

# La liste européenne des Etats non coopératifs à des fins fiscales : étude contentieuse

par Andreas Kallergis  
Maître de conférences à l'Université Panthéon-Sorbonne

Le Conseil de l'Union a adopté en 2017 une liste d'Etats et territoires non coopératifs à des fins fiscales<sup>1</sup>. Inscrite dans le cadre d'une « stratégie fiscale extérieure »<sup>2</sup> de l'Union, l'adoption de cette liste n'a pas simplement comme conséquence de jeter l'opprobre sur des Etats tiers à l'Union qui ne mettent pas en œuvre des politiques fiscales correspondant à des standards de « bonne gouvernance fiscale »<sup>3</sup>. Cette liste permet à l'Union de centraliser une évaluation des Etats tiers susceptible de déclencher des mesures défensives fiscales et non fiscales à l'égard de ces Etats.

Est-il possible de contester l'inscription sur cette liste ou les effets qu'elle peut déclencher ? Pour mesurer l'enjeu de la réponse, une analyse préalable de la portée de la liste et de ses effets s'impose.

L'inscription d'un Etat sur cette liste correspond à une technique de droit souple.

Son adoption trouve son origine dans une recommandation de la Commission de 2012 « relative à des mesures visant à encourager les pays tiers à appliquer des normes minimales de bonne gouvernance dans le domaine fiscal »<sup>4</sup>. La recommandation incitait les Etats membres à créer des listes d'Etats qui ne respectent pas trois critères de bonne gouvernance fiscale : la transparence,

---

<sup>1</sup> Annexe I, conclusions du Conseil du 5 déc. 2017 sur « une liste de l'UE des pays et territoires non coopératifs à des fins fiscales », doc. 15429/17, FISC 345, ECOFIN 1088. Pour la dernière modification, v. conclusions du Conseil du 24 févr. 2022 « sur la liste révisée de l'UE des pays et territoires non coopératifs à des fins fiscales », doc. 6437/22, FISC 50, ECOFIN 156.

<sup>2</sup> Conclusions du Conseil du 25 mai 2016, annexe : « Communication de la Commission sur une stratégie extérieure pour une imposition effective et recommandation de la Commission concernant la mise en œuvre de mesures contre l'utilisation abusive des conventions fiscales », doc. 9452/16, FISC 85, ECOFIN 502.

<sup>3</sup> Recommandation 2012/771/UE de la Commission du 6 déc. 2012, JOUE L338/37 du 12 déc. 2012.

<sup>4</sup> *Ibid.*

l'échange de renseignements et la concurrence fiscale loyale<sup>5</sup>. Après avoir publié en 2015 une liste « paneuropéenne », créée à partir des listes nationales des Etats membres<sup>6</sup>, la Commission constatait<sup>7</sup> en 2016 que les Etats membres avaient utilisé les critères de 2012 de manière disparate, ou ne les avaient pas utilisés du tout<sup>8</sup>. Afin de mieux organiser une stratégie fiscale extérieure de l'Union, la Commission a envisagé la publication d'une nouvelle liste, cette fois-ci selon des critères fixés au niveau de l'Union<sup>9</sup>. Pour la Commission, l'inscription d'un Etat sur cette liste devrait impliquer l'application de « contremesures communes par tous les Etats membres à l'encontre de l'Etat visé »<sup>10</sup> qui viendraient compléter la directive anti-évasion fiscale<sup>11</sup>. Avalisée dans son principe en mai 2017<sup>12</sup>, cette liste a été publiée en décembre 2017 sous forme d'annexe à des conclusions du Conseil<sup>13</sup>, préparée après évaluation des Etats tiers par le groupe « Code de conduite »<sup>14</sup>, composé de représentants des Etats membres et de la Commission<sup>15</sup>.

Inspirés des pratiques développées dès les années 2000 par l'OCDE<sup>16</sup> et par le Groupe d'action financière (GAFI)<sup>17</sup>, l'inscription d'un Etat sur cette liste peut être justifiée par des critères formels ou substantiels, tenant compte du niveau d'échange de renseignements à des fins fiscales et de la nature de son système fiscal. Ce type de critères était déjà utilisé par certains Etats membres. Dès 2009, le législateur français<sup>18</sup> avait retenu la méthode formelle pour la création d'une liste d'Etats non coopératifs. Trois critères cumulatifs étaient nécessaires : ne pas être membre de l'Union européenne, avoir fait l'objet d'une évaluation négative par

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, point 3.

<sup>6</sup> Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur un système d'imposition des sociétés juste et efficace au sein de l'Union européenne, COM/2015/302 final, 17 juin 2015.

<sup>7</sup> Communication de la Commission au Parlement et au Conseil « sur une stratégie extérieure pour une imposition effective », COM/2016/24 final, 28 janv. 2016.

<sup>8</sup> Communication de la Commission du 28 janv. 2016, point 2.

<sup>9</sup> *Ibid.*, point 5.

<sup>10</sup> *Ibid.*, point 5.3, §1.

<sup>11</sup> *Ibid.*, point 5.3, §3.

<sup>12</sup> Conclusions du Conseil du 25 mai 2016, annexe préc.

<sup>13</sup> Annexe I, conclusions du Conseil du 5 déc. 2017, préc.

<sup>14</sup> Conclusions du Conseil ECOFIN du 1<sup>er</sup> déc. 1997 en matière de politique fiscale, annexe I : « Résolution du Conseil et représentants des États membres, réunis au sein du Conseil sur un code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises », JOCE C2, 6 janv. 1998, p. 2-5 ; conclusions du Conseil du 9 mars 1998 concernant la création du groupe « Code de conduite » (fiscalité des entreprises), 98/C 99/01, JOCE C99, 1<sup>er</sup> avril 1998, p. 1-2.

<sup>15</sup> Conclusions du Conseil du 8 nov. 2016, doc. 14166/16, FISC 187, ECOFIN 1014, p. 8.

<sup>16</sup> OCDE, *Towards Global Tax Cooperation Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices*, rapport du Comité des affaires fiscales au Conseil de l'OCDE sur le progrès en matière d'identification et d'élimination des pratiques fiscales dommageables, 2 avril 2001.

<sup>17</sup> Liste des « pays et territoires non coopératifs », devenue depuis 2007 liste des « juridictions à haut risque et sous surveillance », en matière d'Etats ou territoires qui présentent un risque de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, publiée par le GAFI depuis 2000.

<sup>18</sup> Article 238-0-A du Code général des impôts (CGI), créé par l'article 22 de la loi n°2009-1674 du 30 déc. 2009 de finances rectificative pour 2009.

l'OCDE en matière d'échange de renseignements à des fins fiscales<sup>19</sup> et, enfin, n'être lié ni avec la France ni avec au moins douze Etats ou territoires d'un engagement permettant l'échange de renseignements. Dans le sillage de la liste européenne créée en 2017, la loi française combine désormais<sup>20</sup> l'approche formelle avec une appréciation substantielle du système fiscal de l'Etat tiers. Elle renvoie pour cela à la liste européenne<sup>21</sup> et aux critères de son actualisation, qui incluent la « transparence fiscale », l'« équité fiscale » et la « mise en œuvre des normes anti-BEPS »<sup>22</sup>.

D'abord, les critères de « transparence fiscale » qu'un Etat doit remplir pour éviter son inclusion dans la liste sont cumulatifs. Les Etats doivent s'engager à mettre en œuvre de manière effective la norme commune de déclaration de l'OCDE en matière d'échange de renseignements à des fins fiscales<sup>23</sup> et avoir adopté des mécanismes qui permettent cet échange avec tous les Etats membres de l'Union, sur demande mais aussi automatique pour certains revenus. Les Etats tiers doivent par ailleurs avoir obtenu la qualification « largement conforme » du Forum mondial de l'OCDE sur la transparence et l'échange des renseignements en matière fiscale<sup>24</sup> par rapport à la « norme commune de déclaration d'échange de renseignements ». Enfin, ils doivent être liés par la convention multilatérale de l'OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale<sup>25</sup>, sinon avoir conclu des engagements permettant l'échange de renseignements sur demande ou automatique avec l'ensemble des Etats membres.

Ensuite, les critères d'« équité fiscale » supposent la réunion cumulative de deux critères. Ils exigent, d'une part, l'absence dans le système fiscal de l'Etat tiers de mesures fiscales préférentielles qui pourraient être considérées dommageables au regard du « code de conduite »<sup>26</sup> dans le domaine de la fiscalité des entreprises, adopté par le Conseil et des représentants des Etats membres en 1997. Sont entendues comme telles celles qui accordent un régime fiscal favorable à des activités dépourvues de substance menées par des entités sans présence

---

<sup>19</sup> Il s'agit des Etats ou des territoires qui, selon le Forum mondial de l'OCDE sur la transparence et l'échange de renseignements en matière fiscale, n'effectuent pas l'échange des informations nécessaires pour l'établissement ou le contrôle de l'imposition dans les Etats avec lesquels ils sont supposés entretenir une coopération (Bulletin officiel des finances publiques, BOI-INT-DG-20-50-10, 24 févr. 2021, §100).

<sup>20</sup> Article 31, loi n°2018-898 du 23 oct. 2018 *de lutte contre la fraude fiscale*, modifiant l'article 238-0-A du CGI.

<sup>21</sup> Conclusions du Conseil du 5 déc. 2017, préc., annexe V, précisé par les annexes VI et VII.

<sup>22</sup> Sur le processus d'évaluation, v. A. Koutsouva, « The European Union's List of non-Cooperative Jurisdiction for Tax Purposes », *EC Tax Review* 2020, n°4, p. 178-196.

<sup>23</sup> Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale, adoptée par le Conseil de l'OCDE le 15 juill. 2014.

<sup>24</sup> Organe créé en 2000 sous l'égide de l'OCDE et refondé en 2009 : Conseil OCDE, décision du 29 sept. 2009, C(2009)122/FINAL. Le Forum réunit aujourd'hui 163 membres.

<sup>25</sup> OCDE / Conseil de l'Europe, Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, ouverte à la signature le 25 janv. 1988.

<sup>26</sup> Conclusions du Conseil ECOFIN du 1<sup>er</sup> déc. 1997 en matière de politique fiscale, annexe I, préc.

économique réelle sur le territoire de l'Etat<sup>27</sup>. Ils supposent, de l'autre, l'absence de structures ou dispositifs générateurs de bénéfices déconnectés d'une activité économique réelle dans cet Etat, dans le sillage de la jurisprudence de la Cour relative aux « montages artificiels »<sup>28</sup> et à la première directive anti-évasion fiscale<sup>29</sup>. Ces critères pourraient prochainement inclure la fixation d'un taux minimum d'impôt sur les sociétés représentant une « imposition minimale effective »<sup>30</sup>. Un taux de 15% a été convenu dans le cadre de l'OCDE<sup>31</sup> et est actuellement promu par une proposition de directive au sein de l'Union<sup>32</sup>.

Enfin, les critères relatifs à la « mise en œuvre des mesures anti-BEPS » se réfèrent au projet porté par l'OCDE et le G20 de lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, connu sous l'acronyme anglais BEPS. Ces critères exigent l'engagement à respecter les normes minimales adoptées à cette fin, élaborées sous l'égide de l'OCDE, puis leur « mise en œuvre cohérente ». Les normes minimales sont au nombre de quatre. La première, intitulée « combattre les pratiques fiscales dommageables en prenant en compte la transparence et la substance »<sup>33</sup>, rejoint le critère d'« équité fiscale », évoqué plus haut, et tend à faire coïncider le lieu d'imposition des bénéfices avec le lieu d'activité économique réelle. La deuxième vise à « empêcher l'octroi inapproprié des avantages des conventions fiscales »<sup>34</sup>, ce qui correspond à l'emploi de clauses anti-abus au sein de ces conventions. La troisième, qui a un objectif commun avec le critère de transparence

---

<sup>27</sup> Annexe I, orientations du Conseil du 8 juin 2018 sur l'interprétation du troisième critère du Code de conduite sur la fiscalité des entreprises, doc. 9637/18, FISC 241, ECOFIN 555.

<sup>28</sup> CJCE 12 sept. 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, Rec. I-7995 ; CJUE (GC) 26 févr. 2019, (2 décisions), *N Luxembourg 1 et autres*, C-115/16, C-118/16, C-119/16 et C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134 et *T Danmark et Y Denmark Aps*, C-116/16 et C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135.

<sup>29</sup> Directive (UE) du Conseil 2016/1164 du 12 juillet 2016 *établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur* [dite ATAD], JOUE L193, 19 juill. 2016, p. 1.

<sup>30</sup> Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Fiscalité des entreprises pour le XXI<sup>e</sup> siècle », COM/2021/251 final, 18 mai 2021, section 2 ; secrétariat général du Conseil, programme de travail du Groupe « Code de conduite (fiscalité des entreprises) » sous la présidence française, 25 janv. 2022, doc. 5625/22, FISC/20/ECOFIN/60, point 10.

<sup>31</sup> OCDE/G20, Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – Modèle de règles globales anti-érosion de la base d'imposition (Pilier Deux) : cadre inclusif BEPS, 14 déc. 2021.

<sup>32</sup> Commission, proposition de directive du Conseil relative à la mise en place d'un niveau minimum d'imposition mondial pour les groupes multinationaux dans l'Union, COM/2021/823 final, 22 déc. 2021.

<sup>33</sup> OCDE/G20, Projet de lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices [dit BEPS], action 5 : « Lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables, en prenant en compte la transparence et la substance », rapport final 2015 ; « Pratiques fiscales dommageables : rapport d'étape de 2018 sur les régimes préférentiels », janv. 2019 ; « Activité substantielle pour les juridictions qui ne prélèvent pas d'impôt sur les bénéfices des sociétés ou qui prélèvent un impôt insignifiant », oct. 2019 ; « BEPS Action 5 sur les pratiques fiscales dommageables : le cadre de transparence », févr. 2021.

<sup>34</sup> OCDE/G20, projet BEPS, Action 6 : « Empêcher l'octroi des avantages des conventions fiscales lorsqu'il est inapproprié d'accorder ces avantages », rapport final 2015.

fiscale, évoqué plus haut, a vocation à promouvoir la transparence par l'adoption d'une « documentation des prix de transfert et [de] la déclaration pays par pays »<sup>35</sup>. Enfin, le dernier critère vise à « accroître l'efficacité des mécanismes de règlement de différends »<sup>36</sup> issus de l'interprétation des conventions fiscales.

Sur la base de ces critères, la dernière actualisation<sup>37</sup> de la liste comprend les Samoa américaines, les Fidji, Guam, les Palaos, le Panama, le Samoa, Trinité-et-Tobago, les îles Vierges américaines et le Vanuatu<sup>38</sup>. La « liste noire » est assortie d'une « liste grise ». 25 autres Etats ou territoires sont recensés comme n'étant pas entièrement conformes aux standards fixés, alors qu'ils se sont engagés à mettre en œuvre des mesures de « bonne gouvernance »<sup>39</sup>. Compte tenu de l'origine de ces listes, sont exclus de l'évaluation des Etats membres de l'Union comme les Pays-Bas, le Luxembourg, ou Malte, qui pourraient remplir certains des critères conduisant à qualifier un Etat de non coopératif<sup>40</sup>. Le taux d'imposition n'étant pas à ce jour un critère de ces listes, ne sont pas recensés les Etats ou territoires qui appliquent un taux zéro d'imposition sur les sociétés<sup>41</sup>. Par ailleurs, le rapport entre les bénéfices globaux réalisés par les entreprises dans un Etat et le nombre d'employés présents sur ce même territoire<sup>42</sup>, qui pourrait être un indice de la réalité économique des activités, n'est pas pris en considération. Par surcroît, certains partenaires économiques des Etats membres, à l'instar des Etats-Unis, ne sont pas

---

<sup>35</sup> OCDE/G20, projet BEPS, Action 13 : « Documentation des prix de transfert et déclaration pays par pays », rapport final 2015.

<sup>36</sup> OCDE/G20, projet BEPS, Action 14 : « Accroître l'efficacité des mécanismes de règlement des différends », rapport final 2015.

<sup>37</sup> Conclusions du Conseil du 24 févr. 2022, préc.

<sup>38</sup> Elle se distingue ainsi de la liste française, mise à jour quelques jours plus tard, qui comprend trois Etats ou territoires supplémentaires, qui n'ont pas conclu de convention d'assistance administrative avec la France (Seychelles) ou dont la convention avec la France n'a pas permis à l'administration française d'obtenir les informations nécessaires à l'établissement ou au contrôle de l'impôt (Anguilla, Îles Vierges britanniques). V. arrêté du 2 mars 2022 modifiant l'arrêté du 12 févr. 2010 pris en application du 2<sup>ème</sup> al. du 1 de l'article 238-0 A du CGI.

<sup>39</sup> Selon les conclusions du Conseil du 24 févr. 2022, font partie de cette « liste grise » à l'heure actuelle les Etats ou territoires suivants : Anguilla, les Bahamas, la Barbade, Belize, les Bermudes, le Botswana, les îles Vierges britanniques, le Costa Rica, la Dominique, le Hong Kong, Israël, la Jamaïque, la Jordanie, la Malaisie, Montserrat, la Macédoine du nord, le Qatar, la Russie, les Seychelles, la Thaïlande, la Tunisie, la Turquie, les îles Turques-et-Caïques, l'Uruguay et le Vietnam.

<sup>40</sup> Assemblée nationale, rapport n°683 fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur la proposition de loi créant une liste française des paradis fiscaux (n°585), présenté par F. Roussel, député, 21 févr. 2018, p. 56.

<sup>41</sup> En 2021, ces Etats incluaient Anguilla, les Bahamas, le Bahreïn, le Belize, les Bermudes, les Îles Vierges britanniques, les îles Cayman, Guernesey, l'Île de Man, Jersey, les Îles Turques-et-Caïques et les Emirats arabes unis [[https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=CTS\\_CIT](https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=CTS_CIT)].

<sup>42</sup> Ces informations sont disponibles en ligne [[https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=CBCR\\_TABLEI](https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=CBCR_TABLEI)].

recensés, alors qu'ils ont refusé d'adopter la norme commune d'échange de renseignements de l'OCDE<sup>43</sup>.

Moyen de droit souple, la liste peut toutefois déclencher des effets concrets pour l'Etat inscrit sur la liste ainsi que pour les personnes qui entretiennent des rapports financiers avec cet Etat.

Les effets prennent la forme de « mesures défensives ». Les mesures que le Conseil envisage comprennent des mesures « dans le domaine fiscal » et d'autres dans le « domaine non fiscal »<sup>44</sup>. Les mesures non fiscales seraient prises par les institutions de l'Union<sup>45</sup>, tandis que les mesures fiscales seraient prises par les Etats membres, en complément d'autres mesures éventuellement adoptées dans le domaine de leur compétence<sup>46</sup>.

Les mesures dans le domaine non fiscal<sup>47</sup> concernent le refus ou le retrait de l'aide au développement durable ou de l'accès aux fonds de l'Union pour les opérations de financement et d'investissement, tels que le Fonds européen pour le développement durable<sup>48</sup> ou celui pour les investissements stratégiques<sup>49</sup>, lorsque les fonds sollicités ont vocation à être affectés à des entités établies dans des Etats de la liste. Ainsi le Samoa et le Vanuatu, qui faisaient jusqu'à récemment<sup>50</sup> partie des Etats les moins développés<sup>51</sup>, se voient exclus des aides au développement. Des restrictions s'appliquent par ailleurs pour certaines opérations financières faisant l'objet d'harmonisation dont le régime ne s'applique pas aux entités établies dans des Etats de la liste<sup>52</sup>. En matière budgétaire, l'exécution des fonds de l'Union et la

---

<sup>43</sup> U.S. Government Accountability Office, « Foreign Asset Reporting: Actions Needed to Enhance Compliance Efforts, Eliminate Overlapping Requirements, and Mitigate Burdens on U.S. Persons Abroad », GAO-19-180, avril 2019, p. 33-34.

<sup>44</sup> Conclusions du Conseil du 5 déc. 2017, préc. annexe III.

<sup>45</sup> *Ibid.*, annexe III.A.

<sup>46</sup> *Ibid.*, annexe III, point 6, et III.B.

<sup>47</sup> V. la communication de la Commission « sur les nouvelles exigences visant à lutter contre l'évasion fiscale introduites dans la législation de l'Union européenne régissant les opérations de financement et d'investissement », 21 mars 2018, C(2018) 1756 final.

<sup>48</sup> V. ainsi l'article 22 du règlement (UE) 2017/1601 du Parlement européen et du Conseil du 26 sept. 2017 instituant le Fonds européen pour le développement durable (FEDD), la garantie FEDD et le fonds de garantie FEDD, JOUE L249 du 27 sept. 2017, p. 1-16, dont le principe est repris dans le considérant 66 du règlement (UE) 2021/947 du Parlement et du Conseil du 9 juin 2021 remplaçant le règlement (UE) 2017/1601.

<sup>49</sup> Article 1, point 16, du règlement (UE) 2017/2396 du Parlement européen et du Conseil du 13 déc. 2017 modifiant les règlements 1316/2013 et 2015/1017 en vue de prolonger la durée d'existence du Fonds européen pour les investissements stratégiques et d'introduire des améliorations techniques concernant ce Fonds et la plateforme européenne de conseil en investissement, JOUE L345, 27 déc. 2017, p. 34-52.

<sup>50</sup> 2014 pour le Samoa et 2020 pour le Vanuatu.

<sup>51</sup> ONU, CNUCED, *The Least Developed Countries Report 2021 – The Least Developed Countries in the Post-COVID World: Learning from 50 Years of Experience*, UNCTAD/LDC/2021.

<sup>52</sup> Article 4, a, *bis*, du règlement (UE) 2017/2402 du Parlement et du Conseil du 12 déc. 2017 créant un cadre général pour la titrisation ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées, et modifiant les directives 2009/65/CE, 2009/138/CE et 2011/61/UE et les règlements 1060/2009 et 648/2012, JOUE L116, 6 avril 2021, p. 1.

mise en œuvre des garanties budgétaires<sup>53</sup> ne peuvent pas entraîner d'opérations avec des entités constituées ou établies dans les Etats de la liste.

Dans le domaine fiscal, l'adoption de mesures défensives est en principe à la discrétion des Etats membres. Toutefois, le droit dérivé peut renvoyer à la liste pour poser des exigences accrues en matière de déclaration relative aux régimes fiscaux des Etats de la liste<sup>54</sup>, instituant des obligations pour les Etats membres. De plus, le droit dérivé opère depuis 2016 une harmonisation dans le domaine de la lutte contre l'évasion fiscale<sup>55</sup>. Cette harmonisation laisse penser que, si les Etats préservent leur compétence en matière de fiscalité directe, ils ne peuvent plus renoncer à exercer leur pouvoir fiscal en réduisant leur base d'imposition. Il y aurait donc désormais un lien entre l'adoption facultative de mesures défensives fiscales par les Etats membres et l'obligation de ne pas réduire leur base d'imposition. En somme, bien que, selon le Conseil, l'adoption des mesures défensives fiscales serait une faculté, elle pourrait être obligatoire par l'effet du droit dérivé.

Les mesures défensives nationales initialement préconisées par le Conseil dans le domaine fiscal incluaient seulement un renforcement des contrôles effectués pour les contribuables bénéficiaires ou auteurs d'opérations impliquant un Etat de la liste. Plus tard, le Conseil est allé plus loin, encourageant les Etats de prendre au moins une mesure parmi les suivantes : refuser la déductibilité de coûts exposés dans les Etats de la liste, intégrer dans le bénéfice soumis impôt sur les sociétés celui réalisé par une entité établie dans ces Etats, renforcer la retenue d'imposition à la source lorsque des débiteurs font des versements vers ces Etats, limiter l'application de l'éventuel régime fiscal de faveur des dividendes<sup>56</sup>.

D'un point de vue français, les conséquences attachées à l'inscription sur la liste européenne et sur la liste française d'Etats non coopératifs sont communes. Or, lorsque le critère de qualification de « non coopératif » se fonde sur les critères français préexistants à la mise en place d'une liste européenne ou sur le second volet de l'« équité fiscale » de la liste européenne (promotion de structures offshore dépourvues de substance économique), les conséquences prévues en droit français sont plus importantes. Dans cette hypothèse, la loi française déclenche un ensemble de dispositifs tendant à neutraliser les conséquences d'une activité ou

---

<sup>53</sup> Article 155, 2, du règlement (UE) 2018/1046 du Parlement et du Conseil du 18 juill. 2018 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union, modifiant les règlements 1296/2013, 1301/2013, 1303/2013, 1304/2013, 1309/2013, 1316/2013, 223/2014, 283/2014 et la décision 541/2014/UE, et abrogeant le règlement 966/2012, JOUE L193, 30 juill. 2018, p. 1-222.

<sup>54</sup> Annexe IV, directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration, JOUE L139, 5 juin 2018, p. 1-13.

<sup>55</sup> Article 3, directive (UE) du Conseil 2016/1164 du 12 juillet 2016 [ATAD], préc. Rapp. W. Haslehner, « EU-US Relations in the Field of Direct Taxes from a EU Perspective : A BEPS-Induced Transformation ? » in P. Pistone, D. Weber (éds.), *Implementation of the Anti-BEPS Rules in the EU : A Comprehensive Study*, IBFD, 2018, p. 37-62, p. 58-60.

<sup>56</sup> Rapport du Groupe « Code de conduite (fiscalité des entreprises) », doc. 14114/19, FISC 444, ECOFIN 1005, 25 nov. 2019, adopté par le Conseil ECOFIN lors de la réunion du 5 déc. 2019.

d'une situation extraterritoriale. Les « sanctions » ou « mesures de rétorsion », selon le vocabulaire choisi par l'administration française<sup>57</sup>, sont applicables sous réserve de la « clause de sauvegarde »<sup>58</sup>, susceptible d'écarter leur application, qui est systématiquement introduite par l'effet d'une réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel<sup>59</sup>, selon laquelle les présomptions irréfragables sont contraires au principe constitutionnel d'égalité.

La première série de mesures défensives françaises est commune à tous les critères d'inscription à une liste d'Etats non coopératifs. Elles consistent à étendre un régime fiscal défavorable, à l'origine prévu pour lutter contre les Etats à « régime fiscal privilégié »<sup>60</sup>, en introduisant une présomption de pression fiscale faible lorsque l'Etat ou le territoire visé est qualifié de non coopératif. Celles-ci peuvent se décliner à celles qui s'appliquent à des personnes physiques et à des personnes morales imposables en France. Pour les personnes morales, ces mesures incluent l'application de la législation en matière de prix de transfert<sup>61</sup>. Des obligations de documentation supplémentaires à celles qui sont normalement soumises les entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés s'appliquent par ailleurs pour les entreprises qui réalisent des transactions avec des entités établies ou constituées dans des Etats des listes<sup>62</sup>. Ces mesures incluent également une application renforcée du mécanisme anti-abus pour les personnes morales qui contrôlent des sociétés étrangères<sup>63</sup>. Pour les personnes physiques résidentes actionnaires d'une entité située dans un Etat de la liste, lorsqu'elles transfèrent des biens ou des droits à l'entité étrangère<sup>64</sup>, il y a une présomption de distribution de revenus liés aux bénéficiaires de la structure étrangère présumés soumis à une pression fiscale faible<sup>65</sup>

---

<sup>57</sup> BOFiP, « Tableau récapitulatif des sanctions applicables en fonction du critère d'inscription sur la liste des Etats et territoires non coopératifs », BOI-ANX-000480, 24 févr. 2021.

<sup>58</sup> CE, sect. finances, avis n°399440 sur un projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale, 28 mars 2018, point 64.

<sup>59</sup> Cons. const. n°2014-437 QPC, 20 janv. 2015, *AFEP et autres*, point 10 ; Cons. const. n°2016-598 QPC, 25 nov. 2016, *Sté Eurofrance* ; Cons. const. n°2016-614 QPC, 1<sup>er</sup> mars 2017, point 12. La jurisprudence constitutionnelle rejoint sur ce point celles des juges administratif et européen : CE 2 mars 2011, n°342099, *Sté Soutiran et Cie*, RJF 2011/6, n° 733, concl. E. Geffray ; CJUE 21 janv. 2010, *Société de gestion industrielle* (SGI), C-311/08, Rec. I-487.

<sup>60</sup> Article 238 A du CGI, al. 2.

<sup>61</sup> 2<sup>e</sup> al. de l'article 57 du CGI. Il s'agit de la réintégration dans le résultat imposable en France de montants présumés transférés à des entreprises associées hors de France, dans un Etat ou territoire à « régime fiscal privilégié » selon le sens donné à cette expression par l'article 238 A du CGI. La preuve d'un lien de dépendance ou d'association n'est pas nécessaire en cas de transfert vers un Etat ou territoire « non coopératif ».

<sup>62</sup> Article L13 AB du LPF.

<sup>63</sup> Article 209 B du CGI. Si les impôts ayant grevé des revenus distribués par l'entreprise étrangère à l'entreprise exploitée en France sont déductibles de l'impôt français en cas de réintégration de ces montants dans la base d'imposition en France, cette imputation est impossible si l'Etat en question n'a pas signé de convention fiscale avec la France et s'il est qualifié de non coopératif (article 209 B, 5, du CGI).

<sup>64</sup> Article 123 *bis*, 4 *ter*, du CGI.

<sup>65</sup> Au sens de l'article 238 A du CGI, auquel renvoie l'article 123 *bis* du CGI, 1, 2<sup>e</sup> al., la qualification de « régime fiscal privilégié » se fait en comparaison de l'imposition sur le revenu ou sur les

ainsi qu'une présomption d'un taux de participation supérieur à 10% dans cette entité. De manière commune aux personnes physiques et morales, le législateur refuse la déductibilité de certains paiements pour l'établissement de l'imposition lorsqu'ils profitent à des bénéficiaires domiciliés ou établis dans un Etat de la liste<sup>66</sup>.

La seconde série de mesures françaises est exclusivement réservée aux cas où l'inscription sur une liste correspond soit au second critère européen d'« équité fiscale » soit aux critères préexistants de la liste française. Ces mesures incluent notamment un durcissement du régime d'imposition des plus-values sur cession d'éléments d'actifs immobilisés<sup>67</sup> ainsi que de celui de l'imposition des plus-values de cession de titres de sociétés<sup>68</sup>. Elles impliquent par ailleurs le refus du bénéfice du régime fiscal des sociétés mères<sup>69</sup>, le durcissement du régime des distributions par des sociétés de capital-risque à des personnes morales<sup>70</sup>, ainsi que la majoration du taux ou l'application d'une retenue d'imposition à la source sur différents paiements<sup>71</sup>.

On l'aura compris, si la liste européenne des Etats non coopératifs à des fins fiscales est un acte de droit souple, elle est susceptible d'engendrer des effets fiscaux et non fiscaux, d'origine européenne ou nationale, qui s'avèrent aller bien au-delà de la simple sanction réputationnelle infligée à l'Etat tiers. Inspirée par la jurisprudence française<sup>72</sup> et européenne<sup>73</sup> relative à la contestation des actes de droit souple, la présente étude entend répondre à la question suivante : si les effets d'inscription sur la liste européenne d'Etats et territoires non coopératifs peuvent être si importants à la fois pour les Etats tiers et pour les personnes qui animent des flux financiers à destination ou originaires de ces Etats, est-il possible de

---

bénéfices dont serait redevable une personne physique ou morale dans un Etat ou territoire autre que la France avec celle à laquelle elle aurait été soumise si elle était domiciliée ou établie en France. Si l'imposition à l'étranger est inexistante ou inférieure de 40% ou plus de l'impôt français, le régime fiscal en question est qualifié comme privilégié.

<sup>66</sup> Article 238 A, 3, du CGI.

<sup>67</sup> Article 39 *duodecies* du CGI.

<sup>68</sup> Article 219 CGI.

<sup>69</sup> Article 145 du CGI.

<sup>70</sup> Article 39 *terdecies* du CGI.

<sup>71</sup> Produits d'actions et de parts sociales (art. 187, 2 CGI) ; dividendes (art. 119 *bis* CGI) ; produits de bons ou de contrats de capitalisation (art. 125-0 A CGI) ; produits de placement à revenu fixe (art. 125 A CGI) ; profits réalisés sur des instruments financiers à terme (art. 150 *ter* CGI) ; distributions par des sociétés de capital-risque à des personnes physiques (art. 163 *quinquies* C du CGI) ; distributions effectuées par des sociétés unipersonnelles d'investissement à risque (art. 163 *quinquies* C *bis* CGI) ; prestations artistiques (art. 182 A *bis* CGI) ; avantages ou gains salariaux (art. 182 A *ter* CGI) ; redevances à des bénéfices non commerciaux (art. 182 B CGI) ; profits immobiliers (Art. 244 *bis* CGI) ; gains de cession de participations substantielles (art. 244 *bis* B du CGI) ; revenus qualifiés de distribués (art. L62 A du LPF).

<sup>72</sup> CE 21 mars 2016, n<sup>os</sup> 368082, 368083, 368084, *Fairvesta e.a.* ; CE 12 juin 2020, *GISTI*, n<sup>o</sup>418142.

<sup>73</sup> Voir, tout particulièrement, CJUE (GC) 15 juill. 2021, *Fédération bancaire française c/ ACPR*, C-911/19, ECLI:EU:C:2021:599 et CJUE 25 mars 2021, *Balgarska Narodna Banka*, C-501/18, EU:C:2021:249.

contester cette inscription ou ses effets ? Pour y répondre, il est nécessaire d'étudier les possibilités qui s'offrent aux Etats tiers et aux personnes physiques ou morales pour contester l'inscription sur la liste (I) ou les mesures que cette inscription peut déclencher (II).

## I — CONTESTER L'INSCRIPTION SUR LA LISTE

La nature des conclusions du Conseil réduit les moyens contentieux disponibles pour leur contestation (A), tandis que, au fond, les arguments susceptibles de justifier cette contestation sont réduits (B).

### A — Des moyens de contestation limités

Si la rédaction des articles 263 et 267 du Traité FUE rend impossible un recours en annulation contre un acte de droit souple (1), il est possible d'envisager un renvoi en interprétation ou en appréciation de validité de cet acte (2).

#### 1 — Un recours en annulation impossible

La recevabilité d'un recours en annulation d'un acte de l'Union dépend de la réunion des conditions fixées par l'article 263, alinéa 3, TFUE et de la justification d'un intérêt à agir pour l'annulation de l'acte<sup>74</sup>. Selon cet article, « toute personne physique ou morale peut former [...] un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement [...] ». Est-ce que, au regard de ces règles, le recours en annulation contre l'inscription d'un Etat tiers à l'Union dans la liste d'Etats non coopératifs est possible ? Répondre à cette question exige d'apprécier la nature de l'acte attaqué (a), la qualité de l'Etat tiers pour agir (b), au regard de l'effet produit par l'acte, ainsi que son intérêt à agir en vue de l'annulation (c).

#### a — Un acte non décisive à effets de droit incertains

Au regard de leurs aspects tant formels que substantiels, les conclusions du Conseil relatives aux Etats non coopératifs peuvent difficilement être qualifiées d'acte contraignant. D'un point de vue formel, elles ne sont pas décisives ; d'un point de vue substantiel, les effets de droit qu'elles sont susceptibles de produire sont incertains.

**Analyse formelle.** Premièrement, en ce qui concerne la nature juridique des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation, l'article 263, alinéa 1<sup>er</sup>, TFUE précise que les actes des institutions de l'Union, autres que les recommandations et les avis, sont susceptibles de recours en annulation. La condition d'accès au contrôle de légalité est ici la qualification d'un « effet juridique à l'égard des tiers ». Si les conclusions du Conseil ne sont pas nommément mentionnées parmi les actes susceptibles de faire l'objet d'un tel recours, la Cour a

---

<sup>74</sup> V. par ex. CJCE 20 déc. 2017, *Binca Seafoods c/ Commission*, C-268/16 P, EU:C:2017:1001, point 45.

déjà admis que si les conclusions peuvent, au regard de leur contenu, avoir, au-delà de la dimension politique, un effet juridique, elles peuvent faire l'objet d'un recours en annulation<sup>75</sup>. La Cour a en effet développé une conception étendue de l'acte attaqué<sup>76</sup> qui ne se limite pas aux actes décisifs énumérés par l'article 288 TFUE, mais qui peut inclure des actes qui, sans être dotés de force contraignante, peuvent produire indirectement des effets de droit<sup>77</sup>. En l'occurrence, les conclusions du Conseil relatives à la création ou à l'actualisation de la liste des Etats et territoires non coopératifs à des fins fiscales<sup>78</sup>, ou les « orientations » adoptées par le Conseil sur les mesures défensives<sup>79</sup>, ne sont pas de nature purement politique ou programmatoire. En revanche, il s'agit d'un moyen pour la mise en place d'une approche commune au sein de l'Union en matière de lutte contre la concurrence fiscale déloyale des Etats tiers.

Dans le même temps, certains arguments pourraient peser contre la qualification de la nature décisive de ces instruments. En premier lieu, ces derniers sont rédigés en de termes non impératifs : le terme « devrait » est choisi par opposition au terme « doit », incitant les Etats membres à adopter les mesures défensives. En second lieu, ces instruments ne prévoient aucune obligation des autorités étatiques de se conformer aux conclusions ou aux orientations en question. Ainsi, si ces actes ne peuvent pas être simplement considérés comme politiques, ils ne produisent pas non plus directement des effets de droit pour les Etats membres.

**Analyse substantielle.** Se pose toutefois la question de l'identification du destinataire de l'énoncé des conclusions relatives aux Etats non coopératifs et des orientations qui les précisent. Il est possible de distinguer ici entre destinataires nommés et innommés, d'une part, et destinataires directs et indirects, d'autre part. En premier lieu, les actes en question s'adressent immédiatement aux Etats membres et indirectement aux Etats tiers : les premiers sont encouragés à prendre des mesures défensives, tandis que les seconds sont incités à changer de politique publique. Ainsi, si un Etat membre décide d'adopter une ou plusieurs parmi les mesures défensives sur le fondement de ces actes non contraignants, l'Etat tiers devra changer de politique pour espérer de se voir retirer de la liste des Etats non coopératifs lors d'une prochaine évaluation. En second lieu, les mêmes conclusions et orientations ont également des destinataires innommés. Il s'agit des personnes physiques ou morales qui entretiennent des rapports financiers avec les Etats ou

---

<sup>75</sup> V. par ex. CJCE 13 juill. 2004, *Commission c/ Conseil*, C-27/04, Rec. I-6649, points 44-51.

<sup>76</sup> CJCE 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil*, [dit « AETR »], C-22/70, Rec. 263, point 42 ; CJCE, 11 nov. 1981, *IBM c/ Commission*, C-60/81, Rec. 2639, point 9.

<sup>77</sup> B. Bertrand, « Rapport introductif : les enjeux de la *soft law* dans l'Union européenne », *Revue de l'Union Européenne*, n°575, 2014, p. 73-84, spéc. p. 74 et s. ; F. Martucci, « La *soft law* dans la structure contentieuse de l'Union, une lecture contentieuse », in P. Deumier, J.-M. Sorel (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ, coll. Contextes : culture du droit, 2017, p. 155-175, p. 158.

<sup>78</sup> Conclusions du Conseil du 5 déc. 2017, préc., point 17.

<sup>79</sup> Point 13, rapport du Groupe « Code de conduite (fiscalité des entreprises) », 25 nov. 2019, préc.

les territoires inscrits sur la liste. A la différence de l'Etat membre, qui dispose d'une marge de manœuvre dans l'adoption des mesures défensives, ces personnes n'auront pas le choix de ne pas se conformer aux mesures étatiques si elles sont adoptées. Pour elles, l'inscription d'un Etat sur une liste noire peut, par le truchement des mesures défensives nationales, présenter un effet juridique.

En somme, si l'analyse de la nature juridique des actes en question est effectuée sur le seul niveau de l'Union, il est impossible de les qualifier d'«acte qui produit d'effet juridique». Si, en revanche, l'analyse se déplace vers les rapports des Etats membres avec leurs administrés et avec les Etats tiers, la nature du problème paraît différente. En définitive, si la jurisprudence de la Cour fait abstraction du formalisme concernant la nature juridique d'un acte, il n'est pas certain, au regard de la même jurisprudence, que des conclusions ou orientations rédigées en termes non impératifs<sup>80</sup> pourraient qualifier un acte contraignant.

### **b — La qualité pour agir d'un Etat tiers à l'Union**

Admettons que les conclusions ou les orientations du Conseil produisent ici un effet juridique permettant de considérer que la condition du recours en annulation tenant à la nature de l'acte attaqué est remplie. Est-ce qu'un Etat tiers peut avoir la qualité pour agir pour introduire un recours en annulation devant la Cour ? La Cour a reconnu en 2021<sup>81</sup>, dans une affaire relative à des mesures restrictives prises à l'encontre du Venezuela sur le fondement d'un règlement européen, qu'un Etat tiers a la qualité de personne morale au sens de l'article 263, alinéa 4, TFUE. Ainsi, si les autres conditions posées par l'article 263 sont également remplies, un Etat tiers à l'Union peut former un recours en annulation<sup>82</sup>.

L'article 263 TFUE restreint l'accès au prétoire aux requérants non privilégiés, dont font partie les personnes physiques ou morales, à trois situations<sup>83</sup>. Le requérant doit être soit destinataire de l'acte attaqué, soit, s'il ne l'est pas, il doit être directement et individuellement visé par l'acte, soit, dans l'hypothèse où l'acte attaqué est réglementaire et ne comporte pas de mesures d'exécution, l'acte doit concerner directement le requérant. Parmi ces conditions alternatives, seule la deuxième est pertinente pour apprécier si l'Etat tiers peut attaquer les conclusions du Conseil : concernant la première, elle n'est pas pertinente car l'Etat tiers n'est pas « destinataire » immédiat des conclusions, qui s'adressent aux Etats membres ;

---

<sup>80</sup> V. par ex. en matière de protection des consommateurs : CJUE 20 févr. 2018, *Belgique c/ Commission*, C-16/16 P, ECLI:EU:C:2018:79, points 25-45.

<sup>81</sup> CJUE (GC) 22 juin 2021, *Venezuela c/ Conseil*, C-872/19 P, ECLI:EU:C:2021:507. Déjà : T. ord. 7 juill. 2006, *Confédération suisse c/ Commission*, T-319/05, Rec. II-2073. V. *a contrario*, dans le système de la Convention EDH, l'irrecevabilité du recours d'un Etat tiers à la Convention, la République démocratique du Congo, devant la Cour : Cour EDH, 29 oct. 2020, *République démocratique du Congo c/ Belgique*, n°16554/19.

<sup>82</sup> Sur ce sujet, v. C. Weisse-Marchal, « Le statut contentieux des Etats tiers devant la juridiction de l'Union : quelle évolution(s) souhaitable(s) et envisageable(s) ? », in I. Bosse-Platière, C. Rapoport (dir.) *L'Etat tiers en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2014, p. 159-183.

<sup>83</sup> F. Martucci, *Droit de l'Union européenne*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd. 2021, § 1049.

concernant la troisième, les conclusions n'ont pas de caractère réglementaire : on pourrait penser à un acte pluri-individuel qui pourrait avoir un effet sur les Etats tiers — à l'image d'une décision d'espèce en droit administratif français<sup>84</sup>. Ainsi, il convient d'apprécier si les conclusions ou les orientations du Conseil établissent un lien direct et individuel avec l'Etat tiers.

Selon la Cour, la qualification du caractère direct et individuel du rapport entre le requérant et l'acte présuppose l'absence de toute marge d'appréciation aux destinataires de l'acte quant aux mesures à prendre pour sa réalisation<sup>85</sup>. La situation juridique du requérant doit ainsi être directement affectée par l'acte attaqué et les éventuelles mesures de concrétisation de la mesure adoptées par les destinataires de l'acte doivent être automatiques<sup>86</sup>. Peut-on considérer, au regard de cette jurisprudence, que les conclusions du Conseil créant ou modifiant une liste d'Etats non coopératifs<sup>87</sup>, ainsi que les orientations sur les mesures défensives<sup>88</sup>, produisent « directement des effets sur la situation juridique de cet Etat »<sup>89</sup> tiers que pour que ce dernier puisse se constituer requérant devant la Cour ? Selon les orientations du Conseil sur les mesures défensives, « conformément à la recommandation du Conseil aux Etats membres d'adopter des mesures défensives coordonnées dans le domaine fiscal [...] tout Etat membre devrait appliquer au moins une parmi les mesures législatives décrites en détail dans le chapitre III [...] ». Les quatre mesures défensives fiscales sont décrites dans les orientations et l'Etat membre n'a qu'à choisir entre ces mesures. Si ces mesures nationales visent directement les personnes entretenant des rapports économiques avec les Etats de la liste, l'effet indirectement recherché par le Conseil est d'« envoyer un signal fort aux pays et territoires concernés et, partant, de favoriser un changement positif conduisant à leur retrait de la liste »<sup>90</sup>. Ainsi, on peut difficilement nier l'existence d'un rapport direct et individuel entre l'acte en question et les Etats tiers visés par la liste. Ce rapport direct et individuel n'est pas remis en question dans l'hypothèse où, à part les investissements d'origine européenne, les Etats tiers en question peuvent bénéficier d'investissements d'origine non européenne<sup>91</sup>. Autrement dit, le rapport direct et individuel n'est pas obligatoirement un rapport exclusif d'autres rapports simultanés.

---

<sup>84</sup> R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15<sup>e</sup> éd. 2001, §700 et s.

<sup>85</sup> CJCE 5 mai 1998, *Dreyfus*, C-386/96 P, Rec. I-2309 ; CJCE 13 mai 1971, *International Fruit Company e.a.*, C-41/70 et 44/70, Rec. 411.

<sup>86</sup> CJUE 3 déc. 2020, *Région de Bruxelles capitale c/ Commission*, C-352/19 P ; CJUE 5 nov. 2019, *BCE e.a. / Trasta Komercbanke e.a.*, C-663/17 P, C-665/17 P et C-669/17 P, EU:C:2019:923, point 103 ; CJUE 3 déc. 2020, *Changmao Biochemical Engineering / Distillerie Bonollo e.a.*, C-461/18 P, EU:C:2020:979, point 58.

<sup>87</sup> Point 17, conclusions du 5 déc. 2017, préc.

<sup>88</sup> Point 13, rapport du Groupe « Code de conduite (fiscalité des entreprises) », 25 nov. 2019, préc.

<sup>89</sup> CJUE (GC) 22 juin 2021, *Venezuela c/ Conseil*, C-872/19 P, préc. point 69.

<sup>90</sup> Point 20, conclusions du Conseil du 5 déc. 2017, préc.

<sup>91</sup> Rapp. CJUE (GC) 22 juin 2021, *Venezuela c/ Conseil*, C-872/19 P, préc., point 71.

Est-ce que les personnes physiques ou morales atteintes par les mesures défensives prises sur le fondement de la liste européenne pourraient être visées individuellement et directement par les conclusions du Conseil ? Les mesures défensives nationales fiscales ont la qualité d'une législation apparentée à l'acte de droit souple qu'elles concrétisent dans l'ordre juridique étatique<sup>92</sup>, entretenant ainsi un rapport avec lui équivalent à celui d'une loi de transposition et la directive qu'elle traduit. En cas de contentieux devant le juge national contre l'acte d'imposition fondé sur la mesure défensive nationale, on pourrait imaginer le contribuable demander l'annulation des conclusions du Conseil, si celles-ci pouvaient être qualifiées comme ayant des effets juridiques. Cette appréciation pourrait donner lieu à un renvoi préjudiciel<sup>93</sup> permettant au juge de l'Union d'apprécier la légalité des conclusions du Conseil ayant inspiré les mesures nationales défensives. Si les conclusions du Conseil devaient être considérées comme dépourvues d'effets de droit, le renvoi préjudiciel en appréciation de validité ou en interprétation peut être un complément ou un substitut du recours en annulation<sup>94</sup>, en fonction de la qualification donnée à l'acte de l'Union.

### **c — L'absence d'intérêt à agir**

A la différence des Etats membres et des requérants institutionnels<sup>95</sup>, les personnes physiques ou morales, auxquelles sont assimilés les Etats tiers, doivent justifier d'un intérêt à agir pour former un recours en annulation contre un acte de l'Union. L'intérêt à poursuivre un recours en annulation peut être établi si l'annulation serait le fondement d'un éventuel recours en responsabilité<sup>96</sup>, ou s'il existe une action devant les juridictions nationales dans le cadre de laquelle l'annulation de l'acte en question peut procurer un avantage au requérant<sup>97</sup>. Si ce second critère pouvait être favorable à l'intérêt à agir des contribuables soumis à un régime fiscal moins favorable par l'effet de mesures défensives nationales concrétisant un acte de l'Union, le premier pourrait être pertinent pour justifier l'intérêt à agir des Etats tiers. Dans les deux cas, l'article 263 TFUE est interprété d'une manière qui donne à l'intérêt à agir une définition restrictive, considérant comme non recevable un recours en annulation d'un acte de droit souple<sup>98</sup>. Ainsi,

---

<sup>92</sup> Rapp. M. Bobek, concl. sur CJUE *Fédération bancaire française c/ ACPR*, C-911/19, ECLI:EU:C:2021:294, points 98-103.

<sup>93</sup> Article 267, alinéas 2 et 3, TFUE.

<sup>94</sup> M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 11<sup>e</sup> éd. 2018, §1432.

<sup>95</sup> CJCE 26 mars 1987, *Commission c/ Conseil*, C-45/86, Rec. 1493, point 3.

<sup>96</sup> CJUE 17 sept. 2015, *Mory e.a. c/ Commission*, C-33/14 P, EU:C:2015:609, point 81.

<sup>97</sup> CJUE 21 déc. 2001, *ACEA c/ Commission*, C-319/09 P, EU:C:2011:857, point 67 ; *Stichting Woonlinie e.a. c/ Commission*, C-133/12 P, EU:C:2014:105, point 54. L'éventuel rejet d'un recours en annulation d'un acte de l'Union en raison du défaut d'intérêt à agir ne préjuge pas de la possibilité de contester la validité du même acte dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, si le juge national considère ultérieurement que la légalité de cet acte est déterminante pour statuer sur un recours devant lui (par ex. TPICE, 17 sept. 1992, *NBV et NVB c/ Commission*, T-138/89, EU:T:1992:95, Rec. II-2181, point 33. V. *infra*).

<sup>98</sup> CJUE 20 févr. 2018, *Belgique c/ Commission*, C-16/16 P, préc.

à la différence du droit français<sup>99</sup>, le droit de l'Union semble encore méconnaître l'intérêt à attaquer par voie d'action un acte non contraignant qui inflige une sanction réputationnelle. L'article 263 TFUE ne permettant pas à ce jour de contester par voie d'action les conclusions et orientations non décisives du Conseil, si les conclusions en question sont qualifiées comme dépourvues d'effets de droit, il demeure toujours possible de faire usage de l'article 267 TFUE.

## 2 — Un renvoi en interprétation ou en appréciation de validité possible

L'article 267 TFUE permet à une juridiction nationale de poser à la Cour une question préjudicielle concernant la validité ou l'interprétation d'un acte de l'Union<sup>100</sup>. A la différence du recours en annulation, le renvoi préjudiciel n'est pas restreint aux actes décisives. Il peut alors concerner tout acte de l'Union, y compris les actes de droit souple. Puisqu'il est impossible de former un recours en annulation contre les actes de droit souple dépourvus d'effets de droit, la condition posée par l'arrêt *TWD*<sup>101</sup> est ici remplie — le justiciable ne peut contester, par voie préjudicielle, un acte de l'Union à l'occasion de la contestation des mesures nationales d'exécution de cet acte, si un recours en annulation contre le même acte serait indiscutablement recevable, conformément à la jurisprudence *TWD*.

Dans l'hypothèse d'un tel renvoi, s'agirait-il d'une question de validité ou d'interprétation de l'acte de droit souple ? Le juge de l'Union acceptait traditionnellement les demandes en interprétation des actes dépourvus de force contraignante, comme les recommandations<sup>102</sup> ou les résolutions<sup>103</sup>. En revanche, il considérait jusqu'à récemment que l'absence de caractère contraignant d'un acte de droit souple, qui exclut son contrôle dans le cadre du recours en annulation, devrait également exclure le contrôle de sa validité<sup>104</sup>. Toutefois, depuis 2021, la Cour admet la possibilité d'un contrôle de validité de tels actes, qui peut conduire à une déclaration d'invalidité<sup>105</sup>. Il s'agit certes d'une hypothèse moins courante. D'une part, les questions posées dans le cadre de l'article 267 TFUE sont d'ordinaire des questions d'interprétation<sup>106</sup>. D'autre part, la Cour peut reformuler les questions de validité en questions d'interprétation<sup>107</sup> ou exclure le contrôle de validité lorsque l'acte dépourvu d'effets juridiques obligatoires ne produit aucun

---

<sup>99</sup> V. par ex. CE 21 mars 2016, n<sup>os</sup> 368082, 368083, 368084, *Fairvesta e.a.* ; CE 12 juin 2020, *GISTI*, n<sup>o</sup> 418142. Rapp. Petit, P.-L. Frier, *Droit administratif*, Lextenso, 15<sup>e</sup> éd. 2021, §550 et s.

<sup>100</sup> CJCE, 13 déc. 1989, *Grimaldi*, C-322/8, Rec. 4416.

<sup>101</sup> CJCE 9 mars 1994, *Textilwerke Deggendorf (TWD)*, C-188/92, Rec. I-833, point 17, précisé par CJUE (GC) 25 juill. 2018, *Georgsmarienhütte e.a.*, C-135/16, EU:C:2018:582, points 13 et s.

<sup>102</sup> CJCE 15 juin 1976, *Frecassetti*, C-113/75, Rec. 983.

<sup>103</sup> CJCE 24 oct. 1973, *Schlüter*, C-9/73, Rec. 135.

<sup>104</sup> Ainsi CJCE 11 mai 2006, *Friesland Coberco Dairy Foods*, C-11/05, Rec. I-4285, points 25-42, concernant des conclusions d'un comité du code des douanes, même si ces conclusions doivent « être prises en considération » par les États membres.

<sup>105</sup> CJUE 25 mars 2021, *Balgarska Narodna Banka*, C-501/18, EU:C:2021:249, points 79 et 82.

<sup>106</sup> V. par ex. CJUE 13 juin 2017, *Florescu e.a.*, C-258/14, EU:C:2017:448.

<sup>107</sup> V. par ex. CJUE 19 juill. 2016, *Kotnik e.a.*, C-526/14, EU:C:2016:570, points 31-34 et 46-94.

effet de droit<sup>108</sup>. L'hypothèse d'un contrôle de validité d'un acte de droit souple n'est toutefois plus à exclure. Ainsi, un justiciable qui remplit les conditions posées par le droit national peut exciper l'invalidité d'un acte de droit souple de l'Union devant une juridiction nationale, ce qui n'exclut pas l'appréciation à la fois en interprétation et en validité de l'éventuelle question transmise au juge européen<sup>109</sup>.

Les listes nationales d'Etats non coopératifs coexistent avec la liste européenne et peuvent être actualisées par renvoi à cette liste, même s'il n'est pas exclu que les mesures défensives nationales puissent se déclencher par renvoi à la liste européenne sans l'interface d'une liste nationale. Dans une telle hypothèse, l'objet du renvoi préjudiciel ne peut concerner que l'acte de droit souple de l'Union et non les dispositions nationales qui y renvoient. En effet, la Cour n'est pas compétente pour interpréter des dispositions nationales<sup>110</sup>. Toutefois, l'existence de dispositions nationales qui renvoient au droit de l'Union<sup>111</sup> et qui le rendent applicable directement et inconditionnellement<sup>112</sup> permet à la Cour d'établir sa compétence.

A la différence du renvoi préjudiciel concernant les actes décisifs de l'Union, qui dans la lignée de la jurisprudence *Foto-Frost*<sup>113</sup>, est obligatoire<sup>114</sup> pour les juridictions suprêmes nationales, cette obligation ne semble pas exister pour les actes de droit souple<sup>115</sup>. Pour ces derniers, la présomption de protection juridictionnelle effective en droit de l'Union n'existe pas, tant que certains juges nationaux, considérant recevables des recours en annulation contre le droit souple, accordent aujourd'hui une protection plus importante que celle découlant du droit de l'Union<sup>116</sup>. Ainsi, en cas de contentieux devant le juge national mettant en question la validité ou l'interprétation de l'acte de droit souple de l'Union ayant inspiré des mesures nationales, ou, par extension, l'interprétation de cette « législation apparentée »<sup>117</sup> nationale, le juge interne pourrait choisir entre deux voies. Il pourrait soit neutraliser l'application de la mesure nationale concrétisant le droit souple en cas d'incompatibilité avec le droit primaire, ou bien saisir la Cour d'une demande de décision préjudicielle relative à une question de validité ou d'interprétation de l'acte de droit souple de l'Union ou de la disposition nationale qui s'y réfère directement.

En somme, si le droit de l'Union semble pour le moment méconnaître l'intérêt à attaquer par voie d'action un acte de l'Union non contraignant qui peut

---

<sup>108</sup> CJCE 11 mai 2006, *Friesland Coberco Dairy Foods*, C-11/05, préc.

<sup>109</sup> CJUE (GC) 16 juin 2015, *Gauweiler e.a.*, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400.

<sup>110</sup> CJCE 17 déc. 1975, *Adlerbum*, C-93/75, Rec. 2147.

<sup>111</sup> V. par ex. CJCE 17 juill. 1997, *Leur Bloem*, C-28/95, Rec. I-4161.

<sup>112</sup> CJCE 21 déc. 2011, *Cicala*, C-482/10, Rec. I-14139.

<sup>113</sup> CJCE 22 oct. 1987, *Foto-Frost*, C-314/85, Rec. 4199.

<sup>114</sup> F. Martucci, *Droit de l'Union européenne*, op. cit., §882 et s.

<sup>115</sup> M. Bobek, concl. sur CJUE *Fédération bancaire française c/ ACPR*, C-911/19, préc., points 134 et s.

<sup>116</sup> *Loc. cit.*

<sup>117</sup> *Ibid.*, points 98-103.

servir de fondement à une mesure défensive contraignante, le juge national peut opérer un renvoi préjudiciel en interprétation ou en appréciation de validité de cet acte ou de la disposition nationale qui s’y réfère, sans être obligé d’opérer ce renvoi dans ce cas. C’est dans ce cadre procédural qu’il est possible d’interroger, en substance, la compatibilité des conclusions du Conseil avec le droit de l’Union.

## **B — Des arguments de contestation incertains**

La liste européenne des Etats non coopératifs semble être compatible avec le droit primaire de l’Union (1), tout en présentant des incohérences par rapport au droit dérivé (2).

### **1 — Une compatibilité avec le droit primaire**

Pourrait-on considérer que le Conseil était incompétent pour adopter un acte de droit souple qui peut avoir un effet sur la circulation des capitaux entre l’Union et les Etats tiers ? Cela est plus qu’incertain : la libre circulation des capitaux est un fondement suffisant pour la compétence de l’Union dans ce domaine.

Selon la jurisprudence de la Cour, l’Union peut exercer les pouvoirs tirés de ses compétences internes pour prévoir un régime juridique applicable à des personnes physiques ou morales qui ne sont pas résidentes d’un Etat membre<sup>118</sup>. Dans une telle situation, l’Union n’exerce pas une compétence externe<sup>119</sup>. Le fondement juridique utilisé par excellence pour régir le traitement fiscal dans l’Union des investisseurs non-résidents ou des investissements européens hors Union, est l’article 115 TFUE, utilisé souvent pour l’harmonisation de la fiscalité directe. Cet article permet en effet au Conseil d’arrêter des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont une incidence directe sur l’établissement ou le fonctionnement du marché intérieur<sup>120</sup>. C’est sur ce fondement qu’ont été adoptées différentes directives en matière fiscale, dont celle relative à la lutte contre l’évasion fiscale<sup>121</sup>. C’est sur ce fondement que le Conseil a arrêté des propositions de directives, dont celle relative à la mise en place d’un impôt minimum des entreprises multinationales dans l’Union<sup>122</sup>.

---

<sup>118</sup> CJCE, avis 1/94, 15 nov. 1994 [« OMC »], Rec. I-5267, point 90.

<sup>119</sup> G. Kofler, *Doppelbesteuerungsabkommen und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Linde, 2007, p. 317 et s.

<sup>120</sup> L’article 64, §2 et §3, TFUE habilite les organes de l’Union à adopter des mesures relatives à la circulation des capitaux entre l’Union et les Etats tiers, lorsque cette circulation affecte les investissements directs, les prestations de services financiers ou l’admission de titres sur les marchés de capitaux. Cet article n’a pas été à ce jour utilisé comme fondement d’habilitation en matière fiscale.

<sup>121</sup> Directive (UE) 2016/1164 du Conseil [ATAD], préc.; directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers [dite ATAD II], JOUE L144 du 7 juin 2017.

<sup>122</sup> Proposition de directive du Conseil du 22 déc. 2021 relative à la mise en place d’un niveau minimum d’imposition mondial pour les groupes multinationaux dans l’Union, COM(2021) 823 final.

Deux exemples de droit dérivé en matière fiscale témoignent de la compétence interne de l'Union pour pallier les discriminations ou les distorsions de concurrence qui pourraient résulter des relations asymétriques des Etats membres avec des Etats tiers<sup>123</sup>, ayant une incidence sur le fonctionnement du marché intérieur. En premier lieu, la directive anti-évasion fiscale s'applique « à tous les contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés dans un ou plusieurs États membres, y compris les établissements stables, lorsqu'ils sont situés dans un ou plusieurs États membres, d'entités ayant leur résidence fiscale *dans un pays tiers* »<sup>124</sup>, tandis que la directive relative aux dispositifs dits hybrides, a un champ d'application incluant les Etats tiers<sup>125</sup>. En second lieu, la directive « relative à l'échange automatique et obligatoire d'informations à des fins fiscales en rapport avec des dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration » s'applique même lorsqu'un seul Etat de l'Union est visé, pour des dispositifs impliquant donc des Etats tiers<sup>126</sup>. Selon la Commission, « un dispositif de planification fiscale transfrontière à caractère potentiellement agressif qui fait intervenir un seul État membre a en réalité une incidence sur tous les États membres »<sup>127</sup>, ce qui justifie l'adoption d'un acte législatif sur le fondement de l'article 115 TFUE, alors que peut être visé un seul Etat membre à l'égard de ses rapports avec des Etats tiers. Dans ces situations, l'Union exerce des pouvoirs tirés d'une compétence interne susceptible d'avoir une incidence sur le traitement d'investisseurs non européens au sein de l'Union ou d'investissements européens hors Union. En effet, les flux de capitaux entre Etats tiers et Etats membres peuvent avoir une incidence sur le fonctionnement du marché intérieur, ce qui justifie la mise en place de règles dont les destinataires potentiels sont des résidents d'Etats tiers. Ce champ d'application élargi peut être compris ainsi : l'approche différenciée d'un Etat membre à l'autre concernant les investissements dans des Etats tiers peut provoquer des distorsions de concurrence concernant l'attractivité des investissements dans ces Etats membres, tandis que les investisseurs d'Etats tiers peuvent être soumis à une charge fiscale différente selon le degré d'ouverture aux Etats tiers du marché national.

L'exercice du pouvoir tiré de cette compétence interne de l'Union peut être éventuellement incompatible avec les conventions fiscales bilatérales conclus entre

---

<sup>123</sup> Rappr. CJCE 5 nov. 2002, *Commission c/ Danemark*, C-467/98, Rec. I-9519, point 59.

<sup>124</sup> Article 1 de la directive (UE) 2016/1164 [ATAD], préc., italiques ajoutés.

<sup>125</sup> Directive (UE) 2017/952 [ATAD II], préc., considérants 5, 8 et 25 et article 1, italiques ajoutés.

<sup>126</sup> Directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration, p. 1, consid. 10 et 19 et article 1<sup>er</sup>.

<sup>127</sup> Commission, exposé de motifs de la proposition de directive du Conseil modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration, 21 juin 2017, COM(2017) 335 final, p. 6.

Etats membres et Etats tiers<sup>128</sup>. Cette incompatibilité est susceptible d'être appréciée au regard de l'article 351 TFUE ou de l'article 4, §3 du Traité UE<sup>129</sup>, en fonction de la date de conclusion de ces conventions. Pour le moment, les actes législatifs<sup>130</sup> et les actes de droit souple<sup>131</sup> de l'Union en matière de fiscalité directe expriment une précaution relative à la compétence réservée des Etats membres pour la conclusion de telles conventions. Toutefois, cette compétence interne de l'Union pour prendre des mesures susceptibles d'affecter la circulation des capitaux entre l'Union et les Etats tiers peut conduire à la reconnaissance de sa compétence externe dans le domaine couvert par ces actes, qui pourra par ailleurs être exclusive dès l'exercice du pouvoir tiré de cette compétence<sup>132</sup>. Invoquant des arguments tirés de la jurisprudence *AETR*<sup>133</sup>, la Commission avait dès 1983 souhaité se voir attribuer une telle compétence externe exclusive pour la négociation et conclusion d'un accord multilatéral en matière d'échange de renseignements à des fins fiscales<sup>134</sup>, domaine déjà harmonisé à l'époque<sup>135</sup>. Si cette demande avait à l'époque rencontré une réticence de la part des Etats membres, la Commission a finalement été autorisée<sup>136</sup> par le Conseil<sup>137</sup> en 2001 à conclure de tels accords pour étendre le régime de la directive relative à la fiscalité de l'épargne à des situations impliquant

---

<sup>128</sup> Par ex. l'article 7 de la directive (UE) 2016/1164 [ATAD], préc., exige l'inclusion dans le champ d'application de la règle relative aux sociétés étrangères contrôlées des entités qui peuvent par ailleurs être exemptées de la base d'imposition nationale des Etats membres en vertu des leurs conventions fiscales bilatérales.

<sup>129</sup> A. Maitrot de la Motte, *Droit fiscal de l'Union européenne*, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd. 2022, §132 et 133.

<sup>130</sup> V. la proposition de directive établissant des règles d'imposition des sociétés ayant une présence numérique significative : « La Commission recommande que les États membres reproduisent les dispositions figurant dans la présente directive dans les conventions en matière de double imposition avec les pays tiers car, dans l'hypothèse où il existerait une convention en matière de double imposition conclue entre un État membre et une juridiction hors Union, les règles de la convention en matière de double imposition pourraient primer sur les dispositions proposées relatives à la présence numérique significative » [COM(2018) 147 final, exposé des motifs, p. 4].

<sup>131</sup> Considérant 23, conclusions du Conseil du 5 déc. 2017, préc.

<sup>132</sup> Article 3, §2, TFUE ; CJCE 15 nov. 1994, avis 1/94 [« OMC »], préc., point 95, concernant la reconnaissance d'une compétence exclusive de la Communauté pour la conclusion d'accords multilatéraux relatifs au commerce des marchandises. Rapp. G. Kofler, « EU Power to Tax: Competences in the Area of Direct Taxation », in Ch. HJI Panayi, W. Haslehner, E. Traversa (éds.), *Research Handbook on European Union Taxation Law*, Elgar, 2020, p. 11-50.

<sup>133</sup> CJCE 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil* [dit « AETR »] C-22/70, préc.

<sup>134</sup> Commission, recommandation pour une décision du Conseil autorisant la Commission de négocier une Convention multilatérale d'assistance administrative en matière fiscale avec le Conseil de l'Europe, 22 nov. 1983, COM(83) 685 final.

<sup>135</sup> Directive 77/799/CEE du Conseil concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs, 19 déc. 1977, JO L336 du 27 déc. 1977, p. 15-20.

<sup>136</sup> Décision du Conseil du 16 oct. 2001 autorisant la Commission à négocier des accords avec la Suisse, les Etats-Unis, Andorre, le Liechtenstein, Monaco et Saint-Marin permettant de garantir l'adoption de mesures équivalentes à celles qui doivent être appliquées au sein de la Communauté en vue de garantir une imposition effective des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts. La décision n'est pas publiée.

<sup>137</sup> Il s'agit de la procédure correspondant aujourd'hui à celle de l'article 218, §2, TFUE.

des Etats tiers limitrophes à l'Union<sup>138</sup>. Il n'est pas impossible d'envisager dans l'avenir un mouvement analogue dans d'autres domaines ayant fait l'objet d'harmonisation, impliquant la reconnaissance d'une compétence exclusive externe de l'Union pour régir le régime fiscal des flux de capitaux entre l'Union et les Etats tiers. Il est possible de trouver cette compétence externe en germe dans les concertations avec les Etats tiers préalables à leur qualification de « coopératifs », dans le cadre desquelles les Etats tiers « prennent des engagements » pour « mettre en œuvre les principes de bonne gouvernance fiscale »<sup>139</sup>.

La différence entre compétence de l'Union et compatibilité avec le droit de l'Union mérite d'être soulignée ici. Même si l'Union a une compétence interne, la reconnaissance de sa compétence externe exclusive n'est peut-être pas imminente. Même dans le périmètre couvert par les « listes noires », toutes les actions ne relèvent pas de la compétence externe de l'Union. Indépendamment de la compétence, les Etats membres doivent veiller à ce que leurs accords internationaux — y compris les conventions fiscales entre Etats membres — soient compatibles avec le droit de l'Union : ils restent compétents pour les conclure, mais sans contrevenir au droit de l'Union, d'où l'importance de comprendre les effets juridiques de ces listes.

En définitive, il est aujourd'hui possible de reconnaître une compétence interne de l'Union relative à la circulation des capitaux entre l'Union et les Etats tiers et à la situation fiscale de personnes physiques ou morales non résidentes, qui est par ailleurs susceptible de fonder une compétence externe exclusive de l'Union. Il est donc impossible de considérer que l'adoption ou l'actualisation d'un acte de droit souple, telle la liste d'Etats non coopératifs à des fins fiscales, portant sur un domaine sur lequel l'Union dispose d'une compétence interne, pourrait être considéré comme intervenant dans un domaine où l'Union n'est pas compétente.

## 2 — Une incohérence par rapport au droit dérivé

L'un des objectifs affichés de l'adoption de la liste est la lutte contre l'évasion fiscale. Cet objectif est également servi par d'autres instruments, à l'instar des deux directives anti-évasion fiscale<sup>140</sup>. Selon le Conseil, la transposition de la première de ces directives, en particulier de la règle de lutte contre la délocalisation des bénéficiaires vers des Etats au faible taux d'imposition, où l'entreprise n'exerce

---

<sup>138</sup> V. par ex. accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, JOCE L385, 29 déc. 2004, p. 30-49. Ces accords ont été renégociés plus récemment pour permettre leur adaptation à l'évolution du droit de l'Union en matière d'échange automatique de renseignements à des fins fiscales. V. par ex. JOUE 19 déc. 2015, L333, p. 12 pour l'accord en matière d'échange de renseignements avec la Suisse.

<sup>139</sup> Annexe II, conclusions du Conseil du 5 déc. 2017, préc.

<sup>140</sup> Directive (UE) 2016/1164 [ATAD], préc. ; directive (UE) 2017/952 [ATAD II], préc.

pas d'activité économique réelle<sup>141</sup>, devrait se faire par le moyen de listes nationales « blanches, grises ou noires »<sup>142</sup>. Or, ces listes nationales peuvent viser des Etats différents par rapport à la liste européenne d'Etats non coopératifs<sup>143</sup> et sont indépendantes de celle-ci<sup>144</sup>. Ainsi, l'Etat tiers inscrit sur la liste européenne qui engagerait des réformes en vue d'être enlevé de cette liste ne serait pas à l'abri d'un maintien dans une liste nationale. Il est ainsi possible d'envisager l'hypothèse où, dans certains Etats, la transposition de la directive anti-évasion fiscale peut conduire à réintégrer dans la base d'imposition nationale des bénéficiaires provenant pourtant d'un Etat « coopératif » au regard des critères fixés par la liste européenne. Ainsi, si la mise en place de la liste européenne s'inscrit dans le cadre d'une stratégie extérieure de l'Union, cette ambition semble fragilisée par la coexistence de la liste avec d'autres instruments similaires nationaux transposant la directive anti-évasion et ayant une portée différente par rapport à la liste européenne. Une précision, par le moyen du droit dérivé, du rapport entre les listes nationales et la liste européenne permettrait une mise en cohérence. A défaut, il ne semble pas impossible de poser à la Cour une question en interprétation concernant les conclusions du Conseil instituant ou actualisant la liste des Etats non coopératifs et son rapport avec les listes nationales concrétisant la directive anti-évasion fiscale.

En définitive, les arguments susceptibles d'être invoqués pour interroger la compatibilité avec le droit de l'Union de la liste européenne sont minces et semblent se limiter à l'interrogation de la cohérence de l'action de l'Union en matière de lutte contre l'évasion fiscale. L'Union n'est pas incompétente pour régir la circulation de capitaux entre l'Union et les Etats tiers et peut aujourd'hui définir le statut fiscal au sein de l'Union de personnes résidentes d'un Etat tiers. L'interrogation de la cohérence de l'action de l'Union en la matière serait possible dans le cadre d'un recours préjudiciel en interprétation.

---

<sup>141</sup> Articles 7 et 8, relatifs aux sociétés étrangères contrôlées, directive (UE) du Conseil 2016/1164 [ATAD], préc.

<sup>142</sup> Considérant 12, §2, directive (UE) du Conseil 2016/1164 [ATAD], préc.

<sup>143</sup> Concernant la transposition de la règle relative aux sociétés étrangères contrôlées de la directive ATAD, en 2020, 7 Etats membres avaient mis en place des listes noires, un Etat avait institué une liste blanche, un autre Etat avait créé à la fois une liste blanche et une liste noire, tandis que 18 Etats n'avaient adopté aucune liste. V. le point 3.2 du rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil relatif à la mise en oeuvre de la directive 2016/1164/UE du Conseil du 12 juill. 2016 modifiée par la directive 2017/952/UE du Conseil du 29 mai 2017, COM(2020)383, 19 août 2020. Concernant la concrétisation des conclusions du Conseil relatives à la liste européenne des Etats non coopératifs, en novembre 2021, 5 Etats membres disposant déjà de listes nationales d'Etats non coopératifs ont choisi de prendre en considération la liste européenne dans leur actualisation. 16 Etats membres ont choisi d'instituer une mesure de concrétisation nationale calquée sur la liste européenne ou d'activer des mesures défensives nationales par renvoi à la liste européenne. Enfin, 6 Etats membres ont choisi de maintenir des listes noires ou blanches nationales qui sont déconnectées de la liste européenne mais qui sont susceptibles d'inclure les Etats présents sur la liste européenne. V. le rapport du Groupe « Code de conduite » au Conseil ECOFIN, 26 nov. 2021, doc. 14230/21, FISC 202, ECOFIN 1125.

<sup>144</sup> Annexe IV, point 7, rapport du Groupe « Code de conduite (fiscalité des entreprises) », 25 nov. 2019, préc.

Si les moyens et les arguments de contestation des conclusions du Conseil instituant ou actualisant la liste européenne d'Etats non coopératifs à des fins fiscales semblent aujourd'hui limités, il en va autrement pour les mesures défensives prises sur le fondement de la liste jointe aux conclusions du Conseil.

## II — CONTESTER LES EFFETS DE L'INSCRIPTION SUR LA LISTE

Les conclusions du Conseil mettant en place ou actualisant la liste d'Etats non coopératifs fixent des objectifs généraux et laissent une marge d'appréciation aux Etats membres dans la détermination des mesures défensives à adopter. Les conclusions évoquent le besoin d'une mise en œuvre des mesures défensives nationales « en conformité avec leur droit national et les obligations découlant du droit de l'UE et du droit international »<sup>145</sup>. Il est possible d'interroger la conformité de ces mesures à la fois à l'égard du droit européen (A), et vis-à-vis du droit international économique (B).

### A — Des arguments d'incompatibilité avec le droit européen

Si la liste avait été adoptée par le moyen du droit dérivé, la contestation de la compatibilité de la mesure défensive avec le droit primaire pourrait être neutralisée par l'argument selon lequel le législateur européen dispose d'une marge d'appréciation dans la définition de choix de nature politique, économique ou sociale pour la mise en œuvre des objectifs de l'Union<sup>146</sup>. En matière de transposition du droit dérivé, il est de jurisprudence constante que le contrôle de la Cour se limite au caractère manifestement inapproprié de la mesure arrêtée, susceptible d'affecter sa légalité au regard du droit primaire<sup>147</sup>, sauf si la règle de droit primaire touchée par le droit dérivé concerne une liberté<sup>148</sup>. En l'absence d'harmonisation en la matière, les mesures nationales peuvent être soumises au contrôle de la Cour de la même manière que toute autre mesure nationale. Dans ce cas, font partie de normes de référence du contrôle de la Cour le droit primaire et le droit dérivé ainsi que les principes généraux du droit de l'Union<sup>149</sup>.

Dans un sens inverse, l'absence d'harmonisation par le moyen du droit dérivé justifierait ici l'impossibilité pour un Etat membre d'invoquer la « présomption *Bosphorus* »<sup>150</sup>, si un justiciable décidait de contester une mesure défensive nationale devant la Cour européenne des droits de l'homme, au regard

---

<sup>145</sup> Considérant 17, conclusions du Conseil du 5 déc. 2017, préc.

<sup>146</sup> V. par ex. CJCE 16 déc. 2008, *Arceleor Atlantique et Lorraine e.a.*, C-127/07, EU:C:2008:728, point 57 ; 30 janv. 2019, *Planta Tabak*, C-220/17, EU:C:2019:76, point 44.

<sup>147</sup> CJCE (GC) 12 déc. 2006, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, C-380/03, Rec. I-11573, point 145.

<sup>148</sup> CJUE (GC) 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd et Seitlinger e.a.*, C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, à propos de la compatibilité d'une directive avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

<sup>149</sup> CJCE 23 nov. 1971, *Bock*, C-62/70, Rec. 897 ; CJCE 3 mai 1978, *Töpfer*, C-112/77, Rec. 1019.

<sup>150</sup> Cour EDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Airways c/ Irlande*, n°45036/98 ; 23 mai 2016, *Avotins c/ Lettonie*, n°17502/07 ; 25 mars 2021, *Bivolaru et Moldovan c/ France*, n°s 40324/16 et 12623/17.

par exemple de l'article 1<sup>er</sup> du 1<sup>er</sup> protocole de la Convention EDH. Selon la Cour EDH, une mesure nationale qui serait une conséquence automatique de la qualité de membre de l'Union est présumée conventionnelle, puisque le droit de l'Union est supposé offrir une protection équivalente à celle de la CEDH<sup>151</sup>. Les mesures défensives nationales ne sont pas, à strictement parler, de « mesures de mise en oeuvre » du droit de l'Union. Ainsi, l'existence d'une marge de manœuvre de l'Etat dans l'exécution de ses obligations de membre de l'Union<sup>152</sup> implique que le niveau de preuve pour que le contribuable puisse solliciter une protection contre ces mesures devant la Cour de Strasbourg est moins élevé qu'en cas de transposition de la législation européenne.

Selon une jurisprudence classique<sup>153</sup>, les Etats membres doivent exercer leurs pouvoirs dans le respect du droit de l'Union même dans le domaine des compétences retenues, à l'instar de celle relative aux impositions directes. Ainsi, l'harmonisation seulement sectorielle en matière de fiscalité directe coexiste avec le plein effet du droit de l'Union, tel qu'il est interprété par la Cour, dans la délimitation des pouvoirs du législateur national. Cette contrainte impose à l'Etat membre de respecter à la fois les libertés découlant du TFUE (1) que les droits fondamentaux (2).

### 1 — Une restriction de la libre circulation des capitaux

Parmi les libertés européennes, seule la liberté de circulation de capitaux<sup>154</sup> s'applique dans les rapports des Etats membres avec les Etats tiers à l'Union et à l'Espace économique européen<sup>155</sup>. Ayant un champ d'application large<sup>156</sup>, cette liberté peut être protégée de manière différente dans les rapports entre Etats membres et ceux avec des Etats tiers, puisque la coopération en vertu du droit de l'Union implique un fonctionnement différent des règles fiscales nationales dans les situations internes à l'Union<sup>157</sup>.

Pour prendre un exemple français, si une entreprise établie ou domiciliée dans un Etat ou territoire non coopératif dispose d'une filiale établie en France, l'éventuelle distribution de dividendes par la filiale française à sa société mère étrangère devra être soumise par l'effet des mesures défensives françaises à une

---

<sup>151</sup> Cette présomption est réfragable et peut être renversée par la preuve de l'insuffisance manifeste dans la protection des droits garantis par la Convention, qualifiée par exemple lorsque le juge national a refusé de renvoyer à la Cour de justice une question préjudicielle (Cour EDH, 6 déc. 2012, *Michaud c/ France*, n°12323/11) sans motiver ce choix (Cour EDH, 13 févr. 2020, *Sanofi Pasteur c/ France*, n°25137/16).

<sup>152</sup> Cour EDH, 25 mars 2021, *Bivolaru et Moldovan c/ France*, n°s 40324/16 et 12623/17.

<sup>153</sup> CJCE 14 févr. 1995, *Schumacker*, C-279/93, Rec. I-225, point 21.

<sup>154</sup> Article 63 TFUE.

<sup>155</sup> Art. 40, Accord sur l'espace économique européen, JOUE L1, 3 janv. 1994, p. 3-36. V. par ex. CJUE 11 juin 2009, *Commission c/ Pays-Bas*, C-521/07, Rec. I-04873.

<sup>156</sup> Annexe I, directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du Traité, JOCE L178/5, 8 juill. 1988.

<sup>157</sup> CJCE (GC) 18 déc. 2007, *A*, C-101/05, Rec. I-11531, point 37. V. aussi CJUE 28 oct. 2010, *Etablissements Rimbaud*, C-72/09, Rec. I-10659, point 40.

retenue d'imposition à la source à un taux majoré de 75%<sup>158</sup>. Est-ce que cette retenue à la source rentre dans le champ d'application de la libre circulation des capitaux (a), et en cas de réponse positive, est-ce qu'elle affecte la libre circulation des capitaux entre la France et l'Etat non coopératif (b) ? En cas de réponse positive, est-ce que l'objectif promu par la liste noire peut justifier l'éventuelle restriction à la libre circulation des capitaux (c), et, si oui, est-ce que la restriction justifiée est proportionnée à l'objectif promu (d) ?

### a — Identifier la liberté affectée

La distribution de dividendes rentre selon la Cour de justice dans le champ d'application de la libre circulation des capitaux<sup>159</sup>. Si des mouvements de capitaux autres que ceux afférents au paiement de dividendes peuvent rentrer dans le champ d'application de la libre circulation des capitaux, la Cour exclut du champ de cette liberté les mouvements des capitaux survenant à l'occasion de l'exercice d'une liberté autre que celle relative aux capitaux. La Cour apprécie laquelle parmi les libertés européennes est touchée en priorité par une mesure nationale. Si le mouvement des capitaux n'est qu'une conséquence d'une autre opération principale, relative à la prestation de services par exemple, la mesure nationale ne sera contrôlée qu'à l'égard de la libre prestation des services<sup>160</sup> – non applicable à l'égard des Etats tiers. Ainsi, tout dépend de la qualification de l'objet principal de la mesure nationale étudiée. Les mesures défensives dans le domaine fiscal n'ont pas en principe comme objet de restreindre l'accès au marché de services national, l'établissement des entreprises ou la circulation des marchandises ou des personnes. Toutefois, si une mesure fiscale est d'une telle ampleur qu'elle finit par rendre moins attractif l'exercice d'une de ces libertés, elle peut être considérée comme touchant le domaine de ces libertés. En matière de libre circulation des marchandises, une imposition nationale qui frappe plus lourdement les marchandises originaires d'un autre Etat membre peut être qualifiée d'imposition intérieure, au sens de l'article 110 TFUE, ou comme une mesure équivalente à une restriction quantitative, au sens de l'article 34 TFUE<sup>161</sup>, si elle est d'une ampleur telle que l'accès au marché national est restreint. Cette appréciation différenciée des limites à la libre circulation des marchandises, permise par le traité, permet d'immuniser une mesure nationale lorsque les marchandises en question sont originaires d'un Etat tiers. Ce raisonnement n'est toutefois pas transposable à la libre circulation des capitaux, protégée par l'article 63 TFUE, de manière indifférenciée pour des mouvements des capitaux intra-européens ou hors Union.

---

<sup>158</sup> Art. 187, 2 du CGI ; art. 119 *bis*, 2 du CGI ; art. 238-0 A du CGI.

<sup>159</sup> CJCE 12 déc. 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, Rec. I-11753. Rappr. la directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du Traité, JOCE L178/5, 8 juill. 1988.

<sup>160</sup> CJCE 24 mars 1994, *Gerhart Schindler et Jörg Schindler*, C-275/92, Rec. I-1039 ; CJCE (GC) 3 oct. 2006, *Fidium Finanz AG*, C-452/04, Rec. I-9521.

<sup>161</sup> CJCE 4 avril 1968, *Firma Fink-Frucht GmbH*, C-27/67, Rec. 327 ; CJCE 17 juin 2003, *De Danske Bilimportører*, C-383/01, Rec. I-6065, points 32-42.

Ainsi, une majoration d'imposition sur le fondement d'une mesure défensive nationale peut qualifier une restriction à la libre circulation des capitaux même lorsqu'elle est d'un taux de 75% et qu'elle concerne un mouvement de capitaux vers un Etat tiers.

Est-ce que les mesures défensives relatives aux sociétés étrangères contrôlées rentrent dans le champ d'application de la libre circulation des capitaux ? En ce qui concerne les participations d'une société d'un Etat membre qui permettent d'exercer une influence certaine sur une société d'un Etat tiers, la Cour apprécie les mesures nationales relatives aux sociétés étrangères contrôlées au regard de la liberté d'établissement et non pas au regard de la libre circulation des capitaux<sup>162</sup>. En telle hypothèse, la restriction à la libre circulation des capitaux est une conséquence de la première. Or, lorsque la mesure nationale s'applique à des actionnaires dont l'ampleur de participation dans une entité étrangère ne leur confère pas le droit d'exercer une influence certaine sur les décisions de cette dernière, la mesure nationale peut toutefois être appréciée au regard de la libre circulation des capitaux<sup>163</sup>. Par conséquent, si l'analyse de la mesure nationale est fondée uniquement sur l'existence d'une influence certaine aux décisions de l'entité étrangère, une mesure nationale relative aux sociétés étrangères contrôlées établies hors Union concernerait en priorité la liberté d'établissement, en cas de participation substantielle, et serait donc hors champ de la seule liberté protégée à l'égard des Etats tiers. Toutefois, elle serait probablement dans le champ de la libre circulation des capitaux en cas de participation faible à l'entité établie hors Union<sup>164</sup>. Si, au contraire, le registre d'analyse choisi était plutôt celui de l'accès au marché intérieur, il ne serait pas interdit de penser que la mesure relative aux sociétés étrangères contrôlées pourrait rentrer dans le champ de la libre circulation des capitaux au moins dans l'hypothèse où la filiale étrangère ne génère que des revenus d'investissement (dividendes, intérêts ou redevances) et non des revenus d'activité (bénéfices)<sup>165</sup>. Il est encore nécessaire de déterminer si l'objet de la mesure défensive nationale est de restreindre une opération financière spécifique, en interdisant ou limitant sa réalisation, ou de neutraliser ses effets fiscaux en attachant des conséquences particulières au mouvement des capitaux auxiliaires à la réalisation de l'opération financière. Les mesures défensives dans le domaine fiscal

---

<sup>162</sup> CJCE 12 sept. 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, préc., *passim*.

<sup>163</sup> P. Mengozzi, concl. sur CJUE *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, ECLI:EU:C:2013:710, point 20 ; *id.*, concl. sur CJUE *X GmbH*, ECLI:EU:C:2018:389, point 20.

<sup>164</sup> Si la mesure nationale étudiée vise à la fois les participations substantielles et les participations minoritaires, la prise en considération des éléments factuels du cas d'espèce étudié peut conduire le juge de l'Union à analyser la restriction au regard de la libre circulation des capitaux plutôt que de la liberté d'établissement : CJCE 12 déc. 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, préc., points 92-104.

<sup>165</sup> W. Schön, « Deutsche Hinzurechnungsbesteuerung und Europäische Grundfreiheiten », *Internationales Steuerrecht*, 2013, n° 6, supplément, p. 3-23.

correspondent à la seconde qualification. En cela, elles semblent entrer dans le domaine de la libre circulation des capitaux.

### **b — Qualifier une restriction**

Le refus de déductibilité de coûts exposés à l'étranger, l'application de règles relatives à des sociétés étrangères contrôlées, la majoration des taux de retenue d'impôt à la source sont des mesures qui peuvent rendre l'exercice de liberté de circulation des capitaux moins attractif à l'égard des Etats tiers inscrits sur la liste. Ainsi, un contribuable résident d'un Etat membre qui réalise des opérations financières avec des entités établies dans un Etat de la liste peut être placé dans une situations moins favorable qu'un autre contribuable résident qui ne réalise pas de telles opérations ou qui réalise de telles opérations vis-à-vis d'entités qui sont établies dans un Etat autre que ceux de la liste. Si l'objectif des mesures défensives est de limiter le transfert de bénéfices entre entreprises, la situation d'une société établie dans un Etat non coopératif est comparable à celle d'une société établie dans un Etat autre que ceux de la liste ou même à celle d'un groupe exclusivement constitué de sociétés résidentes. Dans toutes ces situations, le transfert de bénéfices est tout à fait possible. Certes, la différence entre la première et les autres parmi ces situations est qu'elle se place au sein de l'Union : le « degré d'intégration juridique »<sup>166</sup> qu'elle entraîne entre les Etats membres pourrait rendre incomparables les opérations économiques réalisées en son sein à celles impliquant des Etats tiers à l'Union. Cela peut être vrai en matière d'assistance administrative, où il existe une harmonisation<sup>167</sup>, mais n'est pas pour le moment vrai pour le transfert de bénéfices entre Etats membres, qui demeure encore aujourd'hui possible<sup>168</sup> en l'absence d'harmonisation dans ce domaine<sup>169</sup>. Ainsi, la comparabilité d'une situation de circulation de capitaux intra-européenne avec une situation de circulation de capitaux hors Union devrait être appréciée au regard de l'objectif de la mesure défensive en question.

### **c — Justifier la restriction**

#### **i — Des justifications permises par le droit primaire**

En premier lieu, le droit primaire peut directement permettre aux Etats membres de restreindre la libre circulation des capitaux afin 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

---

<sup>166</sup> CJCE 12 déc. 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, préc., point 170.

<sup>167</sup> Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 févr. 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE, JOUE L64 du 11 mars 2011, p. 1-12.

<sup>168</sup> Service de recherche du Parlement européen, *Bringing Transparency, Coordination and Convergence to Corporate Tax Policies in the European Union : Assessment of the Magnitude of Aggressive Corporate Tax Planning*, PE 558.773, sept. 2015.

<sup>169</sup> Proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune pour l'impôt sur les sociétés COM(2016) 685 final — 2016/0337(CNS), 25 oct. 2016.

concerne [...] le lieu où leurs capitaux sont investis »<sup>170</sup>, à condition qu'ils n'introduisent pas de « discrimination arbitraire »<sup>171</sup>. Une telle restriction est également justifiée par les traités pour permettre aux Etats membres de prendre « toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale »<sup>172</sup>, ce qui correspond à des restrictions justifiées par l'objectif de lutte contre la fraude fiscale, qui peuvent par exemple être maintenues lorsqu'elles affectent des relations avec un Etat tiers lorsque ce dernier n'a pas pris d'engagement d'assistance administrative<sup>173</sup>. Des restrictions spécifiques à la libre circulation des capitaux sont autorisées par le TFUE concernant des mouvements de capitaux à destination ou en provenance d'Etat tiers<sup>174</sup> lorsque celles-ci sont antérieures au 31 décembre 1993 et concernent un « investissement direct »<sup>175</sup>. Ainsi ont été qualifiés couverts par cette exception un investissement immobilier aux îles Vierges britanniques<sup>176</sup> ou la détention de titres de participation dans un fonds d'investissement au Liechtenstein<sup>177</sup>.

## ii — Des justifications dégagées par le juge de l'Union

Lorsque les restrictions prévues par le traité lui-même ne peuvent pas être invoquées, il est toujours possible pour un Etat membre de justifier une entrave à la liberté de circulation des capitaux en invoquant une des quatre « raisons impérieuses d'intérêt général » reconnues par la Cour, sous réserve de proportionnalité de la mesure restrictive. Ces raisons sont la préservation de l'efficacité des contrôles fiscaux, la lutte contre les « montages artificiels »<sup>178</sup>, le maintien de la cohérence des systèmes fiscaux<sup>179</sup> et la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les Etats membres<sup>180</sup>. Ces justifications s'apprécient

---

<sup>170</sup> Art. 65, 1, a, TFUE.

<sup>171</sup> Art. 65, 3, TFUE.

<sup>172</sup> Art. 65, 1, b, TFUE.

<sup>173</sup> CJUE 28 oct. 2010, *Etablissements Rimbaud*, C-72/09, préc.

<sup>174</sup> Article 64 TFUE ; CJCE 18 déc. 2007, *A*, C-101/05, préc., point 32.

<sup>175</sup> Rappr. E. Bokdam, concl. sur CE 30 sept. 2019, n°418080, *Sté Findim Investissements*.

<sup>176</sup> CJUE 5 mai 2011, *Prunus et Polonium*, C-384/09, Rec. I-3319.

<sup>177</sup> CJUE 21 mai 2015, *Ingeborg Wagner-Raith*, C-560/13, ECLI:EU:C:2015:347.

<sup>178</sup> Sont visés les montages dépourvus de réalité économique organisés dans une fin d'échapper l'impôt normalement dû en rapport avec une activité génératrice de bénéfices réalisée sur le territoire de l'Etat membre : CJCE 12 sept. 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, préc., point 55. La jurisprudence de la Cour permet aujourd'hui la justification d'une restriction à une liberté lorsque la règle nationale vise non seulement les montages dont le but exclusif est fiscal, mais également ceux dont le but principal ou l'un des buts principaux est l'obtention d'un avantage fiscal en méconnaissance de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable : CJUE (GC) 26 févr. 2019, *N Luxembourg 1 e.a.*, C-115/16, C-118/16, C-119/16 et C-299/16, point 127 et *T Danmark et Y Denmark Aps*, C-116/16 et C-117/16, point 100 (2 décisions).

<sup>179</sup> CJCE 28 janv. 1992, C-204/90, *Bachmann*, Rec. p. I-249. Plus récemment, v. par ex. CJUE 21 déc. 2021, *XY*, C-394/20, points 45-55.

<sup>180</sup> V. par ex. CJCE 18 juill. 2007, *Oy AA*, C-231/05, Rec. I-6373. Selon la Cour, cette « répartition équilibrée » se réalise notamment lorsque le lieu d'imposition des bénéficiaires coïncide avec celui de la déduction des pertes d'une entreprise. V. par ex. CJCE 29 nov. 2011, *National Grid Indus*, C-371/10, Rec. I-12273, point 45.

indistinctement lorsque sont en cause des Etats membres à l'Union ou des Etats tiers<sup>181</sup>. Toutefois, la lecture de la jurisprudence de la Cour<sup>182</sup> n'exclut pas une future reconnaissance comme raison impérieuse d'intérêt général celle de lutte contre les « paradis fiscaux », raison qui serait limitée aux rapports avec des Etats tiers, qui pourrait être invoquée sous réserve de proportionnalité de la mesure restrictive<sup>183</sup>. En l'absence de consécration explicite d'une telle raison impérieuse à ce jour, seules seront envisagées ici, comme fondements potentiels d'une justification, la raison impérieuse d'intérêt général relative à l'efficacité des contrôles fiscaux et celle concernant les montages artificiels.

**L'efficacité des contrôles fiscaux.** Une des préoccupations principales du Conseil dans la mise en place de la liste est la « transparence fiscale »<sup>184</sup>. Elle concerne ainsi une condition de l'efficacité du contrôle et du recouvrement de l'imposition vis-à-vis des Etats tiers. Selon la Cour, la protection différenciée de la libre circulation des capitaux dans un contexte interne à l'Union et dans celui impliquant des Etats tiers<sup>185</sup> peut être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général relative à la préservation de l'efficacité des contrôles fiscaux. Ainsi, le principe d'une retenue d'imposition à la source, lorsque le débiteur d'un paiement est établi dans un Etat membre et le créancier dans un Etat tiers, pourrait être justifié par l'impossibilité d'assurer l'efficacité du recouvrement<sup>186</sup>. Pour les situations internes à l'Union, la justification d'une restriction à la liberté de circulation est subordonnée à une appréciation au cas par cas des opérations présumées abusives<sup>187</sup>, tenant compte de l'ensemble de leurs éléments constitutifs<sup>188</sup> dont l'administration doit établir le caractère abusif<sup>189</sup>, en permettant au contribuable d'apporter les informations nécessaires au contrôle de l'imposition<sup>190</sup>. Dans les relations avec les Etats tiers, l'assistance administrative n'a pas la même intensité que celle permise sur le fondement du droit dérivé. Cette donne justifie une position différenciée de la Cour dans la réception de présomptions irréfragables d'évasion ou de fraude fiscales concernant des transactions à destination ou en provenance d'Etats tiers<sup>191</sup>. Dans la mesure où les mesures défensives nationales s'appliquent de manière générale dans des situations impliquant des Etats tiers recensés dans la liste européenne, la présomption

---

<sup>181</sup> CJUE 10 avril 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, ECLI:EU:C:2014:249.

<sup>182</sup> CJUE (GC) 1<sup>er</sup> avril 2014, *Felixstowe Dock and Railway Company Ltd e.a.*, C-80/12, ECLI:EU:C:2014:200, point 32.

<sup>183</sup> *Ibid.*, points 32-33.

<sup>184</sup> Considérants 2 et 26, conclusions du Conseil du 5 déc. 2017, préc.

<sup>185</sup> CJCE (GC) 18 déc. 2007, *A*, C-101/05, préc., point 37.

<sup>186</sup> Rappr. CJCE 3 oct. 2006, *FKP Scorpio Konzertproduktionen*, C-290/04, Rec. I-9461.

<sup>187</sup> V. à cet égard CJUE 27 janv. 2022, *Commission c/ Espagne*, C-788/19, ECLI:EU:C:2022:55.

<sup>188</sup> CJUE (GC) 26 févr. 2019, *T Danmark et Y Danmark Aps*, C-116/16 et C-117/16, préc., points 116-117.

<sup>189</sup> CJUE 7 sept. 2017, *Egiom et Enka*, ECLI:EU:C:2017:641, point 32.

<sup>190</sup> CJCE 11 oct. 2007, *ELISA*, C-451/05, Rec. I-08251, point 96.

<sup>191</sup> CJUE (GC) 26 févr. 2019, *X GmbH*, C-135/17, ECLI:EU:C:2019:136, points 89 et s.

d'évasion ou de fraude fiscales, même irréfutable, serait compatible avec la jurisprudence en matière de libre circulation des capitaux par rapport aux Etats tiers<sup>192</sup> : les restrictions sont justifiées en l'absence d'assistance administrative suffisante avec l'Etat tiers<sup>193</sup>. Même si le contribuable apporte les informations nécessaires au contrôle de l'imposition, l'Etat membre ne peut pas les vérifier en l'absence d'engagement de l'Etat tiers de fournir les éléments nécessaires au contrôle<sup>194</sup>. La raison impérieuse d'intérêt général liée à l'efficacité des contrôles fiscaux permet ainsi aux Etats membres une latitude pour l'adoption de dispositifs anti-évasion ou anti-abus spécifiques aux Etats tiers lorsque les Etats sont dans l'incapacité d'obtenir ou de vérifier des renseignements<sup>195</sup> nécessaires pour permettre l'application d'un régime fiscal spécifique<sup>196</sup> en raison de l'absence, ou de l'inefficacité<sup>197</sup>, d'un engagement de l'Etat tiers à fournir les informations nécessaires.

Toutefois, malgré l'existence d'une liste européenne unique, la compatibilité des mesures défensives nationales au droit de l'Union doit toujours s'apprécier au cas par cas et au regard de leur effet à chacune des situations visées. Cette appréciation différenciée des mesures défensives nationales au regard de la raison impérieuse relative à l'efficacité des contrôles fiscaux exige d'apprécier séparément le niveau de coopération de chaque Etat membre avec chacun des Etats de la liste européenne. Ainsi, si la France a conclu une convention fiscale avec le Panama, Etat actuellement inscrit sur la liste européenne, qui permet l'échange de renseignements à des fins fiscales sur demande<sup>198</sup>, d'autres Etats membres de l'Union, comme la Grèce, n'ont ni convention fiscale générale ni spécifique à l'échange de renseignements avec le Panama. Le Panama a toutefois signé et ratifié tant la convention multilatérale d'assistance administrative en matière fiscale de

---

<sup>192</sup> *Ibid.*

<sup>193</sup> Rapp. la recommandation 2012/771/UE de la Commission du 6 déc. 2012 relative à des mesures visant à encourager les pays tiers à appliquer des normes minimales de bonne gouvernance dans le domaine fiscal, *JOUE* L338/37, 12 déc. 2012, point 4.3 : « Tout Etat membre qui a conclu une convention en matière de double imposition avec un pays tiers qui ne respecte pas les normes minimales établies au point 3 devrait, en fonction de ce qui est le plus approprié pour améliorer le respect de ces normes par ce pays tiers, soit tenter de renégocier la convention, soit la suspendre ou y mettre un terme ».

<sup>194</sup> CJCE 18 déc. 2007, *A*, C-101/05, préc., point 63 ; CJCE 7 janvier 2009, *Persche*, C-318/07, ECLI:EU:C:2009:33, point 70.

<sup>195</sup> CJUE 10 avril 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, préc., point 85.

<sup>196</sup> CJCE (GC) 18 déc. 2007, *A*, C-101/05, préc., point 63 ; CJUE 28 févr. 2013, *Petersen*, C-544/11, ECLI:EU:C:2013:124, points 48-58 ; CJUE 24 nov. 2016, *SECIL*, C-464/14, ECLI:EU:C:2016:896.

<sup>197</sup> CJUE (GC) 26 févr. 2019, *X GmbH*, préc. points 92-96.

<sup>198</sup> Article 24 de la convention entre la France et le Panama du 30 juin 2011, éclairé par le point 6 du protocole additionnel à la convention et non modifié par la convention multilatérale du 7 juin 2017 pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéficiaires, à laquelle tant la France que le Panama sont parties.

1988<sup>199</sup> que l'accord multilatéral pour la mise en œuvre de la norme commune d'échange automatique de renseignements, fondé sur l'article 6 de cette convention. La question de savoir si le réseau d'engagements bilatéraux ou multilatéraux liant l'Etat membre et un Etat tiers et permettant pleinement des contrôles fiscaux doit ainsi être appréciée au cas par cas. En l'état actuel de la jurisprudence en matière de libre circulation des capitaux, l'effet combiné des mesures défensives nationales et du réseau de conventions permettant l'échange de renseignements entre Etats membres et Etats tiers de la liste pourrait conduire certaines entreprises actives dans les Etats de la liste à privilégier une implantation dans des Etats membres disposant d'un niveau de coopération suffisant avec l'Etat tiers.

**La lutte contre les montages artificiels.** Une mesure nationale restrictive de la libre circulation des capitaux peut être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général liée à la lutte contre l'évasion fiscale, lorsque la mesure nationale vise spécifiquement les montages artificiels, dépourvus de réalité économique, dont le but unique<sup>200</sup>, principal ou partiellement principal<sup>201</sup> est d'éviter l'impôt normalement dû ou d'obtenir un avantage fiscal sur les bénéfices réalisés sur le territoire national. Dans la mesure où l'un des objectifs affichés de la liste européenne est de « mettre en place des mécanismes de protection efficaces pour lutter contre l'érosion des bases d'imposition des États membres causée par la fraude fiscale et l'évasion fiscale »<sup>202</sup>, les mesures défensives la concrétisant pourraient être justifiées par cette raison impérieuse d'intérêt général.

En somme, en l'état actuel de l'intégration européenne, la compatibilité des présomptions irréfragables d'évasion ou de fraude fiscales avec la libre circulation des capitaux au regard des Etats tiers ne peut être appréciée qu'au cas par cas et en considérant séparément l'intensité de l'assistance administrative entre un Etat membre et chacun des Etats tiers qui seraient destination ou origine de capitaux soumis à la compétence de l'Etat membre. Cette considération peut évoluer à mesure de l'évolution du réseau des conventions fiscales de l'Etat membre avec des Etats tiers et du niveau de coopération qu'elles permettent. Sur le terrain de la politique fiscale, l'engagement de coopération avec un Etat tiers peut conduire l'Etat membre à renoncer aux présomptions irréfragables de fraude ou d'évasion dans les mouvements de capitaux concernant cet Etat tiers, sous peine de voir ces présomptions être qualifiées d'entrave injustifiée à la libre circulation des capitaux.

Inversement, l'Etat tiers qui voudrait assurer un plein effet à la libre circulation des capitaux par rapport aux Etats membres devra s'engager dans une

---

<sup>199</sup> Convention multilatérale concernant l'assistance administrative en matière fiscale, ouverte à la signature le 25 janv. 1988, amendée par le protocole de 2010, signée par le Panama le 27 oct. 2016, ratifiée le 16 mars 2017 et entrée en vigueur pour le Panama le 1<sup>er</sup> juill. 2017.

<sup>200</sup> Point 59, CJUE 24 nov. 2016, *SECIL*, C-464/14, préc.

<sup>201</sup> CJUE (GC) 26 févr. 2019, *N Luxembourg 1 e.a.*, C-115/16, C-118/16, C-119/16 et C-299/16, point 127 et *T Danmark et Y Danmark Aps*, C-116/16 et C-117/16, point 100 (2 décisions).

<sup>202</sup> Considérant 8, conclusions du Conseil du 5 déc. 2017, préc.

coopération avec chacun de ces Etats. Cette orientation coexiste, au niveau international, avec une incitation d'adopter les standards de transparence et de coopération fiscale promus par l'OCDE<sup>203</sup> et, au niveau européen, avec l'initiative de l'Union d'« encourager » les Etats tiers à mettre en œuvre les « normes internationalement reconnues en matière de transparence et d'échange d'informations »<sup>204</sup>.

#### **d — Apprécier la proportionnalité de la restriction**

Le contrôle de proportionnalité à l'égard de la restriction de la libre circulation des capitaux impose de vérifier si la mesure justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général est appropriée pour atteindre l'objectif avancé, sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif<sup>205</sup>. Ce contrôle concerne également les rapports avec les Etats tiers, y compris lorsqu'ils sont liés à l'Union avec des accords d'association<sup>206</sup>. Il est relativement aisé de satisfaire cette condition, dans la mesure où le contrôle de la Cour se limite souvent au caractère « manifestement »<sup>207</sup> disproportionné d'une mesure nationale, plutôt qu'à son caractère positivement adéquat. Plus rarement, la Cour recherche si la mesure sous examen poursuit l'objectif affiché « de manière cohérente et systématique »<sup>208</sup>, auquel cas elle apprécie la sincérité du législateur national dans la promotion de l'objectif affiché. Ainsi, une mesure défensive nationale qui tire les effets de la liste européenne en poursuivant l'élimination de l'évasion ou de la fraude fiscales, sans toutefois avoir comme effet de les faire totalement disparaître, pourrait être *a priori* proportionnée à cet objectif.

L'absence de preuve par l'administration de la nécessité d'échange d'informations pour assurer le contrôle fiscal rendrait toutefois l'application d'une mesure défensive prise sur le fondement de rapports avec un Etat non coopératif disproportionnée<sup>209</sup>. Autrement dit, si l'administration dispose des informations nécessaires pour effectuer ce contrôle, appliquer une mesure défensive à l'égard du contribuable qui ne fait qu'entretenir des rapports financiers avec un Etat tiers de la liste, sans poursuivre un but d'évasion ou de fraude, reviendrait, pour le législateur, à poursuivre un objectif autre que celui affiché. Ainsi, si l'application du taux majoré de retenue d'impôt à la source peut être justifié par la seule inclusion d'un Etat tiers sur la liste, le législateur national ne peut pas invoquer la raison impérieuse d'intérêt général relative à l'efficacité des contrôles fiscaux lorsque le

---

<sup>203</sup> V. par ex. réunion du Conseil de l'OCDE au niveau des ministres, « Déclaration relative à l'échange automatique de renseignements en matière fiscale », 6 mai 2014.

<sup>204</sup> Point 5, conclusions du Conseil du 25 mai 2016, annexe préc.

<sup>205</sup> CJCE (GC) 18 déc. 2007, *A*, C-101/05, préc., point 56.

<sup>206</sup> CJUE 24 nov. 2016, *SECIL*, C-464/14, préc., points 122 et s.

<sup>207</sup> V. par ex. CJUE 2 juin 2016, *Kapnoviomichania Karelia*, C-81/15, ECLI:EU:C:2016:398, point 50.

<sup>208</sup> V. par ex. en matière de libre circulation des capitaux CJUE (GC) 6 mars 2018, *SEGRO et Horvath*, C-52-/16 et C-113/16, ECLI:EU:C:2018:157, point 94.

<sup>209</sup> CJUE 10 févr. 2011, *Haribo Lakritzzen Hans Riegel*, C-436/08 et C-437/08, Rec. I-305, points 73-75 ; v. également concl. J. Kokott, points 92-102.

déclenchement de la mesure nationale n'exige aucun échange de renseignements. Par ailleurs, la Cour apprécie l'existence d'un cadre de coopération suffisant pour les contrôles fiscaux au cas par cas. Ainsi, si le critère de la liste européenne relatif à l'existence d'un cadre permettant l'échange automatique ou sur demande de renseignements fiscaux est pris comme fondement d'une mesure défensive nationale, il ne prouve pas à lui seul la défaillance du contrôle fiscal, de sorte qu'une présomption irréfragable d'évasion serait disproportionnée. A cet égard, force est de constater que certains Etats ou territoires actuellement inscrits sur la liste européenne, comme le Samoa ou le Vanuatu, ont conclu des accords bilatéraux d'échange de renseignements à des fins fiscales avec des Etats membres<sup>210</sup>. Ainsi, le contrôle concret de l'efficacité de l'engagement bilatéral permettant l'échange de renseignements, sinon l'institution d'une « clause de sauvegarde » permettant au contribuable d'apporter la preuve de la réalité économique de ses opérations<sup>211</sup> dans l'Etat de la liste, est un complément nécessaire de la mesure défensive nationale pour que celle-ci puisse être qualifiée de proportionnée au regard du droit de l'Union.

Que le contrôle de proportionnalité porte sur la disproportion manifeste ou sur le caractère vraiment adéquat d'une mesure, il peut être associé à l'objectif de sécurité juridique. En effet, la Cour a déjà jugé que la proportionnalité d'une mesure de lutte contre l'évasion ou la fraude fiscale dépend du respect du principe de sécurité juridique en droit de l'Union. Cela signifie que le champ d'application de la règle nationale doit être clairement précisé, son application doit être prévisible, l'administration doit établir au moins des indices d'évasion fiscale et l'administré doit disposer du droit de renverser la preuve<sup>212</sup>. A cet égard, l'existence de listes d'Etats tiers à l'égard desquels s'applique la mesure nationale pourrait satisfaire cette condition de sécurité juridique<sup>213</sup>, rompant toutefois avec l'approche casuistique dans l'examen des schémas de fraude ou d'évasion fiscales. Cependant, l'application d'une telle règle serait disproportionnée en l'absence d'indice de fraude ou d'évasion<sup>214</sup>. Ainsi, l'inclusion dans le champ d'application de la règle d'opérations économiques réelles, sans que le contribuable ne puisse en apporter la preuve de cette réalité, marque une disproportion par rapport à l'objectif de lutte contre l'évasion ou de la fraude fiscales. Si l'adoption de mesures défensives prises

---

<sup>210</sup> Samoa : accords d'échange de renseignements à des fins fiscales conclus avec le Danemark le 16 déc. 2009 ; avec la Suède le 16 déc. 2009 ; avec les Pays-Bas le 14 sept. 2009 ; avec l'Irlande le 8 déc. 2009 ; avec la Finlande le 16 déc. 2009. Vanuatu : accords d'échange de renseignements à des fins fiscales conclus avec l'Irlande le 31 mai 2011 ; avec la Suède le 13 oct. 2010 ; avec le Danemark le 13 oct. 2010 ; avec la France le 31 déc. 2009 ; avec la Finlande le 13 oct. 2010.

<sup>211</sup> CJUE 30 juin 2011, C-262/09, *Mellicke e.a.*, Rec. I-5669, points 35-53 ; 6 oct. 2011, *Commission v/ Portugal*, C-493/09, Rec. I-9247, point 46.

<sup>212</sup> CJUE 3 oct. 2013, *Itelkar*, C-282/12, ECLI:EU:C:2013:629, points 37 et s.

<sup>213</sup> P. Cruz Villalon, concl. sur CJUE *SLAT*, C-318/10, point 73. Rapp. D. Weber, « Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ », in D. Weber (éd.), *EU Income Tax Law: Issues for the Years Ahead*, IBFD, 2013, p. 21-90, p. 61 et s.

<sup>214</sup> CJUE 5 juill. 2012, *SLAT*, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415, points 56-58.

sur le fondement d'une liste peut satisfaire l'objectif de sécurité juridique, il n'est pas certain qu'elle soit dans le même temps une mesure proportionnée. Une mesure peut être claire et précise, en ce qu'elle est suffisamment prévisible dans son application, sans pour autant être adéquate eu égard à l'objectif affiché par le législateur. Ainsi, une majoration de retenue d'imposition à la source lorsqu'un paiement se fait à destination d'un Etat de la liste peut satisfaire l'objectif de sécurité juridique, sans pour autant satisfaire celui de proportionnalité, pleinement applicable dans les rapports avec les Etats tiers<sup>215</sup>. En définitive, l'exigence de proportionnalité implique qu'une mesure défensive soit conçue d'une manière qui inclurait dans son champ d'application uniquement des montages dépourvus de substance économique, ce qui signifie que le contribuable devrait pouvoir renverser la présomption d'artificialité du montage.

Les mesures défensives nationales prises sur le fondement de la liste européenne peuvent ainsi qualifier une entrave à la libre circulation des capitaux entre l'Union et les Etats tiers, susceptible d'être justifiée par l'objectif de lutte contre les montages artificiels ou par l'efficacité des contrôles fiscaux. La proportionnalité de la mesure dépend de sa formulation exacte et de l'application de clauses de sauvegarde pour le contribuable qui a une véritable activité économique dans l'Etat tiers.

## 2 — Une atteinte aux droits fondamentaux

Même avant l'adoption de la Charte, les droits fondamentaux étaient reconnus comme principes généraux du droit communautaire<sup>216</sup> et servaient de référence au contrôle de légalité des actes communautaires<sup>217</sup>. Les dispositions de la Charte faisant partie du droit primaire<sup>218</sup>, le juge national est tenu de renvoyer à la Cour une question en appréciation de validité d'un acte de l'Union lorsque sa compatibilité avec la Charte est en question<sup>219</sup>. Si la Charte s'adresse à la fois aux institutions et organes de l'Union et aux Etats membres, elle ne vise les Etats membres que lorsqu'ils « mettent en œuvre » le droit de l'Union<sup>220</sup>. Puisque les conclusions du Conseil mettant en œuvre les listes d'Etats et territoires non coopératifs ne sont pas contraignantes et les mesures défensives qui les concrétisent sont des mesures nationales, peut-on considérer que celles-ci font partie des actes par lesquels l'Etat membre « met en œuvre le droit de l'Union » ?

---

<sup>215</sup> CJUE (GC) 1<sup>er</sup> avril 2014, *Felixstowe Dock and Railway Company Ltd e.a.*, C-80/12, préc., points 32-33.

<sup>216</sup> V. par ex. CJCE 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, Rec. 1125.

<sup>217</sup> V. par ex. CJCE 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. I-6351, point 285.

<sup>218</sup> Article 6 du Traité UE après le Traité de Lisbonne du 13 déc. 2007.

<sup>219</sup> CJUE (GC) 6 oct. 2015, *Schrems*, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650.

<sup>220</sup> Article 51, §1, Charte des droits fondamentaux de l'UE, 2000C, JOCE C364, 18 déc. 2000, p. 1-22.

La « mise en œuvre » du droit de l'Union ne se résume pas à la notion d'exécution. En effet, la mise en œuvre par l'Etat membre du droit de l'Union, permettant l'invocation des droits fondamentaux, inclut, positivement, la transposition ou l'application d'un acte de l'Union<sup>221</sup> et, négativement, la dérogation au droit de l'Union dans l'exercice du pouvoir tirés de sa compétence<sup>222</sup>. Cette « mise en œuvre » est alors qualifiée dès lors qu'un lien entre la mesure nationale et le champ d'application du droit de l'Union est établi<sup>223</sup>. Elle inclut ainsi l'hypothèse où les règles nationales, sans être une transposition d'un acte européen<sup>224</sup>, concrétisent des obligations d'Etat membre<sup>225</sup>. En l'absence d'identification d'une telle obligation — par exemple dans l'hypothèse de « surtransposition » de la directive anti-évasion fiscale par un Etat membre — la partie du droit interne qui va au-delà de cette obligation devra respecter seulement les libertés consacrées par le TFUE. La Charte ne pourra pas s'appliquer<sup>226</sup>, sauf pour ses dispositions qui existent également dans le Traité FUE.

En l'absence de caractère décisive de l'acte instituant la liste européenne, les mesures nationales défensives qui la concrétisent ne peuvent pas être qualifiées de mesure de transposition. Toutefois, en ce qu'elles introduisent une entrave à la libre circulation des capitaux, elles peuvent être contrôlées sous le prisme de la Charte. En effet, lorsque les Etats membres adoptent une règle nationale qui peut être analysée comme une entrave aux libertés protégées par le TFUE, l'invocation d'une raison impérieuse d'intérêt général est appréciée à la lumière des principes généraux du droit de l'Union, dont font partie les droits fondamentaux<sup>227</sup>. Cette compatibilité des mesures défensives aux droits consacrés par la Charte peut être contrôlée par les juges national ou européen. La protection garantie par la Charte étant au moins égale à celle découlant de la CEDH<sup>228</sup>, le sens et la portée des droits consacrés par cette convention, selon son interprétation par les Cours de Luxembourg<sup>229</sup> ou de Strasbourg<sup>230</sup>, définissent la mesure de la liberté de l'Etat membre dans la dérogation au droit de l'Union. Conformément au considérant 5 du préambule de la Charte, en l'absence de jurisprudence pertinente de la Cour de

---

<sup>221</sup> CJCE 13 juill. 1989, *Wachauf*, C-5/88, Rec. 2609, point 19.

<sup>222</sup> CJCE 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, Rec. I-2925, point 43 ; CJUE 30 avril 2014, *Pfleger e.a.*, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281, point 35 ; CJUE 14 oct. 2021, *MT*, C-231/20, ECLI:EU:C:2021:845, point 43.

<sup>223</sup> CJUE 22 janv. 2020, *Baldonado Martin*, C-177/17, ECLI:EU:C:2020:26, point 58.

<sup>224</sup> V. en matière de taxe sur la valeur ajoutée CJUE (GC) 26 févr. 2013, *Akerberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, points 16-31, comm. R. Tinière, *GADLF*, 3<sup>e</sup> éd. 2021, n°25.

<sup>225</sup> CJUE 6 mars 2014, *Siragusa*, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126, points 26 et 27 ; ord. 7 sept. 2017, *Demarchi Gino*, C-177/17 et C-178/17, EU:C:2017:656, point 21.

<sup>226</sup> CJUE 10 juill. 2014, C-198/13, *Hernandez*, ECLI:EU:C:2014:2055, points 45-47.

<sup>227</sup> CJUE 14 oct. 2021, *MT*, C-231/20, ECLI:EU:C:2021:845, point 43.

<sup>228</sup> Article 6 du Traité UE ; article 52, §3, de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

<sup>229</sup> La Convention EDH, en tant que telle, ne constitue pas « un instrument juridique formellement intégré de l'Union » (CJUE 5 avril 2017, *Orsi et Baldetti*, C-217/15 et C-350/15, point 15), l'Union n'ayant pas adhéré à la CEDH (CJUE AP 18 déc. 2014, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, concl. Kokott), contrairement à ce que prévoyait l'article 6 du Traité de Lisbonne.

<sup>230</sup> Considérant 5 du Préambule de la Charte.

l'Union, celle de la Cour de Strasbourg en matière de protection de droits équivalents pourrait servir de guide pour la définition de la portée de la Charte. Cette portée ne peut être qu'hypothétique, puisque le juge de l'Union peut décider d'y donner une portée différente<sup>231</sup>.

En matière de droits substantiels, le droit de propriété fait partie des droits fondamentaux reconnus en droit de l'Union<sup>232</sup>. Ainsi, une mesure défensive nationale qui prend la forme d'un taux majoré d'imposition pourrait rentrer dans son champ d'application. La protection du droit de propriété dans la Charte a une portée d'emblée plus large que celle consacrée par la CEDH. En effet, l'article 17 de la Charte n'inclut pas la réserve équivalente à celle de l'article 1<sup>er</sup>, § 2, du Protocole 1 de la CEDH, relative à la réglementation de « l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ». Toutefois, il semble impossible de considérer que cette réserve ne s'applique pas à l'interprétation de l'article 17 de la Charte, à la lumière de l'article 52 de la Charte. Les restrictions au droit de propriété par des dispositions fiscales nationales doivent ainsi être fondées sur la loi et être justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général, tandis que la restriction au droit de respect des biens qu'elles apportent doit être proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur.

L'accès à la protection de la Charte sera toutefois plus difficile qu'à celle de la CEDH. Pour en bénéficier, le requérant doit démontrer un rattachement de sa situation à la mise en œuvre du droit de l'Union<sup>233</sup>. Cela explique par exemple le refus de répondre à des questions préjudicielles portant sur l'article 17 de la Charte indépendamment de la question de la violation des libertés de circulation<sup>234</sup>. À l'inverse, la Cour préfère se prononcer sur la seule restriction d'une liberté découlant du TFUE, supposée couvrir également les restrictions de l'exercice du droit de propriété selon l'article 17 de la Charte<sup>235</sup>. La Cour de justice n'a pas, à ce jour, appliqué en matière fiscale l'article 17 de la Charte, qui est parfois invoqué sans succès devant le juge national, faute de « mise en œuvre » du droit de l'Union<sup>236</sup>. La Cour n'ignore pas cependant l'interprétation large donnée à la notion de bien par la Cour EDH, qui qualifie par exemple d'« intérêt patrimonial » le droit de

---

<sup>231</sup> Article 52, §3, de la Charte ; CJUE 15 févr. 2016, *N.*, C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, point 47 ; CJUE 14 sept. 2017, *K.*, C-18/16, EU:C:2017:680, point 50.

<sup>232</sup> Article 17 de la Charte et Protocole 1, article 1, CEDH.

<sup>233</sup> V. par ex. Cour constitutionnelle belge, 6 nov. 2014, n°162/2014, *ASBL « Syndicat Neutre pour Indépendants » e.a., Steven Beckers e.a., ASBL « Verbond der Vlaamse Tandartsen », SPRL « Dr. Stefan Verellen »*, point B.10 (article 17 de la Charte en matière fiscale) ; CJUE 2 juin 2016, *C.*, C-122/15, ECLI:EU:C:2016:391 (article 21 de la Charte en matière fiscale).

<sup>234</sup> Concl. H. Saugmaandsagaard Oe sur CJUE *SEGRO et Horvath*, C-52/16 et C-113/16, EU:C:2017:410, point 121.

<sup>235</sup> CJUE, 11 juin 2015, *Berlington Hungary e.a.*, C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386, point 91.

<sup>236</sup> V. par ex. en Allemagne : Bundesfinanzhof, 19 juin 2013, II R 10/12, points 27-28, où la Cour considère que la double imposition en matière de droits de succession, collectés à la fois par l'Allemagne et par la France, n'est pas contraire à l'article 17 de la Charte, puisqu'il n'existe pas en l'espèce de « mise en œuvre » du droit de l'Union.

restitution d'un impôt indûment payé<sup>237</sup>, ou celui afférent aux montants correspondant à une aide d'Etat sous forme fiscale, également qualifiés d'imposition dont le bénéficiaire de l'aide illégale n'est pas redevable<sup>238</sup>. Si la Cour de Strasbourg a déjà qualifié le caractère confiscatoire d'une imposition dans certains cas<sup>239</sup>, elle reconnaît la marge d'appréciation de l'Etat dans la définition de l'assiette et des modalités de recouvrement de l'imposition<sup>240</sup> auprès des contribuables rattachés à sa compétence. Ainsi, un taux d'imposition très élevé n'est pas pour cette seule raison contraire à la Convention<sup>241</sup>. L'appréciation du respect du droit au respect de ses biens demeure toutefois possible au regard des garanties de procédure offertes au contribuable<sup>242</sup> ou en prenant en considération le caractère excessif de l'imposition<sup>243</sup> au regard de la situation financière du contribuable<sup>244</sup>. Cette marge d'appréciation laissée à l'Etat membre concernant les ingérences au droit de propriété par des mesures fiscales, dans le respect d'un équilibre entre l'intérêt général et les intérêts particuliers des administrés<sup>245</sup>, est reconnue par le juge de l'Union.

Au regard de cette grille d'analyse, une retenue à la source de 75%<sup>246</sup> pourrait être considérée comme une restriction à l'exercice du droit de propriété au sens de l'article 17 de la Charte. En effet, ce taux diffère de celui normalement applicable aux dividendes<sup>247</sup>, intérêts<sup>248</sup> ou redevances<sup>249</sup> payés à des bénéficiaires établis hors de France. Cette restriction pourrait être justifiée si elle était conforme

---

<sup>237</sup> Concl. AG Saugmandsgaard Oe sous CJUE *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e.a.*, C-798/18, ECLI:EU:C:2020:876, point 30, note 27, qui renvoie à l'arrêt de la Cour EDH du 9 mars 2006, *Eko-Elda Avee c/ Grèce*, n°10162/02, point 27.

<sup>238</sup> Concl. AG Jaaskinen sur CJUE *France Telecom SA*, C-81/10 P, ECLI:EU:C:2011:554, point 164.

<sup>239</sup> Cour EDH, 14 mai 2013, *N.K.M. c/ Hongrie*, n°66529/11, concernant un taux marginal d'imposition de 98%, correspondant à 52% de charge fiscale globale du revenu imposable, alors que l'imposition générale sur le revenu correspondait à un taux de 16% pour la même période.

<sup>240</sup> Cour EDH, 16 janv. 2018, *Cacciato c/ Italie*, n°60633/16.

<sup>241</sup> Cour EDH, 2 juill. 2013, *R.Sz. c/ Hongrie*, n°41838/11, point 54.

<sup>242</sup> Cour EDH, 24 oct. 1986, *Agosi c/ Royaume-Uni*, n°9118/80, point 55 ; 24 nov. 2005, *Capital Bank AD c/ Bulgarie*, n°49429/99, points 132 et s.

<sup>243</sup> Commission EDH, 14 déc. 1988, *WASA Ömsesidigt e.a. c/ Suède*, n°13013/87.

<sup>244</sup> Cour EDH, 3 juill. 2003, *Buffalo SRL en liquidation c/ Italie*, n°38746/97.

<sup>245</sup> CJCE 3 sept. 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, préc., point 360.

<sup>246</sup> CGI, art. 182 B, III ; art. 187, 2 ; art. 125 A III.

<sup>247</sup> Sous réserve d'application d'une convention fiscale qui prévoit un taux différent, la retenue d'imposition à la source pour les dividendes payés à des bénéficiaires personnes physiques hors de France est de 12,8%, à laquelle s'ajoute, selon les cas, une retenue de 17,2% de prélèvement sociaux. Le taux de retenue d'impôt à la source est aujourd'hui aligné au taux normal de l'impôt sur les sociétés pour les paiements à des personnes morales hors de France (CGI, art. 187, 1, 1° et 2°).

<sup>248</sup> Sous réserve d'application de l'article 119 bis, 1, du CGI et à condition qu'ils ne rentrent pas dans le champ de l'article 125 A, III du CGI (paiement vers des Etats non coopératifs) les revenus de placement à taux fixe ne sont pas imposés en France en application de l'article 164 A du CGI.

<sup>249</sup> Sous réserve d'une disposition conventionnelle qui prévoit un taux différent, les redevances sont soumises à une retenue d'imposition à la source à un taux de 15% (CGI, art. 182 B, II) lorsqu'elles sont payées à une entité hors de France.

à la condition posée par l'article 52, § 1, de la Charte, qui exige que toute restriction à l'exercice des droits et libertés reconnus par la Charte doit être fondée sur la loi, elle ne doit pas atteindre le noyau de ces droits ou libertés, elle doit être justifiée par un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union et respecter le principe de proportionnalité. L'interdiction de l'exercice abusif des droits fait à la fois partie des dispositions générales de la Charte (article 54) que des principes généraux du droit de l'Union, applicables en matière fiscale<sup>250</sup>. Toutefois, l'exercice de la liberté de circulation de capitaux vers des Etats tiers de la liste européenne n'est abusif que s'il existe un comportement positif du contribuable tendant à éluder l'impôt par le moyen de montages motivés au moins partiellement par cet objectif.

La mesure défensive relative à la majoration du taux d'imposition en cas de paiement vers des Etats de la liste n'impose aucun comportement abusif du contribuable. En réalité, elle vise à imputer à ce dernier une conséquence concrète de l'opprobre jeté sur l'Etat inscrit sur la liste. Elle s'apparente à cet égard à des mesures restrictives affectant l'usage du droit de propriété des personnes physiques ou morales liées à des Etats soumis à des sanctions internationales, à l'instar des affaires *Bosphorus* (saisie d'aéronefs)<sup>251</sup> et *Bank Melli Iran* (gel des fonds)<sup>252</sup>, ou à des groupes terroristes, à l'instar de l'affaire *Kadi* (gel des fonds)<sup>253</sup>. Traduction dans l'ordre juridique de l'Union de résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies ou réaction régionale à une situation internationalement illicite<sup>254</sup>, ces mesures avaient comme objectif de lutter contre la rupture de la paix et la sécurité internationale<sup>255</sup>, ou sa menace<sup>256</sup> et ont été considérées comme portant une atteinte proportionnée à l'usage du droit de propriété par la Cour de justice. Cette qualification peut être maintenue même lorsque les mesures restrictives limitent l'exercice d'un droit d'une personne non responsable de la situation ayant conduit à l'adoption des sanctions, si la mesure est considérée comme adéquate par rapport l'objectif poursuivi<sup>257</sup>. Est-ce que cette grille d'analyse est transposable aux mesures défensives nationales prises sur le fondement de la liste des Etats non coopératifs à des fins fiscales de l'UE ? Est-ce qu'une mesure restrictive prise sur le fondement d'un acte législatif de l'Union est comparable à une mesure défensive nationale inspirée par un acte de droit souple de l'Union ? Si dans les deux cas on peut

---

<sup>250</sup> CJUE 26 févr. 2019, *N Luxembourg 1*, C-115/16, C-118/16, C-119/16 et C-299/16, préc., points 96 et s.

<sup>251</sup> CJCE 30 juill. 1996, *Bosphorus*, C-84/95, Rec. I-3953.

<sup>252</sup> CJUE 16 nov. 2011, *Bank Melli Iran c/ Conseil*, C-548/09 P, ECLI:EU:C:2011:735.

<sup>253</sup> CJCE 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, préc.

<sup>254</sup> V. par ex. CJUE (GC), 28 mars 2017, *Rosneft*, C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236, concernant des mesures restrictives à l'encontre d'une entreprise contrôlée par la Russie en application d'une décision du Conseil concernant des mesures restrictives au égard actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine.

<sup>255</sup> CJCE 30 juill. 1996, *Bosphorus*, C-84/95, préc., point 26.

<sup>256</sup> CJCE 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, préc., point 363.

<sup>257</sup> CJCE 30 juill. 1996, *Bosphorus*, C-84/95, préc., point 22 ; CJUE (GC), 28 mars 2017, *Rosneft*, C-72/15, préc., point 149.

qualifier une restriction de l'usage du droit de propriété, les objectifs ayant justifié les mesures défensives et restrictives — lutte contre l'évasion fiscale, d'une part, lutte contre le terrorisme ou contre les menaces à la paix et à la sécurité internationales, d'autre part — sont d'une échelle différente. Ainsi, le contrôle de proportionnalité devrait être plus intense dans le cas des mesures prises contre l'évasion fiscale, surtout dans l'hypothèse où la seule raison de déclenchement de la mesure défensive est l'inscription sur la liste d'Etats non coopératifs et si la règle nationale institue une présomption irréfutable d'évasion.

En matière de droits procéduraux, le principe de protection juridictionnelle, principe général du droit de l'Union découlant des traditions constitutionnelles communes des Etats membres déjà avant le Traité de Lisbonne<sup>258</sup>, est aujourd'hui codifié par l'article 47 de la Charte, qui assure une protection équivalente à celle reconnue par l'article 6, §1, de la CEDH<sup>259</sup>. La portée de l'article 47 de la Charte en matière fiscale est plus large que celle découlant de l'article 6, §1, de la CEDH, puisque le champ d'application matériel de la Charte ne se limite pas aux « contestations sur ses droits et obligations de caractère civil » ou au « bien fondé de toute accusation en matière pénale »<sup>260</sup>. Ainsi, tant dans la phase administrative que dans la phase juridictionnelle du contentieux fiscal<sup>261</sup>, le contribuable doit être en mesure de faire connaître utilement son point de vue lorsqu'une décision de l'administration qui affecte de manière sensible ses intérêts<sup>262</sup>, sauf si cette prise en considération n'aboutirait pas à un résultat différent<sup>263</sup>.

Le principe de protection juridictionnelle effective s'applique non seulement lorsqu'est en jeu une accusation en matière pénale ou une obligation ou un droit de caractère civil, mais également lorsqu'un lien avec une liberté européenne est établi. Cette protection couvre ainsi l'hypothèse où une restriction à la libre circulation des capitaux est qualifiée<sup>264</sup>. Par conséquent, l'administration devra informer le contribuable faisant l'objet d'une mesure défensive inspirée par la liste européenne des raisons ayant motivé cette décision. En telle hypothèse, il ne serait pas suffisant pour l'administration d'indiquer que les transactions ont transité des Etats inscrits sur la liste des Etats non coopératifs. Le juge européen exige de l'administration nationale de prouver l'artificialité d'un montage présumé artificiel<sup>265</sup>. Or, l'application des mesures défensives se fonde précisément sur un tel mécanisme de présomption même lorsqu'elles sont assorties, comme dans le

---

<sup>258</sup> V. par ex. CJCE 15 mai 1986, *Jobnston*, C-222/84, Rec. 1651, points 18 et 19.

<sup>259</sup> CJUE 16 mars 2017, C-682/15, *Berlioz Investment Fund*, ECLI:EU:C:2017:373, point 54.

<sup>260</sup> Cour EDH (GC) 12 juill. 2001, *Ferrazzini c/ Italie*, n°44759/98.

<sup>261</sup> Cour EDH 21 févr. 2008, *Ravon c/ France*, n°18497/03.

<sup>262</sup> CJCE 18 déc. 2008, *Sopropé*, C-349/07, Rec. I-10369, point 36.

<sup>263</sup> CJUE 3 juill. 2014, *Kamino International Logistics et Datema Hellmann Worldwide Logistics*, C-129/13 et C-130/13, point 79.

<sup>264</sup> V. par ex. CJUE 14 sept. 2017, *The Trustees of the BT Pension Scheme*, C-628/15, point 59 ; CE 1<sup>er</sup> avril 2022, *Sté Kermadec*, n°443882, Lebon.

<sup>265</sup> CJUE 20 déc. 2017, *Deister Holding*, C-504/16 et C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009, point 62.

cas français, d'une clause de sauvegarde permettant au contribuable de prouver que ses opérations ne sont pas dépourvues de substance économique. Appliquée sur la base d'une présomption générale de fraude ou d'évasion fiscales, à laquelle le juge européen est hostile<sup>266</sup>, la mesure défensive nationale pourra être considérée comme une restriction du droit à la protection juridictionnelle effective.

En définitive, si les présomptions irréfragables sont disproportionnées à l'objectif poursuivi de lutte contre l'évasion ou de la fraude fiscales, elles peuvent être également contraire à l'article 47 de la Charte.

## **B — Des arguments d'incompatibilité avec le droit international économique**

Les mesures nationales défensives inspirées de la liste européenne d'Etats non coopératifs peuvent être éventuellement incompatibles avec le droit du commerce international (1) et avec le droit international fiscal (2).

### **1 – Une compatibilité conditionnelle avec les accords internationaux commerciaux**

La compatibilité des mesures défensives nationales prises sur le fondement de la liste européenne peut être interrogée eu égard au droit de l'OMC, organisation dont sont membres l'Union et ses Etats membres, et aux accords commerciaux régionaux conclu par l'Union.

En premier lieu, la liste peut avoir un impact indirect sur le commerce international dans la mesure où elle est associée à des mesures défensives qui peuvent « affecter » le commerce international des services au sens de l'Accord général sur le commerce des services (GATS) dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)<sup>267</sup>. Un exemple extra-européen peut servir de guide à la réflexion. Dans une affaire *Argentine – Services financiers*, portée devant l'OMC dans le cadre du GATS<sup>268</sup>, le Panama avait contesté certaines mesures fiscales prises par l'Argentine à l'égard de sociétés résidant dans des Etats figurant sur sa liste nationale d'Etats non coopératifs. Les arguments du Panama étaient fondés sur la

---

<sup>266</sup> L'affirmation concerne à la fois les rapports entre Etats membres et ceux entre Etats membres et Etats tiers. V. par ex. CJCE 16 juill. 1998, *Imperial Chemical Industries*, C-264/96, Rec. I-4695, point 26 ; CJCE 12 sept. 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, préc. point 50 ; CJCE (GC) 13 mars 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, Rec. I-2107, point 73 ; CJCE 11 oct. 2007, *ELISA*, préc. point 91 ; CJUE 28 oct. 2010, *Etablissements Rimbaud*, C-72/09, préc., point 34 ; CJUE 5 juill. 2012, *SLAT*, C-318/10, préc., point 38 ; CJUE (GC) 26 févr. 2019, *X GmbH*, ECLI:EU:C:2019:136, point 80 ; CJUE 27 janv. 2022, *Commission c/ Espagne*, C-788/19, ECLI:EU:C:2022:55, points 48-54.

<sup>267</sup> K. Dziurdz, « Non-Discrimination and Harmful Tax Competition under WTO Law and Article 24 of the OECD Model », in P. Pistone et D. Weber (éds.), *Non-Discrimination in Tax Treaties : Selected Issued from a Global Perspective*, IBFD, 2016, p. 167-223, p. 186 et s.

<sup>268</sup> D. Carreau, P. Juillard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd. 2017, §1055 et s.

clause de la nation la plus favorisée<sup>269</sup> et sur la clause du traitement national<sup>270</sup> du GATS. Dans son rapport, le Groupe spécial de l'OMC chargé de la résolution du différend a tenu compte des travaux de l'OCDE contre les « pratiques fiscales dommageables »<sup>271</sup> pour considérer que ces pratiques affectent les conditions de concurrence entre les Etats membres de l'Organisation et peuvent avoir un effet sur le commerce des services<sup>272</sup>. De la même manière, suivant une analyse classique de la « similarité », fondée sur l'existence ou non d'une modification du rapport de concurrence par l'effet des mesures contestées, l'Organe d'appel de l'OMC a considéré que la localisation des fournisseurs dans un Etat non coopératif était un élément qui excluait cette similarité<sup>273</sup>. Enfin, l'Organe d'appel a considéré que les règles fiscales nationales restrictives pouvaient être justifiées par l'objectif d'assurer l'efficacité de la réglementation nationale<sup>274</sup>, permettant ainsi la non-application de la protection de l'Accord selon une des exceptions autorisées par ce dernier<sup>275</sup>. Ainsi, l'application de mesures nationales défensives dans le domaine fiscal peut être compatible avec le GATS sous certaines conditions.

En second lieu, des arguments de non-discrimination concernant les services qui pourraient être invoqués par des Etats inscrits sur une liste d'Etats non coopératifs peuvent être tirés non seulement du droit de l'OMC, mais également d'autres engagements internationaux liant l'Union ou ses membres. L'Union européenne et ses membres ont par exemple conclu un accord de partenariat économique avec le Cariforum<sup>276</sup>, groupement régional d'Etats dont fait partie la Trinité-et-Tobago, Etat inscrit sur la liste européenne. Concernant le commerce des services, la clause du traitement national<sup>277</sup>, applicable en fonction des engagements spécifiques de chaque partie<sup>278</sup>, ou celle de la nation la plus favorisée<sup>279</sup>, pourraient être invoquées par les Etats membres du Cariforum qui feraient l'objet de mesures défensives européennes ou nationales devant l'éventuel

---

<sup>269</sup> Article II du GATS.

<sup>270</sup> Article XVII du GATS.

<sup>271</sup> Projet OCDE/G20 BEPS, Action 5 : « Lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables, en prenant en compte la transparence et la substance », rapport final 2015. V. déjà OCDE, *Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial*, 1998.

<sup>272</sup> OMC, *Argentine – Mesures concernant le commerce des marchandises et des services*, rapport du groupe spécial, 30 sept. 2015, WT/DS453/R, point 7.521.

<sup>273</sup> OMC, *Argentine – Mesures concernant le commerce des marchandises et des services*, rapport de l'organe d'appel, 14 avril 2016, WT/DS453/AB/R, points 6.31-6.34 et 6.45.

<sup>274</sup> *Ibid.*, points 6.202-6.204.

<sup>275</sup> Article XIV, c, du GATS.

<sup>276</sup> Accord de partenariat économique (APE) entre les États du Cariforum et la Communauté européenne et ses États membres, joint à la décision 2008/805/CE du Conseil du 15 juillet 2008, JOUE L289 du 30 oct. 2008, p. 3-1955.

<sup>277</sup> Article 77 de l'APE UE-Cariforum.

<sup>278</sup> Concernant l'APE UE-Cariforum, ces engagements spécifiques figurent dans l'annexe IV. Rappr. D. Carreau, P. Juillard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, *op. cit.*, §1116 et s.

<sup>279</sup> Article 79 de l'APE UE-Cariforum.

panel d'arbitrage prévu par l'accord Cariforum-UE<sup>280</sup>. Toutefois, ces arguments rencontreraient des écueils équivalents à ceux soulevés devant l'Organe d'appel de l'OMC. En effet, l'accord de partenariat économique UE-Caricom inclut, comme le GATS, une clause d'exception générale<sup>281</sup>, permettant de préserver l'effet utile de la réglementation nationale, mais également une clause d'exception spécifique<sup>282</sup>, relative à la préservation de l'effet utile des règles de lutte contre l'évasion et la fraude fiscales. Ainsi, les mesures défensives nationales ou européennes, prises sur le fondement de la liste européenne, pourraient probablement être exclus du champ de la clause de non-discrimination des accords de partenariat économique entre l'Union et des Etats tiers compte tenu de l'existence des clauses d'exception préservant l'effet utile de la réglementation relative à la lutte contre l'évasion ou la fraude fiscales.

En définitive, le seul établissement dans un Etat non coopératif peut exclure la comparabilité avec d'autres entreprises nationales ou étrangères établies dans des Etats coopératifs, de manière à exclure l'application de la clause de la nation la plus favorisée ou de celle du traitement national, incluses dans des engagements internationaux liant l'Union ou ses membres. De plus, l'existence d'exceptions relatives à la préservation de l'effet utile de la législation nationale peut maintenir des règles adoptées pour lutter contre l'évasion ou la fraude fiscales. Ainsi, une éventuelle plainte dans le cadre du GATS, de l'APE UE-Cariforum ou autres instruments internationaux de la part des Etats non coopératifs faisant l'objet de mesures défensives serait probablement vouée à l'échec.

Toutefois, l'affaire *Argentine — Services financiers* souligne le besoin de cohérence dans l'établissement de critères dans les listes qui servent de fondement des mesures défensives fiscales ou non fiscales. En effet, l'inclusion dans une telle liste d'Etats qui sont en réalité coopératifs — car ils acceptent par exemple d'échanger des informations<sup>283</sup> — pourrait relever des règles de l'OMC, si les mesures défensives atteignent de manière différente des services et des fournisseurs de services concurrents et similaires. Ainsi, l'exclusion, pour des raisons de commodité politique, de certains Etats de l'évaluation préalable à l'inscription sur une liste pourrait justifier l'invocation de la clause de la nation la plus favorisée par l'Etat qui s'estime lésé en ce qui concerne le commerce international des services<sup>284</sup>. Dans une telle hypothèse, les organes compétents de l'OMC pourraient se pencher sur les critères selon lesquels les différents Etats sont qualifiés de « coopératifs »

---

<sup>280</sup> Articles 206 et s., APE UE-Cariforum.

<sup>281</sup> Article 224, APE UE-Cariforum.

<sup>282</sup> Article 226, §2 APE UE-Cariforum.

<sup>283</sup> Sur ce point, des considérations de procédure peuvent émerger : y a-t-il eu de tentatives sérieuses de négociation avec l'Etat concerné, ou s'agit-il d'une mesure unilatérale adoptée sans trop s'intéresser au point de vue de cet Etat ? Cette question peut faire l'objet d'appréciation par les organes compétents de l'OMC. V. par ex. OMC, *Etats-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à la base de crevettes*, rapport de l'Organe d'appel, 22 oct. 2001, WT/DS58/AB/RW.

<sup>284</sup> Article II, 1 du GATS.

ou de « non coopératifs », comme ils l'ont fait dans le cadre de l'affaire *Argentine – Services financiers*<sup>285</sup>. Pour justifier une exception dans une échelle régionale, les Etats membres de l'Union pourraient arguer que la création d'une zone d'intégration économique, dans le cadre de l'Union, permet l'adoption de règles incompatibles avec les obligations découlant du GATS. Toutefois, une telle dérogation ne semble être admise que si elle paraît comme une condition inévitable de la création de la zone de libre-échange<sup>286</sup>. Dans une telle hypothèse, l'enjeu pour l'Union et pour ses membres serait d'établir que l'exclusion de l'applicabilité de la libre circulation des capitaux entre l'Union et les Etats tiers, susceptible d'affecter le commerce international des services, est une condition essentielle de l'intégration économique régionale au niveau de l'Union.

## **2 – Une compatibilité éventuelle avec les accords internationaux fiscaux**

Est-ce que les mesures défensives nationales dans le domaine fiscal pourraient être incompatibles avec la clause de non-discrimination des conventions fiscales internationales ? Certaines parmi les conventions conclues entre les Etats membres et les Etats tiers inscrits sur la liste incluent une telle clause de non-discrimination. La France est par exemple liée depuis 1987 d'une convention fiscale avec la Trinité-et-Tobago qui l'inclut. Au titre de l'article 25 de cette convention, les nationaux d'un Etat contractant ne peuvent être soumis dans l'autre Etat contractant à une imposition autre ou plus lourde que celle à laquelle sont soumis les nationaux de cet Etat qui se trouvent « dans la même situation »<sup>287</sup>. Cette protection contre les discriminations fondées sur la nationalité est étendue aux discriminations fondées sur la résidence pour les personnes morales<sup>288</sup> : la convention interdit la discrimination contre les établissements stables des sociétés de l'autre Etat contractant<sup>289</sup> ; elle empêche la différence de traitement entre entreprises résidentes, lorsque le créancier des paiements qu'elles émettent serait résident de l'autre Etat contractant, prenant la forme d'une non déductibilité de ces paiements comme charges<sup>290</sup>. Elle empêche enfin la différence de traitement entre entreprises résidentes qui serait fondée sur le lieu de résidence des détenteurs du capital de certaines parmi celles-ci<sup>291</sup>.

Si l'application de mesures défensives peut être théoriquement contraire aux conventions fiscales incluant une clause de non-discrimination, l'application de cette clause peut être neutralisée par une réserve incluse parfois dans la convention. Cette réserve vise à préserver l'effet utile de la législation nationale relative à la lutte

---

<sup>285</sup> OMC, *Argentine – Mesures concernant le commerce des marchandises et des services*, rapport du groupe spécial, 30 sept. 2015, WT/DS453/R, points 7.751-7.753.

<sup>286</sup> Article V, 1. b) et 2, du GATS.

<sup>287</sup> Article 25, §1, convention fiscale entre la France et la Trinité-et-Tobago du 5 août 1987.

<sup>288</sup> Article 25, §2, 3 et 4, de la convention.

<sup>289</sup> Article 25, §2, la convention.

<sup>290</sup> Article 25, §3, de la convention.

<sup>291</sup> Article 25, §4, de la convention.

contre la fraude ou l'évasion fiscales. Les conventions fiscales françaises avec les Emirats arabes unis<sup>292</sup> ou avec Oman<sup>293</sup> incluent par exemple une telle réserve. La convention entre la France et la Trinité-et-Tobago n'inclut cependant pas de telle réserve, ce qui signifie que la clause de non-discrimination dans la convention franco-trinidadienne a en théorie un effet plein. En revanche, d'autres Etats membres de l'Union, comme la Belgique<sup>294</sup>, n'ont pas fait le choix d'inclure dans leur convention avec la Trinité-et-Tobago une clause de non-discrimination. Ainsi, l'application d'une règle nationale avec un champ d'application similaire d'un Etat membre à l'autre aura un effet différent en fonction de la portée des conventions fiscales qui lient chaque Etat membre avec des Etats tiers de la liste. Ainsi, une règle nationale qui limite la déductibilité des charges exposées dans les Etats non coopératifs, à l'image de la règle française, serait inapplicable en présence d'une convention incluant une clause de non-discrimination et n'incluant pas de réserve neutralisant l'application de cette clause au profit de la législation nationale anti-évasion ou anti-fraude fiscale. Dans le même temps, cette protection est variable en présence d'Etats membres différents, où l'absence d'une clause de non-discrimination dans les conventions fiscales permet aux mesures défensives nationales un plein effet. Il en ressort ainsi que la liste européenne des Etats non coopératifs, à elle seule, ne permet pas une coordination suffisante de la lutte contre l'érosion de la base d'imposition à travers l'Union. Un acte contraignant en droit de l'Union serait alors nécessaire.

Cette applicabilité théorique de la clause de non-discrimination est en pratique très nuancée. En effet, comme dans le droit de l'OMC, la protection sur le fondement de la clause de non-discrimination exige une comparabilité stricte entre la situation du contribuable qui invoque le traitement discriminatoire et celle qu'il considère comparable à la sienne. Cette exigence est posée discrètement, mais certainement : la convention fait référence à des contribuables qui se trouvent « dans la même situation »<sup>295</sup>, à des entreprises qui exercent « la même activité »<sup>296</sup> et à des entreprises « similaires »<sup>297</sup>. En cas de traitement fiscal différencié de certains flux financiers qui transitent les Etats non coopératifs, est-ce que la discrimination découlant de l'application des mesures défensives nationales est fondée sur la résidence des entreprises, en tant que telle, ou bien sur d'autres critères ? A la différence de l'analyse par la Cour de justice des restrictions aux

---

<sup>292</sup> V. par ex. article 18, §6, convention France/Emirats arabes unis du 18 juillet 1989, modifiée par l'avenant du 6 déc. 1993 : « les dispositions de la Convention n'empêchent ou ne limitent en rien l'application par la France — à l'égard de ses résidents autres que les citoyens des Emirats arabes unis — des dispositions de sa législation interne destinées à prévenir ou sanctionner l'évasion ou la fraude fiscales ».

<sup>293</sup> Article 18, §5, convention France/Oman du 1<sup>er</sup> juin 1989, modifiée par les avenants du 22 oct. 1996 et du 8 avril 2012.

<sup>294</sup> V. le tableau comparatif sur le site du ministère des finances belge [[financien.belgium.be/sites/default/files/bbisi/lijst\\_van\\_staten.xlsx](http://financien.belgium.be/sites/default/files/bbisi/lijst_van_staten.xlsx)]

<sup>295</sup> Article 25 §1 du modèle de convention fiscale de l'OCDE (2017).

<sup>296</sup> Article 25 §3 du modèle.

<sup>297</sup> Article 25 §4 du modèle.

libertés européennes susceptibles d'être justifiées, une discrimination fondée sur la résidence est automatiquement considérée comme injustifiée dans les conventions fiscales internationales<sup>298</sup>. En revanche, si la discrimination est fondée sur d'autres critères, elle ne rentre même pas dans le champ d'application de la clause de non-discrimination de la convention<sup>299</sup>. Ainsi, il est de première importance d'identifier la raison de la différence de traitement. Dans le cas du traitement fiscal différencié des flux financiers impliquant un Etat non coopératif, il sera probablement possible de suggérer que la différence de traitement n'est pas fondée sur le lieu de résidence d'une entreprise, mais sur d'autres éléments présents dans le système fiscal de l'autre Etat qui rendent sa situation non comparable avec d'autres entreprises résidentes.

Dans une perspective française, la jurisprudence récente du Conseil d'Etat, relative à la clause de non-discrimination de la convention fiscale franco-coréenne de 1979, confirme une telle analyse<sup>300</sup>. Inspiré des commentaires<sup>301</sup> du modèle de convention par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE<sup>302</sup>, le juge administratif considère qu'une caisse de retraite gérant un régime obligatoire d'assurance vieillesse établie en Corée ne se trouve pas dans la même situation qu'une caisse de retraite gérant un régime obligatoire d'assurance vieillesse établie en France, « eu égard notamment aux bénéficiaires que les assurés français peuvent en retirer ». A la différence des fondations reconnues d'utilité publique en France, l'organisme de retraite étranger en l'espèce ne justifiait pas l'affectation irrévocable de ses ressources à son activité. Il ne pouvait donc pas prétendre à l'exonération de dividendes prévue pour les fondations reconnues d'utilité publique en France, motivée par le caractère désintéressé de leur gestion. Cet exemple démontre la finesse de l'analyse aujourd'hui développée en contentieux dans l'interprétation du concept de « similarité », susceptible de neutraliser la reconnaissance d'une discrimination dans les conventions fiscales qui prévoient une telle clause.

En somme, les conventions fiscales d'un Etat membre incluant une clause de non-discrimination n'auront probablement pas d'effet concernant les flux financiers impliquant un Etat tiers non coopératif, dans la mesure où les

---

<sup>298</sup> V. par ex. Bundesfinanzhof, Urt. 10 mars 2005, II R 51/03, *Bundessteuerblatt* 2005-II, p. 412.

<sup>299</sup> A. Rust, « Article 24 », in E. Reimer, A. Rust, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Kluwer, 5<sup>e</sup> éd. 2021, n°35.

<sup>300</sup> CE 6 déc. 2021, n°433301, *Etablissement public coréen National Pension Service*, Lebon, *RJF* 2022/2, n°126, concl. C. Guibé, *RJF* 2022/2, C126.

<sup>301</sup> Ces commentaires peuvent être pris en considération par le juge administratif statuant en matière fiscale comme élément de contexte, lorsqu'ils sont antérieurs à la conclusion convention et que celle-ci est rédigée en termes similaires par rapport au modèle commenté (CE, 28 mai 2014, n°360890, *Sté Al Hayat Publishing Company Ltd*), sinon comme « source d'inspiration », lorsqu'ils sont postérieurs à la conclusion de la convention (concl. Cytermann sur CE plén. fisc. 11 déc. 2020, n°420174, *min c/ Sté Conversant International Ltd*, point 1.3.4).

<sup>302</sup> OCDE, « Fiscalité et non-discrimination », rapport adopté par le Comité des affaires fiscales le 20 juin 2008, modèle OCDE 2017, version complète, vol. II, R (22).

transactions avec l'Etat tiers ne pourront pas être qualifiées comme similaires à celles réalisées avec un Etat coopératif.

\*

\*

\*

Au terme de cette étude, il convient de constater que l'incidence de la liste européenne des Etats non coopératifs à des fins fiscales est beaucoup plus importante que l'opprobre jeté sur un Etat tiers à l'Union pour son absence de mise en œuvre des standards de « bonne gouvernance fiscale ». Technique de droit souple, elle permet à l'Union d'animer sa stratégie fiscale extérieure tout en suggérant des mesures défensives fiscales et non fiscales. Fruit d'un acte non décisif, ses actualisations sont épargnées du recours en annulation, sans qu'il ne soit exclu d'envisager un renvoi en interprétation ou en appréciation de validité de l'acte ou de la législation apparentée qu'il inspire. Fondement de mesures défensives nationales, elle peut être à l'origine d'un contrôle de compatibilité de ces mesures par rapport au droit européen et au droit international économique. Justifiée par la compétence interne de l'Union en matière de réglementation concernant la circulation des capitaux entre l'Union et les Etats tiers, elle présage une compétence externe exclusive de l'Union en la matière.