

AIDES D'ÉTAT, CODE DE CONDUITE ET CONCURRENCE FISCALE DANS L'UNION EUROPÉENNE :

Les centres d'affaires comme cibles

António Carlos dos Santos

De Boeck Supérieur | « [Revue internationale de droit économique](#) »

2004/1 t. XVIII, 1 | pages 9 à 45

ISSN 1010-8831

ISBN 2-8041-4449-6

Article disponible en ligne à l'adresse :

<http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2004-1-page-9.htm>

Pour citer cet article :

António Carlos dos Santos, « Aides d'état, code de conduite et concurrence fiscale dans l'Union Européenne :. Les centres d'affaires comme cibles », *Revue internationale de droit économique* 2004/1 (t. XVIII, 1), p. 9-45.
DOI 10.3917/ride.181.0009

Distribution électronique Cairn.info pour De Boeck Supérieur.

© De Boeck Supérieur. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

AIDES D'ÉTAT, CODE DE CONDUITE ET CONCURRENCE FISCALE DANS L'UNION EUROPÉENNE : LES CENTRES D'AFFAIRES COMME CIBLES

António Carlos dos SANTOS*

- 1 L'évolution de la politique communautaire relative à la fiscalité des centres d'affaires
 - 1.1 Le nouveau contexte de la fiscalité européenne
 - 1.1.1 L'espace financier européen et l'Union monétaire
 - 1.1.2 Le Pacte de stabilité et de croissance et les Grandes orientations de politique économique
 - 1.1.3 L'élargissement
 - 1.1.4 La mondialisation
 - 1.1.5 Les conséquences
 - 1.2 La nouvelle politique de la Commission
 - 1.2.1 Le premier Rapport Monti : une approche coordonnée, une stratégie globale
 - 1.2.2 Corollaires de la nouvelle attitude de la Commission
 - 1.2.2.1 Les objectifs de la nouvelle forme de régulation communautaire
 - 1.2.2.2 L'approche de paquet fiscal global
 - 1.2.3 Le deuxième Rapport Monti : la montée de la question de la concurrence fiscale
 - 1.3 De la stratégie globale au retour au pragmatisme
 - 1.3.1 Le Plan d'action en faveur du Marché unique
 - 1.3.2 La Communication « Vers une coordination fiscale dans l'Union européenne »
 - 1.3.3 L'adoption du paquet fiscal par l'ECOFIN

* Institut supérieur d'Économie et de Gestion, Université technique de Lisbonne. Actuellement, conseiller financier à la Représentation permanente du Portugal (acs@reper-portugal.be).

- 2 Les principaux instruments de l'action communautaire contre la concurrence fiscale dommageable
 - 2.1 Considérations générales
 - 2.1.1 Le Code de conduite sur la fiscalité des entreprises
 - 2.1.2 Le régime des aides d'État
 - 2.1.3 Les relations entre le régime du Code de conduite et celui des aides fiscales
 - 2.1.3.1 Le point J du Code de conduite
 - 2.1.3.2 La Communication de la Commission sur les aides fiscales
 - 2.2 Les régimes du Code de conduite et des aides fiscales : analyse comparative
 - 2.2.1 Fondements des deux régimes
 - 2.2.2 Les différences
 - 2.2.3 Les points de contact entre les deux régimes
 - 2.3 La qualification des mesures fiscales : mesures dommageables, aides d'État, mesures fiscales générales
 - 2.3.1 Champ d'application des régimes : points controversés
 - 2.3.2 Aides fiscales et mesures fiscales dommageables : les critères communs
 - 2.3.3 Le critère de la sélectivité et les mesures fiscales générales
 - 2.3.4 Le Code de conduite et le critère de la sélectivité
 - 2.3.5 Mesures fiscales générales et mesures fiscales dommageables
 - 2.3.6 Les effets de l'application du Code de conduite
 - 2.3.6.1 Le rôle du Code de conduite selon différents types d'aides fiscales
 - 2.3.6.2 Les effets juridiques indirects du Code de conduite
 - 3 Les activités financières comme cible de la politique de régulation communautaire de la concurrence fiscale
 - 3.1 La Communication de la Commission sur le Cadre d'action concernant les services financiers
 - 3.2 La Communication sur les aides d'État et les activités financières
 - 3.3 Le poids des activités financières dans la liste Primarolo
 - 4 Brèves observations finales
- Summary

Aujourd'hui, il n'y a que des tendances

Giorgio Armani

1 L'ÉVOLUTION DE LA POLITIQUE COMMUNAUTAIRE RELATIVE À LA FISCALITÉ DES CENTRES D'AFFAIRES

1.1 Le nouveau contexte de la fiscalité européenne

1.1.1 L'espace financier européen et l'Union monétaire

Les nouvelles règles du traité instituant la Communauté européenne (traité CE) relatives à la pleine liberté de circulation des capitaux et des paiements entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont entrées en vigueur le

1^{er} janvier 1994.¹ Ce fait a marqué la pleine affirmation du marché intérieur, sur le plan des libertés économiques fondamentales, et la création des conditions nécessaires à la mise en place d'un espace financier unifié.²

Cet espace s'est consolidé avec l'institutionnalisation d'une Union monétaire, à laquelle appartiennent actuellement douze États membres (Eurosystème), selon un modèle caractérisé non seulement par la fixation irréversible des taux de change mais aussi par l'introduction d'une monnaie unique, d'un Système européen de banques centrales et d'une Banque centrale européenne dont l'objectif est de définir la politique monétaire. De plus, le Conseil a reçu pour mission de définir la politique de change sur le plan communautaire.³

Depuis leur adhésion à l'Union monétaire, les douze États membres qui l'intègrent ont abdicqué de leurs politiques monétaire et de change, en cessant, notamment, de pouvoir effectuer des dévaluations compétitives.

Néanmoins, celles-ci ont été tendanciellement remplacées par le phénomène des *défiscalisations compétitives*. La possibilité de ce type de phénomène a augmenté à partir du moment où il y a eu une réduction ou une élimination des risques de fluctuations de change dans les États adhérents au Système monétaire européen ou dans les États adhérents à l'Eurosystème, respectivement.⁴

1. La version initiale du traité CE (traité de Rome) contenait un ensemble de règles (comprises dans les articles 67 à 73) qui prévoyait une période de transition pendant laquelle l'application de restrictions aux mouvements des capitaux continuerait à être possible. Le traité de Maastricht a remplacé ces règles par d'autres (comprises dans les articles 73-A à 73-G) qui sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1994 et qui ont institué, sous réserve de circonstances exceptionnelles, la libre circulation des capitaux et des paiements. Ces normes sont incluses dans la version du traité découlant du traité de Nice, dans les articles 56 à 60. Il faut noter que l'article 58, paragraphe 1, point a) du traité prévoit encore que la libre circulation des capitaux et des paiements ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres « d'appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis ».
2. Selon l'article 14, paragraphe 2 du traité CE, « le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité ».
3. Sur ce thème, consultez, parmi d'autres auteurs, Carlos LARANJEIRO, *Lições de Integração Monetária Europeia*, Almedina, Coimbra, 2000.
4. Cf. COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, *Avis sur la fiscalité directe et indirecte* (967C 82/11), JOCE n° C82 du 19 mars 1996, p. 54 : « La libéralisation totale de la circulation des capitaux avec le maintien des différences entre les taux d'imposition et le maintien du principe d'un traitement différencié entre les résidents et les non-résidents donne dès lors également lieu à une défiscalisation compétitive. Les épargnants ont intérêt à placer leur argent à l'étranger pour échapper à la pression fiscale. Ceci force les États membres à réduire l'impôt sur l'épargne de leurs propres résidents. Les risques qu'un tel scénario se produise augmentent encore lorsqu'il n'y a pas de risque de change. »

1.1.2 Le Pacte de stabilité et de croissance et les Grandes orientations de politique économique

La consolidation de la zone euro a impliqué également des progrès dans l'Union économique et dans la consolidation budgétaire. De cette façon, on a poursuivi, par d'autres voies, le chemin sous-jacent à l'adhésion à la monnaie unique qui exigeait des États membres le respect des fameux critères de Maastricht.

À présent, on exige des États membres de l'Eurogroupe une coordination plus étroite de leur politique budgétaire à travers le respect du Pacte de stabilité et de croissance (PSC).⁵

En même temps, les États poursuivent une politique complémentaire de coordination de leur politique économique, dont les principaux instruments sont les recommandations formulées dans les Grandes orientations de politique économique (GOPE), originaires annuelles et dorénavant approuvées tous les trois ans, qui couvrent, outre les orientations de politique macroéconomique destinées à assurer la croissance et la stabilité et à améliorer la qualité et l'équilibre des finances publiques, les réformes économiques liées au marché du travail, au marché des produits, au marché des services financiers, à l'esprit d'entreprise (*entrepreneurship*), à la connaissance et à l'innovation, et à l'environnement.⁶

La politique fiscale est coordonnée et appréciée dans ce contexte, en étant globalement orientée vers la suppression des distorsions fiscales et l'adaptation des systèmes fiscaux aux défis posés par l'intégration européenne et le progrès technique.

5. Le PSC a été approuvé par le Conseil européen d'Amsterdam et incorporé dans la Résolution du 17 juin 1997 (JOCE n° C 236/1 du 2 août 1997) et dans deux Règlements du Conseil, n°s 1466 et 1467, respectivement, du 7 juillet 1997 (JOCE n° L 209 du 2 août 1997). Cf. aussi « Revised opinion of the Economic and Financial Committee on the content and format of stability and convergence programmes, endorsed by the ECOFIN Council on 10 July 2001 ("2001 code of conduct") », *European Economy*, n° 3, 2002, pp. 237-238.
6. Cf. articles 98 et suivants du traité CE. Les GOPE constituent l'instrument stratégique en ce qui concerne la définition et l'évaluation de la politique économique communautaire *lato sensu*. On y formule, sous forme d'articles, les recommandations relatives aux politiques macroéconomiques et aux réformes structurelles que les États membres s'engagent à poursuivre. Actuellement, les recommandations des GOPE intègrent les objectifs des Conseils européens de Lisbonne, Göteborg, Luxembourg et Cardiff. Les GOPE pour 2000 illustrent la position européenne sur la fiscalité : les États membres doivent réduire la pression fiscale, notamment celle qui frappe les salaires les plus bas, améliorer l'efficacité et la transparence des systèmes fiscaux, notamment par un élargissement de l'assiette, une réduction des taux et la mise en place des procédures de recouvrement appropriées, simplifier, moderniser et appliquer d'une manière uniforme les règles de la TVA et renforcer leur coordination fiscale de façon à éviter une concurrence fiscale néfaste, ce qui implique l'obtention d'un accord sur le paquet fiscal conformément aux conclusions du Conseil européen de Helsinki de décembre 1999. Les États devraient encore appliquer les règles communautaires en matière d'aides publiques de manière rigoureuse, réduire les aides, en particulier les aides *ad hoc*, et les réorienter vers des objectifs à la finalité horizontale et réexaminer les exonérations fiscales qui ont une incidence négative sur l'environnement (CONSEIL DE L'UE, *Grandes orientations des politiques économiques 2000* – Recommandation du Conseil du 19 juin 2000, EFC/ECFIN/370/00-final, Luxembourg, SPOCE, 2000, pp. 22-25).

1.1.3 L'élargissement

Le processus européen d'intégration économique a débuté avec six États membres. Au cours d'une période d'environ quarante ans, il s'est élargi progressivement d'abord à neuf, puis à dix, puis à douze, et finalement, à quinze États membres. En ce qui concerne les règles de concurrence, en particulier celles relatives aux aides d'État, le champ territorial d'application s'est élargi, avec le traité de Porto, à l'Espace économique européen, en couvrant ainsi la Norvège, le Liechtenstein et l'Islande.⁷

Actuellement, on prévoit l'adhésion de dix nouveaux États, en une seule fois. Il en résultera une plus grande diversité des systèmes fiscaux en vigueur dans l'espace communautaire, ce qui aura de fortes répercussions au niveau de la concurrence fiscale.

Par ailleurs, dans le cadre des négociations du processus d'adhésion, la Commission a identifié environ cinquante mesures fiscales dans les pays candidats qui, selon les critères communautaires, sont considérées comme potentiellement dommageables. Malte et Chypre ont à eux seuls, respectivement, neuf et quatorze de ces mesures. Il faut d'ailleurs rappeler que, selon Duhamel, ces États figurent sur des listes non officielles de « paradis fiscaux » en tant que territoires soupçonnés d'accueillir des capitaux douteux provenant du Moyen-Orient.⁸

Un autre exemple intéressant est celui de l'Estonie qui, depuis sa réforme fiscale de 2000, n'applique pas un véritable impôt sur les bénéficiaires des sociétés. Les personnes morales enregistrées en Estonie et les non-résidents y possédant des filiales ou des établissements stables ne payent pas d'impôt sur le revenu relativement aux bénéficiaires qu'ils obtiennent, mais seulement un impôt sur les bénéficiaires distribués. Les bénéficiaires non distribués sont exonérés de l'imposition.⁹

La proximité de l'adhésion de ces États fait augmenter sensiblement la pression sur les Quinze pour qu'ils parviennent à un accord, à court terme, sur une stratégie de coopération. S'ils n'y parviennent pas et étant donnée la règle de l'unanimité en matière fiscale, il deviendra très difficile d'obtenir, à court terme, l'approbation de toute nouvelle mesure communautaire sur ce plan. L'Union risque très fortement d'être soumise à une concurrence fiscale (et, dans un sens plus large, réglementaire ou institutionnelle) plus intense.

7. L'Accord sur l'Espace économique européen a été signé à Porto le 2 mai 1992 et visait la création d'un espace homogène entre les pays de la CE et de l'Association européenne de libre-échange (AELE) au niveau des libertés économiques fondamentales, du système de défense de la concurrence et de certaines politiques (recherche et développement, environnement, éducation et politique sociale).
8. Cf. G. DUHAMEL, *Les Paradis Fiscaux*, Éd. Grancher, Paris, 2002, pp. 110 et 230. Il faut noter que l'auteur emploie le terme « paradis fiscaux » dans un sens beaucoup plus large que celui employé par l'OCDE.
9. Selon G. MEUSSEN, Chypre a une situation analogue en ce qui concerne le taux d'imposition applicable (imposition nulle). (« The EU fights against harmful tax competition : Future developments », *EC Tax Review*, n° 3, 2002, p. 159.)

1.1.4 La mondialisation

La mondialisation de l'activité économique, des échanges et des investissements, en particulier ceux financiers, l'avènement de la société de l'information et de l'incessante innovation technologique, la multiplication des entreprises qui opèrent au-delà des frontières nationales (firmes transnationales) sont des phénomènes qui posent des défis importants à la fiscalité et aux systèmes fiscaux.¹⁰

En effet, ceux-ci reposent largement, de nos jours encore, sur un principe de territorialité et sur des droits fiscaux nationaux fondés sur celui-ci, lorsqu'en réalité, un grand nombre des phénomènes économiques et technologiques les plus importants transcendent le territoire des États membres. En effet, beaucoup de facteurs susceptibles d'imposition traversent aujourd'hui les frontières, sans besoin d'autorisation ou sans aucun contrôle, pour se fixer dans les États qui offrent, à tout moment, de meilleures conditions globales. Parmi celles-ci, la fiscalité joue un rôle très important, quoiqu'il soit difficile, en pratique, de déterminer avec précision son impact réel. Il existe des centaines de paradis fiscaux ou refuges fiscaux ou régimes fiscaux préférentiels qui abritent ces activités.¹¹

La richesse, la consommation, le travail, les sujets passifs eux-mêmes, par l'action conjuguée de l'effet numérique (*digitalization*), de la réalité virtuelle et de la globalisation, peuvent devenir immatériels et planétaires, en échappant ainsi facilement aux contrôles fiscaux classiques. Les pouvoirs publics et les administrations nationales, tels qu'on les connaît, sont incapables de contrôler, tout seuls, le cyberspace financier ou même la circulation des biens immatériels. Les politiques nationales (fiscales, mais pas seulement), actives ou défensives, produisent aujourd'hui, plus que jamais, des effets au-delà des frontières nationales (externalités).

Tout ceci – et l'on pourrait citer beaucoup d'autres exemples – constitue un phénomène qui incite les États à agir dans un cadre multilatéral, régional, voire même

-
10. Cf., entre autres, J. OWENS, « Globalisation : The implications for tax policies », *Fiscal Studies*, vol. 14, n° 3, 1993, pp. 21-44 ; A. Sousa FRANCO, « O novo ambiente tecnológico e o direito fiscal », CIAT, *A Tributação Face às Relações Internacionais e à Utilização das Novas Tecnologias*, Cad. CFT (187), Ministério das Finanças, Lisboa, 2000, pp. 30-52 ; Vito TANZI, « El impacto de la globalización económica en la tributación », *AFIP*, vol. 25, n° 8, 1999, pp. 1449-1456 ; S. VASQUES, « Globalização e igualdade tributária », *Colóquio : Os Efeitos da Globalização na Tributação de Rendimento e da Despesa*, Cad. CTF n° 188, 2000, p. 429 et ss. Dans une optique plus sociologique, cf. A. Carlos dos SANTOS, « Globalização e mudança social, desafios e problemas da sociedade de informação », *Ciclo de Seminários 2001/2002, do Mestrado sobre Sistemas de Informação* (separata), ISCTEM, Maputo, pp. 6-12.
11. Il ne faut pas oublier non plus la question de la lutte contre le terrorisme à la suite de l'attentat tragique du 11 septembre 2002 qui a conduit à un plus grand contrôle sur les centres financiers ou les centres ou places d'affaires. Cependant, les mesures exigées par la lutte contre le terrorisme ou contre le blanchiment de capitaux (échange d'informations, levée du secret bancaire, supervision bancaire accrue, etc.) ne sont pas forcément les mêmes que celles exigées par la lutte contre le *planning* fiscal ou contre la concurrence fiscale dommageable.

tendanciellement mondial (l'OCDE ou l'OMC), en vue de sauvegarder leur propre base matérielle d'existence, les impôts.¹²

1.1.5 Les conséquences

Ce contexte a naturellement d'importantes conséquences sur la façon dont l'UE envisage, depuis quelques années, la question fiscale.¹³ Le pouvoir fiscal, notamment dans le domaine de la fiscalité directe, continue à appartenir à la souveraineté des États membres, quoique avec certaines limitations.

Toutefois, il serait fort peu probable que les transformations de l'environnement communautaire et international ne produisent pas de séquelles. Comme le signale le Comité Économique et Social européen, « la suppression des frontières et la libre circulation des capitaux peuvent, dans certains cas, mener à une spirale de *concurrence fiscale* vers le bas entre les États membres. Cela est d'autant plus vraisemblable au fur et à mesure que la base imposable est plus mobile. Dans bien des cas, une telle spirale descendante sur les impôts "mobiles" aboutit cependant à un accroissement de la pression fiscale sur d'autres types d'imposition, par exemple celle des revenus du travail, ou certains impôts indirects ». ¹⁴ De ce fait, ce contexte a naturellement des

-
12. Cf. OCDE, *Concurrence Fiscale Dommageable. Un problème mondial*, Paris, 1998, et *Vers une Coopération Fiscale Globale. Progrès dans l'identification et élimination des pratiques fiscales dommageables*, Paris, 2000. Consultez sur ce thème, parmi d'autres auteurs, Clotilde C. PALMA, « A OCDE, a concorrência fiscal prejudicial e os paraísos fiscais : novas formas de discriminação fiscal ? », *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, n° 403, 2001. Pour une comparaison entre les systèmes de l'OCDE et de l'Union européenne, cf. J. MALHERBE, « Concurrence fiscale dommageable et paradis fiscaux », *Journal des Tribunaux*, n° 5997, p. 57 et ss. ; A. C. dos SANTOS/C. C. PALMA, « A regulação internacional da concorrência fiscal prejudicial », *Ciência e Técnica Fiscal*, n° 395, 1999, p. 9 et ss. ; C. DAVID, « Comparaison entre le code de conduite communautaire et la recommandation de l'OCDE sur la concurrence fiscale déloyale », *RIDE*, n° 3, 1999, pp. 309-320. Dans le cadre de l'OMC, consultez aussi le nouvel *Accord sur les subventions et les mesures de compensation* qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995 et qui a été transposé dans le droit communautaire par le Règlement (CE) n° 3284/94 du 22 décembre 1994 postérieurement remplacé par le Règlement (CE) n° 2026/97 du 6 octobre 1997 concernant la défense contre des importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non-membres de la Communauté européenne (JOCE, n° L 288 du 21 octobre 1997). Sur les mécanismes de l'OMC, cf. M. BENIATH, *Fondements Juridiques du Traitement des Subventions dans les Systèmes GATT & OMC*, Droz, Genève/Paris, 1998.
13. Sur les différents aspects du changement de direction de l'Union relativement à la question fiscale, cf. B. PATTERSON/ A. M. SERRANO, *Tax co-ordination in the European Union*, European Parliament, ECON 125, 2000 ; A. C. dos SANTOS/C. C. PALMA, « A regulação internacional da concorrência fiscal prejudicial », *op. cit.* ; W. VERMEEND, « Tax policy in Europe », *EC Tax Review*, n° 3, 1998, p. 151 et ss. ; M. AUJEAN, « Quelles fiscalités dans l'Union européenne du 21^e siècle ? », *Revue du Marché Unique Européen*, n° 2, 1997, p. 111 et ss. ; M. MONTI, « The Single Market and beyond : Challenges for tax policy in the European Union », *EC Tax Review*, n° 1, 1997, p. 2 et ss. ; et « Fiscalité : voir ensemble les enjeux fondamentaux » (interview), *R.A.E.*, n° 2, 1996, pp. 85-88.
14. *Avis sur...*, *op. cit.*, p. 50. Cette affirmation est peut-être excessive, car il faut aussi prendre en considération le poids des facteurs non fiscaux (concentration du savoir-faire, effets d'agglomération, etc.) sur la localisation des entreprises.

répercussions sur les centres d'affaires à l'intérieur de la Communauté qui sont voués, exclusivement ou principalement, aux activités financières et à la prestation de services internationaux, et en particulier sur leur encadrement fiscal.¹⁵

En outre, la Commission reconnaît que « si la libéralisation des marchés financiers a notablement amélioré l'efficacité de la répartition des ressources et réduit les coûts de financement, elle a également ouvert de nouvelles possibilités à la planification et à l'optimisation fiscales et aussi accru les possibilités d'évasion et de fraude fiscales, contribuant ainsi à détériorer la base d'imposition dans de nombreux pays à travers le monde ». ¹⁶ Et, par conséquent, les institutions communautaires ont envisagé une stratégie pour faire face aux principaux problèmes détectés : d'abord, la tendance à déplacer la charge fiscale globale au détriment des facteurs de production fixes ou moins mobiles ; deuxièmement, la tendance de tous les États membres à imposer l'épargne de leurs résidents mais tout en veillant à ce que l'épargne des non-résidents bénéficie d'exonérations fiscales ; troisièmement, le fait qu'il y ait de nombreux statuts spéciaux et d'exception dans la Communauté, notamment pour les centres de services financiers (liés, ou pas, à des zones *off-shore*) et pour ce qu'on appelle les quartiers généraux des entreprises par rapport auxquels l'imposition n'est pas effectuée en fonction des bénéfices mais selon la méthode « coût-plus ». ¹⁷

1.2 La nouvelle politique de la Commission

1.2.1 Le premier Rapport Monti : une approche coordonnée, une stratégie globale

Pour la Commission, cet état de choses ne pourra être surmonté que par le biais de deux actions : l'adoption d'une approche plus coordonnée entre les États membres et les institutions communautaires, et la formulation d'une stratégie fiscale globale.¹⁸

La première action, c'est-à-dire l'existence d'une *approche plus coordonnée*, poursuit une tendance déjà envisagée au début des années 1990, et signifie le rejet par

15. L'expression « centre d'affaires », bien que souvent employée dans le langage courant (à l'exemple de « centre international d'affaires », « centre financier » ou d'autres expressions plus ou moins équivalentes), n'a pas un contenu juridique précis. Comme il en ressort du texte, elle est ici employée pour désigner un espace institutionnel privilégié, notamment en matière fiscale, voué en particulier à l'exercice d'activités financières et de services financiers.

16. COMMISSION CE, *La fiscalité dans l'Union européenne*, SEC (96) 487 final, du 20 mars 1996, document soumis à l'analyse du Conseil ECOFIN informel de Vérone du 13 avril de la même année (Premier Rapport MONTI, aussi désigné Mémoire de Vérone), p. 3.

17. COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, *Avis sur...*, *op. cit.*, p. 57.

18. COMMISSION CE, *La fiscalité...*, *op. cit.*, p. 2 et ss. Sur ce thème, cf. L. HINNEKENS, « The Monti Report : The uphill task of harmonizing direct tax systems of EC Member States », *EC Tax Review*, n° 1, 1997, p. 31 et ss. ; C. RADAELLI, *Policy Narratives in the European Union : The Case of Harmful Tax Competition*, EUI Working Paper RSC n° 98/34.

la Communauté de l'harmonisation fiscale par elle-même, comme elle l'avait pensé à son origine, et le choix d'une politique qui « consiste à réduire ou supprimer les possibilités de *shopping* fiscal et les régimes dérogatoires, tout en maintenant, autant que possible, les particularités fiscales nationales ». ¹⁹ L'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité est ainsi sous-jacente à cette approche. ²⁰ En l'absence d'un changement dans le processus décisionnel en matière de fiscalité, où le principe de l'unanimité serait abandonné, comme le propose la Commission depuis longtemps, cette perspective est considérée comme étant la plus réaliste.

La deuxième action, c'est-à-dire la formulation d'une *stratégie fiscale globale*, signifie que la coordination ne doit pas dépendre d'initiatives isolées ou fragmentées, mais qu'elle doit répondre à une analyse systémique qui prenne en compte l'ensemble de la fiscalité et des problèmes qu'elle pose à l'intégration européenne et aux autres politiques européennes. Comme le signale, en mars 1996, le premier Rapport Monti : « Par le passé, les discussions se sont trop souvent limitées à des propositions considérées isolément, ce qui n'a pas permis d'examiner valablement les problèmes fiscaux plus généraux, ni la question de l'encadrement de la politique fiscale dans le contexte plus vaste des politiques communautaires. » ²¹ Dorénavant, la définition de la politique fiscale communautaire serait liée à d'autres domaines et à d'autres objectifs politiques, tels que la santé, l'environnement, l'énergie, les transports, les finances ou les systèmes financiers.

1.2.2 Corollaires de la nouvelle attitude de la Commission

1.2.2.1 *Les objectifs de la nouvelle forme de régulation communautaire*

Il importe de mettre en évidence, dès maintenant, les deux conséquences qui découlent de cette nouvelle attitude.

Première conséquence : la neutralité fiscale devra s'affirmer sur le plan de la fiscalité des États membres, mais non sur le plan de l'Union. Celle-ci doit définir clairement les objectifs de l'intervention qu'elle veut poursuivre. La Commission a défini, à cet égard, trois objectifs en fonction de trois défis clairement liés les uns aux autres : la stabilisation des recettes fiscales des États membres, le bon fonctionne-

19. M. ENGLERT/M. SAINTRAIN, « Les pouvoirs publics face à la concurrence fiscale », *Reflets et Perspectives de la Vie Économique* (La coordination des politiques structurelles dans l'Union européenne), t. XL, n° 3, 2001, p. 55.

20. Cf. l'article 2 (ex-article B) du traité sur l'Union européenne, l'article 5, paragraphes 2 et 3, du traité CE et le Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. En ce qui concerne le principe de la subsidiarité, il faut rappeler que le Conseil européen d'Édimbourg (11-12 décembre 1992) avait décidé que « les mesures non contraignantes, telles que les recommandations, doivent être privilégiées lorsqu'elles sont appropriées. Il convient d'envisager également, le cas échéant, le recours à des codes de conduite volontaires » (CONSEIL CE, *Conseil européen d'Édimbourg, Conclusions de la Présidence*, Luxembourg, SPOCE, 1992, p. 21).

21. Premier Rapport MONTI, précité, p. 2.

ment du marché unique et la promotion de l'emploi.²² Il faut noter que la cohésion économique et sociale est absente de ces préoccupations.

La stabilisation des recettes des États membres serait affectée par la détérioration de la situation fiscale découlant de l'érosion de la base imposable provoquée aussi bien par la concurrence fiscale que par le développement de l'économie parallèle. La première est due aux écarts entre les taux d'imposition effectifs et se traduit par le transfert des bases imposables à d'autres pays. La deuxième dépend du niveau absolu de ces taux et se traduit par le transfert des bases imposables vers le marché noir. Aucun impôt ne resterait en dehors de ces tendances. En ce qui concerne la fiscalité des entreprises, la menace proviendrait surtout des entreprises et des activités dotées de grande mobilité internationale. « Ce sont les services financiers internationaux, ainsi que la gestion, les sièges et la trésorerie des groupes multinationaux qui bénéficient le plus souvent de régimes fiscaux particuliers ou de dérogations. »²³

Le bon fonctionnement du marché intérieur exigerait la suppression des barrières fiscales encore existantes, soit sur le plan de la TVA, soit sur le plan des impôts sur le revenu des personnes physiques ou des impôts sur les entreprises qui opèrent au niveau européen (différences de traitement entre les entreprises nationales et les établissements stables, traitement des pertes d'établissements stables et de filiales dans d'autres États membres, intérêts et redevances).

Finalement, la promotion de l'emploi impliquerait une inversion de la pression fiscale sur la main-d'œuvre grâce à une réduction de l'imposition des revenus du travail ou, plutôt, des coûts non salariaux de la main-d'œuvre, en particulier les cotisations patronales pour la Sécurité sociale. Toutefois, dans une époque de consolidation budgétaire, la réduction des impôts devient problématique, raison pour laquelle il faudrait trouver des sources alternatives de financement qui permettent de mettre en œuvre cet objectif.

1.2.2.2 L'approche de paquet fiscal global

Deuxième conséquence : une stratégie globale exigerait la présentation d'un *paquet fiscal*, en vue de faciliter le progrès des négociations. Un paquet permet une négociation globale où un État peut faire des concessions sur une proposition A, plus défavorable à ses intérêts, en échange de l'adoption d'une proposition B qu'il considère plus avantageuse. Dans ce cadre, il serait important de poursuivre une approche équilibrée qui prenne en compte tous les intérêts en jeu.

Sur la base de ces principes, l'intervention communautaire devrait couvrir les domaines suivants : a) le respect, par les systèmes fiscaux des États membres et sous le contrôle de la Commission, des règles et principes de droit originaire ou dérivé en vigueur, notamment en matière de libertés économiques ou de concurrence ; b) la présentation par la Commission du programme stratégique pour la création d'un

22. *Ibidem*.

23. *Ibidem*, p. 5.

système définitif de TVA fondé sur le principe de l'État membre d'origine ; c) la présentation de propositions relativement aux taux minimaux des accises ; d) la présentation d'une nouvelle approche au niveau de l'imposition des produits énergétiques qui contribue à la réduction des émissions de CO₂ ; e) et, finalement, la présentation d'une communication sur la fiscalité directe où l'on analysera les domaines où le marché unique ne fonctionne pas d'une manière pleinement efficace (le cas de l'imposition des particuliers non résidents, tels que les travailleurs transfrontaliers, de l'imposition des paiements d'intérêts transfrontaliers, de l'imposition des établissements permanents et du besoin d'adapter les conventions fiscales bilatérales à un marché unique en plein fonctionnement).²⁴

Il faut noter, dès maintenant, que de la façon dont cette approche d'ensemble et cette stratégie fiscale globale nous sont présentées, l'objectif de la lutte contre les mesures fiscales dommageables, de la lutte contre la concurrence fiscale néfaste, joue un rôle d'une certaine importance, sans toutefois être exclusif, voire dominant. En effet, la question de la suppression des obstacles fiscaux au marché intérieur a, au moins dans cette première approche, un poids équivalent.

1.2.3 Le deuxième Rapport Monti : la montée de la question de la concurrence fiscale

Le deuxième Rapport Monti, d'octobre 1996, est fondé sur les travaux d'un groupe de haut niveau composé de représentants personnels des Ministres. Ce Rapport maintient, en grande partie, l'approche et la stratégie du premier Rapport.²⁵ On y met en évidence, avant toute chose, le besoin de créer des conditions plus favorables au développement des entreprises et à l'achèvement du marché unique, sans que ceci mette en cause la protection des bases d'imposition et la prévention de la fraude et de l'évasion fiscales transfrontalières.

C'est dans ce cadre que la question de la concurrence fiscale dommageable est examinée. On y signale, cependant, que la perception de l'influence exercée par la menace de concurrence fiscale déloyale ou dommageable sur les politiques fiscales nationales varie d'un État membre à l'autre et qu'il n'a pas été possible d'établir une définition *commune* et *objective* de la notion de mesure fiscale déloyale.²⁶

De ce fait, quelques membres du groupe ont suggéré que la Commission applique, à cet effet, d'une façon cohérente et transparente, les règles des aides d'État et que les travaux dans ce domaine soient poursuivis parallèlement à ceux de l'OCDE. De plus, une attention particulière a été accordée à la question de la fiscalité de l'épargne.

24. *Ibidem*, pp. 11-12.

25. COMMISSION CE, *La fiscalité dans l'Union européenne. Rapport sur l'évolution des systèmes fiscaux*, COM (96) 546 final, du 22 octobre 1996 (Deuxième Rapport MONTI).

26. *Ibidem*, p. 8.

Quant aux autres questions, le deuxième Rapport Monti a repris l'objectif de la promotion de l'emploi, en particulier le besoin de réduire l'imposition du travail, ce qui serait compensé par une réduction des dépenses publiques ou par une augmentation de la charge fiscale sur d'autres impôts, et a mis davantage en valeur la question de l'environnement et du développement durable, en appuyant dans ce cadre la thèse du *double dividende*, selon laquelle les recettes provenant de la fiscalité en matière d'environnement (ou de la fiscalité sur l'énergie) devraient être utilisées pour financer la réduction de l'imposition du travail.

De tout ceci ressortait le besoin de continuer sur la voie du renforcement de la coordination fiscale. Tout simplement, face aux difficultés de négociation, la Commission commençait à changer son discours. Elle se déclarait, maintenant, plus favorable à « une approche pragmatique et réaliste visant à donner aux États membres des moyens plus efficaces pour se protéger contre la perte de la souveraineté fiscale nationale en faveur des marchés ».²⁷

Les propositions comprises dans « la voie à suivre » sont encore vastes, mais la question de la concurrence fiscale commence à se manifester sur le plan des conclusions (et, non plus, comme nous l'avons vu, sur le plan de l'analyse). La lutte contre ce phénomène apparaît même comme le premier objectif à être cité et la Commission espère qu'un échange d'informations plus profond en ce qui concerne les politiques fiscales permettra au futur Groupe de Politique fiscale (qui remplacera le Groupe de haut niveau) d'aborder cette question.

Avec ou sans nouveau groupe fiscal, avec ou sans accord sur la définition de concurrence fiscale dommageable, la Commission en profite pour définir les initiatives qu'elle mettra en place dans ce domaine, notamment la recherche d'un accord sur les types de mesures considérées comme dommageables dans le *contexte communautaire*, la définition de normes communes dans certains domaines (« code de conduite »), l'introduction d'une plus grande coordination des mesures adoptées par les autorités nationales, et le renforcement de la coopération entre ces autorités dans leur lutte commune contre la fraude et l'évasion.

Le chemin était tracé. Dorénavant, la globalité et la portée de l'approche initiale continueraient à faire partie du discours, mais, en pratique, elles seraient progressivement remplacées par les traditionnelles « approches réalistes et pragmatiques ».

1.3 De la stratégie globale au retour au pragmatisme

1.3.1 Le Plan d'action en faveur du Marché unique

Il existe trois moments fondamentaux dans ce processus. D'abord, le Plan d'action en faveur du Marché unique, document présenté par la Commission en 1997 lors du Conseil européen d'Amsterdam où l'on a établi la nouvelle philosophie de la

27. *Ibidem*, p. 13.

Communauté par rapport à la fiscalité et le changement de la stratégie d'intervention.²⁸ Les objectifs stratégiques à court terme de cette institution ont également été définis, tels que la suppression des principales distorsions fiscales. Ces distorsions et les barrières qu'elles créent sur le marché n'avaient pas encore été – selon ce document – abordées « avec suffisamment de détermination ». Les effets négatifs qui en résultent, associés « à la concurrence en termes fiscaux augmentent les difficultés que les États membres ressentent quant à la restructuration de leurs systèmes fiscaux et ne permettent pas d'avancer vers un système fiscal plus cohérent au niveau de l'Union ».²⁹ Parallèlement à l'objectif stratégique « d'éliminer les principales distorsions du marché », la Commission proposait la création d'un « paquet fiscal » tel qu'il existe aujourd'hui : Code de conduite, mesures destinées à éliminer les distorsions au niveau de l'imposition des revenus du capital, mesures destinées à éliminer les retenues à la source sur les paiements d'intérêts et de redevances, mesures destinées à améliorer la cohérence de l'application des règles communautaires relatives aux aides d'État. Le Plan indique également des mesures destinées à éliminer des distorsions importantes en matière d'impôts indirects. Toutefois, celles-ci joueront un rôle secondaire et l'objectif de créer un système commun de TVA ne sera plus affirmé.

1.3.2 La Communication « Vers une coordination fiscale dans l'Union européenne »

Le deuxième moment concerne la Communication que la Commission a adressée au Conseil, en octobre 1997, intitulée *Vers une coordination fiscale dans l'Union européenne*.³⁰ Bien que l'approche globale en matière de politique fiscale soit encore mentionnée et que les objectifs précités soient, à nouveau, abordés, la question de la concurrence fiscale dommageable émerge comme question centrale. Sa résolution, par le biais d'une action coordonnée et d'un ensemble de mesures, permettrait d'atteindre les autres objectifs. On peut y lire : « La concurrence fiscale doit être vue en soi comme un phénomène bénéfique pour les citoyens et un moyen d'exercer une pression à la baisse sur les dépenses publiques. Toutefois, une concurrence incontrôlée ayant pour enjeu des facteurs mobiles peut rendre les systèmes fiscaux pénalisants pour l'emploi et entraver la réduction méthodique et structurée de la charge fiscale globale. Elle réduit aussi la marge de manœuvre pour atteindre d'autres objectifs communautaires tels que la protection de l'environnement. De plus, la concurrence fiscale peut gêner les efforts de réduction des déficits budgétaires, ce qui constitue une fin en soi, mais qui est aussi nécessaire à la fois pour satisfaire aux critères de Maastricht et pour appliquer le pacte de stabilité et de croissance. L'intégration des

28. COMMISSION CE, *Plan d'action en faveur du Marché Unique*, Communication de la Commission au Conseil européen, CSE (97)1, du 4 juin 1997.

29. *Ibidem*.

30. COMMISSION CE, *Vers une coordination fiscale dans l'Union européenne – Un ensemble de mesures pour lutter contre la concurrence fiscale dommageable*, Communication de la Commission au Conseil COM (97) 495 final, du 1^{er} octobre 1997.

marchés, si elle ne s'accompagne pas d'une coordination fiscale, restreint de plus en plus la liberté des États membres de choisir la structure fiscale la plus adaptée, notamment en élargissant la base d'imposition et en réduisant les taux. »³¹

Si la question de la concurrence fiscale est la pierre philosophale, la proposition d'un code de conduite constitue, selon la Commission, un « élément clé » du paquet fiscal. Il faut souligner que le paquet n'intégrait la question des aides d'État que par extension. Cette question était un élément *a latere*: la Commission, à la demande de nombreux États membres, s'engageait à réévaluer sa politique d'aides d'État, en présentant à cet effet une communication spécifique de façon à contribuer à l'élimination de la concurrence dommageable en matière fiscale. Pour cela, elle prendrait en compte, au nom de l'intérêt commun, les effets négatifs des aides qui seraient identifiées par le Groupe de Politique fiscale. Ceci pourrait même impliquer la révision de certaines de ses décisions antérieures. La Commission pourrait proposer aux États membres la modification ou la suppression de certaines aides, au cas où ce serait nécessaire pour des raisons afférentes au développement ou au fonctionnement du marché unique.

1.3.3 L'adoption du paquet fiscal par l'ECOFIN

Le troisième moment, qui a eu lieu le 1^{er} décembre 1997, concerne l'approbation des conclusions en matière de politique fiscale par le Conseil ECOFIN avec l'adoption du paquet fiscal.³² La stratégie globale reste dorénavant clairement confinée à trois domaines : celui de la fiscalité des entreprises, celui de la fiscalité des revenus de l'épargne et celui de la problématique de la retenue à la source appliquée aux paiements transfrontaliers d'intérêts et de redevances entre entreprises.³³ En ce qui concerne la fiscalité des entreprises, celle-ci s'est restreinte au Code de conduite, un document qui se définit comme un « engagement politique » qui n'affecte donc pas les droits et les obligations des États membres, ni leurs compétences ou celles de la Communauté telles qu'elles découlent du traité, approuvé par un « instrument » et un « organe » atypiques, une Résolution conjointe du Conseil et des Représentants des Gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil.³⁴ La raison de ceci est

31. *Ibidem*, p. 2.

32. Cf. CONSEIL, *Conclusions du Conseil ECOFIN du 1^{er} décembre 1997 en matière de politique fiscale* (98/C 2/01), JOCE n° C 2/1 du 6 janvier 1998.

33. La Commission a présenté au Conseil deux propositions de directive concernant ces deux derniers domaines. La première proposition, présentée le 4 mars 1998, concernait un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents (COM (1998) 67 final). La deuxième proposition, présentée le 20 mai 1998, avait pour but d'assurer un taux minimum d'imposition effective sur les revenus de l'épargne sous forme d'intérêts, à l'intérieur de la Communauté (COM (1998) 295 final). Un accord (quoique conditionnel) sur l'approbation des modifications introduites par le Conseil relativement à ces propositions et des travaux du Code de conduite a été obtenu au sein de l'ECOFIN du 21 janvier 2003. Cet accord a modifié substantiellement les résultats de l'accord désigné « accord de Santa Maria da Feira » (2000).

34. Cf. l'Annexe 1 des Conclusions du Conseil (citées dans la précédente note n° 32), qui inclut la Résolution du Conseil et des Représentants des Gouvernements des États membres, réunis au sein

le fait que le Conseil, seul, ne possède pas de compétence à cet égard car il s'agit d'un domaine de compétence partagée : la souveraineté des États en matière de fiscalité directe est limitée par un ensemble de principes et de règles compris dans le traité et dans le droit dérivé dont la surveillance appartient aux institutions européennes.

Laisant de côté le thème des propositions de directive sur l'imposition de l'épargne et sur les paiements d'intérêts et de redevances, nous analyserons seulement le Code de conduite et le régime des aides d'État, ainsi que les relations qui existent entre eux.

2 LES PRINCIPAUX INSTRUMENTS DE L'ACTION COMMUNAUTAIRE CONTRE LA CONCURRENCE FISCALE DOMMAGEABLE

2.1 Considérations générales

2.1.1 Le Code de conduite sur la fiscalité des entreprises

En tant qu'engagement politique à vocation normative, le Code intègre, tout au plus, les procédures de ce qu'on appelle le *soft law*.³⁵ Bien qu'il ne puisse pas être évoqué d'une façon autonome devant la Cour de justice, il ne laisse pas de produire certains effets juridiques, comme nous le verrons par la suite.

En termes généraux, le Code définit ce que sont des mesures fiscales potentiellement dommageables, énonce quelques critères pour les détecter, prévoit la création d'un groupe qui supervisera le travail d'évaluation des mesures instituées, stipule une clause de gel (*standstill*) destinée à empêcher l'entrée en vigueur de nouvelles mesures, et fixe les délais pour le démantèlement (*rollback*) des mesures considérées effectivement dommageables.³⁶

du Conseil du 1^{er} décembre 1997 sur un code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises. Le préambule de ce Code de conduite souligne que cet instrument constitue « un engagement politique et n'affecte donc pas les droits et obligations des États membres ni les compétences respectives des États membres et de la Communauté telles qu'elles découlent du traité ». Conformément à ces considérations et sur la base de décisions prises par la Cour de justice au sujet d'affaires qui portaient sur une éventuelle application d'autres codes de conduite, la doctrine, en général, et la Commission considèrent (et, à notre avis, d'une manière appropriée) que les États membres et les institutions communautaires ne sont justiciables, sur la base du Code de conduite sur la fiscalité des entreprises.

35. « Texte à fondement politique, librement négocié, il a une vocation normative puisqu'il dicte de façon générale et abstraite le comportement à venir des États. » (J.-P. GASTAUD, « Le pouvoir des États et la concurrence fiscale déloyale », *RIDE*, n° 3, 1999, p. 346.) Sur le rôle (et le paradoxe) du recours au *soft law* par la nouvelle politique fiscale de la Commission, consultez A. M. JIMÉNEZ, *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community*, Kluwer, 1999, p. 299 et ss.
36. Consultez sur ce thème, en plus des textes déjà cités et entre autres auteurs, J. MALHERBE, « Harmful tax competition and the future of financial centres in the European Union », *Intertax*, vol.

Le Code prévoit encore une clause de non-préjudice applicable à des mesures destinées à promouvoir le développement des régions les plus défavorisées, particulièrement les régions ultrapériphériques.³⁷ De cette façon, il cherche à mettre en œuvre les dispositions de l'article 299, paragraphe 2, du traité.³⁸

Par confession des pays concernés ou sur dénonciation, une liste provisoire des mesures qui peuvent nuire à la concurrence fiscale a été élaborée. Après l'évaluation et, en théorie, la « prise de décision par consensus » au sein du Groupe du Code de conduite ou Groupe Primarolo (notons, en passant, qu'en pratique ceci n'arrive que très rarement), les mesures ont été transposées dans une liste définitive composée de 66 mesures, qui figure dans un Rapport présenté par le Groupe du Code de conduite au sein de l'ECOFIN du 29 novembre 1999.³⁹ Toutefois, les mesures ne peuvent être considérées comme effectivement dommageables qu'après l'approbation (sans réserves) de la liste par le Conseil. À notre avis, l'accord politique obtenu au sein de l'ECOFIN du 21 janvier 2003 n'équivaut pas encore à une approbation de la liste des

30, nos 6-7, 2002, et « Harmful tax competition and the European Code of Conduct », *Tax Notes International*, 2000, p. 151 ; Carlo PINTO, (*Harmful*) *Competition Within the European Union ; Concept and Overview of Certain Tax Regimes in Selected Member States*, http://www.lof.nl/artikel/harm_tax.html18-2-2002 ; L. Ruibal PEREIRA, « Código de conducta para la fiscalidad de las empresas », *Noticias de la Unión Europea*, n° 203, 2001, p. 105 et ss. ; Clotilde C. PALMA, « O combate à concorrência fiscal prejudicial – Algumas reflexões sobre o Código de Conduta comunitário da fiscalidade das empresas », *Fiscalia*, n° 21, 1999 ; Freitas PEREIRA, « Concorrência fiscal prejudicial – O Código de conduta da União Europeia », *Ciência e Técnica Fiscal*, n° 390, 1998, p. 205 et ss.

37. La rédaction finale du deuxième paragraphe du point G du Code (introduit à l'initiative portugaise et espagnole) est la suivante : « Pour autant que les mesures fiscales sont utilisées pour soutenir le développement économique de régions déterminées, il sera évalué si elles sont proportionnelles et ciblées par rapport à l'objectif visé. Dans le cadre de cette évaluation, une attention particulière sera accordée aux caractéristiques et contraintes particulières des régions ultrapériphériques et des îles de taille réduite, sans nuire à l'intégrité et à la cohérence de l'ordre juridique communautaire, y compris le marché intérieur et les politiques communes. »
38. Ce dispositif permet au Conseil d'adopter à la majorité qualifiée, compte tenu des facteurs structurels qui nuisent sérieusement au développement des régions ultrapériphériques, certaines mesures spécifiques, notamment dans des domaines comme la politique fiscale, la politique douanière, les zones franches et les aides d'État.
39. Le Groupe « Code de conduite » a été créé le 9 mars 1998 et est connu par le nom de sa présidente Down Primarolo, à l'époque *Paymaster General* du Royaume-Uni (cf. Conclusions du Conseil ECOFIN, JOCE n° C 99 du 1^{er} avril 1998). Les conclusions du Conseil du 9 mars 1998 concernant la création du Groupe « Code de conduite » (fiscalité des entreprises) ne prévoient pas un mécanisme de décision au sein du Groupe, mais précisent qu'il est convenu que les rapports que le Groupe transmet au Conseil refléteront soit l'avis unanime de ses membres, soit les différents avis exprimés au cours de la discussion. Pour le rapport final, cf. CONSEIL UE (Groupe PRIMAROLO), *Rapport du Groupe « Code de conduite » (fiscalité des entreprises) soumis au Conseil ECOFIN le 29 novembre 1999*, SN 4901/99, Bruxelles, 23/11/1999, *Press Release* 29/2/2000, publié dans la page web du Conseil (qui a décidé, lors de sa session du 28 février 2000, de rendre public ce rapport sans prendre position quant au contenu) et aussi par le Ministère portugais des Finances (CEF) in Cad. CTF, n° 185, 2000, sous le titre UNIÃO EUROPEIA, *Código de Conduta, Fiscalidade das Empresas*.

66 mesures étant donné que l'idée de paquet implique qu'il y ait un accord, sur le plan juridique, relativement aux autres propositions, ce qui, comme nous le savons, n'a pas encore été établi en ce qui concerne la proposition de directive relative à l'épargne.

La seule mesure qui figure sur la liste concernant le Portugal est la mesure B6, relative aux services financiers autorisés dans la Zone franche de Madère (ZFM).⁴⁰ En effet, si l'on considère le point 65 du Rapport, ce volet de la ZFM est le seul qui a enregistré une évaluation positive. Cependant, le récent accord politique (obtenu au sein de l'ECOFIN du 21 janvier 2003) prévoit une clause qui permet le maintien des aides accordées aux services financiers déjà installés jusqu'à la fin de 2011, date prévue par le régime juridique en vigueur pour l'échéance des aides fiscales.⁴¹

2.1.2 Le régime des aides d'État

Le régime des aides d'État est prévu par les articles 87 à 94 du traité et par certains actes du droit dérivé, en particulier par le règlement de procédure qui est en vigueur depuis avril 1999.⁴²

Le traité déclare que « sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».⁴³

Les règles des aides s'appliquent aux subventions sous toutes formes (positives ou négatives), en couvrant ainsi les avantages fiscaux accordés par les pouvoirs publics (au sens large du terme) à certaines et non à toutes les entreprises ou productions (également au sens large du terme). Ces avantages représentent une

-
40. Le Portugal a exprimé son désaccord par rapport à la qualification de la mesure et à la procédure d'évaluation qui lui était sous-jacente, en apposant en bas de page une réserve relativement au point 32 du Rapport où figure l'évaluation positive de la mesure B6 concernant la ZFM. On peut y lire : « La délégation portugaise a sollicité la modification du numéro 32 par l'addition de la phrase "en se basant exclusivement sur l'évaluation fondée sur les critères du point B du code" en vue de rendre clair que la mesure B6 n'a pas été évaluée aux termes du point G du code. En effet, étant donné qu'aucun État membre n'a donné son avis sur le concept de proportionnalité relativement à la mesure B6 aux termes du point G du code, ni sur l'évaluation de la mesure face à la condition ultrapériphérique de Madère, ni sur le contenu du rapport présenté par le Portugal à ce sujet, on ne peut donc pas en déduire que ce silence général signifie que la mesure B6 a été dûment évaluée dans le cadre du point G du code. » (Cf. UNIÃO EUROPEIA, œuvre citée dans la note précédente, p. 32).
41. On doit rappeler qu'à la différence d'autres régimes qui ont été considérés comme potentiellement dommageables et qui seront aussi prolongés dans le temps, le régime des services financiers de Madère était le résultat d'une autorisation communautaire jusqu'à 2011.
42. Cf. Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 qui établit les règles d'exécution de l'article 93 du traité CE (JOCE n° L 83/1 du 27 mars 1999).
43. Le principe de l'incompatibilité des aides d'État avec le marché commun est inclus dans l'article 88, paragraphe 1 du traité CE et couvre les aides sectorielles, régionales, horizontales, *ad hoc* ou à l'exportation.

dépense fiscale pour l'État et une réduction des coûts de fonctionnement courants pour les bénéficiaires.⁴⁴

Les États sont tenus de notifier préalablement à la Commission les aides qu'ils veulent introduire.⁴⁵ La Commission peut, néanmoins, par dérogation au principe d'incompatibilité, autoriser une certaine aide à condition que celle-ci remplisse les conditions prévues par l'article 87, paragraphe 3. Dans ce cas, la Commission jouira d'un large pouvoir discrétionnaire dans l'analyse des conditions nécessaires à la dérogation. À cet effet, la Commission publie habituellement des communications, des orientations et des lignes directrices où elle établit les critères nécessaires à l'approbation des aides et à la définition de leur intensité. Ces règles ne lient pas les États membres à moins qu'ils ne donnent leur accord, mais elles lient la Commission. De toute façon, l'autorisation de la Commission implique, entre autres choses, que l'aide soit analysée en fonction de l'intérêt communautaire (et non de l'intérêt national) et qu'elle ne mette pas en cause d'autres principes ou des normes communautaires, notamment, en matière de fiscalité indirecte, celles relatives à l'interdiction des impositions d'effet équivalent (articles 23 à 37 du traité CE) et des impositions intérieures qui frappent, d'une manière discriminatoire, les produits provenant d'autres États membres (article 90 du traité CE).

Les aides non notifiées ou non autorisées sont illégales. Au cas où celles-ci seraient exécutées, elles seraient soumises à des sanctions, parmi lesquelles l'obligation de récupérer l'aide illégalement octroyée par l'État membre en question.⁴⁶

44. La clarification de l'application du régime des aides d'État aux aides sous forme fiscale a été effectuée en 1961 dans le cadre du traité CECA (mais postérieurement élargie à la CEE) par l'arrêt de la Cour de justice du 23 février 1961 dans l'affaire n° 39/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/ Haute Autorité CECA*, Rec. 1961, p. 5.

45. Cf. l'article 88, paragraphe 3 du traité.

46. Sur les aides d'État consultez, parmi les auteurs portugais, M. MARTINS, *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, Princípiã, S. João do Estoril, 2001 ; J. N. ALMEIDA, *A Restituição das Ajudas de Estado Concedidas em Violação do Direito Comunitário*, Coimbra Ed., Coimbra, 1997 ; Luís MORAIS, *O Mercado Comum e os Auxílios Públicos. Novas Perspectivas*, Almedina, Coimbra, 1993. Sur les aides d'État sous forme fiscale, cf. également « Auxílios de Estado fiscais e princípio da não discriminação fiscal », *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrales*, FDUL, Coimbra Ed., Coimbra, 2000, pp. 885-929 ; A. C. dos SANTOS, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Almedina, Coimbra, 2003 ; W. SCHÖN, « Taxation and State aid law in the European Union », *Common Market Law Review*, 36, 1999, pp. 911-936 ; F. VANISTENDAEL, « Steuerliche hilfsmassnahmen und schädliche Steuerkonkurrenz », *Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung*, 2000, pp. 299-319 ; J. WOUTERS/ B. Van HEES, « Les règles communautaires en matière d'aides d'État et la fiscalité directe : quelques observations critiques », *Cahiers de Droit Européen*, n° 5-6, 2001, p. 647 et ss. ; J. BLUMENBERG/ M. LAUSTERER, « Staatliche Beihilfen im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung », *Steuerrecht und Europäische Integration : Festschrift für Albert J. Rädler zum 65. Geburtstag*, Beck, München, 1999, p. 1 et ss. ; F. FICHERA, « Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario », *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, LVII, 1, I, 1998, p. 84 et ss.

2.1.3 Les relations entre le régime du Code de conduite et celui des aides fiscales

2.1.3.1 *Le point J du Code de conduite*

Un des points les plus intéressants du Code est le point J qui fait la liaison avec la question des aides d'État, un thème qui, comme nous l'avons vu, relève du domaine communautaire et où la Commission joue le rôle principal. Ainsi, dans le point J, le Conseil souligne que la Commission s'engage « à publier les lignes directrices pour l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises pour la mi-1998 » et « à veiller scrupuleusement à la mise en œuvre rigoureuse des règles relatives aux aides en cause, en tenant compte, inter alia, des effets négatifs de ces aides que l'application du code mettra en évidence », et rappelle « l'intention de la Commission d'examiner ou de réexaminer, au cas par cas, les régimes fiscaux en vigueur et les nouveaux projets des États membres en assurant une cohérence et une égalité de traitement dans l'application des règles et des objectifs du traité ».⁴⁷

Il faut noter que le régime des aides d'État, lorsqu'il implique l'incompatibilité des mesures des États membres qui octroient des avantages spécifiques à certaines entreprises que celles-ci n'auraient pas été capables d'obtenir à travers le bon fonctionnement du marché, ne s'inscrit pas dans le cadre des actes de coordination des politiques des États membres mais dans le cadre des politiques communautaires destinées à contrôler l'interventionnisme public susceptible d'engendrer des distorsions de concurrence entre entreprises. Le contrôle communautaire des aides fiscales astreint l'intervention des États membres dans la vie économique aux priorités d'ordre politique de la Communauté définies par l'article 87, paragraphes 2 et 3 du traité.

2.1.3.2 *La Communication de la Commission sur les aides fiscales*

Le 11 novembre 1998, une Communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises a été finalement approuvée.⁴⁸

On y suppose très clairement que de telles règles contribueront « à l'objectif de lutte contre la concurrence fiscale dommageable ».⁴⁹ Il est toutefois intéressant de

47. Cf. A. Carlos dos SANTOS, « Point J of the Code of Conduct or the primacy of politics over Administration », *European Taxation*, vol. 40, n° 9, 2000, pp. 417-421.

48. COMMISSION CE, *Communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises* (98/C 384/03), JOCE n° C 384/3 du 10 décembre 1998. Il importe également de mettre en relief, dans ce contexte, les nouvelles *Orientations relatives aux aides d'État à finalité régionale* (98/C 74/06), JOCE n° C 74 du 10 mars 1998, p. 9 et ss., avec les modifications introduites par le document n° 2000/C 258/06 de la Commission (JOCE n° C 258 du 9 septembre 2000, p. 5).

49. *Ibidem*, point 1, p. 3.

souligner que la publication de cette Communication contient, en elle-même, une certaine contradiction, étant donné que la Commission et la Cour de justice ont toujours défendu le caractère peu significatif de la forme en matière d'aides d'État. Or le simple fait de publier une communication sur une forme spécifique d'aide (dans ce cas, les aides fiscales) traduit (bien que ce soit positif, à notre avis) la reconnaissance, implicite ou explicite, de la spécificité de la forme d'imposition dans l'octroi d'aides, soit en ce qui concerne leur qualification en tant qu'aides, soit en ce qui concerne l'application des dérogations prévues par l'article 87, paragraphe 3 du traité.

Ce qui est également curieux, c'est que la Communication se limite à la fiscalité directe des entreprises, en excluant de cet exercice les cotisations de Sécurité sociale – qui, cependant, ont fait l'objet d'une communication autonome précédente – et, surtout, la taxation indirecte (la TVA et les droits d'accises). Ce fait révèle le rapport profond qui existe entre cette Communication et le Code de conduite, qui se limite lui aussi à la fiscalité directe. Cette question est d'autant plus intéressante que le régime des aides s'applique à tous les impôts, sans distinction, comme le prouve, d'ailleurs, l'énumération dans la Communication d'exemples de décisions qui ne concernent pas la fiscalité directe.

2.2 Les régimes du Code de conduite et des aides fiscales : analyse comparative

2.2.1 Fondements des deux régimes

Il faut d'abord analyser la *ratio* de chacun de ces instruments.⁵⁰ Ainsi, le Code se justifie en raison de la concurrence entre États, ayant pour but d'éliminer les mesures fiscales dommageables, c'est-à-dire celles qui, selon le point A du Code, ont ou peuvent avoir « une incidence sensible sur la localisation des activités économiques au sein de la Communauté », y compris les activités économiques exercées à l'intérieur d'un groupe de sociétés.⁵¹

Les États entreraient en compétition les uns avec les autres pour attirer des investissements ou des capitaux étrangers par le biais de la voie fiscale, ce qui aurait, au cas où ceci serait exécuté avec succès, des répercussions négatives sur les recettes de l'État d'origine des capitaux. Cette concurrence produirait, ainsi, des délocalisations d'entreprises ou de capitaux pour des raisons uniquement fiscales. Ceci donnerait lieu à un champ de concurrence entre entreprises qui, du point de vue

50. Cf. sur ce thème F. VANISTENDAEL, « Steuerliche hilfsmassnahmen und schädliche Steuerkonkurrenz », *op. cit.*, p. 309 ; A. EASSON, « State aid and the Primarolo list », *The EC Tax Journal*, vol. 5, n° 2, 2001, p. 109 et ss. ; A. C. dos SANTOS, « Point J... », *op. cit.*, p. 418-9 et, d'une manière générale, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, *op. cit.*

51. Sur la concurrence entre États consultez M. BALLBÉ/C. PADRÓS, *Estado Competitivo y Armonización Europea*, Ariel, Barcelona, 1997.

de la théorie économique dominante, ne serait pas sain. Il faut noter qu'étant donné ces conditions, le Code a l'intention d'atteindre les mesures des États destinées à favoriser des entreprises ou des capitaux étrangers et non pas à protéger les entreprises ou les capitaux nationaux, ce qui signifie que le Code veut s'étendre à ce qu'on appelle la discrimination à rebours (c'est-à-dire celle qui défavorise les résidents des États membres) qui n'est pas, en principe, interdite par le traité.⁵²

Par contre, le régime des aides d'État vise en première instance la protection de la concurrence entre entreprises contre des distorsions de concurrence ou des échanges intracommunautaires engendrées par les États à travers l'octroi de subventions, positives ou négatives, à certaines entreprises rivales au détriment d'autres. Par ailleurs, il a pour but de protéger le marché communautaire (le marché intérieur) contre sa segmentation par le biais des aides d'État. Il veut également, de façon complémentaire, assurer qu'il n'y a pas de discriminations injustifiées envers des étrangers ou des non-résidents ou de formes de protectionnisme en faveur d'entreprises ou de capitaux nationaux.

La concurrence institutionnelle entre États n'est pas en principe son objectif, ni de loin son objectif principal (encore aujourd'hui). Notons d'ailleurs, en passant, que le régime des aides d'État, étant donné son application casuistique, n'est pas fait pour régir la concurrence entre États. À la limite, son application casuistique pourrait même conduire à une situation politiquement absurde où toutes les aides autorisées proviendraient d'un seul État membre.

D'un autre côté, un régime plus restrictif des aides fiscales par rapport à d'autres formes d'aides, qui semble être dans les intentions de la Commission, pourrait conduire à un recours plus intense à l'instrument des subventions directes par les États membres dotés, à cet effet, de meilleures ressources financières.

52. S'il n'y a pas de normes communautaires en sens contraire (approuvées, par exemple, sur base des articles 95 ou 96 du traité), les États membres peuvent adopter à l'intérieur du pays des mesures qui donnent lieu à des discriminations à rebours (cf. C. M. von QUITZOW, *State Measures Distorting Free Competition in the EC*, Kluwer, 2002, pp. 231-232 ; F. G. PRATS, *Imposición Directa, no Discriminación y Derecho Comunitario*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 77 et ss.). Sur cette question consultez aussi, parmi les auteurs portugais, A. LAUREANO, *Discriminação Inversa na Comunidade Europeia (O Desfavorecimento dos Próprios Nacionais na Tributação Indirecta)*, Quid Juris, Lisboa, 1997, pour qui la discrimination fiscale à rebours est « un traitement fiscal défavorable imposé à des réalités juridiques (*maxime* personnes) qui, au titre de leur nationalité ou de leur territoire, ont une relation privilégiée avec l'entité publique (État membre) auteur de la discrimination » (p. 75). Bien que l'auteur ne parle que de la taxation indirecte, nous pensons que la thèse de la non-interdiction de la discrimination à rebours qu'il défend – la lettre de la disposition (ex-article 95, actuel article 90 du traité CE) s'oppose à l'idée que celle-ci n'autorise pas les discriminations fiscales à rebours (p. 292) – s'applique nettement à la taxation directe, domaine par rapport auquel le traité n'a prévu, du moins d'une façon spécifique, que l'interdiction de l'application de systèmes de compensation aux frontières (ex-article 98, actuel article 92).

2.2.2 Les différences

Il faut maintenant – quoique de manière succincte – comparer le régime du Code et celui des aides d'État.

Nous avons déjà indiqué trois différences. L'institution des aides d'État est un régime de *hard law* ; le Code est un engagement politique et, dans la meilleure des hypothèses, un régime de *soft law*. L'application du régime des aides appartient exclusivement à la Commission ; celle du Code appartient au Conseil, étant mise en action par un groupe constitué pour superviser le système et évaluer les mesures – le Groupe Primarolo – où la Commission participe sans droit de vote. Le régime des aides d'État s'étend légalement à tous les impôts et formes fiscales susceptibles d'apporter des avantages de cette nature (bien que la Communication, comme nous l'avons vu, n'aborde que la question des impôts directs) ; à ce stade, le Code ne s'applique qu'aux impôts directs.

Il y a toutefois d'autres différences. La plus importante a trait au cadre différent d'application des deux régimes. Celui des aides ne s'applique qu'aux territoires de l'Union et de l'EEE tels qu'ils sont définis par les traités respectifs ; le Code de conduite ne s'applique pas aux États de l'EFTA, mais par contre, il est voué à une application extraterritoriale, s'étendant, dans le cadre de certains principes, aux territoires dépendants et associés des États membres.⁵³

53. Les frontières de la Communauté ont un caractère fonctionnel, c'est-à-dire qu'elles varient en fonction des matières en cause. De ce fait, les Régions ultrapériphériques (les départements français d'Outre-mer, les Açores, l'île de Madère et les îles Canaries) sont soumises aux dispositions du traité CE, quoique, comme nous l'avons vu, ces territoires doivent faire l'objet de mesures spécifiques qui impliquent l'application d'un principe de discrimination positive (article 299, paragraphe 2 du traité CE). Toutefois, leur statut n'est pas identique : par exemple, tandis que les Régions autonomes portugaises intègrent pleinement le territoire communautaire (à tous les effets), les Canaries sont restées longtemps en dehors du territoire douanier de la Communauté et se trouvent (à l'image d'autres espaces) en dehors du territoire fiscal en matière de TVA et des accises, et les D.O.M. sont aussi hors du champ d'application de la TVA, quoiqu'une TVA non harmonisée existe dans ces territoires. Il y a des pays et des territoires d'Outre-mer qui bénéficient du régime spécial d'association défini par le traité, mais ce régime ne s'applique pas à d'autres pays et territoires d'Outre-mer qui entretiennent des relations particulières avec le Royaume-Uni, une situation que l'on retrouve également dans les îles Féroé et du Groenland (Danemark). Certains territoires, tels que les îles Åland (Finlande), jouissent d'un statut spécial prévu par leurs traités d'adhésion respectifs. D'autres territoires comme les îles Anglo-Normandes et l'île de Man ne sont soumises aux dispositions du traité que dans la mesure nécessaire pour assurer l'application du régime prévu pour ces îles par le traité relatif à l'adhésion du Royaume-Uni (article 299, paragraphes 3 à 6 du traité CE). Ainsi, conformément au protocole n° 3 de l'acte d'adhésion, ces territoires ne constituent, en règle générale, des territoires communautaires qu'aux fins de l'Union douanière et de l'application du volet extérieur de la politique agricole (et non pas aux fins des règles sur les aides d'État ou sur la fiscalité, sans préjudice des cas d'adoption de ces règles comme celui de l'île de Man par rapport à la TVA). Il est évident que l'existence de ces différents statuts a de nombreuses répercussions en ce qui concerne la concurrence fiscale dommageable, ce qui se traduit par les différents instruments que la Communauté peut utiliser pour lutter contre ce phénomène.

2.2.3 Les points de contact entre les deux régimes

Malgré ces différences, une certaine superposition de ces deux régimes ne permet pas une analyse claire et peut causer une contamination des règles classiques du régime des aides d'État par les principes du Code de conduite. Cette superposition est expressément reconnue par le point J du Code. Ainsi, « le Conseil constate qu'une partie des mesures fiscales couvertes par le code est susceptible de rentrer dans le champ d'application des dispositions des articles 92 à 94 du traité (actuels articles 87 et suivants du traité) relatives aux aides d'État ». Le point 30 de la Communication de 1998 réaffirme cette idée d'une autre façon : « La qualification de mesure fiscale dommageable au titre du code de conduite n'affecte pas la qualification éventuelle de la mesure en tant qu'aide d'État. » Cette question n'est pas une surprise étant donnée la nature des deux instruments. La primauté du régime des aides découle naturellement de son caractère juridiquement contraignant.

Ce même point ajoute que : « En revanche, l'examen de la compatibilité des aides fiscales avec le marché commun devra se faire en tenant compte, inter alia, des effets de ces aides que l'application du code de conduite mettra en évidence. » Ceci semble signifier que les résultats de l'évaluation du Code ne sont pas envisagés lors de la phase de qualification ou non d'une mesure en tant qu'aide fiscale (il n'y a pas de révision des critères), mais lors de la phase où l'on considère les dérogations prévues par l'article 87, paragraphe 2 et surtout paragraphe 3 du traité.

Ces effets ne sont pas spécifiquement mentionnés dans ce point, mais ils le sont à la fin du point 3 de la Communication où l'on déclare que ce contexte « exige aussi de tenir compte, dans l'intérêt commun, des répercussions importantes de certaines aides fiscales sur les recettes des autres États membres ». ⁵⁴ L'intérêt communautaire exigerait la réalisation d'un bilan entre les recettes globales perdues et les recettes obtenues grâce aux aides.

2.3 La qualification des mesures fiscales : mesures dommageables, aides d'État, mesures fiscales générales

2.3.1 Champ d'application des régimes : points controversés

Le problème principal réside dans le fait que ni le Code ni la Communication définissent clairement les mesures qui sont soumises aux deux régimes simultanément (ni les conséquences qui en ressortent) ou les mesures qui sont soumises à un seul de ces régimes.

54. Ce point est ambigu car il pose la question de savoir si les avantages fiscaux accordés par un État membre peuvent être financés par un autre État membre, contrairement à ce que l'article 87, paragraphe 1 du traité semble établir.

Le problème se complique un peu plus lorsqu'on pense que le régime des aides d'État ne s'applique pas à ce qu'on appelle les mesures de politique économique générale auxquelles, selon la doctrine dominante, ne peut être appliqué que le régime de rapprochement des législations prévu par les actuels articles 95, 96 et 97 du traité, situation où la Commission ne dispose que d'un pouvoir d'initiative législative.⁵⁵

Avant l'adoption du Code, la seule distinction dans la matière – en pratique, très difficile à effectuer – se faisait donc entre les aides fiscales et les mesures fiscales générales qui pouvaient ou non fausser les conditions de concurrence sur le marché commun et qui, au cas où elles les fausseraient, ne pourraient être soumises qu'au régime du rapprochement des législations, plus particulièrement le régime prévu aux articles 96 et 97 du traité précités (d'ailleurs, jamais mis en application jusqu'à présent). La distinction reposait dans le critère de « sélectivité ».

Avec l'adoption du Code de conduite, les choses deviennent moins claires. La mise en vigueur de ce Code va nécessairement perturber le fragile équilibre existant et modifier la traditionnelle distinction entre les aides fiscales et les mesures fiscales générales. Dans quel espace s'applique le Code par rapport aux autres régimes ? Où se trouvent les mesures fiscales dommageables ?

Seule une analyse comparative des critères selon lesquels une certaine mesure est considérée comme étant soumise à chacune des catégories pourra clarifier l'application isolée ou simultanée (complémentaire ou concurrentielle) des deux régimes (aides d'État ou (et) mesures fiscales dommageables ; mesures fiscales générales et mesures fiscales dommageables).

2.3.2 Aides fiscales et mesures fiscales dommageables : les critères communs

Certains des critères sont communs aux régimes des aides fiscales (ou à caractère fiscal) et des mesures fiscales dommageables : ainsi, toutes deux sont octroyées par les pouvoirs publics, par l'État au sens large du terme ; toutes deux sont fondées sur des mesures fiscales approuvées par des dispositions législatives ou réglementaires des États ou, pour le moins, octroyées par le biais de pratiques discriminatoires ou discrétionnaires de l'administration des États membres ; toutes deux sont destinées à des entreprises (entendues, dans les deux cas, au sens large du terme, sans considérer, en principe, les secteurs de la propriété des moyens de production où elles s'insèrent, ni la taille ou la dimension des entreprises). Finalement, dans les deux cas,

55. Cf. K. BACON, « State aids and general measures », *Yearbook of European Law*, vol. 17, 1997, p. 269 et ss. et aussi COMMISSION, Communication du 11.11.1998, précitée, point 6 : « Certaines mesures fiscales générales peuvent faire obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur. Pour de telles mesures, le traité a prévu, d'une part, la possibilité d'harmoniser les dispositions fiscales des États membres, sur la base de l'article 95 (ex-100) (directives du Conseil arrêtées à l'unanimité). D'autre part, certaines disparités entre les dispositions générales en vigueur ou envisagées dans les États membres peuvent fausser la concurrence et provoquer des distorsions qui devraient être éliminées, sur la base des articles 96 et 97 (ex-101 et 102) (consultation de la Commission avec les États membres intéressés ; le cas échéant, directives du Conseil adoptées à la majorité qualifiée). »

les bénéficiaires jouissent d'un avantage à caractère fiscal, quelle que soit la forme que celui-ci prenne (exonération, crédit d'impôt, allègement de la base imposable, ajournement de la dette fiscale, etc.).

Deux autres critères traditionnels d'application du régime des aides (à notre avis, il ne s'agit pas rigoureusement des critères du concept mais de deux conditions pour l'application du principe d'incompatibilité des aides) sont ceux de l'affectation de la concurrence et de l'affectation des échanges entre États membres. Ces critères (ces conditions) sont, toutefois, entendus d'une façon si vaste (à la fin, il suffit au bénéficiaire de la mesure d'exercer une activité économique qui fasse l'objet d'échanges entre les États membres) qu'il est difficile d'imaginer qu'ils ne soient pas aussi présents dans le cas des mesures fiscales dommageables. La différence réside dans le fait que, comme nous l'avons vu, le régime des aides a été envisagé pour protéger certains bénéficiaires situés dans l'État membre en cause (entreprises ou secteurs internes), alors que, dans le cas du Code, comme nous pouvons le déduire d'après la *ratio* du régime et des indices de préjudice, il s'agit souvent de protéger des entreprises non résidentes (*ring fencing*) ou des activités qui n'ont pas d'expression dans l'économie réelle ou qui n'exigent pas une présence économique substantielle dans l'État membre qui concède les avantages fiscaux (entreprises « fantômes » ou fausses entreprises).

Reste le critère de la sélectivité. Mais ce critère exige une analyse plus détaillée.

2.3.3 Le critère de la sélectivité et les mesures fiscales générales

La grande différence entre les aides fiscales et les mesures fiscales générales, on l'a déjà dit, résidait dans le critère de « sélectivité ». Les mesures qui, ayant rempli les autres critères, sont sélectives sont des aides d'État ; les autres sont des mesures fiscales générales.

Les mesures ayant pour but de favoriser, sur le plan fiscal, certaines entreprises ou productions remplissent le critère de la sélectivité. C'est le cas des mesures régionales, sectorielles ou des mesures destinées à favoriser certaines fonctions communes à certaines entreprises (il y aurait ainsi des aides régionales, sectorielles ou horizontales). Comme c'est aussi le cas des mesures *ad hoc* ou individuelles.

Cependant, et selon la jurisprudence, il faudrait apprécier, dans ces cas, si une mesure (apparemment sélective) ne serait pas justifiée *par la nature ou l'économie du système* (une clause imprécise dont le sens est reconnu comme étant difficile à déterminer, malgré les efforts déployés en ce sens par la Commission dans sa Communication de 1998).⁵⁶ Au cas où cette justification à présenter par l'État membre en question serait légitime, la mesure ne serait pas considérée comme une aide d'État mais, par définition, du point de vue du régime des aides d'État, comme une mesure fiscale générale.

56. Cette clause a été créée à la suite de l'affaire 173/73, *Italie/Commission*, arrêt de la Cour de justice du 2 juillet 1974, Rec. 1974, p. 357 et ss.

2.3.4 Le Code de conduite et le critère de la sélectivité

Le Code de conduite ne parle pas d'une façon expresse de mesures fiscales qui favorisent « certaines entreprises ou certaines productions » (critère de la sélectivité). Selon le point B du Code, sont à considérer comme *potentiellement dommageables* « les mesures fiscales établissant un niveau d'imposition effective nettement inférieur, y compris une imposition nulle, par rapport à ceux qui s'appliquent normalement dans l'État membre concerné ». C'est, d'ailleurs, la raison pour laquelle elles peuvent avoir, comme nous l'avons vu, une incidence sensible sur la localisation des activités économiques à l'intérieur de la Communauté.

Le critère du Code implique, néanmoins, quelques observations préliminaires.

D'abord, il faut noter que, contrairement à ce que l'on attendait, et puisqu'il s'agit d'apprécier les effets des mesures fiscales dans les autres États membres, cette comparaison n'est pas faite sur la base des niveaux d'imposition effective des autres États membres ni sur la base des niveaux d'imposition effective des activités concernées à l'intérieur de la Communauté, quoique ce dernier aspect doit être pris en compte dans l'évaluation de la mesure (conformément à la première partie du point G). Il y a d'ailleurs une certaine contradiction entre la façon dont la Communauté, une organisation d'intégration économique, et l'OCDE, une organisation de simple coopération, abordent cette question. En effet, l'OCDE considère qu'en principe, les paradis fiscaux et les régimes fiscaux préférentiels dont l'effet est de réduire le taux effectif d'imposition sur les facteurs mobiles à des niveaux nettement inférieurs à ceux appliqués dans les autres États membres sont susceptibles d'être dommageables (point 30 du Rapport), quoiqu'elle n'aboutisse pas, par la suite, aux conclusions logiques de cette affirmation (point 40 du Rapport).⁵⁷

Deuxièmement, la rédaction du Code évoque certaines positions doctrinales qui, dans le domaine des aides d'État, prétendent substituer au critère de la sélectivité le critère de l'anormalité des mesures. Cependant, les deux critères ne sont pas incompatibles, mais complémentaires. À mon avis, on peut continuer à parler de sélectivité, en envisageant ce critère d'une façon ample et ouverte. Cela signifie que les mesures fiscales sélectives (au moins toutes les mesures qui ont une répercussion négative sur le taux effectif d'imposition) sont soumises en même temps au régime des aides fiscales et au Code de conduite. La différence est que la clause de justification par la nature ou l'économie du système n'a pas d'application dans le cas du Code de conduite. Donc, les mesures fiscales sélectives justifiées par cette clause ne seront pas considérées en tant qu'aides d'État, mais seront des mesures fiscales sélectives auxquelles s'applique le Code de conduite.

Il en ressort que, lorsqu'il y a une superposition entre le régime des aides d'État et celui des mesures dommageables prévues par le Code, c'est parce qu'il s'agit de mesures fiscales qui remplissent aussi le critère de sélectivité. C'est le cas, concernant le Portugal, du régime de la Zone franche de Madère et, notons en passant, celui

57. OCDE, *Concurrence...*, op. cit., pp. 77 et 42.

de la plupart des 66 mesures (voire même de la totalité de ces mesures) comprises dans la liste du Rapport Primarolo.

C'est à l'égard des régimes de ce type que la Commission a, d'ailleurs, engagé des procédures concernant des aides d'État fondées sur la non-notification préalable de ces aides ou sur le changement des circonstances, cas où, pour employer le langage du traité, elle a proposé l'adoption des mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché commun (article 88, paragraphe 1 du traité).

Enfin, il faut encore noter qu'il y a, dans le deuxième paragraphe du point G du Code de conduite, une clause d'exclusion du caractère potentiellement dommageable d'une mesure déterminée.⁵⁸ Cependant, cette clause n'est pas acceptable pour exclure la même mesure de l'application du principe d'incompatibilité des aides fiscales avec le marché commun. Du point de vue des aides d'État, cette mesure peut, néanmoins, être éventuellement justifiée par l'application de la dérogation prévue à l'article 87, n° 3, al. a) du traité.

2.3.5 Mesures fiscales générales et mesures fiscales dommageables

Lorsqu'une mesure fiscale dommageable ne remplit pas le critère de sélectivité, elle constitue, par définition et en vertu du régime des aides d'État, une mesure de nature générale. Il faut maintenant savoir si le Code couvre toute mesure fiscale à caractère général ou s'il exclut certaines de ces mesures de son cadre d'application. Et, au cas où il en exclurait certaines, comment pourrait-on faire la différence entre les mesures soumises au Code et celles soumises aux articles 96 et 97 du traité ?

Le Code, et surtout la pratique de la Communauté, est très réticent concernant son application aux mesures fiscales générales classiques (celles qui n'ont jamais été considérées comme sélectives) : en principe, un État, comme l'Irlande, qui introduit, dans l'impôt sur les revenus des personnes collectives, un taux d'imposition de 12,5 % (accepté par la Commission comme général), nettement inférieur à celui des autres États membres (en dépit des régimes fiscaux privilégiés existants qui d'ailleurs continuent à être appliqués transitoirement), semble ne pas entrer dans le champ d'application du Code de conduite, ne pouvant (en théorie) être mis en cause que si l'on démontre son caractère dommageable sur la base des mesures de rapprochement des législations.⁵⁹ La Communauté affirmerait ainsi, indirectement, sa préférence

58. Pour rappel, le deuxième paragraphe du point G précise : « Pour autant que les mesures fiscales sont utilisées pour soutenir le développement économique de régions déterminées, il sera évalué si elles sont proportionnelles et ciblées par rapport à l'objectif visé. Dans le cadre de cette évaluation, une attention particulière sera accordée aux caractéristiques et contraintes particulières des régions ultrapériphériques et des îles de taille réduite, sans nuire à l'intégrité et à la cohérence de l'ordre juridique communautaire, y compris le marché intérieur et les politiques communes. » Ce point doit être interprété en conformité avec l'article 299, n° 2 du traité.

59. Consultez, toutefois, les observations faites à la fin de la note 64 où l'on se demande quel est le véritable taux général d'imposition irlandais en ce qui concerne les impôts sur les sociétés. On

pour des régimes normaux à pression fiscale généralisée faible par rapport à des régimes qui privilégient des mesures avec des cibles préalablement établies, en adhérant à la philosophie en vogue depuis les années 1980 qui défend la réduction des taux et l'élargissement de la base imposable (*base broadening and tax reductions*), associés à l'élimination des régimes non généraux.⁶⁰

En théorie, le Code de conduite peut, donc, couvrir à la fois des mesures fiscales considérées comme des aides d'État (toutes ?) et, au moins, certaines mesures fiscales générales. Toutefois, dans ce dernier cas, à l'image du régime des aides d'État, il ne couvrirait pas (au moins, selon la manière dont il est appliqué) les mesures que, par souci de commodité, nous appellerons mesures générales classiques (ou absolues), mais seulement les mesures fiscales générales qui étaient des mesures fiscales sélectives mais justifiées par la clause de la nature ou de l'économie du système.

Si le Code ne couvrait aucune mesure générale, il se confondrait complètement avec le régime des aides d'État. Son champ d'application serait le même. Suivant cette logique, pour trouver un clivage entre les deux institutions, il faut accepter que, contrairement au régime des aides d'État, le Code couvre certaines mesures considérées comme générales, notamment les mesures spéciales qui peuvent être considérées comme étant justifiées par « la nature et l'économie du système ».

Selon le langage de la théorie des aides fiscales, il s'agit dans la plupart des cas de mesures qui, en constituant des allègements fiscaux au modèle d'imposition-règle, ont un caractère structurel (elles existent pour des raisons d'ordre fiscal et non parafiscal) même si elles possèdent une nature spéciale (faux avantages fiscaux ou avantages au sens inapproprié, comme les taux spéciaux libératoires, les situations de non-inclusion, etc.). Les normes qui prévoient ces allègements ne sont pas exceptionnelles (comme dans le cas des aides à caractère fiscal), mais spéciales.⁶¹

Dans un sens plus large, le Code pourrait encore s'appliquer éventuellement à toutes les mesures à caractère général ne constituant pas des réductions généralisées de taux (car cet instrument appartiendrait au domaine de la souveraineté des États membres).

rappellera aussi que le Code vise à attaquer les mesures qui ont un effet significatif sur la localisation des activités économiques.

60. Il serait intéressant de savoir si le taux général d'imposition pourrait être nul, comme semble le défendre le Royaume-Uni à propos des modifications qu'il veut introduire au régime des îles Anglo-Normandes. Une lecture littérale du Code semble être favorable à cette solution. La question est cependant douteuse. Si la lecture du point B du Code est celle-ci, la référence faite à l'inclusion du taux nul serait complètement inutile et redondante. Attribuer un sens utile à cette référence pourrait suggérer une inclusion autonome des mesures conduisant à un taux nul dans le cadre des mesures potentiellement dommageables (en soi et non pas par l'application du critère de la comparaison des taux).
61. Consultez sur cette distinction N. Sá GOMES, *Teoria Geral dos Benefícios Fiscais*, Cad. CTF n° 165, 1991, en particulier p. 31 et ss.

2.3.6 Les effets de l'application du Code de conduite

2.3.6.1 Le rôle du Code de conduite selon différents types d'aides fiscales

De tout ce qui vient d'être dit, il ressort que la situation normale est celle de l'existence de mesures fiscales qui sont simultanément soumises au régime des aides d'État et au Code de conduite. Toutefois, ces mesures ne se trouvent pas toutes dans la même situation. Du point de vue de la procédure des aides d'État, on peut distinguer plusieurs situations, notamment entre les mesures fiscales qui :⁶²

- a) n'ont jamais été examinées par la Commission au titre du régime des aides d'État parce qu'elles n'ont pas été notifiées (aides illégales, c'est-à-dire mises à exécution en violation de l'article 88, paragraphe 3 du traité) ;⁶³
- b) n'ont jamais été examinées par la Commission parce qu'elles sont antérieures à la signature du traité de Rome ou du traité d'adhésion d'un État membre (aides existantes) mais qui, étant donné l'évolution du marché commun, ne sont plus

62. Cf. Van MIERT, *Fiscalité directe des entreprises et contrôle communautaire des aides d'État* (Communication présentée au Groupe du Code de conduite, 13.11.97), p. 7.

63. En l'absence de notification préalable, la Commission a décidé, le 11 juillet 2001, d'engager la procédure prévue par l'article 88, paragraphe 2 du traité contre l'Allemagne (régime fiscal spécial pour les centres de contrôle et de coordination des sociétés étrangères), l'Espagne (régime fiscal spécial pour les centres de coordination de Biscaye), la Finlande (Åland – régime fiscal pour les sociétés d'assurances captives), la France (régime des quartiers généraux et centres de logistique ; régime des centrales de trésorerie), l'Irlande (exonération fiscale sur les revenus étrangers), le Luxembourg (régime des centres de coordination ; régime des sociétés de financement), les Pays-Bas (régime fiscal spécial pour les activités de financement internationales) et contre le Royaume-Uni (*Gibraltar Qualifying Offshore Companies Rules, Gibraltar Exempt Offshore Companies Rules*). Dans tous ces cas, la Commission a considéré que ces régimes étaient susceptibles de constituer des aides d'État et, au cas où cette situation se confirmerait, il existerait des doutes sérieux quant à leur compatibilité avec le marché commun (cf. Bulletin de l'UE, n° 7/8, 2001, pp. 34-35). La procédure engagée contre les Canaries fut différente. La Zone spéciale des Canaries (ZEC) a été créée en tant que zone *off-shore* par la Ley 19/1994 du 6 juillet 1994 qui a modifié, sans notification préalable à la Commission, le régime fiscal prévu par la Ley 20/1991 du 7 juin 1991. À la suite d'un avertissement émis par la Commission le 9 janvier 1995, qui alertait sur la possibilité d'incompatibilité de ce régime avec le régime des aides d'État, le régime a été partiellement corrigé par le *Real Decreto Ley 3/1996* du 26 janvier 1996. À la suite d'un processus de négociation, la Commission a finalement autorisé le nouveau régime d'aides (n° 708/98) par lettre du 4 février 2000 (SG (2000) D/101213) applicable, jusqu'au 31 décembre 2008, aux entités qui avaient été autorisées à exercer leur activité dans le cadre de ce régime avant le 1^{er} janvier 2007. Ce régime qui exclut les activités financières, les assurances et les centres de coordination et services intragroupes est inclus dans le *Real Decreto-Ley 2/2000* du 23 juillet 2000. Il faut noter que le régime de la région économique et fiscale des Canaries, bien qu'il ait été considéré au début comme une aide d'État illégale et incompatible, n'a pas été considéré comme dommageable tel qu'il est décrit au Rapport Primarolo (mesure D8) (rapport précité, p. 233). Sur la ZEC, cf. Maria B. H. GARDE, « La incidencia del Ordenamiento Comunitario en la nueva regulación de la Zona Especial Canaria », José M. LORENZO-CÁCERES, « La ZEC, las ayudas de Estado y el Código Comunitario de conducta fiscal : breves notas sobre la negociación » et Sonia M. SUBIRANA, « La Zona Especial Canaria en el marco de la Unión Europea. Una particular referencia al régimen especial de Irlanda », tous in *Noticias de la Unión Europea*, n° 203, 2001, p. 43 et ss., 79 et ss., et 93 et ss., respectivement.

- compatibles avec celui-ci (article 87, paragraphe 1, précité, du traité et article 1, point a) et b) et article 17 du Règlement de procédure) ;
- c) avaient été examinées par la Commission dans le passé sans que celle-ci les ait considérées comme des aides, mais qui, étant donné l'évolution du marché commun (cf. article 87, paragraphe 1 du traité et articles 4 et 7, paragraphes 2 du Règlement de procédure) pourraient maintenant recevoir cette qualification ;⁶⁴
- d) constituent des aides (ou des régimes d'aides) approuvées par la Commission au titre des dérogations prévues par le traité, telles que les aides régionales accordées aux régions les plus défavorisées de la Communauté (et qui constituent des aides existantes en vertu de l'article 1, point b) du Règlement précité) ;⁶⁵ et

64. Le 11 juillet 2001, la Commission, en application des dispositions de l'article 88, paragraphe 1 du traité CE, a réexaminé l'application des régimes de taxation des entreprises existant dans quatre pays : en Belgique (régime fiscal des centres de coordination), en Grèce (régime fiscal des bureaux des sociétés étrangères), en Italie (centre des services financiers et d'assurance de Trieste) et en Suède (régime fiscal d'imposition des sociétés d'assurances étrangères). Dans tous ces cas, la Commission « a conclu qu'à la suite de l'évolution du marché commun et des changements économiques intervenus au sein du marché unique de l'Union européenne, ces régimes n'étaient plus en conformité avec les règlements communautaires et elle a dès lors décidé de proposer aux États membres concernés les mesures utiles nécessaires pour assurer leur compatibilité avec le marché commun » (Bulletin de l'UE, n° 7/8, 2001, p. 34). Le réexamen par la Commission des régimes fiscaux préférentiels d'Irlande (taux réduit – 10 % – pour certaines activités de production, zone franche de Shanon et zone portuaire de Dublin) qui ont été remplacés (à la fin des périodes de transition) par un nouveau régime fiscal d'imposition, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2003, où le taux applicable est de 12,5 %, s'inscrit aussi dans ce cadre. Cependant, la situation actuelle n'est pas dépourvue d'ambiguïté. En effet, l'actuel régime irlandais de taxation des sociétés prévoit l'existence de plusieurs taux d'imposition. Celui de 12,5 %, quoique appelé taux général, ne s'applique qu'à ce qu'on appelle les *trading incomes* provenant de *trading activities*. Les revenus non qualifiés comme tels, ni comme des *plus-values* (celles-ci sont soumises à un taux de 20 %), c'est-à-dire les *non-trading incomes*, sont soumis à un taux de 25 %. De ce fait, quel est en réalité le taux normal d'imposition : celui qui se définit de façon positive (*trading activities*) ou celui qui se définit, apparemment sous forme résiduelle, de façon négative ? En matière de TVA, par exemple, le taux normal est toujours le taux résiduel...

65. Le régime de la Zone franche de Madère, créé par le *Decreto-Lei* n° 500/80 du 20 octobre 1980, a été modifié, après l'adhésion du Portugal, et par conséquent notifié par l'État portugais en 1986 (lettre n° 2414 du 18 novembre) et autorisé par la Commission le 27 mai 1987, en ce qui concerne ses quatre volets (zone franche industrielle, centre de services financiers, centre de services internationaux et enregistrement de navires) pour une période de trois ans. Après l'évaluation, ce régime a été prorogé deux fois, la première pour une période de trois ans (de 1992 à 1994) et la deuxième pour une période de 6 ans jusqu'au 31 décembre 2000 (lettre du 3 février 1995 – SG (95) D/1287, aide E 19/94). Le 17 juillet 2000, la Commission, mettant en cause le régime d'aides approuvé pour l'an 2000, a notifié au gouvernement portugais sa décision d'engager une procédure formelle d'examen par rapport à ce régime, en le qualifiant d'illégal. À son avis, le régime n'était pas conforme aux Orientations relatives aux aides d'État à finalité régionale, publiées en mars 1998, considérées par la Commission, à cet effet, comme des propositions de mesures appropriées. En conséquence, cette institution a invité le gouvernement portugais à présenter des observations aux termes de l'article 88, paragraphe 2 du

- e) constituent de nouvelles mesures, y compris les modifications à des régimes d'aides existants, préalablement notifiées mais qui sont encore en train d'être analysées.

Est-ce que la situation de tous ces types d'aides fiscales sera la même vis-à-vis du Code de conduite ?

En ce qui concerne le premier type de mesures, le rôle du Code est, avant tout, celui de fonctionner comme détecteur d'aides illégales. Les mécanismes pour arriver à cela sont l'aveu de l'État membre concerné et la dénonciation d'autres États membres. Quant aux autres cas, l'évaluation faite par le Groupe du Code de conduite peut influencer le résultat de l'analyse à effectuer sur base du régime des aides d'État.

Le quatrième cas mérite néanmoins quelques observations complémentaires. En effet, un aspect intéressant de ce système de vases communicants entre les mesures fiscales dommageables et les aides d'État concerne la possibilité d'appliquer le Code de conduite à des aides d'État qui avaient été autorisées en vertu des dérogations prévues par le traité (article 87, paragraphe 3). Dans ces cas, le régime autorisé serait soumis à une deuxième évaluation, qui serait réalisée par le Groupe du Code de conduite, comme si cette évaluation découlait de l'examen permanent prévu par l'article 88 du traité.

À notre avis, ceci constitue cependant une solution illégitime étant donné la primauté du régime des aides d'État sur celui du Code de conduite. L'examen permanent est un système de contrôle qui s'inscrit dans le cadre strict du régime des aides d'État, étant effectué par la Commission quoiqu'en collaboration avec les États membres (en particulier avec celui qui a octroyé l'aide).⁶⁶

Cependant, et malgré le désaccord manifesté par certains États (tels que le Portugal et la Belgique), le Groupe du Code de conduite a choisi cette solution et c'est sur cette base que, par exemple, il a effectué l'évaluation du régime de Madère, une

traité (JOCE n° C 301 du 21 octobre 2000, p. 4 et ss.). À notre avis, la position de la Commission était abusive, d'abord, parce que le gouvernement portugais n'avait pas accepté les nouvelles orientations relatives aux aides régionales et, ensuite, parce que la Commission n'arrivait pas à prendre en compte les corrections qu'elle avait introduites, en septembre 2000, à ces orientations.

66. L'examen permanent vise essentiellement les cas où des applications futures de régimes d'aides préalablement autorisés sont en cause et où l'on a constaté une modification du cadre réglementaire (ce serait en réalité une nouvelle aide) ou une évolution des circonstances économiques au vu de laquelle le régime ne passerait plus l'examen qui avait conduit à son autorisation, s'il était soumis à une nouvelle évaluation (cf. J.-P. KEPPELNE, *Guide des Aides d'État en Droit Communautaire, Réglementation, Jurisprudence et Pratique de la Commission*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 189). L'examen permanent implique une coopération régulière et périodique, avec un échange d'informations, à la fin de laquelle la Commission peut recommander aux États membres des modifications au régime pour l'avenir. Il s'agit, en tout cas, d'une matière sensible car on parle ici de régimes autorisés, en règle pour certaines périodes, qui créent, pour le moins, des attentes légitimes auprès des opérateurs économiques.

évaluation qui, d'ailleurs, n'a été effectuée que de façon partielle et incomplète, étant donné que seul le point B du Code a été pris en compte (la clause du point G n'a pas été considérée).⁶⁷

2.3.6.2 *Les effets juridiques indirects du Code de conduite*

De ce fait, on pourrait dire que le régime du Code est, en réalité, plus qu'un complément, un double (en réalité, un appendice) du régime des aides d'État. En même temps, il est aussi un succédané (partiel) du régime de rapprochement des législations.

En effet, dès que l'évaluation du Code de conduite est prise en compte en matière d'aides d'État, l'indépendance des deux régimes s'affaiblit. Tout se passe comme si l'analyse des mesures par le Groupe du Code représentait, dans la plupart des cas, une phase préliminaire dans l'analyse du régime des aides d'État, ce qui aiderait la Commission dans sa mission consistant à découvrir des aides non notifiées ou des mesures à qualification douteuse, à recueillir des informations et à les analyser, mission à effectuer dorénavant en collaboration avec des experts des États membres.

De façon indirecte, le Code de conduite, tout en étant essentiellement un document politique, commence, du moins en ce qui concerne les mesures fiscales sélectives, à produire des effets juridiques indirects (il fonctionne comme un détecteur d'aides) et le régime des aides prévu par le traité devient son bras armé (le *hard law stick*).⁶⁸

Il faut encore noter le fait que l'observation de l'ensemble des principes du Code de conduite est une des conditions à remplir par les États candidats à l'adhésion à l'Union européenne. Cela confère au Code un statut obligatoire car il devient, de droit ou de fait, partie intégrante de l'acquis communautaire (un acquis communautaire politique).⁶⁹

67. Cf. A. Carlos dos SANTOS, « A posição portuguesa face à regulação comunitária da concorrência fiscal », A.A.V.V., *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional*, Universidade Nova de Lisboa/Fisco, Lisboa, 2003.

68. Selon l'expression employée par W. BRATTON/ J. McCAHERY, « Tax coordination and tax competition in the European Union : Evaluating the Code of Conduct on business taxation », *Common Market Law Review*, 38, 2001, p. 688.

69. Le rôle du Code en tant qu'élément de pression dans les négociations avec les pays candidats est mis en évidence par M. V. ABEELE, « Vers une fiscalité européenne ? », *Reflets & Perspectives de la Vie Économique*, t. XL, n° 3, 2001, p. 72.

3 LES ACTIVITÉS FINANCIÈRES COMME CIBLE DE LA POLITIQUE DE RÉGULATION COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE FISCALE

3.1 La Communication de la Commission sur le Cadre d'action concernant les services financiers

À l'inverse du régime de l'OCDE, le Code de conduite avait un champ d'application étendu. Il devait s'appliquer, d'une façon générique, à toutes les activités économiques, et pas seulement aux activités financières et à d'autres services. Cependant, dès le début, on a sous-entendu que ce type d'activités était le plus important, sa vraie raison d'exister. D'ailleurs, l'indice d'absence d'une activité économique substantielle en est la preuve, comme la déclaration de la délégation allemande annexée au Code l'a bien démontrée (« le point B3 notamment vise également l'octroi ciblé d'avantages au profit d'activités mobiles internationales, si ces avantages sont refusés pour des activités non mobiles »). C'est vers ce type d'activités que le Groupe s'est essentiellement tourné pour effectuer son évaluation.

Ce souci par rapport aux activités « mobiles » avait été également présent lors des travaux préparatoires du Code, notamment dans les rapports que nous avons déjà mentionnés. Mais celui-ci a, principalement, été mis en valeur dans un document de la Commission concernant les services financiers et dans la Communication précitée sur les aides fiscales.

Ce premier document a été publié en octobre 1998, à la suite du Conseil européen de Cardiff (qui a eu lieu en juin de la même année) sous la forme d'une Communication sur le Cadre d'action concernant les services financiers. Cette Communication de la Commission établit l'encadrement des marchés financiers, la philosophie et la programmation des activités à mettre en place dans un avenir proche en vue d'une pleine intégration de ces marchés.⁷⁰

En ce qui nous concerne, il faut souligner les répercussions de cette Communication au niveau de la concurrence, des aides d'État et de la fiscalité.

Concernant le premier aspect, le Cadre d'action signale que, afin d'assurer l'égalité des conditions de concurrence à tous les opérateurs, l'intégration du marché financier doit être renforcée par l'application rigoureuse des normes du traité relativement à la concurrence et aux aides fiscales. Celles-ci ne pourront être justifiées que par « *un intérêt communautaire particulièrement important* ». ⁷¹ On y

70. Cf. COMMISSION, *Services financiers : élaborer un cadre d'action*, COM (1998) 625 du 28 octobre 1998. Il faut noter que les services financiers à l'époque représentaient environ 6 % du PIB communautaire et 2,45 % de l'emploi.

71. C'est pour cela que « les prochaines années exigent un effort encore plus grand de la Commission en vue de créer des conditions de concurrence égales pour tous en appliquant strictement les règles du traité sur les aides d'État » (*ibidem*, p. 24).

déclare ainsi que l'application par les États membres de l'instrument des aides fiscales fera l'objet d'un contrôle particulièrement intense.

Quant à la fiscalité, le document indique qu'avec la suppression du risque de change (en tant que facteur de dissuasion de stratégies sérieuses d'investissement à l'échelle européenne), les disparités au niveau du traitement fiscal deviennent un facteur important de distorsion du processus d'allocation des ressources. Il en ressort que l'intégration progressive des marchés financiers doit s'effectuer parallèlement à un processus de coordination fiscale approprié.

Ce document souligne le fait que les distorsions découlant des *disparités fiscales* ont mené à un « accord politique » en vue d'éliminer les distorsions fiscales particulièrement importantes du marché unique, celles qui justement affectent les revenus de l'épargne, et la concurrence fiscale néfaste entre centres financiers. De cette façon, un des éléments importants de ce processus serait l'adoption d'une proposition de directive relative à l'imposition des revenus de l'épargne. Un autre élément important serait l'application du Code de conduite sur la fiscalité des entreprises, adopté en décembre 1997, qui avait pour but de lutter contre la concurrence fiscale néfaste susceptible d'affecter profondément les décisions concernant la localisation des activités économiques, *en particulier des activités financières*, dans l'Union européenne.

3.2 La Communication sur les aides d'État et les activités financières

L'idée de désavantages liés à des mesures de soutien au secteur financier et à des activités financières est aussi présente, et d'une façon plus nette, dans la Communication de novembre 1998 sur les aides fiscales.

En effet, dans l'analyse de la justification des mesures en vertu de la clause « par la nature ou l'économie du système », la Communication cite, parmi les exceptions les plus difficiles à justifier par la logique du système fiscal, le traitement plus favorable d'entreprises non résidentes par rapport aux entreprises résidentes (on y fait la liaison avec le critère du *ring fencing*) et l'octroi d'aides fiscales aux sièges d'entreprises ou aux entreprises qui fournissent certains services (par exemple, des services financiers) à l'intérieur d'un même groupe.⁷²

De même, dans le cadre de l'analyse de la compatibilité des aides fiscales avec le marché commun à des fins de dérogation, la Communication, après avoir rappelé que les aides au fonctionnement sont en principe interdites, souligne que, même si elles peuvent être autorisées, comme dans le cas des régions ultrapériphériques, la dérogation ne sera octroyée que si les mesures en question contribuent au développement régional et correspondent à des activités ayant une incidence locale. Or, pour

72. COMMISSION, *Communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises*, op. cit., p. 7.

la Commission, « l'implantation d'activités *off-shore*, dans la mesure où leurs externalités sur l'économie locale sont faibles, ne participe normalement pas de manière satisfaisante au soutien de cette économie ». ⁷³

De plus, les mesures doivent être accordées en fonction de handicaps régionaux réels. Or, pour la Commission, « on peut s'interroger sur l'existence de handicaps régionaux réels pour des activités pour lesquelles les surcoûts qu'ils entraînent entrent peu en ligne de compte, comme par exemple, les surcoûts de transport pour les activités liées à la finance qui favorisent l'évasion fiscale ». ⁷⁴ Il n'y a ici aucune interdiction explicite de l'octroi d'aides fiscales à des activités financières. Mais il y a sans doute un fort préjugé par rapport à ces activités qui entraîne, en pratique, une présomption très difficile à acquitter.

3.3 Le poids des activités financières dans la liste Primarolo

Étant donné ce contexte, il n'est pas étonnant que, parmi les soixante-six mesures qui figurent sur la liste des régimes potentiellement dommageables, seize concernent des services financiers (parmi lesquelles la mesure de Madère), des financements intragroupes et des paiements de redevances, dix se réfèrent à des assurances, réassurances, et à des sociétés d'assurances captives, treize à des services intragroupes, sept à des sociétés-holding et huit à des sociétés *off-shore*.

Ce qui veut dire que la plupart des mesures (82 %) concernent des activités financières, au sens large du terme, dont presque la moitié se situe sur des territoires dépendants ou associés (comme les Antilles néerlandaises, Aruba, Gibraltar, Guernesey, l'île de Man, les îles Vierges britanniques et Jersey) qui sont exemptés de l'application du régime des aides d'État. Et que la plupart des régimes non exemptés de cette application ont été postérieurement mis en question en matière d'aides d'État. Par ailleurs, certains de ces régimes ont fait l'objet de négociations préalables ou parallèles à cet exercice, raison pour laquelle ils n'ont pas été inscrits sur la liste des soixante-six mesures ou soumis à des procédures formelles d'examen en matière d'aides.

4 BRÈVES OBSERVATIONS FINALES

Il faut conclure. Notre avis final peut se résumer de la façon suivante. À l'inverse de ce que certains affirment, le problème ne se pose pas, quant à nous, au niveau de la légitimité ou de la nécessité de la lutte menée par l'Union européenne (le cas de l'OCDE est, sur le plan de la légitimité, beaucoup plus complexe) contre les formes les plus néfastes de la concurrence fiscale. Ce processus est légitime (il se fonde sur

73. *Ibidem*, p. 8.

74. *Ibidem*, p. 8.

le principe de solidarité entre les États membres, sur le processus de coordination des politiques économiques, etc.) et nécessaire (comme prévention des effets économiques dommageables d'une concurrence sans règles).

Le problème se pose, par contre, au niveau de la manière dont cette lutte est menée ou a été menée. Il n'existe pas une définition claire du concept de concurrence fiscale dommageable et des lignes de démarcation des mesures fiscales néfastes par rapport à d'autres régimes tels que celui des aides d'État sous forme fiscale. Il est nécessaire d'étendre cette lutte, d'une façon effective, aux territoires dépendants et associés des États membres et aux pays tiers par le biais de l'OCDE ou, plutôt, dans le cadre de l'ONU. Il est nécessaire que les évaluations des mesures soient faites d'une façon objective, en prenant en considération des études économiques et juridiques et non d'une façon presque exclusivement basée sur des jugements politiques. L'analyse des mesures au cas par cas et le secret au sein du Groupe Primarolo ne permettent pas une évaluation juste et transparente. Il est aussi nécessaire de trouver un équilibre entre cette lutte et l'accomplissement d'autres objectifs également légitimes, tels que les stratégies de développement des peuples et des régions. Et, *last but not least*, il est nécessaire d'observer un principe de stricte égalité entre tous les États membres, en traitant à égalité ce qui est égal et en traitant d'une manière inégale ce qui est inégal. Nous ne sommes pas convaincu que, jusqu'à présent, ces principes ont toujours été respectés. Ou autrement dit, s'ils ont été respectés, ce n'a été que... tendanciellement...

SUMMARY : STATE AIDS, CODE OF CONDUCT, AND TAX COMPETITION IN THE EUROPEAN UNION : TARGETING FINANCIAL BUSINESS CENTERS

This article examines recent concerns of Community institutions, in particular of the Commission, about tax competition and about how to gain control, in that respect, over financial business centers and international financial services.

Taxation came to light and was brought to the center of the debate by several relevant economic and financial events, both at the European and at international level. In the European Union, the institution of the European Financial Market and the Monetary Union, the coordination of the budgetary and economic policies of Member States, and the enlargement were amongst those events. Internationally, globalization and the development of new technologies played an important role.

Such changes in the political and economic environment at first led the Commission to define a new tax policy, which, on the basis of tax coordination and within the framework of a comprehensive strategy (including direct and indirect taxation), was oriented toward stabilizing tax revenues of Member States, safeguarding the well functioning of the internal market, and promoting employment.

Quickly, however, the Commission moved towards a more pragmatic approach which focused on direct taxation and the fight against harmful tax competition, as this predictably had undesired consequences, such as fiscal degradation and excessive tax burdens for less mobile factors of production.

This strategy of combating harmful tax competition was essentially based on two instruments, the code of conduct on the direct taxation of enterprises (a political compromise), and the administrative control of State aids of a fiscal nature. The article analyzes more closely the relationship between these two instruments and the way they have been applied.

The article concludes by pointing out that the fight against harmful tax competition, which initially was undertaken on a broader scope than a similar exercise of OECD, ultimately became limited (as indicated by the Commission) to a fight focusing exclusively on the activities of financial business centers. And yet, even with respect to that limited field of application, there is neither a consensus as to how bring the two instruments to bearing nor a consistent policy ensuring their even and equitable operation.