

## Etudes

650 **Lutte contre les mesures fiscales discriminatoires : le TFUE plus efficace que les conventions fiscales bilatérales**

**Gilbert LADREYT,**  
avocat associé,  
De **Gaullé** Fleurance & Associés



**La reconnaissance jurisprudentielle de la non-conformité au traité FUE des articles 244 bis A et 164 C du CGI nous donne l'occasion de comparer l'efficacité respective du traité précité et des clauses de non-discrimination contenues dans les conventions fiscales internationales pour mettre en échec des mesures fiscales discriminatoires.**

## Introduction

1 - Le traité de Maastricht, entré en vigueur en 1994, a consacré le principe de libre circulation de capitaux en interdisant « toutes les restrictions » aux mouvements de capitaux, et en étendant cette interdiction aux mouvements de capitaux entre les États membres et les États tiers (article 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, « TFUE »).

Il aura cependant fallu attendre une vingtaine d'années avant que cette liberté, notamment vis-à-vis des États tiers, ne soit progressivement, puis véritablement, reconnue et mise en œuvre. Les statistiques de l'activité de la CJUE témoignent de cette évolution : depuis 2010, les saisines de la Cour en matière fiscale visent en premier lieu la liberté de circulation des capitaux, avant même les saisines fondées sur la liberté d'établissement.

L'effectivité des droits que leur accorde le Traité conduit les ressortissants d'États tiers qui s'estiment victimes de mesures fiscales discriminatoires de la part d'un État membre à invoquer de plus en plus fréquemment le Traité pour défendre leurs droits, alors que cette tâche était traditionnellement dévolue aux clauses de non-discrimination incluses dans les conventions fiscales bilatérales.

Le principe de libre circulation des capitaux a eu un retentissement fracassant dans le paysage fiscal français avec l'arrêt *Santander Asset Management* rendu au profit d'OPCVM étrangers qui se plaignaient que les distributions de dividendes, dont ils bénéficiaient de la part de sociétés françaises, soient assujetties à une retenue à la source alors que les distributions opérées au profit d'OPCVM français en étaient exonérées (CGI, art. 119 bis, 2). Par un arrêt rendu le 10 mai 2012<sup>1</sup>, la CJUE a jugé que cette retenue à la source constituait

une restriction injustifiée à la liberté de circulation des capitaux, ce qui a conduit le législateur français à modifier cette disposition pour la rendre conforme au droit de l'Union européenne.

La fiscalité immobilière française est elle aussi très concernée par la mise en œuvre de ce principe ainsi qu'en témoignent quatre décisions récentes du Conseil d'État et de la cour administrative d'appel de Versailles, que nous allons rappeler brièvement ici. Si les investissements immobiliers sont particulièrement concernés, c'est parce que la démonstration d'une identité de situation entre le résident français et le non-résident (qui permet d'établir le caractère discriminatoire d'une différence de traitement) est plus facile à établir en matière immobilière qu'en toute autre matière.

Deux décisions du Conseil d'État, déjà très commentées, concernent l'article 164 C du CGI (imposition des non-résidents sur une base égale à trois fois la valeur locative de l'habitation dont ils ont la disposition en France). Elles jugent l'article 164 C non conforme au principe de libre circulation des capitaux<sup>2</sup>. La première de ces décisions (arrêt *Kramer*) limitait ses effets aux résidents monégasques, tandis que la seconde (arrêt *Lappe*) invalide l'article 164 C de façon plus générale et plus radicale. Ces décisions sont d'autant plus intéressantes que de nombreuses tentatives fondées sur des clauses de

7/2012, n° 775. – V. également S. Defert, V. Louvel et E. Raingeard de la Blétère, *Retenue à la source sur les dividendes versés aux fonds d'investissement étrangers : incompatibilité avec le droit de l'UE* : Dr. fisc. 2012, n° 20, act. 215.

2. CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 26 déc 2013, n° 360488, min. c/ M et M<sup>me</sup> Kramer Dr. fisc. 2014, n° 4, comm. 92, concl. F. Aladjidi, note G. Ladreyt ; Aladjidi ; FR Lefebvre 3/2014, inf. 13. – CE, plén. fisc., 11 avr 2014, n° 332885, min. c/ M<sup>me</sup> Lappe. JurisData n° 2014-008221, Dr. fisc. 2014, n° 25, comm. 392, concl. É. Crépey, note A. Maitrot de la Motte, RJF 7/2014, n° 740, chron. É. Bokdam-Tognetti, p. 635 ; BDCF 7/2014, n° 75, concl. É. Crépey ; FR Lefebvre 26/2014, inf. 16, note É. Crépey, p. 23.

1. CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 10 mai 2012, aff. C-338/11 à C-347/11, *Santander et a.* : Dr. fisc. 2012, n° 20, act. 222, Dr. sociétés 2012, comm. 156, note J.-L. Pierre ; RJF

non-discrimination conventionnelles avaient précédemment échoué dans leur contestation de l'article 164 C<sup>3</sup>.

Les deux autres décisions concernent l'article 244 bis A du CGI qui prévoit que les plus-values immobilières réalisées en France par les résidents d'États tiers sont taxables au taux de 33,1/3 % (75 % pour les résidents d'ETNC), alors que les mêmes plus-values, lorsqu'elles sont réalisées par des résidents français ou des résidents communautaires, sont assujetties à une imposition de 19 % (16 % jusqu'au 31 décembre 2010).

Tout d'abord, une décision rendue le 16 septembre 2014 par la cour administrative d'appel de Versailles<sup>4</sup> au profit d'un résident et national japonais, par laquelle la cour déclare le prélèvement de 33,1/3 % contraire à la libre circulation des capitaux et écarte la clause de gel. Elle ordonne en conséquence la restitution, au profit de l'investisseur japonais, du différentiel d'imposition entre le taux de 33,1/3 % acquitté en 2007 et le taux de 16 % dont bénéficiaient à l'époque les résidents français ou communautaires.

Cette décision de la cour de Versailles n'est pas une surprise et était attendue par la doctrine<sup>5</sup>. Elle est la première décision d'une cour d'appel à reprendre à son compte les très nombreuses décisions déjà rendues en la matière par le tribunal administratif de Montreuil. Ces décisions constatent que résidents français, résidents communautaires et résidents d'État tiers sont, s'agissant de la cession d'un bien immobilier français, dans une situation objectivement comparable<sup>6</sup>. Le tribunal administratif de Montreuil en déduit fort logiquement que la différence de taux prévue par l'article 244 bis A du CGI est injustifiée et contrevient donc au principe de libre circulation des capitaux prévu par l'article 63 TFUE.

Dans ce débat, la dernière ligne de défense de l'État français consistait à opposer la « clause de gel » (art. 64 TFUE). Cette disposition permet aux États membres de faire échec à la liberté de circulation des capitaux en continuant d'appliquer, à l'encontre des seuls résidents d'États tiers, les restrictions qui étaient déjà en vigueur lors de l'entrée en vigueur du traité de Maastricht le 1<sup>er</sup> janvier 1994 (le prélèvement de 33,1/3 % s'applique depuis 1976). Cette possibilité ouverte aux États membres ne s'applique cependant que lorsque sont concernés des investissements directs qui s'entendent de ceux réalisés en vue de l'exercice d'une activité économique. Cette ligne de défense, déjà systématiquement écartée par les décisions du tribunal administratif de Montreuil, est définitivement tombée avec l'arrêt *Yvon Welte* du 17 octobre 2013 par lequel la CJUE a jugé que les investissements de type « patrimonial », réalisés par les résidents d'États tiers, ne constituent pas des « investissements directs ». Les investissements « patrimoniaux » échappent donc à la clause de gel et bénéficient pleinement de la libre circulation des capitaux. Le Conseil d'État, par

son arrêt *Kramer*, a expressément entériné le périmètre de la clause de gel ainsi précisé par la CJUE.

Il en va de même de l'arrêt de la cour de Versailles du 16 septembre dernier qui prend l'exact contre-pied de la décision que cette même juridiction avait rendu le 7 juin 2012 lorsqu'elle avait retenu la clause de gel pour débouter des résidents israéliens qui contestaient la conformité au droit de l'Union de l'article 244 bis A<sup>7</sup>. C'est bien entendu la décision *Welte*, intervenue entre-temps, qui explique ce revirement.

Enfin, dernière décision, celle rendue par le Conseil d'État le 20 octobre 2014<sup>8</sup> qui invalide également le prélèvement de l'article 244 bis A mais dans l'hypothèse particulière où la cession de l'immeuble intervient via une société civile contrôlée par des résidents suisses. La particularité de cet arrêt réside dans le fait que la clause de gel n'est pas écartée en raison de son inapplicabilité aux investissements patrimoniaux, mais parce qu'en cas de cession par une société civile, la discrimination que constitue le prélèvement du 1/3 n'était pas encore en vigueur au 31 décembre 1993, veille de l'entrée en vigueur du traité de Maastricht. En effet, à cette date, les cessions réalisées par les SCI bénéficiaient du taux de 16 % y compris lorsque leurs associés résidaient dans un pays tiers. La loi a été modifiée un an plus tard, le 31 décembre 1994, en vue d'étendre le prélèvement du tiers aux plus-values réalisées par des sociétés civiles, au prorata de droits détenus par les associés résidents d'État tiers. Dans ce cas particulier, la discrimination n'existait donc pas au 31 décembre 1993, ce qui rend la clause de gel inopposable par l'État membre.

Ces décisions démontrent, de façon très convaincante, l'efficacité du principe de libre circulation des capitaux lorsqu'il s'agit de contrer les dispositions fiscales restrictives prises par un État membre à l'encontre d'investisseurs non-résidents.

Le Traité poursuit ainsi un objectif commun aux conventions fiscales bilatérales. Ces dernières, outre l'objectif d'élimination des doubles impositions et de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale, ont en effet également pour objet d'interdire les mesures fiscales discriminatoires. C'est pourquoi elles contiennent généralement une clause de non-discrimination dont la clause type est fixée par l'article 24 du modèle OCDE.

En dépit de leur objectif commun, l'article 63 TFUE (ci-après article 63) et les clauses type article 24 du modèle OCDE (ci-après article 24) affichent de profondes différences qui tiennent à un contexte de création différent ainsi qu'à des conditions d'accès et des normes d'interprétation elles aussi très différentes.

Les libertés communautaires résultent en effet d'un traité multilatéral qui s'impose, bon gré mal gré, aux États membres, sous la houlette d'une juridiction unique, la Cour de justice de l'Union européenne. De ce point de vue, elles ont davantage d'impact sur les règles fiscales internes des États membres que les clauses de non-discrimination des conventions (1).

La possibilité pour un non-résident d'invoquer une clause de non-discrimination bilatérale est pour sa part subordonnée à des conditions d'accès (nationalité, résidence, etc.) auxquelles échappe la mise en œuvre du principe de libre circulation des capitaux (2).

Enfin, il apparaît que les clauses de non-discrimination bilatérales qui visent à interdire les discriminations fondées sur la nationalité, s'avèrent, à la différence du Traité, peu efficaces pour sanctionner les mesures fiscales qui, sans justification objective, peuvent pénaliser les non-résidents (3).

3. V. *infra* n° 2 à 6.

4. CAA Versailles, 6<sup>e</sup> ch., n° 11VE02290, *min. c/ M. Mori* : *JurisData* n° 2014-027559.

5. A. Maitrot de la Motte, *Précisions décisives sur la portée ratione materiae de la « clause de gel » de l'article 64 TFUE*, note sous CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 17 oct. 2013, *aff. C-181/12, Yvon Welte* : *Dr. fisc.* 2014, n° 4 *comm.* 91, *concl.* P. Mengozzi. — G. Ladreyt, *Liberté de circulation des capitaux : la clause de gel (TCE, art. 57 ancien ; TFUE, art. 64) ne s'applique pas aux investissements immobiliers patrimoniaux*, note sous CE, 5<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 26 déc. 2013, n° 360488, *min. c/ M. et M<sup>me</sup> Kramer* : *Dr. fisc.* 2014, n° 4, *comm.* 92, *concl.* F. Aladjidi ; *FR Lefebvre* 3/2014, *inf.* 13, *préc.* — Pour un pronostic plus ancien, V. G. Ladreyt, *Plus-values immobilières des non-résidents : le prélèvement de 33,1/3 % bientôt hors-jeu ?* : *RFN* 2010, *étude* 12, n° 22 et s.

6. Comparabilité parfaitement démontrée par M<sup>me</sup> Nolwenn Peton Philippot, *V. concl. sous TA Montreuil, 10<sup>e</sup> ch., 25 févr. 2011, n° 0904837, M<sup>me</sup> Theriault* : *Dr. fisc.* 2011, n° 18-19, *comm.* 338, note A. Maitrot de la Motte ; *RJF* 8-9/2010, n° 1010 ; *BDCF* 8-9/2011, n° 105. — *TA Montreuil, 10<sup>e</sup> ch., 25 févr. 2011, n° 0913471, M. Walid Al Atlas et n° 0913507, M. Hani Al Atlas* : *Dr. fisc.* 2011, n° 18-19, *comm.* 338, note A. Maitrot de la Motte.

7. CAA Versailles, 6<sup>e</sup> ch., 7 juin 2012, n° 11VE03607, *min. c/ M. Redler* : *JurisData* n° 2012-026171 ; *RJF* 10/2012, n° 969 ; V. J.-M. Vié, *Sélection d'arrêts des cours administratives d'appel*, *Dr. fisc.* 2012, n° 48, 532, n° 8.

8. CE, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-sect., 20 oct. 2014, n° 367234, *min. c/ SCI Saint-Étienne* : *Dr. fisc.* 2014, n° 45, *act.* 560.

## 1. Un traité multilatéral organisant la liberté des mouvements de capitaux et interprété par un organe juridictionnel unique

**2 - Un traité multilatéral, au champ large.** – La liberté des mouvements de capitaux a été, dès la signature du Traité de Rome, un objectif essentiel de la construction européenne. Mis en œuvre de façon prudente et progressive, entre les États membres seulement, dans un premier temps, ce principe a été renforcé par la directive du 24 juin 1988 dont l'article 1<sup>er</sup> précise : « *les États membres suppriment les restrictions aux mouvements de capitaux entre les personnes résidant dans les États membres* ».

Ce n'est que lors de la signature du traité de Maastricht, en 1992, que la liberté de circulation des capitaux a été étendue unilatéralement aux États tiers : « (...) *toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites* » (article 63).

La liberté de circulation des capitaux n'a pas seulement pour objet la mise en place du marché unique mais elle vise aussi à attirer les investissements étrangers d'où qu'ils viennent, à « assurer la crédibilité de la monnaie unique communautaire sur les marchés financiers mondiaux » et à « maintenir dans les États membres des centres financiers de dimension mondiale »<sup>9</sup>.

Outre le fait que cette liberté étend géographiquement ses effets au-delà de la Communauté (elle est la seule liberté communautaire dont peuvent se prévaloir les résidents de pays tiers), son champ d'application *ratione materiae* est bien plus étendu que celui des autres libertés : l'article 63 vise aussi bien les flux financiers que les investissements en valeurs mobilières, les prêts, les investissements immobiliers, les donations, les successions, si bien que les règles fiscales des États membres régissent nécessairement un grand nombre de cas dans lesquels cette liberté est susceptible d'intervenir.

« *Toutes les restrictions* », même de faible portée ou d'importance mineure, sont prohibées dès lors que, pénalisant l'investissement ou le désinvestissement, elles contribuent à dissuader un non-résident d'investir dans l'État membre concerné. La Cour de justice se refuse à sonder les reins et les cœurs pour savoir si, parmi les critères pris en compte dans une décision d'investissement, la restriction a été décisive. Il suffit que la restriction puisse, toutes choses égales par ailleurs, avoir un effet dissuasif.

Certains se sont alarmés du caractère unilatéral de cette liberté vis-à-vis des pays tiers, les traités internationaux étant traditionnellement fondés sur un principe de réciprocité. Il leur a été répondu que la libéralisation des mouvements de capitaux favorise l'investissement en Europe. C'est la même logique qui a poussé la France à renoncer unilatéralement, en pratique, à taxer la quasi-totalité des intérêts payés hors de France.

D'inspiration libérale, les libertés communautaires poursuivent un but fonctionnel : assurer le libre accès et la fluidité du marché intérieur, en protégeant les mouvements de capitaux, indépendamment de la nationalité des agents économiques. Elles ont un objectif et un champ d'application plus large que la stricte protection des étrangers.

La liberté de circulation des capitaux souffre donc de peu d'exceptions : clause de gel précitée (article 64, alinéa 1<sup>er</sup>) et possibilité ouverte au Conseil, statuant à l'unanimité après consultation du Parlement européen, d'adopter des mesures restreignant la liberté des mouvements de capitaux à destination ou en provenance des États tiers (article 64, alinéa 3).

**3** – Par contraste, les clauses de non-discrimination des conventions fiscales garantissent, de façon beaucoup plus restreinte, une protection personnelle, fondée sur la nationalité, « octroyée » par chaque État contractant, dans le cadre limité de relations bilatérales.

**4 - Le rôle de centralisateur/unificateur de la Cour de justice.** – La Cour de justice veille, par son interprétation, à l'application uniforme des libertés communautaires dans tous les États membres.

La jurisprudence fiscale de la CJUE (qui représente aujourd'hui, en nombre de décisions, la première matière traitée par la Cour) participe de cette dynamique de construction d'une monnaie unique et d'un véritable espace financier européen. La Cour rappelle très précisément ces objectifs dans l'arrêt *Skatteverket c/ A* précité.

Le texte du Traité définissant les libertés communautaires étant pratiquement resté inchangé depuis vingt ans, c'est à la Cour de justice qu'est revenue la mission de préciser le contour de ces libertés, décision après décision. La jurisprudence de la Cour a ainsi donné leur plein effet à ces libertés en n'admettant des restrictions que dans des conditions très strictes, le caractère volontariste et centralisé de cette jurisprudence étant renforcé, en premier lieu, par la technique du renvoi préjudiciel qui permet au juge national de solliciter la Cour pour interpréter le Traité (art. 267, *TFUE*), et, en second lieu, par l'autorité des décisions de la Cour sur les juridictions de l'ensemble des États membres.

**5** – La mise en œuvre des conventions fiscales bilatérales et les clauses de non-discrimination qu'elles contiennent ne participent pas d'une dynamique comparable ni d'un système aussi structuré et centralisé en termes de mise en œuvre et d'interprétation.

Certes, le Comité des affaires fiscales de l'OCDE fait un important et excellent travail scientifique et de réflexion et d'information. Toutefois, le pouvoir de négociation des conventions bilatérales reste, pour l'instant, aux mains des États, de même que l'interprétation de leurs règles appartient aux juridictions nationales, a fortiori en France depuis que le Conseil d'État a décidé de ne pas tenir compte des commentaires OCDE postérieurs à la date de signature des traités<sup>10</sup>. Cette situation ne manque pas de générer, entre les pays de l'OCDE, d'inévitables divergences de rédaction et d'interprétation.

**6** – Pour ce qui est de l'impact de ces deux types de normes sur la législation fiscale des États intéressés, force est de constater que la jurisprudence de la Cour de justice a un impact considérable, qui a eu pour conséquence la destruction de pans entiers de la fiscalité de certains États membres.

S'agissant de la France, un grand nombre des réformes fiscales récentes est la conséquence directe des contraintes exercées par les libertés communautaires : suppression de l'avoir fiscal, suppression de la retenue à la source sur les dividendes versés aux OPCVM étrangers, adaptation du PEA, modification du régime d'*exit tax*, mise en place d'un dispositif spécial pour les non-résidents « Schumacker », etc.

## 2. Le principe de libre circulation des capitaux est d'une applicabilité plus ouverte que les clauses de non-discrimination

**7** – Le propos n'est pas ici de choisir entre le Traité et les clauses de non-discrimination des conventions bilatérales. Aucune de ces normes n'excluant l'autre, il est possible, et même conseillé, de les invoquer simultanément.

9. *CJCE, gde ch., 18 déc. 2007, aff. C-101/05, Skatteverket c/ A, pt 31 : Rec. CJCE 2007, I, p. 11531 ; Dr. fisc. 2007, n° 52, act. 1169 ; RJF 3/2008, n° 378.*

10. *CE, sect., 30 déc. 2003, n° 233894, SA Andritz : JurisData n° 2003-080472, Dr. fisc. 2004, n° 16, comm. 427, concl. G. Bachelier, note P. Musquart ; RJF 3/2004, n° 238, concl. G. Bachelier, p. 166 ; RJF 2/2004, p. 83, chron. L. Olleon ; BGFE 2004, n° 2, p. 12, obs. N. Chahud-Nourai.*

Le principe de libre circulation des capitaux est souvent plus accessible que les clauses de non-discrimination. La principale difficulté résidera dans la détermination de la liberté communautaire applicable : liberté de circulation des capitaux ou liberté d'établissement ? En effet, seule la première est directement invocable par les résidents d'États tiers (A)

Nous verrons toutefois que les investisseurs des pays tiers peuvent, en pratique, indirectement bénéficier de la liberté d'établissement, grâce à la constitution, dans un État membre, d'une filiale qui leur permet de prendre pied sur le territoire de l'Union européenne (B)

La possibilité d'invoquer les clauses de non-discrimination des conventions bilatérales est plus restrictive et suppose, outre une condition de nationalité, de remplir certaines conditions d'accès (C)

### A. - Mise en œuvre des libertés communautaires : identification préalable de la liberté applicable (liberté d'établissement ou liberté de circulation des capitaux)

8 - Face à la règle fiscale d'un État membre que le résident d'un État tiers considère comme discriminatoire, il est crucial d'identifier quelle est la liberté communautaire qui est susceptible d'avoir été violée : liberté d'établissement (art 49 TFUE) réservée aux résidents des États membres ou liberté de circulation des capitaux (art 63 TFUE) qui, à la différence de la liberté d'établissement, peut être invoquée par les résidents d'un État tiers

Une personne ou une société d'un État membre exerce sa liberté d'établissement protégée par le Traité lorsqu'elle développe une activité dans un autre État membre soit directement via une succursale, soit par l'intermédiaire d'une filiale, à condition alors que cette participation lui confère une influence certaine sur les décisions de la filiale et lui permette d'en déterminer les activités<sup>11</sup>. On considère souvent, en pratique, qu'un seul minimum de détention de 25 % est requis pour entrer dans cette catégorie<sup>12</sup>

En revanche, les dispositions nationales qui s'appliquent à des participations effectuées dans la seule intention de réaliser un placement financier, sans l'intention d'influer sur la gestion et le contrôle de l'entreprise, doivent être examinées au regard de la libre circulation des capitaux<sup>13</sup>. Relevant ainsi de la liberté de circulation des capitaux les investissements de nature patrimoniale (mobiliers/immobiliers) réalisés par une personne physique, ou bien encore l'acquisition d'une participation minoritaire par un OPCVM étranger

Il arrive qu'une règle nationale puisse relever aussi bien de la liberté d'établissement que de la liberté de circulation des capitaux. L'identification de la liberté concernée dépendra alors de l'objet de la législation en cause

— si la règle nationale s'applique sans référence à l'importance de la participation détenue par le non-résident, elle ressort aussi bien de la liberté d'établissement que de la libre circulation des capitaux et peut donc être invoquée par le résident d'un État tiers, ainsi, dans l'affaire *Emerging Markets*<sup>14</sup>, la CJUE considère que la libre circulation des capitaux s'oppose à une législation fiscale d'un État membre en vertu de laquelle ne peuvent bénéficier d'une exonération de retenue à la

source les dividendes versés par des sociétés établies dans cet État membre au profit d'un fonds d'investissement situé dans un État tiers,

— si, au contraire, la législation nationale ne vise que les participations importantes permettant de peser sur les décisions de la société, elle ressort exclusivement de la liberté d'établissement. Dans ce dernier cas, cette règle peut aussi avoir des effets restrictifs sur la libre circulation des capitaux, mais ces restrictions ne sont alors que la conséquence d'une entrave à la liberté d'établissement, et ne justifient pas un examen autonome de la règle contestée au regard de la libre circulation des capitaux, ce qui prive le résident d'un État tiers de s'en prévaloir<sup>15</sup>

Un moyen classique pour un État membre de contrer une argumentation fondée sur la violation de la liberté de circulation des capitaux consiste donc à déplacer le débat sur le terrain de la liberté d'établissement qui ne peut pas être invoquée par les résidents d'États tiers<sup>16</sup>. Tel est le cas d'une société suisse qui avait consenti un prêt à sa filiale allemande (contrôlée à 66 %) laquelle, en application d'une disposition anti-sous-capitalisation allemande, n'avait pu déduire les intérêts versés à sa société mère suisse. La CJCE a considéré que la réglementation fiscale allemande en question ressortait de la liberté d'établissement, ce qui empêchait de placer le débat sur le terrain de la libre circulation des capitaux, seule liberté invocable s'agissant de fonds en provenance d'un État tiers ou d'intérêts à destination d'un tel État

Une autre façon d'évincer la liberté de circulation des capitaux peut être de placer le débat sur le terrain de la libre prestation de service<sup>17</sup>

### B. - Possibilité pour les États tiers de jouir indirectement de la liberté d'établissement

9 - Pour contourner l'impossibilité de se prévaloir directement de la liberté d'établissement, de nombreux investissements en provenance d'États tiers sont réalisés à partir de sociétés holdings européennes qui, en tant que telles, bénéficient pleinement de cette liberté d'établissement

La CJUE vient de juger, dans un arrêt très important pour les États tiers, que le fait que ces sociétés européennes soient majoritairement contrôlées par des résidents d'États tiers est sans effet sur leur droit au bénéfice de la liberté d'établissement<sup>18</sup>

Dans cette affaire, était en cause la possibilité offerte par la législation britannique de transférer des pertes entre sociétés anglaises appartenant à un même groupe. Le groupe *Felixstowe Dock and Railway* ne respectait pas les conditions fixées par la législation britannique puisque la société faitière, qui contrôlait les filiales anglaises, n'était, d'une part, pas anglaise mais luxembourgeoise et, d'autre part, était contrôlée par un actionnaire ultime hongkongais qui la détenait via des sociétés domiciliées aux îles Vierges britanniques et aux îles Caïman

11 CJCE, gde ch, 12 dec 2006, aff C 374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, Rec CJCE 2006, I, p 11673, concl L A Geelhoed, Dr fisc 2006, n° 52, act 265, RJF 3/2007, n° 376 – V aussi, G Blanluet, *Affaire du precompte le credit d'impôt indirect en question*, Dr fisc 2013, n° 24, 314

12 BOI INT-DG 10 30, 12 sept 2012, § 70

13 CJCE, gde ch, 12 dec 2006, aff C 374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, prec pt 38 – CJCE, 1<sup>re</sup> ch, 17 sept 2009, aff C 182/08, *Glaxo Wellcome GmbH & Co KG*, Rec CJCE 2009, I, p 8591, pt 40 et 45 a 52, Dr fisc 2009, n° 39, act 298, RJF 2009 n° 1184 – V E Raingeard de la Bletiere, *Droit de l'Union européenne chronique de l'année 2009*, Dr fisc 2010, n° 8, 201

14 CJUE, 1<sup>re</sup> ch, 10 avr 2014, aff C 190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, Dr fisc 2014, n° 16, act 247

15 CJCE, 1<sup>re</sup> ch, 18 juin 2009, aff C-303/07, *Aberdeen Property Fminvest Alpha Oy*, Rec CJUE 2009, I, p 5145, pts 34 et 35, Dr fisc 2009, n° 26, act 213, RJF 10/2009, n° 898 – CJCE, 4<sup>e</sup> ch, 26 juin 2008, aff C 284/06, *Fmanzamt Hamburg Am Tierpark c/ Burda GmbH*, Rec CJCE 2008, I, p 4571, pt 69 et concl P Mengozzi – V également L Bernardeau et F Schmied, *Jurisprudence de la CJCE fiscalité directe (avr/juin 2008)*, Dr fisc 2008, n° 37, 476

16 CJCE, 4<sup>e</sup> ch, ord, 10 mai 2007, aff C 492/04, *Lasertec*, Rec CJCE 2007, I, p 3775, Dr fisc 2007, n° 29, comm 765 note H Kruger, Europe 2007, comm 185

17 CJCE, gde ch, 3 oct 2006, aff C 452/04, *Fidium Finanz AG c/ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, Rec CJCE, I, p 9521, pt 25, JCP E 2006, 2499, Europe 2006 comm 369, obs F Kauff, Gazin

18 CJUE, gde ch, 1<sup>er</sup> avr 2014, aff C 80/12, *Felixstowe Dock and Railway Company et a*, Dr fisc 2014, n° 25, comm 391, note H Cassagnabère

La CJUE décide que la localisation dans un État membre (Luxembourg) de la société faitière devait permettre au groupe de bénéficier du dispositif britannique de transfert des pertes<sup>19</sup>.

La Cour écarte ensuite, dans le point 40 on ne peut plus tranchant, l'argument tiré de ce que l'actionnaire de la société luxembourgeoise résidait dans un pays tiers : « Il ne résulte d'aucune disposition du droit de l'Union que l'origine des actionnaires, personnes physiques ou morales, des sociétés résidant dans l'Union ait une incidence sur le droit de ces sociétés de se prévaloir de la liberté d'établissement (...) Le statut d'une société de l'Union est fondé, en vertu de l'article 54 TFUE, sur le lieu du siège social et l'ordre juridique auxquels la société est rattachée, et non sur la nationalité de ses actionnaires ».

La Cour prend ainsi le contre-pied des clauses de limitation des avantages conventionnels (clauses de *Limitation of benefits*, ou LOB selon leur acronyme anglais) d'inspiration américaine que l'on trouve de plus en plus couramment dans les conventions de double imposition afin de lutter contre le *treaty shopping*. Ces clauses anti-abus ont pour objet de vérifier, au-delà du critère classique que constitue la résidence dans un État contractant, que la personne qui en demande le bénéfice est majoritairement contrôlée par des résidents de cet État et qu'elle ne reverse pas la majeure partie de ses revenus à des personnes qui ne sont pas résidentes de ce même État.

La Cour de justice a une approche différente et juge non conformes au traité les mesures fondées sur une présomption générale d'évasion fiscale, ce à quoi aboutissent les clauses de LOB qui ont, à tout le moins, pour effet de reporter sur le contribuable la charge de prouver l'absence d'un abus. Pour lutter contre le *treaty shopping*, seules sont compatibles avec le traité les mesures prises par un État membre pour lutter contre « les montages purement artificiels destinés à éluder l'impôt national normalement dû »<sup>20</sup>.

De fait, nombre d'investissements en provenance de pays tiers utilisent comme « hub » le Luxembourg ou d'autres places financières européennes, non seulement pour leur souplesse juridique ou l'attractivité de leur fiscalité, mais également parce qu'une telle implantation permet à leurs investisseurs de bénéficier pleinement des libertés communautaires et notamment celle d'établissement. Pour la Cour, cette pratique est parfaitement conforme au droit de l'Union pour autant que l'investisseur exerce effectivement sa liberté, ce qui suppose que l'implantation dans un État de l'Union soit réelle et substantielle.

**10** - En conclusion de ces développements, on pourrait, de manière très schématique, présenter la situation des résidents d'État tiers de la façon suivante, en distinguant les investissements d'entreprises et les investissements de type patrimonial :

- investissements d'entreprises : les entreprises établies dans des pays tiers peuvent, en pratique, bénéficier de l'ensemble des droits protégés par le Traité grâce à la constitution d'une filiale européenne dotée de substance qui leur permet de prendre pied sur le territoire des États membres ;

- investissements de nature patrimoniale : qu'ils soient réalisés par des personnes physiques ou des personnes morales, qu'ils portent sur des actifs financiers ou sur des biens immobiliers, qu'ils soient

réalisés directement ou via des OPCVM, ils sont protégés par la libre circulation des capitaux, la clause de gel qui ne concerne que les investissements directs ne leur étant pas opposable<sup>21</sup>.

### C. - Les conditions d'accès aux clauses de non-discrimination des conventions bilatérales

**11** - Le principe de non-discrimination est posé par le paragraphe 1 de l'article 24 du modèle établi par l'OCDE : « Les nationaux d'un État contractant ne sont soumis dans l'autre État contractant à aucune imposition ou obligation y relative, qui est autre ou plus lourde que celles auxquelles sont ou pourront être assujettis les nationaux de cet autre État qui se trouvent dans la même situation, notamment au regard de la résidence ».

En considérant la situation du résident d'un État tiers, personne physique ou morale, qui s'estimerait, de la part d'un État européen, victime d'une mesure fiscale discriminatoire, nous essaierons ici de lister les difficultés potentielles auxquelles cette personne peut être confrontée pour invoquer une clause de non-discrimination bilatérale. Nous verrons que ces difficultés n'existent pas lorsqu'elle se prévaut de la liberté de circulation des capitaux de l'article 63 du Traité.

**12 - Conditions de nationalité.** - Seules sont proscrites par les conventions bilatérales les différences de traitement fiscale fondées sur la nationalité, ce qui suppose pour le requérant d'avoir la nationalité d'un des deux États signataires.

S'agissant de la mise en œuvre du principe de libre circulation des capitaux, aucune condition de nationalité n'est requise : il suffit que le flux de capitaux provienne d'un autre État membre ou d'un pays tiers. L'article 18 du Traité interdit lui aussi les discriminations fondées sur la nationalité. Mais il s'agit d'une disposition subsidiaire, car lorsque sont en jeu les libertés communautaires, seules s'appliquent les dispositions spécifiques qui régissent ces libertés (par exemple, les articles 63, 64 et 65 pour la libre circulation des capitaux). Or, ces dispositions ne reprennent volontairement pas le critère de la nationalité car ce critère ferait que réduire l'effet de ces libertés en imposant une condition supplémentaire à leur exercice.

**13 - Condition de résidence.** - Les personnes physiques qui entendent se prévaloir d'une clause de non-discrimination bilatérale doivent souvent remplir, outre une condition de nationalité, une condition de résidence, ce qui a pour effet de limiter le nombre de bénéficiaires<sup>22</sup>. On se reportera sur ce point à la précieuse typologie établie par Gilles Bachelier dans ses conclusions dans l'arrêt *Benmiloud*<sup>23</sup> où il classe les conventions fiscales conclues par la France au regard de leur clause de non-discrimination en distinguant cinq catégories, ce qui donne une idée de la diversité des rédactions concernées.

À titre d'illustration, on notera que de nombreux résidents monégasques ont échoué dans leur contestation de l'article 164 C du CGI qui prévoit que les non-résidents disposant d'une habitation en France peuvent être imposés sur une base égale à trois fois la valeur locative réelle de cette habitation. En effet, la clause de non-discrimination dont ils entendaient se prévaloir leur imposait malheureusement de résider dans le pays dont ils avaient la nationalité. Il en est ainsi des conventions :

- franco-allemande du 21 juillet 1959<sup>24</sup> ;

21. V. *supra* n° 1.

22. IT/ On notera que l'article 24 de la convention modèle OCDE bénéficie également aux personnes qui ne sont pas résidentes d'un des deux États contractants. Mais cette convention modèle a toujours beaucoup d'avance sur la façon dont sont rédigées les conventions fiscales en vigueur.

23. CE, sect., 30 déc. 1996, n° 128611, min. c/ M. Benmiloud : *JurisData* n° 1996-048009 ; Dr. fisc. 1997, n° 11, comm. 309 ; RJF 2/1997, n° 158, concl. G. Bachelier, p. 74 ; BGFE 1997, n° 1, p. 28 obs. J.-M. Tirard.

24. CE, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ss-sect., 24 janv. 2011, n° 316457, Moghadam : RJF 4/2011, n° 490.

19. À l'instar de la solution retenue dans CJCE, 4<sup>e</sup> ch., 27 nov. 2008, aff. C-418/07, *Sté Papillon* : Rec. CJCE 2008, I, p. 8947 ; Dr. fisc. 2008, n° 52, comm. 644, note I.-L. Pierre ; RJF 2/2009, n° 180 ; BDCF 2/2009, n° 16, concl. J. Kokatt. - V. P. Dibout, *Le périmètre des groupes de sociétés et la liberté d'établissement*. À propos de CJCE, 27 nov. 2008, C-418/07, *Sté Papillon* : Dr. fisc. 2008, n° 52, 640. - A. Maitrot de la Motte, *Régime des groupes (affaire Papillon) : l'atteinte à la liberté d'établissement est justifiée mais disproportionnée* : Dr. fisc. 2008, n° 48, act. 353. - L. Bernardeau et F. Schmied, *Jurisprudence de la CJCE : fiscalité directe (juill./déc. 2008)* : Dr. fisc. 2009, n° 8, 193, n° 48 à 52 et 61 à 68.

20. CJCE, gde ch., 12 sept. 2006, aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas* : Rec. CJCE 2006, I, p. 7995 ; Dr. fisc. 2006, n° 39, act. 176 ; RJF 12/2006, n° 1644 ; BDCF 12/2006, n° 146, concl. Ph. Léger.

- franco italienne, ancienne convention, du 29 octobre 1958<sup>25</sup>,
- franco portugaise du 14 janvier 1971<sup>26</sup>,
- franco-américaine du 31 août 1994 modifiée<sup>27</sup>,
- franco-belge du 10 mars 1964, dans sa rédaction antérieure a l'avenant du 8 février 1999<sup>28</sup>

Une argumentation fondée sur la liberté de circulation des capitaux, permet en revanche de surmonter cette difficulté, l'exercice de la libre circulation des capitaux n'étant subordonné à aucun critère de nationalité ou de résidence. De nombreuses décisions ont été rendues en ce sens par la cour administrative d'appel de Marseille au profit de résidents monegasques<sup>29</sup>, et l'application de ces principes a été étendue ensuite à l'ensemble des non résidents par l'arrêt *Lappe* précité.

**14 - Cas des sociétés de personnes.** – L'interposition d'une société de personnes est toujours un facteur de complexité lorsqu'il s'agit d'appliquer les conventions fiscales bilatérales. Résumé en quelques mots, le débat est le suivant : la situation propre de l'associé non résident doit-elle être prise en compte ou doit-on se borner à appréhender la société de personnes, qu'elle soit elle-même française ou étrangère ?

Cette « complexité » a conduit le tribunal administratif de Grenoble<sup>30</sup> à juger qu'une SCI française, dont les associés résidents suisses avaient acquitté le prélèvement du 1/3 sur la plus-value dégagée lors de la cession par la SCI de son bien immobilier, ne pouvait, du fait de sa nationalité française, invoquer la convention franco-suisse pour contester le prélèvement du 1/3.

En appel, le contribuable a délaissé la convention franco-suisse pour fonder son argumentation sur la liberté de circulation des capitaux. De ce point de vue, le fait que l'investissement en provenance de Suisse ait été réalisé via une société civile française est indifférent. Le contribuable a donc eu gain de cause en appel sur le fondement de l'article 63 du Traité<sup>31</sup>. Cette décision vient d'être confirmée par le Conseil d'État<sup>32</sup>.

**15 - Cas des OPCVM.** – D'une façon générale, les OPCVM, faute de satisfaire à l'obligation d'assujettissement à l'impôt, ne sont normalement pas des « résidents » au sens des conventions fiscales. Ils ne peuvent donc pas bénéficier des stipulations qui peuvent être incluses dans les conventions fiscales, hors certaines conventions fiscales (par exemple, celles signées par la France avec l'Allemagne, le Japon, les États-Unis ou la Suisse) qui prévoient des dispositions spécifiques sans régler toutes les difficultés auxquelles sont confrontées ces structures.

En revanche, les OPCVM étrangers peuvent se fonder sur la liberté de circulation des capitaux pour contester une imposition qu'ils estiment contraire au Traité. En témoigne la décision *Santander* par laquelle la CJUE a jugé qu'était contraire au Traité la réglementation fiscale française imposant une imposition à la source au taux de 25 % sur les dividendes versés à des OPCVM non résidents tandis que de tels dividendes ne sont pas imposés lorsqu'ils sont versés à un OPCVM français<sup>33</sup>. Il est intéressant de noter que, parmi les OPCVM étrangers concernés par cette décision, figurait un OPCVM d'un pays tiers : les États-Unis.

La Cour de justice vient de rendre une décision similaire, favorable à un OPCVM américain, à propos d'une retenue à la source prélevée par l'État polonais<sup>34</sup>.

**16 - Les impositions visées par les clauses bilatérales de non-discrimination.** – En général, les clauses de non-discrimination (modèle OCDE) s'appliquent aux impôts de toute nature ou dénomination, même s'ils ne sont pas visés par la convention. Leur champ d'application est donc très étendu et peut ainsi s'appliquer en matière de droits d'enregistrement, par exemple.

Le champ d'application du Traité est encore plus large puisque les pratiques restrictives des libertés communautaires ne sont pas nommées ou listées. Le Traité interdit « toute restriction » de sorte que son champ d'application ne dépend pas de la nature des mesures contestées (fiscales, réglementaires, sociales, etc.), seul compte le résultat produit par ces mesures.

**17 - Absence de clause non-discrimination.** – Certaines conventions fiscales ne contiennent tout simplement pas de clauses de non-discrimination. C'est le cas de quinze conventions sur les soixante-dix conventions fiscales bilatérales signées par la France, qui concernent exclusivement des États tiers à l'UE.

Il est donc intéressant d'observer que certaines juridictions françaises ont reconnu une violation de la libre circulation des capitaux au profit de résidents d'États tiers qui ne pouvaient se prévaloir d'aucune clause bilatérale de non-discrimination. À titre d'exemple, on citera le cas de deux contribuables saoudiens qui, faute de clause de non-discrimination dans la convention signée entre la France et l'Arabie Saoudite, ont, avec succès, invoqué l'article 63 du Traité pour contester la légalité du prélèvement de 33,1/3 % de l'article 244 bis A du CGI<sup>35</sup>.

**18 - Absence de convention bilatérale entre le pays tiers et l'État membre.** – La possibilité d'invoquer la liberté de circulation des capitaux reste également ouverte, notamment en matière immobilière, aux résidents d'État non liés à la France par une convention fiscale. On pourrait ainsi soutenir que le fait que le non-résident soit domicilié dans un ETNC ne devrait pas, pour l'application de l'article 244 bis A du CGI, le priver du taux de 19 % au lieu des 75 % instaurés par la loi de finances pour 2013. L'État français dispose en effet de tous les renseignements lui permettant de taxer la plus-value immobilière française.

Il n'en reste pas moins que très souvent la possibilité d'invoquer le droit de l'UE se heurtera au fait que la mesure ne sera pas considérée

25 CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss sect, 27 juill 2005, n° 244671 min c/ Cohen *JurisData* n° 2005 080748, *Dr fisc* 2005, n° 46, comm 738, concl L Vallee *RJF* 11/2005, n° 1241, *BDCF* 11/2005, n° 136, concl L Vallee

26 TA Nice, 6<sup>e</sup> ch, 14 dec 2004, n° 97 466, n° 97-3629, n° 98 1436, n° 99 5291 et n° 00 2114 M Cabecadas Coelho de Sousa *JurisData* n° 2004 263566 *Dr fisc* 2005, n° 11, comm 294 *RJF* 6/2005 n° 598

27 TA Nice, 6<sup>e</sup> ch, 15 juin 2005 n° 01 2350, n° 01 2390 n° 01 3702, n° 04-660 et n° 04 1417, 6<sup>e</sup> ch *Laidlaw* *Dr fisc* 2006, n° 14, comm 309 *RJF* 2/2006 n° 186

28 CAA Marseille, 4<sup>e</sup> ch, 21 dec 2007, n° 05MA00621, M Dandoy *Dr fisc* 2008, n° 23, comm 364, note F Dieu, *RJF* 6/2009, n° 606

29 Dont CAA Marseille, 4<sup>e</sup> ch, 13 mars 2012, n° 09MA00500, min c/ M Graetz, n° 09MA00501, min c/ M et M<sup>me</sup> Kramer (non reproduit), n° 09MA00502, min c/ M et M<sup>me</sup> Kersseoglou (non reproduit), et n° 09MA00499, min c/ M de Avillez (non reproduit) *Dr fisc* 2012, n° 25, comm 342, concl G Guidal, note Ch Laroche, confirmes par CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss sect, 26 dec 2013, n° 360488, min c/ M et M<sup>me</sup> Kramer, *prec*

30 TA Grenoble, 4<sup>e</sup> ch, 23 nov 2011, n° 0605508, *Sté Saint Étienne et M et M<sup>me</sup> Aime* *JurisData* n° 2011-030365, *Dr fisc* 2012, n° 3, comm 68

31 CAA Lyon, 2<sup>e</sup> ch, 29 janv 2013, n° 12LY00100, *SCI Saint Étienne et M<sup>me</sup> Aime* *JurisData* n° 2013 010567 *Dr fisc* 2013, n° 25, comm 348, concl L Levy Ben Cheton, note A Maitrot de la Motte

32 CE, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss sect, 20 oct 2014, n° 367234, min c/ *SCI Saint Étienne, prec*

33 CJUE, 3<sup>e</sup> ch, 10 mai 2012, aff C 338/11 à C-347/11, *Santander et a* *Dr fisc* 2012, n° 20, act 222, *Dr sociétés* 2012, comm 156, note J L Pierre, *RJF* 7/2012, n° 775 – V P Dibout, *Le régime fiscal des dividendes versés aux OPCVM étrangers un enjeu contentieux d'une importance exceptionnelle*, note sur CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss sect, 23 mai 2011, n° 344678 et n° 344687, *Sté Santander Asset Management SGIIC SA et a* *JurisData* n° 2011 010501 *Dr fisc* 2011, n° 35, comm 485, concl P Collin – S Defert, V Louvel et E Raingeard de la Bletiere, *Retenue à la source sur les dividendes versés aux fonds d'investissement étrangers incompatibilité avec le droit de l'UE* *Dr fisc* 2012, n° 20, act 215

34 CJUE, 1<sup>re</sup> ch, 10 avr 2014, aff C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* *Dr fisc* 2014, n° 16, act 247

35 TA Montreuil, 10<sup>e</sup> ch, 25 fevr 2011, n° 0913471 M Wahid Al Attas et n° 0913507, M Ham Al Attas *prec*

comme restrictive, compte tenu du droit qu'ont les États membres « d'appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis » (TFUE, art. 65). Cette problématique fait l'objet d'un commentaire en conclusion de la présente étude.

### 3. Le TFUE plus efficace pour sanctionner les discriminations cachées à l'encontre des non-résidents

19 - Les clauses de non-discrimination fiscale, contenues dans les conventions fiscales bilatérales, n'interdisent pas qu'un texte fiscal institue une discrimination fondée sur la résidence en opérant une différence de traitement fiscal entre résidents et non-résidents. La différence de traitement entre le résident, soumis à une obligation fiscale illimitée, et le non-résident, soumis à une obligation fiscale limitée, est même une pierre angulaire du modèle de convention fiscale de l'OCDE. Le Comité des affaires fiscales de l'OCDE l'a rappelé lors de la révision du modèle en 1992, en précisant que la différence de situation, qui peut justifier un traitement différent, doit s'apprécier « notamment au regard de la résidence ».

Ce traitement différencié peut toutefois, en réalité, dissimuler une discrimination fondée sur la nationalité, donc proscrite, car la personne qui réside dans l'autre État contractant a aussi très souvent la nationalité de l'autre État.

Cette discrimination cachée pourra notamment se rencontrer en matière d'investissements immobiliers. Dans ce cas, l'obligation fiscale limitée du non-résident peut n'avoir aucune conséquence sur la façon dont l'État de situation du bien, auquel appartient le droit d'imposer, va taxer le revenu foncier ou la plus-value immobilière.

C'est le cas du prélèvement du 1/3 de l'article 244 bis A dont le taux proportionnel (19 % ou 33,1/3 %) frappe avant tout une cession immobilière. La personnalité du contribuable (sa résidence, sa situation de famille, l'importance de ses autres revenus, etc.) s'efface totalement derrière l'opération de cession et rien ne justifie une imposition au taux de 33,1/3 % à la charge du résident d'un État tiers, alors que le résident français (et d'autres non-résidents qui habitent en Europe !) bénéficie d'un taux de 19 %.

La mise à jour des commentaires de 2008 de l'OCDE esquivent le débat sur les discriminations cachées, au risque d'affaiblir la portée de l'article 24 du modèle. Cette mise à jour confirme en effet qu'une discrimination fondée sur la résidence est justifiée et ne saurait être assimilée à une discrimination dissimulée contre la nationalité.

Dans l'affaire jugée par la cour de Versailles le 16 septembre 2014, il n'est donc pas certain que le requérant aurait eu gain de cause s'il avait invoqué la clause de non-discrimination de la convention franco-japonaise (conforme à la convention type OCDE). Il aurait pu se voir objecter que si la plus-value qu'il a réalisée en France est taxée plus lourdement que celle d'un résident français, ce n'est pas parce qu'il est de nationalité japonaise, mais parce qu'il réside au Japon.... On saisit aisément toute l'ambiguïté d'une telle explication.

20 - Le Traité, aussi bien que la jurisprudence de la Cour de justice, pousse plus loin l'analyse et vérifient si des différences de traitement fiscal reposant, en apparence, sur un critère objectif tel que la résidence, ne dissimulent pas, en réalité, des restrictions qui n'ont aucune justification objective.

L'article 65, § 1, a du Traité permet aux États membres d'appliquer un traitement fiscal différent entre contribuables « qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis » mais à la condition, précise l'alinéa 3 du même article, que les mesures ainsi prises, ne soient pas « un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux ».

Cette disposition est plus complète que l'article 24 puisque, parmi les éléments à prendre en compte pour déterminer si des contribuables sont ou non dans la même situation, il ajoute à la résidence le « lieu où leurs capitaux sont investis », ce qui prend tout son sens lorsque c'est la liberté de circulation des capitaux qui est concernée. Cela signifie qu'un résident et un non-résident, qui se trouvent dans la même situation en ce qui concerne le lieu où leurs capitaux sont investis, doivent être traités de la même façon, dès lors qu'il n'existe, au regard de l'objet et du contenu de la disposition nationale en cause, aucune différence de situation objective de nature à fonder une différence de traitement<sup>36</sup>.

En matière d'investissements immobiliers, cette solution est reprise par l'arrêt *Hollmann*<sup>37</sup>. La CJUE relève, pour déclarer non conforme au Traité une disposition fiscale portugaise qui prévoyait une taxation plus lourde des plus-values immobilières réalisées par les non-résidents, qu'« il n'existe objectivement aucune différence de situation de nature à justifier une inégalité de traitement fiscal en ce qui concerne l'imposition des plus-values entre les deux catégories d'assujettis (résidents/non-résidents) ».

Les solutions jurisprudentielles rappelées au début de ces développements s'inspirent directement de cette jurisprudence.

Rappelons qu'en matière de libre circulation des travailleurs, la jurisprudence *Schumacker*<sup>38</sup> a déjà, depuis vingt ans, révolutionné la distinction traditionnelle entre résidents et non-résidents. La Cour a considéré qu'il n'y a pas de différence de situation objective entre un résident d'Allemagne et un résident de Belgique qui ne perçoit pas de revenus significatifs en Belgique mais tire l'essentiel de ses ressources imposables d'une activité exercée en Allemagne. Ce résident belge doit bénéficier en Allemagne du même traitement fiscal que les résidents allemands (s'agissant, par exemple, de la prise en compte de sa situation personnelle et familiale).

## Conclusion

21 - En guise de conclusion, il est permis de se demander ce qui empêcherait le Conseil d'État d'interpréter l'article 24 des conventions fiscales de la même façon que la Cour de justice interprète l'article 63 du Traité, c'est-à-dire en débusquant toute « restriction déguisée ». À défaut d'une telle évolution, le recours à l'article 24, outre des conditions d'accès plus restrictives, risquerait de se marginaliser face à l'article 63 du TFUE lorsque sont concernées des mesures fiscales prises par les États membres.

Enfin, à ceux qui verraient dans la reconnaissance croissante des droits des États tiers en matière de circulation de capitaux le risque d'une déferlante de demandes indifférenciées et injustifiées, il sera rappelé qu'il existe en réalité deux catégories d'État tiers<sup>39</sup> :

– première catégorie : les États tiers qui respectent un standard élevé en matière de coopération administrative, et qui, s'agissant de la libre circulation des capitaux, devraient être traités comme les États membres ;

– deuxième catégorie : les États tiers qui ne respectent pas ce standard et dont les résidents peuvent faire l'objet d'un traitement différent de ceux de la première catégorie, dans la mesure où ils ne se

36. CJCE, 1<sup>re</sup> ch., 14 déc. 2006, aff. C-170/05, *Denkavit International BV et SARL Denkavit France* : Rec. CJCE 2006, I, p. 11949, pt 45 ; Dr. fisc. 2006, n° 52, art. 264 ; RJF 3/2007, n° 374 ; BDCF 3/2007, n° 39, concl. L. A. Geelhoed.

37. CJCE, 11 oct. 2007, aff. C-443/06, E. Waltraud *Hollmann c/ Fazenda Publica* : Rec. CJCE 2007, I, p. 8491 ; Europe 2007, comm. 336, note L. Idot ; RJF 1/2008, n° 98.

38. CJCE, 14 févr. 1995, aff. C-279/73, *Finanzamt Köln-Altstadt c/ R. Schumacker* : Dr. fisc. 1995, n° 20, comm. 1089, note A. de Waal.

39. V. A. Maitrot de la Motte *Les libertés européennes de circulation et les « pays tiers »* : Dr. fisc. 2014 n° 25, 384. – F. Dieu, *Le principe de circulation des capitaux est à deux vitesses* : Lexibase-hebdo n° 291, 7 févr. 2008.

trouvent pas objectivement dans une situation comparable à ces derniers

La justification de ce traitement différencié est donnée par l'arrêt *Skatteverket c/ A*<sup>40</sup> et reprise régulièrement depuis : « Lorsque la réglementation d'un État membre fait dépendre le bénéfice d'un avantage fiscal de conditions dont le respect ne peut être vérifié qu'en obtenant des renseignements des autorités compétentes d'un pays

40 CJCE, *gde ch*, 18 déc 2007, aff C 101/05, *Skatteverket c/ A* préc pt 63

tiers, il est en principe légitime pour cet État membre de refuser l'octroi de cet avantage, si, notamment en raison de l'absence d'une obligation conventionnelle de ce pays tiers de fournir des informations, il s'avère impossible d'obtenir des renseignements dudit pays »

**MOTS CLÉS** *Droit de l'Union européenne Libertés de circulation Comparaison de l'efficacité du TFUE avec les clauses de non discrimination des conventions fiscales Conventions internationales Clauses de non discrimination - Comparaison de l'efficacité du TFUE avec les clauses de non discrimination*