ C.J.C.E., arrêt *Daily Mail* du 27 septembre 1988, aff. C-81/87, Rec. , p. 5483.

¹⁸ A., AUTENNE, *op. cit.*, p. 196.

¹⁹ Notons qu'il existe en réalité un troisième critère qui ne sera pas envisagé dans le cadre de cette présentation eu égard à son caractère exceptionnel, celui du contrôle Voy. J., MALHERBE, Y., DE CORDT, P., LAMBRECHT, P., MALHERBE, *op. cit.*, p. 1195.

²⁰ A., COTIGA, *op. cit.*, p. 153.

situation factuelle : il s'agit du lieu de son principal établissement²¹, c'est-à-dire là « où sont prises les décisions de l'entreprise »²².

Le modèle réaliste traduit la volonté étatique de se protéger des fraudes à la loi et a pour finalité « d'assurer un lien réel entre la société et l'économie de l'Etat où se situe son siège social »²³. Elle permet également à cet Etat de maintenir une large emprise sur la liberté de mouvement des sociétés constituées sur son territoire.

A titre d'illustration, l'Allemagne applique une vision particulièrement rigoriste de la théorie du siège réel, la « *Sitztheorie* », en vertu de laquelle toute dissociation entre siège statutaire et siège réel entraîne la disparition de la société au regard de l'ordre juridique allemand²⁴.

Une société incorporée dans un Etat membre et désireuse de transférer son principal établissement en Allemagne devra donc obligatoirement organiser sa dissolution au sein de son Etat d'origine et sa reconstitution selon le droit allemand si elle veut y être reconnue. L'absence d'une telle reconnaissance pouvant entraîner de graves conséquences pour ladite société comme par exemple l'impossibilité de pouvoir ester en justice, d'acquérir des droits ou de s'engager vis-à-vis d'autrui²⁵.

La théorie du siège réel constitue donc un frein à la mobilité des entreprises et apparaît comme étant inadaptée au contexte communautaire et à l'objectif de réalisation du marché intérieur²⁶.

Parmi les autres Etats membres qui ont adopté la théorie du siège réel, on peut notamment citer la Belgique²⁷, la France, l'Autriche, le Portugal, la Grèce et le Luxembourg²⁸.

²¹ A., AUTENNE, *op. cit.*, p. 194.

²² F., RIGAUX et M., FALLON, *Droit international privé*, 3ème éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 980.

²³ A., COTIGA, *op. cit.*, p. 156.

²⁴ G., PANOPOULOS, "Pour une nouvelle compréhension du droit international des sociétés à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice : du conflit de lois au conflit d'autorité", *C.D.E.*, 2006, p. 718.

²⁵ A., COTIGA, *op. cit.*, p. 157.

²⁶ G., SANTORO, *op. cit.*, p. 357.

²⁷ K., MARESCEAU, "Belgium, get ready to compete for corporate charters : une plaidoirie pour l'introduction de la théorie du siège statutaire", Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 203 à 237.

²⁸ M., MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, Paris, Bibliothèque de droit privé, 1997, p. 15.

ii. Le critère de l'incorporation.

Les Etats membres qui adoptent cette théorie ne s'inquiètent pas de la volonté d'une société de transférer son principal établissement dans un autre Etat. Seul le lieu mentionné dans l'acte constitutif de la société est pris en compte pour déterminer la *lex societatis* qui lui est applicable. Dès lors qu'elle est constituée dans un Etat appliquant la théorie de l'incorporation, une société peut décider de transférer son activité réelle dans un autre Etat membre tout en restant sujet de droit dans son Etat d'origine.²⁹

Cette théorie constitue une véritable opportunité pour les sociétés désireuses de se mouvoir au sein de l'espace européen. Cependant, là où la théorie réaliste se fixe pour objectif, d'éviter les situations de fraude, la théorie de l'incorporation présente de réels risques dans la mesure où elle octroie une « *liberté de choix excessive de la lex societatis* »³⁰ aux sociétés constituées sur leur territoire. Effectivement, une fois incorporée au sein d'un Etat membre proposant des règles avantageuses, la société peut potentiellement déplacer son activité là où elle le souhaite. Cette réalité a poussé certains Etats formalistes à placer des limites aux applications excessives de cette théorie et éviter ainsi tout risque de « *Delaware effect* »³¹.

Parmi les Etats membres qui retiennent l'approche formelle, nous pouvons retenir le Danemark, la Suède, l'Angleterre, les Pays-Bas, la Finlande et l'Irlande³².

Malgré les risques qu'elle comporte, la théorie de l'incorporation apparaît comme étant mieux adaptée à un contexte communautaire que la théorie réaliste. Pourtant, comme nous l'avons vu, ce constat n'a pas poussé le législateur européen à prendre clairement position en sa faveur. Comme nous allons l'envisager dans la section suivante, si la Cour de Justice ne l'a pas consacrée en tant que telle, elle lui a néanmoins été favorable au cours de l'évolution de la jurisprudence consacrée à la mobilité des sociétés.

²⁹ A., AUTENNE et E.-J., NAVEZ, "Cartesio, les contours incertains de la mobilité des sociétés revisités", *C.D.E.*, 2009, p. 106 ; T., TILQUIN, "L'incorporation comme facteur de rattachement de la *lex societatis*", *Rev. prat. soc.*, 1998, p. 15.

³⁰ A., COTIGA, *op. cit.*, p. 162.

³¹ J.-P., DEGUEE, « Forum Shopping », usage ou abus de la liberté d'établissement », obs. sous C.J.C.E., 9 mars 1999, *Centros Ltd*, C-212/97, *Rev. prat. soc.*, pp. 51 à 53 ; Voy. également A.-L., SIBONY, Libre prestation de services et droit d'établissement : les stratégies des entreprises », *L'unité des libertés de circulation : In varietate concordia ?*, sous la dir. de E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 251 à 257 ; A. COTIGA, *op. cit.*, p. 163 sur la problématique des "pseudo-foreign companies" et la réaction des Etats membres à leur égard.

³² M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, *op.cit.*, p. 15.

Section 2 : La jurisprudence de la Cour de Justice relative à la mobilité transfrontalière des sociétés.

Comme le précise un auteur: « *L'Europe des grands principes posés comme fondements par Jean Monet et Robert Schuman n'a pas pu se faire dans les textes mais se crée tout de même par la jurisprudence* »³³.

Face à l'échec des tentatives d'harmonisation, c'est à la Cour de Justice qu'il est revenu de consacrer la mobilité des entreprises au sein de l'espace européen. Comme nous l'avons vu dans le cadre de l'introduction, les Etats-membres ont tendance à poser des obstacles - tant à l'accueil qu'à la sortie - au déplacement des sociétés. C'est donc en réaction à ces entraves que s'est construit l'édifice prétorien de la Cour de Justice au bénéfice de leur mobilité.

A. L'arrêt *Daily Mail*.

L'arrêt *Daily Mail* du 27 septembre 1988 est le premier arrêt à avoir traité de la compatibilité au regard de la liberté d'établissement, d'une restriction consacrée par la législation de l'Etat membre d'incorporation d'une société.

Dans cette affaire, *Daily Mail*, société de droit anglais, entendait transférer son principal établissement du Royaume-Uni vers les Pays-Bas dans le but d'y bénéficier d'une législation fiscale plus avantageuse. Cependant, la loi britannique sur l'impôt des sociétés subordonnait ce transfert de résidence fiscale à l'obtention préalable d'une autorisation du Trésor. Estimant que cette autorisation constituait une atteinte injustifiée aux articles du Traité consacrant sa liberté d'établissement, la société *Daily Mail* s'est plainte devant les juridictions nationales compétentes qui ont décidé de questionner la juridiction strasbourgeoise. La Cour de Justice a néanmoins considéré qu'il n'était pas porté atteinte à la liberté d'établissement de la société *Daily Mail*.

Pour aboutir à cette solution, la Cour de Justice a d'abord fait application de la théorie de la fiction de la personnalité morale³⁴ en vertu de laquelle elle soutient que les sociétés « *n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement* »³⁵. Les Etats disposent ainsi d'un véritable « *droit de*

³³ C., DUCOULOUX – FAVARD, « Droit d'établissement et libre choix de l'ordonnancement juridique dans l'Union européenne », note sous C.J .C.E., 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, Petites affiches, 24 février 2003, n°39, p.7.

³⁴ G., PANOPOULOS, *op. cit.*, p. 718 ; M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen, op.cit.*, pp. 62 à 68.

³⁵ Arrêt *Daily Mail* précité, §19.

vie ou de mort » sur les sociétés constituées sur leur territoire national et qui désirent le quitter car ils peuvent leur imposer la sanction de dissolution/liquidation³⁶.

Elle pose aussi un principe de neutralité quant aux solutions retenues par les Etats en se fondant spécifiquement sur l'absence d'un critère commun au niveau européen, critère que nous déjà mis en exergue dans la section précédente³⁷. Comme l'article 54 TFUE, la Cour ne prend donc pas position en faveur de la théorie réaliste ou de celle de l'incorporation. Elle laisse ce choix à la libre conscience des Etats membres.

L'utilisation combinée de ces deux principes a poussé la Cour de Justice à considérer que le traité ne conférait « *aucun droit, en l'état actuel du droit communautaire, à une société constituée en conformité de la législation d'un Etat membre et y ayant son siège statutaire, de transférer son siège de direction dans un autre Etat membre* »³⁸. Selon C. GAVALDA et G. PARLEANI³⁹, par cette incise, la Cour vient tout simplement « paralyser » la liberté d'établissement des sociétés à titre principal.

L'arrêt *Daily Mail* apparaît comme étant particulièrement restrictif⁴⁰ pour les sociétés car il conforte les Etats qui ont adopté la position réaliste et qui assument ses conséquences négatives du point de vue de la liberté d'établissement, du moins pour ce qui est des entraves posées à l'émigration des sociétés.

B. La trilogie d'arrêts à l'immigration : Centros⁴¹, Überseering⁴² et Inspire art⁴³.

Contrairement à l'arrêt *Daily Mail*, les dispositions mises en cause devant la Cour de Justice au travers de ces trois arrêts, constituaient des obstacles posés à l'accueil des sociétés par les Etats membres.

i. L'arrêt *Centros*.

En l'espèce, cette affaire impliquait la société Centros, société de droit anglais qui souhaitait constituer une succursale au Danemark. Centros s'était vu opposer le refus de

³⁶ A., AUTENNE, *op. cit.*, p. 194 ; H., VAN DEN BROEK, "EU Mergers and Exit Taxes", Springer, 2009, pp. 141 à 142 ; C., GAVALDA et G., PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union Européenne*, (4ème éd.), Paris, Litec, coll. Juris-Classeur, 2002, p. 152.

³⁷ Arrêt *Daily Mail* précité, §21.

³⁸ Arrêt *Daily Mail* précité, §25.

³⁹ C., GAVALDA et G., PARLEANI, *op. cit.*, p. 152.

⁴⁰ R., KOVAR, « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », note sous C.J.C.E., 16 décembre 2008 (CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt), aff. C-210/06, Dalloz, 2009, pp. 466 à 467.

⁴¹ C.J.C.E., arrêt *Centros* du 9 mars 1999, aff. C-212/97, Rec. I, p. 1459.

⁴² C.J.C.E. arrêt *Überseering* du 5 novembre 2002, aff. C-208/00, Rec. I, p. 9943.

⁴³ C.J.C.E., arrêt *Inspire Art* du 30 septembre 2003, aff. C-167/01, Rec. I, p. 10155.

l'autorité compétente danoise de l'immatriculer au motif qu'elle n'exerçait aucune activité commerciale au Royaume-Uni et cherchait en réalité à constituer au Danemark, non pas une succursale, mais bien un établissement principal en éludant les règles danoises de constitution de sociétés, celles-ci étant plus exigeantes que les dispositions analogues de droit anglais. A rebours de sa jurisprudence *Daily mail*, la Cour de Justice a considéré ce refus d'immatriculation comme constituant une violation des articles du traité relatifs à la liberté d'établissement.

Cet arrêt consacre la première remise en cause de la théorie du siège réel par la Cour de Justice⁴⁴. En effet, si la Cour avait maintenu sa position de neutralité quant aux choix étatiques d'un critère de rattachement et si toutes les conséquences avaient été tirées de l'application de la théorie matérialiste, l'autorité danoise aurait été en droit de refuser l'immatriculation de la succursale de la société Centros. Au contraire, en l'espèce, la Cour impose à l'Etat d'accueil de reconnaître l'existence juridique des sociétés valablement constituées dans d'autres Etats membres⁴⁵. La solution dégagée va donc dans le sens du libre établissement communautaire des sociétés et tranche par rapport à la position tenue par la Cour de Justice dans son arrêt *Daily Mail*.

Dès le prononcé de cette décision, plusieurs critiques ont été émises afin de limiter l'impact de ce premier assaut porté à l'encontre de la théorie du siège réel⁴⁶.

D'abord, certains auteurs ont relevé le fait que les deux Etats membres impliqués dans cette affaire consacraient la théorie de l'incorporation et qu'en outre, seul le droit d'établissement secondaire de Centros était menacé par la législation danoise⁴⁷. Dès lors, selon eux, la solution dégagée dans l'arrêt *Centros* n'était pas susceptible de s'étendre aux juridictions réalistes, ni à la question de l'établissement principal des sociétés. Partant de ce constat, ils considéraient que les Etats consacrant la théorie du siège réel pouvaient continuer à s'opposer à la reconnaissance de l'existence juridique de sociétés étrangères transférant leur siège social vers leur territoire national.

⁴⁴ G., PANOPOULOS, *op. cit.*, p. 700.

⁴⁵ Arrêt *Centros* précité, §30.

⁴⁶ A., AUTENNE et M., DE WOLF, « La mobilité transfrontalière des sociétés en droit européen : le cas particulier du transfert de siège social », *C.D.E.*, 2007, p. 665 ; G., PANOPOULOS, *op. cit.*, p. 702 ; Conclusions de l'Avocat Général D. RUIZ-HARABO COLOMER, aff. C-208/00, *Überseering*, 4 décembre 2001, Rec., I, p. 9922.

⁴⁷ W.-H., ROTH, "Case law – Case C-212/97, *Centros Ltd v Erhvervs-OG Selskabsstyrelsen*, Judgement of 9 March 1999. Full Court" (obs.), *Common Market Law Review*, 2000, pp. 147 à 149 ; T., DELVAUX, "La concurrence entre ordres juridiques est-elle efficace ? Quelques réflexions à propos de la liberté d'établissement", *Revue pratique des Sociétés*, 2004, p. 207.

Ensuite, il a également été affirmé que, le cas échéant, seule une reconnaissance « au sens strict »⁴⁸ était rendue obligatoire par la décision de la Cour de Justice. Ainsi la Cour n'imposait à l'Etat d'accueil que de reconnaître l'existence juridique d'une société constituée sur le territoire d'un autre Etat membre mais ne se prononçait pas sur la question de sa reconnaissance « au sens large » c'est-à-dire sur le corpus légal qu'il fallait lui appliquer postérieurement à sa reconnaissance dans l'Etat d'accueil. C'est précisément la question du libre choix initial par les fondateurs de la *lex societatis* applicable à leur société⁴⁹. Il s'agit d'un point particulièrement sensible pour les Etats membres. En effet, s'il pouvait être déduit de la jurisprudence de la Cour que non seulement les règles de l'Etat d'incorporation relatives à l'existence juridique de la société mais également celles qui gouvernent son fonctionnement et son existence au sens large doivent être reconnues au sein de l'Etat d'accueil, alors, cela ouvrirait des possibilités intéressantes de mobilités pour les entreprises, voire d'abus de mobilité⁵⁰.

Ces critiques laissaient donc planer certaines incertitudes quant à la portée de l'arrêt *Centros*. Nous allons le voir, celles-ci ont été balayées par la Cour de Justice dans sa jurisprudence directement postérieure et ce, au bénéfice d'une liberté d'établissement toujours plus importante des sociétés.

ii. L'arrêt *Überseering*.

Dans ce deuxième arrêt consacré à la validité d'entraves posées par l'Etat d'accueil, la Cour va pouvoir clarifier la portée de son arrêt *Centros* et confirmer l'impact de celui-ci sur la théorie du siège réel.

L'affaire met en cause une société de droit néerlandais, *Überseering*, dont la totalité des parts sociales avait été acquise par deux ressortissants allemands. Par cette acquisition, le siège réel de la société a été transféré vers l'Allemagne. Plus tard, à la suite d'un différend juridique l'opposant à l'un de ses créanciers, *Überseering* décide d'assigner ce dernier devant les juridictions allemandes. Celles-ci choisissent cependant de débouter la société de sa demande au motif qu'elle ne disposait pas de la capacité juridique au regard du droit allemand du fait de la dissociation de ses sièges réel et statutaire. C'est dans ce contexte que l'affaire a été portée devant la Cour de Justice. De nouveau, si la Cour avait tiré pleinement conséquence de la théorie réaliste, les juridictions allemandes auraient été en droit de refuser de reconnaître la capacité de la société à pouvoir ester

⁴⁸ S., RAMMELOO, "The Long and Winding Road towards Freedom of establishment for Legal Persons in Europe", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2003, p. 169.

⁴⁹ A., COTIGA, *op. cit.*, p. 208.

⁵⁰ M., LAUTERFELD, "Centros and the EC Regulation", *EBLR*, 2001, p. 84 ; C., HOLST, « European Company Law after Centros : Is the EU on the Road to Delaware ? », *Columbia Journal of European Law*, 2002, pp. 323 à 241.

en justice. Or, la Cour tranche en faveur d'Überseering en décidant qu'il s'impose à l'Etat membre d'accueil de reconnaître la capacité juridique d'une société constituée conformément à la législation d'un autre Etat et qui décide d'exercer sa liberté d'établissement vers son territoire national⁵¹.

Contrairement à l'arrêt *Centros*, la situation de l'arrêt *Überseering* implique un Etat membre qui retient la théorie réaliste – l'Allemagne – et la Cour de Justice lui impose précisément de reconnaître l'existence juridique d'une société constituée dans un autre Etat afin que celle-ci puisse agir en justice. En outre, c'est bien de droit d'établissement principal d'Überseering qui est en cause ici⁵². La première critique portée à l'arrêt *Centros* ne tient plus et la solution qui en avait été déduite par la Cour n'est donc pas liée au particularisme de sa situation factuelle mais venait déjà impacter de plein fouet la théorie du siège réel.

A son tour, l'arrêt *Überseering* fit planer quelques zones d'ombre concernant la seconde série de critiques posées à l'encontre de l'arrêt *Centros*⁵³. Selon certains⁵⁴, si en l'état, la Cour de Justice s'était clairement prononcée en faveur de la reconnaissance par l'Etat membre d'accueil, de l'existence juridique de sociétés constituées dans un autre Etat, une telle position libérale ne pouvait toujours pas être étendue à la question de la reconnaissance « au sens large ». Le libre choix initial de la *lex societatis* applicable à la société par les fondateurs était donc encore une fois nié. Ainsi, selon ces auteurs, si en l'espèce, l'Allemagne se voyait contrainte de reconnaître l'existence juridique d'Überseering, le droit allemand pouvait lui rester applicable et il n'existerait aucune d'obligation imposée par le droit européen à l'Allemagne de lui reconnaître l'application du droit néerlandais. C'est en répondant à ce débat que la jurisprudence *Inspire Art* vint clôturer cette trilogie d'arrêts.

iii. L'arrêt *Inspire Art*.

Les faits de l'arrêt *Inspire Art* sont assez similaires à ceux de l'arrêt *Centros*. Dans cette affaire, Inspire Art, une société constituée au Royaume-Uni, avait pris la décision d'établir une succursale aux Pays-Bas afin d'y exercer l'ensemble de ses activités. L'enjeu pour cette société était, comme dans l'arrêt *Centros*, de pouvoir bénéficier de manière avantageuse du régime anglais relatif à la constitution des sociétés. Cependant, ce type de manœuvre avait été anticipé par le législateur néerlandais qui exigeait d'Inspire Art,

⁵¹ Arrêt *Überseering* précité, §82.

⁵² J.-M., JONET, " La théorie du siège réel à l'épreuve de la liberté d'établissement : Autour de l'arrêt *Überseering*", *J.T.*, 2002, pp. 33 et sv. ; G. PANOPOULOS, *op. cit.*, p. 723.

⁵³ A. AUTENNE, et M., DE WOLF, *op. cit.*, p. 665.

⁵⁴ J.-M., JONET, *op. cit.*, p. 36.

qu'elle soit immatriculée au registre de commerce néerlandais sous la mention « société étrangère de pure forme », ce qui impliquait pour celle-ci, des conditions plus strictes notamment en ce qui concerne le capital minimal exigé. La législation néerlandaise n'empêchait donc pas formellement l'immatriculation de la succursale par Inspire Art – comme pouvait le faire l'administration danoise dans l'arrêt *Centros* – mais se contentait de rendre plus difficile l'établissement de cette société sur son territoire en lui imposant des conditions supplémentaires issues des dispositions impératives de son droit national.

C'est précisément sur la question du droit à appliquer à la société postérieurement à sa reconnaissance par l'Etat membre d'accueil que vont converger les débats dans ce troisième arrêt. Les gouvernements des Etats membres ont ainsi soutenu la thèse limitant la portée de la jurisprudence de la Cour à la seule obligation faite aux Etats membres de reconnaître l'existence juridique de sociétés constituées dans un autre Etat⁵⁵, considérant par ailleurs que parmi les questions ayant trait au fonctionnement de la société, seules seraient régies par la loi de l'Etat d'incorporation, celles qui sont directement liées à son existence juridique. Une telle lecture de la jurisprudence strasbourgeoise permettrait donc à ces Etats, après avoir reconnu l'existence juridique d'une société désirant immigrer sur son territoire, de lui imposer des conditions tout aussi attentatoires à la liberté d'établissement que le refus de reconnaître sa personnalité juridique. C'est d'ailleurs sur base de ce constat que la Cour de Justice a conclu à la violation, par la législation néerlandaise, du droit d'établissement consacré par le Traité⁵⁶.

Par cette décision, la Cour consacre la liberté de choix initial des fondateurs, de la *lex societatis* applicable à leur entreprise et dissipe ainsi tout doute sur la question de la reconnaissance au sens large. Cet arrêt porte donc un troisième coup de boutoir à la théorie réaliste. En ce sens, selon C. KERSTING et C. SCHINDLER⁵⁷, « *A foreign company is not only to be respected as a legal entity having the right to be a party to legal proceedings, but rather has to be respected as such, i.e. as a foreign company that is subject to the company law of its state of incorporation* ». Partant, même après le déplacement de la société et sa reconnaissance par l'Etat membre d'accueil, toutes les questions qui relèvent du domaine de la *lex societatis* – c'est-à-dire celles portant sur l'établissement, le fonctionnement et l'existence de l'entreprise – doivent être réglées suivant le droit de l'Etat d'incorporation de celle-ci⁵⁸.

⁵⁵ Arrêt *Inspire Art* précité, §99.

⁵⁶ Arrêt *Inspire Art* précité, §105.

⁵⁷ C. KERSTING et C., SCHINDLER, « The ECJ's Inspire Art Decision of 30 september 2003 and its Effects on Practice », *German Law Journal*, 2003, p. 1277.

⁵⁸ E., VACCARO, « Transfer of seat and freedom of establishment in european company law », *E.B.L.R.*, 2005, p. 1359.

iv. Conclusion intermédiaire.

Cette trilogie jurisprudentielle apparaît donc comme très favorable à la liberté de mouvement des personnes morales. En l'état, celles-ci se voient ainsi reconnaître deux degrés de mobilités⁵⁹ : un *premier*, minimal car elles disposent d'un droit à ce que leur existence juridique acquise au sein de leur Etat d'origine soit reconnue au sein de l'Etat membre vers lequel elles décident de se déplacer ; un *second*, qui résulte du libre choix dont disposent leurs fondateurs de déterminer la *lex societatis* qui leur sera applicable au moment de leur constitution.

Cette avancée dans le sens d'une plus grande faculté de déplacement des entreprises a été interprétée par beaucoup comme étant la consécration par la Cour de Justice de la théorie de l'incorporation en droit européen et, en conséquence, à la mise à néant de la théorie du siège réel⁶⁰. Cette interprétation était à ce point tentante que certains Etats membres avaient décidé d'entamer des procédures destinées à modifier leurs législations nationales dans le but de les adapter à la théorie formaliste. Cependant, les arrêts *Cartesio* et *Vale* vinrent démontrer que cette prise de position radicale était prématurée.

C. Les arrêts *Cartesio*⁶¹ et *Vale*⁶².

Bien qu'ayant trait respectivement à des obstacles posés à la sortie et à l'accueil des sociétés par les Etats, les arrêts *Cartesio* et *Vale* seront analysés ensemble dès lors qu'en plus d'être le miroir factuel l'un de l'autre, ils constituent les deux aspects de la réponse à une seule et même question.

i. L'arrêt *Cartesio*.

En l'espèce, la société *Cartesio* dont le siège social était jusqu'alors localisé en Hongrie, entendait transférer son principal établissement vers l'Italie tout en maintenant son siège statutaire sur le territoire hongrois dans le but d'y conserver sa qualité de société. Mais, *Cartesio* a été confrontée au refus de l'administration hongroise sous prétexte que sa législation nationale interdisait toute dissociation entre siège réel et statutaire. Si la société *Cartesio* souhaitait déplacer son siège réel en Italie, elle devait d'abord organiser

⁵⁹ A., COTIGA, *op. cit.*, p. 208.

⁶⁰ A., AUTENNE et M., DE WOLF, *op. cit.*, pp.663 ; W.F., EBKE, « The European Conflict of Corporate laws Revolution : Überseering, Inspire Art and Beyond », *European Business Law Review*, 2005, p. 832 ; E. WERLAUFF, « Using a foreign companies for domestic activities », *European Business Law Review*, 1999, pp. 306 à 313 ; N. THIRION, B. BADA, T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, *Droit international et européen des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 55.

⁶¹ C.J.C.E., arrêt *Cartesio* du 16 décembre 2008, aff. C-210/06, Rec. I, p.3601.

⁶² C.J.U.E., arrêt *Vale Epítési kft* du 12 juillet 2012, aff. C-378/10, non encore publié.

sa dissolution au regard du droit Hongrois avant d'opérer une reconstitution selon le droit italien. Considérant ce régime comme attentatoire à sa liberté d'établissement, Cartesio a décidé d'introduire une action devant la juridiction hongroise compétente et c'est dans ce contexte qu'une question préjudicielle a été posée à la Cour de Justice. En substance, cette question consistait à déterminer s'il s'impose à l'Etat membre de constitution d'une société, de continuer à reconnaître son existence juridique alors que cette société entend transférer son seul siège réel vers un autre Etat⁶³.

A la surprise générale, la Cour n'a pas profité de l'occasion qui lui était donnée de porter un coup fatal à la théorie du siège réel. Prenant le contrepied du raisonnement tenu par son avocat général⁶⁴, la Cour va consacrer la « renaissance » de la théorie réaliste⁶⁵.

Dans cet arrêt, de manière inattendue, la Cour de Justice a donc confirmé sa jurisprudence restrictive *Daily Mail*. S'appuyant à nouveau sur la théorie de la fiction juridique et sur le principe de neutralité. La Cour a jugé que les articles relatifs à la liberté d'établissement ne s'opposaient pas « à une réglementation d'un Etat membre qui empêche une société constituée en vertu du droit national de cet Etat membre de transférer son siège dans un autre Etat membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'Etat selon la législation duquel elle a été constituée ».⁶⁶ Pour ce qui est des obstacles posés à l'émigration des sociétés, l'arrêt *Cartesio* marque donc un retour en arrière attentatoire à la liberté des entreprises de se mouvoir au sein de l'espace communautaire.

Cependant, alors que le socle factuel de cette affaire ne lui imposait en rien de se positionner sur ce terrain⁶⁷, la Cour de Justice va introduire une nouvelle *summa divisio*⁶⁸ en considérant qu'il fallait distinguer la situation en cause dans l'arrêt *Cartesio* – qui implique uniquement un transfert de siège réel – d'autres situations impliquant, en plus, le transfert du siège statutaire de l'entreprise. Selon la Cour, ces opérations de transformation accompagnées d'un changement de la loi applicable à la société ne peuvent être mise à mal par l'Etat membre d'incorporation de cette société.

Bien que confirmant sa position restrictive adoptée dans l'arrêt *Daily Mail*, la Cour en atténue grandement sa portée dans la mesure où elle consacre un troisième degré de

⁶³ Arrêt *Cartesio* précité, §54.

⁶⁴ Conclusion de l'Avocat Général P. MADURO, aff. C-210/06, *Cartesio*, 22 mai 2008, Rec. I, p. 9641.

⁶⁵ A., AUTENNE et E.-J., NAVEZ, *op. cit.*, p. 108.

⁶⁶ Arrêt *Cartesio* précité, §124.

⁶⁷ A., AUTENNE et E.-J., NAVEZ, *op. cit.*, p. 109.

⁶⁸ P., SCHWARZ, « La transformation transfrontalière des sociétés dans l'Union Européenne », *J.D.E.*, 2014, p. 140.

mobilité au bénéfice des sociétés⁶⁹. En effet, la Cour ouvre donc la possibilité aux entreprises de pouvoir changer de *lex societatis* ultérieurement à leur constitution.

Cet arrêt a fait l'objet d'interprétations divergentes dans la mesure où un *obiter dictum* de la Cour semblait donner la possibilité à l'Etat membre d'accueil de la société de s'opposer de manière discrétionnaire à ce type d'opération⁷⁰. L'arrêt Vale analysé ci-après va permettre à la Cour d'éclaircir ce point⁷¹.

ii. L'arrêt Vale.

En l'espèce, la société de droit italien « Vale » avait demandé sa radiation du registre des sociétés italiennes en vue de transférer son siège statutaire ainsi que son principal établissement en Hongrie. Après avoir obtenu une décision positive de la part de l'autorité italienne, le directeur de Vale a alors pris la décision de constituer une société de droit hongrois et de solliciter son inscription au registre des sociétés hongrois tout en mentionnant qu'elle était anciennement une société de droit italien. Or, si conformément à l'arrêt *Cartesio*, le droit italien autorise maintenant les opérations de transfert de siège social accompagnées du changement de la loi applicable à la société, le droit hongrois ne rend possible la transformation d'une société que dans un cadre purement interne. En conséquence, la société Vale a vu sa demande d'inscription être rejetée par l'autorité hongroise. Considérant qu'il était porté atteinte à sa liberté d'établissement, elle a donc introduit un recours devant les juridictions hongroises compétentes et c'est dans ce contexte qu'une question préjudicielle a été portée devant la Cour de Justice.

Celle-ci consistait à déterminer si l'Etat membre d'accueil d'une société disposait, au regard du droit européen, de la possibilité discrétionnaire d'empêcher une opération de transformation de société prenant départ à partir d'un autre Etat membre.

La Cour confirme sa position libérale tenue dans l'arrêt *Cartesio* en considérant que ces opérations étaient bel et bien des modalités particulières d'exercice de la liberté d'établissement. Elle clarifie donc la portée de son *obiter dictum* et précise que la reconnaissance d'une telle opération s'impose également à l'Etat d'accueil. Ce dernier ne pouvant donc y poser des entraves sans porter atteinte à la liberté d'établissement.

⁶⁹ A., COTIGA, *op. cit.*, p. 208 ; G., PARLEANI, « L'arrêt Cartesio, ou l'ingénieuse incitation à la migration intra-communautaire des sociétés », *Revue des Sociétés*, 2009, p. 161.

⁷⁰ E.-J., NAVEZ, "La transformation transfrontalière des sociétés est définitivement consacrée en droit de l'UE. Qu'attend encore le législateur belge pour mettre en œuvre cette prérogative ?", note sous C.J.U.E., 12 juillet 2012, *Vale Epitési kft*, aff. C-378/10, *op. cit.*, p. 245.

⁷¹ T. BIERMEYER, "Shaping the space of cross-border conversions in the EU. Between right and autonomy: VALE", *C.M.L.R.*, 2013, p. 577.

L'arrêt Vale consacre donc définitivement l'existence d'un troisième degré de mobilité au bénéfice des entreprises en vertu duquel elles disposent du libre choix du droit qui leur est applicable, même ultérieurement à leur constitution.

D. Conclusion.

En l'absence d'harmonisation en la matière, l'évolution jurisprudentielle de la Cour de Justice traduit sa volonté de conférer aux sociétés de larges possibilités de se déplacer au sein de l'espace européen par le transfert de leur siège social. En application des arrêts *Daily Mail* et *Cartesio*, les seuls obstacles restants en dehors du champ de la liberté d'établissement sont ceux appliqués à partir de l'Etat membre d'incorporation, lors du déplacement du seul siège réel des sociétés⁷².

Ce constat peut cependant être nuancé. Si d'aucuns affirment qu'en application de la jurisprudence *Cartesio et Vale*, les opérations transfrontalières de transformation de société sont maintenant couvertes par la liberté d'établissement⁷³, d'autres remettent en doute le caractère absolu de cette affirmation.

A ce titre, K. MARESCEAU⁷⁴ considère que la liberté d'établissement ne peut être invoquée que dans l'hypothèse où le transfert du principal établissement d'une société impliquée dans une telle opération, rend impossible le maintien dans son Etat d'incorporation, de sa qualité de société dudit Etat. Selon lui, la liberté d'établissement n'a pas été insérée dans le Traité dans le but d'offrir aux sociétés une liberté de choix total du droit qui leur est applicable, mais uniquement pour en garantir son exercice effectif.

Dès lors, on peut avoir l'impression que les sociétés désireuses de mettre en œuvre leur droit à la mobilité sont un peu bloquées au sein de leur Etat d'incorporation⁷⁵ dans la mesure où, au départ de ce dernier, elles ne disposent ni du droit de transférer leur siège réel, ni d'un droit absolu à modifier le droit qui leur est applicable.

⁷² E.-J., NAVEZ, "Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE – De *Daily Mail* à *National Grid Indus*: évolution, révolution et au-delà ?", *op. cit.*, p. 633 ; E., TRAVERSA et E.-J. NAVEZ, « La liberté d'établissement s'oppose à l'annulation d'une réduction d'impôt consécutive au transfert transfrontalier de siège social de la société », *R.A.E.*, p. 702.

⁷³ T., BIERMEYER, « *Bringing darkness into the dark : European corporate cross-border mobility in Cartesio* », *MJ*, 2009, pp. 251 à 254.

⁷⁴ K., MARESCEAU et A., FINK, Mobilité transfrontalière des sociétés et concurrence réglementaire au niveau du droit des sociétés – Prix Pierre Coppens 2014, *Rev. prat. soc.*, 2014/2, pp. 210-211 Voy. également J. VERMEYLEN, « Arrêt 'Vale Epitési' : la mobilité transfrontalière du siège statutaire est-elle un droit ? », *J.D.E.*, 2012, p. 276 à 278.

⁷⁵ D., VAN GERVEN, *Cross-Border Mergers in Europe*, Cambridge University Press, Volume 1, 2010, p. 70.

Partant de ce constat, certains voient dans le mécanisme de fusion transfrontalière un des seuls instruments fiables dont disposent les sociétés souhaitant modifier le droit qui les régit ultérieurement à leur constitution. Ces auteurs avancent l'hypothèse d'une « *downstream merger* »⁷⁶ au terme de laquelle le droit applicable à une société est modifié suite à son absorption par l'une de ses filiales constituées dans l'Etat membre visé par l'opération.

Il s'agit maintenant de déterminer dans quelle mesure une opération de fusion transfrontalière est couverte par la liberté d'établissement.

Section 3 : Les fusions transfrontalières comme modalités d'exercice de la liberté d'établissement.

Si dès son adoption, le traité de Rome exprimait la volonté que soient consacrées les fusions transfrontalières comme véhicule juridique permettant la mobilité des entreprises⁷⁷, il aura fallu attendre près de cinquante ans pour que ce souhait devienne réalité. Pendant longtemps, la réalisation de ces opérations était limitée par de nombreux obstacles issus principalement de l'absence de coordination en la matière au sein des législations des différents Etats membres⁷⁸. Ce n'est au terme d'un long processus législatif et jurisprudentiel que la directive 2005/56/CE⁷⁹ a pu finalement être adoptée et que la Cour de Justice a pris position en leur faveur dans son arrêt *Sevic Systems* du 13 décembre 2005⁸⁰.

Notons que s'ils visent le même objectif, la directive et l'arrêt *Sevic* ne font pas double emploi dans la mesure où le champ couvert par la jurisprudence de la Cour englobe des catégories de fusions plus larges que celui de la directive 2005/56/CE⁸¹. On ne peut cependant pas conclure à l'obsolescence de l'instrument de droit dérivé car, comme la Cour de Justice le fait elle-même remarquer⁸², il existe des hypothèses où l'intégration négative qu'elle propose peut montrer ses limites et où la nécessité d'un cadre harmonisé se fait alors ressentir. C'est précisément le cas en matière de fusions transfrontalières.

⁷⁶ E., WERLAUFF, « Relocating a Company within the EU », *European Company Law*, 2008, p. 138. ; K., MARESCAU et A., FINK, *op. cit.*, p. 211.

⁷⁷ P.-H., CONAC, *Fusions transfrontalières de sociétés – Droit luxembourgeois et droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 11 à 13.

⁷⁸ F., BERNARD, *op. cit.*, pp. 12 à 13.

⁷⁹ Directive (C.E.) n° 2005/56 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, *J.O.C.E.*, L. 310, du 25 novembre 2005, pp. 1 à 9.

⁸⁰ D., WILLERMAIN, « Les fusions transfrontalières de sociétés », *J.T.*, 2009, pp. 582 à 583.

⁸¹ C.J.C.E., arrêt *Sevic Systems* du 13 décembre 2005, aff. C-411/03, Rec. I, p. 10805.

⁸² Arrêt *Sevic Systems* précité, §27.

Nous allons maintenant envisager l'arrêt *Sevic* de manière à pouvoir apprécier dans quelle mesure les sociétés impliquées dans des opérations de fusions transfrontalières peuvent invoquer le bénéfice de la liberté d'établissement. Nous nous questionnerons dans un second point quant à sa portée exacte.

A. L'arrêt *Sevic Systems*.

En l'espèce, *Sevic*, société incorporée en Allemagne, avait décidé d'introduire une procédure devant le registre national de commerce allemand dans le but d'enregistrer sa fusion avec *Security vision*, sa filiale luxembourgeoise. *Sevic* s'était vu opposer un refus de la part de l'autorité allemande dans la mesure où le droit allemand ne permettait que les fusions entre des sociétés incorporées en Allemagne. Considérant cette décision comme une atteinte à ses droits, *Sevic* a donc décidé de se plaindre devant les juridictions compétentes et c'est dans ce contexte qu'a été posée à la Cour de Justice, la question préjudicielle de savoir dans quelle mesure la législation nationale allemande était conforme aux dispositions du traité consacrant la liberté d'établissement.

La Cour va considérer que la liberté d'établissement englobe tous les mécanismes permettant aux entreprises de se déplacer plus facilement vers un autre Etat membre⁸³. Par cette précision, la Cour ne limite pas la portée de sa décision aux seules « *upstream merger* » en cause dans cet arrêt mais l'étend à toutes les hypothèses de fusion⁸⁴, y compris aux hypothèses de « *downstream merger* » évoquées dans la section précédente comme étant une alternative intéressante au transfert de siège social.

Bénéficiant de la jurisprudence libérale de la Cour de Justice en matière de transfert de siège social⁸⁵, le mécanisme de fusion transfrontalière est donc reconnu par la Cour de Justice comme étant une « modalité particulière d'exercice de la liberté d'établissement »⁸⁶. La Cour condamne les dispositions des Etats membres susceptibles de faire obstacle à la réalisation de telles opérations.

B. Portée de l'arrêt *Sevic Systems*.

S'il semble être reconnu aux sociétés impliquées dans des opérations de fusion transfrontalière, de larges possibilités de pouvoir invoquer le bénéfice de la liberté

⁸³ Arrêt *Sevic Systems* précité, §18.

⁸⁴ H., VAN DEN BROEK, "EU Mergers and Exit Taxes", *op.cit.*, p. 151.

⁸⁵ D., WILLERMAIN, *op. cit.*, p. 582.

⁸⁶ Arrêt *Sevic Systems* précité, §19.

d'établissement, H. VAN DEN BROEK⁸⁷ considère toutefois que la décision de la Cour doit être tempérée. Il propose un parallèle opportun entre la jurisprudence de la Cour relative au « transfert de siège sociale » et sa jurisprudence « fusion transfrontalière ». Il est nécessaire selon lui, de distinguer deux situations :

D'abord, lorsque l'obstacle à l'opération de fusion est posé par l'Etat membre d'accueil. C'est la situation factuelle de l'arrêt *Sevic Systems* et celle-ci ne pose pas de problème particulier. La société absorbante peut s'opposer à ces obstacles afin de garantir l'exercice effectif de sa liberté d'établissement. Au même titre que sa trilogie jurisprudentielle à l'immigration posée en matière de transfert de siège social, la Cour opte pour une conception libérale du principe d'établissement communautaire.

Ensuite, lorsque l'obstacle à l'opération de fusion est posé par l'Etat membre de sortie. Cette situation n'est pas envisagée dans l'arrêt *Sevic Systems*. H. VAN DEN BROEK se pose dès lors la question de savoir, dans quelle mesure, une société absorbée dans le cadre d'une fusion transfrontalière peut encore invoquer le bénéfice de la liberté d'établissement puisque d'une certaine manière, elle est dissoute par cette opération. Selon lui, elle ne peut y prétendre car elle ne répond plus aux exigences prévues par l'article 54 TFUE destinées à lui garantir la protection du Traité et n'exerce donc pas sa liberté d'établissement.

H. VAN DEN BROEK transpose en réalité à cette situation, la jurisprudence *Daily Mail* et *Cartesio* au travers de laquelle la Cour de Justice reconnaît à l'Etat d'incorporation de la société désireuse de transférer son siège social, le pouvoir discrétionnaire d'imposer la dissolution de la société et d'empêcher l'exercice de la liberté d'établissement par ladite société.

Faut-il dès lors conclure que l'Etat membre de sortie peut poser discrétionnairement des entraves aux opérations de fusion transfrontalière ? Il faut répondre à cette question par la négative. En effet, par le mécanisme de fusion transfrontalière, la société absorbante met en œuvre sa liberté d'établissement par l'ouverture d'un établissement secondaire sur le territoire de la société absorbée⁸⁸. Dès lors, elle peut s'opposer aux obstacles imposés par l'Etat de la société absorbée.

⁸⁷ H., VAN DEN BROEK, "Exit Taxation of Cross-Border Mergers after National Grid Indus", *Journal for European Tax studies*, 2012, pp. 32 à 37.

⁸⁸ Conclusions de l'Avocat Général A. TIZZIANO, aff. C-411/03, *Sevic Systems*, 7 juillet 2005, Rec. I, p. 10808, pt. 39.

Partant de ce constat, dans quelle mesure ne peut-on pas considérer les fusions transfrontalières comme étant des mécanismes de concentration plus sécuritaires pour les entreprises que le simple transfert de leur siège social lorsqu'il s'agit de s'opposer aux entraves fiscales appliquées par l'Etat d'origine à l'occasion de leur départ vers un autre Etat membre ?

Partie II : La problématique des impositions à la sortie.

Introduction.

La question est de savoir si une société qui dispose du droit d'invoquer la liberté d'établissement pour participer à une opération de fusion transfrontalière doit être distinguée de celle qui consiste à déterminer dans quelle mesure le droit européen, primaire ou dérivé, tolère l'existence d'entraves posées par les Etats membres à la réalisation de ce type d'opération.

Si les fusions transfrontalières constituent un véhicule juridique efficace dans le cadre de la réalisation du marché intérieur⁸⁹, elles se sont longtemps heurtées à de nombreux obstacles⁹⁰ comme par exemple le manque d'harmonisation des opérations de fusion interne au sein des dispositions nationales des Etats membres, à la problématique de la participation des travailleurs, à celle de la protection des droits des tiers, à l'obligation de réunir l'unanimité des associés du fait du changement de la loi nationale applicable ou encore, et c'est là l'objet principal de cette deuxième partie, à de nombreuses entraves de nature fiscale⁹¹.

La directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil⁹² a été adoptée dans le but de faciliter les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux au sein de l'Union européenne et a, de ce fait, permis de neutraliser un certain nombre de ces obstacles⁹³. Cette directive ne s'est par contre pas attaquée aux différentes barrières fiscales qui viennent entraver la réalisation de fusions transfrontalières ainsi qu'à la mobilité des sociétés, celles-ci faisant l'objet d'un instrument distinct.

L'impôt étant considéré par les Etats comme la marque de leur souveraineté⁹⁴, il va de soi que ceux-ci sont très attentifs lorsque leurs recettes fiscales risquent d'être diminuées suite à des opérations de réorganisation transfrontalière⁹⁵.

⁸⁹ P.-H., CONAC, *op. cit.*, p. 12 ; G., PETRAKOS, *op. cit.*, p. 11 ; K., MARESCAU, *op. cit.*, p. 211 ; E., WYMEERSCH, *op. cit.* p. 163.

⁹⁰ M. EVRARD, et E., VAN DER VAEREN, "Les fusions transfrontalières : un pas de plus vers une Europe harmonisée", *D.A.O.R.*, 2007, pp. 103 et sv.

⁹¹ F., BERNARD, « Les fusions transfrontalières au sein de l'Union européenne », *D.A.O.R.*, 2011/1, n°97, pp. 12 et sv.

⁹² Directive (C.E.) n° 2005/56 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, *J.O.C.E.*, L. 310, du 25 novembre 2005, pp. 1-9.

⁹³ F., BERNARD, *op. cit.*, pp. 159-162 : elle n'est cependant pas dénuée d'imperfections mais selon l'auteur, on peut considérer qu'il s'agit d'une réelle avancée vers un droit européen des sociétés davantage harmonisées.

⁹⁴ J., BUISSON, « Impôt et souveraineté », *Archives de philosophie du droit*, 2002, n°46, pp. 25-31.

⁹⁵ G., PETRAKOS, *op. cit.*, p. 34.

Par ailleurs, selon plusieurs instruments européens, la fusion consiste en une opération au terme de laquelle une ou plusieurs sociétés sont dissoutes et transfèrent l'ensemble de leur patrimoine à une autre moyennant l'attribution à leurs associés, de titres représentatifs du capital social de cette dernière. Une fusion mène donc à la dissolution d'une ou plusieurs sociétés et s'il apparaît qu'au sein des différents systèmes juridiques nationaux, par le biais d'aménagements fiscaux, les fusions internes n'aboutissent généralement pas à l'imposition de la société transférée comme si elles avaient été liquidées⁹⁶, l'élément d'extranéité qui caractérise les fusions transfrontalières ne pousse pas les Etats membres à réagir de la sorte et à tenter d'aboutir à la neutralité fiscale de ce type d'opérations.

Lorsqu'une fusion intervient entre deux sociétés provenant d'Etats membres différents et que l'une d'elle transfère ses activités à l'étranger, l'Etat d'origine de la société transférée perd son pouvoir d'imposition à l'égard de celle-ci. Dans ce contexte, il est tentant pour lui de lever un impôt au moment de la réalisation de l'opération de fusion : on parle d'« exit tax » ou encore d'« imposition de sortie »⁹⁷.

Cet impôt est généralement destiné à affecter les plus-values latentes et se justifie par l'existence d'un principe de territorialité fiscale, associé à un élément temporel⁹⁸, en vertu duquel, un Etat est en droit d'imposer lesdites plus-values du fait qu'elles ont été constituées sur son territoire national durant la période précédant l'opération de réorganisation transfrontalière.

Il va sans dire que ces impôts de sortie limitent la mobilité des sociétés⁹⁹ : les revenus latents de celles-ci sont taxés plus tôt que les sociétés qui décident de rester sur le territoire national. Ces revenus sont imposés à un moment où les plus-values ne sont pas encore réalisées et alors même qu'elles ne le seront peut-être jamais. En outre, ce type d'imposition entraîne un *cash out* désavantageux pour la société qui naîtra de la fusion et l'expose à un risque de double imposition économique¹⁰⁰.

⁹⁶ J.M. TERRA, et J., WATTEL, *European Tax Law*, Kluwer law international, 2012, p. 653.

⁹⁷ E. TRAVERSA, et A., MAITROT DE LA MOTTE, "Droit fiscal européen", *J.D.E.*, 2014, p. 261.

⁹⁸ Conclusions de l'Avocat général J. KOKOTT, aff. C-470/04, *N*, 30 mars 2006, §§ 91-101.

⁹⁹ H., VAN DEN BROEK, "EU Mergers and Exit Taxes", Springer, 2009, p. 135; Déclaration générale de l'International Chamber of Commerce du 15 juillet 2014, "Exit Taxes: serious obstacles for international business restructurings and movement of capital", n° 180-534, disponible sur le site internet de l'institution.

¹⁰⁰ H., VAN DEN BROEK, "Exit Taxation of Cross-Border Mergers after National Grid Indus", *Journal for European Tax studies*, 2012, p. 27.

Le 23 juillet 1990, c'est dans le but de limiter ce type d'imposition et d'organiser un régime de neutralité fiscale, que le Conseil a adopté la directive 90/434/CE¹⁰¹ (ci-après la directive « fiscale » fusion). Son champ d'application a par ailleurs été étendu en 2005¹⁰² et l'ensemble des directives régissant cette matière a été codifié en 2009¹⁰³.

Cependant, cet effort législatif n'a pas permis de faire disparaître totalement les impositions à la sortie appliquées par les Etats membres. En effet, du fait de ses objectifs contradictoires¹⁰⁴, la directive présente des carences qui ouvrent la possibilité aux Etats de limiter la mobilité des entreprises en sauvegardant au maximum leurs recettes fiscales.

A défaut de trouver un soutien satisfaisant provenant du droit dérivé européen, les sociétés souhaitant opérer une fusion transnationale peuvent néanmoins s'appuyer sur les dispositions du Traité pour dénoncer des mesures nationales attentatoires à leur droit d'établissement communautaire¹⁰⁵. A cet égard, la Cour de Justice a récemment consacré une jurisprudence concernant la compatibilité, au regard de la liberté d'établissement, de ces impositions de sortie collectées par les Etats lors d'opérations de transfert de siège transfrontalier.

Bien que ne concernant pas directement l'hypothèse particulière des fusions transfrontalières, au vu de la proximité sur le plan patrimonial de telles opérations¹⁰⁶, nous pensons avec d'autres¹⁰⁷, que les enseignements dégagés par la Cour de Justice en matière de transfert de siège social peuvent leur être transposés.

Cette partie consacrée au traitement réservé aux impositions à la sortie par le droit européen se déclinera en deux sections :

¹⁰¹ Directive 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions partielles, apports d'actif et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, *J.O.C.E.*, L.225, 20 août 1990, pp. 1 à 5.

¹⁰² Directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005, modifiant la directive 90/434/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions partielles, apports d'actif et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, *J.O.C.E.*, L. 58, du 4 mars 2005, pp. 19 à 27.

¹⁰³ Directive 2009/133/CE du Conseil, du 19 octobre 2009, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre, *J.O.U.E.*, L 310, 25 novembre 2009, pp. 34 à 46.

¹⁰⁴ J.M., COUGNON, « La directive fiscale « fusions » - Etat de sa transposition en Belgique et modification apportées par l'U.E. », Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 8 à 14.

¹⁰⁵ L'harmonisation de la matière par la Directive "fiscale" fusion n'empêche pas aux sociétés d'invoquer le bénéfice des libertés fondamentales consacrées par le TFUE Voy. en ce sens C.J.U.E., arrêt *Bosal Holding BV* du 18 septembre 2003, aff. C-168/01, Rec I, p. 9409.

¹⁰⁶ G., PETRAKOS, *op. cit.*, p.11.

¹⁰⁷ H., VAN DEN BROEK, "Exit Taxation of Cross-Border Mergers after National Grid Indus", *op. cit.*, pp. 39-40 ; H., VAN DEN BROEK et G., MEUSSEN, "National Grid Indus case: Re-Thinking Exit Taxation", *E.T.*, 2012, p. 195.

La première visera à analyser la directive « fiscale » fusion et à en dégager les éléments qui permettent aux « exit taxes » nationales de subsister.

La seconde portera sur une analyse détaillée de la jurisprudence de la Cour de Justice en matière d'imposition à la sortie, celle-ci constituant la clé susceptible de permettre aux entreprises, de pouvoir bénéficier d'un instrument de réorganisation transfrontalier efficient.

Section 1. La directive « fiscale » fusion.

Cette volonté européenne de se débarrasser des obstacles fiscaux à la réalisation de fusions transfrontalières n'est pas neuve. En 1969 déjà, la Conseil avait déposé une proposition¹⁰⁸ qui restera pourtant lettre morte¹⁰⁹.

Ce n'est qu'après plus de vingt années de maturation qu'un projet similaire sera adopté : la directive « fiscale » fusion. Celle-ci présente le paradoxe de proposer des solutions qui, nous l'envisagerons, semblent moins efficaces que celles contenues dans la proposition antérieure¹¹⁰, du moins si l'on considère le point de vue des entreprises désireuses de se mouvoir au sein d'autres Etats membres, par le biais d'opérations de fusions transfrontalières.

Le choix effectué par le Conseil dans le cadre de cette directive est celui de l'harmonisation. En effet, c'est bien la mise en place d'un régime commun à tous les Etats membres qui est visé¹¹¹.

Le régime imposé aux Etats par la directive poursuit deux objectifs principaux : *d'abord*, celui d'éliminer les entraves fiscales aux opérations transfrontalières de réorganisation de sociétés afin de les rendre plus compétitives dans le cadre du marché intérieur¹¹² et *ensuite*, celui d'atteindre ce premier objectif tout en sauvegardant les intérêts financiers de l'Etat de la société apporteuse. Ces objectifs sont contradictoires¹¹³ et cela a pour conséquence principale que la directive ne peut espérer pleinement les accomplir sans

¹⁰⁸ Proposition de directive du Conseil concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions et apports d'actif intervenant entre sociétés d'Etats membres différents, COM(69) 5 final, 22 mars 1969.

¹⁰⁹ E., RÖDER, « Co-ordination of Corporate Exit Taxation in the Internal Market and Beyond », *British Tax Review*, 2014, p. 577; H., VAN DEN BROEK, "EU Mergers and Exit Taxes", *op. cit.*, p. 159; M., LANG, P., PISTONE, J., SCHUCH, C., STARINGER, *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation*, Vienne, Linde, 2013, p. 153; D., JIMENEZ-VALLADOLID de L'HOTELLERIE-FALLOIS, "The Permanent Establishment: Still a (permanent) Requirement?", *E.C.T.R.*, 2014/1, pp. 7 et 8.

¹¹⁰ H., VAN DEN BROEK, "EU Mergers and Exit Taxes", *op. cit.*, pp. 158-161.; J.M. TERRA et J., WATTEL, *op. cit.*, p. 654.

¹¹¹ J.M., COUGNON, *op. cit.*, p. 7.

¹¹² Deuxième considérant de la directive (C.E.) n° 2009/133 du 19 octobre 2009

¹¹³ P., MALHERBE et E., TRAVERSA, *European and international Tax law*, Université catholique de Louvain, 2014-2015.

instaurer, entre les deux, un ordre de prévalence. L'intérêt du présent chapitre consiste précisément à déterminer quel intérêt le législateur européen a entendu privilégier.

Nous allons maintenant nous intéresser au régime qui est porté par la directive ainsi qu'aux failles qui le caractérisent et qui rendent possible la subsistance d'imposition à la sortie, susceptible d'entraver la mobilité des sociétés désirant engager un processus de fusion. Cette analyse nous conduira ensuite à envisager de manière plus approfondie la notion d'établissement stable qui se trouve être au cœur du système implanté par la directive.

A. Le régime de neutralité mis en place par la directive et ses imperfections.

Le cœur de la directive « fiscale » fusion est constitué par les articles 4, 5 et 6. Les Article 5 et 6 organisent la reprise des réserves constituées en franchise d'impôt et le sort des pertes fiscales subies par la société antérieurement à l'opération de fusion. Dans un souci d'exhaustivité et de cohérence avec la suite de l'exposé, nous nous concentrerons sur l'article 4 de la directive¹¹⁴.

L'article 4 (1) de la directive organise l'immunisation des plus-values réalisées à l'occasion de l'opération de fusion en prévoyant que « *La fusion (...) n'entraîne aucune imposition des plus-values (...) des éléments d'actif et de passif transférés (...)* ».

Face aux soucis des Etats membres que ne soient pas portés atteinte à leur souveraineté fiscale et à la déperdition de recettes qu'une immunisation inconditionnelle impliquerait, on peut comprendre que le législateur européen a entendu tempérer cette solution en prévoyant, non pas une neutralité fiscale absolue de l'opération, mais bien un système de sursis à l'imposition des plus-values, conditionné au maintien, dans l'Etat membre de la société apporteuse, d'un établissement stable de la société absorbante¹¹⁵.

Cette solution se dégage de la définition des termes « *éléments d'actif et de passif transférés* » que la directive propose au sein du point (2) (b) de son article 4. Selon ce dernier, ces termes désignent les « (...) *éléments d'actif et de passif de la société apporteuse qui, par suite de la fusion (...) sont effectivement rattachés à l'établissement stable de la société bénéficiaire situé dans l'Etat membre de la société apporteuse et qui* ».

¹¹⁴ Sur ce sujet Voy. not. : S., BEZZINA, « The treatment of losses under the EC Merger Directive 1990, *European Taxation*, 2002, pp. 57 à 60 ; J., CALLEJA BORG, « Non exhausted Losses and the Merger Directive : What it Fails to Say », *Intertax*, 2011, p. 557 à 563 ; M., HELMINEN, « Must the Losses of a Merging Company be Deductible in the State of Residence of the Receiving Company in EU ? », *E.C.T.R.*, 2011, pp. 172 à 178 ; I., VANDELDELDE « How Does the CJUE's Case Law on Cross-Border Loss Relief Apply to Cross-Border Mergers and Divisions », *EC Tax Review*, 2016, pp. 132 à 145.

¹¹⁵ J.M, TERRA et J., WATTEL, *op. cit.*, p. 655 ; J.M. COUGNON, *op. cit.*, p. 25.

concourent à la formation des résultats pris en compte pour l'assiette des impôts. »

En organisant un tel régime, la directive n'interdit pas de manière définitive aux Etats d'opposer des entraves fiscales aux opérations de fusions transfrontalières et n'est donc que d'une aide limitée lorsqu'il s'agit d'assurer la mobilité des sociétés au sein de l'espace européen¹¹⁶.

En effet, en conditionnant le bénéfice de son régime de neutralité au maintien d'un établissement stable dans l'Etat membre de la société apporteuse, la directive n'empêche pas aux Etats membres d'imposer les plus-values afférentes aux éléments d'actifs qui sont transférés à l'étranger. Ainsi, des sociétés pourraient décider de renoncer à une opération de fusions transfrontalières qui impliquerait le transfert vers l'étranger d'un trop grand nombre de ces actifs¹¹⁷.

B. De la notion d'établissement stable.

Au vu de ce qui précède, il n'est pas difficile de constater que c'est la notion d'établissement stable qui se trouve être au centre des tensions qui entourent le régime mis en place par la directive. En effet, c'est elle qui conditionne la possibilité des Etats membres de fixer ou non des impositions de sortie.

Plusieurs questions se posent quant à cette notion controversée :

i. Quant à la définition même de la notion d'établissement stable.

Malgré l'importance capitale que représente cette notion dans le cadre du régime mis en place par la directive, ni l'article 2 ni aucun autre article de la directive ne confèrent de définition de la notion d'établissement stable. Cette absence doit être perçue comme un acte de volonté de la part du législateur européen dans la mesure où une telle définition était présente dans la proposition de directive de la commission en 1969¹¹⁸. Cette carence nous permet également de comprendre à quel point il s'agit d'une notion sensible pour les Etats.

¹¹⁶ O., THÖMMES, *Commentary on the Merger Directive*, EC Corporate Tax Law, *IBFD*, 2004, p. 162.

¹¹⁷ H., VAN DEN BROEK, *Cross-Border Mergers within the EU. Proposals to Remove The Remaining Tax Obstacles*, Kluwer Law international, 2012, p. 210 ; R., VILAGI, « Exit Taxes on Various Types of Corporate Reorganization in Light of EU Law », *E.T.*, 2012, p. 348.

¹¹⁸ H., VAN DEN BROEK, "EU Mergers and Exit Taxes", *op. cit.*, pp. 159-160 ; E., RÖDER, *op. cit.*, p. 585.

En outre, la Directive ne renvoie pas non plus à la définition de cette notion que l'on peut retrouver dans le modèle OCDE de convention préventive de double imposition¹¹⁹. Face à l'absence complète de repères quant à cette définition, que faut-il comprendre dans le silence du législateur européen ? Cette question est grandement débattue dans la doctrine¹²⁰.

Certains auteurs¹²¹ considèrent qu'en l'absence de précisions, il faut se référer à la définition de la notion d'établissement stable contenue dans les conventions fiscales conclues entre les Etats membres et basée sur le modèle de convention OCDE. Ceux-ci pensent en effet qu'une telle définition semble s'imposer eu égard à l'influence de ce modèle mais également au fait que tous les Etats membres étaient partis à l'OCDE au moment de l'adoption de la directive « fiscale » fusion. Enfin, selon eux, ce n'est qu'en l'absence d'une telle convention fiscale qu'il faudra se référer à la définition de la notion d'établissement stable telle qu'elle apparaît dans le droit interne de l'Etat de la société apporteuse. Cependant, une telle approche n'est pas exempte de défauts, relevons-en de deux types :

- Ceux liés aux divergences existant entre les différentes définitions retenues :

Les conventions fiscales conclues entre Etats membres peuvent s'écarter sur certains points de la définition de référence retenue par la convention modèle OCDE. De plus, en l'absence d'une telle convention fiscale, la définition émanant du droit interne des Etats auquel il faut se référer, peut également ne pas coïncider avec celle donnée par le modèle précité¹²².

Il est donc susceptible d'y avoir autant de définitions de la notion d'établissement stable qu'il n'existe de conventions fiscales ou d'Etats membres. Dès lors, cette situation est susceptible d'engendrer des différences de traitement entre les sociétés, en principe interdites au regard du droit européen¹²³. En effet, le sort fiscal de la fusion – et l'application éventuelle d'un impôt à la sortie – est alors fonction de la définition retenue soit par la convention, soit par le droit interne de l'Etat membre de sortie.

¹¹⁹ OCDE, « *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune* », Editions OCDE, Paris, 2015.

¹²⁰ O., THÖMMES, *op. cit.*, p. 163 ; J.M. TERRA, et J., WATTEL, *op. cit.*, p. 655 ; B., LARKING, « Permanent Confusion ? The Role of the Permanent Establishment in the Merger Directive », *European Taxation*, 1992, p. 306 ; H., VAN DEN BROEK, "EU Mergers and Exit Taxes", *op.cit.*, p. 159.

¹²¹ B., LARKING, « The Merger Directive : Will it Work ? », *European Taxation*, 1990, p. 363 ; J.M., TERRA, et J., WATTEL, *op. cit.*, p. 540.

¹²² D., JIMENEZ-VALLADOLID de L'HOTELLERIE-FALLOIS, *op. cit.*, pp. 7 et 8.

¹²³ Pour un exemple clair Voy. D., JIMENEZ-VALLADOLID de L'HOTELLERIE-FALLOIS, *op. cit.*, p. 8.

On le voit, cette position est source d'insécurité juridique et est susceptible de remettre en cause la décision des sociétés de fusionner et par la même, porte atteinte à leur mobilité au sein de l'espace européen.

- Ceux liés à certaines dispositions spécifiques contenues dans la convention modèle:

Même en ne s'écartant pas de la définition consacrée par le modèle OCDE, des difficultés peuvent apparaître. En effet, l'article 4 de la directive exige des éléments d'actif et de passif transférés, afin qu'ils bénéficient du régime organisé par la directive, non seulement qu'ils soient rattachés à un établissement stable dans l'Etat membre d'origine mais qu'en plus, ils « *concourent à la formation des résultats pris en compte pour l'assiette des impôts* ». Cette disposition traduit la volonté du législateur européen de conférer le bénéfice du régime de neutralité fiscale aux seuls éléments patrimoniaux de l'entreprise sur lesquels l'Etat membre d'origine conserve effectivement l'exercice de son pouvoir d'imposition.

Cependant, des dispositions spécifiques contenues dans les conventions fiscales conclues entre Etats membres sur base du modèle OCDE peuvent déroger à cette règle. C'est précisément l'exemple de l'article 8 dudit modèle qui prévoit que les bénéfices « *provenant de l'exploitation, en trafic international, de navires ou d'aéronefs ne sont imposables que dans l'Etat contractant où le siège de direction effective de l'entreprise est situé.* ».

Dès lors, la condition imposée par l'article 4 de la directive n'est plus rencontrée car ces bénéfices ne font pas l'objet d'une imposition au sein de l'Etat membre d'origine. En conséquence, il n'existe plus d'établissement stable auquel peuvent être rattachés les éléments d'actifs transférés et le régime de neutralité prévu par la directive n'est plus applicable. A ce titre, dans cette situation particulière, le Conseil a spécifiquement autorisé l'Etat d'origine à mettre en œuvre son pouvoir d'imposition.¹²⁴ On le comprend, cette différence de traitement entre sociétés basées sur leur activité est difficilement compatible avec les libertés fondamentales¹²⁵.

Au regard de ce qui précède, l'absence d'une définition de la notion d'établissement stable au sein de la directive est un réel problème, d'autant que la proposition déposée en 1969 en consacrait une particulièrement avantageuse pour la mobilité des entreprises. Conformément à cette définition, les sociétés étaient quasiment libres de choisir les actifs

¹²⁴ Voy. le texte de la déclaration du Conseil dans H., VAN DEN BROEK, *Cross-Border Mergers within the EU. Proposals to Remove The Remaining Tax Obstacles*, Kluwer Law international, 2012, Annexe II, p. 705.

¹²⁵ D., JIMENEZ-VALLADOLID de L'HOTELLERIE-FALLOIS, *op. cit.*, p. 9.

qu'elles souhaitent rattacher ou non à un établissement stable dans l'Etat de la société transférée¹²⁶. Ainsi, théoriquement, aucune imposition à la sortie ne se voyait appliquée aux actifs transférés lors d'une opération de fusions transfrontalières.

Il s'agissait là d'une véritable avancée pour l'intégration européenne. Il n'est malheureusement pas difficile de constater que les exigences des Etats membres en ce qui concerne le respect de leur souveraineté fiscale ont eu raison de cette proposition et que ce n'est que vingt ans plus tard que le droit européen s'est doté d'un instrument qui ne se donne pas réellement les moyens de supprimer les obstacles fiscaux nationaux aux opérations de fusions transnationales.

- ii. De la validité de la condition de maintien d'un établissement stable au regard des libertés de circulation consacrées par le Traité.

La question de la validité de la directive « fiscale » fusion au regard de la liberté d'établissement est elle aussi au centre de controverses doctrinales. Certains auteurs considèrent que, bien qu'elle laisse subsister des impositions à la sortie, la directive ne porte pas atteinte à la liberté d'établissement dans la mesure où elle n'impose aucunement aux Etats membres d'imposer ces obstacles fiscaux, ceux-ci restant libres de fixer des impositions à la sortie ou non¹²⁷.

D'autres par contre sont d'un avis différent et se posent la question de savoir quelle serait la position de la Cour de Justice si elle était amenée à envisager la compatibilité de la directive au regard du droit européen¹²⁸. A ce titre, il est permis d'anticiper cette décision en considérant la position tenue par la Cour de Justice dans le cadre de sa jurisprudence récente consacrée au traitement à réserver aux impositions à la sortie¹²⁹. En effet, si l'on voit dans les carences de la directive sa volonté de légitimer les taxations à la sortie, alors la position adoptée par la Cour de Justice à l'égard de ces obstacles fiscaux – si elle les interdit ou les autorise et, le cas échéant, dans quelle mesure – permettra de déterminer la compatibilité de la directive au regard des dispositions du

¹²⁶ E., RÖDER, « Co-ordination of Corporate Exit Taxation in the Internal Market and Beyond », *op. cit.*, p. 577 ; H., VAN DEN BROEK, « EU Mergers and Exit Taxes », *op. cit.*, p. 159 ; H., VAN DEN BROEK, « Exit Taxation of Cross-Border Mergers after National Grid Indus », *op. cit.*, pp. 31 et 32.

¹²⁷ H., VAN DEN BROEK, « Exit Taxation of Cross-Border Mergers after National Grid Indus », *op. cit.*, p. 30 ; J.M. TERRA et J., WATTEL, *op. cit.*, p. 541.

¹²⁸ M., LANG, P., PISTONE, J., SCHUCH, C., STARINGER, *op. cit.*, pp. 160 et 161 ; E.-J., NAVEZ, « Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE – De Daily Mail à National Grid Indus : évolution, révolution et au de-là ? », *op. cit.*, p. 618 ; W., SCHÖN, « Tax issues and Constraints on Reorganizations and Reincorporations in the European Union », *Tax Notes International*, 2004, pp. 200 à 202.

¹²⁹ D., JIMENEZ-VALLADOLID de L'HOTELLERIE-FALLOIS, *op. cit.*, p. 1.

Traité qui traitent de la liberté d'établissement¹³⁰. Par ailleurs, l'analyse de cette jurisprudence constitue le cœur de la troisième partie du présent travail.

Section 2 : La position de la Cour de Justice et des institutions européennes quant à la validité des impositions à la sortie.

En l'absence d'une solution satisfaisante consacrée par le droit dérivé européen, c'est à la Cour de Justice qu'il est revenu d'établir un régime prétorien relatif aux obstacles fiscaux susceptibles d'être appliqués par les Etats membres aux sociétés impliquées dans des opérations de réorganisation transfrontalière.

Cette jurisprudence est assez récente car liée à la question de la mobilité des personnes morales mise en exergue dans la première partie du présent travail. C'est ainsi que, devant la Cour de Justice, la question des taxations de sortie s'est dans un premier temps résumée aux seuls obstacles fiscaux imposés lors du transfert de résidence des personnes physiques. Les arrêts adoptés par la Cour en la matière lui ont permis d'en dégager des principes qu'elle utilisera par la suite dans le cadre de sa jurisprudence consacrée aux impositions à la sortie appliquées aux personnes morales¹³¹.

L'essentiel de ce développement jurisprudentiel porte sur le traitement fiscal réservé par les Etats, aux opérations de transfert du siège social des sociétés. Cependant, comme nous l'avons déjà évoqué, au vu de leur proximité, nous pouvons considérer que les enseignements dégagés par la Cour de Justice valent également pour les opérations de fusions transfrontalières qui constituent l'objet de la présente étude¹³².

Eu égard aux constatations qui précèdent, il paraît logique d'organiser la présente section de la manière suivante : nous envisagerons *d'abord* la position de la Cour de justice concernant le traitement à réserver aux entraves fiscales impactant le déplacement des personnes physiques au sein de l'espace européen. Nous évoquerons *ensuite* la position des institutions européennes quant à ces obstacles fiscaux pour *finalement* analyser la récente jurisprudence de la Cour de Justice en matière d'impositions à la sortie appliquées aux déplacements transfrontaliers des sociétés.

¹³⁰ T., BIERMEYER, F., ELSENER, F., TIMBA, *op. cit.*, pp. 108 et 109.

¹³¹ K., STRICKLIN-COUTINHO, « Chapter 6 : Exit Taxation » in *Landmark Decisions of the ECJ in Direct Taxation*, Luxembourg, Wolters Kluwer, 2014, p. 121.

¹³² H. VAN DEN BROEK et G., MEUSSEN, « National Grid Indus case : Re-Thinking Exit Taxation », *E.T.*, 2012, p. 195 ; H., VAN DEN BROEK, "Exit Taxation of Cross-Border Mergers after National Grid Indus", *op. cit.*, pp. 39 et 40.

A. Les arrêts *Lasteyrie du Saillant*¹³³ et *N*¹³⁴.

C'est au travers de ces deux arrêts que la Cour de Justice a pu envisager pour la première fois les implications directes des impositions à la sortie. La situation factuelle à l'origine de ces deux affaires est assez simple, il s'agissait dans les deux cas, de personnes physiques titulaires de substantielles participations dans des sociétés qui désiraient transférer leur domicile fiscal en dehors de leur Etat d'origine, ce dernier profitant de cette occasion pour imposer des revenus non encore réalisés afin de sauvegarder son pouvoir d'imposition.

Pour les personnes physiques, la question préalable de l'accès au bénéfice de la liberté d'établissement est beaucoup moins problématique que pour les personnes morales. En effet, de manière constante, la Cour de Justice considère qu'« *Exerce (...) son droit d'établissement le ressortissant d'un État membre qui détient dans le capital d'une société établie dans un autre État membre une participation lui conférant une influence certaine sur les décisions de la société et lui permettant d'en déterminer les activités.* »¹³⁵.

A la lecture de ces deux arrêts, il paraît clair qu'aux yeux de la Cour de justice que les impôts de sortie portent atteinte à la liberté d'établissement¹³⁶. Elle considère néanmoins que ceux-ci peuvent être justifiés par certains objectifs relevant de l'intérêt général et dans la mesure où ils répondent positivement à un contrôle de proportionnalité¹³⁷.

Quant à la question de savoir si les règles nationales correspondent bien à un objectif d'intérêt général, le raisonnement utilisé par la Cour de Justice dans son arrêt *N* est particulièrement intéressant¹³⁸. En effet, elle y envisage la validité de la disposition nationale au regard de l'objectif de répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les Etats membres. Or, dans sa jurisprudence relative aux personnes morales, c'est précisément cet objectif qui sera systématiquement retenu par la Cour de Justice lorsqu'elle envisagera la possibilité ouverte aux Etats de justifier leurs législations nationales consacrant des impositions à la sortie.

¹³³ C.J.C.E., arrêt *Lasteyrie du Saillant* du 11 mars 2004, aff. C-9/02, Rec., I, p. 2409.

¹³⁴ C.J.C.E., arrêt *N* du 7 septembre 2006, aff. C-470/04, Rec., I, p. 7409.

¹³⁵ C.J.C.E., arrêt *Baars* du 13 avril 2000, aff. C-251/98, Rec., I, p. 2787.

¹³⁶ Arrêt *Lasteyrie* précité, §45 ; Arrêt *N* précité, § 39.

¹³⁷ Arrêt *Lasteyrie* précité, § 49 ; Arrêt *N* précité, § 40.

¹³⁸ Arrêt *N* précité, §§ 41-42.

Confirmant la position de son Avocat général¹³⁹, la Cour considère qu'en l'absence d'une harmonisation en la matière, il revient aux Etats de déterminer le critère en vertu duquel sont répartis leurs pouvoirs d'imposition¹⁴⁰. Partant, dans l'arrêt *N*, la Cour reconnaît à l'Etat de sortie, la possibilité de mettre en œuvre son pouvoir fiscal en vertu d'un principe de territorialité, associé à une composante temporelle. En d'autres termes, cet Etat est en droit d'exercer sa compétence fiscale dans la mesure où les revenus qu'il entend taxer sont en lien avec des activités réalisées sur son territoire avant le déplacement de la résidence fiscale du contribuable.

La seconde étape du test de proportionnalité utilisée par la Cour consiste à déterminer si la mesure en question est bien de nature à atteindre cet objectif. Si *in casu* cette question n'amène pas de longs débats¹⁴¹, c'est la dernière étape du test qui apparaît comme étant la plus sensible. Celle-ci pose la question de savoir si les dispositions nationales en cause ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de répartition équilibrée des pouvoirs d'imposition entre les Etats membres. C'est d'ailleurs sur ce point que la Cour va s'attarder le plus.

Dans ces deux arrêts, la Cour de justice va considérer qu'un recouvrement immédiat de l'imposition est disproportionné par rapport à l'objectif susmentionné et que les législateurs nationaux doivent permettre à leurs contribuables de requérir un report de la dette d'impôt¹⁴². La Cour précise également que les modalités qui assortissent ce sursis d'imposition ne peuvent être trop restrictives.

En ce sens, la Cour autorise les Etats à établir le montant de la dette d'impôt au moment du transfert de la résidence fiscale du contribuable, considérant en outre que les obligations administratives qui en découlent et qui s'imposent à ce dernier ne sont pas disproportionnées¹⁴³. Par contre, la Cour de Justice oblige l'Etat membre de sortie à tenir compte des moins-values des éléments d'actifs transférés subséquentes au transfert de domicile fiscal¹⁴⁴.

D'autre part, les conditions liées à la constitution de garanties ou l'application d'intérêts sont envisagées de manière très restrictive – la première est interdite et la seconde n'est autorisée que moyennant le respect de conditions strictes – par la Cour de Justice. Elle considère en effet que les Etats membres ont à leur disposition des instruments efficaces

¹³⁹ Conclusions de l'Avocat général J. KOKOTT, aff. C-470/04, *N*, 30 mars 2006, §§ 91-101.

¹⁴⁰ Arrêt *N* précité, § 44.

¹⁴¹ Arrêt *N* précité, § 47.

¹⁴² Arrêt *N* précité, § 55.

¹⁴³ Arrêt *N* précité, § 49.

¹⁴⁴ Arrêt *N* précité, § 54.

qui leur assurent le recouvrement de leur créance fiscale¹⁴⁵ : elle vise spécifiquement les directives instaurant une assistance mutuelle entre Etats en la matière¹⁴⁶.

Bien qu'elle accepte par principe que les Etats membres fixent des impositions de sortie, la Cour est particulièrement restrictive à leur encontre. Partant, la Cour de Justice abouti à un équilibre favorable aux contribuables personnes physiques¹⁴⁷. Nous verrons par la suite que si ces deux arrêts constituent le fondement de sa jurisprudence ultérieure applicable aux personnes morales¹⁴⁸, la manière dont elle envisage la proportionnalité des impositions de sortie est différente lorsque celles-ci affectent des sociétés¹⁴⁹.

B. La position des institutions européennes.

Anticipant l'arrêt *National Grid Indus*¹⁵⁰ de la Cour de Justice, la Commission¹⁵¹ et le Conseil¹⁵² ont pris position quant à la question des exit taxes appliquées par les Etats au déplacement transfrontalier des personnes morales. Les deux institutions reconnaissent leur légitimité mais proposent de remédier à l'impact négatif qu'elles provoquent sur le marché intérieur. En ce sens, elles mettent l'accent sur la nécessaire coordination des différents systèmes juridiques nationaux¹⁵³.

¹⁴⁵ Arrêt *N* précité, §§ 52-53.

¹⁴⁶ Directive 2004/106/CE du Conseil, du 16 novembre 2004 modifiant la directive 77/799/CEE concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des Etats membres dans le domaine des impôts directs, de certains droits d'accises et des taxes sur les primes d'assurance et la directive 92/12/CEE relative au régime général, à la détention, à la circulation et aux contrôles de produits soumis à accises, *J.O.C.E.*, L.359/30, 4 décembre 2004 ; Directive 76/308/CEE du Conseil, du 15 mars 1976, concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances résultant d'opération faisant partie du système de financement du Fonds européen d'orientation et de garantie agricole, ainsi que des prélèvements agricoles et de droits de douane, *J.O.C.E.*, L. 073, 19 mars 1976.

¹⁴⁷ E.-J., NAVEZ, « Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE – De Daily Mail à National Grid Indus : évolution, révolution et au de-là ? », *op. cit.*, p. 649 ; H., SCHNEEWEISS, « Exit Taxation after Cartesio ; the European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies », *Intertax*, 2009, p. 367.

¹⁴⁸ K., STRICKLIN-COUTINHO, *op. cit.*, p. 122.

¹⁴⁹ A.-L., SIBONY, « Un Etat membre peut imposer les plus-values latentes d'une société au moment de son transfert de siège sans entraver la liberté d'établissement [CJUE 29 nov. 2011, *National Grid Indus*, C-371/10] », *RTDEur.*, Dalloz, 2012, p. 226 ; H.J.I., PANAYI, « *National Grid Indus BV v Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*: exit taxes in the European Union revisited », *British Tax Review*, 2012, n°1, p. 48.

¹⁵⁰ C.J.U.E., arrêt *National Grid Indus*, aff. C-378/10, Rec. I, p. 12273.

¹⁵¹ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et Social européen relative à l'imposition à la sortie et nécessité de coordonner les politiques fiscales des Etats membres, 19 décembre 2006, COM(2006)825.

¹⁵² Résolution 2008/C323/01 du Conseil du 2 décembre 2008 sur la coordination en matière de taxation à la sortie, *J.O.*, 2008.

¹⁵³ M. AUJEAN, « European Commission launches comprehensive Strategy to promote tax coordination in the EU », *E.C.T.R.*, 2007, pp. 63 et 64.

i. De la transposition des arrêts *de Lasteyrie du Saillant* et *N* aux sociétés.

Dans sa communication, la Commission se fixe pour objectif de transposer aux sociétés, les conséquences pratiques découlant de la jurisprudence de la Cour de Justice consacrée aux taxations de sortie imposées par les Etats aux personnes physiques¹⁵⁴.

Dans les grandes lignes, elle confirme donc la position libérale tenue par la Cour dans ses arrêts *de Lasteyrie du Saillant* et *N* et étend leurs implications aux sociétés. Ces dernières se voient reconnaître le droit d'opter pour le recouvrement différé de leur dette fiscale. A la différence de sa jurisprudence précitée, la Commission propose cependant de leur ouvrir la possibilité de choisir l'imposition immédiate de leurs plus-values latentes.

Le cas échéant, si elles décident d'opter pour le report de l'imposition, celui-ci doit être associé à des obligations administratives raisonnables. Par ailleurs, la Cour n'évoque pas la possibilité pour les Etats d'appliquer des intérêts ou d'exiger la constitution de garanties, elle met par contre en avant les instruments dont les Etats membres disposent pour s'assurer du recouvrement international de leur créance fiscale¹⁵⁵.

Le Conseil reconnaît la validité des impositions à la sortie et contrairement à la Commission, il n'exige pas l'octroi par l'Etat membre de sortie, d'un sursis à l'imposition¹⁵⁶.

ii. Du risque de double imposition.

Les deux institutions envisagent également ce qui constitue l'autre aspect négatif des impositions de sortie : le risque de double taxation des actifs transférés¹⁵⁷. En effet, ce second fardeau fiscal imposé aux sociétés résulte de l'exercice parallèle par les Etats, de leurs compétences fiscales¹⁵⁸. Précisément, la double imposition découle des différences existantes entre les critères retenus par les Etats membres pour évaluer lesdits actifs en vue de leur imposition.

¹⁵⁴ H.J.I., PANAYI, "Exit Taxation as an obstacle to Corporate Emigration from the Spectre of EU Tax Law", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2010-2011, vol. 13, p. 258.

¹⁵⁵ Directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, *J.O.C.E.*, L. 84/1, 31 mars 2010.

¹⁵⁶ E. RÖDER, "Co-ordination of Corporate Exit Taxation in the Internal Market and Beyond", *op. cit.*, p. 579 ; H., VAN ARENDONK, "National Grid Indus and its Aftermath", *E.C.T.R.*, 2013/14, p. 171 ; H., VAN ARENDONK, « Exit taxes: Separation of Powers », *E.C.T.R.*, 2010, p. 61

¹⁵⁷ D., ZERNOVA, "Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market", *Intertax*, 2011, p. 488.

¹⁵⁸ C.J.C.E., arrêt *Damseaux*, aff. C-128/07, Rec., I, p. 6823.

L'existence d'un tel risque n'est pas difficile à comprendre dans la mesure où il résulte du conflit d'intérêts¹⁵⁹ existant entre l'Etat membre de sortie - qui souhaite sauvegarder au maximum son pouvoir d'imposition - et l'Etat membre d'accueil qui souhaite taxer au maximum les plus-values enregistrées par les sociétés établies sur leur territoire.

En conséquence, si l'Etat membre de sortie met en œuvre son pouvoir d'imposition sur la différence entre la valeur comptable et la valeur vénale des actifs enregistrés au moment du transfert et que d'autre part, l'Etat membre d'accueil se réfère également à la valeur comptable des éléments d'actifs transférés pour fixer le montant de son impôt et ce, sans tenir compte de l'imposition déjà appliquée dans l'Etat d'origine, alors, la société subit une double imposition économique de ses revenus.

iii. Des pistes de solutions proposées par la Commission et le Conseil.

Le risque de double taxation est donc causé par l'absence de prise en compte par l'Etat d'accueil, de l'imposition déjà appliquée par l'Etat d'origine de la société. Alors qu'elles semblent constituer la solution de bon sens dans ce type de situation, les conventions préventives de double imposition adoptées sur base du modèle OCDE ne permettent pas d'éviter la double imposition économique des éléments d'actif transférés¹⁶⁰. En effet, les caractéristiques spécifiques des taxes de sortie empêchent une application efficace de ces conventions internationales qui aboutissent *in fine*, à des solutions contradictoires¹⁶¹.

Dès lors, pour remédier à cette double imposition économique, la Commission et le Conseil proposent tous les deux la mise en place d'un mécanisme de « *step up in value* » imposé à l'Etat membre d'accueil en vertu duquel celui-ci s'engage à utiliser la valeur vénale retenue par l'Etat membre de sortie lors de la mise en œuvre de son pouvoir d'imposition pour déterminer sa base d'imposition.

Si ces solutions semblent adaptées au problème rencontré, elles impliquent une coordination des systèmes juridiques des Etats membres. Or, dans la mesure où les instruments du Conseil et de la Commission ne sont en rien contraignants¹⁶², il y a peu de chance de voir ce risque de double imposition disparaître à l'heure actuelle. Cette

¹⁵⁹ E. RÖDER, *op. cit.*, p. 574.

¹⁶⁰ Voy. not. E. RÖDER, *op. cit.*, p. 575 ; E.-J., NAVEZ, "Le transfert de siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE. Examen en droit commercial et fiscal belge, à la lumière de l'influence européenne", *Droit des groupes de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 122 et 123 ; V. DABIJA, *Exit Taxation in the European Union : Is there really a problem ?* (multig.), Master thesis in European and International Tax Law, Lund University, 2014-2015, p. 22.

¹⁶¹ F., DE MAN et T., ALBIN, « Contradicting Views on Exit Taxation under OECD MC and TFEU: Are Exit Taxes Still Allowed in Europe ? », *Intertax*, 2011, pp. 622.

¹⁶² H., VAN ARENDONK, *op.cit.*, p. 61; K., STRICKLIN-COUTINHO, *op. cit.*, p. 128.

situation est donc peu satisfaisante surtout lorsque l'on connaît l'impact négatif que peuvent avoir ces doubles taxations sur le déplacement des sociétés et donc sur le marché intérieur dans sa globalité¹⁶³.

C. L'arrêt *National Grid Indus* et son évolution ultérieure.

Dans cet arrêt, la Cour a été amenée pour la première fois à se prononcer sur le sort des exit taxes entravant le déplacement transfrontalier de sociétés au sein de l'espace communautaire.

Dans les faits, la société *National Grid Indus*, société de droit néerlandais établie aux Pays-Bas, était titulaire au moment du transfert de son siège de direction effective vers le Royaume-Uni, d'une créance libellée en livre sterling, porteuse d'un gain de change latent. L'administration fiscale néerlandaise a néanmoins jugé que ce transfert de siège réel rendait immédiatement exigible un impôt sur ce gain de change latent. La société *National Grid Indus* a alors pris la décision de contester cette taxation devant les juridictions néerlandaises, considérant celle-ci comme étant contraire au principe de liberté d'établissement consacré par le Traité. C'est dans ce contexte factuel que la Cour de Justice a été saisie sur renvoi préjudiciel par la juridiction nationale.

L'arrêt *National Grid Indus* consacre la validité de principe, en droit européen, des impositions à la sortie, appliquées aux personnes morales dans la mesure où celles-ci répondent à des objectifs relevant de l'intérêt général¹⁶⁴. En ce sens, différentes raisons peuvent justifier des obstacles de nature fiscale mais dans la lignée de son arrêt *N*¹⁶⁵, la Cour confirme qu'une disposition nationale telle que celle en cause peut valablement poursuivre un objectif de « répartition du pouvoir d'imposition entre les Etats membres »¹⁶⁶.

Si la Cour admet de telles justifications, encore faut-il que ces dispositions nationales respectent le contrôle de proportionnalité qu'elle organise et que nous avons détaillé ci-avant. Il s'agit donc de se demander si la mesure en cause est de nature à atteindre le résultat visé mais aussi s'il n'existe pas d'autres mesures moins attentatoires à la liberté d'établissement et qui permettent malgré tout d'aboutir à l'objectif escompté.

¹⁶³ Déclaration générale de la Chambre Internationale de Commerce du 15 juillet 2014, "Exit Taxes: serious obstacles for international business restructurings and movement capital", n° 180-534, disponible sur le site internet de l'institution.

¹⁶⁴ Arrêt *National Grid Indus* précité, §42 ; T., BIERMEYER, F., ELSENER, F., TIMBA, « The Compatibility of Corporate Exit Taxation with European Law. Case 371/10 *National Grid Indus BV*, Judgement of the Court ((Grand Chamber) of 29 November 2011, not yet reported », *E.C.F.R.*, 2012, p. 106.

¹⁶⁵ Arrêt *N* précité, §41-42.

¹⁶⁶ Arrêt *National Grid Indus* précité, § 48.

Si la Cour répond positivement et de manière assez directe que la législation néerlandaise est bien de nature à atteindre l'objectif visé¹⁶⁷, c'est son caractère proportionné au regard de la liberté d'établissement qui va nous occuper davantage.

En effet, l'analyse de la Cour de Justice permet de dégager l'équilibre que celle-ci entend exiger d'une législation étatique entre d'une part, le respect du droit des sociétés à se mouvoir au sein du territoire communautaire et d'autre part, la souveraineté fiscale des Etats membres à l'origine de ces dispositions.

Lorsqu'elle envisage le caractère nécessaire de ladite mesure, la Cour de Justice distingue la question de l'établissement du montant de l'imposition de celle du recouvrement de la dette d'impôt. C'est selon cette distinction que nous allons analyser la position tenue par la Cour dans son arrêt *National Grid Indus* ainsi que dans ses arrêts ultérieurs.

i. Le moment de la détermination du montant de l'imposition à la sortie.

C'est sans grande surprise que la Cour considère que l'établissement du montant de l'impôt au jour du transfert du siège de l'entreprise n'est pas disproportionné par rapport à l'objectif de répartition du pouvoir d'imposition entre les Etats membres¹⁶⁸. En effet, comme le précise l'avocat général Kokott dans ses conclusions précédant l'arrêt¹⁶⁹, cette fiction permet aux Etats impliqués de déterminer plus aisément ce sur quoi ils vont pouvoir mettre en œuvre leur pouvoir d'imposition tout en préservant le contribuable d'obligations administratives excessives.

La question sensible consiste à déterminer si le caractère immuable du montant établi à ce moment peut être considéré comme proportionné au regard de l'objectif susmentionné¹⁷⁰. Autrement dit, il s'agit, pour la Cour de Justice, d'évaluer dans quelle mesure les Etats membres doivent prendre en compte les fluctuations de valeur des éléments d'actifs de l'entreprise qui seraient intervenues postérieurement à son déplacement. Cette question est sensible car une réponse inadaptée serait susceptible d'engendrer des situations de double imposition économique dans le chef du contribuable.

¹⁶⁷ Arrêt *National Grid Indus* précité, §49.

¹⁶⁸ Arrêt *National Grid Indus* précité, §52.

¹⁶⁹ Conclusions de l'Avocat général J. Kokott, aff. C-371/10, *National Grid Indus*, 8 septembre 2011, §61.

¹⁷⁰ V., KRONENBERGER, *op. cit.*, R.A.E., 2011, p. 842.

Dans l'arrêt *National Grid Indus*, la Cour a considéré qu'il ne s'imposait pas à l'Etat membre d'origine, de prendre en considération les moins-values de ces éléments d'actifs pour que sa législation réponde positivement au contrôle de proportionnalité¹⁷¹.

Cette orientation prise par la Cour de Justice peut paraître surprenante dans la mesure où, comme nous l'avons vu, sa position était diamétralement opposée dans le cadre de sa jurisprudence relative aux impôts de sortie affectant les personnes physiques¹⁷². Dès lors, comment peut-on expliquer cette différence de traitement entre personnes physiques et personnes morales ? Selon la Cour, cette distinction s'explique par les divergences existant au niveau de l'affectation des actifs transférés par ces deux catégories de contribuables¹⁷³.

Pour ce qui est des éléments d'actifs appartenant aux contribuables personnes physiques, il s'agirait la plupart du temps, de prises de participation dans des sociétés dont l'objectif final vise en leur aliénation dans le but de pouvoir dégager un bénéfice. Il serait dès lors normal selon la Cour, dans la mesure où l'Etat de sortie peut en principe imposer le bénéfice résultant de l'aliénation ultérieure de ces actifs, que celui-ci tienne compte des moins-values intervenues postérieurement au transfert de la résidence fiscale du contribuable, en permettant à ce dernier de pouvoir déduire les pertes y afférentes.

Par contre, les éléments d'actifs d'une entreprise sont quant à eux généralement affectés à une activité de production et subissent une dépréciation économique liée à leur utilisation. En conséquence, il existe peu de chance qu'une aliénation ultérieure de ces actifs intervienne ou ne génère un bénéfice imposable dans le chef de l'Etat membre de sortie comme cela peut être le cas pour les actifs des personnes physiques. Se faisant, il est possible que cet Etat ne puisse jamais imposer un quelconque revenu. Il est donc cohérent, selon la Cour de Justice, que l'Etat membre d'origine n'ait pas à prendre en considération la perte de valeur intervenue ultérieurement au transfert du siège de la société.

Dans la mesure où ils sont affectés à une activité de production, les éléments d'actif transférés d'une entreprise participent à la réalisation de bénéfices sur le territoire de l'Etat d'accueil. A ce titre, il serait logique que ce soit à cet Etat membre qu'incombe l'obligation de prendre en considération les moins-values intervenues à l'occasion du transfert de siège, eu égard au lien existant entre les actifs de cette société et les

¹⁷¹ Arrêt *National Grid Indus* précité, §64.

¹⁷² Arrêt *N* précité, §38.

¹⁷³ Arrêt *National Grid Indus* précité, §§ 56-57.

bénéfices imposables par ledit Etat¹⁷⁴. C'est d'ailleurs la position que propose de retenir la Cour de Justice.

Comme le précise E.-J. NAVEZ¹⁷⁵, la Cour de Justice fonde cette répartition des compétences fiscales entre l'Etat membre d'origine et l'Etat membre d'accueil en s'appuyant sur « *le principe de territorialité fiscale, associé à un élément temporel, et sur la théorie de la symétrie entre le droit d'imposition des bénéfices et la faculté de déduction des pertes* » dans le but de « *libérer l'Etat membre d'origine de l'obligation de tenir compte des pertes éventuelles qui seraient subies par la société après le transfert de son siège de direction effective.* ».

Cette approche de la Cour, bien que correcte est beaucoup trop générale et est à ce titre remise en cause par certains auteurs¹⁷⁶. En effet, tous les actifs d'une entreprise ne sont pas forcément affectés à une activité de production et il existe d'autres raisons que leur utilisation dans le cadre d'une activité économique qui entraînent néanmoins dans leur chef, une dépréciation de valeur¹⁷⁷.

Cela étant, si la Cour de Justice considère qu'il revient *en principe*¹⁷⁸ à l'Etat membre d'accueil de prendre en compte les variations de valeurs intervenues postérieurement au transfert du siège de la société, elle ne peut tirer toutes les conséquences logiques des principes qu'elle invoque et ne peut lui imposer d'en tenir compte¹⁷⁹. En effet, les Etats membres restent libres de ne pas prendre en considération ces moins-values dans la mesure où la Cour n'est pas compétente pour solutionner les distorsions découlant de la superposition de législations nationales non-coordonnées¹⁸⁰¹⁸¹. Si comme nous l'avons vu, au terme de sa résolution de 2008, le Conseil avait bel et bien proposé d'introduire un mécanisme de « *step up in value* » au sein de l'Etat membre d'accueil, le caractère non contraignant de cet instrument ne permet pas de régler la question dans un sens qui soit favorable aux contribuables.

¹⁷⁴ Arrêt *National Grid Indus* précité, § 58.

¹⁷⁵ E.-J., NAVEZ, « Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE – De Daily Mail à National Grid Indus : évolution, révolution et au-delà ? », *op. cit.*, p. 645.

¹⁷⁶ R., KOK, « Exit Taxes for Companies in the European Union after National Grid Indus », *E.C.T.R.*, 2012/4, p. 205.

¹⁷⁷ La dépréciation économique d'un équipement transféré pourrait très bien résulter d'une avancée technologique rendant ce dernier obsolète. Voy. R., KOK, « Exit Taxes for Companies in the European Union after National Grid Indus », *op. cit.*, p. 205.

¹⁷⁸ Arrêt *National Grid Indus* précité, § 61.

¹⁷⁹ D., SMIT, « The National Grid Indus Case: A Pyrrhic Victory ? », *European Tax Studies*, 2012, p. 23.

¹⁸⁰ Arrêt *National Grid Indus* précité, §62.

¹⁸¹ E.-J., NAVEZ, « Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE – De Daily Mail à National Grid Indus : évolution, révolution et au-delà ? », *op. cit.*, p. 644 ; E., RÖDER, « Co-ordination of Corporate Exit Taxation in the Internal Market and Beyond », *British Tax Review*, 2014, n° 5, p. 585.

Selon la Cour, l'« éventuelle non-prise en compte de moins-values par l'État membre d'accueil n'impose aucune obligation, pour l'État membre d'origine, de réévaluer au moment de la réalisation de l'actif concerné une dette fiscale qui a été déterminée définitivement au moment où la société concernée, en raison du transfert de son siège de direction effective, a cessé d'être assujettie à l'impôt dans ce dernier État membre. »¹⁸²

La solution adoptée par la Cour de Justice dans son arrêt *National Grid Indus* n'est donc pas une avancée pour les sociétés désireuses de se mouvoir vers d'autres Etats membres. Effectivement, dans l'hypothèse où ni leur Etat membre d'origine, ni l'Etat membre d'accueil n'accepteraient de prendre en compte la perte de valeur intervenue postérieurement au transfert de leur siège de direction, ces sociétés subiraient une double imposition économique et peuvent donc hésiter à entreprendre un tel déplacement¹⁸³.

ii. La procédure de recouvrement

Là aussi, les différentes modalités imposées par les Etats membres lors de la procédure de recouvrement sont analysées par la Cour de Justice au travers du prisme que constitue leur proportionnalité au regard du principe de liberté d'établissement.

a) Le choix entre le recouvrement immédiat et l'octroi d'un sursis à l'imposition.

Contrairement à son arrêt *N*¹⁸⁴ dans lequel elle avait considéré que seule pouvait être considérée comme proportionnée au regard du principe de liberté d'établissement, une législation nationale qui octroie au contribuable un sursis au paiement de l'imposition de sortie, la Cour adopte dans l'arrêt *National Grid Indus*, une position intermédiaire qui s'aligne sur la proposition déposée par la Commission en 2006. Cette question oppose une nouvelle fois, les intérêts des contribuables à ce qu'il soit porté une atteinte la plus minime possible à leur liberté de se mouvoir et les intérêts des Etats membres à ce que leur souveraineté fiscale soit respectée.

La Commission et la société *National Grid Indus* mettent en avant le problème de trésorerie¹⁸⁵ inhérent au recouvrement immédiat de la dette d'impôt dans le but de convaincre la Cour de la nécessité de prévoir un sursis à l'imposition afin d'aboutir à un

¹⁸² Arrêt *National Grid Indus* précité, §61.

¹⁸³ V., KRONENBERGER, *op. cit.*, p.843.

¹⁸⁴ Arrêt *N* précité, §55.

¹⁸⁵ Arrêt *National Grid Indus* précité, §37.

équilibre et rester dans la proportionnalité par rapport à l'objectif susvisé.

Les gouvernements des Etats objectent quant à eux que cette approche constituerait une mesure inefficace tant du point de vue des contribuables que celui des administrations fiscales des Etats membres dans la mesure où elle impliquerait une charge administrative trop importante. En effet, un report de l'imposition oblige les contribuables à déclarer annuellement la possession des actifs ainsi qu'à déclarer leur cession ultérieure, à charge pour les Etats membres de vérifier la véracité de telle déclaration¹⁸⁶.

La Cour va en réalité reconnaître la légitimité des arguments invoqués par les deux parties¹⁸⁷. Ceux de la Commission et des contribuables d'abord, en considérant qu'une législation nationale qui prévoit la seule possibilité d'une imposition immédiate est contraire à l'objectif mentionné et donc, ne respecte pas le principe de proportionnalité. Elle reconnaît également que le report de l'imposition est une mesure à même de répondre au problème de *cash out*. En ce sens, elle réaffirme sa jurisprudence applicable aux personnes physiques.

Cependant, la Cour va un cran plus loin car elle considère que dans certaines situations complexes, par exemple celles caractérisées par la présence d'un grand nombre d'actifs, l'atteinte portée à la liberté d'établissement par des exigences administratives imposées à la société en cas de sursis à l'imposition peuvent être plus attentatoire à la liberté d'établissement que le recouvrement immédiat de l'imposition et qu'en conséquence, les contribuables peuvent parfois avoir intérêt à s'acquitter immédiatement de leur dette d'impôt. C'est en ce sens qu'elle décide s'il faut donner aux contribuables le choix entre recouvrement immédiat et report de l'imposition¹⁸⁸.

Elle écarte par contre l'argument selon lequel les administrations fiscales des Etats feraient face à une charge administrative excessive dans l'hypothèse d'un report de l'imposition en se référant aux possibilités ouvertes par le droit européen en matière d'assistance mutuelle au recouvrement de dettes fiscales¹⁸⁹.

Considérant ce qui précède, la Cour de Justice abouti à une position équilibrée qui se veut davantage à l'écoute des intérêts des sociétés désireuses de mettre en œuvre leur liberté d'établissement. Cette position est par ailleurs maintenue par la Cour dans ses arrêts subséquents.

¹⁸⁶ Arrêt *National Grid Indus* précité, §67.

¹⁸⁷ Arrêt *National Grid Indus* précité, §§70-71.

¹⁸⁸ Arrêt *National Grid Indus* précité, §73.

¹⁸⁹ Arrêt *National Grid Indus* précité, §78.

b) De la notion de « réalisation effective ».

On le sait maintenant, le choix doit être donné au contribuable de pouvoir opter soit pour l'imposition immédiate, soit pour l'octroi d'un sursis au recouvrement de sa dette fiscale née du transfert de ses éléments patrimoniaux en dehors du territoire fiscal de son Etat d'origine. Si le choix du contribuable s'oriente vers le report de l'imposition, l'arrêt *National grid Indus* précise que celle-ci n'intervient qu'au moment de la « réalisation effective » des actifs considérés¹⁹⁰.

La détermination précise du moment de la « réalisation » des actifs transférés est fortement débattue en doctrine¹⁹¹. Il s'agit d'une question complexe et plusieurs considérations doivent être prises en compte.

D'abord, quant à la définition même qu'il faut apporter à la notion de « réalisation »¹⁹². Quelles sont les opérations réellement visées par celle-ci ? ¹⁹³ Par exemple, peut-on considérer que la dépréciation économique des actifs transférés rencontre la notion de « réalisation » et qu'en conséquence, l'Etat membre de sortie peut mettre en œuvre son pouvoir d'imposition au moment où ces actifs enregistrent une perte de valeur ? Peut-on également tenir compte de l'utilisation des actifs transférés ? Ou bien, doit-on uniquement s'en tenir à leur aliénation ultérieure pour déterminer le moment où ceux-ci pourront être légitimement imposés par l'Etat membre d'origine ?

En outre, si tant est qu'un consensus ait abouti sur le choix des opérations visées par la notion de réalisation, quelle définition de ces opérations faut-il retenir entre celle donnée par l'Etat membre d'origine et celle donnée par l'Etat membre d'accueil de la société concernée ? Des problèmes de contrariété quant au droit européen peuvent en effet surgir selon la définition prise en compte¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Arrêt *National Grid Indus* précité, §68.

¹⁹¹ O., SENDESTKA, "ECJ Case Law on Corporate Exit Taxation : From National Grid Indus to DMC: What Is The Current State of Law ?", *E.C.T.R.*, 2014/4, pp. 232-233 ; R. KOK, *op. cit.*, p. 203

¹⁹² K., CEJIE, "Emigrations taxes – Several Questions, Few Answers : From Lasteyrie to National Grid Indus and Beyond", *Intertax*, 2012, p. 399.

¹⁹³ D., SMIT, *op. cit.*, p. 24 ; F., PÖTGENS, P., VAN OS, P.-H., DURAND, A., ROBERT, A., DONY, M., SCHEIFELE, G., WAGNER, A., SILVESTRI, L., LANCELLOTTI, F., ROMÃO, A., CASTRO CALDAS, P., PICHEL, G., CANALEJA LASARTE, D., LOPEZ POMBO, T., BEARE, « The Compatibility of Exit Tax Legislation Applicable to Corporate Taxpayers in France, Germany, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain and The United Kingdom with the EU Freedom of Establishment – Part 2 », *Intertax*, vol. 44, 2016, p. 167.

¹⁹⁴ K., VAN BROCKE et S., MÜLLER, « Exit Taxes : The Commission versus Denmark Case Analysed against the Background of the Fundamental Conflict in the EU : Territorial Taxes and Internal Market without Barriers, *EC Tax Review*, 2013, p. 301.

Ensuite, des considérations liées à la nature même des actifs doivent être retenues¹⁹⁵. En effet, lorsque la situation patrimoniale d'une société désireuse de transférer son siège à l'étranger est elle-même complexe, qu'elle implique de nombreux actifs qui peuvent avoir des timings de réalisation différents, alors, des difficultés peuvent apparaître quant à la question du moment précis auquel doit avoir lieu le recouvrement de la dette fiscale. D'autant que certains actifs ne sont pas destinés à faire l'objet d'une réalisation, dans une telle hypothèse, l'Etat membre d'origine se retrouverait théoriquement dans l'impossibilité de mettre en œuvre son pouvoir d'imposition.

La position la plus respectueuse des intérêts des contribuables est de faire coïncider le recouvrement de l'impôt par l'Etat membre d'origine, au moment de la réalisation des actifs. En effet, une telle concomitance a pour objectif d'éviter le problème de trésorerie inhérent à leur imposition précoce¹⁹⁶. C'est par ailleurs la position de principe tenue par la Cour de Justice dans l'arrêt *National Grid Indus* qui considère ce mécanisme comme proportionné.¹⁹⁷

Cependant, opposée aux questions complexes qui entourent la détermination du moment précis de « réalisation » desdits actifs, l'évolution de la jurisprudence de la Cour de Justice démontre un infléchissement qui ne va pas dans le sens de la protection des intérêts des contribuables et qui a pour conséquence de détacher le moment de la « réalisation effective » des actifs, du moment de leur recouvrement.

Cette régression vers moins de mobilité pour les sociétés a débuté à partir de l'arrêt *Commission c. Danemark*¹⁹⁸. Dans celui-ci, la Cour de Justice envisage la proportionnalité d'une législation danoise prévoyant l'imposition immédiate d'éléments d'actif non-financier qui n'était pas de nature à faire l'objet d'une réalisation subséquente. Cet arrêt constitue la première inflexion de la Cour de Justice au regard de son arrêt *National Grid Indus* dans la mesure où, pour ce qui est des actifs qui n'ont pas pour finalité d'être réalisés, il ouvre la possibilité aux Etats Membres de définir un critère alternatif de recouvrement de l'impôt à celui de la « réalisation effective » desdits actifs¹⁹⁹.

Partant, la Cour autorise les Etats membres à fixer une limite d'ordre temporelle au report d'imposition octroyé aux sociétés quittant leur territoire et détache donc dans le

¹⁹⁵ J., WATTEL, « Exit Taxation in the EU/EEA Before and After National Grid Indus », *Tax Notes International*, 2012, p. 375.

¹⁹⁶ O., SENDETSKA, *op. cit.*, p. 233.

¹⁹⁷ Arrêt *National Grid Indus* précité, §68.

¹⁹⁸ C.J.U.E, arrêt *Commission c. Danemark* du 18 juillet 2013, aff. C-261/11, non encore publié.

¹⁹⁹ M., TELL, "Exit Taxation after Commission v. Denmark C-261/11", *Global Tax Weekly*, 2013, n° 56, pp.16 et 17.

temps, le recouvrement de la réalisation effective des actifs transférés. Cependant, cette solution était, en l'état, réservée à cette seule catégorie d'actifs et la Cour de Justice ne se prononçait pas sur ce qu'elle considérait comme étant un « critère alternatif », proportionné à l'objectif de répartition équilibré des pouvoirs d'impositions entre les Etats.

C'est dans l'arrêt *DMC*²⁰⁰ que la Cour va considérer comme étant proportionné, un mécanisme de recouvrement de l'impôt déjà d'application dans plusieurs Etats membres et qui désigne un autre critère que celui de la réalisation effective des éléments d'actif : le paiement échelonné de l'impôt. Elle le valide au regard de la liberté d'établissement, le considérant comme moins attentatoire à celle-ci que le recouvrement immédiat de l'imposition mais ne précise par le nombre d'annuité à partir duquel l'application dudit critère doit être considéré comme justifié²⁰¹. Elle semble tout au plus validé la durée de cinq annuités²⁰².

Mais la portée de l'arrêt *DMC* a été relativisée par certains auteurs considérant que le nouveau critère dégagé par la Cour ne s'appliquait qu'à des situations bien particulières, comme celles qui constituaient les faits de l'espèce et uniquement lorsque l'Etat d'origine se voyait empêché d'exercer son pouvoir d'imposition lors de l'aliénation ultérieure des éléments d'actif²⁰³. Le récent arrêt *Verder Labtec*²⁰⁴ démontre pourtant le contraire en validant le mécanisme au regard d'autres situations et en généralisant la possibilité d'appliquer un paiement étalé de l'imposition à toutes les situations d'exit tax²⁰⁵ et donc également à celles impliquant des actifs qui feront l'objet d'une réalisation ultérieure. A ce titre, il est intéressant de noter que la Cour ne fait plus référence à la notion de « réalisation effective » comme elle pouvait le faire dans ses arrêts *Commission c. Portugal* et *National Grid Indus*²⁰⁶.

Ce nouveau critère dégagé par la Cour présente certains avantages²⁰⁷ notamment celui de limiter les charges administratives liées à l'imposition du transfert d'actif, aussi bien du point de vue du contribuable que du point de vue des administrations fiscales. En outre, ce critère est vecteur de sécurité juridique tant dans le chef de l'administration que dans celui des sociétés dans la mesure où un échéancier de recouvrement de la dette fiscale est prévu dès l'origine. Par contre, et c'est là le point sensible de la question,

²⁰⁰ C.J.U.E., arrêt *DMC* du 23 janvier 2014, aff. C-164/12, non encore publié.

²⁰¹ W., OEPEN et N., LENAERTS, "Affaire DMC : la question des impôts à l'émigration est-elle tranchée?", *Fisco. Int.*, 2014, n° 367, p.4.

²⁰² Arrêt *DMC* précité, §69.

²⁰³ W., OEPEN et N., LENAERTS, « Verder LabTec : l'exit tax est définitivement confirmée », *Fisco. Int.*, n° 381, 2015, p. 4.

²⁰⁴ C.J.U.E, arrêt *Verder LabTec* du 21 mai 2015, aff. C-657/13, non encore publié.

²⁰⁵ Arrêt *Verder Labtec* précité, §53.

²⁰⁶ O., SENDESTKA, *op. cit.*, p. 233.

²⁰⁷ M. TELL, *op. cit.*, p. 16.

ce critère est susceptible de créer un *cash out* désavantageux pour le contribuable et la proportionnalité d'un tel système dépendra donc des modalités acceptées par la Cour à la mise en œuvre de ce système. En ce sens, l'arrêt *Verder Labtec* confirme qu'un étalement du paiement sur cinq années est une mesure adaptée²⁰⁸.

Une fois de plus, on peut considérer cette évolution comme n'allant pas dans le sens de la mobilité des sociétés. En effet, le critère retenu par la Cour dans *National Grid Indus* et qui assurait à la société de ne pas être confrontée à un décaissement désavantageux n'est plus considéré comme étant le critère de principe dans sa jurisprudence ultérieure. Ce glissement ouvre donc la possibilité aux Etats de distinguer le moment du recouvrement de celui de la réalisation effective, au risque d'imposer le contribuable à un moment où les plus-values afférentes aux éléments d'actifs transférés ne sont pas encore réalisées et ne le seront peut-être jamais.

- c) Modalités appliquées par les Etats au recouvrement de l'imposition à la sortie.

Le recouvrement d'un impôt, lorsqu'il présente un caractère international, pose certains problèmes. En effet, dans cette hypothèse, les administrations fiscales nationales se trouvent limitées dans la mesure où elles ne sont pas autorisées à collecter des taxes en dehors de leur territoire fiscal²⁰⁹.

Pour répondre à cette difficulté, les Etats membres vont recourir à des modalités leur permettant d'assurer le recouvrement de leur créance fiscale. Si la retenue à la source est régulièrement utilisée dans ce contexte²¹⁰, elle ne peut être envisagée étant entendu le particularisme de notre problématique. Par contre, les Etats n'hésitent pas à assurer le recouvrement de leur créance fiscale en exigeant de leurs contribuables, la constitution de garanties ou l'application d'intérêts.

Nous voyons déjà la question qui se profile ici. Il est une nouvelle fois question pour la Cour de Justice de trouver le juste équilibre entre l'application de ces mesures qui sont la manifestation de la souveraineté fiscale des Etats membres et d'autre part, le respect du droit qu'ont les sociétés à se mouvoir au sein de l'espace européen. Une nouvelle fois, l'analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Justice va nous démontrer que l'équilibre anciennement atteint dans ses arrêts relatifs aux personnes physiques est renversé au profit de la souveraineté fiscale étatique.

²⁰⁸ Arrêt *Verder LabTec* précité, §53.

²⁰⁹ E., KEMMEREN, « Recovery of Income Taxes : ECJ Tends to Allow Member States more Leeway », *E.C.T.R.*, 2013/1, p. 1.

²¹⁰ E., KEMMEREN, *op. cit.*, p. 2.

De cette jurisprudence, il apparaît que la Cour autorise aux Etats d'exiger la constitution d'une garantie et l'application d'intérêts lors de l'octroi d'un sursis au recouvrement de leur créance fiscale. Nous allons donc envisager ces deux points de manière distincte.

- La constitution d'une garantie lors du choix du paiement différé de l'imposition.

Nous l'avons vu, la Cour de Justice a envisagé pour la première fois dans sa jurisprudence *De Lasteyrie du Saillant* et *N*, la possibilité pour les Etats membres d'imposer à leurs contribuables personnes physiques, la constitution d'une garantie bancaire lorsque ceux-ci désiraient opter pour le report de leur dette fiscale. La juridiction européenne a en l'espèce décidé qu'il existait des mesures moins attentatoires à la liberté d'établissement et qui permettaient tout autant aux Etats de recouvrer leurs créances fiscales comme par exemple la directive concernant l'assistance mutuelle entre Etats membres en matière de recouvrement. Une telle position allait donc dans le sens d'une mobilité accrue des agents économiques au sein de l'espace européen²¹¹ et était notamment confirmée par la communication de la Commission rendue en 2006.

La jurisprudence de la Cour en la matière est caractérisée par une incohérence certaine²¹². Pour preuve, dans l'arrêt *National Grid Indus*²¹³, lorsqu'elle envisage cette question, la Cour ne fait plus référence à la directive précitée²¹⁴ et considère l'exigence de constitution d'une garantie comme étant proportionnée. Par ailleurs, la Cour n'explique pas réellement son choix et se contente de faire allusion au fait que le risque de non recouvrement est accru par l'écoulement du temps²¹⁵.

Si certains semblent expliquer ce revirement par les différences objectives existant entre la situation des personnes physiques et celles des sociétés²¹⁶, la majorité des auteurs ont critiqué ouvertement cette position au vu de l'atteinte à la liberté d'établissement que cause cette condition supplémentaire imposée aux contribuables. En effet, l'exigence que soit constituée une garantie bancaire présente les mêmes effets restrictifs que le recouvrement immédiat de l'imposition dans la mesure où, d'un point de vue économique, celle-ci a pour effet de priver le contribuable des actifs fournis à titre de

²¹¹ E.-J., NAVEZ, "Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE – De Daily Mail à National Grid Indus: évolution, révolution et au-delà ?", *op. cit.*, p. 649.

²¹² E., KEMMEREN, *op. cit.*, p. 8.

²¹³ Arrêt *National Grid Indus* précité, §74.

²¹⁴ Ce qui est difficilement compréhensible dans la mesure où elle y fait référence à d'autres étapes de son raisonnement.

²¹⁵ Arrêt *National Grid Indus* précité, §74.

²¹⁶ V., KRONENBERGER, « Conséquences fiscales du transfert de siège d'une société au sein de l'Union : la Cour retient une solution équilibrée », *R.A.E.*, 2011, p. 844.

garantie²¹⁷. La conséquence étant que le choix proposé au contribuable d'opter entre l'imposition immédiate et le report de celle-ci, jugé proportionné par la Cour de Justice, ne remplit plus ses objectifs étant entendu que dans les deux cas, la société est confrontée au problème de *cash out* que cette option entendait précisément éviter.

Dès lors, comme la relève notamment l'avocat général P. MENGOSZI dans ses conclusions précédant l'arrêt *Commission c. Portugal*²¹⁸, l'application inconditionnelle d'une garantie bancaire au recouvrement différé de l'imposition de sortie ne peut être justifiée. Selon lui, une telle mesure ne peut être considérée comme légitime au regard du droit européen que dans la mesure où un risque réel et avéré de non-recouvrement est établi au terme d'une appréciation au cas par cas par les autorités nationales compétentes. C'est précisément cette solution qui sera retenue par la Cour de Justice au terme de son arrêt *DMC*²¹⁹. Si la Cour laisse au juge national le soin d'établir les critères devant guider les administrations fiscales nationales lorsque celles-ci sont amenées à juger de l'opportunité d'appliquer une garantie bancaire, plusieurs principes peuvent être trouvés au sein de la doctrine.

Par exemple, il n'apparaîtrait pas proportionné que l'autorité nationale exige que soit mis en garantie un montant équivalent au montant reporté²²⁰ ou qu'elle impose l'application immédiate de la garantie étant entendu que l'existence avérée du risque de non-recouvrement ne peut se vérifier que par l'écoulement du temps²²¹. Par ailleurs, lorsque la société continue à être résidente au sein de son Etat d'origine ou lorsqu'elle y conserve des actifs, il n'existerait pas de réel risque de non-recouvrement²²². Ce serait également le cas lorsque la situation n'est pas particulièrement complexe et n'implique que le transfert d'un nombre restreint d'actifs²²³.

En outre, O. THÖMMES et A. LINN²²⁴ considèrent que lorsque la Cour de Justice évoque la possibilité d'assortir le report de l'imposition d'une garantie bancaire, en réalité, elle ne fait que suggérer un exemple spécifique de garantie pouvant être appliqué à ce sursis. Or, les garanties bancaires ne sont pas les mesures les moins impliquantes pour les contribuables, loin s'en faut. L'administration nationale compétente pourrait, dans son

²¹⁷ O., THÖMMES et A., LINN, « Deferment of Exit Taxes after National Grid Indus : Is The Requirement to Provide a Bank Guarantee and the Charge of Interest Proportionate ? », *Intertax*, 2012, pp. 492 et 493.

²¹⁸ Conclusions de l'Avocat général P. MENGOSZI, aff. C-38/10, *Commission c. Portugal*, 28 juin 2012, non encore publié ; S., PEETERS, « Exit Taxation on Capital Gains in the European Union : A Necessary Consequence of Corporate Relocations ? », *E.C.F.R.*, 2013, p. 520.

²¹⁹ Arrêt *DMC* précité, §69.

²²⁰ E., KEMMEREN, *op. cit.*, p. 6.

²²¹ O., THÖMMES et A., LINN, *op. cit.*, p. 492.

²²² F., PÖTGENS, e.a., *op. cit.*, p. 167 ; O., THÖMMES et A., LINN, *op. cit.*, p. 492 ; Arrêt *Commission c. Danemark* précité, §38.

²²³ F., PÖTGENS, e.a., *op. cit.*, p. 166.

²²⁴ O., THÖMMES et A., LINN, *op. cit.*, p. 492 ; F., PÖTGENS, e.a., *op. cit.*, p. 165.

appréciation, juger de l'opportunité d'avoir recours à un type de garantie moins attentatoire à la liberté d'établissement.

L'approche récente de la Cour va dans le sens d'une libéralité accrue par rapport à l'arrêt *National Grid Indus*. Cependant, la distance prise par la Cour vis-à-vis de sa jurisprudence *N* est critiquable dans la mesure où elle ne prend plus en considération les instruments mis à disposition des Etats et destinés à faciliter le recouvrement de leurs créances internationales. Si certains pensent que l'autorité nationale devrait tenir compte de ces instruments lorsqu'elle est amenée à statuer sur l'opportunité d'appliquer une garantie²²⁵, d'autres vont jusqu'à remettre en cause la nécessité d'en appliquer au vu des possibilités conférées par les instruments européens en matière d'assistance mutuelle au recouvrement²²⁶.

- L'application d'intérêts.

Dans l'arrêt *National Grid Indus*, la Cour de justice évoque également la possibilité pour les Etats membres d'appliquer des intérêts en cas de choix, par les contribuables, du report de l'imposition de sortie²²⁷. Il s'agit donc de déterminer dans quelle mesure le recours à ces intérêts rencontre l'équilibre exigé par la Cour de Justice.

Généralement, dans une relation classique entre un prêteur et un emprunteur, les intérêts sont utilisés pour couvrir le coût d'opportunité ainsi que le risque de non recouvrement²²⁸.

Pour ce qui est du coût d'opportunité, dans le cadre de la relation qui nous occupe, l'application d'intérêts viserait à compenser, d'une part les recettes fiscales qui ne peuvent être utilisées par l'Etat membre de sortie durant la période couvrant le sursis octroyé et d'autre part, le *cash flow* avantageux dont jouirait la société en question par rapport aux autres contribuables.

Un tel raisonnement ne peut être tenu dans la mesure où comme nous l'avons vu, l'établissement de la dette d'impôt au moment du déplacement de la société correspond à une fiction étant donné qu'aucun actif n'est effectivement réalisé à ce moment précis. Si le recouvrement de la dette d'impôt était concomitant à ce déplacement, la société

²²⁵ O., THÖMMES et A., LINN, *op. cit.*, p. 492.

²²⁶ H.J.I., PANAYI, "Exit Taxation as an obstacle to Corporate Emigration from the spectre of EU Tax Law", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2010-2011, vol. 13, p. 279 ; H., VAN DEN BROEK et G., MEUSSEN, "National Grid Indus case: Re-Thinking Exit Taxation", *E.T.*, 2012, p. 194.

²²⁷ Arrêt *National Grid Indus* précité, §69.

²²⁸ M., TELL, *op. cit.*, p. 17 ; O., THÖMMES et A., LINN, *op.cit.*, p. 491 ; O. SENDETSKA, *op. cit.*, p. 235.

serait imposée avant la réalisation effective des actifs transférés, avant tout autre contribuable. En ce sens, le sursis à l'imposition ne vient en réalité que rétablir un certain équilibre et permettre une situation de neutralité fiscale au bénéfice de la société mettant en œuvre son droit d'établissement²²⁹. Se faisant, la société transférée ne jouit à aucun moment donné d'un *cash flow* avantageux par rapport aux autres contribuables et l'Etat de sortie n'aurait de toute manière pu bénéficier des recettes fiscales qu'au moment de la réalisation effective des éléments d'actifs envisagés²³⁰. Rien ne doit donc être compensé au bénéfice de cet Etat et l'application d'intérêts sur base du coût d'opportunité ne peut être justifiée tant elle paraîtrait disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi.

C'est donc uniquement en ayant égard au risque de non recouvrement, que la Cour peut justifier l'application d'intérêts. Dès lors, il s'agit de se rapporter aux constats posés lorsque nous avons envisagé la possibilité pour les Etats d'exiger la constitution de garanties au recouvrement de l'impôt reporté. Une application inconditionnelle d'intérêts au sursis de l'imposition de sortie peut, en fonction du montant qui en est réclamé, causer les mêmes effets restrictifs qu'une imposition immédiate et réduire à néant l'intérêt pour le contribuable, du choix qui lui est ouvert entre le recouvrement immédiat et le sursis à l'imposition²³¹. En effet, si l'application d'intérêts est plus onéreuse pour la société que l'emprunt d'une somme d'argent auprès d'une banque afin de s'acquitter immédiatement de sa dette d'impôt²³², le sursis à l'imposition ne présentera plus aucun avantage pour la société dans la mesure où elle aura à s'acquitter d'un montant inférieur et se délestera également d'obligations administratives encombrantes liées au report de l'imposition²³³. Ainsi, ce n'est qu'au terme d'une appréciation mesurée d'un risque réel de non recouvrement, que l'autorité nationale compétente sera en mesure d'appliquer des intérêts raisonnables à cette dette fiscale.

En outre, la même remarque qu'au point précédent peut être réitérée quant à l'existence, au niveau européen, d'instruments permettant aux Etats de garantir le recouvrement de leurs créances fiscales. Est-il réellement nécessaire d'appliquer de tels intérêts qui constituent des entraves supplémentaires à la liberté qu'ont les sociétés de s'établir dans un autre Etat membre ?

²²⁹ M. TELL, *op. cit.*, p. 18.

²³⁰ O. THÖMMES et A. LINN, *op. cit.*, pp. 489 et 490.

²³¹ M. TELL, *op. cit.*, p. 18 ; R., KOK, « Exit Taxes for Companies in the European Union after National Grid Indus », *E.C.T.R.*, 2012/4, p. 205.

²³² O. THÖMMES et A. LINN, *op. cit.*, pp. 491 et 492.

²³³ M. TELL, *op. cit.*, p. 18.

iii. Conclusion.

Au terme de cette jurisprudence, la Cour de Justice dégage un nouvel équilibre globalement défavorable à la mobilité des sociétés et prend donc le choix de préserver la souveraineté fiscale des Etats membres aux dépens de la mobilité des sociétés. Dans la mesure où les solutions auxquelles a abouti la Cour de Justice sont transposables aux fusions transfrontalières, il s'agit d'un signal négatif envoyé par la juridiction strasbourgeoise aux sociétés désireuses de développer leurs activités économiques par le biais de ces opérations.

Partie III : Les pistes de solutions.

Introduction.

A défaut d'un régime efficient consacré par la directive « fiscale » fusion, si la position adoptée par la Cour de Justice en ce qui concerne les impositions de sortie appliquées à des personnes physiques semblait être un compromis intéressant entre le respect des droits des contribuables et celui de la souveraineté fiscale des Etats membres²³⁴, force est de constater que l'équilibre atteint par la juridiction strasbourgeoise en matière de liberté d'établissement des personnes morales est davantage critiquable. Adoubé par certains²³⁵, remis en cause par d'autres²³⁶, aucun doute n'est cependant permis sur la réalité de l'atteinte qu'il porte à la possibilité dont disposent les sociétés de se mouvoir par voie de fusion transfrontalière au sein de l'espace européen.

Ce chapitre consistera à envisager les ressources dont dispose l'Union européenne pour dépasser l'équilibre proposé par la Cour de Justice dans ses arrêts les plus récents dans le but d'aboutir à une solution moins attentatoire au bon fonctionnement du marché intérieur.

Ce dernier chapitre sera constitué de trois parties : au sein de la *première* section, seront évoqués les constats devant être pris en considération avant de pouvoir envisager une quelconque solution. Dans la *seconde*, nous présenterons les alternatives possibles aux solutions actuelles de nature à atteindre ce nouvel équilibre salvateur. Seront ensuite envisagés dans une *troisième* section, les problèmes qui se posent à l'applicabilité pratique de ces solutions ainsi que les possibilités de dépasser ces difficultés de réalisation.

Section 1 : Les constats à effectuer.

Plusieurs réalités doivent être prises en considération avant de pouvoir envisager des solutions plus respectueuses aux objectifs fixés par les Traités.

A. Du choix des armes.

La première question à se poser lorsqu'il s'agit d'envisager un nouvel équilibre davantage

²³⁴ E.-J., NAVEZ, "Le traitement fiscal du transfert de résidence de face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE – De Daily Mail à National Grid Indus : évolution, révolution et au-delà ?", *op. cit.*, p. 649.

²³⁵ V., KRONENBERGER, *op. cit.*, pp. 833 à 844.

²³⁶ D., SMIT, *op. cit.*, pp. 14 à 25.

respectueux du marché intérieur consiste à identifier quel est l'outil européen le plus approprié pour atteindre cet objectif.

Puisque c'est du constat de son échec qu'il est apparu nécessaire de trouver des solutions alternatives, il faut se rendre compte des limites inhérentes à l'intégration négative proposée par la Cour de Justice. Si les décisions de la Cour sont efficaces lorsqu'il est question de venir sanctionner les Etats qui distinguent de manière discriminatoire les situations transfrontalières des situations purement internes, elle reste néanmoins impuissante lorsqu'il s'agit de s'attaquer aux obstacles qui surgissent de la superposition des systèmes fiscaux des différents Etats membres²³⁷.

Or, c'est précisément le cas des systèmes étatiques de taxations à la sortie. Par exemple, comme nous l'avons vu, les hypothèses de double imposition susceptibles de survenir lorsqu'une société décide de quitter son territoire national sont liées aux divergences existant entre les modes d'évaluations des actifs d'une entreprise appliqués au sein des différents Etats membres²³⁸.

En outre, l'existence d'un *cash out* désavantageux dans le chef du contribuable ou l'application d'intérêts et de garanties sont liés aux choix dont les sociétés disposent d'opter ou non pour un sursis au recouvrement de leur dette fiscale. Si la Cour accepte l'application de ces modalités, c'est précisément parce qu'elle reconnaît implicitement les risques auxquels s'exposent les Etats de ne pas récupérer leur créance d'impôt en raison du manque de coordination des droits de nationaux en matière de recouvrement²³⁹.

En résumé, ces atteintes « périphériques » à la liberté d'établissement pourraient être résolues par l'alignement des solutions proposées par les différents systèmes juridiques nationaux. Cependant, dans la mesure où ni l'intégration négative²⁴⁰ ni l'action individuelle des Etats ne permettent de mettre un terme aux distorsions naissant de ces différences entre les systèmes juridiques étatiques, c'est vers l'intégration positive des Etats qu'il faut se tourner.

²³⁷ Arrêt *National Grid Indus* précité, §62 ; E., RÖDER, « Co-ordination of Corporate Exit Taxation in the Internal Marker and Beyond », *op. cit.*, p. 585 ; E.-J., NAVEZ, « Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE – De Daily Mail à National Grid Indus : évolution, révolution et au-delà ? », *op. cit.*, p. 644.

²³⁸ Certains auteurs considèrent néanmoins la possibilité pour la Cour de Justice d'imposer à l'Etat membre d'accueil, l'application d'un mécanisme de *step-up in value* afin d'éviter ce risque de double imposition économique. Voy. H., VAN DEN HURK, H., VAN DEN BROEK, J., KORVING, "Final Settlement Taxes for Companies: Transfer of seats, Interest Charges, Guarantees and Step-Ups in Value", *Bulletin for International Taxation*, 2013, pp. 265 et 266.

²³⁹ Comme nous l'avons déjà évoqué, cette position de la Cour est néanmoins criticable au regard des instruments de recouvrement mis à disposition des Etats membres.

²⁴⁰ E., Röder, « Co-ordination of Corporate Exit Taxation in the Internal Marker and Beyond », *op. cit.*, pp. 583 à 585.

B. Quant à la question de la suppression pure et simple des impositions de sortie.

Lorsqu'on envisage les pistes pouvant mener à une réponse plus adaptée à la problématique des exit taxes pratiquées par les Etats membres, il faut également se poser une question simple: peut-on se rapprocher d'une solution n'intégrant pas la possibilité pour les Etats d'imposer les opérations de fusions transfrontalières à la sortie ? S'il apparaît comme étant primordial pour la réalisation du marché intérieur de réduire un maximum l'impact négatif des impositions à la sortie sur la mobilité des entreprises, il faut néanmoins se rendre compte dans quelles mesures elles lui sont indissociables et consubstantielles.

En réalité, ces impositions à la sortie ne peuvent se résumer à de simples entraves utilisées par les Etats membres pour limiter le départ des entreprises de leur territoire national. Dans ces situations, les Etats mettent en œuvre de manière concurrente et légitime, leur pouvoir d'imposition sur une seule et même assiette imposable au travers de dispositions qui remplissent la fonction capitale d'assurer la répartition des pouvoirs d'imposition entre les Etats-membres²⁴¹. C'est d'ailleurs précisément la justification au regard de laquelle la Cour de Justice envisage systématiquement la légitimité du mécanisme national d'exit tax lors du contrôle de proportionnalité qu'elle opère.

Dès lors qu'un Etat membre dispose du droit d'imposer les bénéfices d'une entreprise, afin que soit respecté son pouvoir d'imposition, il doit également lui être permis de taxer toutes les augmentations de valeur des actifs de ces sociétés qui ont pu être constituées sur son territoire et ce, même si ces plus-values ne sont pas encore réalisées²⁴². Cette possibilité d'imposer de tels bénéfices prend la forme du système critiqué d'imposition à la sortie.

Dans l'hypothèse inverse, si les contribuables ne devaient pas être confrontés à ces prélèvements de sortie, cela pourrait avoir des conséquences particulièrement négatives sur l'économie européenne. En effet, rien n'empêcherait par exemple les contribuables de transférer leurs actifs non-encore réalisés dans un Etat membre à basse fiscalité dans le but de payer moins de taxes lors de leur réalisation. Cela entraînerait le risque redouté par beaucoup de causer un « *Delaware effect* » fiscal au sein même de l'Union européenne²⁴³.

²⁴¹ M., Gammie, "EU Taxation and the *societas Europaea* – Harmless Creature or Trojan Horse ?", *IBFD*, 2004, p. 37.

²⁴² Conclusions de l'Avocat général J. KOKOTT, aff. C-470/04, N, 30 mars 2006, §§ 91 à 101.

²⁴³ G., FÜHRICH, « Exit Taxation and ECJ Case Law », *European Taxation*, Volume 48, n°1, 2008, p. 10 ; R. KOK, « Compatibility of Exit Taxes and Community Law », *E.C.T.R.*, 2011, p. 70.

Il existe donc deux modes d'actions contre les problèmes posés par les exit taxes sur la mobilité des sociétés. Le *premier* viserait à supprimer purement et simplement ces mécanismes d'impositions de sortie en libérant les Etats membres de la nécessité de sauvegarder leur pouvoir d'imposition qui se trouve être à l'origine de l'application de ces entraves fiscales. Le *second* serait d'envisager une solution moins ambitieuse qui consisterait à agir davantage sur les entraves « périphériques » à l'application de ces impôts de sortie et que nous avons pu mettre en exergue dans l'analyse jurisprudentielle effectuée lors la seconde partie du présent travail.

Section 2 : Les solutions à envisager.

Nous allons maintenant envisager distinctement ces solutions « radicales » et « intermédiaires » permettant d'aboutir à un équilibre acceptable concernant la mobilité des entreprises.

A. Les solutions radicales.

Parmi les solutions permettant d'éviter l'application d'exit taxes par l'Etat membre de sortie, distinguons trois modes opératoires : l'instauration d'un impôt européen sur les revenus des sociétés, l'adoption d'une assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés et l'imposition selon les règles de l'Etat de résidence.

i. L'instauration d'un impôt européen sur les revenus des sociétés.

Il s'agit ici de mettre en place un véritable impôt européen sur le revenu des sociétés. Ce dernier viendrait se substituer à tous les systèmes d'imposition nationaux applicables aux bénéficiaires des entreprises²⁴⁴. Schématiquement, en vertu d'un tel régime, les bénéfices des sociétés seraient calculés selon des règles harmonisées établissant une assiette fiscale commune et sur laquelle serait appliqué un taux d'imposition unique, déterminé au niveau européen. En outre, un tel impôt communautaire viendrait alimenter un véritable budget européen dont seuls les excédents seraient répartis entre les Etats membres selon une formule qui serait également harmonisée²⁴⁵.

Une telle harmonisation de l'impôt des sociétés aurait pour effet de faire disparaître les impositions de sortie appliquées par les Etats membres lors d'opérations transfrontalières

²⁴⁴ L., CERIONI, *EU Corporate Law and EU Company Tax Law*, Edward Elgard, 2007, p. 192.

²⁴⁵ T., MOLENAAR et I.T., VAN DEN BERG, « Introducing a European Union Corporate Income Tax on the basis of an enhanced Cooperation agreement », *Forfaitair*, 2011, p. 12.

de réorganisation de sociétés mais également l'ensemble des obstacles fiscaux qui viennent entraver la mobilité des entreprises²⁴⁶.

Si cette solution a bien été envisagée par la Commission européenne²⁴⁷, aucun progrès n'a été réalisé par la suite pour qu'elle se concrétise. L'absence d'initiative en ce sens n'est pas réellement étonnante dans la mesure où un tel régime suppose un abandon total de la souveraineté des Etats membres en la matière. Aussi, l'adoption d'un impôt européen sur le revenu des sociétés supposerait l'accord de tous les Etats membres.²⁴⁸ Cette exigence d'unanimité apparaît comme bien trop ambitieuse tant cette évolution vers une Europe davantage fédérale²⁴⁹ ne correspond pas à la réalité politique actuelle au sein de l'Union européenne²⁵⁰.

ii. La mise en place d'une assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés.

Une possibilité moins ambitieuse que la mise en place d'un impôt européen sur le revenu des sociétés, consisterait en l'instauration d'une assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés. A ce titre, la Commission a déposé une proposition en 2011 dans le but d'intégrer un tel régime²⁵¹ mais celle-ci est cependant restée jusqu'à aujourd'hui sans résultat²⁵².

Le régime consacré dans la proposition de la Commission consistait à calculer les résultats fiscaux de chaque société individuellement, selon une assiette fiscale déterminée au niveau européen. Ces résultats seraient ensuite consolidés avec les autres membres du groupe répartis dans les différents Etats membres. Cette assiette imposable consolidée serait répartie entre les différents Etats selon une formule établie au niveau européen²⁵³. Ce régime était donc assez proche de la mise en place d'un impôt européen mais n'implique pas l'harmonisation du taux d'imposition entre Etats membres²⁵⁴. En outre, celui-ci était optionnel.

²⁴⁶ M., GAMMIE, *op.cit.*, p. 37.

²⁴⁷ Commission européenne, Direction générale Fiscalité et Union douanière, « La fiscalité des entreprises dans le Marché intérieur », Rapport des services de la Commission, SEC(2001) 1681 final, 23 octobre 2001.

²⁴⁸ Cette exigence d'unanimité est consacrée par l'article 115 TFUE.

²⁴⁹ Voy. à ce sujet: A., MAITROT DE LA MOTTE, "L'impôt européen – Enjeux juridiques et politiques", *Réformer l'Europe*, OFCE, 2014/3, n° 134, pp. 149 à 160.

²⁵⁰ L., CERIONI, *op. cit.*, p. 192 ; DUSSART, V., « L'impossible création d'un impôt européen ? », *Revue française d'administration publique*, 2012/4, n° 144, p. 1091 ; S.-O., LODIN et M., GAMMIE, « Home State Taxation », *IBFD*, 2001, p. 2.

²⁵¹ Proposition de Directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés, COM(2011) 121/4, 11 mars 2011.

²⁵² B., PEETERS, « EUCIT : For How Much Longer Will Political Objections Outweigh the Advantages ? », *E.C.T.R.*, 2015, p.128.

²⁵³ E., TRAVERSA et C.-A., HELLEPUTTE, "Taxation of EU resident companies under the current CCCTB framework: Descriptive and critical approach to selected extraterritorial aspects" in *Corporate Income Taxation in Europe: The Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) and third Countries*, Edward Elgard, 2013, pp. 5 à 9.

²⁵⁴ M., ZAGLER, *International tax coordination. An interdisciplinary perspective on virtues and pitfalls*, Londres, Routledge, 2010, p. 154.

La mise en place d'un tel système permettrait également de régler le problème des impositions de sortie²⁵⁵. En effet, l'impôt prélevé par l'Etat membre d'accueil sur les plus-values afférentes aux éléments d'actif transférés lors de l'opération de fusion transfrontalière serait *in fine* réparti entre Etats de sortie et d'entrée sur base de cette formule harmonisée. Là encore, il ne subsisterait plus aucune raison pour l'Etat membre d'origine de lever une imposition de sortie dans la mesure où son pouvoir d'imposition serait sauvegardé²⁵⁶.

Il existe néanmoins peu de chance qu'un tel régime voit le jour à court ou moyen terme. En effet, même si une nouvelle proposition de la Commission est attendue dans le courant de l'année 2016, il serait étonnant que celui-ci recueille le soutien unanime des Etats au sein du Conseil étant donné qu'il existe de nombreuses critiques au sein des Etats membres quant à la mise en place d'un tel régime²⁵⁷. En outre, certains auteurs s'interrogent sur la praticabilité d'une telle formule de répartition à l'échelle internationale²⁵⁸.

iii. L'imposition selon les règles de l'Etat de résidence.

Une autre solution est également avancée par certains auteurs : un système de « *Home State Taxation* »²⁵⁹. Cette approche développée par S.-O. LODIN et M. GAMMIE²⁶⁰ permettrait-elle aussi de venir à bout de la plupart des obstacles fiscaux appliqués lors d'opérations de réorganisation transnationales.

Ce système est basé sur la reconnaissance mutuelle par les Etats membres, de leurs régimes respectifs d'imposition des sociétés. Les bénéfices d'un groupe de sociétés actif dans plus d'un Etat membre seraient calculés selon les règles d'un seul régime d'imposition, celui de l'Etat de résidence de la société mère. Par la suite, la base d'imposition ainsi obtenue serait répartie selon une formule déterminée entre les différents Etats membres au sein desquels les sociétés du groupe exercent leurs activités. Chaque Etat pourrait alors librement appliquer son propre taux d'imposition sur la part des bénéfices imposables du groupe qui lui revient.

²⁵⁵ C., SPENGEL, Y., ZÖLLKAU, *Common Corporate Tax Base (CC@TB) and Determination of Taxable Income – An International Comparison*, Berlin, Springer, 2012, p. 11.

²⁵⁶ E., RÖDER, « Co-ordination of Corporate Exit Taxation in the Internal Market and Beyond », *op. cit.*, p. 595.

²⁵⁷ H., VRIJBURG, « 50 years of EU corporate income tax harmonization initiatives : Is Enhanced Cooperation the solution ? » in *Naar een Europese wintbelasting ?*, Kluwer, 2010, p. 15.

²⁵⁸ C., SPENGEL, Y., ZÖLLKAU, *op. cit.*, p. 99.

²⁵⁹ H., VAN DEN BROEK, "EU Mergers and Exit Taxes", *op. cit.*, p. 184.

²⁶⁰ S.-O., LODIN et M., GAMMIE, *op. cit.*

Ce régime a fait l'objet d'une communication de la Commission²⁶¹ mais cette initiative est restée sans résultat à l'heure actuelle. Le système ainsi décrit par la Commission est facultatif et un de ses grands avantages est qu'il ne requiert pas de décision unanime de la part du Conseil dans la mesure où il est transposable par de « simples » conventions conclues entre Etats membres²⁶².

Outre la charge administrative qu'un tel régime imposerait aux administrations fiscales des Etats, un des obstacles majeurs à sa réalisation réside dans le fait qu'il ne pourrait voir le jour qu'entre des régimes d'imposition présentant de larges similitudes²⁶³. Or, il existe de grandes divergences entre les Etats membres à ce niveau²⁶⁴, ce qui pourrait causer dans l'hypothèse de son instauration, le risque de voir une Europe à deux vitesses se développer²⁶⁵.

B. Les solutions intermédiaires.

Il nous semble intéressant de considérer la possibilité d'adapter le régime porté par la directive « fiscale » fusion. Lors de l'analyse de cette dernière, nous avons pu constater qu'elle ne consacrait pas une parfaite neutralité des opérations de fusion transfrontalière. En effet, seuls les éléments d'actifs rattachés à un établissement stable dans l'Etat membre de sortie se voient reconnaître le bénéfice dudit régime consacré par la directive. En conséquence, pour ce qui est des éléments d'actifs des sociétés transférés à l'étranger, rien n'est prévu et les Etats membres restent donc libres de leur appliquer un impôt de sortie selon leur bon gré et ce, au mépris des droits des sociétés impliquées dans ces opérations de réorganisation transnationale.

L'idée serait donc d'incorporer à cette directive, un régime harmonisé d'imposition à la sortie permettant d'encadrer la mise en œuvre des pouvoirs fiscaux étatiques lors de ces situations.

Certains manifestent leur volonté d'y voir intégrées les solutions dégagées par la Cour de Justice dans sa jurisprudence *National Grid Indus*²⁶⁶. Cependant, comme nous l'avons fait remarquer, ce régime prétorien établit un équilibre n'allant pas dans le sens de la

²⁶¹ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et Comité économique et social européen relative à la lutte contre les obstacles liés à la fiscalité des sociétés qui affectent les petites et moyennes entreprises dans le marché intérieur, 13 décembre 2005, COM(2005)702.

²⁶² S., GIANNINI, "Home State Taxation Vs. Common Base Taxation", *CESifo Forum*, 2001, p. 26.

²⁶³ J.M., TERRA et J., WATTEL, *op. cit.*, p. 295.

²⁶⁴ A., BARBIER-GAUCHARD, « La concurrence fiscale dans l'Union européenne. Les politiques budgétaires confrontées à la mobilité », *Politique étrangère*, 2008, pp. 387 et 388.

²⁶⁵ H., VRIJBURG, « Enhanced cooperation in Corporate Taxation », Amsterdam, Thela Thesis, 2011, p. 175.

²⁶⁶ H., VAN DEN HURK, H., VAN DEN BROEK, J., KORVING, *op. cit.*, p. 265 et 266.

réalisation du marché intérieur ni de la mobilité des sociétés. En outre, un certain nombre de distorsions naissent précisément des limites inhérentes au processus d'intégration négative²⁶⁷. Il serait dès lors peu logique de consacrer un tel régime présentant ce type de difficulté. A ce titre, il paraît intéressant d'utiliser à bon escient le recul pris par rapport à cette jurisprudence controversée pour avancer les principes qui devraient encadrer un régime d'imposition à la sortie dont l'équilibre serait plus mesuré que celui proposé par la juridiction strasbourgeoise.

Un tel régime harmonisé devrait présenter les caractéristiques suivantes :

Premièrement, comme la Cour de Justice²⁶⁸, nous pensons qu'il s'impose à l'Etat membre de sortie de laisser au contribuable, le choix entre le recouvrement différé ou immédiat de l'imposition de sortie.

Deuxièmement, le montant de l'impôt de sortie pourrait être déterminé lors de la réalisation de l'opération de fusion transfrontalière. Cette possibilité est déjà reconnue par la Cour de Justice mais là où elle ne peut obliger un des Etats membres à prendre en compte la dépréciation des éléments d'actifs intervenue postérieurement à l'opération de réorganisation, un régime harmonisé pourrait imposer à l'Etat membre d'accueil de prendre en considération ces fluctuations de valeur afin d'éviter un risque de double imposition économique.

Troisièmement²⁶⁹, le moment du recouvrement de l'imposition devrait idéalement concorder avec celui de la réalisation effective des actifs transférés. C'est en tout cas le timing qui correspond le mieux aux intérêts du contribuable car il lui permet d'éviter le problème de décaissement préjudiciable dans l'hypothèse d'une dissociation temporelle de ces deux événements. Les difficultés découlant des divergences existantes entre les différentes conceptions nationales de la notion de « réalisation effective » pourraient quant à elles être résolues par l'introduction dans cette directive, d'une définition harmonisée de ce concept.

Quatrièmement, un régime équilibré interdirait aux Etats membres de requérir la constitution de garanties ou l'application d'intérêts dans la mesure où, le recouvrement des créances fiscales au sein du territoire communautaire est suffisamment assuré par les mécanismes européens d'assistance mutuelle en matière de recouvrement mis à

²⁶⁷ Arrêt *National Grid Indus* précité, §62 ; E., RÖDER, « Co-ordination of Corporate Exit Taxation in the Internal Market and Beyond », *op. cit.*, p. 585 ; E.-J., NAVEZ, « Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE – De Daily Mail à National Grid Indus : évolution, révolution et au-delà ? », *op. cit.*, p. 644.

²⁶⁸ Arrêt *National Grid Indus* précité, §73.

²⁶⁹ K., VAN BROCKE et S. MÜLLER, , *op. cit.*, p. 302.

disposition des Etats membres²⁷⁰.

Cinquièmement, l'application d'un impôt à la sortie devrait être limitée aux situations dans lesquelles le pouvoir d'imposition de l'Etat de sortie est effectivement perdu²⁷¹. A titre d'illustration, lors d'opérations de fusion transfrontalière, des éléments d'actifs immobiliers peuvent être exclus du régime de neutralité consacré par la directive et donc se voir appliquer une taxe de sortie alors que l'Etat membre d'origine ne perd en aucun cas son pouvoir de les imposer. Ainsi, un régime harmonisé d'imposition de sortie devrait tenir compte de ces situations particulières.

Enfin, un tel régime devrait également coordonner les modes d'évaluation des actifs transférés en vue d'éviter les situations de double imposition économique découlant des divergences entre les législations des Etats membres. Comme cela avait été avancé par le Conseil en 2008, un mécanisme de *Step up in value* devrait ainsi être imposé à l'Etat membre d'accueil, l'obligeant à prendre en compte la valeur vénale des éléments d'actifs utilisée par l'Etat membre de sortie lors de la fixation du montant de son imposition.

Par l'introduction d'un tel régime, la directive permettrait d'atteindre un équilibre plus acceptable au bénéfice de la liberté de déplacement communautaire des sociétés tout en ménageant le pouvoir d'imposition des Etats.

Section 3 : Limites et dépassement.

A. Les limites aux solutions avancées.

Excepté pour ce qui est du régime de « *Home State Taxation* », le problème commun à toutes les solutions avancées au point précédent est qu'elles ne pourront être concrétisées que moyennant l'accord de tous les Etats membres. En effet, en vertu de l'article 115 TFUE, le Conseil des ministres est tenu d'adopter les décisions relevant de la politique fiscale européenne à l'unanimité de ses membres²⁷². Il n'est donc pas étonnant qu'à quelques exceptions près²⁷³, l'harmonisation européenne soit au point mort depuis presque soixante ans²⁷⁴.

²⁷⁰ Directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, *J.O.C.E.*, L. 84/1, 31 mars 2010.

²⁷¹ E., RÖDER, « Co-ordination of Corporate Exit Taxation in the Internal Market and Beyond », *op. cit.*, p. 592.

²⁷² M. AUJEAN, « Tax policy in the EU: Between Harmonization and coordination ? », *European Review of Labour and Research*, 2010, pp. 13 et 14.

²⁷³ Voy. par exemple la directive « fiscale » fusion qui constitue une réponse incomplète aux obstacles fiscaux appliqués lors d'opération de réorganisation transfrontalière.

²⁷⁴ H., VRIJBURG, « 50 years of EU corporate income tax harmonization initiatives : Is Enhanced Cooperation the solution ? », *op. cit.*, p. 1.

La question de l'harmonisation renvoie forcément au vieux débat concernant le bien-fondé de la concurrence fiscale entre Etats membres. Si encore récemment, certains Etats considèrent l'harmonisation fiscale comme étant le « sursaut » nécessaire à l'Europe en ces temps de crise²⁷⁵, d'autres renforcent leur politique de dumping fiscal²⁷⁶. Ces divergences entre Etats membres expliquent donc les maigres résultats obtenus au niveau européen en matière de fiscalité directe.

Néanmoins, une lueur d'espoir semble poindre. En effet, la crise de la dette que nous connaissons depuis quelques années ainsi que les récents scandales d'évasion fiscale semblent avoir donné un nouvel élan au débat sur l'harmonisation fiscale²⁷⁷. En outre, une dynamique nouvelle a été lancée au niveau mondial avec le projet BEPS²⁷⁸ (« *Base Erosion and Profit Shifting* ») conduit par l'OCDE avec le soutien de l'Union européenne²⁷⁹. Peu à peu, les Etats membres semblent prendre conscience que l'érosion de leurs bases imposables est principalement due au manque d'harmonisation fiscale en Europe, cette carence permettant le jeu de la concurrence fiscale agressive entre les différents Etats²⁸⁰.

Si certaines initiatives ont été apportées en ce sens au niveau européen, plusieurs Etats marquent leur volonté de franchir une étape supplémentaire en adoptant « un socle de règles communes en matière d'impôt des sociétés »²⁸¹. Peut-on voir dans cette dynamique nouvelle, un point d'entrée salubre vers une harmonisation plus grande de la fiscalité directe au sein de l'Union européenne ? Seul le temps permettra de le vérifier.

B. Le dépassement envisageable.

Si l'harmonisation semble être un projet ambitieux pour l'instant, certains avancent la possibilité de mettre en œuvre les solutions envisagées au chapitre précédent par le biais d'un autre moyen mis à la disposition des Etats membres par le droit européen : la coopération renforcée²⁸². Cette procédure permettrait aux Etats d'avancer à leur rythme

²⁷⁵ E., BERRETA, "Hollande rêve d'une harmonisation fiscale pour la zone euro", 30 juin 2016, disponible sur <http://www.lepoint.fr/>.

²⁷⁶ S., GIBSON, « The dissonance Of European Tax Harmonization », 27 juin 2016, disponible sur <http://www.forbes.com/>.

²⁷⁷ A., BENASSY-QUERE, A., TRANNOY, G., WOLFF, « Renforcer l'harmonisation fiscale en Europe », *Notes du Conseil d'analyse économique*, 2014/4, n°14, p. 1 et 2.

²⁷⁸ OCDE, *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices*, Paris, Editions OCDE, 2013.

²⁷⁹ E., TRAVERSA et M., POSSOZ, « L'action de l'OCDE en matière de lutte contre l'évasion fiscale internationale et d'échange de renseignements : développements récents », *R.G.C.F.*, 2015, p. 5.

²⁸⁰ W., SCHAÜBLE, M., SAPIN, P.-C., PADOAN, « Lettre à Pierre Moscovici », 28 novembre 2014, disponible sur <http://www.economie.gouv.fr/>

²⁸¹ W., SCHAÜBLE, M., SAPIN, P.-C., PADOAN, *op.cit.*

²⁸² H., VAN DEN HURK, H., VAN DEN BROEK, J., KORVING, *op. cit.*, p. 266.

sans devoir supporter les blocages systématiques d'un groupe d'Etats réfractaires à tout projet d'harmonisation de la fiscalité européenne²⁸³.

Cette idée d'avancer avec les Etats qui le souhaitent est intéressante dans la mesure où elle fait justement écho aux discours politiques qui entourent le récent Brexit. En effet, l'année dernière déjà, les ministres allemands et français de l'Economie évoquaient l'idée d'une Europe à deux vitesses, plaidant pour que les Etats membre de la « zone euro » jouent le rôle d'avant-garde dans le but de faciliter par la suite une intégration européenne plus poussée en matière fiscale²⁸⁴.

Il ne faut cependant pas être dupe, cette procédure n'est pas une longue route tranquille. Pour preuve, à l'heure actuelle, aucune coopération renforcée n'a encore pu aboutir en matière fiscale, en atteste les difficultés rencontrées lors de la mise en place de la taxe sur les transactions financières²⁸⁵²⁸⁶. Plus fondamentalement, certains auteurs remettent en cause l'idée même de coopération renforcée et du risque de voir apparaître une Europe à géométrie variable²⁸⁷.

La mise en place d'une solution adaptée permettant de réduire l'impact négatif causé par l'application d'exit taxes lors d'opérations de fusions transfrontalières est donc fortement compromise. Dès lors, il semble qu'il faille se satisfaire de la solution dégagée par la Cour de Justice et ce, aux dépens de la mobilité des sociétés et du marché intérieur.

²⁸³ F., SICARD, « La fiscalité européenne sur la voie des coopérations renforcées ? », in *Annuaire de droit de l'Union européenne*, Ed. Panthéon-Asass, Paris, 2013, p. 213.

²⁸⁴ S., GABRIEL et E., MACRON, « Pour une Union solidaire et différenciée », 3 juin 2015, disponible sur <http://www.lefigaro.fr/>.

²⁸⁵ Proposition de Directive du Conseil mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la taxe sur les transactions financières, COM(2013) 71 final du 14 février 2013.

²⁸⁶ J., ENGLISH, J., VELLA, A., YEVGENYEVA, « The Financial Transaction Tax Proposal Under the Enhanced Cooperation Procedure : Legal and Practical Considerations », *British Tax Review*, 2013, p. 258.

²⁸⁷ H., VRIJBURG, *op. cit.*, p. 175 ; H., VAN DEN HURK, H., VAN DEN BROEK, J., KORVING, *op. cit.*, p. 266.

Conclusion.

Dans le cadre de ce mémoire, nous avons pu constater que bien qu'étant assimilées, la mobilité des personnes physiques et celle des personnes morales n'étaient pas équivalentes. Malgré une jurisprudence libérale de la Cour de Justice, la capacité dont dispose les sociétés d'étendre leurs activités par le biais du transfert de leur siège social peut être mise à mal par leur Etat membre d'origine sans que cela ne pose de problème au regard du droit européen. A ce titre, la fusion transfrontalière semble sortir son épingle du jeu. En effet, les entraves fiscales posées par l'Etat membre d'origine pouvant être systématiquement remise en cause par la société absorbante, la couverture assurée par le principe d'établissement communautaire est dès lors plus étendue que pour les opérations de transfert de siège social.

En outre, contrairement au transfert de siège social, le législateur européen a entendu consacrer la neutralité fiscale des opérations de fusion transfrontalière par l'intermédiaire de la directive « fiscale » fusion. Cependant, celle-ci laisse subsister des obstacles fiscaux attentatoires à la mobilité des entreprises et donc, une fois de plus, c'est dans la jurisprudence de la Cour de Justice qu'il a fallu trouver des réponses. En effet, depuis son arrêt *National grid indus*, celle-ci consacre une jurisprudence relative aux impositions de sortie appliquées par l'Etat membre de constitution lors de l'émigration des sociétés par voie de transfert de leur siège social. Au vu de la proximité de ces situations, il apparaît néanmoins que le régime dégagé par la Cour de Justice soit transposable *mutadis mutandis* aux opérations de fusions transfrontalières. Nous avons cependant pu constater que l'équilibre dégagé par la jurisprudence de la Cour de Justice privilégiait nettement la sauvegarde de la souveraineté fiscale aux dépens de la mobilité des entreprises et ce, dans le but de répartir équitablement les pouvoirs d'imposition entre les Etats.

Nous nous sommes alors attachés à trouver des pistes de solution qui assureraient la sauvegarde de l'intégrité fiscale des Etats membres tout en permettant aux entreprises de se mouvoir avec aisance au sein de l'espace communautaire. A l'exception d'une des pistes envisagées, il semblerait cependant que cette solution doive découler de l'intégration positive et requiert donc l'accord unanime des Etats. Si cette unanimité semble compromise dans l'immédiat, encore faut-il voir où va mener la dynamique récente qui semble animer ceux-ci. Dans le plus court terme, certaines voix s'élèvent et proposent de recourir au mécanisme de la coopération renforcée, il faut cependant mesurer toutes les conséquences que l'instauration d'un tel régime est susceptible de causer. La situation s'avère donc compliquée pour les sociétés désireuses d'avoir recours aux fusions transfrontalières et l'Union européenne se prive donc d'un instrument intéressant de réorganisation transnationale.

Table des matières

Introduction.....	1
Partie I :La liberté d'établissement des personnes morales	3
Introduction	3
Section 1. L'impuissance du droit communautaire à définir un système commun de rattachement des sociétés à une <i>lex societatis</i> et ses conséquences sur la liberté d'établissement	6
A. Du «principe d'assimilation »	6
B. Les deux critères de rattachement	7
i. Le critère du siège réel.....	7
ii. Les critères de l'incorporation	9
Section 2 : La jurisprudence de la Cour de Justice relative à la mobilité transfrontalière des sociétés	10
A. L'arrêt <i>Daily Mail</i>	10
B. La trilogie d'arrêts à l'immigration : <i>Centros</i> , <i>Überseering</i> et <i>Inspire art</i>	11
i. L'arrêt <i>Centros</i>	11
ii. L'arrêt <i>Überseering</i>	13
iii. L'arrêt <i>Inspire art</i>	14
iv. Conclusion intermédiaire.....	16
C. Les arrêts <i>Cartesio</i> et <i>Vale</i>	16
i. L'arrêt <i>Cartesio</i>	16
ii. L'arrêt <i>Vale</i>	18
D. Conclusion	19
Section 3 : Les fusions transfrontalières comme modalités d'exercice de la liberté d'établissement	20
A. L'arrêt <i>Sevic Systems</i>	21
B. La portée de l'arrêt <i>Sevic Systems</i>	21
Partie II : La problématique des impositions à la sortie	24
Introduction	24
Section 1. La directive « fiscale » fusion	27
A. Le régime de neutralité mis en place par la directive et ses imperfections	28
B. De la notion d'établissement stable.....	29
i. Quant à la définition même de la notion d'établissement stable	29

- ii. De la validité de la condition de maintien d'un établissement stable
au regard des libertés de circulation consacrées par le Traité 32

Section 2 : La position de la Cour de Justice et des institutions européennes

quant à la validité des impositions à la sortie33

- A. Les arrêts *Lasteyrie du Saillant* et *N* 34
- B. La position des institutions européennes 36
 - i. De la transposition des arrêts *Lasteyrie du Saillant* et *N* 37
 - ii. Du risque de double imposition 37
 - iii. Des pistes de solutions proposées par la Commission et le Conseil 38
- C. L'arrêt *National Grid Indus* et son évolution ultérieure 39
 - i. Le moment de la détermination du montant de l'imposition à la sortie
..... 40
 - ii. La procédure de recouvrement..... 43
 - a) Le choix entre le recouvrement immédiat et l'octroi d'un
sursis à l'imposition 43
 - b) De la notion de «réalisation effective » 45
 - c) Des modalités appliquées par les Etats au recouvrement
de l'imposition à la sortie 48
 - iii. Conclusion..... 53

Partie III : Les pistes de solutions 54

Introduction54

Section 1 : Les constats à effectuer 54

- A. Du choix des armes 54
- B. Quant à la question de la suppression pure et simple des impositions à la sortie
..... 56

Section 2 : Les solutions à envisager57

- A. Les solutions radicales 57
 - i. L'instauration d'un impôt européen sur le revenu des sociétés..... 57
 - ii. La mise en place d'une assiette commune consolidée pour l'impôt
des sociétés 58
 - iii. L'imposition selon les règles de l'Etat de résidence 59
- B. Les solutions intermédiaires..... 60

Section 3 : Limites et dépassement.....62

- A. Les limites aux solutions avancées 62
- B. Le dépassement envisageable 63

Conclusion 65

BIBLIOGRAPHIE

DOCTRINE

- AUJEAN, M., "European Commission launches comprehensive Strategy to promote tax coordination in the EU", *E.C.T.R.*, 2007, pp. 63 et 64.
- AUJEAN, M., "Tax policy in the EU: Between Harmonization and coordination ?", *European Review of Labour and Research*, 2010, pp. 11 à 22.
- AUTENNE, A. et DE WOLF, M., « La mobilité transfrontalière des sociétés en droit européen : le cas particulier du transfert de siège social », *C.D.E.*, 2007, pp. 647 à 694.
- AUTENNE, A. et NAVEZ, E.-J., "Cartesio, les contours incertains de la mobilité des sociétés revisités", *C.D.E.*, 2009, pp. 91 à 125.
- AUTENNE, A., "Droit européen et mobilité des sociétés : pour qui sonne le glas ?", *J.T.*, 2011, pp. 194 à 197.
- BAERT, A., « Crossing Borders : Exploring the Need for a Fourteenth EU Company Law Directive on the Transfer of the Registered Office », *European Business Law Review*, 2015, pp. 581 à 612.
- BARBIER-GAUCHARD, A., « La concurrence fiscale dans l'Union européenne. Les politiques budgétaires confrontées à la mobilité », *Politique étrangère*, 2008, pp. 385 à 400.
- BENASSY-QUERE, A., TRANNOY, A., WOLFF, G., « Renforcer l'harmonisation fiscale en Europe », *Notes du Conseil d'analyse économique*, 2014/4, n°14, pp. 1 à 12.
- BERNARD, F., « Les fusions transfrontalières au sein de l'Union européenne », *D.A.O.R.*, 2011/1, n°97, pp. 5 à 58.
- BERRETA, E., "Hollande rêve d'une harmonisation fiscale pour la zone euro", 30 juin 2016, disponible sur <http://www.lepoint.fr/>.
- BEZZINA, S., « The treatment of losses under the EC Merger Directive 1990, *European Taxation*, 2002, pp. 57 à 60
- BIERMEYER, T., « *Bringing darkness into the dark : European corporate cross-border mobility in Cartesio* », *MJ*, 2009, pp. 251 à 255.
- BIERMEYER, T., "Shaping the space of cross-border conversions in the EU. Between right and autonomy: VALE", *C.M.L.R.*, 2013, pp. 571 à 590.
- BIERMEYER, T., ELSENER, F., TIMBA, F., « The Compatibility of Corporate Exit Taxation with European Law. Case 371/10 National Grid Indus BV, Judgement of the Court ((Grand Chamber) of 29 November 2011, not yet reported », *E.C.F.R.*, 2012, pp. 101 à 110.
- BISACRE, J., "The Migration of companies within the European Union and the proposed Fourteenth Company Law Directive", *International and Comparative Corporate Law Journal*, 2001, pp. 251 à 270.

- BUISSON, J., « Impôt et souveraineté », *Archives de philosophie du droit*, 2002, n°46, pp. 25 à 31.
- CALLEJA BORGE, J., « Non exhausted Losses and the Merger Directive : What it Fails to Say », *Intertax*, 2011, p. 557-563
- CEJIE, K., "Emigrations taxes – Several Questions, Few Answers : From Lasteyrie to National Grid Indus and Beyond", *Intertax*, 2012, pp. 382 à 399.
- CERIONI, L., *EU Corporate Law and EU Company Tax Law*, Edward Elgard, 2007.
- CONAC, P.-H., *Fusions transfrontalières de sociétés – Droit luxembourgeois et droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 2011.
- COTIGA, A., *Droit Européen des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2013.
- COUGNON, J.M., « La directive fiscale « fusions » - Etat de sa transposition en Belgique et modification apportées par l'U.E. », Bruxelles, Bruylant, 2005.
- DABIJA, V., *Exit Taxation in the European Union : Is there really a problem ?* (multig.), Master thesis in European and International Tax Law, Lund University, 2014-2015.
- DE MAN, F., et ALBIN T., « Contradicting Views on Exit Taxation under OECD MC and TFEU: Are Exit Taxes Still Allowed in Europe ?", *Intertax*, 2011, pp. 614 à 625.
- DEGUEE, J.-P., « Forum Shopping », usage ou abus de la liberté d'établissement », obs. sous C.J.C.E., 9 mars 1999, *Centros Ltd*, C-212/97, *Rev. prat. soc.*, pp. 42 à 83.
- DELVAUX, T., "La concurrence entre ordres juridiques est-elle efficace ? Quelques réflexions à propos de la liberté d'établissement", *Revue pratique des Sociétés*, 2004, p. 207 à 273.
- DUCOULOUX-FAVARD, C., « Droit d'établissement et libre choix de l'ordonnancement juridique dans l'Union européenne », note sous C.J.C.E., 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, Petites affiches, 24 février 2003, n°39, pp. 5 à 14.
- DUSSART, V., « L'impossible création d'un impôt européen ? », *Revue française d'administration publique*, 2012/4, n° 144, pp. 1085 à 1091.
- EBKE, W.F., « The European Conflict of Corporate laws Revolution : Überseering, Inspire Art and Beyond », *European Business Law Review*, 2005, pp. 813 à 853.
- ENGLISCH, J., VELLA, J., YEVGENYEVA, A., « The Financial Transaction Tax Proposal Under the Enhanced Cooperation Procedure : Legal and Practical Considerations », *British Tax Review*, 2013, pp. 223 à 259.
- EVRARD, M. et VAN DER VAEREN, E., "Les fusions transfrontalières : un pas de plus vers une Europe harmonisée", *D.A.O.R.*, 2007, pp. 103 à 123.
- Fühlich, G., « Exit Taxation and ECJ Case Law », *European Taxation*, Volume 48, n°1, 2008, pp. 10 à 19.
- FYON, M., *Droit des structures de l'entreprise*, Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2015-2016.

- GABRIEL, S. et MACRON, E., « Pour une Union solidaire et différenciée », 3 juin 2015, disponible sur <http://www.lefigaro.fr/>.
- GAMMIE, M., "EU Taxation and the *societas Europaea* – Harmless Creature or Trojan Horse ?", *IBFD*, 2004, pp. 35 à 45.
- GAVALDA, CH. et PARLEANI, G., *Droit des affaires de l'Union Européenne*, (4ème éd.), Paris, Litec, coll. Juris-Classeur, 2002.
- GIANNINI, S., "Home State Taxation Vs. Common Base Taxation", *CESifo Forum*, 2001, pp. 24 à 30.
- GIBSON, S., « The dissonance Of European Tax Harmonization », 27 juin 2016, disponible sur <http://www.forbes.com/>.
- HELMINEN, M., « Must the Losses of a Merging Company be Deductible in the State of Residence of the Receiving Company in EU ? », *E.C.T.R.*, 2011, pp. 172-178.
- HOLST, C., « European Company Law after Centros : Is the EU on the Road to Delaware ? », *Columbia Journal of European Law*, 2002, pp. 323 à 241.
- JIMENEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D., "The Permanent Establishment: Still a (permanent) Requirement?", *E.C.T.R.*, 2014/1, pp. 4 à 15.
- JONET, J.-M., " La théorie du siège réel à l'épreuve de la liberté d'établissement : Autour de l'arrêt Überseering", *J.T.*, 2002, pp. 33 à 37.
- KEMMEREN, E., « Recovery of Income Taxes : ECJ Tends to Allow Member States more Leeway », *E.C.T.R.*, 2013/1, pp. 1 à 8.
- KOK, R., « Compatibility of Exit Taxes and Community Law », *E.C.T.R.*, 2011, pp. 62 à 73.
- KOK, R., « Exit Taxes for Companies in the European Union after National Grid Indus », *E.C.T.R.*, 2012/4, pp. 200 à 206.
- KOVAR, R., « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », note sous C.J.C.E., 16 décembre 2008 (CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt), aff. C-210/06, Dalloz, 2009, pp. 465 à 470.
- KRONENBERGER, V., « Conséquences fiscales du transfert de siège d'une société au sein de l'Union : la Cour retient une solution équilibrée », *R.A.E.*, 2011, pp. 833 à 844.
- LANG, M., PISTONE, P., SCHUCH, J., STARINGER, C., *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation*, Vienne, Linde, 2013.
- LARKING, B., « Permanent Confusion ? The Role of the Permanent Establishment in the Merger Directive », *European Taxation*, 1992, pp. 304 à 308.
- LARKING, B., « The Merger Directive : Will it Work ? », *European Taxation*, 1990, pp. 362 à 366.
- LODIN, S.-O., et GAMMIE, M., « Home State Taxation », *IBFD*, 2001.
- MAITROT DE LA MOTTE, A., "L'impôt européen – Enjeux juridiques et politiques", *Réformer l'Europe*, OFCE, 2014/3, n° 134, pp. 149-160.

- MALHERBE, P. et TRAVERSA, E., *European and international Tax law*, Université catholique de Louvain, 2014-2015.
- MARESCEAU, K., "Belgium, get ready to compete for corporate charters : une plaidoirie pour l'introduction de la théorie du siège statutaire", Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 203 à 237.
- MENJUCQ, M., *Droit international et européen des sociétés*, 2ème éd., Paris, Montchrestien, 2008.
- MENJUCQ, M., "Mondialisation et rattachement juridique des sociétés" in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, pp. 831 à 843.
- MENJUCQ, M., *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, Paris, Bibliothèque de droit privé, 1997.
- MOLENAAR, T. et VAN DEN BERG, I.T., « Introducing a European Union Corporate Income Tax on the basis of an enhanced Cooperation agreement », *Forfaitair*, 2011, pp. 10 à 15.
- MÖRSDORF, O., « The legal mobility of companies within the european union through cross-border conversion », *CML Rev.*, 2012, pp. 656 à 670.
- MUSTAKI, G. et ENGAMMARE, V., *Droit européen des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- NAVEZ, E.-J., "Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE – De Daily Mail à National Grid Indus: évolution, révolution et au-delà ?", *C.D.E.*, 2011, pp. 611 à 658.
- NAVEZ, E.-J., « La transformation transfrontalière des sociétés est désormais pleinement consacrée par le droit de l'U.E. : qu'attend encore le législateur pour mettre en œuvre cette prérogative ?! », note sous CJUE, 12 juillet 2012, VALE, aff. C-378-10, *Revue pratique des sociétés*, 2013, pp. 243 à 270.
- NAVEZ, E.-J., "Le transfert de siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE. Examen en droit commercial et fiscal belge, à la lumière de l'influence européenne", *Droit des groupes de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 89 à 150.
- OCDE, « *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune* », Editions OCDE, Paris, 2015.
- OEPEN, W. et LENAERTS N., "Affaire DMC : la question des impôts à l'émigration est-elle tranchée?", *Fisco. Int.*, 2014, n° 367, pp. 4 à 8.
- OEPEN, W. et LENAERTS N., « Verder LabTec : l'exit tax est définitivement confirmée », *Fisco. Int.*, 2015, n° 381, pp. 1 à 6.
- PANAYI, H.J.I., "Exit Taxation as an obstacle to Corporate Emigration from the spectre of EU Taks Law", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2010-2011, vol. 13, pp. 245 à 281.
- PANAYI, H.J.I., "National Grid Indus BV v Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam: exit taxes in the European Union revisited", *British Taks Review*, 2012, n°1, pp. 41 à 49.

- PANOPOULOS, G., "Pour une nouvelle compréhension du droit international des sociétés à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice : du conflit de lois au conflit d'autorité", *C.D.E.*, 2006, pp. 697 à 732.
- PARLEANI, G., « L'arrêt Cartesio, ou l'ingénieuse incitation à la migration intra communautaire des sociétés », *Revue des Sociétés*, 2009, pp. 147 à 162.
- PEETERS, B., « EUCIT : For How Much Longer Will Political Objections Outweigh the Advantages ? », *E.C.T.R.*, 2015, p.128 à 131.
- PEETERS, S., « Exit Taxation on Capital Gains in the European Union : A Necessary Consequence of Corporate Relocations ? », *E.C.F.R.*, 2013, pp. 507 à 522.
- PETRAKOS, G., *Transfert international de siège social et liberté d'établissement* (multig.), mémoire de DEA en Droit des affaires, Université de Strasbourg, 2004.
- PÖTGENS, F., VAN OS, P., DURAND, P.-H., ROBERT, A., DONY, A., SCHEIFELE, M., WAGNER, G., SILVESTRI, A., LANCELLOTTI, L., ROMÃO, F., CASTRO CALDAS, A., PICHEL, P., CANALEJA LASARTE, G., LOPEZ POMBO, D., BEARE, T., « The Compatibility of Exit Tax Legislation Applicable to Corporate Taxpayers in France, Germany, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain and The United Kingdom with the EU Freedom of Establishment – Part 2 », *Intertax*, vol. 44, 2016, pp. 163 à 179.
- RAMMELOO, S., "The Long and Winding Road towards Freedom of establishment for Legal Persons in Europe", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2003, pp. 169 à 174.
- RIGAUX, F. et FALLON, M., *Droit international privé*, 3ème éd., Bruxelles, Larcier, 2005.
- RÖDER, E., « Co-ordination of Corporate Exit Taxation in the Internal Market and Beyond », *British Tax Review*, 2014, n° 5, pp. 574 à 604.
- ROTH, W.-H., "Case law – Case C-212/97, *Centros Ltd v Erhvervs-OG Selskabsstyrelsen*, Judgement of 9 March 1999. Full Court" (obs.), *Common Market Law Review*, 2000, pp. 151 à 157.
- SANTORO, G., « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio », *R.I.D.E.*, De Boeck, , 2010/3, pp. 351 à 372.
- SCHAÜBLE, W., SAPIN, M., PADOAN, P.-C., « Lettre à Pierre Moscovici », 28 novembre 2014, disponible sur <http://www.economie.gouv.fr/>.
- SCHNEEWEISS, H., « Exit Taxation after Cartesio ; the European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies », *Intertax*, 2009, p. 363 à 374.
- SCHÖN, W., "Tax issues and Constraints on Reorganizations and Reincorporations in the European Union", *Tax Notes International*, 2004, pp. 197 à 204.
- SIBONY, A.-L., Libre prestation de services et droit d'établissement : les stratégies des entreprises », *L'unité des libertés de circulation : In varietate concordia ?*, sous la dir. de E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 251 à 276.

- SIBONY, A.-L., «Un Etat membre peut imposer les plus-values latentes d'une société au moment de son transfert de siège sans entraver la liberté d'établissement [CJUE 29 nov. 2011, National Grid Indus, C-371/10]», *RTDEur.*, Dalloz, 2012, pp. 226 à 229.
- KERSTING, C. et SCHINDLER, C., « The ECJ's Inspire Art Decision of 30 september 2003 and its Effects on Practice », *German Law Journal*, 2003, pp. 1277 à 1292.
- SCHREIBER, U., *International Company Taxation : An Introduction to the Legal and Economic Principles*, Berlin, Springer, 2013.
- SENDETSKA, O., "ECJ Case Law on Corporate Exit Taxation : From National Grid Indus to DMC: What Is The Current State of Law ?", *E.C.T.R.*, 2014/4, pp. 230 à 237.
- SICARD, F., « La fiscalité européenne sur la voie des coopérations renforcées ? », in *Annuaire de droit de l'Union européenne*, Ed. Panthéon-Asass, Paris, 2013, pp. 206 à 225.
- SMIT, D., "The National Grid Indus Case: A Pyrrhic Victory ?", *European Tax Studies*, 2012, pp. 14 à 25.
- SPENGLER, C. et ZÖLLKAU, *Common Corporate Tax Base (CC©TB) and Determination of Taxable Income – An International Comparison*, Berlin, Springer, 2012.
- STRIKLIN-COUTINHO, K., « Chapter 6 : Exit Taxation » in *Landmark Decisions of the ECJ in Direct Taxation*, Luxembourg, Wolters Kluwer, 2014, pp. 117 à 137.
- TELL, M., "Exit Taxation after Commission v. Denmark C-261/11", *Global Tax Weekly*, 2013, n° 56, pp. 14 à 20.
- TERRA, J.M. et WATTEL, J., *European Tax Law*, Kluwer law international, 2012.
- THIRION, N., BADA, B., DELVAUX, T., FAYT, A., GOL, D., PASTEGER, D., *Droit international et européen des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2009.
- THÖMMES, O., *Commentary on the Merger Directive*, EC Corporate Tax Law, *IBFD*, 2004.
- THÖMMES, O. et LINN, A., « Deferment of Exit Taxes after National Grid Indus : Is The Requirement to Provide a Bank Guarantee and the Charge of Interest Proportionate ? », *Intertax*, 2012, pp. 485 à 493.
- TILQUIN, T., "L'incorporation comme facteur de rattachement de la lex societatis", *Rev. prat. soc.*, 1998, pp. 16 à 23.
- TRAVERSA, E. et HELLEPUTTE, C.-A., "Taxation of EU resident companies under the current CCCTB framework: Descriptive and critical approach to selected extraterritorial aspects" in *Corporate Income Taxation in Europe: The Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) and third Countries*, Edward Elgard, 2013.
- TRAVERSA, E. et MAITROT DE LA MOTTE, A., "Droit fiscal européen", *J.D.E.*, 2014, pp. 260 à 268.
- TRAVERSA, E., et NAVEZ, E.-J., « La liberté d'établissement s'oppose à l'annulation d'une réduction d'impôt consécutive au transfert transfrontalier de siège social de la société », *R.A.E.*, pp. 697 à 702.

- TRAVERSA, E. et POSSOZ, M., « L'action de l'OCDE en matière de lutte contre l'évasion fiscale internationale et d'échange de renseignements : développements récents », *R.G.C.F.*, 2015, pp. 5 à 24.
- VAN ARENDONK, H., "National Grid Indus and its Aftermath", *E.C.T.R.*, 2013/14, pp. 170 et 171.
- VAN ARENDONK, H., « Exit taxes: Separation of Powers », *E.C.T.R.*, 2010, pp. 60 et 61.
- VAN BROCKE, K. et MÜLLER, S., « Exit Taxes : The Commission versus Denmark Case Analysed against the Background of the Fundamental Conflict in the EU : Territorial Taxes and Internal Market without Barriers », *EC Tax Review*, 2013, pp. 299 à 304
- VACCARO, E., « Transfer of seat and freedom of establishment in european company law », *E.B.L.R.*, 2005, pp. 1348 à 1365.
- VAN DEN BROEK, H. et MEUSSEN, G., "National Grid Indus case: Re-Thinking Exit Taxation", *E.T.*, 2012, pp. 190 à 196.
- VAN DEN BROEK, H., "EU Mergers and Exit Taxes" in *Unternehmensnachfolge*, Springer, 2009, pp. 133 à 184.
- VAN DEN BROEK, H., "Exit Taxation of Cross-Border Mergers after National Grid Indus", *Journal for European Tax studies*, 2012, pp. 26 à 49.
- VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers within the EU. Proposals to Remove The Remaining Tax Obstacles*, Kluwer Law international, 2012.
- VAN DEN HURK, H., VAN DEN BROEK, H., KORVING, J., "Final Settlement Taxes for Companies: Transfer of seats, Interest Charges, Guarantees and Step-Ups in Value", *Bulletin for International Taxation*, 2013, pp. 257 à 267.
- VAN GERVEN, D., "Cross-Border Mergers in Europe", *Cambridge University Press*, Volume 1, 2010.
- VANDEVELDE, I., « How Does the CJUE's Case Law on Cross-Border Loss Relief Apply to Cross-Border Mergers and Divisions », *EC Tax Review*, 2016, pp. 132-145.
- VERDURE, C., "La réglementation des fusions transfrontalières : une nouvelle étape dans la modernisation du droit européen des sociétés", *Rev. dr. int. et comp.*, 1/2008
- VERMEYLEN, J., « Arrêt 'Vale Epitési' : la mobilité transfrontalière du siège statutaire est-elle un droit ? », *J.D.E.*, 2012, p. 276 à 278.
- VILAGI, R., « Exit Taxes on Various Types of Corporate Reorganization in Light of EU Law », *E.T.*, 2012, pp. 346 à 354.
- VRIJBURG, H., « 50 years of EU corporate income tax harmonization initiatives :Is Enhanced Cooperation the solution ? » in *Naar een Europese winstbelasting ?*, Kluwer , 2010, pp. 1 à 16.
- VRIJBURG, H., « Enhanced cooperation in Corporate Taxation », Amsterdam, Thela Thesis, 2011.
- WATTEL, J., « Exit Taxation in the EU/EEA Before and After National Grid Indus », *Tax Notes International*, 2012, pp. 371 à 379.

- WERLAUFF, E., « Relocating a Company within the EU », *European Company Law*, 2008, pp. 136 à 139.
- WERLAUFF, E., « Using a foreign companies for domestic activities », *European Business Law Review*, 1999, pp. 306 à 313.
- WYMEERSCH, E., « Is a Directive on Corporate Mobility Needed ? », *European Business Organization Law Review*, 2007, pp. 161 à 169.
- ZAGLER, M., *International tax coordination. An interdisciplinary perspective on virtues and pitfalls*, Londres, Routledge, 2010.
- ZERNOVA, D., "Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market", *Intertax*, 2011, pp. 471 à 493.

JURISPRUDENCE

Droit européen

- C.J.U.E., arrêt *Verder LabTec* du 21 mai 2015, aff. C-657/13, non encore publié.
- C.J.U.E., arrêt *DMC* du 23 janvier 2014, aff. C-164/12, non encore publié.
- C.J.U.E., arrêt *Commission c. Danemark* du 18 juillet 2013, aff. C-261/11, non encore publié.
- C.J.U.E., arrêt *Vale Epitési kft* du 12 juillet 2012, aff. C-378/10, non encore publié.
- C.J.U.E., arrêt *National Grid Indus* du 29 novembre 2011, aff. C-378/10, Rec. I, p. 12273.
- C.J.C.E., arrêt *Damseaux* du 16 juillet 2009, aff. C-128/08, Rec., I, p. 6823.
- C.J.C.E., arrêt *Cartesio* du 16 décembre 2008, aff. C-210/06, Rec. I, p.3601.
- C.J.C.E., arrêt *N* du 7 septembre 2006, aff. C-470/04, Rec., I, p. 7409.
- C.J.C.E., arrêt *Lasteyrie du Saillant* du 11 mars 2004, aff. C-9/02, Rec., I, p. 2409.
- C.J.C.E., arrêt *Commission c. Portugal* du 29 avril 2004, aff. C-171/02, Rec. 2004, p. I-6545.
- C.J.U.E., arrêt *Bosal Holding BV* du 18 septembre 2003, aff. C-168/01, Rec I, p. 9409.
- C.J.C.E., arrêt *Inspire Art* du 30 septembre 2003, aff. C-167/01, Rec. I, p. 10155.
- C.J.C.E., arrêt *Überseering* du 5 novembre 2002, aff. C-208/00, Rec. I, p. 9943.
- C.J.C.E., arrêt *Centros* du 9 mars 1999, aff. C-212/97, Rec. I, p. 1459.
- C.J.C.E., arrêt *Daily Mail* du 27 septembre 1988, aff. C-81/87, Rec., p. 5483.
- C.J.C.E., arrêt *Jean Reyners* du 21 juin 1974, aff. C-2/74, Rec, 1974, p.631.

- Conclusions de l'Avocat Général P. MENGOZZI, aff. C-38/10, *Commission c. Portugal*, 28 juin 2012, non encore publié.
- Conclusion de l'Avocat Général P. MADURO, aff. C-210/06, *Cartesio*, 22 mai 2008, p.9641.
- Conclusions de l'Avocat Général D. RUIZ-HARABO COLOMER, aff. C-208/00, *Überseering*, 4 décembre 2001, Rec., I, p. 9922.

LEGISLATION

Droit européen

- Directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, *J.O.C.E.*, L. 84/1, 31 mars 2010.
- Directive 2009/133/CE du Conseil, du 19 octobre 2009, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre, *J.O.U.E.*, L 310, 25 novembre 2009, pp. 34-46.
- Directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005, modifiant la directive 90/434/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions partielles, apports d'actif et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, *J.O.C.E.*, L. 58, du 4 mars 2005, pp. 19-27.
- Directive (C.E.) n° 2005/56 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, *J.O.C.E.*, L. 310, du 25 novembre 2005, pp. 1-9.
- Directive 2004/106/CE du Conseil, du 16 novembre 2004 modifiant la directive 77/799/CEE concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des Etats membres dans le domaine des impôts directs, de certains droits d'accises et des taxes sur les primes d'assurance et la directive 92/12/CEE relative au régime général, à la détention, à la circulation et aux contrôles de produits soumis à accises, *J.O.C.E.*, L.359/30, 4 décembre 2004
- Directive 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions partielles, apports d'actif et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, *J.O.C.E.*, L.225, 20 août 1990, pp. 1-5.
- Directive 76/308/CEE du Conseil, du 15 mars 1976, concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances résultant d'opération faisant partie du système de financement du Fonds européen d'orientation et de garantie agricole, ainsi que des prélèvements agricoles et de droits de douane, *J.O.C.E.*, L. 073, 19 mars 1976.
- TFUE, art. 49, 50, 54, 115.
- Traité CEE, art. 2, 44, 293.

-

DIVERS

- Déclaration générale de la Chambre Internationale de Commerce du 15 juillet 2014, "Exit Taxes: serious obstacles for international business restructurings and movement capital", n° 180-534, disponible sur le site internet de l'institution.
- Proposition de Directive du Conseil mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la taxe sur les transactions financières, COM(2013) 71 final du 14 février 2013.
- Proposition de Directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés, COM(2011) 121/4, 11 mars 2011.
- Résolution 2008/C323/01 du Conseil du 2 décembre 2008 sur la coordination en matière de taxation à la sortie, *J.O.*, 2008.
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et Social européen relative à l'imposition à la sortie et nécessité de coordonner les politiques fiscales des Etats membres, 19 décembre 2006, COM(2006)825.
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et Comité économique et social européen relative à la lutte contre les obstacles liés à la fiscalités des sociétés qui affectent les petites et moyennes entreprises dans le marché intérieur, 13 décembre 2005, COM(2005)702.
- Commission européenne, Direction générale Fiscalité et Union douanière, « La fiscalité des entreprises dans le Marché intérieur », Rapport des services de la Commission, SEC(2001) 1681 final, 23 octobre 2001.
- Proposition de directive du Conseil concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions et apports d'actif intervenant entre sociétés d'Etats membres différents, COM(69) 5 final, 22 mars 1969.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

