

TOULOUSE  
CAPITOLE  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LA CJCE CONTRÔLE AUSSI LA CONFORMITÉ DES RÈGLES D'ÉVALUATION DES  
PARTICIPATIONS.*

ARNAUD DE BISSY

Référence de publication : BJS avril 2009, n° JBS-2009-083, p. 416

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## LA CJCE CONTRÔLE AUSSI LA CONFORMITÉ DES RÈGLES D'ÉVALUATION DES PARTICIPATIONS.

*CJCE 2<sup>o</sup>ch, 2 oct. 2008, n° C-360/06, HBV BeteiligungsGmbH*

### La cour

1. La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des articles 52 du traité CEE (devenu article 52 du traité CE, lui-même devenu, après modification, article 43 CE) et 58 du traité CEE (devenu article 58 du traité CE, lui-même devenu article 48 CE).
2. Cette demande intervient dans le cadre d'un litige opposant Heinrich Bauer Verlag BeteiligungsGmbH (ci-après « HBV ») au Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg (ci-après le « Finanzamt ») au sujet de la fixation de la valeur des parts de HBV, qui détient des participations dans deux sociétés établies à l'étranger, aux fins de la détermination du montant de l'impôt sur la fortune concernant Heinrich Bauer Verlag KG (ci-après « HB »), la société mère de HBV, pour l'exercice fiscal 1988.

### Le cadre juridique

3. Il ressort de la demande de décision préjudicielle que, selon le droit allemand, dans le cadre de l'évaluation des parts de sociétés de capitaux non cotées aux fins de la détermination de l'impôt sur la fortune, les participations de celles-ci dans des sociétés de personnes étrangères sont évaluées à leur valeur vénale, tandis que, en ce qui concerne les participations dans des sociétés de personnes nationales, l'évaluation se fait uniquement sur la base de leur valeur patrimoniale. Si la valeur vénale ne peut être estimée par référence à une cession réalisée dans les douze derniers mois précédant l'évaluation, elle est déterminée sur la base de la valeur patrimoniale et des perspectives de rendement de la société concernée.

### Le litige au principal et la question préjudicielle

4. HBV est une société de capitaux non cotée en bourse ayant son siège en Allemagne. La totalité des parts de son capital est détenue par sa société mère, HB.
5. HBV détient des participations dans des sociétés étrangères en commandite simple, à savoir la société espagnole Bauer Ediciones Sociedad en Comandita Madrid (ci-après « HBE »), constituée en 1986, et la société autrichienne Basar Zeitungs-und Verlagsgesellschaft mbH und Co. KG Wien (ci-après « WBC »), dont elle a acquis la totalité des parts en 1988.
6. La valeur des parts de HBV a dû être estimée, afin d'établir, pour l'exercice 1988, le montant de l'impôt sur la fortune auquel devait être assujettie HB.
7. Le Finanzamt a tenu compte, pour ladite estimation, non seulement de la valeur patrimoniale, à savoir la valeur intrinsèque des sociétés HBE et WBC, mais aussi de leurs perspectives de rendement.
8. HBV a saisi le Finanzgericht Hamburg d'un recours dirigé contre la décision du Finanzamt, en faisant valoir que seule la valeur patrimoniale des sociétés devait être prise en considération. En outre, il serait contraire à la logique du système de procéder, pour les sociétés de personnes nationales, à une évaluation de la valeur patrimoniale exclusivement, tandis que pour les sociétés de personnes étrangères seraient pris

en compte non seulement le patrimoine, mais également les perspectives de bénéfices, ces deux éléments pris ensemble correspondant à la valeur vénale ou marchande.

9. S'agissant de la participation de HBV dans HBE, le Finanzgericht Hamburg relève que la différence de méthode d'évaluation d'une participation dans une société selon que cette dernière est nationale ou étrangère entraîne la fixation de valeurs différentes qui se répercuterait directement sur le montant de la charge fiscale due au titre de l'impôt sur la fortune. Ainsi, le fait que la participation détenue à l'étranger compte pour une valeur supérieure à la participation détenue dans une société nationale paraîtrait de nature à entraîner une restriction à la liberté d'établissement.

10. Selon la juridiction de renvoi, pareille restriction ne pourrait être admise que si elle poursuivait un objectif légitime compatible avec le traité CEE. Or, cette juridiction ne serait pas en mesure d'identifier un tel objectif de nature à justifier l'inégalité de traitement ainsi évoquée.

11. En ce qui concerne la participation que HBV détient dans WBC, il ne pourrait être envisagé de violation de la liberté d'établissement en application de l'article 52, paragraphe 1, du traité pour l'année 1988, la République d'Autriche ne faisant partie de l'Union européenne que depuis le 1er janvier 1995. Il en irait de même de l'accord sur l'Espace économique européen, signé le 2 mai 1992 (JO, 1994, n° L 1, p. 3, ci-après l'« accord EEE »), auquel cet État était partie, mais qui n'est entré en vigueur qu'à partir du 1er janvier 1994.

12. En outre, il ne devrait pas y avoir non plus d'atteinte à la libre circulation des capitaux, les dispositions en la matière valables pour la période litigieuse ne s'opposant pas à la différence d'évaluation entre une participation dans une société de personnes nationale et une participation dans une société de personnes établie dans un autre État membre ou un État tiers.

13. Dans ces conditions, le Finanzgericht Hamburg a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

«Est-il contraire aux dispositions combinées des articles 52 et 58 du traité [...] que, dans le cadre de l'évaluation des parts non cotées dans des sociétés de capitaux, la valeur attribuée à la participation dans une société de personnes nationale soit inférieure à celle de la participation dans une société de personnes établie dans un autre État membre ? ».

[...]

Sur la question préjudicielle

17. Il convient de rappeler, à titre liminaire, que, si la fiscalité directe relève de la compétence des États membres, ces derniers doivent toutefois exercer celle-ci dans le respect du droit communautaire et s'abstenir de toute discrimination fondée sur la nationalité (v., notamment, arrêts du 13 avril 2000, Baars, C-251/98 : Rec., p. I-2787, point 17, et du 17 janvier 2008, Lammers & Van Cleef, C-105/07, non encore publié au Recueil, point 12).

18. S'agissant de la participation de HBV dans WBC, le Gouvernement allemand et la Commission des Communautés européennes font valoir que, pour ce qui est de l'exercice fiscal 1988, les libertés fondamentales ne pouvaient pas être invoquées, dès lors que la République d'Autriche n'était pas encore membre de la Communauté européenne et que l'accord EEE n'avait pas encore été signé.

19. En ce qui concerne la participation de HBV dans HBE, le Gouvernement allemand soutient que, en l'occurrence, la liberté d'établissement n'entre pas en ligne de compte, dans la mesure où les engagements de HBV en Espagne relèvent non pas de l'exercice de cette liberté, mais plutôt d'un simple investissement de capitaux dans le cadre de la libre circulation des capitaux.

20. Selon ledit Gouvernement, la participation de HBV dans HBE en qualité de commanditaire ne permettrait pas à cette première société d'avoir une influence certaine sur l'activité de la société espagnole. Au contraire, HBV serait exclue du processus décisionnel et de la représentation de HBE à l'égard des tiers. Or, la liberté d'établissement ne pourrait être en cause qu'en cas de détention par un ressortissant de l'État membre concerné, dans le capital d'une société établie dans un autre État membre, d'une participation lui permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de cette société et d'en déterminer les activités.
21. Quant à la participation de HBV dans WBC, il y a lieu d'examiner si les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement, et notamment les articles 52 et 58 du traité, sont applicables à une telle situation.
22. À cet égard, il importe de rappeler, à l'instar du Gouvernement allemand, de la Commission et de Mme l'avocat général au point 49 de ses conclusions, que, d'une part, la République d'Autriche ne fait partie de la Communauté que depuis le 1er janvier 1995 et que, d'autre part, l'accord EEE n'est entré en vigueur que le 1er janvier 1994.
23. Il s'ensuit que ni la liberté d'établissement au titre des articles 52 et 58 du traité ni la disposition correspondante de l'article 31 de l'accord EEE n'étaient applicables à l'évaluation de la participation de HBV dans WBC.
24. S'agissant de la participation de HBV dans HBE, il convient également d'examiner si les articles 52 et 58 du traité sont applicables à une telle situation.
25. Selon une jurisprudence constante, la liberté d'établissement, que l'article 52 du traité reconnaît aux ressortissants des États membres et qui comporte pour eux l'accès aux activités non salariées et leur exercice dans les mêmes conditions que celles définies par la législation de l'État membre d'établissement pour ses propres ressortissants, comprend, conformément à l'article 58 du traité, pour les sociétés constituées en conformité avec la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté, le droit d'exercer leur activité dans l'État membre concerné par l'intermédiaire d'une succursale ou d'une agence. Pour les sociétés, il importe de relever dans ce contexte que leur siège au sens susdit sert à déterminer, à l'instar de la nationalité des personnes physiques, leur rattachement à l'ordre juridique d'un État (v., notamment, arrêt du 14 décembre 2000, AMID, C-141/99 : Rec., p. I-11619, point 20).
26. Il importe également de préciser que, même si, selon leur libellé, les dispositions relatives à la liberté d'établissement visent notamment à assurer le bénéfice du traitement national dans l'État membre d'accueil, elles s'opposent également à ce que l'État d'origine entrave l'établissement dans un autre État membre d'un de ses ressortissants ou d'une société constituée en conformité avec sa législation répondant, par ailleurs, à la définition de l'article 58 du traité (v. arrêt AMID, préc., point 21).
27. Conformément à une jurisprudence constante, relèvent du champ d'application matériel des dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement les dispositions nationales qui trouvent à s'appliquer à la détention par un ressortissant ou une société de l'État membre concerné, dans le capital d'une société établie dans un autre État membre, d'une participation lui permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de cette société et d'en déterminer les activités (v. arrêts du 29 mars 2007, Rewe Zentralfinanz, C-347/04 : Rec., p. I-2647, points 22 et 70, ainsi que du 18 juillet 2007, Oy AA, C-231/05 : Rec., p. I-6373, point 20).
28. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si tel est bien le cas dans l'affaire au principal.

29. À toutes fins utiles, il convient de rappeler qu'il en est notamment ainsi lorsqu'une société résidente détient une participation égale à 100 % du capital d'une société établie dans un autre État membre ou, encore, lorsque les parts d'une société ayant son siège dans un État membre sont détenues, de manière directe ou indirecte, par les membres d'une même famille, résidant dans un autre État membre, lesquels poursuivent les mêmes intérêts, prennent d'un commun accord, par l'intermédiaire d'un même représentant à l'assemblée générale de cette société, les décisions relatives à celle-ci et en déterminent les activités (v. arrêts Rewe Zentralfinanz, préc., point 23, ainsi que du 6 décembre 2007, Columbus Container Services, C-298/05 : Rec., p. I-10451, points 13, 14 et 31).

30. Dans la mesure où la participation de HBV dans HBE fait entrer la première société dans le champ d'application des dispositions du traité relatives au droit d'établissement, il y a lieu de vérifier si les articles 52 et 58 du traité s'opposent à l'application d'une législation fiscale d'un État membre en ce que, dans le cadre de l'évaluation de parts non cotées d'une société de capitaux, elle a pour effet d'attribuer une valeur plus élevée à la participation de cette dernière au capital d'une société de personnes établie dans un autre État membre qu'à sa participation dans une société de personnes établie dans l'État membre concerné.

31. En l'occurrence, la situation fiscale d'une société de capitaux résidant en Allemagne ayant, comme HBV, une participation au capital d'une société de personnes établie dans un autre État membre, telle que HBE, est, ainsi que l'a indiqué la juridiction de renvoi, moins favorable, au regard de l'impôt sur la fortune dont est redevable la société mère de ladite société de capitaux, que celle qui serait la sienne si ladite société de personnes était établie en Allemagne.

32. Par conséquent, une telle différence de traitement génère un désavantage fiscal pour une société telle que HB, société mère de HBV.

33. Compte tenu de cette différence et du fait que HBV est entièrement détenue par ladite société mère, elle pourrait être dissuadée de participer au capital d'une société de personnes établie dans un autre État membre (v., en ce sens, arrêt Rewe Zentralfinanz, préc., point 31).

34. À cet égard, il convient de relever qu'une restriction à la liberté d'établissement ne peut être justifiée que si elle poursuit un objectif légitime compatible avec le traité et se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général. Encore faut-il, dans une telle hypothèse, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif en cause et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (v., notamment, arrêt du 21 novembre 2002, X et Y, C-436/00 : Rec., p. I-10829, point 49).

35. Le Finanzamt fait valoir que la détermination de la valeur patrimoniale de la société HBE moyennant l'intégration de ses perspectives de rendement est nécessaire pour des raisons de cohérence fiscale, afin d'assurer l'homogénéité de la taxation de situations factuelles comparables. En effet, en l'absence d'intégration des perspectives de rendement dans le cadre de l'évaluation des parts de HBV, les parts détenues dans des sociétés étrangères seraient favorisées.

36. Le Gouvernement allemand soutient que, en tout état de cause, la législation litigieuse est justifiée en raison des difficultés pratiques d'ordre administratif pour calculer la valeur des participations dans des sociétés établies dans d'autres États membres.

37. En ce qui concerne la justification invoquée par le Finanzamt, il importe de rappeler que la nécessité de préserver la cohérence d'un régime fiscal peut justifier une restriction à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité. Toutefois, pour qu'un argument fondé sur une telle justification puisse prospérer, il faut que soit établie l'existence d'un lien direct entre l'avantage fiscal concerné et la compensation de cet avantage par un prélèvement fiscal déterminé (v., notamment, arrêts Rewe Zentralfinanz, préc., point 62, et du 11 octobre 2007, Hollmann, C-443/06 : Rec., p. I-8491, point 56).

38. Or, en ce qui concerne l'impôt sur la fortune en cause dans l'affaire au principal, il n'a pas été démontré en quoi il existerait un lien direct entre l'avantage fiscal qui s'attache à une participation au capital d'une société de personnes établie dans l'État membre d'imposition et un prélèvement fiscal correspondant.

39. Par conséquent, il y a lieu de considérer qu'une restriction telle que celle résultant de la législation fiscale en cause au principal ne saurait être justifiée par la nécessité de garantir la cohérence du régime fiscal.

40. Quant à l'argument avancé par le Gouvernement allemand, il y a lieu de relever que la Cour a jugé, à maintes reprises, que l'efficacité des contrôles fiscaux constitue une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une restriction à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité (v. arrêt du 14 septembre 2006, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, C-386/04 : Rec., p. I-8203, point 47).

41. À supposer même que la directive 77/799/CEE du Conseil, du 19 décembre 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs (JO, n° L 336, p. 15), ne trouve pas à s'appliquer dans l'affaire au principal, cette circonstance ne saurait justifier que le mode de calcul de la valeur des participations dans des sociétés établies dans d'autres États membres soit conçu de manière désavantageuse par rapport au mode de calcul de la valeur des participations dans des sociétés établies dans l'État membre concerné. En effet, les autorités fiscales pourraient demander aux contribuables concernés de fournir eux-mêmes les éléments de preuve qu'elles estiment nécessaires pour procéder au calcul de la valeur des participations de ces contribuables dans des sociétés établies dans d'autres États membres (v., en ce sens, arrêt du 25 octobre 2007, *Geurts et Votgen*, C-464/05 : Rec., p. I-9325, point 28).

42. Eu égard à ce qui précède, il convient, par conséquent, de répondre à la question posée que, en l'absence de justification valable, les articles 52 et 58 du traité s'opposent à l'application d'une législation fiscale d'un État membre en ce que, dans le cadre de l'évaluation de parts non cotées d'une société de capitaux dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, elle a pour effet d'attribuer une valeur plus élevée à la participation de cette société au capital d'une société de personnes établie dans un autre État membre qu'à sa participation dans une société de personnes établie dans l'État membre concerné, pourvu, toutefois, qu'une telle participation soit de nature à lui conférer une influence certaine sur les décisions de la société de personnes établie dans un autre État membre et à lui permettre d'en déterminer les activités.

43. Au vu du dossier, il importe, à toutes fins utiles, de relever que, en tout état de cause, l'article 67, paragraphe 1, du traité CEE (devenu article 67, paragraphe 1, du traité CE, abrogé par le traité d'Amsterdam) n'impliquait pas, dès la fin de la procédure transitoire, la suppression des restrictions aux mouvements de capitaux, celle-ci étant intervenue en vertu de la directive 88/361/CEE du Conseil, du 24 juin 1988, pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité (JO, n° L. 178, p. 5), prise sur le fondement des articles 69 et 70, paragraphe 1, du traité CEE (devenus, respectivement, articles 69 et 70 du traité CE, abrogés par le traité d'Amsterdam) (v. arrêt du 14 novembre 1995, *Svensson et Gustavsson*, C-484/93 : Rec., p. I-3955, points 5 et 6). Or, cette directive devait être, conformément à son article 6, paragraphe 1, transposée en droit national au plus tard le 1<sup>er</sup> juillet 1990, à savoir après la période en cause dans l'affaire au principal.

**PAR CES MOTIFS**

En l'absence de justification valable, les articles 52 du traité CEE (devenu article 52 du traité CE, lui-même devenu, après modification, article 43 CE) et 58 du traité CEE (devenu article 58 du traité CE, lui-même devenu article 48 CE) s'opposent à l'application d'une législation fiscale d'un État membre en ce que, dans le cadre de l'évaluation de parts non cotées d'une société de capitaux dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, elle a pour effet d'attribuer une valeur plus élevée à la participation de cette société au capital d'une société de personnes établie dans un autre État membre qu'à sa participation dans une société de personnes établie dans l'État membre concerné, pourvu, toutefois, qu'une telle participation soit de nature à lui conférer une influence certaine sur les décisions de la société de personnes établie dans un autre État membre et à lui permettre d'en déterminer les activités.

## *LA CJCE CONTRÔLE AUSSI LA CONFORMITÉ DES RÈGLES D'ÉVALUATION DES PARTICIPATIONS.*

Voilà un arrêt qui intéressera à la fois les spécialistes de droit fiscal et de droit des sociétés ; les premiers essentiellement, parce qu'il concerne la compatibilité de dispositions fiscales nationales (l'ISF allemand en l'occurrence) avec les principes communautaires (particulièrement celui de la liberté d'établissement), et les seconds également, parce qu'il s'intéresse à l'évaluation des parts de sociétés de personnes (en l'espèce, des sociétés en commandite simple) et à leur fonctionnement (se pose la question du contrôle de ces sociétés).

En l'espèce, la SARL de droit allemand « HBV » (Heinrich Bauer Verlag Beteiligungs GmbH) possède des participations dans deux sociétés en commandite simple étrangères : la société de droit espagnol « HBE » (Bauer Ediciones Sociedad en Comandita), et la société de droit autrichien « WBC » (Basar Zeitungs und Verlagsgesellschaft GmbH und Co KG), respectivement pour l'une constituée en 1986 et pour l'autre acquise en 1988. Conformément au droit allemand en vigueur à l'époque des faits, la société mère de HBV, la société en commandite simple de droit allemand « HB » (Heinrich Bauer Verlag KG), devait soumettre à l'ISF dont elle était redevable pour l'exercice 19882, la valeur de sa participation dans HBV, laquelle tient naturellement compte des droits détenus dans les filiales HBE et WBC.

C'est au sujet de l'évaluation des parts de ces deux sociétés étrangères que la société HBV s'est opposée à l'administration fiscale allemande (Finanzamt Hamburg). Il faut dire que celle-ci était parvenue à des résultats très différents de ceux de HBV, surtout au sujet de la participation dans HBE (évaluée 17.101.512 DM, contre 920.275 DM par HBV), l'écart concernant la participation dans WBC étant beaucoup plus réduit (5.565.955 DM, contre 5.251.345 DM). Pour parvenir à ce résultat, l'administration fiscale allemande a évalué les participations dans les sociétés de personnes étrangères HBE et WBC à leur valeur vénale, alors que s'il s'était agi de sociétés de personnes allemandes, l'évaluation se serait faite sur la base de leur valeur patrimoniale. HBV y voit une discrimination fiscale, au détriment des investissements réalisés à l'étranger, contraire à l'article 52 du traité communautaire, devenu l'article 43 (principe de liberté d'établissement des ressortissants nationaux), et à l'article 58, devenu l'article 48 (assimilation des sociétés régulièrement constituées aux ressortissants).

Saisie d'une question préjudicielle par le tribunal fiscal allemand (Finanzgericht Hamburg), la CJCE a dû apprécier la compatibilité des dispositions du droit fiscal allemand au regard du principe communautaire de liberté d'établissement, en ce qu'elles conduisent à un traitement différent selon qu'il s'agit d'évaluer les participations nationales ou étrangères. Sans surprise, après avoir relevé que ce principe ne peut pas s'appliquer pour la filiale autrichienne puisque l'Autriche n'était pas membre de la Communauté européenne au moment des faits (mais uniquement depuis le 1er janvier 1995)<sup>3</sup>, mais seulement pour la filiale espagnole, la Haute cour considère qu'une telle réglementation viole la liberté

d'établissement, sans pouvoir être justifiée, sous réserve qu'il soit rapporté que la participation dans la société étrangère permette à la société nationale d'exercer une influence certaine sur ses décisions.

Si le contexte dans lequel la CJCE a été amenée à se déterminer possède sa part d'originalité, puisqu'il a fallu vérifier si les règles relatives à l'évaluation des participations pour l'application de l'ISF allemand respectent le principe communautaire de liberté d'établissement (I), le contenu de la décision reste assez classique, dans la mesure où elle s'inscrit parfaitement dans le processus d'harmonisation fiscale initié par la CJCE (II).

## **I – LE CONTEXTE DE LA DECISION**

Très peu de décisions ont été rendues par les Juridictions suprêmes en ce qui concerne la problématique liée à l'évaluation des actifs pour l'application d'un impôt sur le capital<sup>4</sup>. Au plan interne, on soulignera que les règles d'évaluation doivent être homogènes, de telle sorte que certains biens ne doivent pas être favorisés par rapport à d'autres, ce qui apparaîtrait contraire au principe d'égalité des contribuables devant l'impôt<sup>5</sup>. De la même façon, au plan externe, la législation fiscale qui évalue différemment les participations nationales et étrangères (A) avait toutes les chances de contrevenir aux principes communautaires (B).

### ***A – L'évaluation des participations***

L'évaluation des titres de sociétés non cotés est un problème récurrent en droit fiscal lorsqu'il s'agit de les soumettre aux droits de mutation ou à l'ISF. Si la valeur des parts doit être appréciée à partir de l'estimation globale de l'entreprise, en la répartissant entre les différentes catégories de titres remis aux associés<sup>6</sup>, il existe de nombreuses techniques d'évaluation dont la combinaison permettra d'aboutir à une valorisation fiable du patrimoine de l'entreprise<sup>7</sup>. En droit français, la seule évaluation de titres de sociétés à leur valeur « mathématique »<sup>8</sup> est jugée insuffisante<sup>9</sup>. C'est pourtant ce qu'autorise le droit allemand, du moins s'agissant des participations dans des sociétés de personnes allemandes.

En droit français, il n'est pas inutile de rappeler que les biens sont évalués à leur valeur vénale au jour de la mutation, ou au 1er janvier de l'année d'imposition s'agissant de l'ISF. La valeur vénale étant finalement la valeur de marché, les difficultés se présentent pour des titres qui ne sont pas cotés en bourse ; dans leur cas, la valeur vénale doit être appréciée en tenant compte de tous les éléments dont l'ensemble permet d'établir une évaluation aussi proche que possible de celle qu'aurait entraînée le jeu de l'offre et de la demande<sup>10</sup>. Le droit français ne fait aucune distinction selon que la société est française ou étrangère<sup>11</sup>. En revanche, il est tenu compte à la fois du contexte économique<sup>12</sup> et du contexte juridique de la cession<sup>13</sup>.

D'après la loi fiscale allemande sur l'évaluation des biens (Bewertungsgesetz), qui s'appliquait à l'époque des faits à l'ISF, les biens sont évalués à leur valeur marchande. Au cas particulier, les participations dans des sociétés de capitaux non cotées sont évaluées selon la méthode dite de « Stuttgart ». Selon ce procédé, si la valeur vénale ne peut être estimée par référence à une cession réalisée dans les douze derniers mois précédant l'évaluation, elle est déterminée sur la base de la valeur patrimoniale et des perspectives de rendement de la société concernée. Pour autant, lorsqu'il s'agit d'une participation détenue par une société de capitaux allemande dans une société de personnes également allemande, l'évaluation se fait uniquement à la valeur patrimoniale (ou « mathématique »), alors que la même participation dans une société de personnes étrangère est évaluée conformément au droit commun, à sa valeur vénale. Bien que l'administration allemande ait soutenu le contraire, cette distorsion de traitement était vraisemblablement à l'origine des écarts constatés dans l'évaluation des participations de HBV. Une telle législation est-elle conforme au droit communautaire ?

## ***B – Le respect du droit communautaire***

Ainsi que le rappelle la CJCE, « Si la fiscalité directe relève de la compétence des États membres, ces derniers doivent toutefois exercer celle-ci dans le respect du droit communautaire et s'abstenir de toute discrimination fondée sur la nationalité » (point 17 de l'arrêt). Sur ce fondement, on sait que la CJCE ne s'est pas privée de condamner les dispositions de droit interne qui, selon elle, contreviennent aux principes communautaires<sup>14</sup>. En l'espèce, bien que la CJCE n'était saisie que sur la base de la compatibilité des dispositions précitées du droit allemand avec le principe de liberté d'établissement, elle envisage également, comme l'y avait invité Madame l'avocat général Trstenjak (points 62 et s. des conclusions), leur compatibilité avec le principe de liberté de circulation des capitaux.

Sous l'angle de la conformité des dispositions litigieuses avec le principe de liberté de circulation des capitaux, l'arrêt est assez lapidaire dans la mesure où la CJCE estime que ces dispositions sont inapplicables puisque les principaux textes (art. 73 B du traité, devenu art. 56 §1, et directive du 24 juin 1988) n'étaient pas encore entrés en vigueur au moment des faits (soit lors de l'exercice 1988). La législation en cause était donc compatible, à l'époque des faits, avec les dispositions du droit communautaire relatives aux mouvements de capitaux.

C'est sous l'angle de la conformité des dispositions litigieuses avec le principe de liberté d'établissement que la CJCE a été amenée à répondre à l'interrogation du tribunal allemand. Celle-ci était formulée de la façon suivante (point 16 des conclusions) : « Est-il contraire aux dispositions combinées des articles 52 et 58 du traité CEE, devenus articles 43 CE et 48 CE que, dans le cadre de l'évaluation des parts non cotées dans des sociétés de capitaux, la valeur attribuée à la participation dans une société de personnes nationale soit inférieure à celle de la participation dans une société de personnes établie dans un autre État membre ? ». À cet égard, la CJCE rappelle d'abord fort justement que le principe de liberté d'établissement s'oppose aussi bien aux législations nationales qui ne réservent pas un sort identique aux

ressortissants étrangers dans le pays d'accueil que, comme au cas d'espèce, à celles qui entravent l'établissement des ressortissants nationaux ou des sociétés nationales dans un autre État membre (point 26 de l'arrêt). Suivant ensuite une démarche désormais bien connue, elle se demande si d'une part il y a bien une atteinte à la liberté d'établissement et si d'autre part celle-ci ne peut pas être justifiée par des objectifs légitimes<sup>15</sup>. Par suite, ayant jugé, comme d'ailleurs l'avait supposé la juridiction allemande elle-même, que l'entrave à la liberté d'établissement au sein du territoire communautaire ne peut être justifiée, la CJCE n'a pas besoin de s'interroger sur la question, classique elle aussi, de la proportionnalité des moyens utilisés à la fin recherchée<sup>16</sup>. Mais examinons plus précisément le contenu de cette décision.

## **II – LE CONTENU DE LA DECISION**

Selon la CJCE (point 42 de l'arrêt) « en l'absence de justification valable, les articles 52 et 58 du traité s'opposent à l'application d'une législation fiscale d'un État membre en ce que, dans le cadre de l'évaluation de parts non cotées d'une société de capitaux dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, elle a pour effet d'attribuer une valeur plus élevée à la participation de cette société au capital d'une société de personnes établie dans un autre État membre qu'à sa participation dans une société de personnes établie dans l'État membre concerné, pourvu, toutefois, qu'une telle participation soit de nature à lui conférer une influence certaine sur les décisions de la société de personnes établie dans un autre État membre et à lui permettre d'en déterminer les activités ». La position adoptée par la CJCE apparaît donc parfaitement claire et cohérente : la législation fiscale qui prévoit des règles d'évaluation des titres différentes selon qu'il s'agit de filiales nationales ou étrangères porte une atteinte injustifiée au principe de liberté d'établissement (A), sous réserve néanmoins qu'il y ait véritablement « établissement » à l'étranger (B).

### ***A – L'atteinte injustifiée à la liberté d'établissement***

S'il ne fait pas de doute que l'évaluation des titres de la société de personnes étrangère à leur valeur vénale, alors que ceux des sociétés de personnes nationales le sont à leur valeur patrimoniale, est de nature à dissuader la société mère redevable de l'ISF de s'implanter à l'étranger, engendrant une atteinte à la liberté d'établissement (points 31 à 33 de l'arrêt), restait à savoir si celle-ci pouvait être justifiée. Pendant que l'administration fiscale allemande invoquait la nécessité de préserver la cohérence du régime fiscal, le gouvernement allemand justifiait la règle litigieuse par les difficultés pratiques auxquelles il se serait heurté pour l'évaluation des participations étrangères. Aucun de ces arguments n'a convaincu la CJCE.

La nécessité de préserver la cohérence du régime fiscal est peu souvent retenue par la CJCE afin de justifier une atteinte aux libertés communautaires<sup>17</sup>. Celle-ci se fonde plus fréquemment aujourd'hui

sur d'autres motifs, souvent pris ensemble, tels que la lutte contre l'évasion fiscale, le risque de double déduction des pertes ou la « répartition équilibrée du pouvoir d'imposition »<sup>18</sup>. Toujours est-il que l'administration fiscale allemande invoquait la cohérence du système fiscal afin de justifier la prise en compte des perspectives de rendement des titres de sociétés de personnes étrangères (telle que HBE) pour l'évaluation des parts de la société de capitaux allemande (telle que HBV), à défaut de quoi les sociétés étrangères seraient favorisées puisque les revenus de la société de personnes nationale sont de toute façon répercutés sur ceux de la société de capitaux qui en détient les droits (point 25 des conclusions). La CJCE rappelle de son côté que pour qu'un avantage fiscal « national » soit justifié, il doit être compensé par un prélèvement fiscal déterminé<sup>19</sup>. Sans s'expliquer davantage, elle juge qu'il n'est pas démontré « en quoi il existerait un lien direct entre l'avantage fiscal qui s'attache à une participation au capital d'une société de personnes établie dans l'État membre d'imposition et un prélèvement fiscal correspondant » (point 38 de l'arrêt). En fait, l'argument invoqué par l'administration allemande reposait sur les effets du régime de semi-transparence fiscale propre aux sociétés de personnes ; or, s'il est bien évident qu'il ne peut jouer au profit d'une société de capitaux nationale qui détient les droits d'une société de personnes étrangère (celle-ci est traitée comme un contribuable étranger), il n'a d'incidence qu'en matière d'impôt sur les bénéfices et non pour l'évaluation des participations (le lien entre l'enrichissement de la filiale et de la société mère est le même quel que soit leur régime fiscal). Il n'y a donc aucun lien direct entre l'avantage fiscal incriminé (absence de prise en compte des revenus pour l'évaluation des parts de la société de personnes allemande) et un prélèvement fiscal déterminé (lié à la valorisation de la société mère).

L'argument selon lequel le recours à l'évaluation des titres de sociétés de personnes étrangères à leur valeur vénale, et non patrimoniale, serait lié aux difficultés pratiques d'ordre administratif que rencontre l'administration pour connaître l'état de leur patrimoine est tout aussi fantaisiste. Dans ses conclusions, Madame l'avocat général Trstenjak rappelle en effet (point 61 des conclusions) l'existence de la directive 77-799 du 19 décembre 1977 qui prévoit en son article 1er §1 que « les autorités compétentes des États membres échangent ... toutes les informations susceptibles de leur permettre l'établissement correct des impôts sur le revenu et sur la fortune ». Quant à la CJCE, elle souligne que, même si cette directive n'était pas applicable en l'espèce (mais ici aussi sans dire pourquoi), rien n'empêche les autorités fiscales allemandes de demander au contribuable les éléments de preuve nécessaires au calcul de la valeur des participations étrangères (point 41 de l'arrêt). On ajoutera qu'il est pour le moins curieux d'affirmer que la valeur vénale est plus facile à obtenir que la valeur patrimoniale, dans la mesure où précisément celle-ci lui sert de support ... (cf. supra § 9).

## ***B – La réserve concernant la réalité de l'établissement***

Les faits soumis à l'analyse de la CJCE présentaient une inconnue : la participation de HBV dans HBE. Si la participation de HBV dans WBC était connue (100 %)<sup>20</sup>, la CJCE savait seulement que HBV était commanditaire de HBE. Or, cette précision était capitale car, pour que la liberté d'établissement soit

concernée, il est nécessaire de rapporter la preuve d'une véritable implantation à l'étranger. Selon l'article 52, alinéa 2, du traité CE en effet : « La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux ».

Il est certain qu'une simple participation dans le capital d'une société étrangère ne peut suffire à caractériser une véritable implantation à l'étranger. Conformément à sa jurisprudence traditionnelle<sup>21</sup>, la CJCE rappelle qu'il faut encore que la participation puisse permettre à l'associé « d'exercer une influence certaine sur les décisions de la société et d'en déterminer les activités » (point 27 de l'arrêt). Cette exigence liée à la maîtrise de la gestion de la filiale est celle qui est requise pour apprécier le contrôle dans les groupes de sociétés (C. com., art. L. 233-3)<sup>22</sup>. En effet, même si le contrôle exprime une réalité économique (la direction de l'entreprise), elle suppose une condition juridique (la majorité des droits de vote dans les assemblées d'associés). En l'espèce, bien que HBV ait indiqué à l'audience qu'elle possédait 100 % des droits de HBE (point 54 des conclusions)<sup>23</sup>, et qu'à ce niveau de participation la condition de contrôle est présumée remplie<sup>24</sup>, la CJCE ne pouvait qu'assortir sa décision d'une réserve concernant l'effectivité du contrôle faute de certitude (point 28 de l'arrêt).

Ce faisant, la CJCE fait l'économie d'une analyse sur le statut du commanditaire, comme l'y avait pourtant invité le gouvernement allemand. Selon ce dernier, l'activité de HBV en Espagne constituerait un simple investissement qui relève de la liberté de circulation de capitaux (et non d'une véritable implantation qui relève de la liberté d'établissement), et sa qualité de commanditaire ne lui permettrait pas d'exercer une influence certaine sur l'activité de la société espagnole (eu égard au principe de non-immixtion des commanditaires dans la gestion sociale). Inexact dans sa première assertion (la prise de participation dans une société peut constituer une véritable implantation locale si elle est suffisante), le raisonnement procède également d'une confusion en ce qui concerne la seconde : la question n'est pas celle des pouvoirs de gestion dans une société mais celle du contrôle de cette société. Or, s'il est vrai que, en droit espagnol (applicable à HBE), comme en droit allemand ou en droit français (C. com., art. L. 222-6), le commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion externe, il conservera le contrôle de la société s'il possède une majorité des droits de vote dans les assemblées. C'est lui qui, en définitive, déterminera les principales orientations de la société.

La question centrale était donc bien celle liée à la participation de HBV dans HBE. C'est exactement ce que veut dire la CJCE qui, tout en renvoyant à la juridiction allemande qui l'avait interrogé pour vérifier la réalité du contrôle (point 28 de l'arrêt), dispose que : « À toutes fins utiles, il convient de rappeler qu'il en est notamment ainsi lorsqu'une société résidente détient une participation égale à 100 % du capital d'une société établie dans un autre État membre ou, encore, lorsque les parts d'une société ayant son siège dans un État membre sont détenues, de manière directe ou indirecte, par les membres d'une même famille, résidant dans un autre État membre, lesquels poursuivent les mêmes intérêts, prennent d'un commun accord, par l'intermédiaire d'un même représentant à l'assemblée générale de

cette société, les décisions relatives à celles-ci et en déterminent les activités » (point 29 de l'arrêt). La voie est donc parfaitement tracée et balisée pour la juridiction allemande de renvoi ... et les autres.

1 –

1. Notons que, à la suite d'un arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 22 juin 1995, l'ISF a été supprimé par la loi de finances pour 1997.

2 –

2. Contrairement à l'ISF français, l'impôt sur la fortune allemand s'appliquait aussi bien aux patrimoines des entreprises qu'à ceux des particuliers.

3 –

3. La CJCE relève également que l'accord sur l'Espace économique européen n'est pas davantage applicable puisqu'il n'est entré en vigueur que le 1<sup>er</sup> janvier 1994.

4 –

4. V. néanmoins CJCE, 17 janv. 2008, C-256/06, Jäger, non encore publié au recueil, concl. J. Mazak.

5 –

5. C'est ce sur quoi s'était fondée la Cour constitutionnelle allemande (arrêt 22 juin 1995 préc.) pour condamner la législation qui prévoyait des règles d'évaluation différentes selon qu'il s'agissait d'immeubles ou de titres.

6 –

6. Rép. min. Vasseur n° 12409 : JOAN Q, 5 nov. 1990, p. 5135 ; Rép. min. Balligand n° 26720 : JOAN Q, 28 janv. 1991, p. 299.

7 –

7. Pour le détail de ces méthodes, v. Evaluation, éd. F. Lefebvre, 2007.

8 –

8. Il s'agit de la valeur « patrimoniale » de l'entreprise, laquelle est calculée à partir de son bilan comptable. Elle ne doit cependant pas être confondue avec la valeur « comptable » de l'entreprise dans la mesure où la valeur patrimoniale repose sur une évaluation de chacun des éléments du bilan à sa valeur vénale.

9 –

9. Cass. com., 23 avr. 2003 : RJF, 2003/10, n° 1180.

10 –

10. Cass. com., 16 déc. 1997 : RJF, 1998/4, n° 502.

11 –

11. D. adm., 7 G 247, n° 9, 20 déc. 1996.

12 –

12. Cass. com. 23 avr. 2003, préc.

13 –

13. Cass. com., 15 mai 2007 : RJF, 2007/10, n° 1173.

14 –

14. Au sein d'une abondante littérature consacrée à ce thème, on se contentera de signaler à l'attention du lecteur deux belles contributions récentes : T. Dubut, « Le juge communautaire en matière de fiscalité directe : un « législateur cadre positif » ? L'année fiscale » : *Dr. fisc.*, avr. 2008, p.48 s. ; M. Wathelet, « Souveraineté des États membres et Cour de justice : nouvelles tendances ou confirmation ? » : *RJF*, 2008/2 p. 90 s.

15 –

15. M.-C. Bergerès, « Une limite à la liberté d'établissement : la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition » : *Dr. fisc.*, 2007, n° 40, comm. n° 880. M. Wathelet, *Transferts financiers intragroupes et droit communautaire*, FR 41-07, n° 8, p. 9.

16 –

16. CJCE 13 déc. 2005, « Marks et Spencer » : *Bull. Joly Sociétés*, 2006, p. 352, § 73, note E. Ginter. Bien que la règle en cause (exclusion de la prise en compte des résultats, positifs aussi bien que négatifs, des filiales étrangères pour l'application du régime de groupe britannique) soit justifiée par des objectifs légitimes, elle ne respecte pas le principe de « proportionnalité » entre l'objectif et les moyens pour y parvenir.

17 –

17. V. néanmoins CJCE, 28 janv. 1992, *Bachmann* : *Dr. fisc.*, 1992, n° 29, comm. n° 1503, note E. Kornprobst ; CJCE, 28 oct. 2008, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH* : *Dr. fisc.*, 2008, n° 50, comm. n° 616, note J.-C. Gracia.

18 –

18. CJCE, 13 déc. 2005 préc. ; CJCE, 18 juil. 2007, *OY A* : *Dr. fisc.*, 2007, n° 52, comm. n° 1092.

19 –

19. CJCE, 14 sept. 2006, *Centre de musicologie Walter Stauffer* : *RJF*, 2006/12, n° 1645.

20 –

20. Vraisemblablement sur le modèle allemand de la société en commandite simple (SCS) unipersonnelle (bien qu'elle comporte deux associés), il s'agit de la situation dans laquelle un associé est commanditaire de la SCS mais également associé unique d'une SARL unipersonnelle elle-même commandité de la SCS (*GmbH & Co KG « unipersonnelle »*). V. *Dossiers internationaux F. Lefebvre*, Allemagne, 8e éd., nov. 2007, n°s 820 et s.

21 –

21. CJCE, 29 mars. 2007, *Rewe Zentralfinanz* : *Dr. fisc.*, 2007, n° 15, act. 40 ; CJCE, 18 juillet 2007 préc.

22 –

22. M.-H. Monsérié-Bon, J.-Cl. *Sociétés*, *Traité*, Fasc. 165-10 ; M. Stork, « Définition légale du contrôle d'une société en droit français » : *Rev. sociétés*, 1986, p. 385 et s.

23 –

23. V. *supra*, note 20.

24 –

24. CJCE, 13 avr. 2000, Baars : Dr. fisc., 2000, n° 44, comm. n° 840.