Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
présentées le 13 mars 2025 [1]

Affaire C-142/24

Familienstiftung
contre
Finanzamt Köln-West

[demande de décision préjudicielle formée par le Finanzgericht Köln (tribunal des finances de Cologne, Allemagne)]

« Renvoi préjudiciel – Article 40 de l'accord sur l'Espace économique européen – Article 63 TFUE – Libre circulation des capitaux – Impôt sur les successions et les donations – Imposition de la transmission à titre gratuit d'un patrimoine entre vifs pour la constitution d'une fondation familiale – Fondation familiale ayant son siège au Liechtenstein – Imposition au titre de l'impôt sur les donations en Allemagne – Traitement fiscal défavorable de la fondation familiale étrangère – Justification – Raisons impérieuses d'intérêt général – Cohérence du régime fiscal – Impôt de substitution sur les successions – Proportionnalité »

1. Le droit allemand autorise la création de fondations familiales dans l'intérêt d'une ou de plusieurs familles. Lorsque le fondateur réside en Allemagne, la transmission d'un patrimoine en vue de créer une telle fondation par acte entre vifs est soumise à l'impôt sur les donations, que la fondation soit constituée en Allemagne ou dans un autre pays.

2. Une fondation familiale constituée à l'étranger par une personne résidant en Allemagne est soumise à un traitement fiscal plus défavorable qu'une telle fondation constituée en Allemagne. Cette différence repose, selon les autorités allemandes, sur le fait que les fondations familiales créées dans cet État membre sont soumises, tous les trente ans, au paiement d'un « impôt de substitution sur les successions », ce qui n'est pas le cas des fondations familiales constituées à l'étranger.

3. La juridiction de renvoi est appelée à trancher un litige opposant une fondation familiale constituée au Liechtenstein par une personne résidant en Allemagne aux autorités fiscales allemandes. Pour le résoudre, elle souhaite savoir si la législation fiscale de cet État membre, en ce qui concerne l'impôt sur les donations, respecte la libre circulation des capitaux consacrée à l'article 40 de l'accord sur l'Espace économique européen, du 2 mai 1992 [2].

[1] Langue originale : l'espagnol.

[2] JO 1994, L 1, p. 3 (ci-après l'« accord EEE »). Est partie à cet accord, entre autres, la Principauté de Liechtenstein depuis le 1er mai 1995 [décision du Conseil de l'EEE nº 1/95, du 10 mars 1995, relative à l'entrée en vigueur de l'accord sur l'Espace économique européen pour la principauté de Liechtenstein (JO 1995, L 86, p. 58)].

I. Le cadre juridique

A. Le droit international : l'accord EEE

4. L'article 40 de l'accord EEE dispose :

« Dans le cadre du présent accord, les restrictions entre les parties contractantes aux mouvements des capitaux appartenant à des personnes résidant dans les États membres de la [Communauté européenne] ou dans les États de l'[Association européenne de libre-échange (AELE)], ainsi que les discriminations de traitement fondées sur la nationalité ou la résidence des parties ou sur la localisation du placement, sont interdites. Les dispositions nécessaires à l'application du présent article figurent à l'annexe XII. »

5. L'annexe XII, intitulée « Libre circulation des capitaux », fait référence à la directive 88/361/CEE du Conseil, du 24 juin 1988, pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité [3].

B. Le droit de l'Union : la directive 88/361

6. Aux termes de l'article 1er de la directive 88/361 :

« 1. Les États membres suppriment les restrictions aux mouvements de capitaux intervenant entre les personnes résidant dans les États membres, sans préjudice des dispositions figurant ci-après. Pour faciliter l'application de la présente directive, les mouvements de capitaux sont classés selon la nomenclature établie à l'annexe I.

[...] »

7. L'annexe I contient la nomenclature des mouvements de capitaux visés à l'article 1er. La rubrique XI, consacrée aux « Mouvements de capitaux à caractère personnel », vise, sous le point B, les « Dons et dotations ».

C. Le droit allemand : la loi relative à l'impôt sur les successions et les donations

8. L'article 1er, intitulé « Opérations imposables », de l'Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz (loi relative à l'impôt sur les successions et les donations) (ci-après l'« ErbStG ») [4] prévoit, à son paragraphe 1, point 2, que les donations entre vifs sont soumises à l'impôt.

9. Est également soumis à l'ErbStG, conformément à son article 1er, paragraphe 1, point 4, le patrimoine d'une fondation, pour autant que celle-ci soit constituée essentiellement dans l'intérêt d'une famille ou de certaines familles, à des intervalles de 30 ans.

[3] JO 1988, L 178, p. 5.

[4] Dans sa version modifiée par le Gesetz zur Umsetzung der Beitreibungsrichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften (loi portant transposition de la directive en matière de recouvrement et portant modification de dispositions fiscales), du 7 décembre 2011 (BeitrRLUmsG) (BGBl. 2011 I, p. 2592).

10. Aux termes de l'article 2 de l'ErbStG, intitulé « Obligation fiscale personnelle », l'obligation fiscale prend naissance :

– pour la totalité de la dévolution patrimoniale, dans les cas visés à l'article 1er, paragraphe 1, points 1 à 3, lorsque le donateur à la date de la donation est un ressortissant national (*Inländer*). Sont entre autres considérées comme tel les personnes physiques qui ont un domicile sur le territoire national ou qui y séjournent habituellement ;

– dans les cas visés à l'article 1er, paragraphe 1, point 4, lorsque la fondation a sa direction ou son siège sur le territoire national.

11. L'article 7 de l'ErbStG, intitulé « Donations entre vifs », dispose, à son paragraphe 1, point 8, qu'est considérée comme une donation entre vifs la transmission de patrimoine sur le fondement d'un acte de fondation entre vifs.

12. L'article 9 de l'ErbStG, intitulé « Fait générateur de l'impôt », prévoit, à son paragraphe 1, point 4, que l'impôt prend naissance, dans les cas visés à l'article 1er, paragraphe 1, point 4, à des intervalles de 30 ans à compter de la date de la première transmission de patrimoine à la fondation.

13. L'article 15 de l'ErbStG, intitulé « Classes d'imposition », précise, à son paragraphe 1, les critères permettant de fixer, en fonction de la relation personnelle existant entre le bénéficiaire et le défunt ou le donateur, les classes d'imposition suivantes :

– classe d'imposition I : elle regroupe le conjoint et le partenaire ; les enfants et enfants du conjoint ; les descendants des enfants et des enfants du conjoint ; ainsi que les ascendants, pour les dévolutions à cause de mort ;

– classe d'imposition II : elle regroupe les ascendants, pour autant qu'ils n'appartiennent pas à la classe d'imposition I ; les frères et sœurs ; les descendants au premier degré des frères et sœurs ; le conjoint de l'un des parents ; les gendres et belles-filles ; les beaux-parents ; le conjoint divorcé et le partenaire d'un partenariat dissous ;

– classe d'imposition III : elle regroupe tous les autres bénéficiaires et les donations avec affectation.

14. L'article 15, paragraphe 2, de l'ErbStG dispose que, dans le cas de figure relatif aux fondations, visé à l'article 7, paragraphe 1, point 8, l'imposition se base sur le lien de parenté entre l'ayant droit le plus éloigné selon l'acte de fondation et le défunt ou le donateur, pour autant que la fondation ait été constituée sur le territoire national essentiellement dans l'intérêt d'une famille ou de certaines familles.

15. L'article 16 de l'ErbStG, intitulé « Abattements », régit à son paragraphe 1 les minima exonérés qui sont déductibles de la base imposable en cas d'obligation fiscale personnelle, lorsque la dévolution a eu lieu en faveur :

1) du conjoint et du partenaire, à hauteur de 500 000 euros ;

2) des enfants au sens de la classe I, point 2, et des enfants d'enfants décédés au sens de la classe I, point 2, à hauteur de 400 000 euros ;

3) des enfants des enfants au sens de la classe d'imposition I, point 2, à hauteur de 200 000 euros ;

4) des autres personnes de la classe d'imposition I, à hauteur de 100 000 euros ;

5) des personnes de la classe d'imposition II, à hauteur de 20 000 euros ;

[...]

7) des autres personnes de la classe d'imposition III, à hauteur de 20 000 euros.

16. L'article 19 de l'ErbStG, intitulé « Taux d'imposition », fixe les taux d'imposition en fonction des classes d'imposition et de la valeur de la transmission imposable. Pour la classe I, les taux vont de 7 % à 30 % ; pour la classe II, de 15 % à 43 % ; et, pour la classe III, de 30 % à 50 %.

II. Les faits, le litige au principal et la question préjudicielle

17. En 2014, Mme Y (ci-après la « fondatrice »), résidant en Allemagne, a créé une fondation familiale au Liechtenstein conformément au droit de ce dernier pays.

18. Selon les statuts de la fondation, celle-ci a pour objet de promouvoir et de soutenir les descendants communs de la fondatrice et de son époux décédé. Les bénéficiaires de la fondation sont la fondatrice, les descendants communs susmentionnés et les enfants de ces derniers.

19. Lors de la constitution de la fondation, la fondatrice l'a dotée d'un patrimoine, sur lequel la fondation a acquis une capacité totale et inconditionnelle de libre disposition. La fondatrice a perdu le droit de disposer de ce patrimoine, sans possibilité d'exiger la rétrocession totale ou partielle des actifs.

20. Le 16 avril 2015, la fondation a notifié l'opération au Finanzamt Köln-West (centre des impôts de Cologne-Ouest, Allemagne, ci-après l'« administration fiscale ») et a introduit une déclaration relative à l'impôt sur les donations.

21. Ayant été constituée essentiellement dans l'intérêt de la famille de la fondatrice, la fondation a soutenu qu'il convenait de tenir compte, aux fins du calcul de la dette au titre de l'impôt sur les donations, du lien de parenté entre l'ayant droit le plus éloigné et la fondatrice, conformément aux statuts. En vertu de ce critère, il y avait lieu d'appliquer les abattements sur la base imposable ainsi que le taux d'imposition correspondant aux membres de la famille relevant de la classe I (ce qu'il est convenu d'appeler le « privilège des classes d'imposition »).

22. Le 22 novembre 2018, l'administration fiscale a rejeté cette approche. Elle a fait valoir que :

– le privilège des classes d'imposition pour les fondations familiales exige que la fondation soit constituée en Allemagne. Si tel n'est pas le cas, la réglementation impose l'application des critères correspondant à la classe d'imposition III, ce qui entraîne un abattement moindre sur la base imposable et un taux d'imposition plus élevé ;

– la différence de traitement est justifiée par la nécessité de préserver la cohérence du système fiscal allemand. Le privilège des classes d'imposition accordé lors de la création d'une fondation familiale nationale tient au fait que ces fondations sont soumises, tous les 30 ans, à

l'impôt de substitution sur les successions. Une fondation familiale établie à l'étranger n'est pas soumise à cette dernière modalité d'imposition.

23. Le 19 décembre 2018, la fondation a formé une réclamation auprès de l'administration fiscale, laquelle a été rejetée le 6 janvier 2021.

24. Le 5 février 2021, la fondation a introduit un recours devant le Finanzgericht Köln (tribunal des finances de Cologne, Allemagne), en affirmant qu'elle devait se voir appliquer le privilège de la classe d'imposition I, même si la fondation était constituée à l'étranger. Dans le cas contraire, selon elle, le droit à la libre circulation des capitaux serait violé de manière injustifiée.

25. C'est dans ce contexte que le Finanzgericht Köln (tribunal des finances de Cologne) a posé à la Cour la question préjudicielle suivante :

« L'article 40 de [l'accord EEE] doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une disposition nationale d'un État membre relative à la perception de l'impôt sur les successions et sur les donations qui, aux fins de l'imposition de la transmission, effectuée sur le fondement d'un acte de fondation entre vifs, d'un patrimoine à une fondation étrangère, se fonde sur la classe d'imposition III, la plus élevée, également lorsque la fondation est constituée essentiellement dans l'intérêt d'une famille ou de certaines familles (fondation familiale), alors que, dans le cas correspondant d'une fondation familiale nationale, la classe d'imposition est déterminée en fonction du lien de parenté entre l'ayant droit le plus éloigné selon l'acte de fondation et le donateur (fondateur), ce qui, pour la fondation familiale nationale, conduit à l'application des classes d'imposition I ou II, qui sont plus favorables ? »

III. La procédure devant la Cour

26. La demande de décision préjudicielle a été enregistrée au greffe de la Cour le 23 février 2024.

27. Des observations écrites ont été déposées par la fondation requérante, le gouvernement allemand et la Commission européenne.

28. La Cour n'a pas jugé indispensable de tenir une audience.

IV. Appréciation

29. J'adopterai dans le cadre de mon analyse la méthode appliquée à plusieurs reprises par la Cour pour examiner des questions préjudicielles posées dans des affaires analogues au cas d'espèce. Sa manière de procéder, par phases ou par étapes, vise à identifier, dans un premier temps, la liberté applicable et l'éventuelle restriction dont elle a fait l'objet. Dans un deuxième temps, la Cour compare les situations en cause afin de déterminer si celles-ci ont fait l'objet d'un traitement différent, ce qui requiert un examen approfondi de la réglementation interne qui l'a instauré. Dans un troisième temps, enfin, elle apprécie les éventuelles justifications, fondées sur des raisons impérieuses d'intérêt général, ainsi que la proportionnalité de la mesure nationale restrictive de la liberté en cause.

A. Sur la liberté applicable

30. La juridiction de renvoi invite la Cour à préciser si la réglementation allemande en question est compatible avec l'article 40 de l'accord EEE, relatif à la libre circulation des capitaux. Le gouvernement allemand, au contraire, soutient que cet examen devrait être réalisé sous l'angle de la liberté d'établissement.

31. Selon le gouvernement allemand :

– en cas de transmission de patrimoine en vue de la constitution d'une fondation familiale, contrairement à une donation classique, ce n'est pas la transmission de patrimoine en tant que telle qui est au premier plan, mais la constitution de la fondation ;

– la liberté d'établissement prévue à l'article 31 de l'accord EEE garantit l'accès aux activités économiques indépendantes et leur exercice, ainsi que la création et la gestion d'entreprises au Liechtenstein. La notion d'« établissement » au sens de cet article, comme au sens de l'article 49 TFUE, doit être interprétée largement. Par conséquent, la constitution d'une fondation peut également relever du champ d'application de la liberté d'établissement ;

– dans le cas d'une fondation familiale, le patrimoine familial affecté à la fondation est rendu juridiquement indépendant afin d'en tirer des revenus qui profitent aux membres de la famille. La constitution d'une fondation familiale ne peut donc pas être considérée comme un simple mouvement de capitaux, mais plutôt comme un « établissement familial ». C'est pourquoi l'opération doit être considérée comme relevant du champ d'application de la liberté d'établissement (article 31 de l'accord EEE) et non de celui de la libre circulation des capitaux.

32. Toutefois, le gouvernement allemand affirme que, malgré ses doutes, il « partira du principe que la libre circulation des capitaux est applicable au cas d'espèce » et que ses considérations ultérieures sont, en tout état de cause, transposables à la liberté d'établissement [5].

33. La Cour a itérativement jugé que, « pour déterminer si une législation nationale relève des règles relatives à la liberté d'établissement ou de celles relatives à la libre circulation des capitaux, il y a lieu de prendre en considération l'objet de la législation en cause » [6].

34. Or, le litige à l'origine du renvoi préjudiciel porte sur la législation allemande relative à l'impôt sur les successions et les donations. Cette législation qualifie de « donation » la transmission d'un patrimoine en vue de la constitution d'une fondation familiale (article 7, paragraphe 1, point 8, de l'ErbStG).

35. L'impôt sur les donations est dû, précisément, en raison de la transmission entre vifs et à titre gratuit d'un patrimoine, soit en faveur d'un donataire, soit, comme en l'espèce, en faveur d'une fondation familiale. Le fait qu'un « établissement familial » doté de la personnalité morale résulte de cette transmission est une conséquence dérivée, postérieure, qui aura ses propres implications fiscales.

[5] Point 46 des observations écrites du gouvernement allemand.

[6] Arrêt du 19 juillet 2012, A (C-48/11, EU:C:2012:485, point 17).

36. Du point de vue de la libre circulation des capitaux, il importe peu qu'il soit fait référence à l'article 40 de l'accord EEE ou à l'article 63 TFUE, étant donné que tous deux protègent la même liberté. Selon la Cour :

– « si des restrictions à la libre circulation des capitaux entre ressortissants d'États parties à l'accord EEE doivent être appréciées au regard de l'article 40 et de l'annexe XII dudit accord, ces stipulations revêtent la même portée juridique que celle des dispositions, identiques en substance, de l'article 56 CE [...] »[7] ;

– « [l'article 63, paragraphe 1, TFUE] interdit toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers. Si le traité [FUE] ne définit pas la notion de ["]mouvements de capitaux["], il est [...] constant que la directive 88/361, ensemble avec la nomenclature qui lui est annexée, a une valeur indicative pour définir cette notion [...]. Or, les dons et les dotations apparaissent sous la rubrique XI, intitulée "Mouvements de capitaux à caractère personnel", de l'annexe I de la directive 88/361 »[8] ;

– « [à] l'instar de l'impôt prélevé sur les successions, lesquelles consistent en une transmission à une ou plusieurs personnes du patrimoine laissé par une personne décédée et qui relèvent également de cette même rubrique de ladite annexe I [...], le traitement fiscal des donations, que celles-ci portent sur des sommes d'argent, des biens immeubles ou des biens meubles, relève [...] des dispositions du traité relatives aux mouvements de capitaux, à l'exception des cas où leurs éléments constitutifs se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre »[9].

37. Au vu de ces éléments, je suis enclin à partager le point de vue de la juridiction de renvoi et à considérer que la question préjudicielle doit être analysée sous l'angle de la libre circulation des capitaux.

B. Sur l'existence d'une restriction

38. L'article 15, paragraphe 2, de l'ErbStG prévoit que, en cas de transmission d'un patrimoine en vue de constituer une fondation familiale nationale, la classe d'imposition est déterminée en fonction de la proximité de parenté (classes I et II).

39. Les fondations familiales constituées à l'étranger relèvent toutefois de la classe d'imposition III, ce qui signifie qu'elles bénéficient d'abattements moins élevés sur la base imposable et qu'elles sont soumises à des taux d'imposition plus élevés.

40. En ce qui concerne l'impôt sur les successions, qui, comme l'impôt sur les donations[10], frappe les transmissions de biens à titre gratuit, la Cour a eu l'occasion de juger qu'une réglementation d'un État membre analogue à celle en cause en l'espèce constitue une restriction à la libre circulation des capitaux[11].

7 Arrêt du 11 juin 2009, Commission/Pays-Bas (C-521/07, EU:C:2009:360, point 33).

8 Arrêt du 16 juin 2011, Commission/Autriche (C-10/10, EU:C:2011:399, point 24).

9 Arrêt du 22 avril 2010, Mattner (C-510/08, EU:C:2010:216, point 20).

10 La Cour établit ce parallèle dans l'arrêt du 22 avril 2010, Mattner (C-510/08, EU:C:2010:216, point 20).

11 Arrêt du 30 juin 2016, Feilen (C-123/15, EU:C:2016:496, point 19).

41. Le gouvernement allemand reconnaît que sa législation fiscale comporte, sur ce point, une restriction aux mouvements de capitaux. Il développe son raisonnement en quatre étapes [12] :

– l'article 40 de l'accord EEE interdit de façon générale les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres ainsi qu'entre les États membres et les pays tiers ;

– l'article 15, paragraphe 2, point 1, de l'ErbStG soumet la constitution d'une fondation familiale allemande à une imposition réduite, dont sont exclues les fondations constituées à l'étranger. Considérée isolément, la constitution de ces dernières entités est soumise à une charge fiscale plus élevée ;

– dans l'affaire au principal, cette disposition de l'ErbStG soumet la constitution d'une fondation familiale ayant son siège au Liechtenstein (dont les bénéficiaires sont exclusivement les descendants en ligne directe) à des droits plus élevés que ceux qui auraient été exigés si la donation avait été faite, dans les mêmes conditions, à une fondation ayant son siège ou sa direction en Allemagne ;

– la diminution de la valeur de la donation, qui résulte de l'application de la réglementation allemande, constitue une restriction aux mouvements de capitaux.

42. Au vu de cette reconnaissance explicite du gouvernement allemand, qui partage l'avis de la Commission et celui de la fondation requérante, j'estime qu'aucune autre réflexion n'est nécessaire.

43. L'on peut donc considérer que la réglementation allemande fait dépendre la charge fiscale au titre de l'impôt sur les donations du lieu où la fondation familiale a sa direction ou son siège. Il ressort de cette réglementation qu'une donation en vue de la constitution d'une fondation familiale ayant son siège en Allemagne est soumise à un impôt sur les donations inférieur à celui qui est dû pour la constitution d'une fondation familiale ayant son siège au Liechtenstein, ce qui a pour effet, dans ce dernier cas, de diminuer la valeur de la donation.

44. Dans ces conditions, il convient d'examiner si la restriction à la libre circulation des capitaux ainsi constatée est susceptible d'être justifiée au regard de l'article 40 de l'accord EEE (équivalent, mutatis mutandis, à l'article 63 TFUE).

C. Sur la justification de la restriction

45. Conformément à la méthode que j'ai évoquée plus haut dans les présentes conclusions, il convient d'examiner, en premier lieu, la comparabilité des situations en cause et, le cas échéant, en second lieu, la possibilité de justifier le traitement différencié de ces situations par une raison impérieuse d'intérêt général [13].

46. En effet, « pour qu'une réglementation fiscale nationale telle que celle en cause [...] puisse être considérée comme compatible avec les dispositions du traité relatives à la libre circulation des capitaux, il est nécessaire que la différence de traitement concerne des situations qui ne sont pas objectivement comparables ou soit justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général » [14].

[12] Points 47 à 50 de ses observations écrites.

[13] Arrêt du 12 octobre 2023, BA (Successions – Politique sociale de logement dans l'Union) (C-670/21, EU:C:2023:763, point 56).

[14] Arrêt du 17 septembre 2015, F. E. Familienprivatstiftung Eisenstadt (C-589/13, EU:C:2015:612, point 58).

1. Sur la comparabilité des situations

47. Il n'est pas contesté que la constitution d'une fondation familiale allemande est soumise à l'impôt sur les donations, comme l'est également la constitution d'une fondation familiale étrangère par un résident allemand. Dans ce dernier cas de figure, l'assujettissement à l'impôt sur les donations résulte du jeu de plusieurs dispositions de l'ErbStG :

– aux termes de l'article 1er, paragraphe 1, point 2, et de l'article 7, paragraphe 1, point 8, respectivement : i) les donations entre vifs sont soumises à l'impôt, et ii) la transmission d'un patrimoine en vue de la création d'une fondation entre vifs est considérée comme une donation entre vifs [15] ;

– même si, en vertu de l'article 2, paragraphe 1, point 1, de l'ErbStG, la fondation familiale étrangère ne remplit pas les conditions légales auxquelles la naissance de l'obligation fiscale personnelle est subordonnée, cette obligation fiscale naît également lorsque, au moment de l'exécution de la donation, le donateur est un ressortissant national ;

– aux termes de l'article 2, paragraphe 1, point 1, deuxième phrase, sous a), de l'ErbStG, sont considérées comme des ressortissants nationaux, entre autres, les personnes physiques qui ont un domicile sur le territoire national ou qui y séjournent habituellement. La fondatrice (donatrice) étant domiciliée en Allemagne au moment de l'exécution de la donation, il existe une obligation fiscale personnelle [16].

48. Il est également constant que, du fait de l'application de ces dispositions, la charge fiscale grevant la constitution (par un résident allemand) des fondations ayant leur siège à l'étranger est supérieure à celle afférente à la constitution des fondations ayant leur siège en Allemagne.

49. Ainsi, un même fait (la transmission, par une personne résidant en Allemagne, d'un patrimoine en vue de la constitution d'une fondation, qu'elle soit allemande ou étrangère) fait naître l'obligation fiscale d'acquitter, dans les deux cas, l'impôt allemand sur les donations. Les situations sont donc, en principe, comparables.

50. Le gouvernement allemand soutient toutefois que la situation d'une fondation familiale nationale n'est pas objectivement comparable à celle d'une fondation familiale étrangère. Selon lui, le législateur allemand était en droit de prévoir un privilège fiscal pour les fondations familiales nationales, afin de compenser le désavantage découlant de l'impôt de substitution sur les successions, qui est dû périodiquement et qui frappe uniquement les fondations familiales nationales.

51. Je ne partage pas ce point de vue, qui supprimerait la possibilité d'examiner si une différence de traitement constitue une violation d'une liberté fondamentale : accepter la thèse du gouvernement allemand conduirait à admettre que la différence de traitement serait, en soi, un

15 Décision de renvoi, point 38.

16 Décision de renvoi, point 41.

élément déterminant de la non-comparabilité des situations. Un raisonnement analogue de ce même gouvernement a déjà été rejeté par la Cour lorsqu'elle a statué sur un autre litige lié à l'application de l'ErbStG [17].

52. Pour déterminer si les situations en cause sont comparables, il convient de tenir compte du fait générateur de l'obligation fiscale principale, quel que soit le lieu de résidence de chacun des redevables de l'impôt.

53. En l'occurrence, ce fait générateur (la transmission de biens en vue de la constitution d'une fondation familiale par une personne résidant en Allemagne) est imposé au titre de l'impôt sur les donations en vertu de l'ErbStG, que la fondation familiale soit constituée dans ce pays ou au Liechtenstein. Le fait générateur, je le répète, est le même dans les deux cas.

54. D'autres éléments de l'impôt visant à déterminer, en particulier, la charge fiscale (tels que les abattements sur la base imposable et le taux d'imposition) ne sont pas essentiels aux fins de la naissance du rapport juridique fiscal. Ils ne contribuent qu'à moduler la portée de l'obligation de paiement de l'impôt.

55. La juridiction de renvoi confirme être en présence de situations comparables : « [l]'assujettissement à l'impôt de la transmission de patrimoine effectuée sur la base d'un acte de fondation, en application de l'article 7, paragraphe 1, point 8, de l'ErbStG, comprend aussi bien les fondations nationales que la création d'une fondation liechtensteinoise telle que celle en cause dans le présent litige. Les faits sont donc objectivement comparables » [18].

56. En réalité, la question préjudicielle ne s'étend pas à l'appréciation de la comparabilité des situations, postulat que la juridiction de renvoi accepte sans réserve. Le seul aspect sur lequel cette juridiction nourrit des doutes, et elle le déclare expressément, est « la question de savoir s'il existe des motifs impérieux d'intérêt général justifiant une restriction, par l'article 15, paragraphe 2, première phrase, de l'ErbStG, de la libre circulation des capitaux » [19].

2. Sur la différence de traitement entre des situations comparables

57. La détermination de la charge fiscale en vertu de l'ErbStG repose sur le degré de parenté entre le donateur et le bénéficiaire. À cette fin, l'article 15, paragraphe 1, prévoit trois classes d'imposition. La classe I regroupe les membres de la famille les plus proches (dont les enfants et les petits-enfants), la classe II, les plus lointains et la classe III, les autres personnes.

58. La classe d'imposition applicable à la constitution de fondations familiales est prévue à l'article 15, paragraphe 2, de l'ErbStG, sur la base du lien de parenté entre l'ayant droit le plus éloigné (selon l'acte de fondation) et le donateur. Toutefois, cette règle ne s'applique qu'aux fondations familiales constituées sur le territoire allemand.

[17] Arrêt du 12 octobre 2023, BA (Successions – Politique sociale de logement dans l'Union) (C-670/21, EU:C:2023:763, point 64) : « [...] sans préjudice de l'examen du caractère éventuellement justifié de la réglementation en cause au principal au titre d'une raison impérieuse d'intérêt général, admettre que des situations ne seraient pas comparables du seul fait que le bien immobilier en cause soit situé dans un État tiers autre qu'un État partie à l'accord EEE, alors que l'article 63, paragraphe 1, TFUE interdit précisément les restrictions aux mouvements de capitaux transfrontaliers, viderait cette disposition de son contenu ».

[18] Décision de renvoi, point 63.

[19] Décision de renvoi, point 64.

59. La différence de traitement entre les fondations familiales nationales et étrangères résulte donc du fait que la réglementation nationale les place dans des classes d'imposition différentes. En l'espèce, la fondation familiale ayant son siège au Liechtenstein relève de la classe d'imposition III (la classe résiduelle) plutôt que de la classe d'imposition I, dans laquelle elle aurait été placée si elle avait été constituée en Allemagne. La relation de la fondatrice avec ses parents perd donc sa pertinence à cet égard.

60. Le résultat final est que la fondation familiale étrangère doit acquitter un montant d'impôt plus élevé, en raison de deux facteurs :

– lors du calcul de la base imposable de l'impôt, elle ne bénéficie que des abattements prévus pour les assujettis de la classe III, sensiblement inférieurs aux abattements de la classe I [20] ;

– en ce qui concerne le taux d'imposition applicable à cette base imposable, les contribuables relevant de la classe III acquittent un pourcentage plus élevé que ceux de la classe I [21].

61. La juridiction de renvoi confirme que le droit national conduit à une différence de traitement, au sens exposé plus haut dans les présentes conclusions, entre les fondations constituées en Allemagne par des résidents allemands et celles constituées par ces mêmes résidents allemands dans un État de l'EEE [22]. Elle ajoute que la convention en vue d'éviter les doubles impositions conclue entre la République fédérale d'Allemagne et la Principauté de Liechtenstein [23] ne remédie pas à cette situation [24].

3. Sur la cohérence fiscale

62. Le gouvernement allemand justifie la réglementation en cause par la nécessité d'assurer la cohérence du système fiscal national. Il s'appuie sur le fait que les fondations familiales nationales, à la différence des fondations familiales étrangères, sont soumises tous les 30 ans à un impôt de substitution sur les successions.

63. Selon la juridiction de renvoi [25], en adoptant la réglementation applicable en l'espèce, le législateur allemand :

– « est parti du principe que les avantages accordés par le privilège des classes d'imposition seraient compensés par les désavantages de l'impôt de substitution sur les successions. En introduisant l'impôt de substitution sur les successions, le législateur avait pour objectif, pour ce qui est de l'imposition des successions, de mettre les dispositifs consistant en une fondation sur un pied d'égalité avec les successions naturelles, grâce à une imposition périodique ;

[20] Pour le calcul de la base imposable, l'article 10 de l'ErbStG tient compte des abattements (minima exonérés) prévus à l'article 16. En l'absence de données plus précises, il semblerait que, dans le présent cas d'espèce, la réduction de la base imposable soit de 20 000 euros (classe III) au lieu de 200 000 euros (classe I, pour les enfants d'enfants).

[21] En vertu de l'article 19 de l'ErbStG, le taux d'imposition applicable à la classe III serait, pour une valeur inférieure à 75 000 euros, de 30 % au lieu de 7 % pour la classe I.

[22] Décision de renvoi, points 37 à 47.

[23] Convention conclue le 17 novembre 2011 entre la République fédérale d'Allemagne et la Principauté de Liechtenstein en vue d'éviter les doubles impositions et l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (BGBl 2012 II, p. 1462).

[24] Décision de renvoi, points 46 et 47.

[25] La juridiction de renvoi analyse en détail la genèse et le parcours parlementaire tant du privilège des classes d'imposition (article 15, paragraphe 2, première phrase, de l'ErbStG) que de l'impôt de substitution sur les successions (article 1er, paragraphe 1, point 4, de cette loi), créés simultanément en 1974.

– il ne pouvait cependant le faire que pour les fondations familiales nationales ; en ce qui concerne les fondations familiales étrangères, le législateur allemand n'avait et n'a toujours pas la possibilité de prélever l'impôt de substitution sur les successions »[26].

64. L'avantage fiscal accordé aux fondations familiales nationales (le privilège des classes d'imposition) compenserait donc le désavantage fiscal d'avoir à acquitter l'impôt de substitution sur les successions, et ce tous les 30 ans. L'avantage et le désavantage concernent des obligations fiscales nées dans le cadre familial et pour le même type d'impôt (pour ce qui nous intéresse ici, l'impôt sur les donations).

65. Est-il cohérent que cette symétrie entre avantage et désavantage soit étendue aux fondations familiales constituées à l'étranger par des résidents allemands ? Étant donné que ces dernières ne sont pas soumises à l'impôt de substitution sur les successions, est-il cohérent de les imposer, une seule fois (au moment de la constitution de la fondation), au moyen d'une charge fiscale analogue à celle à laquelle leurs homologues allemandes ne peuvent échapper ?

66. J'ai déjà exposé le mécanisme par lequel le législateur allemand a circonscrit l'avantage fiscal aux seules fondations constituées en Allemagne par des résidents de ce même État membre. Il convient à présent d'évaluer cet avantage à la lumière de la jurisprudence de la Cour.

67. Selon la Cour :

– « [...] la nécessité de préserver la cohérence d'un régime fiscal peut justifier une restriction à l'exercice des libertés de circulation garanties par le traité »[27] ;

– « [t]outefois, [...] 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 [...], le caractère direct de ce lien devant être apprécié au regard de l'objectif de la réglementation en cause »[28].

68. Selon la juridiction de renvoi, il est douteux que l'objectif énoncé par le législateur allemand soit « [...] suffisant pour constater l'existence d'un lien direct, personnel et matériel entre le privilège des classes d'imposition et l'impôt de substitution sur les successions, ainsi que l'exige la Cour pour admettre la cohérence »[29]. Selon elle, « [l]e fait que, l'intervalle de 30 ans étant relativement long, toutes les fondations familiales nationales ne subsistent pas nécessairement pendant cette période et que le patrimoine de la fondation peut évoluer de manière imprévisible au cours de ladite période [...] pourrait notamment s'y opposer »[30].

69. Cet argument (le délai de 30 ans, fixé pour l'exigibilité périodique de l'impôt de substitution sur les successions, et les éventuelles évolutions du patrimoine) est à la base de certaines allégations de la fondation requérante selon lesquelles la différence de traitement n'est pas justifiée.

[26] Décision de renvoi, point 76.

[27] Arrêt du 7 novembre 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, point 65).

[28] Arrêt du 7 novembre 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, point 66).

[29] Décision de renvoi, point 77.

[30] Décision de renvoi, point 77, in fine.

70. La fondation requérante avance, en effet, une série d'arguments à l'appui de sa thèse, qu'elle résume elle-même dans le cadre de deux sections : a) la non-conformité de la réglementation allemande avec l'article 40 de l'accord EEE et avec l'article 63 TFUE « ne saurait être justifiée au titre de la cohérence du système fiscal » (points 6 à 32 de ses observations écrites), et b) « [l]e caractère disproportionné de la différence d'imposition entre les fondations familiales » (points 33 à 36 de ces observations) [31].

71. J'analyserai ces arguments séparément, en les rattachant, si besoin, aux interrogations de la juridiction de renvoi que je viens de citer.

72. La fondation requérante :

– souligne l'absence de lien direct entre l'avantage fiscal et le désavantage, en lui-même et compte tenu de la charge fiscale définitive ;

– met en évidence la rupture de la cohérence fiscale faisant suite à la réforme du droit allemand régissant les fondations ;

– invoque l'absence de cohérence entre l'impôt de substitution sur les successions et le privilège des classes d'imposition ;

– affirme que l'indispensable compensation entre l'octroi d'un avantage et la charge fiscale, visant un même contribuable et portant sur la même catégorie d'imposition, n'existe pas ;

– s'appuie sur la « protection du patrimoine familial en tant que corollaire de la protection du mariage et de la famille » ;

– fait référence à l'« absence de compensation en fonction de l'État » ;

– allègue l'« absence de cohérence à la lumière de l'économie de l'ErbStG ».

73. Dans le cadre de mon analyse de ces arguments [32], je ferai abstraction des références qu'ils contiennent à la jurisprudence du Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale, Allemagne), car ce qui nous intéresse en l'espèce est la conformité de l'ErbStG non pas avec l'ordre juridique national, mais avec le droit de l'Union.

74. En ce qui concerne le *lien direct* entre l'avantage fiscal (le privilège des classes d'imposition) et le désavantage fiscal (le paiement de l'impôt de substitution sur les successions) [33], la réponse devra tenir compte de l'objectif de la réglementation et du fait que l'un et l'autre visent un même contribuable en raison du même impôt.

[31] En réalité, elle ajoute une troisième section (points 37 et 38 de ses observations écrites) consacrée à la jurisprudence de la Cour de l'AELE. Son contenu se borne toutefois à souligner que les dispositions relatives à la libre circulation des capitaux (article 40 de l'accord EEE), qui sont identiques en substance à celles du traité FUE (article 63 TFUE), sont interprétées de manière uniforme. Cet argument général est sans incidence sur l'examen spécifique du litige qui nous occupe ici.

[32] Dans son exposé, peut-être inévitablement, la fondation requérante réitère, sous certaines sections, des arguments qu'elle a déjà avancés dans d'autres.

[33] Points 7 à 9 des observations écrites de la fondation requérante.

75. À mon sens, et je partage en cela l'avis du gouvernement allemand [34] et celui de la Commission [35], ces conditions sont remplies en l'espèce : au regard de l'objectif de la réglementation, qui est d'aligner symétriquement la situation des différentes fondations familiales du point de vue de la charge fiscale, le contribuable (la fondation familiale) [36] et l'impôt (celui qui frappe les donations) sont les mêmes.

76. Il est vrai, toutefois, que, comme le souligne la juridiction de renvoi, la distance temporelle entre l'avantage fiscal et le désavantage fiscal est considérable : le privilège des classes d'imposition s'applique au moment de la constitution de la fondation, tandis que l'impôt de substitution sur les successions est prélevé trente ans plus tard.

77. Ce décalage dans le temps pourrait, éventuellement, briser le lien direct entre le bénéfice de la classe d'imposition et l'imposition au titre de l'impôt de substitution sur les successions, s'il s'agissait de contribuables ne présentant pas les caractéristiques d'une fondation familiale, qui feraient l'objet d'une imposition revêtant « un caractère éloigné et aléatoire » [37]. Au contraire, les fondations familiales telles que celle de l'espèce étant destinées à perdurer pendant plusieurs générations [38], je considère que ce lien direct est maintenu, dans la mesure où l'impôt de substitution sur les successions est prélevé au rythme du renouvellement générationnel, tous les 30 ans [39].

78. En outre, dans le cadre de l'appréciation de l'existence d'un tel rapport avantage/désavantage, la Cour a déjà admis une certaine flexibilité temporelle, par exemple dans le cas de la déduction de cotisations d'assurances (avantages) compensée par l'imposition (désavantage) des pensions, rentes ou capitaux dus par les assureurs [40]. De même, elle a admis le lien direct entre la réduction des droits de succession prévus par l'ErbStG et la perception antérieure des mêmes droits [41].

79. S'agissant de la *rupture de la cohérence fiscale faisant suite à la réforme du droit allemand régissant les fondations*, la fondation requérante affirme [42] que, depuis le 1er juillet 2023, la législation allemande [43] permet la création de fondations familiales d'une durée inférieure à 30 ans. Elle déduit de ce fait (à savoir que ces fondations ne seraient pas redevables de l'impôt de substitution sur les successions) que le lien entre l'avantage fiscal et l'impôt de substitution sur les successions, dont la périodicité est de 30 ans, est supprimé.

34 Points 67 à 69 des observations écrites du gouvernement allemand.

35 Point 46 des observations écrites de la Commission.

36 Ainsi que la Commission l'indique, l'exigence selon laquelle il doit s'agir du même contribuable est assouplie par l'arrêt du 30 juin 2016, Feilen (C-123/15, EU:C:2016:496, point 37) : « l'objectif poursuivi par l'article 27 de l'ErbStG est [...] de réduire dans une certaine mesure la charge fiscale pesant sur une succession comportant un patrimoine transmis entre parents proches qui a déjà donné lieu à une imposition antérieure, en évitant partiellement la double imposition en Allemagne de ce patrimoine d'une manière rapprochée dans le temps. Au regard de cet objectif, il existe [...] un lien direct entre la réduction des droits de succession que cet article prévoit et la perception antérieure de droits de succession, cet avantage fiscal et ce prélèvement antérieur concernant le même impôt, le même patrimoine et les membres proches d'une même famille ».

37 Arrêt du 6 octobre 2015, Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:661, point 48). Cette affaire ne concernait toutefois pas la législation spécifique en matière de successions ou de donations.

38 Les fondations familiales ayant leur siège au Liechtenstein semblent être conçues pour exercer leur activité à long terme, l'un de leurs objectifs étant de préserver la richesse au fil des générations. Voir S.A.S. le Prince Michael von und zu Liechtenstein, « Liechtenstein family foundations and financial privacy », *Trust and Trustees*, vol. 16, nº 6, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 476 à 478.

39 Compte tenu du fait que, statistiquement, l'espérance de vie en Allemagne est d'environ 80 ans (https://www.destatis.de/EN/Themes/Society-Environment/Population/Deaths-Life-Expectancy/_node.html#268862).

40 Arrêts du 28 janvier 1992, Bachmann (C-204/90, EU:C:1992:35), et du 28 janvier 1992, Commission/Belgique (C-300/90, EU:C:1992:37).

41 Arrêt du 30 juin 2016, Feilen (C-123/15, EU:C:2016:496), dont j'ai cité le point 37 à la note en bas de page 36 des présentes conclusions.

42 Points 10 et 11 de ses observations écrites.

43 Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts und zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes (loi portant uniformisation du droit des fondations et modifiant la loi relative à la prévention des maladies infectieuses chez l'homme et à la lutte contre celles-ci), du 16 juillet 2021 (BGBl. 2021 I, p. 2947).

80. Cet argument pourrait, éventuellement, avoir un certain poids si, dans le litige au principal, il s'agissait de fondations constituées après le 1er juillet 2023, ce qui n'est pas le cas en l'espèce : la fondation requérante a été créée en 2014, en faveur de trois générations de bénéficiaires. L'attente objective au moment de sa constitution était donc que sa durée de vie serait supérieure à 30 ans. Il convient en outre de tenir compte du fait qu'un litige né sous l'empire de la législation en vigueur en 2014 ne saurait être résolu en se référant aux modifications introduites par la loi sur les fondations en 2021 [44].

81. En ce qui concerne l'*absence de cohérence entre l'impôt de substitution sur les successions et le privilège des classes d'imposition*, la thèse de la fondation requérante [45] s'appuie sur les travaux parlementaires cités par la juridiction de renvoi ainsi que sur la réforme du régime des fondations adoptée en 2021.

82. Or, la juridiction de renvoi elle-même déduit du parcours législatif de la réforme de l'ErbStG de 1974 (lors de laquelle les deux dispositions, celle relative au privilège des classes d'imposition et celle relative à l'impôt de substitution sur les successions, ont été introduites simultanément) que, pour le législateur national, « les avantages accordés par le privilège des classes d'imposition [sont] compensés par les désavantages de l'impôt de substitution sur les successions » [46]. S'agissant de l'incidence de la réforme de la législation sur les fondations adoptée en 2021, ce qui a été indiqué précédemment est suffisant.

83. La fondation requérante soutient également que *l'indispensable compensation entre l'octroi d'un avantage et la charge fiscale, visant un même contribuable et portant sur la même catégorie d'imposition, n'existe pas* [47].

84. Dans la mesure où il ne s'agit pas d'une réitération d'arguments antérieurs [48], cette critique de l'ErbStG s'appuie sur le fait qu'il n'existerait pas de compensation « exacte » entre l'impôt sur les donations acquitté au moment de la constitution de la fondation et l'impôt de substitution sur les successions ; leurs bases imposables respectives peuvent varier d'une date à l'autre.

85. Certes, l'égalité mathématique (« montant exact ») est difficile à réaliser. Toutefois, étant donné que les fondations familiales ont la capacité d'exercer des activités économiques [49] et d'atteindre une rentabilité qui permet aux générations bénéficiaires futures de profiter, à tout le moins, d'un même niveau de richesse [50], le législateur peut raisonnablement présumer que la base imposable de la donation initiale sera au moins équivalente à celle qui servira de référence pour le calcul du futur impôt de substitution sur les successions.

44 Dans l'hypothèse où la législation allemande manquerait de cohérence depuis la réforme du régime des fondations en 2021, cela ne signifierait pas qu'elle n'était pas cohérente en 2014, année à laquelle les faits se rapportent.

45 Points 12 à 14 de ses observations écrites.

46 Point 76 de la décision de renvoi, reproduit au point 63 des présentes conclusions.

47 Points 15 à 21 de ses observations écrites.

48 Tel est le cas pour ce qui est de l'identification du contribuable, que j'ai déjà examinée aux points précédents des présentes conclusions.

49 Le gouvernement allemand reconnaît que les fondations familiales visent à tirer des revenus qui profitent aux membres de la famille (point 45 de ses observations écrites). Le caractère entrepreneurial des fondations familiales serait confirmé par le fait que leurs revenus sont soumis à l'impôt sur les sociétés. Voir Meinecke, P., « The German and the Liechtenstein family foundation after the German foundation law reform », *Trust and Trustees*, vol. 29, nº 6, Oxford University Press, Oxford, 2023, p. 540 à 552.

50 Voir Haag, M., et Tischendorf, M., « The German family foundation : concept, legal framework, and taxation », *Trust and Trustees*, vol. 26, nº 6, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 534 à 541.

86. La fondation requérante fait valoir, dans le même ordre d'idées, que, d'un point de vue économique, l'impôt de substitution sur les successions est, en réalité, une forme particulière d'*impôt sur le patrimoine* et qu'il ne frapperait pas, comme l'impôt sur les donations, les transmissions de patrimoine. Il s'agirait donc de catégories fiscales différentes.

87. La classification des catégories fiscales relève de chaque droit national. En l'espèce, le juge de renvoi n'hésite pas à qualifier les deux impôts comme étant de même nature. Il ressort de la description du cadre juridique national que l'impôt de substitution sur les successions est fondé sur la fiction légale selon laquelle une transmission intergénérationnelle de patrimoine se produit tous les 30 ans.

88. Par ses arguments relatifs à la *protection du patrimoine familial en tant que corollaire de la protection du mariage et de la famille*[51], qui s'appuient sur des décisions du Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale), la fondation requérante soutient que les conditions auxquelles cette juridiction subordonne le respect de la continuité du patrimoine matrimonial et familial ne seraient pas remplies. Comme je l'ai déjà indiqué dans les présentes conclusions, ces arguments sont sans incidence sur l'analyse de la compatibilité de la réglementation nationale avec le droit de l'Union.

89. La fondation requérante invoque également l'*absence de compensation en fonction de l'État*[52] pour souligner qu'une telle compensation (entre le privilège des classes d'imposition et l'impôt de substitution sur les successions) doit être examinée sous l'angle d'un même État et non de « considérations transnationales ». Selon elle, le fisc allemand « répercute [...] indirectement » la charge fiscale sur les États étrangers dans lesquels les fondations familiales ont leur siège.

90. Pour ma part, néanmoins, je n'ai trouvé aucun élément montrant que le régime litigieux instauré par l'ErbStG aurait pour effet de répercuter indirectement la charge fiscale sur des États autres que l'Allemagne.

91. Enfin, la fondation requérante souligne l'*absence de cohérence à la lumière de l'économie de l'ErbStG*[53]. Développant cet argument, elle explique que l'ErbStG repose sur l'idée directrice selon laquelle les charges et avantages fiscaux doivent être traités de la même manière indépendamment du lieu du domicile fiscal ou de la résidence du contribuable. Cette prémisse étant établie, l'octroi du privilège fiscal aux seules fondations familiales allemandes nécessiterait une raison impérieuse, tant du point de vue du droit national que du droit de l'Union. Selon elle, cette raison impérieuse n'existe pas et il n'est pas non plus possible de la trouver en recourant à l'article 65 TFUE.

92. Cette thèse, formulée en ces termes, présente un caractère circulaire si elle vise précisément à démontrer en quoi la raison impérieuse consistant à assurer la cohérence du système fiscal national fait défaut en ce qui concerne les règles de l'ErbStG appliquées aux fondations familiales.

51 Points 22 et 23 de ses observations écrites.

52 Points 24 et 25 de ses observations écrites.

53 Points 26 à 32 de ses observations écrites.

4. Sur la proportionnalité

93. Quant à la proportionnalité des restrictions à la libre circulation des capitaux, la Cour exige que la différence de traitement soit « propre à garantir la réalisation de l'objectif invoqué et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre celui-ci » [54].

94. Selon la fondation requérante, à supposer même que l'atteinte à la libre circulation des capitaux (en raison de la différence de traitement fiscal entre les deux types de fondations) soit justifiée, une telle différence ne serait pas proportionnée.

95. Elle soutient à cet égard successivement que la réglementation en cause n'est pas à même de réaliser l'objectif qu'elle poursuit [55] et qu'il est possible d'adopter des mesures moins restrictives dans le même but [56].

96. Quant à l'aptitude du mécanisme institué par l'ErbStG à garantir la réalisation des objectifs poursuivis, selon la fondation requérante, « [i]l existe des raisons de douter que la différence d'imposition [...] contribue à l'objectif en cause ». Développant cette allégation, la fondation requérante se borne toutefois à déclarer, sans autre considération, que cette absence d'aptitude découle du fait que « la réglementation nationale [...] n'atteint pas l'objectif d'une manière cohérente et systématique » [57], soulevant ainsi à nouveau la même objection que celle qui a déjà été examinée.

97. À l'appui de son allégation selon laquelle la cohérence du système fiscal peut être garantie par des dispositions moins restrictives, la fondation requérante propose comme solutions alternatives : a) d'étendre l'impôt de substitution sur les successions et le privilège des classes d'imposition aux fondations familiales étrangères ; b) d'aménager cet impôt de substitution sur les successions en tant qu'impôt sur le patrimoine, et c) de modifier l'impôt de substitution sur les successions en tant qu'impôt annuel modéré en combinaison avec une imposition identique des fondations familiales nationales et étrangères lors de leur constitution [58].

98. À mon sens, et je partage en cela aussi l'avis de la Commission [59], adopter l'une quelconque de ces solutions alternatives impliquerait d'admettre que les fondations familiales ayant leur siège à l'étranger subissent le désavantage fiscal qui résulte de l'impôt de substitution sur les successions. Toutefois, étant donné que la République fédérale d'Allemagne perd sa compétence fiscale à l'égard d'une fondation familiale ayant son siège à l'étranger dès la constitution d'une telle fondation (et la transmission du patrimoine correspondant), de telles solutions ne sont guère réalisables.

99. Les solutions alternatives moins restrictives suggérées par la fondation requérante se heurtent donc au même inconvénient : l'État allemand ne peut pas atteindre les fondations familiales ayant leur siège à l'étranger, lesquelles ne relèvent pas de son pouvoir d'imposition.

54 Arrêt du 21 décembre 2016, Masco Denmark et Damixa (C-593/14, EU:C:2016:984, point 33).

55 Point 34 de ses observations écrites.

56 Points 35 et 36 de ses observations écrites.

57 Point 34 de ses observations écrites.

58 Point 36 de ses observations écrites.

59 Point 47 de ses observations écrites.

V. Conclusion

100. Eu égard à ce qui précède, je propose à la Cour de répondre au Finanzgericht Köln (tribunal des finances de Cologne, Allemagne) de la manière suivante :

L'article 40 de l'accord sur l'Espace économique européen, du 2 mai 1992,

doit être interprété en ce sens que :

il ne s'oppose pas à la réglementation d'un État membre de l'Union européenne qui, en régissant l'impôt sur les donations applicable à la constitution, par un résident de cet État membre, d'une fondation ayant son siège dans un État appartenant à l'Espace économique européen, et en vue de préserver la cohérence fiscale d'une telle réglementation, impose des conditions fiscales plus défavorables que celles applicables à la constitution d'une fondation dans ledit État membre, en tant que contrepartie symétrique à l'absence d'assujettissement de la fondation ayant son siège à l'étranger à un impôt de substitution sur les successions auquel sont soumises, en revanche, les fondations ayant leur siège dans ledit État membre.