



L'EUROPE ET LA CONCURRENCE FISCALE

PATRICK DE FREMINET *

Apprécier l'importance des déterminants fiscaux dans la décision de localisation des entreprises est une tâche ambitieuse et ardue. En effet, l'appréciation de la fiscalité applicable entre dans la série des études portant sur les coûts prévisionnels d'une implantation au côté des charges de personnel, des coûts immobiliers et fonciers, du coût de la vie en général... Il est donc difficile de mesurer l'importance du seul élément fiscal et il semble que c'est l'examen global de l'ensemble des coûts qui pourra se révéler déterminant entre deux ou plusieurs lieux pour lesquels un choix existe.

C'est pourquoi, nous ne décrivons pas les écarts effectifs de fiscalité entre États membres que ceux-ci proviennent de l'assiette ou des taux, de régimes de groupe favorables, de la remontée des pertes, des facilités des opérations de restructuration ou de financement ou des centres logistiques... Ces écarts tiennent aussi à l'absence de tel ou tel impôt (impôt sur le capital, droits de succession ou taxe professionnelle...) ou à l'administration de l'impôt (obligations fiscales plus ou moins lourdes). Mais ces écarts favorables, qui varient fréquemment dans le temps, doivent être replacés dans l'ensemble du régime national qui peut être défavorable par ailleurs et appliqués à un projet spécifique d'installation ou de développement (commercial, activités fonctionnelles...).

* Consultant fiscal, ANSA (Association nationale des sociétés par actions). Ancien directeur fiscal, BNP Paribas



Enfin, il est également évident que pour l'activité financière, la présence sur telle ou telle place, s'impose souvent. Dans cette hypothèse fréquente, le déterminant fiscal ne pourra jouer que très à la marge sur les seuls éléments de l'activité qui pourraient être localisés ailleurs (fonctions administratives, juridiques, fiscales, comptables... et back office).

Avant de présenter notre plan d'étude, il apparaît nécessaire de formuler deux observations générales.

Le cadre européen peut apparaître étriqué, voire dépassé s'agissant de l'activité des grandes institutions financières qui est, chaque jour un peu plus, mondiale. Leur champ concurrentiel est également mondial et va bien au-delà désormais des seuls pays dits occidentaux. Il en résulte que la prise en compte de la donnée fiscale et des coûts y afférents est également mondiale.

C'est, cependant, dans l'Europe communautaire que se situe le seul cadre juridique fiscal international organisé. Les institutions européennes disposent de quelques compétences en ce domaine en vertu du traité de Rome. Nous reviendrons sur ce point tant en ce qui concerne les textes adoptés par le Conseil, que le rôle de la Commission et de la Cour de Luxembourg.

Nous centrerons donc cet article sur la concurrence fiscale dans l'Union européenne pour tenter de présenter la manière dont les États membres et les institutions européennes apprécient ce phénomène. Cette revue a pour but de fournir des éléments pour répondre à une question pratique pour les opérateurs. La concurrence fiscale européenne est-elle destinée à se maintenir telle quelle, à diminuer voire à disparaître ou à s'accroître ? La réponse est évidemment une donnée importante pour les entreprises du secteur financier. Elle l'est aussi pour les autres acteurs économiques et les États.

Nous aborderons la question en trois points. Tout d'abord, nous verrons d'où vient ce concept de concurrence fiscale et comment il a été mis sur le devant de la scène et sous quel angle.

Nous examinerons ensuite ce que l'on peut penser de l'harmonisation fiscale européenne. En effet, considérée ou annoncée comme inéluctable par beaucoup, elle supprimerait, si réalisée, la concurrence fiscale. Qu'en est-il exactement de cet optimisme ?

Le troisième point sera de présenter l'approche européenne concrète de la concurrence fiscale. Nous y découvrirons des acteurs aux partitions variées, voire contradictoires, des États membres à la Commission en passant par la Cour de justice.

En conclusion, nous tenterons de présenter des perspectives et peut-être de tirer quelques leçons. Les unes et les autres peuvent conduire à dépasser le seul sujet de la concurrence fiscale.



LE CONCEPT DE CONCURRENCE FISCALE

Pendant très longtemps, le sujet de la concurrence fiscale n'était pas présent dans les débats politiques et économiques. Le tournant se situe en Europe à partir de la création du Marché commun. Tournant encore très timide où l'on parle uniquement d'harmonisation fiscale pour éviter, mais ce n'est que sous-entendu, une concurrence fiscale quand tous les obstacles frontaliers seront abolis.

La libre circulation des capitaux, non seulement européenne, mais *erga omnes* réalisée vers la fin des années 1980 entraînera un déclic fort. La suppression, sans retour, du contrôle des changes, notamment en France, ouvre un champ neuf à la concurrence fiscale et fait naître des inquiétudes de certains politiques et de certains États dont le nôtre devant la perte de cet abri pour conserver l'assiette fiscale nationale.

C'est d'ailleurs à la fin des années 1990 que l'on voit émerger une sorte de doctrine fiscale des administrations autour du concept de concurrence fiscale dommageable avec le code de conduite européen (01/12/97) et le rapport OCDE (avril 1998) intitulé « Concurrence fiscale dommageable - un problème mondial ».

Les deux textes sont distincts (nous reviendrons plus en détail sur le texte européen dans la troisième partie) mais arrêtons-nous sur leur point commun : il s'agit de lutter contre la concurrence fiscale dommageable ou déloyale.

Auparavant, notons que le sujet de la concurrence fiscale est lié à la question de la mondialisation, les deux thèmes sont traités souvent ensemble. Ceux qui soulignent les effets négatifs de la mondialisation sont aussi ceux qui veulent limiter ou supprimer la concurrence fiscale. Ceux qui estiment que la mondialisation est incontournable sont aussi ceux qui préconisent une réforme fiscale hardie orientée vers l'abaissement des prélèvements obligatoires.

Que veut dire l'expression concurrence fiscale dommageable ?

Tout d'abord rapprocher fiscalité de concurrence relève du paradoxe tant les deux mondes semblent *a priori* antinomiques. Le pouvoir fiscal est une expression essentielle de la souveraineté et son absence met en cause l'existence même de l'État (ex. certains États africains et, moins nettement, certains ex-pays de l'Est). Son mode de fonctionnement est le monopole et, si nécessaire, la contrainte même si l'impôt est « librement consenti » par le citoyen par l'intermédiaire du législateur.

La concurrence est l'apanage du monde des affaires et singulièrement des entreprises qui l'affrontent sous toutes ses formes au sein de leur pays comme en dehors ; alors que la fiscalité est d'abord nationale la concurrence est aussi mondiale ; alors que la fiscalité est fondée sur le monopole, les règles de la concurrence bannissent les monopoles.



Mais tout ceci a perdu de son sens avec la mondialisation. Nous sommes passés depuis la dernière guerre, progressivement, d'un monde hérissé de barrières à un univers de liberté où hommes, marchandises et capitaux circulent dans une très large partie du monde sans la contrainte de droits de douane, de contingents ou de contrôle des changes. Cartels, ententes et monopoles sont combattus au sein de chacun des États développés et au plan international aussi bien dans l'UE qu'à l'OMC. L'UE a établi une liberté d'établissement quasi totale et la libre prestation de services transfrontalière voit se lever ses derniers obstacles.

Aucun économiste sérieux ne doute vraiment que le développement économique et la prospérité de notre monde soient fondés sur la concurrence qui pèse drastiquement sur les prix au profit des consommateurs et pousse à la productivité et à l'innovation technique. Certes, la mondialisation est contestée par une minorité et elle crée aussi un climat d'incertitude et d'inquiétude que les tenants du « nationalisme économique » voudraient atténuer. Notre époque est, en outre, profondément marquée par l'échec retentissant du collectivisme et plus largement de l'activité étatique, là où la concurrence est absente. Les monopoles d'État disparaissent ou sont aménagés (ex. énergie, télécommunications, audiovisuel).

Il était évident que dans ce cadre général de la disparition des obstacles aux libres mouvements économiques, la fiscalité ne pouvait demeurer hors du jeu de la concurrence et de la mondialisation de l'économie. Qui peut s'en étonner encore ? Les États et leurs administrations fiscales, semble-t-il.

Ce sont leurs représentants qui ont, dans le code de conduite et le rapport OCDE, dégagé le concept de concurrence fiscale dommageable. Que veut donc dire ce qualificatif, dommageable ?

Raisonnons par l'absurde. Existe-t-il une concurrence qui ne soit pas dommageable pour celui qui la subit ? Poser la question, c'est y répondre. Un épicier seul dans sa rue voit s'installer un autre épicier à 100 mètres. Il va devoir affronter une concurrence dommageable, sur ses prix, ses heures d'ouverture, la qualité de ses produits, ses promotions. En bref, sa situation sera moins confortable et il pourra en résulter des dommages ou des pertes pour lui.

Pour les auteurs des textes cités ci-dessus, le qualificatif « dommageable » veut dire dommageable pour les recettes fiscales et sociales des États. Ils ne cherchent pas à définir la bonne concurrence, comme dans le secteur des entreprises où la concurrence est le principe et les exceptions sont le monopole, les ententes et toutes les actions déloyales.

Certes, ces textes rappellent en exorde que la concurrence fiscale peut avoir des effets positifs et qu'il est nécessaire de consolider la



compétitivité de l'UE et de ses États membres. Ils essaient aussi de définir « le caractère dommageable » mais ils le font du seul point de vue des intérêts des États et multiplient les critères de ce caractère, souvent très généraux et non limitatifs.

En bref, à lire ces textes et à écouter les déclarations publiques des ministres ou hauts fonctionnaires, on n'entend jamais d'éloge de la concurrence fiscale mais seuls sont évoqués les effets négatifs ou déloyaux de ce que certains qualifient de dumping fiscal. On ne se demande jamais au nom de quoi la fiscalité devrait-elle ne pas subir la concurrence comme toutes les autres activités humaines et les États en être préservés à la différence des autres agents économiques.

Tout ce débat part d'un concept mal défini et ambigu où les États semblent dire « la concurrence est bonne pour les autres mais pas pour nous ».

On se souvient encore de la façon dont les pouvoirs publics gourmandaient, notamment en France, les entreprises frileuses devant l'ouverture des frontières en Europe et dans le monde. Voilà ces mêmes États qui voudraient édifier des barrières fiscales pour se protéger.

Tout ceci mériterait une analyse plus approfondie et non une approche manichéenne où l'on feint de confondre : optimisation fiscale et fraude fiscale ; paradis fiscaux artificiels et régimes favorables de pays à fiscalité normale ; régimes fiscaux publics et arrangements individuels ; pays ne signant pas de conventions fiscales avec des pays disposant d'un réseau conventionnel ; prix de transfert et activités illicites...

Certains ont noté avec un malin plaisir que pour se protéger de la concurrence fiscale, les États cherchaient à constituer une entente ou un cartel, ce qu'ils condamnent formellement quand les entreprises veulent en faire autant.

Cela étant, les États sont loin d'être unanimes sur le sujet. Si notamment, la France, l'Espagne, la Belgique, les États-Unis sont, ou ont été (États-Unis) des moteurs en l'occurrence ; d'autres sont très réservés (Royaume-Uni, Suisse, Luxembourg, Pays-Bas, certains pays de l'ex-bloc communiste) et, de nombreux autres pays prennent peu parti dans un sens ou l'autre.

En conclusion de ce premier point, notons que les appréciations critiques sur la concurrence fiscale se retrouvent en matière sociale. Le dénommé dumping social, qui inclut l'ensemble des coûts salariaux (salaires plus charges) vise plus précisément les pays en voie de développement ou certains nouveaux pays européens (le fameux plombier polonais) mais ne débouche pas sur des tentatives d'action concrète. Seule une minorité veut vraiment fermer les frontières aux produits en provenance de ces pays (ce qui est déjà totalement impossible dans l'UE).



*L'HARMONISATION FISCALE EST-ELLE UNE RÉPONSE
À LA CONCURRENCE FISCALE EUROPÉENNE ?*

À vrai dire, la réponse à la concurrence fiscale pourrait en effet se limiter à l'harmonisation fiscale. Nombre de personnes du monde politique ou économique sont convaincues que l'harmonisation fiscale aura mécaniquement lieu en Europe.

Leur conviction est fondée sur l'existence même du Marché commun, l'ouverture des frontières, les projets comme le Marché intérieur unique sans frontières (présidence de Jacques Delors) ou, encore plus, l'introduction de l'euro. Tous ces éléments rendraient inéluctable l'harmonisation fiscale. Si tel était le cas, le débat sur la concurrence fiscale en Europe ne pourrait que s'éteindre à terme (naturellement pas à l'égard du reste du monde).

Il est donc important de voir si l'on avance ou non dans cette voie, et quelles sont les perspectives ?

Il faut reconnaître qu'après près de 50 ans de Marché commun, le bilan des textes harmonisateurs est bref :

- l'assiette de la TVA a été largement harmonisée, en grande partie pour disposer d'une base de calcul des contributions budgétaires des États ; mais il est de nombreuses règles non harmonisées (déductions...).
- De plus, les taux n'ont pas été harmonisés ;
- les accises (alcools, tabac...) sont très partiellement harmonisées.

Dans ces deux domaines, on doit noter qu'il s'agit d'impôts créant des distorsions de concurrence très limitées car s'appliquant également sur chaque marché national, à tous les produits, qu'ils soient originaires du pays ou d'un autre État membre ou d'un pays tiers.

- en matière de fiscalité directe, où les différences de poids des impôts affectent directement la compétitivité, l'œuvre est beaucoup plus mince. Les progrès notables n'ont eu lieu que dans des domaines très étroits et largement transfrontaliers (directive fusions et opérations assimilées quand deux ou plusieurs États membres sont impliqués, directive régime-mère et filiales pour les dividendes allant d'un pays à l'autre, directive intérêts et redevances pour certains paiements transfrontaliers). Ces textes, très utiles, aboutissent à rendre neutre la frontière et à traiter l'opération presque comme elle l'aurait été au sein du même État. Tout ceci ne réduit en rien la concurrence et peut même l'accroître.

Il faut noter que tous les projets plus difficiles comme l'harmonisation de l'IS, de ses taux, du régime des pertes... n'ont pas, à ce jour, débouché sur la moindre réalisation¹. La route fiscale européenne est jonchée de textes abandonnés.

- dans les autres domaines (fiscalité des particuliers, droits d'enregistrement et de succession, charges sociales...), le bilan est nul fors un texte concernant les augmentations de capital en numéraire des sociétés.



En bref, l'harmonisation n'a guère progressé en 50 ans. Rien dans les textes institutionnels, y compris le projet de constitution rejeté ou le nouveau mini-traité qui vient d'être retenu, n'apporte une novation par rapport aux obstacles. Ceux-ci, bien connus pour l'essentiel, méritent cependant d'être repris pour en mesurer, dans le temps, la pertinence et la permanence.

1 - La Communauté n'agit que dans le cadre des compétences qui lui sont attribuées par le traité. À cet égard, il n'est pas prévu de politique fiscale commune, à la différence de la politique douanière, de la politique agricole, de certains éléments de politique industrielle (énergie...), voire de la politique environnementale.

Hormis les impôts indirects (art. 93), la fiscalité n'est abordée dans le traité que négativement. Elle ne doit pas être un obstacle à la mise en œuvre du traité ou perturber la libre circulation des hommes, marchandises ou capitaux (art. 87-89 90-91...).

2 - Si certains États membres se déclarent *a priori* favorables à une certaine harmonisation notamment de la fiscalité directe des entreprises (Allemagne, Belgique, Espagne, France...), d'autres sont résolument hostiles à toute harmonisation (Royaume-Uni, Irlande, Luxembourg, Chypre, nombre de pays de l'ex-bloc de l'Est).

Dans le clan des favorables, il faut introduire des nuances entre ceux, rares, ouverts *a priori* et ceux qui ne sont prêts à accepter que les mesures allant vers le haut de leurs impositions. En tout cas, aucun ne semble prêt à faire le sacrifice total de son pouvoir fiscal.

3 - Ceci explique que le vote à l'unanimité est impératif et maintenu dans le domaine fiscal. S'entendre à six n'a guère été possible, pas plus qu'à 12 et 25. À 27... 30, qu'en sera-t-il ?

Notons, au surplus, que la fiscalité est une matière vivante qui doit s'adapter constamment à l'environnement changeant de l'économie et du droit. En admettant que, par miracle, un texte fiscal soit adopté, il ne pourra guère respirer. L'exemple de la liste des produits et services au taux réduit de TVA illustre tous les inconvénients de règles fixées un jour dans la conjoncture du moment et qui acquièrent une fixité de marbre qu'elles ne méritent pas, comme s'il s'agissait de la loi et des prophètes.

Ajoutons que le traité a été modifié pour prévoir la possibilité de « coopérations renforcées » dans diverses matières permettant donc à un groupe d'États d'avancer malgré l'opposition de quelques-uns. Certains espèrent que ceci pourra être utilisé en fiscalité (notamment, pour le projet IS - assiette et consolidation transfrontalière - en cours). Cela étant, on voit mal comment cela pourrait fonctionner durablement et, à ce jour, il n'y a aucun cas, dans aucun domaine, d'une « coopération renforcée ». Celle-ci, enfin, risque immanquablement de créer des



discriminations fiscales que la Cour de Luxembourg ne pourra pas manquer de condamner.

4 - Enfin, une série de raisons pratiques et de principe explique l'absence d'une politique fiscale construite :

- le budget communautaire représente moins de 2 % des budgets nationaux. Il paraît pour le moins logique que les responsables de la dépense gardent la maîtrise des recettes ;
- les parlements, aux pouvoirs déjà souvent amoindris par l'exécutif et l'Europe, souhaitent conserver un réel pouvoir fiscal (le vote de la loi) ; c'est à leur seul niveau qu'existe aussi une vraie responsabilité devant l'électeur ;
- enfin la Communauté ne dispose d'aucune recette fiscale propre, sur la base de laquelle naîtrait une législation fédérale et se créerait une administration fiscale européenne.

En conclusion de ce point, l'harmonisation fiscale n'est pas inscrite dans l'évolution naturelle prévisible de la Communauté ! Il faudrait des événements bien imprévisibles pour qu'il en soit différemment. La solution ne se situe donc pas dans cette voie. Il nous faut examiner sous un autre angle l'attitude des institutions européennes à l'égard de la concurrence fiscale.

APPROCHE EUROPÉENNE DE LA CONCURRENCE FISCALE

Trois institutions sont concernées : le Conseil, la Commission et la Cour de justice. Ce trio ne paraît pas former un orchestre car chacun a sa propre partition sur le sujet. Sans oser parler de cacophonie, on peut du moins repérer des contradictions fortes.

Tout d'abord, nous avons vu que le Conseil n'a guère harmonisé les régimes fiscaux mais il s'est préoccupé de la fraude fiscale et de la concurrence fiscale.

On doit rappeler même si ce texte est en marge de la concurrence fiscale, la directive de 1977 (plusieurs fois modifiée) sur l'assistance mutuelle en matière fiscale. Il s'agit ici plus de lutter contre la fraude fiscale ou les organisations d'insolvabilité des contribuables. Toutefois, l'échange d'informations automatique ou sur demande peut être un moyen de connaître des situations dans lesquelles les contribuables « jouent » de deux législations distinctes. Notons cependant que l'apport communautaire est limité pour tous les États ayant signé entre eux une convention fiscale bilatérale prévoyant une clause d'assistance administrative (ce qui est très fréquent dans l'UE).

La directive intérêts applicable au paiement des intérêts à des particuliers depuis le 1^{er} janvier 2005 vise à éviter une exonération des intérêts



pour les résidents de l'UE. Il ne s'agit pas d'un processus d'harmonisation, chaque État gardant sa législation propre, mais d'un échange d'informations. Cet échange consiste pour l'agent payeur de l'État de la source des intérêts à communiquer à l'État de résidence du bénéficiaire, quand il est différent, le montant des intérêts perçus et traditionnellement non imposés dans l'État de la source. L'État de résidence peut ainsi vérifier si le bénéficiaire des intérêts déclare ceux-ci.

Toutefois, trois États membres bénéficient jusqu'à une date encore à préciser (Belgique, Luxembourg et Autriche) de la faculté de s'exonérer de cet échange automatique à condition de prélever sur les intérêts en cours une retenue à la source (dont le taux ira croissant : 15 % les trois premières années, 20 % les trois suivantes et 35 % au-delà)².

Il est clair que ce système, s'il fonctionne correctement, réduira dans ce domaine (intérêts perçus par les particuliers) la concurrence fiscale très précisément non en matière de délocalisation physique mais de délocalisation financière (avoir une part de son épargne hors de son pays de résidence pour profiter d'un régime fiscal local favorable)³. Le doute que l'on peut avoir est de savoir si tous les États membres auront la compétence et la volonté pour appliquer ce régime. La France, avec son système de relevé de coupons par les banques, a une situation que l'on ne peut transposer dans tous les États, dont certains ont une administration fiscale éthique et disposant de peu de moyens de contrainte.

Un autre aspect est que la Communauté, en logique, souhaite obtenir des pays voisins le respect de certaines règles qu'il s'agisse de territoires dépendants d'États membres (Andorre, Saint Marin, Îles anglo-normandes, Gibraltar...) ou d'États autonomes, hors UE (Suisse, Lichtenstein, Monaco...). Il y a eu quelques progrès mais la tâche n'est pas achevée.

Cette directive enfin intéresse directement et indirectement les banques dans la mesure où elle les concerne en tant que fournisseurs des informations fiscales et où elle touche une partie de leur clientèle.

Le troisième texte vise directement la concurrence fiscale « dommageable ». Il s'agit du code de conduite (01/12/97). Ce n'est pas une directive mais un engagement politique sans sanction, n'affectant pas les droits et obligations et compétences des États membres.

Il a pour objectif d'identifier les mesures fiscales nationales dommageables pour ensuite en obtenir la disparition à terme et dans l'immédiat un gel de l'adoption de nouvelles mesures de nature dommageable.

Il est intéressant de noter « les éléments à prendre en compte entre autres pour évaluer ce caractère dommageable :

- si les avantages sont accordés exclusivement à des non-résidents ou pour des transactions conclues avec les non-résidents ou



- si les avantages sont totalement isolés de l'économie domestique, de sorte qu'ils n'ont pas d'incidence sur la base fiscale nationale ou
- si les avantages sont accordés même en l'absence de toute activité économique réelle et de présence économique substantielle à l'intérieur de l'État membre offrant ces avantages fiscaux ou
- si les règles de détermination des bénéficiaires issus des activités internes d'un groupe multinational divergent des principes généralement admis sur le plan international, notamment les règles approuvées par l'OCDE ou
- si les mesures fiscales manquent de transparence, y compris lorsque les dispositions légales sont appliquées de manière moins rigoureuse et d'une façon non transparente au niveau administratif. »

On peut voir que ces critères sont assez généraux même si leur orientation vise prioritairement mais pas exclusivement les montages artificiels. Par ailleurs, l'accent et la suspicion sont mis sur la recherche de l'avantage fiscal. Enfin, le Conseil dans ses conclusions préalables au code vise « l'évitement de pertes trop importantes de recettes fiscales ».

Partant de ce texte, un travail de recensement (Commission Primarolo) a été fait et a isolé 66 mesures à adapter ou supprimer à terme. On trouve dans cette liste des régimes de holding (ex. ceux de la loi de 1929 au Luxembourg ou des Pays-Bas), les centres de coordination en logistique et quartiers généraux (France, Belgique...) ou le régime des IFSC (International Financial Services Center) en Irlande...

Un certain nombre de résultats ont été obtenus par négociation avec la Commission. Certains régimes ont disparu (ex. holdings de la loi de 1929 en juillet 2006). Beaucoup ont été aménagés. Il reste des pôles de résistance (ex. Malte) et les territoires associés dépendants, tels les Îles anglo-normandes, Gibraltar, les Antilles néerlandaises, Madère... n'ont aménagé ou supprimé que la moitié des dispositifs.

Selon nombre d'observateurs objectifs, sans nier l'utilité du code de conduite, il n'a pas introduit de révolution et réduit vraiment la concurrence fiscale. En revanche, il a sans doute rendu celle-ci plus loyale en modifiant ou supprimant les régimes les plus en marge..., mais pas moins féroce. Les États membres ont su, avec subtilité, s'adapter à la nouvelle donne. Il semble que ce code de conduite est aujourd'hui au point mort et que la Commission Primarolo ait cessé de se réunir.

Après le Conseil, quelle est l'orientation de la Cour de Luxembourg ?

Celle-ci, rappelons-le, est un juge suprême de dernier ressort. Ses arrêts sont donc impératifs car fondés sur le traité, ils s'imposent aux États. Nous avons vu qu'il n'y a pas de législateur fiscal qui adapterait la loi à la nouvelle donne jurisprudentielle. Cependant, la faiblesse de la Cour est qu'elle juge des cas individuels et non des sujets généraux



orientés vers l'établissement d'un régime fiscal sinon harmonisé, du moins coordonné.

Cela étant, le sens de sa jurisprudence est totalement clair. Elle juge les régimes nationaux au regard des libertés proclamées par le traité. Il s'agit de la libre circulation des capitaux (art. 56 du traité), de la liberté d'établissement (art. 43 du traité) et de la libre prestation de services (art. 49 du traité).

Elle condamne tous les régimes nationaux qui enfreignent peu ou prou l'une de ces libertés soit à l'égard de résidents d'autres États membres voulant avoir des activités dans l'État membre en cause, soit à l'égard de ses résidents qui veulent s'installer ou avoir des activités dans un autre État membre.

Elle rejette pratiquement tous les arguments en défense des États membres et notamment ceux fondés sur la perte de recettes fiscales (on voit le contraste avec le code de conduite).

Elle écarte également les motifs de lutte contre la fraude fiscale quand ils lui paraissent non proportionnés à l'objectif poursuivi ; ce qui est souvent le cas selon la Cour. Elle admet toutefois certains motifs fondés sur la menace sur l'ordre ou la santé publics, mais nous sommes là, hors de la fiscalité.

Enfin, et c'est l'apport essentiel d'une décision récente (arrêt Cadbury Schweppes 12/09/06) venant couronner l'édifice jurisprudentiel en y apportant une touche majeure. En effet dans cette décision, la Cour légitime totalement la recherche d'un régime fiscal plus favorable que son régime national. Seuls des « montages purement artificiels destinés à éluder l'impôt national normalement dû » pourraient justifier une taxation des bénéficiaires délocalisés. Cette décision est relative à un régime britannique de la nature du 209B français (lutte contre les paradis fiscaux) permettant de taxer chez la société-mère, les résultats de filiales bénéficiant d'un régime fiscal privilégié dans un autre État membre. La décision est d'autant plus intéressante qu'elle concerne le régime irlandais des IFSC (centre de services financiers internationaux de Dublin) par ailleurs visé par le code de conduite pour être supprimé à terme.

On ne peut trouver exemple plus contradictoire entre deux autorités de la Communauté. Cette décision jurisprudentielle risque de porter un coup fatal au code de conduite ou à des actions européennes ultérieures de même nature, au profit à l'inverse, du renforcement de la concurrence fiscale. Elle met aussi à mal les régimes fiscaux nationaux prétendant lutter contre la concurrence fiscale dommageable, (encouragés tant par le code que par le rapport OCDE de 1998).

Il est clair que le juge suprême communautaire est un juge du traité et pas vraiment un juge fiscal. Il tranche en fonction de principes



juridiques des libertés établies par le traité sans prendre en compte une quelconque spécificité fiscale. Sa jurisprudence se retrouve d'ailleurs dans bien d'autres domaines (réglementations professionnelles...).

Pour la Cour, il n'y a pas de frontières juridiques au sein de l'UE, notamment de frontières fiscales, alors qu'évidemment budgets et recettes fiscales sont nationaux. Sans gloser sur cette contradiction heurtant le bon sens immédiat, la Cour ouvre à la concurrence fiscale un champ d'autant plus large que n'existe pas de législation fiscale communautaire. Certains parleraient de gouvernement des juges. Limitons-nous à constater que la concurrence fiscale non seulement ne sera pas restreinte par le juge mais que ses décisions la facilitent.

Le troisième acteur communautaire est la Commission. Elle agit conformément aux orientations du Conseil (code et autres directives) et avec loyauté à cet égard. Toutefois, elle ne lance pas d'elle-même des exercices fiscaux allant au-delà des compétences fiscales étroites du traité, sauf si le Conseil lui en fait la demande formelle et insistante.

En effet, son orientation majeure est conforme à celle de la Cour, c'est-à-dire qu'elle veille à ce que les législations fiscales nationales n'entravent en rien les libertés du traité. Dans la décision Cadbury Schweppes rapportée ci-dessus, elle s'est tenue aux côtés de l'Irlande et donc dans le sens de l'arrêt dans ses interventions écrites dans la procédure à la différence de nombre d'États membres qui défendaient le régime britannique (France, Allemagne, Suède, Danemark...).

On peut aussi noter qu'elle vient d'envoyer un avis motivé à plusieurs États, dont la France⁴, considérant que les retenues à la source sur dividendes versés à des non-résidents seraient incompatibles avec le traité. Si elle obtient gain de cause, un nouveau coup de pouce sera donné à la concurrence fiscale.

En conclusion de cet article, il nous semble, avant d'évoquer les perspectives de la concurrence fiscale en Europe, qu'une réflexion plus générale peut être formulée.

Elle est certes un peu en marge de notre sujet, mais cherche à dégager une appréciation qualitative globale de la concurrence fiscale au-delà de celle individuelle des contribuables, particuliers ou entreprises pour lesquels elle est une opportunité.

Nous avons vu que du côté du nombre d'autorités publiques et singulièrement des administrations fiscales, la concurrence fiscale est sinon rejetée dans son ensemble du moins vue exclusivement en négatif.

De notre point de vue, l'acceptation claire de la concurrence fiscale pourrait seule rendre efficace une lutte contre la concurrence malsaine, d'autant plus que n'existe pas une norme fiscale internationale en raison



d'une part de la souveraineté fiscale que les mêmes États défendent jalousement et d'autre part d'une approche contrastée de la dépense.

Pour apprécier sérieusement la place de la concurrence fiscale, il faut introduire le sujet de la dépense publique. Dans ce monde de concurrence, les deux notions majeures sont compétitivité et rentabilité. La fiscalité pèse sur la compétitivité des agents économiques et la dépense publique doit prouver sa rentabilité. Les critères de Maastricht ne sont-ils pas un appel au bon sens et à l'équilibre pour ce qui est des déficits et des endettements excessifs ?

Quelle peut être l'utilité d'une concurrence fiscale entre États ? Il est clair qu'elle seule peut arrêter ou atténuer les excès de dépenses et donc de prélèvements. L'existence d'une concurrence fiscale est un garde-fou indispensable face aux appétits budgétaires potentiellement excessifs voire illimités de certains États. Elle paraît seule à même de les conduire à la sagesse fiscale.

On ne peut, en effet, qu'être très préoccupé voire consterné par la progression, en Europe notamment, constante et énorme des taux de prélèvements obligatoires fiscaux et sociaux (cf. tableau extrait des statistiques OCDE sur la période 1965-2004).

Une telle évolution qui concerne l'ensemble des contribuables pèse fortement sur les entreprises qui sont directement ou indirectement touchées par toutes charges fiscales et cotisations sociales portant sur elles-mêmes, leurs salariés, leurs clients ou leurs actionnaires. La progression 1965-2004 des prélèvements obligatoires dans l'UE 15, qui ressort à plus de 42 % par rapport au PIB et à plus de 39 % pour l'ensemble OCDE, ne milite pas en faveur de la moindre restriction de la concurrence fiscale. Si l'on tient compte que le PIB a été multiplié (inflation incluse) par plus de 22 fois pour l'OCDE total⁵ et plus de 25 fois pour l'UE pendant la période, on constate que les recettes fiscales et sociales ont été, elles, multipliées par 30 à 36 environ, sur ces 38 ans ! Et, malgré cela, les comptes publics de nombreux pays sont dans le rouge !

Privilégier constamment la dépense publique ne peut qu'accentuer la concurrence fiscale dommageable ou non. Devant les excès dépensiers, la concurrence fiscale apparaît comme le seul moyen de défense et de pression des contribuables.

Il est, en effet, difficile de souscrire à l'idée angélique que si l'on parvient à juguler la concurrence fiscale dite dommageable, le taux des prélèvements obligatoires baissera ; ni le code, ni le rapport OCDE n'en font d'ailleurs un objectif. N'essaie-t-on pas plutôt de se donner de nouvelles marges de hausse des recettes ? A l'inverse, avoir le courage d'affronter la concurrence fiscale, c'est accepter de se contraindre à bien gérer la dépense publique et de préférer au « plus » d'État le « mieux »



d'État. Au plan fiscal, c'est celui d'accepter de réformer son régime fiscal sans attendre de l'extérieur (UE ou OCDE) la protection de ses recettes.

Mais revenons après cette digression à la concurrence fiscale déterminant de localisation des activités. Il apparaît que l'on peut dégager trois points :

1 - La mondialisation ne peut qu'accentuer les contacts économiques et donc élargir les choix possibles de localisation dont la fiscalité est un élément entre autres. Le monde financier, par définition multi-implantations mondiales, est un des plus à même de comparer et de choisir.

2 - La Communauté européenne peut apparaître comme une zone de haute concurrence fiscale dans la mesure où l'harmonisation n'a pas progressé et où un contrôle juridique (la Cour) et technique (la Commission) veille scrupuleusement au respect des libertés du traité (libre circulation, liberté d'établissement et de prestation de services) alors que les efforts pour juguler les excès de la concurrence fiscale demeurent modestes.

À l'inverse, dans le reste du monde et dans les relations entre les États membres et les pays tiers, il n'y a pas vraiment de juge équivalent pouvant sanctionner les mesures fiscales anti-concurrentielles tandis que les efforts de l'OCDE pour lutter contre la concurrence dommageable sont comparables à ceux du code de conduite.

3 - Si tout semble plaider dans le sens d'une accentuation de la concurrence fiscale notamment dans l'UE, il y a lieu de replacer ce mouvement dans un cadre plus large : celui de l'équilibre des finances publiques. Il devrait à terme, en tout cas en Europe, limiter les excès de concurrence fiscale. En effet, les États les plus agressifs fiscalement doivent financer leurs propres dépenses budgétaires, souvent en forte croissance, en respectant les critères de Maastricht.

Ce mouvement d'équilibre paraît plus efficace que des mesures fiscales spécifiques de défense de l'assiette fiscale nationale qui peu ou prou ratent leur cible ou donnent une fausse sécurité à l'instar du défunt contrôle des changes. Gêner la délocalisation par des dispositifs contraignants, c'est écrire noir sur blanc que l'herbe fiscale est plus verte ailleurs !

Enfin, un État qui cumulerait une forte pression fiscale avec une situation de déficit annuel des comptes publics constante débouchant sur une dette publique abyssale devrait se poser d'urgence des questions. Toute ressemblance avec un État connu serait fortuite !

Tableau 1
Total des recettes fiscales et sociales
 En % du PIB (Produit intérieur brut aux prix du marché)

	OCDE Total	OCDE Amérique	OCDE Europe	UE 15	France
1965	25,8	25,2	26,5	27,9	34,5
1975	30,3	28,8	32,1	33,1	35,5
1985	33,5	25,0	36,4	38,6	42,4
1995	35,7	26,7	38,3	40,1	42,9
2004	35,9	26,0	38,3	39,7	43,4

Note : OCDE Europe comprend les pays de l'UE plus les pays hors UE (ex. Suisse...).

Source : OCDE.

NOTES

59

1. Un projet pharaonique d'assiette harmonisée de l'IS et de régime consolidé transfrontalier est à l'étude au niveau des groupes techniques du Conseil. Il ne prévoit pas l'harmonisation des taux de l'IS. Il est impossible de savoir quand il débouchera sur un projet de texte (fin 2007, un rapport d'étape devrait être établi). Certains États membres qui participent aux discussions ont d'ores et déjà affirmé qu'ils s'y opposeront (Royaume-Uni, Irlande notamment). L'auteur de l'article ne croit pas du tout à l'adoption de ce projet.

2. À noter que 75 % du produit ira, en anonymat, à l'État de résidence des bénéficiaires.

3. Le principe fiscal traditionnel est que les revenus de l'épargne sont imposés dans le seul pays de résidence, donc ils sont exonérés dans l'État de la source.

4. Notre pays vient d'être condamné par la Cour (arrêt Denkvit International 14/12/06) en raison de l'application d'une retenue à la source aux dividendes distribués à une société-mère étrangère.

5. 19 pays membres en 1965.

