

FISCALITÉ DES FUSIONS DE SOCIÉTÉS ET ÉCHANGES D' ACTIONS

Droit communautaire et droit national

(À propos de l'arrêt Leur-Bloem de la CJCE du 17 juillet 1997)

par

Philippe DEROUIN

Avocat au Barreau de Paris
Gide Loyrette Nouel

Le législateur qui a décidé, à l'occasion de la transposition en droit national des dispositions de la Directive du 23 juillet 1990 relative au régime fiscal commun des fusions de sociétés, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions, d'appliquer le même traitement aux situations purement internes et à celles régies par la Directive, a aligné ainsi sa législation interne sur le droit communautaire, qui s'applique alors indirectement aux opérations purement internes.

Cette Directive ouvre droit aux avantages fiscaux pour les opérations qu'elle définit, et notamment les échanges d'actions, à moins que ces opérations aient comme objectif principal la fraude ou l'évasion fiscales, lequel peut être présumé en l'absence de motif économique valable. L'exception doit être appréciée, dans chaque cas, par les autorités nationales compétentes, sous le contrôle du juge. Une règle générale, excluant certaines catégories d'opérations sur la base de critères prédéterminés sans qu'il y ait effectivement évasion ou fraude fiscales, ne serait pas conforme au droit communautaire.

L'objet de la présente étude est de montrer que les principes, ainsi confirmés par la Cour de justice, sont applicables en France et d'en rappeler, ou préciser, certaines conséquences.

1. — Sept ans après l'adoption de la Directive n° 90/434/CEE du 23 juillet 1990 (*Dr. fisc. 1990, n° 40, comm. 1807*) concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions, la première décision de la Cour de justice (CJCE, 17 juill. 1997, *aff. C-28/95, Leur-Bloem* : *Dr. fisc. 1997, présent numéro, comm. 979*), confirme plusieurs analyses que nous avons présentées lors de notre commentaire de l'article 25 de la loi de finances rectificative pour 1991 (L. n° 91-1323, 30 déc. 1991 : *Dr. fisc. 1992, n° 2-3, comm. 47*) qui avait partiellement transposé cette Directive dans la législation française (V. aussi « *L'incomplète adaptation du régime fiscal des fusions de sociétés et opérations assimilées à la Directive communautaire du 23 juillet 1990* » : *Dr. fisc. 1992, n° 5, p. 224 et s.*).

Cette décision est d'autant plus remarquable qu'elle a été rendue à propos d'une opération purement interne — à savoir l'apport de titres de sociétés néerlandaises par une résidente néerlandaise à une troisième société également néerlandaise, de manière à constituer un groupe de sociétés susceptibles de bénéficier de l'intégration fiscale prévue par la loi néerlandaise — alors que, prise à la lettre, la Directive communautaire n'a vocation à régir directement que les opérations transfrontalières impliquant des sociétés d'États membres différents (V. D. Villemot, « *Le régime fiscal de faveur des fusions et des apports partiels d'actifs* » : *Dr. fisc. 1993, n° 46, p. 1833 et s.*).

Pour écarter le moyen d'incompétence présenté par certains Gouvernements, soutenu par la Commission européenne et adopté par l'avocat général dans ses conclusions, la Cour de justice a retenu que le législateur national avait décidé, lors de la transposition de la Directive, d'appliquer le même traitement aux situations purement internes et à celles régies par la Directive, alignant ainsi la législation interne sur le droit communautaire. Cette situation n'est pas particulière aux Pays-Bas et se retrouve chez les autres États membres et notamment en

France. De ce fait, ainsi que nous l'avons fait valoir naguère, le « régime fiscal commun » défini par la Directive ne s'applique pas seulement aux fusions de sociétés et autres opérations transfrontalières mais également aux opérations internes. La seule différence de principe, sur la portée de laquelle on peut s'interroger, résulte de ce que le droit communautaire régit directement les opérations transfrontalières et seulement par renvoi les opérations internes.

Mais, l'essentiel est que, même pour ces dernières opérations, les contribuables peuvent utilement invoquer les dispositions de la Directive et la Cour de justice peut être appelée à les interpréter.

2. — Le second enseignement essentiel de l'arrêt concerne les conditions que le législateur national a ajoutées à la Directive lors de sa transposition en droit interne. En l'occurrence, il s'agissait de l'objectif économique de rassemblement durable des entreprises, que le législateur néerlandais avait pris en considération pour définir les fusions de sociétés et échanges d'actions. Mais le cheminement suivi par la Cour de justice est évidemment valable pour les autres conditions d'application du régime de faveur des fusions, apports partiels d'actifs et échanges d'actions que les législateurs nationaux ou certains d'entre eux ont pu ajouter à la Directive (engagement de conservation des titres pendant une certaine période, double reprise des valeurs fiscales d'origine par la société apporteuse et par la société bénéficiaire des apports, agrément administratif préalable, etc.).

En France, la décision de la Cour de justice impose la nécessaire relecture de l'article 210 B du CGI et la non moins nécessaire redéfinition de la politique d'agrément des scissions de sociétés, apports partiels d'actifs et autres opérations assimilées, à la lumière des dispositions de la Directive et des principes d'interprétation que la Cour de justice a posés. Et, comme dit ci-dessus, ce réexamen doit avoir lieu non seulement pour les

opérations transfrontalières mais également pour les opérations purement internes dès lors que le législateur a soumis les unes contre les autres au même « régime fiscal commun ».

I. — L'APPLICATION DU RÉGIME FISCAL COMMUN DES FUSIONS ET OPÉRATIONS ASSIMILÉES AUX SITUATIONS PUREMENT INTERNES

3. — La jurisprudence relative aux « grandes libertés communautaires », et notamment la liberté de circulation des personnes ou la liberté d'établissement des entreprises, a traditionnellement admis que ces grandes libertés — et le droit communautaire qui en découle — ne s'appliquent pas aux « situations purement internes » qui, alors même qu'elles comporteraient un élément d'extranéité, ne procèdent pas de l'exercice de ces libertés (V. notamment, en matière d'impôt sur le revenu, avant l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht et des nouveaux articles 8 et 8 A du Traité de l'Union européenne : *CJCE, Plén., 26 janv. 1993, aff. C-112/91, Werner : Dr. fisc. 1993, n° 19, comm. 1000, obs. X. Rohmer ; Rec. CJCE, I, p. 429*).

Cette jurisprudence laisse ainsi en principe la place aux « discriminations à rebours », c'est-à-dire aux restrictions que les États entendent établir ou maintenir à l'encontre de l'exercice de ces mêmes libertés par leurs propres ressortissants sur leur propre territoire. Mais si le droit communautaire autorise certaines discriminations à rebours, il ne les impose nullement et laisse les États membres traiter aussi libéralement leurs propres ressortissants que ceux des autres États membres exerçant les mêmes activités sur leur territoire.

C'est ainsi que la Cour de justice a eu naguère à connaître d'une demande d'interprétation de la réglementation communautaire relative au droit de séjour des travailleurs et de leur famille dans une situation purement interne concernant un État où, afin d'éviter une discrimination à rebours, le législateur national avait assimilé les conjoints étrangers de ressortissants nationaux aux conjoints de ressortissants communautaires résidant sur le territoire national (*CJCE, 18 oct. 1990, aff. C-297/88 et C-197/89, Dzodzi : Rec. CJCE, I, p. 3763*).

Par ailleurs, le droit communautaire comporte des règles communes sur la concurrence qui interdisent aux États d'accorder des aides, notamment fiscales, qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions (*Traité de l'Union européenne, art. 92*). Une discrimination quelconque et notamment « une discrimination à rebours » en matière de fiscalité des entreprises, peut ainsi constituer une aide d'État, génératrice de distorsions de concurrence et, à ce titre, prohibée par le droit communautaire.

Pour ces raisons, il peut être souhaitable, voire nécessaire qu'« une législation nationale se conforme, pour les solutions qu'elle apporte à des situations purement internes, à celles retenues en droit communautaire afin, notamment, d'éviter l'apparition de discriminations à l'encontre des ressortissants nationaux ou, comme en l'espèce au principal, d'éventuelles distorsions de concurrence » (point 32 des motifs de l'arrêt).

4. — Tel est naturellement le cas du régime fiscal commun des fusions de sociétés, apports de branche d'activité, échanges d'actions et autres opérations assimilées, défini par la Directive n° 90/434/CEE du 23 juillet 1990 précitée.

Ce régime fiscal commun a pour objectifs essentiels d'« éviter une imposition à l'occasion d'une fusion, d'une scission, d'un apport d'actif ou d'un échange d'actions » (4^e considérant) et faire en sorte que « l'attribution aux associés de la société apporteuse de titres de la société bénéficiaire ou acquérante ne donne lieu, par elle-même, à aucune imposition dans le chef de ces associés » (8^e considérant), le tout sous réserve des cas où l'opération « a pour objectif la fraude ou l'évasion fiscales » (9^e considérant). De tels buts sont susceptibles de concerner tant les opérations « purement internes » que les opérations transfrontalières et ce serait instaurer une discrimination, voire accorder une aide d'État, que de réserver le bénéfice du régime fiscal commun aux seules opérations transfrontalières ou aux seules opérations purement internes.

Les États membres de l'Union européenne l'ont parfaitement compris et, lors de la transposition de la Directive n° 90/434/CEE du 23 juillet 1990 précitée, ils n'ont pas instauré de régime particulier pour les fusions de sociétés et autres opérations transfrontalières : ils ont adapté leur régime fiscal aux dispositions de la Directive en précisant, le cas échéant, que ce régime s'applique aux fusions intracommunautaires comme aux opérations « purement internes ». Tel a été le cas aux Pays-Bas et tel a été le cas en France où l'on a souligné que les aménagements

apportés par l'article 25 de la loi de finances rectificative pour 1991 précitée ne comportent aucune disposition spécifique aux opérations intracommunautaires.

En conséquence, le régime fiscal commun des fusions de sociétés et opérations assimilées, défini par la Directive n° 90/434/CEE du 23 juillet 1990 précitée s'applique directement, par l'effet du seul droit communautaire lui-même, aux opérations transfrontalières que vise expressément l'article 1^{er} de la Directive. Mais il s'applique également aux opérations « purement internes » par renvoi des législations nationales qui, telles les lois néerlandaise et française, les ont soumises au même régime.

5. — Même lorsqu'il est applicable hors du champ d'application directe qu'il s'est fixé, par renvoi d'une législation nationale ou d'une stipulation contractuelle, le droit communautaire conserve sa nature de droit communautaire, y compris avec les techniques et les méthodes d'interprétation qui lui sont propres.

La solution est constante. C'est ainsi que le premier arrêt préjudiciel rendu, il y a plus de vingt ans, sur la détermination du fait générateur de la TVA en matière de prestations de services au sens de la 2^e Directive TVA du 11 avril 1967, est intervenu dans une affaire où la Directive communautaire n'était pas applicable directement mais seulement par renvoi d'une stipulation contractuelle dans une convention entre personnes privées (*CJCE, 20 mai 1976, aff. C-111/75, Mazzalai : Rec. CJCE, p. 657*).

De même, dans des matières non fiscales, la Cour de justice interprète-t-elle le droit communautaire applicable indirectement en cas d'action récursoire fondée sur un contrat (*CJCE, 25 juin 1992, aff. C-137/91, Federconsorzi : Rec. CJCE, I, p. 4035 ; — V. aussi 12 nov. 1992, aff. C-73/89, Fournier : Rec. CJCE, I, p. 5621*). La solution est d'ailleurs commune au droit communautaire et au droit national : lorsque des parties conviennent d'appliquer à leurs relations les dispositions d'une loi qui ne sont pas obligatoirement applicables (en raison de dispositions transitoires ou des règles de conflits de lois), la Cour de cassation admet la validité d'un tel renvoi et se prononce sur l'interprétation des dispositions législatives en question comme si elles étaient directement applicables par elles-mêmes.

6. — En va-t-il de même lorsque le renvoi au droit communautaire ne résulte pas d'un contrat mais d'une législation nationale ? On en a naguère douté au motif essentiel qu'il ne serait « pas de droit communautaire hors de son champ d'application (...) tel que par lui-même et par lui seul défini » (*Concl. Darmon sur CJCE, 18 oct. 1990, aff. C-297/88 et C-197/89, Dzodzi, préc. ; — 8 nov. 1990, aff. C-231/89, Krystyna Gmurzynska-Bscher c/ Oberfinanzdirektion Köln : Dr. fisc. 1991, n° 13, comm. 749 ; Rec. CJCE, I, p. 4003*).

Mais cette objection (reprise en l'espèce actuelle par l'avocat général et la Commission) a été écartée, à juste titre, par la Cour de justice pour des raisons similaires à celles qu'elle avait déjà retenues, à savoir qu'« il existe un intérêt communautaire certain à ce que (...) les dispositions ou les notions reprises du droit communautaire reçoivent une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer » (point 32 de l'arrêt ; dans le même point 37 de l'arrêt Dzodzi, préc. et point 24 de l'arrêt Krystyna Gmurzynska-Bscher c/ Oberfinanzdirektion Köln, préc.).

C'est ainsi que, de façon constante, la Cour de justice interprète le tarif douanier commun alors qu'il n'est pas directement applicable, s'agissant d'opérations intracommunautaires, mais qu'il y est fait référence par une législation nationale (*CJCE, 26 sept. 1985, aff. C-166/84, Thomasdünger : Rec. CJCE, p. 3001 ; — 8 nov. 1990, aff. C-231/89, Krystyna Gmurzynska-Bscher c/ Oberfinanzdirektion Köln, préc.*). De même pour la réglementation communautaire du droit de séjour des travailleurs et de leurs familles dont le bénéfice a été étendu, par une législation nationale, aux conjoints de ressortissants nationaux (*CJCE, 18 oct. 1990, Dzodzi, préc.*).

Cette interprétation du droit communautaire, même lorsqu'il est applicable par renvoi de la loi nationale, n'est pas une simple consultation juridique ; elle s'incorpore au droit communautaire lui-même avec la force qui s'y attache.

7. — Lorsqu'il n'y a pas de véritable renvoi au droit communautaire, que la loi nationale a seulement pris pour modèle en invitant les juridictions nationales à tenir compte de la jurisprudence communautaire, la Cour de justice se déclare incompétente (*CJCE, 28 mars 1995, aff. C-346/93, Kleinwort Benson : Rec. CJCE, I, p. 615*). Par contraste avec de telles décisions, l'arrêt Leur-Bloem implique que la réponse donnée par la Cour de justice sur l'interprétation de la Directive n° 90/434/CEE précitée concernant le régime fiscal commun des fusions de sociétés et opérations assimilées, est contraignante pour la juridiction

FISCALITÉ DES FUSIONS ET ÉCHANGES D' ACTIONS

nationale de renvoi y compris pour se prononcer sur les situations « purement internes ».

C'est d'ailleurs la conséquence logique de l'objectif, poursuivi par le législateur national, d'éviter toute discrimination à rebours et de prévenir d'éventuelles distorsions de concurrence : en adoptant, pour les situations purement internes, des solutions conformes à celles retenues en droit communautaire ; pour les situations transnationales, la loi nationale a repris les dispositions correspondantes du droit communautaire avec les effets qui s'y attachent, à savoir notamment le pouvoir d'interprétation de la Cour de justice et l'effet obligatoire de ses décisions.

Au demeurant, telle est — ici aussi — la solution qui prévaut en droit national : si la règle de conflits de lois désigne la loi étrangère pour trancher un litige, c'est cette loi qui s'applique et le juge de cassation français est incompétent pour en contrôler l'interprétation (V. J. Boré, « La cassation en matière civile » : *éd. Sirey*, p. 399, n° 1161). Ainsi, lorsque la loi française — comme la loi néerlandaise et d'autres lois nationales — renvoie, au moins implicitement, au régime fiscal des fusions de sociétés et opérations assimilées défini par la Directive n° 90/434/CEE du 23 juillet 1990 précitée, le juge national cesse d'être souverain et doit se conformer à l'interprétation de la Cour de justice, qu'il lui appartient, au besoin, de solliciter.

En résumé, la Cour de justice contrôle effectivement si la loi nationale renvoie au droit communautaire. Autrement dit, le renvoi de la loi nationale au droit communautaire est lui-même une notion de droit communautaire. Ainsi, pour reprendre, en la corrigeant, à la lumière de la jurisprudence de la Cour, la formule de l'avocat général Darmon (V. *supra* n° 6), il n'est pas de droit communautaire hors de son champ d'application, tel que défini par lui, certes, mais non pas par lui seul.

Ce renvoi ne résulte pas nécessairement de ce que la loi vise expressément des dispositions du droit communautaire ou en reproduit la teneur mais, comme le montre l'arrêt Leur-Bloem, il peut notamment découler de ce que, lors de la transposition d'une Directive en droit national, le législateur national a décidé d'appliquer le même traitement aux situations purement internes et à celles régies par la Directive, en sorte qu'il a implicitement mais nécessairement aligné sa législation interne sur le droit communautaire (point 34 des motifs et 1° du dispositif). Cette qualification est évidemment applicable au cas de la France et de la modification du régime fiscal des fusions de sociétés et des opérations assimilées par l'article 25 de la loi de finances rectificative pour 1991 précitée.

8. — Conformément à sa jurisprudence antérieure, la Cour de justice ajoute que ce renvoi au droit communautaire peut, s'agissant de régir les situations purement internes, être limité par la loi nationale et qu'il appartient au juge national d'apprécier ces limitations éventuelles (point 33 des motifs).

Mais dans un cas comme celui du régime fiscal commun des fusions de sociétés où — notamment pour éviter les discriminations à rebours et les distorsions de concurrence — le législateur national a décidé d'appliquer le même traitement aux opérations purement internes et à celles directement régies par la Directive, on voit mal *a priori* en quoi pourraient consister les limites au renvoi.

Il ne pourrait s'agir que de limitations propres aux situations purement internes puisque, en raison de la primauté du droit communautaire, la loi nationale ne saurait limiter l'application du régime fiscal commun aux opérations directement visées par la Directive. Or, par construction, le législateur national a décidé d'appliquer le même traitement à toutes les opérations.

On ne peut pas davantage voir de telles limitations dans les ajouts que le législateur national aurait apportés à la Directive communautaire lors de sa transposition car de deux choses l'une : ou bien ces apports de la loi nationale se situent dans la marge d'appréciation laissée aux États pour transposer la Directive et alors ils peuvent s'appliquer aussi bien aux opérations transfrontalières directement régies par la Directive qu'aux opérations purement internes ; ou bien la loi nationale s'est trop écartée du système communautaire et alors une telle interprétation de la loi implique, à l'égard des opérations régies par la Directive, un manquement de l'État à ses obligations communautaires et, à l'égard des opérations purement internes, une discrimination que le législateur a pourtant entendu écarter et qui pourrait engendrer des distorsions de concurrence prohibées par ailleurs par le droit communautaire.

En réalité, la solution uniforme adoptée par le législateur national implique — tant pour les opérations purement internes que pour les opérations transfrontalières visées à l'article 1^{er} de la Directive — une lecture de la loi nationale à la lumière

de la Directive et, au besoin, une interprétation constructive, voire sur certains points neutralisante, des dispositions législatives ou réglementaires qui paraîtraient, à première vue, s'écarter du droit communautaire.

La pratique d'une telle méthode d'interprétation est suffisamment connue en matière de TVA pour qu'il ne soit pas nécessaire d'insister sur ce point (V. CE, Ass., 22 déc. 1989, req. n° 86 113, *Cercle militaire de la caserne Mortier* : Dr. fisc. 1990, n° 14, comm. 716 ; RJF 2/90, n° 130, concl. M^{me} M.-D. Hagelsteen, p. 80 s. ; — 29 déc. 1995, req. n° 118 754, *Sté Sudfer* : Dr. fisc. 1996, n° 8, comm. 221, concl. Ph. Martin).

Au cas présent, les questions préjudicielles posées par le Tribunal d'Amsterdam portaient précisément sur l'un de ces apports de la loi nationale à la Directive et les réponses données par la Cour de justice sont une remarquable illustration de cette méthode d'interprétation et de la coopération que le renvoi préjudiciel permet d'instaurer entre les juridictions nationales et la Cour de justice.

À ce titre encore, l'arrêt Leur-Bloem est riche d'enseignements pour les contribuables français et leurs conseils, pour l'Administration et le juge de l'impôt.

II. — LES CONDITIONS D'APPLICATION DU RÉGIME FISCAL COMMUN ET LA PRÉVENTION DE LA FRAUDE ET DE L'ÉVASION FISCALES

9. — En transposant la Directive en droit néerlandais, le législateur des Pays-Bas a, d'une part, considéré comme une fusion de sociétés l'échange d'actions (que la loi française traite distinctement : CGI, art. 38-7, 92 B-II, 160 I ter 4 et 210 B) et, d'autre part, inclus dans cette définition un élément tiré de l'objectif poursuivi à savoir « rassembler durablement d'un point de vue financier et économique, l'entreprise de (la) société (acquise ou apportée) et celle d'une autre dans une même entité » (art. 14 b-2 de la loi néerlandaise relative à l'impôt sur le revenu reproduite au point 5 des motifs de l'arrêt).

L'assimilation par la loi néerlandaise de l'échange d'actions à une fusion de sociétés a notamment pour effet de soumettre l'application du régime de faveur à un agrément administratif qui est requis, aux Pays-Bas, pour l'application de ce régime à toutes les fusions de sociétés, y compris dans l'ordre interne entre sociétés néerlandaises. C'est ainsi que le litige est né, à la suite du refus de l'agrément administratif (point 8 des motifs de l'arrêt).

Selon l'arrêt, la décision administrative était motivée par l'absence d'objectif de rassemblement durable de entreprises concernées — déjà unies du point de vue économique et financier — de sorte que l'opération ne pouvait être qualifiée de fusion au sens de la loi néerlandaise (point 10 des motifs de l'arrêt).

La Cour de justice, interrogée sur ce point, répond, conformément à la lettre même de la Directive et notamment de son article 2 qui comporte les définitions, que les qualifications de fusion, scission, apport d'actif et échange d'actions au sens de la Directive sont indifférentes aux motifs poursuivis « qu'ils soient financiers, économiques ou purement fiscaux » (point 36 des motifs de l'arrêt).

En conséquence, la condition tirée par le droit néerlandais de l'objectif de rassemblement durable d'entreprises n'est pas pertinente pour la définition des opérations éligibles au régime fiscal commun de faveur (point 37 des motifs de l'arrêt).

Par suite, une opération, telle que celle qui était envisagée, consistant, pour une personne physique, actionnaire majoritaire (voire unique) de deux sociétés à en apporter les actions à une société holding, même dépourvue d'activité, est qualifiée d'échange d'actions au sens de la Directive et admise au bénéfice du régime de faveur (point 2 (a) du dispositif de l'arrêt).

En France, cette question n'a jamais fait de difficulté et la constitution de holdings « par le haut » est une pratique courante, constamment soumise aux régimes successifs de report d'imposition en vigueur depuis une dizaine d'années (CGI, art. 160 I ter), qui sont, pour l'essentiel, conformes à la Directive.

10. — Mais de ce que le législateur néerlandais — à la différence du législateur français — a ajouté à la définition de la fusion — et de l'échange d'actions — une condition que ne comporte pas la Directive, il ne suit pas pour autant que la loi néerlandaise ne soit pas conforme à la Directive.

La Cour de justice constate « que cette condition a été insérée afin d'écarter, comme le permet l'article 11 de la Directive, de l'octroi des avantages fiscaux que la Directive prévoit les opéra-

tions qui ont principalement pour objet la fraude ou l'évasion fiscales » (point 35 des motifs de l'arrêt).

Ce n'est donc pas tant au regard de la définition des opérations qu'à celui de la faculté de prévenir la fraude et l'évasion fiscales qu'il s'agit d'examiner les dispositions des lois nationales relatives au régime fiscal des fusions et opérations assimilées qui ajoutent à la Directive, afin de déterminer si elles se situent dans la « réserve de compétence » que l'article 11 accorde aux États membres.

Cet article 11 dispose que « le fait qu'une des opérations visées à l'article 1^{er} (c'est-à-dire les fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions) n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables tels que la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération peut constituer une présomption que cette opération a comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales ».

Les États peuvent-ils utiliser cette disposition pour renverser en quelque sorte l'ordre des facteurs et faire de l'existence d'un motif économique valable, du type de celui visé par la Directive, une condition d'application du régime fiscal de faveur ?

C'est, semble-t-il, ce qu'avait cru le législateur néerlandais en instaurant la condition de rassemblement durable des entreprises. Et c'est une inspiration similaire qui a présidé en France à la rédaction de l'arrêté du 24 mai 1971 relatif aux conditions d'octroi de l'agrément prévu à l'article 210 B du CGI, qui est toujours en vigueur même s'il semble être tombé en désuétude.

11. — La Cour de justice écarte résolument cette interprétation en montrant tout d'abord que la possibilité, laissée aux États membres, d'écarter l'application du régime de faveur n'existe que par exception aux règles posées et aux objectifs poursuivis par la Directive.

Après avoir rappelé les objectifs énoncés par le premier considérant de la Directive, la Cour de justice souligne : « c'est seulement lorsque l'opération envisagée a pour objectif la fraude ou l'évasion fiscales que, selon l'article 11 ainsi que selon le dernier considérant de la Directive, les États membres peuvent refuser l'application de cette dernière » (point 45 des motifs). De même, « il résulte (...) des articles 2 (...) ainsi que 11 paragraphe 1 que les États membres doivent accorder les avantages fiscaux prévus par la Directive aux opérations d'échange d'actions visées à l'article 2 sous d) à moins que ces opérations aient comme objectif principal ou comme l'un de leurs objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales » (point 40 des motifs).

Autrement dit, les avantages fiscaux prévus par la Directive sont un droit pour les personnes qui participent aux opérations qu'elle définit et ce n'est qu'à titre dérogatoire que le bénéfice de ce droit peut être refusé si l'opération envisagée a un objectif principal de fraude ou d'évasion fiscales.

Certes, la Directive permet de présumer un tel objectif en l'absence de motifs économiques valables pour l'opération, sans donner de précision concernant la mise en œuvre de cette présomption. Dans ces conditions, « il appartient aux États membres de déterminer (...) les modalités nécessaires aux fins de l'application de cette disposition » mais « dans le respect du principe de proportionnalité » (point 43 des motifs de l'arrêt). Ce principe est l'un de ceux que la Cour de justice a dégagés comme communs aux droits des États membres et consiste à retenir qu'une sujétion ne peut être imposée que dans la mesure strictement nécessaire pour atteindre l'objectif visé (en ce sens V. CJCE, 26 oct. 1995, aff. C-36/94, *Siessa* : Rec. CJCE, I, p. 3573 ; — 5 oct. 1994, aff. C-133/93 et a., *Crispoltoni* : Rec. CJCE, I, p. 4891 ; — 25 nov. 1986, aff. C-21/85, *Maas* : Rec. CJCE, p. 3537, etc.).

En application de ce principe, la Cour de justice déclare : « l'institution d'une règle revêtant une portée générale excluant automatiquement certaines catégories d'opérations de l'avantage fiscal sur la base de critères tels que ceux (retenus par la loi et l'Administration néerlandaises), qu'il y ait ou non effectivement évasion ou fraude fiscales, irait au-delà de ce qui est nécessaire pour éviter une telle fraude ou une telle évasion fiscale et porterait atteinte à l'objectif poursuivi par la Directive » (point 44 des motifs et dernière phrase du (b) de la réponse à la seconde question).

Autrement dit, il n'appartient pas au législateur ou au pouvoir réglementaire national d'exclure de plein droit certaines opérations du bénéfice du régime fiscal commun sur la base de critères, même tirés de motifs économiques, qui procéderaient certes d'une présomption d'évasion fiscale mais qui ne la caractériseraient pas.

Au cas présent, cela veut dire que le juge national néerlandais est invité à considérer que la condition de rassemblement dura-

ble des activités des sociétés concernées n'est pas requise à peine d'exclusion du régime de faveur : si cette condition est satisfaite, il y a un motif économique valable à l'opération, toute présomption d'évasion fiscale est écartée et le régime de faveur s'applique, mais de ce qu'elle n'est pas satisfaite on ne saurait déduire que ce régime ne s'applique pas.

En d'autres termes, la disposition de la loi néerlandaise peut fonctionner comme une « safe harbor clause » qui protège ceux qui satisfont aux conditions qu'elle pose mais qui ne nuit pas à ceux qui ne les remplissent pas. Elle permet de motiver une décision positive d'agrément mais non pas une décision négative de refus d'agrément.

En bref, elle ne peut pas être interprétée a contrario.

12. — Mais ce n'est pas tout et la phrase suivante de l'arrêt concerne directement la situation française. La Cour de justice ajoute qu'irait également au-delà de ce qui est nécessaire pour éviter la fraude ou l'évasion fiscales, le fait d'assortir une telle règle « d'une simple possibilité de dérogation laissée à la discrétion de l'autorité administrative » (dernière phrase du point 44 des motifs).

En effet, soumettre l'application du régime de faveur à un agrément administratif discrétionnaire revient à dénier l'existence de droit au bénéfice de ce régime. Cela est évidemment incompatible avec la Directive qui crée une obligation pour les États d'accorder les avantages fiscaux qu'elle prévoit, c'est-à-dire le droit d'en bénéficier pour les contribuables qui en remplissent les conditions. Ce ne serait donc pas transposer fidèlement la Directive que de prévoir l'exigence d'un agrément administratif discrétionnaire.

Ce n'est pas à dire pour autant que tout agrément administratif doit être exclu. Bien au contraire. En rappelant, dans les motifs et le dispositif de l'arrêt, qu'il appartient aux États membres « de déterminer les procédures internes nécessaires à (...) fin » d'apprécier les motifs économiques valables de l'opération dont l'absence fait présumer l'objectif de fraude ou d'évasion fiscales, la Cour de justice valide l'instauration d'un contrôle administratif préalable, pourvu que la décision ne soit pas discrétionnaire.

L'objet et les conditions de l'agrément administratif sont d'ailleurs très clairement précisés par l'arrêt : « vérifier si l'opération envisagée a comme objectif principal ou comme l'un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales ». À cet effet, « les autorités nationales compétentes doivent procéder, dans chaque cas, à un examen global de ladite opération » mais « ne sauraient se contenter d'appliquer des critères généraux prédéterminés » (point 41 des motifs et (b) de la réponse à la deuxième question).

Ainsi que nous l'avons fait valoir dans notre commentaire de l'article 25 de la loi de finances rectificative pour 1991 précitée (« L'incomplète adaptation... », spéc. n° 4, 9, 10, 14 et passim), ces exigences correspondent à la définition française de l'agrément de droit (V. *Cons. const.*, 30 déc. 1987, n° 87-237 DC : *Dr. fisc.* 1988, n° 1-2, comm. 5 et L. Philip, « La jurisprudence constitutionnelle en matière d'agréments fiscaux » : *Dr. fisc.* 1988, n° 43, p. 1228 s. et CE, 24 févr. 1988, req. n° 76 603 : *Dr. fisc.* 1988, n° 39, comm. 1756 ; *RJF* 3/88, concl. O. Fouquet, p. 149), complétée en tant que de besoin par la règle dite de l'examen particulier du dossier (V. notamment CAA Paris, Plén., 23 févr. 1993, *Cie nationale de navigation* : *Rec. CE*, p. 581. — CE, 13 nov. 1987, *Fédération des Éts Hospitaliers d'assistance privée à but non lucratif* : *Rec. CE*, p. 354 ; — et en matière de remise gracieuse 8 janv. 1988, req. n° 79 220 : *Dr. fisc.* 1988, n° 49, comm. 2228, concl. B. Martin Laprade).

Il en va d'autant plus ainsi que la Cour de justice précise que la notion de motif économique valable — qui fait présumer l'absence d'objectif d'évasion fiscale — doit être interprétée comme allant « au-delà de la recherche d'un avantage purement fiscal » (point 47 des motifs et (c) de la réponse à la seconde question). On croirait entendre un écho de la jurisprudence française relative à l'abus de droit et aux opérations dont la motivation est exclusivement fiscale.

La Cour de justice admet donc que, lors de la transposition de la Directive en droit national, les États établissent un contrôle administratif préalable destiné à vérifier si l'opération envisagée a comme objectif principal, ou comme l'un de ses objectifs principaux, la fraude ou l'évasion fiscales, lequel permet d'écarter l'application du régime fiscal de faveur, pourvu que la décision ne soit pas « laissée à la discrétion de l'autorité administrative ». Comme on l'a vu dans la première partie de ce commentaire, ces principes sont applicables non seulement aux opérations transfrontalières expressément visées par la Directive mais également aux opérations purement internes que le

