

Séminaire pluridisciplinaire[BR]- La participation à deux séminaires sur une thématique fiscale pointue [BR]- Séminaire pluridisciplinaire : "Les entités transparentes face aux mesures visant à neutraliser les effets fiscaux des dispositifs hybrides".

Auteur : Denoël, Cédric

Promoteur(s) : Richelle, Isabelle; 1968

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master de spécialisation en droit fiscal

Année académique : 2019-2020

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/10385>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

Les entités transparentes face aux mesures visant à neutraliser les effets fiscaux des dispositifs hybrides

Cédric DENOEL

Travail de fin d'études : Séminaire pluridisciplinaire (15 ects)

Master de spécialisation en Droit fiscal

Année académique 2019-2020

Titulaires :

Jean BUBLOT
Aymeric NOLLET

Tuteurs académiques :

Isabelle RICHELLE
Bart PEETERS

Table des matières

ABRÉVIATIONS	3
1 INTRODUCTION	4
2 GÉNÉRALITÉS	6
2.1 INTRODUCTION	6
2.2 NOTIONS	6
2.2.1 CLASSIFICATION DE L'ENTITÉ	6
2.2.2 LA NOTION DE PERSONNALITÉ JURIDIQUE EN DROIT FISCAL BELGE	6
2.2.3 UN DISPOSITIF HYBRIDE	8
2.2.4 UNE ENTITÉ HYBRIDE	9
2.3 CONSÉQUENCES	10
2.3.1 INTRODUCTION	10
2.3.2 RISQUE DE DOUBLE DÉDUCTION	11
2.3.3 RISQUE DE DÉDUCTION SANS INCLUSION	11
2.3.4 RISQUE DE DOUBLE IMPOSITION	12
2.3.5 RISQUE DE PERTE DE RECETTES FISCALES POUR LES ÉTATS	13
3 L'INITIATIVE DE L'OCDE	16
3.1 INTRODUCTION	16
3.2 CHRONOLOGIE	16
3.2.1 LES PREMIERS RAPPORTS	16
3.2.2 LE PROJET BEPS	17
3.3 REMÈDES RECOMMANDÉS	20
3.3.1 GÉNÉRALITÉS	20
3.3.2 LA RÈGLE PRIMAIRE	21
3.3.3 LA RÈGLE DÉFENSIVE	21
3.3.4 COORDINATION DES DISPOSITIONS : LE CAS DE L'INSTRUMENT FINANCIER HYBRIDE	21
3.4 ADAPTATION DES CONVENTIONS ET L'INSTRUMENT MULTILATÉRAL	22
3.4.1 LES CONVENTIONS BILATÉRALES	22
3.4.2 L'INSTRUMENT MULTILATÉRAL	22
3.5 LA NÉCESSITÉ D'UNE COORDINATION ENTRE LES SYSTÈMES FISCAUX NATIONAUX	23
4 LA RÉPONSE DE L'UNION EUROPÉENNE	24
4.1 INTRODUCTION	24
4.2 DIRECTIVE MÈRE-FILLE	24
4.3 LA PREMIÈRE DIRECTIVE « ATAD »	25
4.3.1 LE CONTEXTE	25
4.3.2 LE CHAMP D'APPLICATION	27

4.3.3	LE REMÈDE À LA DOUBLE NON-IMPOSITION	28
4.3.4	LA TRANSPOSITION	28
4.4	LA SECONDE DIRECTIVE « ATAD »	29
4.4.1	LE CONTEXTE	29
4.4.2	L'ÉLARGISSEMENT DU CHAMP D'APPLICATION	29
4.4.3	LE REMÈDE À LA DOUBLE NON-IMPOSITION	30
4.4.4	LA TRANSPOSITION	32
4.4.5	LA COMPATIBILITÉ DE L'ACTION 2 DU PROJET BEPS	33
4.5	INTERACTIONS DES DISPOSITIONS	35
4.5.1	AVEC LA DIRECTIVE MÈRE-FILLE	35
4.5.2	AVEC LES TRAITÉS	35
5	LA TRANSPOSITION EN DROIT BELGE DES DIRECTIVES ATAD	36
5.1	INTRODUCTION	36
5.2	LE CONTEXTE	36
5.3	LES NOUVELLES DÉFINITIONS	37
5.3.1	DISPOSITIF HYBRIDE	37
5.3.2	ENTITÉ HYBRIDE	41
5.3.3	DISPOSITIF HYBRIDE INVERSÉ	41
5.4	LES PAIEMENTS DÉDUCTIBLES	41
5.4.1	LES PAIEMENTS VISÉS	41
5.4.2	DIFFÉRENCES TEMPORELLES	42
5.4.3	LE CAS DES INTÉRÊTS NOTIONNELS	42
5.4.4	COOPÉRATION	42
5.5	L'INCLUSION DU PAIEMENT	43
5.5.1	SITUATION DE D/NI : PAIEMENT PAR UNE ENTITÉ HYBRIDE (ÉTABLIE À L'ÉTRANGER)	43
5.5.2	SITUATION DE D/NI : PAIEMENT À UNE ENTITÉ HYBRIDE INVERSÉE (ÉTABLIE EN BELGIQUE)	44
5.6	LE REFUS DE DÉDUCTION DU PAIEMENT	44
5.6.1	SITUATION DE D/NI : PAIEMENT PAR UNE ENTITÉ HYBRIDE (ÉTABLIE EN BELGIQUE)	44
5.6.2	SITUATION DE D/NI : PAIEMENT À UNE ENTITÉ HYBRIDE INVERSÉE (ÉTABLIE À L'ÉTRANGER)	45
5.6.3	SITUATION DE DD : PAIEMENT PAR OU À UNE ENTITÉ HYBRIDE	46
5.7	L'ENTRÉE EN VIGUEUR	47
6	CONCLUSION	49
	TABLE DES ILLUSTRATIONS	51
	BIBLIOGRAPHIE	52

Abréviations

AGFisc	Administration Générale de la Fiscalité
ATAD	<i>Anti Tax Avoidance Directive</i>
ATAD 1	Directive (UE) 2016/1164 du conseil du 12 juillet 2016 ¹
ATAD 2	Directive (UE) 2017/952 du conseil du 29 mai 2017 ²
BEPS	Base erosion and profit shifting
CESE	Comité économique et social européen
CFC	<i>Controlled Foreign Companies</i>
CIR 92	Code des impôts sur les revenus 1992
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Conseil ECOFIN	Conseil pour les affaires économiques et financières
CPDI	Convention préventive de la double imposition
DD	Double déduction
D/NI	Déduction/non-inclusion
EEE	Espace Economique Européen
INR	Impôt des non-résidents
ISoc	Impôt des sociétés
MLI	<i>Multilateral Instrument</i>
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
SDA	Service des Décisions Anticipées en matière fiscale
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
UE	Union européenne

¹ Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, *J.O.*, L 193 du 19 juillet 2016.

² Directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers, *J.O.*, L 144 du 7 juin 2017.

1 Introduction

La lutte contre l'évasion fiscale dans un contexte international n'est pas un fait nouveau. Mais elle a pris un nouveau tournant depuis quelques années par le biais d'importantes mesures prises par l'OCDE et l'Union Européenne.

Dans un contexte international, des divergences surgissent inévitablement entre différents Etats sur l'appréciation de situations particulières. La structuration d'un groupe multinational à la lumière de ces disparités peut avoir pour conséquence d'aboutir à certaines situations dans lesquelles aucun impôt n'est dû.

L'action 2 du projet BEPS initié par l'OCDE vise tout particulièrement à lutter contre les montages dits « hybrides » qui sont rendus possibles par la tendance qu'ont les Etats à appliquer leurs règles fiscales nationales aux opérations transfrontalières, sans prendre en compte la manière dont les autres Etats abordent fiscalement cette même opération. Ce manque de coordination engendre inévitablement des failles dans lesquelles les contribuables peuvent s'engouffrer. En effet, si ces situations débouchent dans certains cas sur une double imposition, elles peuvent aussi mener à une double non-imposition ou, à tout le moins, un report de taxation à moyen ou long terme. Le rapport de l'OCDE sur les montages hybrides analyse ces situations et propose une série de solutions afin que les disparités entre les systèmes fiscaux des Etats ne puissent plus être exploitées abusivement. Celles-ci ont été reprises au niveau européen au travers des directives dites « ATAD » et transposées dans le droit interne belge à l'occasion de la réforme de l'impôt des sociétés. Il est intéressant de noter que ces remèdes ne s'attaquent aucunement à la cause de ces asymétries, mais uniquement à la conséquence, à savoir un impôt trop faible.

Les montages qui permettent d'exploiter de telles asymétries sont nombreux. Ce travail se limite à l'étude de la problématique particulière des entités hybrides, autrement dit la situation dans laquelle une différence de classification entre deux Etats a pour conséquence qu'une entité soit considérée comme transparente par un Etat et opaque par un autre. Cette situation peut entraîner une double déduction d'un paiement, une déduction dans le chef de l'une des parties sans inclusion dans les revenus de l'autre, voire une double imposition. D'autres dispositifs hybrides tels que ceux qui impliquent des instruments financiers hybrides ne font pas partie du cadre du présent travail. En outre, les aspects liés à l'utilisation de succursales seront aussi écartés. Néanmoins, nous aborderons le cas particulier des entités hybrides inversées.

Dans un premier temps, nous nous consacrerons à définir les contours des notions de dispositif hybride et d'entité hybride et plus particulièrement le critère retenu en Belgique pour évaluer si une entité est transparente ou non aux yeux de notre législation interne. Nous illustrerons ensuite les risques et conséquences de l'utilisation de tels dispositifs.

Dans un second temps, nous retracerons le parcours de ces mesures anti-hybrides, de leur origine à leur incorporation dans le Code des impôts sur les revenus 1992. Nous détaillerons à chaque étape les solutions envisagées.

Plus précisément, nous aborderons tout d'abord le cheminement de leur élaboration au niveau de l'action 2 du projet BEPS de l'OCDE relatif à la neutralisation des effets hybrides.

Ensuite, nous dresserons un état des lieux de la situation au niveau de l'Union Européenne. Nous nous attarderons sur les évolutions de la directive mère-fille et nous analyserons les directives « ATAD ». Nous nous intéresserons à cette occasion à la compatibilité de ces mesures avec le droit de l'Union européenne.

Enfin, nous nous pencherons sur la manière dont les directives « ATAD » ont été transposées en droit interne belge. Nous commencerons notre analyse avec les nouvelles définitions insérées dans le code, nous en profiterons pour délimiter les paiements visés, nous passerons ensuite en revue les solutions proprement dites (inclusion et refus de déduction). Nous terminerons enfin par quelques considérations sur l'entrée en vigueur de ces dispositions.

2 Généralités

2.1 Introduction

A travers ce premier chapitre, nous allons dans un premier temps nous intéresser à la classification que peut recevoir une entité et sur le critère de la personnalité juridique en Belgique. Ensuite, nous introduirons la notion de dispositif hybride et nous nous attarderons plus spécifiquement sur le cas de l'entité hybride. Enfin, nous aborderons les conséquences de ces dispositifs hybrides et nous toucherons un mot sur leur influence sur les recettes des Etats.

2.2 Notions

2.2.1 Classification de l'entité

La classification d'une entité influence le régime fiscal dans l'Etat de la source, l'Etat de l'entité, ou l'Etat de ses participants.

Si cette entité est classée comme opaque, elle est une résidente soumise à la législation fiscale de son Etat de résidence. L'acquisition d'un revenu imposable est un événement imposable pour l'entité elle-même. Les participants dans cette entité devront attendre une distribution ultérieure des profits perçus par cette entité et seront imposés sur les revenus distribués par celle-ci³.

Au contraire, si une entité est classée comme transparente, l'acquisition d'un revenu imposable par l'entité est un événement immédiatement imposable dans le chef de ses participants. Toute distribution ultérieure ne sera pas un événement imposable supplémentaire. L'entité n'étant pas soumise à l'impôt sur le revenu, elle n'est pas considérée comme résidente⁴.

Si tout se passe au sein d'un seul système fiscal, la classification de l'entité ne soulève pas nécessairement de grosses difficultés.

2.2.2 La notion de personnalité juridique en droit fiscal belge

Avant d'entrer dans le cœur du sujet, intéressons-nous tout d'abord sur le critère qui est retenu par la Belgique pour déterminer si une entreprise est ou n'est pas transparente à des fins fiscales.

Dans le cadre de la qualification des instruments financiers hybrides, la Belgique suit un principe « *form over substance* »⁵. Celui-ci a pour résultat que la substance économique n'est pas prise en considération pour la qualification. La qualification suit généralement les principes de droit civil et les conditions contractuelles⁶. A l'inverse, d'autres pays adoptent un principe « *substance over form* » (doctrine appliquée de longue date notamment aux Etats-Unis⁷). Il en sera de même afin de déterminer si une entité particulière n'est pas fiscalement transparente.

³ B. PEETERS, « Hybrid mismatches: from inspired coordination to mere anti-abuse », *Tax Magazine*, n°4, 2017, pp. 186-205, point 7.

⁴ B. PEETERS (2017), « Hybrid mismatches: from inspired coordination to mere anti-abuse », op. cit., point 8.

⁵ C. KAHLENBERG et A. KOPEC, « Hybrid mismatch arrangements – A myth or a problem that still exists? », *World Tax Journal*, février, 2016, p. 46.

⁶ C. KAHLENBERG et A. KOPEC (2016), ibidem, p. 47.

⁷ R. A. KNIGHT et L. G. KNIGHT, « Substance Over Form: The Cornerstone of Our Tax System or a Lethal Weapon in the IRS's Arsenal? », *Akron Tax Journal*, n°8, p. 91, 1991.

En effet, en droit fiscal belge, la « personnalité juridique » est le critère pertinent retenu (confirmé à plusieurs reprises par le SDA⁸).

L'article 2, § 1, 5°, a, CIR 92, fait référence à cette notion de personnalité juridique lorsqu'il définit ce que l'on entend par société, à savoir toute société, association, établissement ou organisme quelconque, qui soit possède la personnalité juridique en vertu du droit, belge ou étranger, qui le régit, soit n'a pas la personnalité juridique en vertu du droit étranger qui le régit mais, d'une part, a une forme juridique analogue à une société de droit belge dotée de la personnalité juridique et, d'autre part, dispose en Belgique de son principal établissement ou son siège de direction ou d'administration.

Toujours sur cette notion de personnalité juridique, les commentaires de l'article 179, CIR 92 sur l'assujettissement d'une société régulièrement constituée à l'ISoc apportent un éclaircissement⁹. Il faut « qu'elle constitue une personne morale (un être abstrait) juridiquement distincte des personnes physiques (ou morales) qui la composent ». Le commentaire précise encore la nécessité qu'« elle ait été constituée dans des conditions telles qu'il lui soit reconnu - en droit public ou privé belge ou étranger - une personnalité juridique distincte de celle de ses actionnaires, associés ou membres ». L'appréciation de la détention de la personnalité juridique est uniquement une question de droit. Elle relève du droit belge ou étranger selon que la société est constituée en Belgique ou à l'étranger¹⁰. Les revenus professionnels de telles sociétés ou associations dénuées de personnalité juridique sont traités à l'article 29, § 1^{er}, CIR 92. Ces revenus sont imposés comme des bénéfices ou des profits dans le chef des associés ou membres, sans qu'il faille se préoccuper de savoir si les associés ou membres sont actifs ou non actifs¹¹. Enfin, l'article 364, CIR 92 traite, pour ces sociétés et associations sans personnalité juridique visées à l'article 29, de la détermination de l'attribution des bénéfices ou profits aux membres.

Le commentaire précise les sociétés ou associations censées avoir la personnalité juridique. Parmi celles-ci, on retrouve aujourd'hui¹² les sociétés anonymes (SA), les sociétés à responsabilité limitée (SRL), les sociétés coopératives (SC), mais aussi les associations sans but lucratif (ASBL). En revanche, ne possèdent pas la personnalité juridique, la société simple¹³, les associations momentanées.

Le code prévoit aussi certaines fictions légales créées par le législateur belge. Sont censées, entre autres, ne pas posséder la personnalité juridique, les sociétés agricoles visées à l'art. 29, § 2, 2°, CIR 92, à l'exception de celles qui ont opté pour l'assujettissement à l'ISoc, et les groupements européens d'intérêt économique visés à l'art. 29, § 2, 3° et 4°, CIR 92.

L'article 227, 2°, traite quant à lui de l'assujettissement à l'impôt des non-résidents des sociétés étrangères (ainsi que les associations, établissements ou organismes quelconques) dénuées de la personnalité juridique « qui sont constituées sous une forme juridique analogue à celle d'une société de droit belge et qui n'ont pas en Belgique leur principal établissement ou leur siège de

⁸ Voy. notamment les décisions anticipées n°2011.276 du 18 novembre 2011 ; n°2010.229 du 24 août 2010 ; n° 900.421 du 09 mars 2010.

⁹ Com. I.R., 179/7.

¹⁰ Com. I.R., 179/8.

¹¹ Com. I.R., 29/1.

¹² La liste originale du commentaire a été établie avant l'introduction du nouveau Code des sociétés et des associations.

¹³ Mais les variantes de la société simple, à savoir la SNC et la Scomm, sont dotées d'une personnalité juridique.

direction ou d'administration ». Les entités étrangères que ne sont pas dotées de la personnalité juridique et dont la forme n'est pas analogue à celle d'une société résidente sont donc exclues du champ d'application de cette définition. Par conséquent, elles ne sont pas, en tant que telles, assujetties à l'INR (sur leurs revenus de source belge)¹⁴.

Pour illustrer l'application de cette dernière définition, nous pouvons citer en Allemagne, la *Kommanditgesellschaft* (KG), qui en droit allemand est traitée fiscalement, mais aussi juridiquement, de manière transparente. Celle-ci « ne possède pas de manière consistante une forme juridique comparable à la société en commandite simple belge »¹⁵. En effet, la Commission du ruling a constaté qu'en raison de sa transparence, celle-ci ne possède pas de forme juridique comparable à celle d'une société belge.

2.2.3 Un dispositif hybride

« Les dispositifs hybrides sont la conséquence d'une différence de traitement fiscal des mêmes faits par les législations nationales de différents Etats indépendants les uns des autres. » (B. PEETERS¹⁶). Ceux-ci vont pouvoir être utilisés « en vue de produire des résultats fiscaux asymétriques ayant pour effet de réduire la charge fiscale globale des parties au dispositif »¹⁷.

En droit européen, rien n'interdit de tirer profit de telles disparités fiscales existantes entre les Etats membres¹⁸. Mais si ces dispositifs hybrides, bien que vraisemblablement conformes à la lettre aux législations de deux pays, aboutissent à une exonération fiscale dans chacun d'entre eux, ce résultat peut n'avoir été souhaité par aucun.

Les dispositifs hybrides peuvent être de plusieurs natures. Ils peuvent être la conséquence de différences dans la qualification juridique des paiements ou des entités.

Dans le présent travail, nous nous concentrerons uniquement sur la première catégorie, à savoir la classification du contribuable : celui-ci est-il considéré comme transparent ou opaque ? Cette classification peut engendrer des conflits, d'une part, au niveau de l'application des CPDI, et plus particulièrement l'absence d'application d'un traité alors que les États ont conclu des conventions ou l'application simultanée de plusieurs conventions, et d'autre part, au niveau du droit interne, une imposition trop importante (double imposition) ou à une taxation trop faible (double non-imposition)¹⁹.

¹⁴ P. HINNEKENS, « Les entités fiscalement transparentes dans la nouvelle convention », *Fisc. Int.*, n°214, 2001, p. 2.

¹⁵ M. DHAENE, « La Commission du ruling confirme l'analyse relative à la KG allemande », *Fisc. Int.*, n°269, 2006, p. 3.

¹⁶ B. PEETERS, « Dispositifs hybrides : le législateur belge comme précurseur ? », *Fisc. Int.*, n°425, 2019, p. 1.

¹⁷ OCDE, *Neutraliser les effets des dispositifs hybrides : ACTION 2 : Livrable 2014*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Paris, Editions OCDE, 2014, p. 31.

¹⁸ E. TRAVERSA, C. A. HERBAIN et M. POSSOZ, « La mise en œuvre du plan d'action BEPS de l'OCDE par l'Union européenne : la lutte contre l'évasion fiscale internationale prend-elle le pas sur l'achèvement du marché intérieur ? », *T.F.R.*, n°520, avril 2017, p. 8 se basant notamment sur C.J.U.E., arrêt *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs c. RBS Deutschland Holdings GmbH*, 22 décembre 2010, C-277/09, ECLI:EU:C:2010:810.

¹⁹ Masterclass : Belgian Corporate Income Tax Reform – International aspects, SPF Finances, AGFisc, 1^{er} octobre 2019, présentation de B. PEETERS, « Hybride mismatches: belgische implementatie van internationaal/Europees initiatief ».

2.2.4 Une entité hybride

Entité

Dans sa proposition de directive, la Commission définit « entité » comme un terme qui désigne « tout type d'organisation juridique dans le cadre de laquelle une activité peut être menée »²⁰. Elle précisera encore qu'« un établissement stable peut faire partie d'une entité mais n'est pas considéré comme une entité distincte à lui seul ».

Comme nous l'avons vu, cette entité peut être considérée comme transparente ou non transparente à des fins fiscales.

Hybride

Une entité est dite hybride lorsqu'elle est fiscalement transparente dans un Etat et fiscalement opaque dans un autre²¹. A cause d'une compréhension différente de ces deux concepts par deux Etats, ce qui est estimé avoir la personnalité juridique ou la transparence fiscale dans un Etat, ne l'est pas nécessairement dans l'autre. L'entité est donc considérée imposable en vertu des lois d'une juridiction mais ses revenus ou dépenses sont considérés aussi comme les revenus ou dépenses d'une ou de plusieurs autres personnes en vertu des lois d'une autre juridiction²².

Cette différence de traitement d'une entité peut résulter, comme nous le verrons, en une double imposition ou double non-imposition dans un contexte transfrontalier.

Inversée

En outre, comme nous le verrons lors de l'examen des solutions visant à lutter contre ces dispositifs, certaines entités hybrides peuvent être qualifiées d'« inversées » (*reverse hybrid entities*).

Une entité hybride inversée peut être définie comme une forme juridique fiscalement transparente dans son propre Etat d'établissement, mais qui selon les normes de l'autre Etat, est classée comme un contribuable distinct²³.

En outre, nous en retrouvons une définition dans un Arrêté Royal du 18 décembre 2015²⁴. Celui-ci, à propos d'une telle société étrangère, la définit comme une société qui « reçoit des revenus d'origine belge qui ne sont pas taxables en Belgique, et ; dont les revenus sont considérés comme produits ou recueillis, en vertu de la législation fiscale du pays où cette société est établie, directement dans le chef des actionnaires ou associés de cette société ». Réciproquement, une telle entité hybride belge est une entité considérée comme transparente en vertu de la législation belge et taxable à ce titre dans le chef de ses associés, alors que cette entité est considérée comme un contribuable distinct du point de vue de l'Etat étranger.

²⁰ Proposition de directive du conseil modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers, COM (2016) 687 final, 25 octobre 2016, p. 6.

²¹ E. TRAVERSA, C. A. HERBAIN et M. POSSOZ (2017), op. cit., p.8, note 14.

²² ATAD, art. 2.9, al. 3, i.

²³ B. PEETERS, « Immeubles détenus via une SCI française : la Cour de cassation évolue », *Fisc. Int.*, n°401, 2017, p. 3.

²⁴ A.R. d'exécution de l'article 2, § 1er, 13°, b), alinéa 2, du Code des impôts sur les revenus 1992 du 18 décembre 2015, *M.B.*, 29 décembre 2015.

Entités hybrides à l'étranger

Lors de notre analyse des solutions introduites dans le CIR pour lutter contre ces dispositifs hybrides, nous étudierons autant l'hypothèse d'un paiement effectué « par » une entité, qu'« à » une entité hybride, et notamment le cas où celles-ci sont situées à l'étranger. Différents exemples de telles entités pourront être trouvés dans la littérature ou à la lecture de certaines décisions anticipées sur leur classification (transparente ou non) pour l'application de l'impôt belge sur les revenus²⁵. Nous allons nous attarder sur le cas du *partnership* mais beaucoup d'autres exemples existent²⁶.

Aux Etats-Unis, nous trouvons le *Partnership* à propos duquel T.H.M. DANIELS écrivait que son imposition pouvait être vue comme « un piège pour les imprudents, un terrain de jeu pour les conseillers fiscaux et un sujet de préoccupation pour les autorités fiscales »²⁷. Sa définition la plus générale est celle d'une association verbale ou écrite entre deux personnes ou plus qui ont en vue de faire des affaires. D'un point de vue du droit des affaires, les *partnerships* peuvent avoir la personnalité juridique ou non. Au niveau du droit fiscal, les *partnerships* peuvent avoir différents degrés de transparence fiscale, allant d'une transparence complète à une opacité complète²⁸.

Au Royaume-Uni, nous trouvons le *Limited Liability Partnership* (LLP)²⁹. Ce *Partnership* possède la personnalité juridique en vertu du droit commun anglais. Néanmoins, sous certaines conditions, il est considéré comme fiscalement transparent pour les besoins de l'impôt sur les revenus au Royaume-Uni³⁰. En droit belge, comme nous l'avons souligné, afin de déterminer si une entité est fiscalement transparente, le critère pertinent est celui de la personnalité juridique. Une classification différente est donc appliquée au Royaume-Uni (fiscalement transparente en droit anglais bien qu'elle possède la personnalité juridique) qu'en Belgique (traitement non transparent en raison de sa personnalité juridique). Dans ce contexte transfrontalier, la LLP devient une entité hybride³¹.

2.3 Conséquences

2.3.1 Introduction

Comme nous l'avons vu, la différence de traitement, par différents Etats, d'entités considérées tantôt comme transparentes, tantôt comme opaques, peut déboucher sur une même charge dont plusieurs entreprises pourront en réclamer la déduction, un paiement qui a été déduit par une

²⁵ P. HINNEKENS, « 'Partnerships' : application du rapport de l'OCDE », *Fisc. Int.*, n°264, 2005, p. 1.

²⁶ Voy. encore au Pays-Bas, la *Vennootschap onder firma* (VOF), fiscalement transparente aux Pays-Bas et considérée comme non transparente en Belgique (Circ. n°AFZ/2002-0097 (AFZ 5/2003) dd. 14 mars 2003, citée dans la décision anticipée n°2011.301 du 13 septembre 2011) ; aux Etats-Unis, la *Limited Liability Company* (LLC) transparente aux Etats-Unis et non-transparente en Belgique (décision anticipée n°2019.0518 du 16 juillet 2019) ou encore la *S-Corporation* (décision anticipée n°2017.891 du 06 février 2018).

²⁷ T.H.M. DANIELS, « International partnerships: comparative law remarks on the taxation of income and the classification of foreign entities », *Intertax*, 8-9, 1991, p. 354, notre traduction.

²⁸ R. RUSSO, « Partnerships and other hybrid entities and the EC Corporate Tax Directives », *European Taxation*, octobre, 2006, p. 478.

²⁹ Voy. décisions anticipées n°2010.229 du 24 août 2010 ; n°900.421 du 9 mars 2010 ; n°800.347 du 16 juin 2009.

³⁰ R. VAN DEN EECKHAUT, « Instauration de la "Limited Liability Partnership" », *Fisc. Int.*, n°208, 2001, p. 3.

³¹ P. HINNEKENS, « UK LLP : fiscalement transparente aussi en droit interne belge ? », *Fisc. Int.*, n°298, 2008, p. 2 ; P. HINNEKENS (2005), op. cit. p. 3-4.

entreprise sans donner lieu à une inclusion dans le résultat du destinataire, et enfin sur une double imposition d'un revenu. Les montages possibles sont pléthoriques. Nous allons uniquement nous intéresser à quelques-uns d'entre eux pour illustrer chacune de ces hypothèses.

2.3.2 Risque de double déduction

Le diagramme³² ci-dessous présente un dispositif hybride débouchant sur une double déduction.

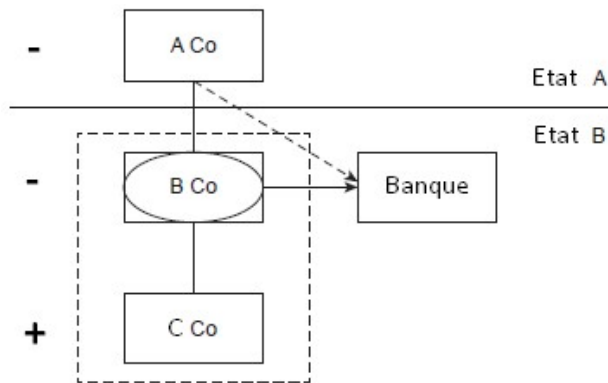


Figure 1- Double déduction

A Co est une entreprise établie dans l'Etat A et est la société mère de l'entité hybride B Co établie dans l'Etat B. B Co procède à un emprunt auprès d'une banque située dans son Etat et paie des intérêts sur cet emprunt en faveur de cette banque.

Dans l'Etat B, B Co est considéré comme non-transparent (opaque). Les intérêts sont déductibles dans son chef.

En revanche, B Co est considéré comme transparent en vertu du droit interne de l'Etat

de sa société mère située dans l'Etat A. Par conséquent, A Co est traité comme l'emprunteur pour les besoins de droit fiscal de cet Etat. A Co pourra déduire les intérêts payés sur l'emprunt contracté par B Co.

De cette situation survient donc une déduction des intérêts dans les deux Etats. Si la filiale B Co n'a pas de revenus dans l'Etat B mais dispose à son tour d'une filiale d'exploitation dans ce même Etat (C Co), les intérêts pourront être déduits des revenus de cette dernière sur base d'un régime de consolidation dans l'Etat B.

A noter que cette asymétrie qui découle d'une imputation différente des frais exposés sera accompagnée, bien souvent, d'une différence analogue dans l'imputation des revenus recueillis³³.

2.3.3 Risque de déduction sans inclusion

Entité hybride

Le diagramme³⁴ ci-dessous présente un dispositif hybride débouchant sur une déduction, d'une part, sans inclusion, d'autre part.

³² Exemple basé sur la proposition de directive du conseil modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers », COM (2016) 687 final, 25 octobre 2016, p. 7, exemple 1.

³³ B. PEETERS (2019), op. cit., p. 2.

³⁴ Exemple basé sur O. POPA, « Recent Measures to Counter Hybrid Mismatch Arrangements at the EU Level », *European Taxation*, septembre, 2017, p. 403, diagramme 2 ; Proposition de directive du Conseil modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers, op. cit., p.8

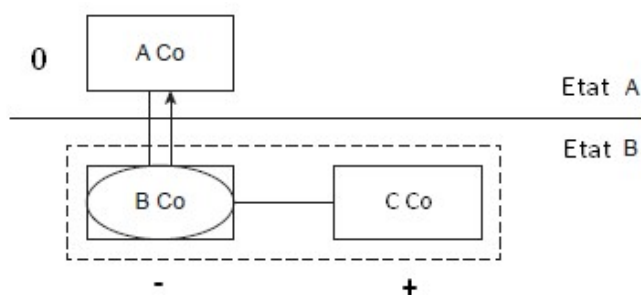


Figure 2 - Déduction sans inclusion

A Co est une entreprise établie dans l'Etat A. Elle est la société mère de l'entité hybride B Co, établie dans l'Etat B. A Co octroie un emprunt à sa filiale B Co.

B Co est considéré comme non-transparent (opaque) dans l'Etat B. Le paiement d'intérêts de B Co à sa société mère A Co est déductible en vertu du droit de l'Etat B. Si B Co n'a pas de revenus

mais détient à son tour une filiale d'exploitation (C Co), les intérêts pourront venir en déduction des revenus de la filiale dans le cadre d'un régime de consolidation dans cet Etat.

En revanche, B Co est considéré comme transparent du point de vue de l'Etat A. L'emprunt entre A Co et B Co est ignoré.

Il en résulte donc une déduction dans l'Etat B et une non-inclusion dans l'Etat A.

Entité hybride inversée

La situation inverse, situation dans laquelle l'entité B Co serait traitée comme non-transparente par l'Etat A mais comme transparente par l'Etat B dans lequel elle est constituée, mène aussi à une déduction sans inclusion. Ce scénario est représenté par le diagramme³⁵ ci-dessous.

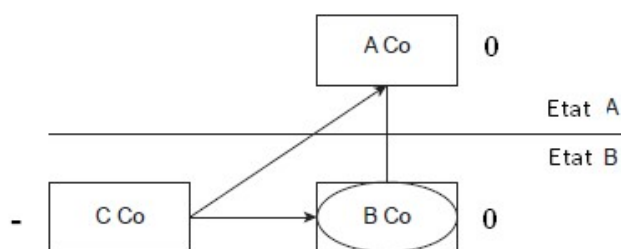


Figure 3 - Hybride inversée

A Co est établi dans l'Etat A et est la société mère de l'entité hybride inversée B Co établie dans l'Etat B.

C Co est aussi établi dans l'Etat B et procède à un emprunt auprès de B Co. Le paiement des intérêts relatifs à cet emprunt est déductible dans le chef C Co dans l'Etat B.

En revanche, ces intérêts payés ne sont ni inclus dans les revenus de B Co dans l'Etat B, ni dans ceux de A Co dans l'Etat A. Ni l'un, ni l'autre des Etats ne traitent ce revenu comme un paiement de l'un de ses résidents. En effet, un paiement de la société emprunteuse C Co en faveur de B Co ne sera pas taxé dans l'Etat B en vertu de la transparence de B Co dans cet Etat. Si la société mère de B Co (A Co), résidente de l'Etat A qui considère l'entité comme non transparente, le revenu n'y sera pas non plus taxé.

2.3.4 Risque de double imposition

Si l'utilisation d'une entité hybride peut conduire, comme nous l'avons vu, à des situations de double non-imposition, la situation inverse peut elle aussi surgir et mener à une double imposition.

³⁵ Exemple basé sur O. POPA (2017), op. cit., p. 404, diagramme 4.

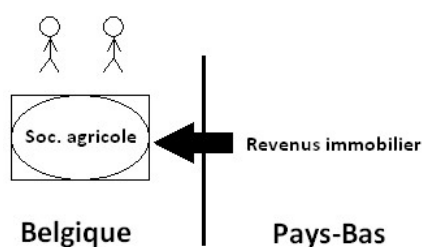


Figure 4 - Exemple de double imposition

Afin d'illustrer ce phénomène³⁶, prenons la société agricole belge qui n'a pas opté pour l'assujettissement à l'impôt des sociétés (art. 29, § 2, 2°, CIR 92) et qui perçoit des revenus de source néerlandaise. Cette société agricole est considérée comme une association dénuée de la personnalité juridique³⁷. La conséquence est que les bénéfices recueillis sont considérés comme des bénéfices desdits associés (art. 29, § 1^{er}, CIR 92)³⁸.

Etant donné qu'en principe une société agricole ne peut que produire, traiter et vendre des produits agricoles et horticoles, les règles distributives de la Convention belgo-néerlandaise³⁹ prévoient que le pouvoir d'imposition sur le revenu immobiliers néerlandais (en ce compris le revenu des exploitations agricoles) appartient au Pays-Bas (conformément à l'article 6 de la Convention).

La Belgique, en tant qu'Etat de résidence, doit selon l'article 23.1 de la Convention (méthodes pour éliminer la double imposition), exempter. Sur base de son droit interne, la Belgique traitera la société agricole comme transparente, et exonérera comme tel seulement le revenu qui a été imposé au Pays-Bas dans le chef des associés respectifs (résidents de la Belgique). Mais étant donné qu'aux Pays-Bas les associés concernés n'ont pas été imposés dans leur chef (seule la société a été imposée), la Belgique ne doit pas accorder d'exonération. Cette situation crée donc une double imposition économique.

Dans ce cas d'espèce particulier, la solution à cette double imposition, conséquence d'une asymétrie de classification concernant l'entité hybride, est à trouver dans les dispositions des Protocoles⁴⁰ qui font parties intégrantes de la Convention. Le point 2 du protocole vise expressément l'entité hybride⁴¹. Lorsqu'une société est assujettie à l'impôt dans un Etat, mais que le revenu de cette société est, dans l'autre Etat, imposé en tant que revenu des associés de cette société, les dispositions de la convention ne peuvent avoir pour effet de laisser subsister une double imposition de ce revenu. Afin d'éviter un tel effet, les impôts qui ont été établis aux Pays-Bas à charge de la société vont être considérés comme ayant été établis à charge des associés de la société proportionnellement aux droits qu'ils détiennent dans la société agricole. Ainsi il n'y a plus d'obstacle à ce que la Belgique élimine la double imposition selon l'article 23.1 de la CPDI.

2.3.5 Risque de perte de recettes fiscales pour les Etats

A travers ces différents exemples, nous pouvons remarquer que les autorités fiscales auront un intérêt tout particulier à s'intéresser à ces problématiques.

³⁶ Exemple tiré d'un Point de vue officiel des services N1 de l'AGFisc au sujet d'une situation spécifique : Société agricole, service des relations internationales, 31 août 2016, confidentiel.

³⁷ Voy. nos développements ci-avant au point 2.2.4.

³⁸ Voy. Com. I.R., 29/35 ; Com. I.R., 29/36.

³⁹ Convention entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas tendant à éviter la double imposition et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune du 5 juin 2001.

⁴⁰ CPDI entre la Belgique et les Pays-Bas, ibidem, Protocole 1, point 2.

⁴¹ P. HINNEKENS, « Les entités fiscalement transparentes dans la nouvelle convention », *Fisc. Int.*, n°214, 2001, p. 4.

Tout d'abord, au niveau international, bien qu'il n'existe pas de données complètes sur les pertes totales de recettes fiscales dues à ces dispositifs hybrides, des données fragmentaires reprises par l'OCDE montrent que les sommes en jeu sont considérables dans le cadre de transaction unique ou d'une série de transactions⁴² :

- La Nouvelle-Zélande a traité en 2009 des cas concernant quatre banques et portant sur un montant cumulé de plus de 2,2 milliards NZD (soit environ 1,3 milliards EUR) ;
- L'Italie a indiqué avoir réglé un certain nombre de cas qui faisaient intervenir des dispositifs hybrides pour un montant d'environ 1,5 milliard EUR ;
- Aux États-Unis, le montant d'impôts en jeu dans le cadre de 11 transactions donnant lieu à des crédits d'impôt étranger a été estimé à 3,5 milliards USD.

Ces dispositifs posent donc des questions considérables en termes de recettes fiscales, de concurrence, d'efficacité économique, d'équité et de transparence⁴³.

Ils ont généralement pour effet d'aboutir à une réduction globale du montant total de l'impôt payé et par conséquent engendrent une perte de recettes fiscales, au niveau collectif, pour les États. En effet, en analysant les différences entre les législations nationales, l'impôt normalement dû dans les deux États va être diminué par le jeu d'une double déduction d'impôt, d'une déduction d'impôt sans contrepartie imposable ou, dans le cas d'imputation de crédits d'impôt étrangers, sans qu'un revenu imposable ne soit enregistré.

Les grandes entreprises multinationales qui peuvent accéder à une expertise fiscale de haut niveau peuvent bénéficier plus aisément des opportunités offertes par les dispositifs hybrides et ainsi obtenir des avantages concurrentiels au détriment des petites et moyennes entreprises. En outre, cette possibilité de réduire l'impôt, seulement accessible à un nombre restreint de contribuables, pourrait saper la confiance du public dans l'équité du système fiscal.

Ensuite, sur le plan européen, Herman VAN ROMPUY, ancien Président du Conseil Européen⁴⁴, déclarait qu'environ mille milliards d'euros sont perdus chaque année au sein de l'UE à cause de l'évasion fiscale⁴⁵. Quant à lui, P. MOSCOVICI, ancien commissaire chargé des affaires économiques et financières, de la fiscalité et des douanes⁴⁶, avait déclaré dans le même sens : « Le manque à gagner dû à l'évasion fiscale se chiffre chaque année à des milliards d'euros [...]. C'est finalement sur les contribuables européens et les entreprises qui jouent le jeu que retombe le poids de ce déficit de recettes. [...] »⁴⁷.

Plus particulièrement sur les dispositifs hybrides, le Comité économique et social européen (CESE) souligne la difficulté à mener une analyse économique précise de l'incidence des dispositifs hybrides. Le CESE estime néanmoins que l'adoption de la proposition de directive

⁴² OCDE, *Dispositifs Hybrides : Questions de politique et de discipline fiscales*, Paris, 5 mars 2012, www.oecd.org, p. 6.

⁴³ OCDE, *Dispositifs Hybrides : Questions de politique et de discipline fiscales*, ibidem, p.11.

⁴⁴ Monsieur Herman VAN ROMPUY a occupé la Présidence du Conseil Européen de 2010 à 2014.

⁴⁵ Le président de conseil européen, *Message vidéo du président du Conseil européen, Herman VAN ROMPUY, concernant la lutte contre l'évasion fiscale à l'agenda de la prochaine réunion du Conseil européen du 22 mai*, Bruxelles, EUCO 86/13, 12 April 2013.

⁴⁶ Monsieur Pierre MOSCOVICI a occupé cette fonction du 1^{er} novembre 2014 au 30 novembre 2019.

⁴⁷ Communiqué de presse de la Commission européenne - Justice fiscale : la Commission présente de nouvelles mesures contre l'évasion fiscale des entreprises, Bruxelles, 28 janvier 2016, p. 1.

relative aux dispositifs hybrides devrait accroître significativement le produit de l'impôt sur les sociétés dans tous les États membres⁴⁸.

Enfin, en Belgique aussi, l'érosion de la base d'imposition a fait l'objet de discussions dans le cadre de la réforme du « *Tax shift* » et de l'impôt des sociétés. A cette occasion, la problématique des dispositifs hybrides y a été abordée. Le ministre des finances, en réponse à différentes questions parlementaires⁴⁹ relatives au plan d'actions BEPS de l'OCDE, précise que l'action concernant les dispositifs hybrides est reprise dans la directive ATAD, et que la Belgique reprendra ces mesures anti-évasion dans le CIR 92 pour fin 2018, dans le cadre de la réforme de l'impôt des sociétés. Le ministre confirmera le soutien de la Belgique aux « efforts déployés par la Commission pour lutter contre les structures hybrides »⁵⁰. Preuve s'il en est de l'intérêt de ces matières.

Nous reviendrons plus en détail sur le contexte belge lorsque nous étudierons la transposition des directives ATAD dans le droit interne.

⁴⁸ Avis du Comité économique et social européen concernant la « Proposition de directive du Conseil modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers », COM (2016) 687 final, 14 décembre 2016, point 1.2.

⁴⁹ Question n°568 de B. FRIART du 14 octobre 2015, Q.R., Ch. 2017-2018, n°54/145, p. 213 ; Question n°1373 de J.-M. NOLLET du 21 décembre 2016, Q.R., Ch. 2016-2017, n°54/137, p. 276.

⁵⁰ Question n°9332 de G. SMAERS du 9 mars 2016, C.R.I. - Commission des Finances, Ch., 2015-2016, n°54 COM 361, p. 3. ; Question n°623 de R. DESEYN du 4 novembre 2015, Q.R., Ch., 2015-2016, n°54/064, p.331.

3 L'initiative de l'OCDE

3.1 Introduction

Dans ce chapitre, nous retracerons dans un premier temps brièvement l'historique des travaux de l'OCDE et leur contribution en matière de neutralisation des dispositifs hybrides. Ensuite, nous nous pencherons sur les solutions recommandées afin de lutter contre ces montages.

3.2 Chronologie

3.2.1 Les premiers rapports

De longue date, l'OCDE a attiré l'attention sur la fraude et l'évasion fiscale⁵¹, et ultérieurement, à de multiples reprises, sur la problématique particulière des dispositifs hybrides dans le cadre de planifications fiscales agressives. Un certain nombre de rapports et publications en font état.

Une première approche du sujet est à trouver dans le rapport de 1999 de l'OCDE sur les *Partnership*⁵². Les sociétés de personnes sont l'exemple typique d'entités hybrides⁵³. Elles sont souvent fiscalement transparentes dans un Etat et opaques dans l'autre. Le rapport traite aussi bien de la double imposition, que de la double non-imposition, causées par des asymétries de « classification » d'une entité et la reconnaissance d'un revenu imposable. L'asymétrie y est considérée comme une imposition déséquilibrée qui trouve sa source dans la combinaison de plusieurs systèmes fiscaux autonomes qui ont besoin d'être réconciliés. La conclusion que tire le Comité fiscal est que même sans l'ajout de nouvelles clauses, une interprétation particulière du modèle de convention de l'OCDE proposerait déjà, dans une large mesure, des solutions⁵⁴.

En 2010 et 2011, en matière de pertes, tout d'abord dans le secteur bancaire⁵⁵ et ensuite plus généralement aux entreprises⁵⁶, l'OCDE recommandait de soumettre aux autorités responsables de la politique fiscale les cas dans lesquels une même perte fiscale faisait l'objet d'une déduction dans plusieurs pays du fait de différences entre les régimes fiscaux des juridictions concernées. L'OCDE invitait ces autorités à rechercher les mesures qui devraient être prises afin de supprimer cette possibilité d'utilisation de dispositifs hybrides et envisager d'instaurer des restrictions à l'utilisation multiple de la même perte.

Dans son rapport de 2012⁵⁷, l'OCDE s'est intéressée spécifiquement aux dispositifs hybrides et a abordé les solutions possibles pour lutter contre ces montages (harmonisation des législations internes, dispositions générales et spécifiques contre l'évasion fiscale ou visant expressément les dispositifs hybrides). L'OCDE a analysé le cas de plusieurs pays qui appliquaient des

⁵¹ OCDE, *Recommandation du Conseil sur l'évasion et la fraude fiscale*, OECD/LEGAL/01581, 21 septembre 1977, www.oecd.org.

⁵² OCDE, *L'Application du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes*, Paris, Editions OCDE, 1999.

⁵³ B. PEETERS, « BEPS-action 2 : neutraliser les effets des montages hybrides », *Fisc. Int.*, n°368, 2014, p. 6.

⁵⁴ B. PEETERS (2017), « Hybrid mismatches: from inspired coordination to mere anti-abuse », *op. cit.*, p. 186-205, points 3 et 17.

⁵⁵ OCDE, *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses*, Paris, Editions OCDE, 2010.

⁵⁶ OCDE, *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, Paris, Editions OCDE, 2011.

⁵⁷ OCDE, *Dispositifs Hybrides : Questions de politique et de discipline fiscales mars*, Paris, 5 mars 2012, www.oecd.org, p. 16.

dispositions visant expressément ces dispositifs hybrides. Le rapport pointe que les contribuables veillent déjà eux-mêmes à éviter d'être imposés de manière excessive et que les Etats doivent donc de leur côté prendre des mesures qui visent les impositions trop faibles⁵⁸.

3.2.2 Le projet BEPS

En 2013, l'OCDE et le G20 adoptent et mettent en chantier le projet BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), un grand plan d'actions en 15 points⁵⁹, visant à lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. Celui-ci, dans sa deuxième action préconisée, fixe comme objectif la neutralisation des effets des montages hybrides. Dans son rapport intermédiaire de 2014⁶⁰, document élaboré en réponse à sept des points du plan d'actions, les premiers résultats se concentraient notamment sur la conception de ces nouvelles normes internationales destinées à assurer la cohérence de l'impôt sur les bénéfices des sociétés au niveau international par le biais de règles visant à neutraliser les effets des montages hybrides⁶¹.

Ce projet aboutira après deux ans de travail à une version finale de ce plan délivré en 2015. Les 15 actions s'articulent autour de trois principaux piliers : harmoniser les règles nationales qui influent sur les activités transnationales, renforcer les exigences de substance dans les standards internationaux existants, et améliorer la transparence. L'aboutissement de ces actions doit permettre de définir « les contours d'un nouveau *playing field* en matière de fiscalité internationale »⁶².

Les mesures visent à équiper les gouvernements d'instruments nationaux et internationaux pour lutter contre l'évasion fiscale en s'assurant que les profits soient taxés à l'endroit même où ceux-ci sont générés et où est créée la valeur. L'insistance sur la réalité économique, la substance, la transparence et la cohérence constitue un fil rouge à travers l'ensemble de ces actions. Ce déplacement de la prépondérance de la forme (*form over substance*) vers la substance (*substance over form*) répond aux exigences d'une économie globale⁶³. En matière de cohérence tout particulièrement, les montages hybrides, utilisés pour optimiser le financement au sein des entreprises multinationales, sont le parfait exemple de l'absence de coordination des systèmes fiscaux nationaux qui ont pour conséquences de déboucher sur d'inévitables asymétries et lacunes⁶⁴.

⁵⁸ B. PEETERS (2014), « BEPS-action 2 : neutraliser les effets des montages hybrides », op. cit., p. 7.

⁵⁹ OCDE, *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Paris, Editions OCDE, 2013.

⁶⁰ OCDE, *Exposé des actions 2014*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Paris, 2014, www.oecd.org, point 11.

⁶¹ OCDE, *Neutraliser les effets des dispositifs hybrides : ACTION 2 : Livrable 2014*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Paris, Editions OCDE, 2014.

⁶² E. TRAVERSA et M. POSSOZ, « L'action de l'OCDE en matière de lutte contre l'évasion fiscale internationale et d'échange de renseignements : développements récents », *Revue Générale du Contentieux Fiscal*, n°2015/1, 2015, p. 6.

⁶³ N. ENGELMANN, Y. MONDELAERS et C. LAPPEN, « Base Erosion and Profit Shifting : la fiscalité internationale réformée », *Fisc. Int.*, n°384, 2015, p. 16.

⁶⁴ E. TRAVERSA et M. POSSOZ (2015), « L'action de l'OCDE en matière de lutte contre l'évasion fiscale internationale et d'échange de renseignements : développements récents », op.cit., p. 6.

Le projet BEPS (par thème) ⁶⁵		
Cohérence	Substance	Transparence
Hybrides (2) Règles concernant les sec (3) Dédutions d'intérêts (4) Pratiques fiscales dommageables (5)	Utilisation abusive des conventions fiscales (6) Statut d'établissement stable (7) Prix de transfert (8-10)	Analyse des données du BEPS (11) Règles de communication obligatoire d'informations (12) Documentation des prix de transfert (13) Règlement des différends (14)
Économie numérique (1)		
Instrument multilatéral (15)		

L'exposé des actions 2015⁶⁶ précise que les pays se sont accordés sur un ensemble complet de mesures et s'engagent à les adopter. Les mesures contenues dans ces rapports n'ont pas de valeur juridique contraignante (*soft law*)⁶⁷. Selon leur intensité, trois catégories de mise en œuvre de ces mesures peuvent être distinguées⁶⁸ : normes minimales (*minimum standards*), approche commune (*common approach*), recommandations (*recommendations/best practices*).

Lorsque qu'une absence d'actions de la part de certains pays induirait des répercussions négatives (y compris en termes de compétitivité) pour d'autres pays, un certain nombre de standards minimums ont alors été retenus⁶⁹. Dans ce cas, tous les pays de l'OCDE et du G20 s'engagent à les adopter. Il a été convenu que les Etats seront soumis à un mécanisme de suivi ciblé, appliqué notamment pour évaluer la mise en œuvre des normes a minima. De plus, les membres de l'OCDE et du G20 devraient être rejoints par d'autres pays qui pourront ainsi protéger leur propre base d'imposition et prendre part à l'établissement de règles équitables.

En outre, une distinction peut aussi être opérée en fonction des techniques de mise en œuvre⁷⁰ : quand une action de la part de chaque législateur national est requise (actions 1 à 5, 12 et 13), lorsque la mise en œuvre est entre les mains de l'OCDE (actions 8 à 10), lorsque la mise en œuvre nécessite des modifications conventionnelles (actions 2, 6, 7, 14 et 15), ainsi que quand l'OCDE doit assumer un rôle de contrôleur et de rapporteur (par exemples les actions 5, 11, 13 et 14)⁷¹.

En ce qui concerne particulièrement le point 2 de ce plan d'actions, celui-ci s'attaque donc expressément à la neutralisation des effets des dispositifs hybrides⁷². La cause de ces asymétries provenant dans une large mesure de différences entre les législations fiscales nationales, c'est

⁶⁵ Tableau basé sur : OCDE, *Launch of 2015 BEPS reports*, BEPS webcast series, n°8, Paris, 5 octobre 2015, www.oecd.org, slide 8 ; OCDE, *Launch of 2014 Deliverables*, BEPS webcast series, n°4, Paris, 16 septembre 2014, www.oecd.org, slide 5.

⁶⁶ OCDE, *Exposé des actions 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Paris, 2015, www.oecd.org, p.7.

⁶⁷ E. TRAVERSA, C. A. HERBAIN et M. POSSOZ (2017), *op. cit.*, p. 6.

⁶⁸ N. ENGELMANN, Y. MONDELAERS et C. LAPPEN (2015), *op. cit.*, p. 2.

⁶⁹ OCDE, *Exposé des actions 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Paris, 2015, www.oecd.org, p. 6.

⁷⁰ E. TRAVERSA et M. POSSOZ (2015), *op. cit.*, p. 7.

⁷¹ N. ENGELMANN, Y. MONDELAERS et C. LAPPEN (2015), *op. cit.*, p. 3.

⁷² OCDE, *Neutraliser les effets des dispositifs hybrides : Action 2 – Rapport final 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Paris, Editions OCDE, 2017.

aux législateurs fiscaux nationaux d'adapter leur législation⁷³. Les pays se sont accordés sur une orientation générale de leur politique fiscale. Une convergence des législations est attendue à terme à travers l'implémentation d'approches communes. Il pourra alors être évalué si de telles mesures ont vocation à devenir des standards minimums dans le futur⁷⁴. De plus, l'action 2 contient également des recommandations pour que les Etats adaptent leurs conventions.

Enfin, les travaux ne se sont pas arrêtés là⁷⁵. Toujours dans le cadre de cette action, afin de neutraliser les asymétries qui surviennent de dispositifs hybrides qui impliquent une succursale, un nouveau rapport⁷⁶ spécifique a été publié et fournit de nouvelles recommandations sur les modifications à apporter aux législations nationales. En effet, si l'action 7 du plan propose de modifier la notion d'établissement stable pour empêcher l'évitement de ce statut, ici le but est de corriger les asymétries qui concernent la question des établissements stables hybrides⁷⁷.

Un risque de présomption de pratiques abusives est créé dans tous les cas où une entité hybride n'est tout simplement pas imposée⁷⁸. B. PEETERS (2017)⁷⁹ remarque en effet que dans ses initiatives plus récentes, les législateurs fiscaux, l'UE et l'OCDE ont mis l'accent sur ce qu'ils ont considéré comme des pratiques abusives. En effet, la question de ces montages pouvant mener à une double non-imposition a été abordée sous l'angle de l'abus et non comme un problème autonome de coordination des conflits entre les législations domestiques fiscales. Si le premier rapport recherchait une approche cohérente générale, on peut constater une évolution vers des réactions anti-abus visant ces dispositifs hybrides. Seuls sont envisagés les cas pour lesquels une perte globale de recette fiscale est en jeu. Si un conflit hybride a pour résultat une surtaxation, presque aucune solution particulière supplémentaire n'est proposée. Une répartition motivée des revenus imposables entre l'ensemble des Etats concernés n'est plus la voie privilégiée.

Enfin, J. LÜDICKEN estime que ces règles ne devraient pas punir les contribuables pour un comportement causé par une législation non coordonnée ou déficiente⁸⁰. A noter que lors de la reprise de ces mesures par l'UE (voir ci-après), la directive ne proposera pas de sanctions pour les contribuables. Il relève de la compétence des États membres d'en imposer ou non⁸¹. Le CESE « recommande aux États membres d'examiner cette question en détail et de prendre des mesures coercitives, pour autant qu'ils estiment que celles-ci préviendront et/ou lutteront contre les dispositifs hybrides. ».

⁷³ B. PEETERS (2017), « Hybrid mismatches: from inspired coordination to mere anti-abuse », op. cit., point 39.

⁷⁴ OCDE, *Exposé des actions 2015*, op. cit., p. 7.

⁷⁵ O. POPA, « Recent Measures to Counter Hybrid Mismatch Arrangements at the EU Level », *European Taxation*, septembre 2017, p. 401.

⁷⁶ OCDE, *Neutraliser les effets des dispositifs hybrides impliquant une succursale, Action 2 : Cadre inclusif sur le BEPS*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Paris, Editions OCDE, 2017.

⁷⁷ E. G. Garcia, « Addressing Hybrid PE Mismatches: The Guidance of the Code of Conduct Group », *European Taxation*, février/mars, 2017, p. 94.

⁷⁸ L. PARADA, « Hybrid Entity Mismatches and the International Trend of Matching Tax Outcomes: A Critical Approach », *Intertax*, Vol. 46, Issue 12, 2018, pp. 972.

⁷⁹ B. PEETERS (2017), « Hybrid mismatches: from inspired coordination to mere anti-abuse », op. cit., points 4, 38 et 64.

⁸⁰ J. LÜDICKEN, « "Tax Arbitrage" with Hybrid Entities: Challenges and Responses », *Bulletin for international taxation*, vol. 68, n°6/7, 2014, p. 2.

⁸¹ Avis du CESE, op. cit., point 4.6.

3.3 Remèdes recommandés

3.3.1 Généralités

Une harmonisation du traitement fiscal d'une entité entre tous les Etats est peu probable dans un avenir proche⁸². De plus, cela nécessiterait que certaines possibilités utilisées par certains d'entre eux soient abandonnées (check-the-box rules⁸³).

L'Action 2 élabore une règle primaire et une règle défensive qui vont spécifiquement cibler les dispositifs hybrides. Ces règles couvrent les instruments financiers hybrides, les transferts hybrides, les paiements à des entités hybrides, les dispositifs hybrides inversés, les dispositifs importés, et les problèmes de double résidence.

Dans les solutions proposées, la cause des dispositifs hybrides n'est pas éliminée, seules les conséquences sont corrigées⁸⁴. En effet, il ne va aucunement être touché à la qualification des montages hybrides pour tendre vers une harmonisation entre les différentes législations nationales. La solution proposée dans le projet BEPS est simple. Ces montages doivent être rendus inutiles par la suppression de l'avantage fiscal qui pousse les contribuables à les mettre en place. L'OCDE préconise d'adopter des « *linking rules* » dans les législations fiscales nationales et dans les conventions préventives de la double imposition. Ces recommandations prennent la forme de règles d'association qui alignent le traitement fiscal d'une entité (ou d'un instrument financier) dans une juridiction sur le traitement fiscal dans la juridiction de la contrepartie, sans fausser pour le reste les résultats économiques. En d'autres termes, ces règles ont comme caractéristiques que le régime fiscal applicable dans l'Etat de la société bénéficiaire va dépendre de celui appliqué dans l'Etat de la source⁸⁵. Il apparaît que ces mesures politiques développées par l'OCDE peuvent être vues comme des outils efficaces dans la lutte contre les arbitrages transfrontaliers⁸⁶.

Néanmoins, cette approche pragmatique de l'OCDE est considérée par certains auteurs comme discutable. L. PARADA plaide pour l'élaboration de solutions alternatives pour remplacer les *linking rules* de l'OCDE⁸⁷. Il met en avant l'importance d'une coordination dans la caractérisation fiscale des entités (sur base de l'Etat de source, de l'Etat de résidence des détenteurs ou de l'Etat d'établissement). Selon lui, cette coordination pourrait être une alternative préférable et plus cohérente.

Enfin, l'un des principes énoncés par l'OCDE suggère que ces mesures soient soumises à une règle de coordination afin qu'elles puissent être appliquées de manière consistante et en tenant compte des situations dans lesquelles l'Etat de la contrepartie a, ou n'a pas, des règles

⁸² J. LÜDICKEN (2014), op. cit., p. 2.

⁸³ Le régime « check-the-box » a été introduit aux Etats-Unis en 1997. Dans le cadre de celui-ci un large éventail d'entités peut opter pour le traitement fiscal souhaité ; H. M. FIELD, « Checking in on Check-the-Box », *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 42, n°2, 2009, p. 451.

⁸⁴ B. PEETERS, « Dispositifs hybrides : le législateur belge comme précurseur ? », *Fisc. Int.*, n°425, 2019, p1.

⁸⁵ E. TRAVERSA, C. A. HERBAIN et M. POSSOZ (2017), op. cit., p. 8.

⁸⁶ C. KAHLENBERG et A. KOPEC, « Hybrid mismatch arrangements – A myth or a problem that still exists? », *World Tax Journal*, février 2016, p. 73.

⁸⁷ L. PARADA, « Hybrid Entity Mismatches: Exploring Three Alternatives for Coordination », *Intertax*, Vol. 47, Issue 1, 2019, p. 24.

similaires⁸⁸. Les recommandations prévoient donc une hiérarchie de solutions. Comme nous l'avons vu, ces solutions n'ont en effet pas un caractère contraignant. C'est afin de palier à l'hypothèse dans laquelle aucune solution similaire à celles préconisées par l'OCDE ne serait prévue dans la législation interne de l'autre Etat que ces règles viennent s'appliquer en deuxième ou troisième ordre⁸⁹. Pour lutter contre les dispositifs impliquant des entités hybrides, on trouve d'une part une règle primaire et d'autre part une règle dite secondaire ou défensive afin d'éviter que plusieurs pays n'appliquent la même règle à un même dispositif, tout en écartant le risque de double imposition⁹⁰.

3.3.2 La règle primaire

Selon la règle primaire, l'Etat de la source devrait refuser à un contribuable la déduction pour un paiement lorsque celui-ci :

- Soit n'est pas inclus dans le revenu imposable du bénéficiaire dans l'autre Etat ;
- Soit est aussi déductible dans l'Etat du bénéficiaire.

La règle primaire est donc appliquée dans l'Etat de la source du paiement qui a donné lieu à une charge normalement déductible dans cet Etat.

3.3.3 La règle défensive

Si la règle primaire n'est pas appliquée, le pays du bénéficiaire du paiement peut utiliser une règle défensive. Celle-ci prévoit selon le type d'asymétrie :

- Soit l'inclusion du paiement qui a pu être déduit dans l'Etat de la source ;
- Soit le refus de la (double) déduction.

La règle secondaire/défensive vient donc en backup de la règle primaire au niveau de l'Etat du bénéficiaire lorsque l'Etat de la société payeuse ne respecte pas les recommandations de l'OCDE et ne neutralise pas l'asymétrie.

3.3.4 Coordination des dispositions : le cas de l'instrument financier hybride

Nous avons soulevé dans la première partie de ce travail qu'il pouvait y avoir plusieurs types de dispositifs hybrides. L'OCDE a prévu des règles spécifiques pour les instruments financiers hybrides. Celles-ci doivent s'appliquer en priorité.

Dans ce cas de figure, l'Etat du payeur applique en premier la règle relative aux instruments financiers hybrides pour déterminer si ces intérêts sont déductibles. La règle relative aux instruments financiers hybrides, contrairement⁹¹ à la règle relative à la neutralisation de l'asymétrie lorsque le paiement génère un effet de déduction/non-inclusion, s'intéresse uniquement au traitement fiscal de l'instrument même, sans examiner le statut de la contrepartie ni les circonstances dans lesquelles l'instrument est détenu. C'est dans un second temps, que l'Etat du payeur appliquera si nécessaire la règle relative aux paiements hybrides non pris en compte.

⁸⁸ OCDE, *Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements - Recommendations for Domestic Laws*, Public Discussion Draft, Paris, 2014, www.oecd.org, p. 12.

⁸⁹ B. PEETERS (2019), op. cit, p.1.

⁹⁰ OCDE, *Neutraliser les effets des dispositifs hybrides, Action 2 - Rapport final 2015*, op. cit., p. 12.

⁹¹ Ibidem, p. 57.

3.4 Adaptation des conventions et l'Instrument multilatéral

3.4.1 Les conventions bilatérales

Quatre actions du plan d'action BEPS visent à prévenir, d'une part, l'utilisation abusive des conventions (actions 2, 6 et 7), et d'autre part, la résolution par les parties contractantes des situations de double imposition (action 14)⁹².

Le rapport final sur l'action 2 du plan BEPS prévoit que « le revenu d'entités transparentes soit traité, aux fins de la Convention, conformément aux principes établis par le rapport [de 1999] sur les sociétés de personnes »⁹³. L'OCDE a fait des progrès significatifs en fournissant un cadre de travail compréhensible. Des amendements importants ont été apportés au modèle OCDE afin de traiter les questions difficiles que soulèvent les entités hybrides. Bien qu'imparfait, les amendements apportés au texte et aux commentaires offrent plus de clarté et une base textuelle pour l'application du principe général de l'OCDE et ses exceptions⁹⁴.

L'analyse et l'implication de ces changements ne sont pas abordés dans le cadre du présent travail.

3.4.2 L'Instrument multilatéral

L'Instrument Multilatéral (MLI) est quant à lui le résultat de l'action 15 du plan d'action BEPS. Il est entré en vigueur pour la Belgique le 1^{er} octobre 2019⁹⁵. Cet instrument prévoit des normes minimales (visant la mise en œuvre des actions 6 et 14 du plan BEPS), ainsi que des dispositions optionnelles, dont un certain nombre sont inspirées du plan BEPS, que les Etats sont libres d'adopter ou non⁹⁶.

Trois dispositions optionnelles concernent les dispositifs hybrides⁹⁷. Elles visent les entités transparentes (art. 3, MLI), les entités à double résidence (art. 4, MLI), et les méthodes d'élimination de la double imposition (art. 5, MLI). L'art. 3 du MLI vise les revenus perçus par ou via une entité considérée comme fiscalement transparente par l'un des deux Etats contractant. Cet article dispose que pour les besoins de l'application de la convention, le revenu sera imputé au résident d'un Etat contractant dans la mesure où ce revenu sera également imputé dans l'Etat de résidence sur base du droit fiscal national. En outre, l'article 3 permet « d'invoquer une sorte de protection conventionnelle dérivée par le biais des partenaires en tant que bénéficiaires »⁹⁸. C'est par exemple le cas d'un *partnership* qui serait doté de la personnalité juridique mais traité de manière transparente sur le plan fiscal par la législation

⁹² N. REYFENS, A. ENGELS et Y. VAN BRUSSEL, « Mise en œuvre des actions BEPS dans les CPDI : convention multilatérale », *Fisc. Int.*, n°408, 2017, p. 1.

⁹³ OCDE, *Neutraliser les effets des dispositifs hybrides : Action 2 – Rapport final 2015*, op. cit., p. 153.

⁹⁴ K. JAIN, « The OECD Model (2017) and Hybrid Entities: Some Opaque Issues and Their Transparent Solutions », *Bulletin for international taxation*, mars 2019, pp. 128-140 ; C. BERGEDAHL, « Hybrid Entities and the OECD Model (2017): The End of the Road? », *Bulletin for international taxation*, juillet, 2018, pp. 417-429.

⁹⁵ Loi portant assentiment à la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices et à la note explicative, faites à Paris le 24 novembre 2016 du 7 avril 2019, *M.B.*, 18 juillet 2019.

⁹⁶ A. ENGELS et Y. VAN BRUSSEL, « L'instrument multilatéral et nos conventions fiscales : c'est parti ! », *Fisc. Int.*, n°428, 2019, p. 5.

⁹⁷ N. REYFENS, A. ENGELS et Y. VAN BRUSSEL (2017), op. cit., p. 6.

⁹⁸ A. ENGELS et Y. VAN BRUSSEL (2019), op. cit., p. 6.

nationale de l'Etat où il a été établi. Ce *partnership* ne pourrait en principe se prévaloir de la convention avec la Belgique qui n'est accessible qu'aux résidents fiscaux (les partenaires).

La Belgique a opté sans aucune réserve pour cette disposition. Cependant, elle a émis une réserve générale sur l'article 4 du MLI et n'a pas exercé l'option pour l'article 5.

L'analyse et l'implication de ces changements ne sont pas abordés dans le cadre du présent travail.

3.5 La nécessité d'une coordination entre les systèmes fiscaux nationaux

Enfin, ajoutons encore que l'implémentation de règles transfrontalières requière une stricte coordination des systèmes fiscaux entre les Etats de sorte qu'aucune place ne doit être laissée à une échappatoire ou un risque de chevauchement de ces règles⁹⁹. En effet, si seulement un Etat implémente ces mesures, ou en cas de manque de coordination entre deux Etats, le contribuable pourrait avoir l'opportunité de contourner l'application de ces règles en interposant une société, située dans un Etat tiers favorable, entre l'entité hybride et l'investisseur. A l'inverse, un manque de coordination de ces règles pourrait ouvrir la possibilité aux autorités fiscales de refuser la déduction d'un paiement dans les deux Etats.

De plus, pourquoi un Etat prendrait l'initiative d'introduire des règles anti-hybrides si une harmonisation de ces règles entre tous les Etats est utopique. On pourrait au contraire s'attendre à ce que certains Etats s'abstiennent d'agir s'ils pensent que cela pourrait nuire à leurs investissements intérieurs ou leurs industries¹⁰⁰.

⁹⁹ O. POPA, « Hybrid Entity Payments – Extinct Species after the BEPS Action Plan? », *European Taxation*, septembre 2014, p. 411.

¹⁰⁰ J. LÜDICKEN (2014), *op.cit.*, p. 1.

4 La réponse de l'Union Européenne

4.1 Introduction

A l'instar de l'OCDE, l'UE a pris des mesures pour empêcher la mise en place de montages hybrides entre les Etats membres.

Dans ce chapitre, nous toucherons d'abord un mot sur la directive mère-fille. Nous poursuivrons ensuite avec les deux directives « ATAD ». Nous nous pencherons à chaque fois plus spécifiquement sur leurs évolutions, et leur rôle dans la neutralisation des dispositifs hybrides.

4.2 Directive mère-fille

La directive mère-fille a été adoptée par le Conseil en 1990¹⁰¹ (refondue en 2011¹⁰²). Elle a pour but d'éliminer les obstacles fiscaux qui frappent les distributions de bénéfices à l'intérieur des groupes de sociétés établies dans différents Etats membres. En d'autres termes, son objectif initial vise à éviter la double imposition économique lors de la distribution de dividendes au sein de groupes transfrontaliers¹⁰³.

Pour y arriver, elle supprime les retenues à la source sur les paiements des dividendes entre sociétés liées établies dans des Etats membres différents, et prévient la double imposition des sociétés mères sur les bénéfices perçus de leurs filiales (méthodes de l'exonération ou du crédit d'impôt).

Le 22 décembre 2003, une directive amendant la directive mère-fille a été adoptée¹⁰⁴ par le Conseil. Les amendements étendent le champ de la directive mère-fille en y incluant de nouvelles entités dans la liste des sociétés qualifiantes. Le préambule à cette directive précise que les nouvelles entités listées sont des contribuables sociétés dans leur Etat membre de résidence, mais certaines de celles-ci sont traitées, en vertu de leurs caractéristiques juridiques, comme transparentes à des fins fiscales par d'autres. Le commentaire à la directive¹⁰⁵ confirme que les caractéristiques légales sont le critère utilisé par l'Etat membre afin de déterminer si oui ou non une société non-résidente doit être considérée comme fiscalement transparente. Les États membres qui considèrent les sociétés contribuables non-résidentes comme fiscalement transparentes sur la base de ces caractéristiques devraient leur accorder l'allégement fiscal approprié pour les revenus qui font partie de l'assiette fiscale de la société mère. En fait, de la perspective de l'Etat membre de la société mère, la filiale est transparente et, par conséquent, aucune distribution de profit ne peut être envisagée dans un but fiscal. R. RUSSO déplore

¹⁰¹ Directive 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents, *J.O.*, L 225 du 20 août 1990.

¹⁰² Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents, *J.O.*, L 345 du 29 décembre 2011.

¹⁰³ P. DELACROIX, « Modifications récentes de la directive mère-fille », *Revue internationale des services financiers*, 2015, p. 115.

¹⁰⁴ Directive 2003/123/CE du Conseil du 22 décembre 2003 modifiant la directive 90/435/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents, *J.O.*, L 7 du 13 janvier 2004.

¹⁰⁵ Proposition de directive du Conseil modifiant la directive 90/435/CEE du Conseil concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents, COM (2003) 462 final.

néanmoins l'absence d'une définition commune au niveau européen du concept de transparence fiscale¹⁰⁶.

De nos jours, l'Union Européenne vise plutôt à prévenir les situations de double non-imposition contraires au but de la directive¹⁰⁷.

En effet, elle a pu, de manière abusive, être utilisée afin de créer des situations de double non-imposition. Ces situations ont été rendues possibles par l'absence, dans cette directive, d'une définition précise de la notion de « bénéfices distribués ». Il en a résulté des asymétries qui ont permis le développement d'instruments financiers hybrides. Pour contrer ces montages devant lesquels les Etats membres se trouvaient démunis, une nouvelle directive du 8 juillet 2014¹⁰⁸, amendant à nouveau la directive mère-fille, a été adoptée par le Conseil. Celle-ci vise à lutter contre les montages hybrides. L'article 4, paragraphe 1, a) de la directive 2011/96/UE est remplacé de sorte que l'Etat membre de la société mère et l'Etat membre de son établissement stable : « a) soit s'abstiennent d'imposer ces bénéfices dans la mesure où ces derniers ne sont pas déductibles par la filiale, et les imposent dans la mesure où ils sont déductibles par la filiale ».

Cette nouvelle mesure prévoit en substance que si un paiement a pu être déduit dans l'Etat de la source, l'Etat du bénéficiaire ne peut pas accorder l'exonération prévue par la directive. Le pays où est établie la société mère a donc l'obligation de taxer les distributions de bénéfices reçus dans la mesure où il a déjà été déduit dans l'Etat de la source.

Enfin, une disposition générale anti-abus a ensuite été ajoutée en 2015¹⁰⁹ et vise les montages qui ne sont pas authentiques, c'est-à-dire qui n'ont pas été mis en place pour des motifs commerciaux qui reflètent une réalité économique.

4.3 La première directive « ATAD »

4.3.1 Le contexte

Au niveau de l'UE, le 17 juin 2015, la Commission européenne a présenté son plan d'action pour un système d'imposition des sociétés juste et efficace au sein de l'UE en réponse au plan d'action BEPS de l'OCDE¹¹⁰. Si les mesures du plan d'action européen sont alignées sur les propositions BEPS, elles sont conçues pour rencontrer les besoins et challenges propres à l'UE¹¹¹. Le plan d'action européen a pris la forme d'un package de mesures, présenté par la Commission le 28 janvier 2016, qui inclut un ensemble d'initiatives législatives et non-

¹⁰⁶ R. RUSSO, « Partnerships and other hybrid entities and the EC Corporate Tax Directives », *European taxation*, oct. 2006, p. 486.

¹⁰⁷ P. DELACROIX (2015), op. cit., p. 115.

¹⁰⁸ Directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents, *J.O.*, L 219 du 25 juillet 2014.

¹⁰⁹ Directive (UE) 2015/121 du Conseil du 27 janvier 2015 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et aux filiales d'Etats membres différents, *J.O.*, L 21 du 28 janvier 2015.

¹¹⁰ Communication de la Commission au parlement européen et au conseil, « Un système d'imposition des sociétés juste et efficace au sein de l'Union européenne : cinq domaines d'action prioritaires. », COM(2015) 302 final17, 17 juin 2015.

¹¹¹ O. POPA, « Recent measures to counter hybrid mismatch arrangements at the EU level », *European taxation*, September 2017, p. 401.

législatives européennes qui a pour but de renforcer les règles contre l'évasion fiscale et rendre plus efficace l'imposition des entreprises dans l'UE.

C. DOCCLO souligne que vu la disparité des législations fiscales nationales, cibler dans des mesures « *one-size-fits-all* » les planifications fiscales agressives des entreprises dans chaque État relevait d'un pari hasardeux¹¹². Or, l'article 115 du traité sur le fonctionnement de l'Union¹¹³ prévoit que le Conseil arrête des directives pour rapprocher les lois des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur. C'est bien cette voie qui sera poursuivie. Le Conseil a en effet estimé que les directives de l'Union devraient être le vecteur privilégié pour la mise en œuvre au niveau de l'UE des conclusions de l'OCDE en matière d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices. Monsieur V. DOMBROVSKIS, vice-président de la Commission européenne chargé de l'euro et du dialogue social¹¹⁴, s'est exprimé en ces termes sur les propositions législatives soumises : « L'Europe peut jouer un rôle de premier plan au niveau mondial dans la lutte contre l'évasion fiscale. Il faut pour cela une action européenne coordonnée, qui permettra d'éviter que 28 États membres appliquent 28 approches différentes. »¹¹⁵.

Après un processus de négociation difficile¹¹⁶, le Conseil a donc adopté la directive anti-BEPS du 12 juillet 2016¹¹⁷ : la directive (UE) 2016/1164 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, aussi désignée par l'acronyme ATAD pour « *Anti Tax Avoidance Directive* » (du titre anglais abrégé de la directive) par les fiscalistes. C. DOCCLO note que « le titre anglais exprime avec plus de précision que la directive vise l'évitement de l'impôt et non la fraude à laquelle l'évasion fiscale appartient »¹¹⁸.

Une mise en œuvre non cohérente du projet BEPS aurait eu pour risque d'aboutir à une fragmentation du marché unique, à des distorsions ou des entraves fiscales au sein de l'UE, à de nouvelles lacunes législatives qui pourraient être exploitées par certains contribuables¹¹⁹. Une directive renforcerait la sécurité juridique et aurait pour incidence de créer des conditions de concurrence équitable à l'intérieur et à l'extérieur de l'Union européenne. Enfin, l'application de règles nécessite un monitoring constant afin de, si nécessaire, les amender pour qu'elles ne puissent pas être contournées¹²⁰. Si ces tâches incombent aux pays eux-mêmes, il y aurait un risque de non-coordination pouvant mener à des résultats non souhaités.

¹¹² C. DOCCLO, « L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses États Membres », in *Mélanges Pascal Minne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 227.

¹¹³ Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *J.O.*, C 326 du 26 octobre 2012.

¹¹⁴ Valdis DOMBROVSKIS occupe ce poste depuis novembre 2014 à ce jour.

¹¹⁵ Communiqué de presse de la Commission européenne concernant « Justice fiscale : la Commission présente de nouvelles mesures contre l'évasion fiscale des entreprises », 28 janvier 2016, p. 1.

¹¹⁶ O. POPA (2017), *op. cit.*, p. 401.

¹¹⁷ JO L 193 du 19.7.2016.

¹¹⁸ C. DOCCLO (2016), *op. cit.*, p. 228.

¹¹⁹ N. TREFOIS, C. CARLIER et M. KOUTCHKO, « Nouvelles règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale », *Actualités fiscales*, n° 2017/21, 2017.

¹²⁰ O. POPA (2014), *op. cit.*, p. 411.

Par ailleurs, bien que les États membres aient approuvé, dans le cadre du groupe « Code de conduite (fiscalité des entreprises) »¹²¹, des lignes directrices sur le traitement fiscal des entités hybrides au sein de l'UE et avec des pays tiers, il demeure nécessaire d'adopter des règles contraignantes¹²². S'il est vrai que les États membres qui adoptent ce code de conduite s'engagent à supprimer toutes les mesures fiscales considérées comme dommageables (« *roll-back* ») et à ne plus les mettre en place à l'avenir (« *stand-still* »), il n'est néanmoins pas contraignant sur le plan juridique¹²³.

Par conséquent, si l'OCDE a émis uniquement des recommandations qui n'ont aucun caractère juridiquement contraignant, l'Union Européenne, par le billet de ses directives, impose aux États membres d'adopter un remède contre ces dits dispositifs¹²⁴. L'action 2 du plan BEPS qui visait uniquement à fournir une proposition générale commune, et qui ne constituait pas un standard minimal à adopter, est ainsi devenue de la législation¹²⁵. Ces mesures anti-abus visent à assurer un niveau minimum de protection contre l'évasion fiscale des entreprises dans l'UE afin de « préserver un niveau plus élevé de protection des bases d'imposition nationales pour l'impôt sur les sociétés »¹²⁶. En optant pour un niveau minimal commun de protection des systèmes nationaux, le Conseil a estimé que la directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre son objectif et est conforme au principe de proportionnalité¹²⁷.

Il est encore à noter que la directive précise explicitement que les États membres « devraient » se référer aux explications et exemples du rapport sur l'action 2 du plan BEPS « comme source d'illustration ou d'interprétation, dans la mesure où ils sont conformes aux dispositions de la présente directive et au droit de l'Union »¹²⁸. Certains auteurs vont un pas plus loin et considèrent que le considérant 28 d'ATAD « [oblige] les États membres à utiliser lors de la transposition de la directive, les explications et les exemples applicables figurant dans le rapport sur l'action 2 du (projet) BEPS de l'OCDE »¹²⁹.

4.3.2 Le champ d'application

L'article 9 de la directive concerne les dispositifs hybrides au sein de l'UE. Il ne contient que deux principes généraux¹³⁰. Il est par ailleurs relativement court.

Afin de déterminer quels sont les dispositifs hybrides visés, une définition de cette notion est prévue dans la directive¹³¹. Celle-ci stipule que sont visées des situations entre entreprises

¹²¹ Ce Groupe de Politique Fiscale a été créé au sein de la Commission et constitue un instrument dans le cadre d'une concurrence loyale en matière d'impôt des sociétés.

¹²² Considérant n°13, ATAD 1.

¹²³ B. COPPENS, R. SCHOONACKERS, L. VAN MEENSEL et S. VAN PARYS, « Tendances internationales récentes en matière d'impôt des sociétés : concurrence ou convergence accrue ? », *BNB Revue économique*, septembre, 2018, p. 111.

¹²⁴ C. KAHLENBERG et A. KOPEC, « Hybrid mismatch arrangements – A myth or a problem that still exists? », *World Tax Journal*, février, 2016, p.77.

¹²⁵ P. PEETERS (2017), « Hybrid mismatches: from inspired coordination to mere anti-abuse », op. cit., point 62.

¹²⁶ Art. 3, ATAD 1.

¹²⁷ C. DOCCLO (2016), op. cit., p. 229.

¹²⁸ Considérant n°28, ATAD 2.

¹²⁹ J.-M. COUGNON, « Réforme fiscale à l'impôt des sociétés et transposition des directives ATAD », *R.G.F.C.P.*, n°2018/6, 2018, p. 32.

¹³⁰ B. PEETERS, « 'ATAD 2' : poursuite de la lutte contre les dispositifs hybrides », *Le Fisc. Int.*, n°403, 2017, p.1.

¹³¹ Art. 2.9, ATAD 1.

associées, ou des dispositifs structurés conclus entre parties, établies dans des Etats membres différents, lorsque des différences dans la qualification juridique d'un instrument financier, ou d'une entité, entraînent comme conséquences une double déduction (a) ou une déduction dans un Etat sans prise en compte dans l'autre (b).

Autrement dit, les dispositifs hybrides qui rentrent dans le champ d'application de ces règles sont ceux qui sont attribuables à des différences dans la qualification juridique d'instruments financiers ou d'entités. Elles ne visent cependant pas les dispositifs attribuables à des différences dans la qualification juridique des paiements¹³².

Tous les contribuables soumis à l'impôt des sociétés dans un ou plusieurs États membres, y compris les établissements stables, lorsqu'ils sont situés dans un ou plusieurs États membres, d'entités ayant leur résidence fiscale dans un pays tiers, sont visés¹³³.

Le champ d'application de cette première directive ayant donc été limité aux Etats membres, rien n'empêchait les groupes multinationaux de mettre en place des montages hybrides en y incluant des Etats non-membre de l'UE (pays tiers).

4.3.3 Le remède à la double non-imposition

Dans la directive ATAD 1, les Etats membres ont adopté une règle générale visant à lutter contre les situations de double non-imposition causées par les montages hybrides.

Cette règle, relativement brève, envisage deux cas de figure et se retrouve à l'article 9 de la directive¹³⁴ :

« 1. Dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une double déduction, la déduction est accordée uniquement dans l'État membre d'origine du paiement.

2. Dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une déduction sans prise en compte, l'État membre du contribuable refuse la déduction de ce paiement. »

La directive prévoyait donc que si le paiement est déductible dans les deux Etats, seul le contribuable de l'Etat de la source pourra le déduire.

Dans le cas d'une non-inclusion du paiement dans l'Etat du bénéficiaire, la directive ajoutait qu'aucune déduction n'est alors accordée dans l'Etat de la source

Il est à noter que ces règles passent à côté de la règle secondaire, prévue dans l'action 2 du plan BEPS, qui protège une juridiction qui se trouve dans une situation dans laquelle l'Etat de la source n'a pas appliqué la règle primaire.

4.3.4 La transposition

La directive devait être transposée initialement pour le 31 décembre 2018 avec application à partir du 1^{er} janvier 2019¹³⁵. Certaines dérogations étaient prévues, mais aucune applicable aux

¹³² O. POPA (2017), op. cit., p.402.

¹³³ Art. 1^{er}, ATAD 1.

¹³⁴ Art. 9, ATAD 1.

¹³⁵ Art. 11, ATAD 1.

dispositifs hybrides¹³⁶. Néanmoins, l'adoption de la directive « ATAD 2 » va venir bouleverser ce planning et reporter d'un an la date butoir de transposition¹³⁷.

4.4 La seconde directive « ATAD »

4.4.1 Le contexte

Lorsque la première directive a été adoptée, il était clair que la lutte contre les dispositifs hybrides au niveau de l'UE n'était que partiellement atteinte¹³⁸. Le Conseil « Ecofin » a donc demandé que la Commission établisse une proposition sur les dispositifs hybrides qui impliquent des pays tiers¹³⁹. Un amendement a été proposé en ce sens¹⁴⁰. Cette proposition a été sensiblement modifiée afin que le Conseil parvienne à un compromis¹⁴¹. Elle concerne principalement l'élargissement du champ d'application afin d'y inclure aussi les Etats non-membres de l'Union Européenne¹⁴², amenant la lutte contre les dispositifs hybrides à un niveau supérieur¹⁴³.

Le Conseil a adopté le 29 mai 2017¹⁴⁴ la directive 2017/952 qui va venir modifier, et surtout renforcer, la directive ATAD 1 du 12 juillet 2016 en ce qui concerne les dispositifs hybrides.

La Directive ATAD 2 vient remplacer l'article 9 par un nouveau texte¹⁴⁵. Les principes généraux des dispositifs hybrides de la première directive ont donc été approfondis et de nouveaux articles ont été insérés. L'article 9 bis de la Directive vise spécifiquement les dispositifs hybrides inversés et l'article 9 ter les asymétries liées à la résidence fiscale.

4.4.2 L'élargissement du champ d'application

ATAD 2 précise et détaille considérablement la réglementation des dispositifs hybrides.

La limitation territoriale au contexte intracommunautaire du champ d'application est supprimée¹⁴⁶. Dès qu'une entreprise d'un Etat membre intervient dans un dispositif hybride, ou finance la structure entre deux autres Etats, les dispositions s'appliquent.

Outre l'extension aux situations impliquant des pays tiers, le champ d'application matériel de la directive est aussi étendu. ATAD 2 ajoute aux contribuables déjà visés par ATAD 1, toutes

¹³⁶ Exception pour la taxation à la sortie qui devait être transposée pour le 31 décembre 2019 (applicable à partir du 1er janvier 2020). Concernant la limitation de la déduction d'intérêts, une période de transition est possible pour autant que la réglementation nationale soit aussi efficace que les règles figurant dans la directive. La période de transition est toutefois limitée au 31 décembre 2023.

¹³⁷ J.-M. COUGNON, « Réforme fiscale à l'impôt des sociétés et transposition des directives ATAD », *R.G.F.C.P.*, 2018/6, juin 2018, p. 22. ; B. PEETERS, « 'ATAD 2' : poursuite de la lutte contre les dispositifs hybrides », *Fisc. Int.*, n°403, 2017, p. 1.

¹³⁸ O. POPA (2017), *op. cit.*, p. 2 ; B. PEETERS (2017), « 'ATAD 2' : poursuite de la lutte contre les dispositifs hybrides », *op. cit.*, p. 1 ; Considérant n°13, ATAD 1.

¹³⁹ Considérant n°5, ATAD 2.

¹⁴⁰ Proposition de directive du conseil modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers, COM (2016) 687 final, 25 octobre 2016.

¹⁴¹ B. PEETERS (2017), « 'ATAD 2' : poursuite de la lutte contre les dispositifs hybrides », *op. cit.*, p. 2.

¹⁴² C. REMEUR, « Hybrid mismatches with third countries », European Parliamentary Research Service, Briefing EU Legislation in Progress, 2017, p. 6.

¹⁴³ O. POPA (2017), *op. cit.*, p. 2.

¹⁴⁴ Directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers.

¹⁴⁵ Art. 1.4, ATAD 2.

¹⁴⁶ B. PEETERS (2017), *op. cit.*, p.2.

les entités qu'un Etat membre considère comme transparentes à des fins fiscales dans le cadre des règles applicables aux dispositifs hybrides inversés¹⁴⁷. Un cas d'exclusion de ce régime est prévu pour les organismes de placement collectif (OPC)¹⁴⁸.

De plus, les nouvelles dispositions visent aussi maintenant les dispositifs hybrides qui surgissent, non plus uniquement d'une différence de qualification donnée à un instrument financier ou une entité, mais aussi de différences dans la qualification juridique de paiements¹⁴⁹.

Les situations de transferts hybrides (attribution différente du rendement sous-jacent d'un instrument financier transféré), d'établissements stables hybrides, de dispositifs hybrides importés, et de dispositifs utilisant des entités à double résidence, sont également visés¹⁵⁰.

Pour les cinq situations différentes d'évasion fiscale par l'utilisation de flux de revenus hybrides décrites à l'article 9, il est nécessaire néanmoins de vérifier systématiquement l'existence d'un dispositif hybride¹⁵¹. Si l'on est face à une entité dont les revenus sont exonérés dans un Etat, il n'est en effet pas question de dispositif hybride. Aucune adaptation n'est nécessaire dans ce cas. Il en sera de même en cas de double déduction sur des revenus qui ont été doublement taxés du fait de leur différence de classification.

4.4.3 Le remède à la double non-imposition

Tout comme l'OCDE le recommandait, une règle primaire et une règle secondaire sont maintenant prévues. L'application de ces règles concerne uniquement les dispositifs hybrides et vise chacun des deux cas de figures envisagés dans ce travail (DD et D/NI).

Double déduction

Dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une double déduction :

- La règle primaire prévoit que face à un tel dispositif hybride, la déduction soit refusée dans l'Etat membre de l'investisseur. La déduction reste acceptée dans l'Etat du payeur ;
- La règle secondaire entre en jeu lorsque la règle primaire n'a pas été appliquée. Cette règle stipule que lorsque la déduction n'a pas été refusée dans l'Etat de l'investisseur, alors elle est refusée dans l'Etat membre du payeur.

Afin d'illustrer cette règle, reprenons l'exemple exposé dans la première partie de ce travail. Une même charge y était déduite à la fois au niveau de A Co et de B Co.

¹⁴⁷ Considérant n°8, ATAD 2.

¹⁴⁸ Art. 9 bis, al. 2, ATAD.

¹⁴⁹ O. POPA (2017), op. cit, p. 2..

¹⁵⁰ I. PANIS, « Assiette commune : le bout du tunnel ? », *Fisc. Int.*, n°395, 2016, p. 6.

¹⁵¹ B. PEETERS (2017), op. cit., p. 3.

La solution amenée par ATAD 2 prévoit que la déduction doit être refusée tout d'abord dans l'Etat de l'investisseur (l'Etat A). Si cette déduction n'est pas refusée dans l'Etat A, ou encore si l'Etat A est un pays tiers, la déduction devra être refusée dans l'Etat du payeur (l'Etat B).

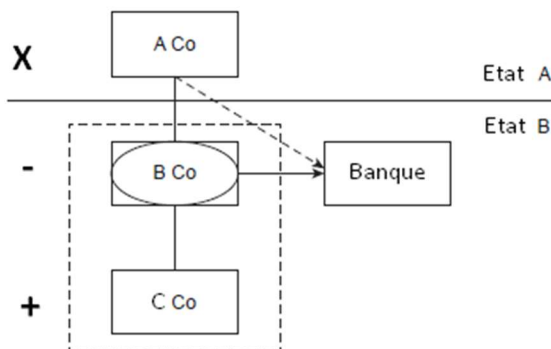


Figure 5 - Remède à la double déduction : règle primaire

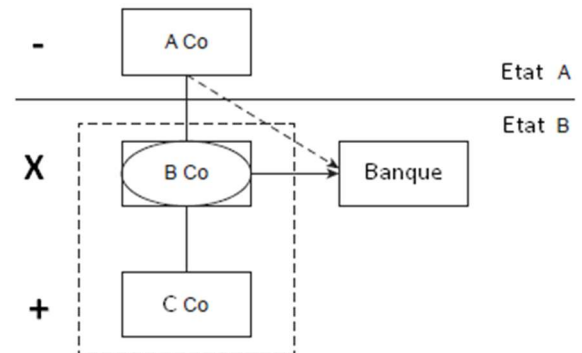


Figure 6 - Remède à la double déduction : règle secondaire

Déduction sans inclusion

Dans la mesure où un dispositif hybride donne lieu à une déduction sans inclusion dans l'Etat du bénéficiaire :

- La règle primaire prévoit que, face à un tel dispositif hybride, la déduction soit refusée dans l'Etat membre du payeur ;
- La règle secondaire intervient lorsque la règle primaire n'a pas été appliquée. Cette règle stipule que lorsque la déduction n'a pas été refusée dans l'Etat du payeur, le montant du paiement doit alors être inclus dans les revenus par l'Etat membre du bénéficiaire.

Dans le second exemple analysé en première partie de ce travail, la solution apportée par ATAD 2 veut tout d'abord que la déduction soit refusée dans l'Etat B (Etat du payeur). C'est seulement si la déduction n'est pas refusée dans l'Etat B, ou si l'Etat B est un pays tiers, que le montant du paiement sera alors inclus dans les revenus de l'Etat A (Etat de l'investisseur).

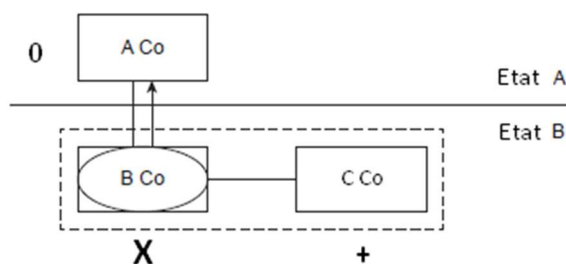


Figure 8 - Remède à la déduction sans inclusion : règle primaire

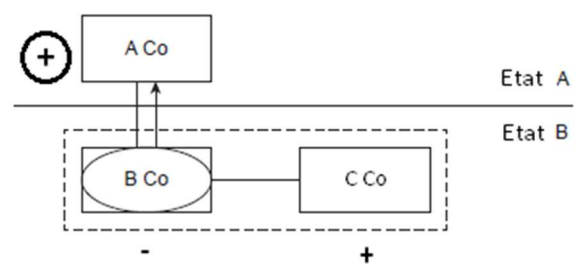


Figure 7 - Remède à la déduction sans inclusion : règle secondaire

Déduction sans inclusion : cas de l'entité hybride inversée

Concernant ce cas de figure, la règle prévue à l'article 9 bis de la directive précise : « l'entité hybride est considérée comme une résidente de cet Etat membre ».

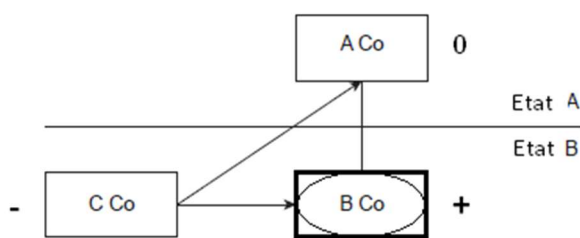


Figure 9 - Remède aux entités hybrides inversées

Le troisième cas de figure était celui dans lequel l'entité hybride B Co, constituée ou établie dans l'Etat membre B, était considérée par cet Etat comme transparente, alors que l'Etat A la considère comme non-transparente. Le paiement effectué par C Co n'était inclus nulle part. Selon les règles prévues par ATAD 2, cet Etat doit alors la considérer comme un résident et doit l'imposer sur les intérêts qu'elle tire de

C Co.

B. PEETERS (2017)¹⁵² souligne que ce régime « ne brille pas par sa clarté, bien qu'il soit un élargissement par rapport aux hypothèses prévues dans l'action 2 du rapport BEPS et qu'il devrait dès lors être décrit avec d'autant plus de précision ». Une alternative pour soumettre à l'impôt les revenus de cette entité hybride aurait pu être l'élargissement du régime relatif aux sociétés étrangères contrôlées (CFC) prévu par cette même directive (art. 7 et 8, ATAD). De plus, en vertu de ces mesures, cette entité hybride doit être considérée comme un résident de cet Etat. Cette obligation pourrait entraîner des conséquences pour l'application des CPDI.

Cas de double imposition

Comme nous l'avons aussi illustré dans l'un de nos exemples au début de ce travail, certains montages peuvent mener à une double imposition.

La directive ATAD 2, dont les justifications principales semblent être l'équité et la neutralité en évitant les asymétries dans le traitement fiscal d'un paiement, est une application du « *single tax principle* »¹⁵³. Ce principe veut qu'un revenu d'une transaction internationale ne soit sujet à l'imposition qu'une seule fois, ni plus, ni moins.

Pourtant, autant la directive du 12 juillet 2016, que celle du 29 mai 2017, ne solutionnent ces situations de double imposition. En effet, l'article 9 de la directive ATAD 1 vise uniquement les situations de double non-imposition (DD et D/NI) et les importantes modifications apportées par la directive ATAD 2 ne comblent pas ce cas de figure.

4.4.4 La transposition

En raison des modifications substantielles prévues par ATAD 2, un délai supplémentaire a été accordé pour la transposition de ces mesures. De plus, il est prévu que la directive puisse être implémentée en deux temps. En effet, la date principale du 31 décembre 2019 avec prise d'effet au 1^{er} janvier 2020 est retenue, mais par dérogation une seconde date butoir est prévue en ce qui concerne spécifiquement les dispositions relatives aux dispositifs hybrides inversés (nouvel

¹⁵² B. PEETERS (2017), op. cit., p. 4.

¹⁵³ T. TOMAZELA SANTOS, « The Anti-Tax Avoidance Directive 2 and Hybrid Financial Instruments: Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes in Third-Country Situations », *Bulletin for International Taxation*, août, 2018, p. 511.

article 9 bis de la Directive). Ces dernières dispositions peuvent être transposées pour le 31 décembre 2021 avec prise d'effet au 1^{er} janvier 2022¹⁵⁴.

4.4.5 La compatibilité de l'action 2 du projet BEPS

La question de la compatibilité de l'action 2 du projet BEPS avec les objectifs du marché intérieur européen et les libertés fondamentales telle que la libre circulation se pose lorsque l'on analyse la différence de traitement entre un résident et un non-résident face à la déduction d'un paiement¹⁵⁵.

En effet, les recommandations de l'action 2 entraînent de fait une différence de traitement entre des situations comparables. D'une part, ces mesures ont pour effet d'empêcher un contribuable de déduire un paiement en faveur d'un contribuable étrangers alors que, d'autre part, ce même paiement pourrait en toute hypothèse être déduit s'il était effectué envers un contribuable résident. Par conséquent, les *linking rules* de l'OCDE génèrent un traitement fiscal qui est plus lourd dans les situations transfrontalières que dans les situations domestiques similaires¹⁵⁶.

En vertu du TFUE, un paiement fait à un non-résident doit recevoir le même traitement fiscal qu'un paiement effectué à un résident, à moins qu'une différence de traitement puisse être justifiée sur base d'un intérêt public supérieur¹⁵⁷.

Les impôts directs relèvent de la souveraineté de chaque Etat membre. Néanmoins, les Etats membres doivent respecter le droit supranational de l'UE. Afin d'évaluer les lois nationales en matière de fiscalité directe, la CJUE va apprécier si celles-ci vont à l'encontre de l'une des libertés fondamentales : la libre circulation des travailleurs (art. 45, TFUE), la liberté d'établissement (art. 49, TFUE), la libre prestation des services (art. 56, TFUE), la libre circulation des capitaux (art. 63, TFUE).

Une première étape consiste donc à identifier la liberté fondamentale pertinente, et plus particulièrement s'il s'agit de la liberté d'établissement ou de la libre circulation des capitaux. A ce titre, les cas traités par la CJUE sont importants pour l'analyse des règles anti-hybrides établies dans ATAD 2 et leur compatibilité avec le droit européen primaire¹⁵⁸.

La libre circulation des capitaux, la seule liberté qui s'applique aux pays tiers, couvre habituellement toute sorte de techniques de financement ou d'instruments financiers. Dans certaines circonstances, il peut y avoir un chevauchement entre cette liberté fondamentale et les autres.

T. TOMAZELA SANTOS résume la position de la CJUE de la sorte¹⁵⁹ : La liberté d'établissement s'applique lorsque des mesures fiscales visent des participations qui permettent aux détenteurs d'exercer une influence sur les décisions et les activités d'une entreprise. Tandis que la libre

¹⁵⁴ Art. 2.3, ATAD 2.

¹⁵⁵ E. TRAVERSA, C. A. HERBAIN et M. POSSOZ, « La mise en œuvre de plan d'action BEPS de l'OCDE par l'Union européenne: la lutte contre l'évasion fiscale internationale prend-elle le pas sur l'achèvement du marché intérieur ? », *T.F.R.*, n°520, avril 2017, pp. 8-9.

¹⁵⁶ B. VANDEN BERGHE, « Enforceability of OECD Linking Rules in the Light of EU Law », *LSE Law Review*, n°2, 2017, p. 65.

¹⁵⁷ B. VANDEN BERGHE (2017), op. cit., p. 65.

¹⁵⁸ T. TOMAZELA SANTOS, « The Anti-Tax Avoidance Directive 2 and Hybrid Financial Instruments: Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes in Third-Country Situations », *Bulletin for International Taxation*, août, 2018, pp. 507-508.

¹⁵⁹ T. TOMAZELA SANTOS (2018), op. cit., p. 509.

circulation des capitaux entre en jeu lorsque les mesures fiscales s'appliquent à des participations acquises uniquement dans l'intention de réaliser un investissement financier, sans influence significative sur les décisions, la gestion et le contrôle. Ce même auteur note par ailleurs que ces règles anti-hybride ont été élaborées de manière à éviter l'application de la libre circulation des capitaux. En effet, ces règles précisent explicitement, en termes de participation, de droit de vote, ou de droit au bénéfice, et plus largement avec une notion d'influence dans le contrôle, les entreprises liées qui sont visées. Il émet néanmoins deux réserves. La première relative au droit à une part du bénéfice qui en tant que tel n'est pas lié à la gestion de l'entreprise. La seconde dans certains cas, plutôt exceptionnels, d'application du régime de consolidation sur base des normes IFRS (International Financial Reporting Standard). Ces circonstances spécifiques mises à part, la liberté d'établissement sera retenue.

La seconde question est celle de la justification de la discrimination potentielle. Selon E. TRAVERSA, C. A. HERBAIN et M. POSSOZ, cette justification pourrait être par exemple la lutte contre l'évasion fiscale¹⁶⁰. Ils précisent que celle-ci sera « d'autant plus acceptable que les recommandations de l'OCDE seront implémentées d'une manière harmonisée dans les différents Etats membres ». En effet, par l'ajout, dans le droit dérivé de l'UE, d'une mesure qui vise à lutter spécifiquement contre les situations de double non-imposition, la CJUE aura plus de difficultés à l'avenir de déclarer des règles nationales qui poursuivent ce même objectif contraire aux libertés fondamentales. B. VANDEN BERGHE soulève quant à lui que ces mesures pourraient être justifiées par la prévention des abus fiscaux ou la cohérence fiscale.

La question qui se pose enfin est de savoir dans quelle mesure l'action 2 du projet BEPS est-elle conforme avec le test de proportionnalité appliqué par la CJUE dans l'analyse des dispositions anti-abus. Les mesures anti-abus adoptées par les Etats membres ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour lutter contre ce qu'elle appelle « les montages purement artificiels »¹⁶¹. Pour être compatible avec les libertés fondamentales, il faut que la différence de traitement 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 celui-ci, par exemple la lutte contre l'évasion fiscale. Selon E. TRAVERSA, C. A. HERBAIN et M. POSSOZ précisent que la CJUE a déjà accepté « qu'une mesure nationale qui s'applique uniquement à des situations transfrontalières puisse être justifiée par la nécessité de préserver la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les Etats membres et le droit reconnu aux Etats de taxer les profits générés par les activités économiques réalisées sur leurs territoires »¹⁶².

Sur base de la cohérence fiscale comme justification, afin que les *linking rules* recommandées par l'OCDE soient compatibles au regard du droit européen, B. VANDEN BERGHE, ajoute pour sa part que les Etats membres devraient implémenter ces règles en les complétant de trois conditions additionnelles¹⁶³ : Premièrement, les Etats membres devraient modifier ces règles de telle sorte qu'elles puissent éliminer non seulement les cas de double non-imposition mais aussi les situations de double taxation, et ce afin de respecter pleinement la cohérence fiscale. Deuxièmement, les Etats membres devraient permettre au contribuable, la possibilité d'apporter la preuve qu'aucune divergence de classification n'existe. Dans le cas contraire, ces *linking*

¹⁶⁰ E. TRAVERSA, C. A. HERBAIN et M. POSSOZ (2017), op. cit., p. 9.

¹⁶¹ Ibidem, p. 9 ; B. VANDEN BERGHE (2017), op. cit., p. 83.

¹⁶² E. TRAVERSA, C. A. HERBAIN et M. POSSOZ (2017), op. cit., p. 10.

¹⁶³ B. VANDEN BERGHE (2017), op. cit., p. 91.

rules violeraient le principe de proportionnalité en allant au-delà de ce qui est nécessaire. Troisièmement, le principe de proportionnalité requière également que ces *linking rules* soient aptes à atteindre leur objectif de cohérence fiscale, ce qui nécessite que la double non-imposition soit entièrement supprimée. Les Etats membres devraient étendre le champ de ces propositions pour y inclure les parties non-liées.

4.5 Interactions des dispositions

4.5.1 Avec la directive mère-fille

La question de l'interaction de la directive mère-fille et de ATAD se pose. Le législateur européen a considéré en effet que lorsque des dispositions provenant de la directive mère-fille permettent de neutraliser les conséquences fiscales de l'asymétrie, les règles concernant les dispositifs hybrides mises en place par la directive ATAD ne devraient pas trouver à s'appliquer¹⁶⁴.

Par conséquent, dans la mesure où un dispositif hybride donne lieu à une déduction sans inclusion dans l'Etat du bénéficiaire, la règle primaire prévoit que l'Etat de la source doit d'abord refuser le paiement. Si le montage repose sur une qualification intérêts-dividendes (cas de l'utilisation d'un instrument financier hybride), ce sera alors l'Etat de la société bénéficiaire qui devra intervenir en imposant la distribution (art. 1.2. de la directive mère-fille).

4.5.2 Avec les traités

Une autre question qui se pose est celle de l'interaction des règles prévues par ATAD 2 avec les traités.

Le onzième considérant de ATAD 2 dispose que « Toute adaptation nécessaire en vertu de la présente directive ne devrait pas, en principe, modifier la répartition des droits d'imposition prévue entre les juridictions par une convention préventive de la double imposition ».

K. KARAIANOV¹⁶⁵ confirme que tant pour les situations de double déduction, que pour les situations de déduction/non inclusion, il n'y a en général pas de conflit entre les règles de la directive et les traités avec des pays tiers. Néanmoins, un risque de conflits peut tout de même surgir dans un nombre très limité de scénarios relatifs à des dispositifs hybrides non abordés dans le cadre de ce travail.

¹⁶⁴ Considérant 30, ATAD 2.

¹⁶⁵ K. KARAIANOV, « The ATAD 2 Anti-Hybrid Rules versus EU Member State Tax Treaties with Third States: Is Override Possible? », *European Taxation*, février/mars, 2019, pp. 52 et 59.

5 La transposition en droit belge des directives ATAD

5.1 Introduction

Dans ce dernier chapitre, nous allons dans un premier temps nous attarder sur le contexte de la transposition des directives ATAD en droit belge. Nous analyserons ensuite les différentes définitions insérées dans le Code, ainsi que les règles d'inclusion d'un revenu, et celles pour le refus de déduction. Enfin, nous tirerons quelques conclusions critiques sur sa mise en œuvre.

5.2 Le contexte

Les règles belges sont la mise en œuvre de la réglementation européenne, elle-même est basée sur l'initiative de l'OCDE.

Par la loi du 25 décembre 2017 portant réforme de l'impôt des sociétés¹⁶⁶, les règles relatives aux dispositifs hybrides font parties des mesures qui s'inscrivent dans le cadre de l'équité fiscale, mais également des dispositions compensatoires introduites en vue d'élargir la base imposable. En effet, un des aspects importants de la réforme de l'ISoc est la transposition des directives européennes relatives à la lutte contre les pratiques d'évasion fiscale. Celles-ci, par un durcissement de la planification fiscale, peuvent contribuer au financement de la réforme envisagée¹⁶⁷. Leurs transpositions entraînent notamment la limitation de la déductibilité des intérêts, l'imposition de certains revenus d'entreprises étrangères dans le chef de l'entreprise domestique contrôlante (règles CFC), des mesures destinées à lutter contre les dispositifs hybrides, et une extension de la taxe de sortie¹⁶⁸. Le gouvernement a précisé avoir transposé la directive « en tenant compte de la proportionnalité des mesures concernées et de leur impact sur le climat d'investissement »¹⁶⁹. Une loi de réparation du 30 juillet 2018¹⁷⁰ est venue apporter des modifications à la loi du 25 décembre 2017 en ce qui concerne les dispositions transposant la directive ATAD, mais seule la déductibilité des intérêts, l'imposition à la sortie, et le régime des CFC sont visés¹⁷¹.

Il est à noter que lors de l'adoption de la loi portant réforme de l'impôt des sociétés, une mesure anti-abus spécifique a été introduite par le législateur afin que toute modification apportée à la date de clôture de l'exercice comptable à partir du 26 juillet 2017 reste sans effet sur l'application des nouvelles mesures fiscales¹⁷². L'administration fiscale a publié une circulaire à ce sujet¹⁷³.

¹⁶⁶ Loi du 25 décembre 2017 portant réforme de l'impôt des sociétés, *M.B.*, 29 décembre 2017.

¹⁶⁷ Banque Nationale de Belgique (BNB), *Aspects budgétaires et macroéconomiques de la réforme de l'impôt des sociétés en Belgique*, 6 décembre 2017, p. 5.

¹⁶⁸ B. COPPENS, R. SCHOONACKERS, L. VAN MEENSEL, S. VAN PARYS, « Tendances internationales récentes en matière d'impôt des sociétés: concurrence ou convergence accrue ? », *BNB Revue économique*, septembre 2018, p. 121.

¹⁶⁹ Doc. Parl., Ch., 2017-2018, n°2839/010, Projet de Loi relative à la relance économique et au renforcement de la cohésion sociale, 9 janvier 2018, p. 60.

¹⁷⁰ Loi du 30 juillet 2018, portant des dispositions diverses en matière d'impôts sur les revenus, *M.B.*, 10 août 2018.

¹⁷¹ J. M. COUGNON, « Loi "de réparation" de la réforme de l'ISoc. Modifications aux dispositions qui visent la transposition de la directive ATAD », *R.G.F.C.P.*, n°2018/8, 2018, pp. 5-12.

¹⁷² R. BEYAERT et J. DEPRINCE (2018), *op. cit.*, p. 6.

¹⁷³ Circulaire n°2019/C/50 du 17 juin 2019 concernant l'application des dispositions anti-abus portant sur l'entrée en vigueur de la loi du 25.12.2017.

Le projet de loi portant réforme de l'impôt des sociétés a prévu directement la transposition de la directive ATAD 2, laquelle remplace comme nous l'avons vu la disposition relative aux dispositifs hybrides de la première directive¹⁷⁴.

Cette réforme fait l'objet de trois grandes phases d'entrée en vigueur. La deuxième phase (application à partir de l'exercice d'imposition 2020) correspond à l'application de certaines mesures qui, au départ, étaient prévues pour la troisième phase (application à partir de l'exercice d'imposition 2021) mais pour lesquelles il a été décidé de les avancer d'un an. Ces mesures concernent en grande partie des dispositions d'exécution de la directive ATAD dont les règles concernant les dispositifs hybrides¹⁷⁵. La transposition rapide des dispositions de la directive répond à la volonté du Gouvernement, par suite de la diminution du taux d'impôt pour les sociétés, d'assurer un effet budgétairement neutre à la réforme.

Notons encore que le régime belge ne s'attaque pas, tout comme c'était déjà le cas pour les mesures de l'OCDE, à la cause en tant que telle (asymétries dues aux différences entre les législations fiscales internes), mais aux conséquences (un impôt trop faible)¹⁷⁶.

Les dispositions relatives aux dispositifs hybrides ont été réparties entre les articles 2 (définitions), 185 (taxation), 198 (non-déduction) et 292 (quotité forfaitaire d'impôt étranger) du CIR 92. Comme nous l'avons indiqué en introduction de ce travail, nous restreignons essentiellement notre analyse aux dispositions qui visent les entités hybrides.

5.3 Les nouvelles définitions

A l'instar des directives, le Code définit plusieurs notions. Celles-ci sont reprises au Titre I relatif aux définitions. Trois sections supplémentaires ont été ajoutées à l'article 2, § 1, CIR 92 (dispositif hybride, entité hybride, transfert hybride) alors que d'autres définitions issues des directives ont été intégrées directement dans les dispositions relatives à la lutte contre les dispositifs hybrides proprement dites¹⁷⁷.

5.3.1 Dispositif hybride

La définition de la notion de dispositif hybride est à trouver à l'article 2, § 1, 16°, CIR 92.

Les règles que nous analyserons dans un second temps ne s'appliqueront que lorsque l'on se trouve en présence d'un dispositif hybride tel que définit spécifiquement par le Code. Ces définitions sont valables pour toutes les règles que nous verrons à l'exception de l'inclusion des revenus en cas de paiement à une entité hybride inversée¹⁷⁸. La disposition qui vise cette situation intègre une définition spécifique¹⁷⁹.

Il est à noter que le législateur a préféré, dans cette nouvelle définition, employer la notion d'« implantation » (« *vestiging* » en néerlandais) à celle d'« établissement stable ». Les

¹⁷⁴ J.-M. COUGNON (2018), op.cit., p. 13 ; BNB (2017), op. cit., p. 19.

¹⁷⁵ F. VANDEN HEEDE, « La réforme de l'impôt des sociétés pour les sociétés PME », *Pacioli*, n°458, I.P.C.F., 29 janvier – 11 février 2018, p.12.

¹⁷⁶ B. PEETERS (2019), op. cit., p. 2.

¹⁷⁷ R. BEYAERT et J. DEPRINCE, « Transposition des directives européennes ATAD en matière de la lutte contre les dispositifs hybrides », *Actualités fiscales*, n° 2018/26, 2018, p. 1.

¹⁷⁸ Il en est de même pour l'imputation multiple de l'impôt à la source (art. 292, al. 4, CIR 92) et le rejet de la déduction en cas de double résidence (art. 198, § 1, 10°/4, CIR 92).

¹⁷⁹ B. PEETERS (2019), op. cit., p. 9.

développements de la proposition de loi précisent que cette notion a été choisie car il ne saurait être question d'établissement stable dans l'hypothèse où il n'existe pas de convention préventive de la double imposition en vigueur entre la Belgique et la juridiction de l'entité en faveur de laquelle les paiements sont effectués¹⁸⁰. Cette nouvelle notion permet donc de couvrir la présence taxable dans les juridictions où il n'existe pas de convention préventive de la double imposition en vigueur avec la Belgique. Néanmoins, aucune référence à cette notion ne se retrouve dans la directive¹⁸¹.

Situations visées

Le premier alinéa définit ce qu'on entend par dispositif hybride et précise les contribuables et les hypothèses visées : « un dispositif donnant lieu à des dépenses déductibles dans le chef d'une société résidente, ou d'un établissement belge, et d'une entreprise étrangère, ou d'une implantation de celle-ci, ou dans le chef d'un seul de ces intervenants mais sans que, dans ce cas, à ces dépenses correspondent des revenus figurant parmi les revenus imposables du bénéficiaire ».

La définition vise donc, sans surprise, tant les situations de double déduction, que les situations de déduction sans inclusion. De plus, il faut impérativement une situation transfrontalière.

Le premier alinéa est complété par huit autres, qui font tous partie intégrante de la définition d'un dispositif hybride selon le législateur belge¹⁸².

Entreprises associées

Le second alinéa restreint cette notion de dispositif hybride uniquement aux entreprises associées. Les dispositifs structurés y sont aussi visés. B. PEETERS souligne que le texte « n'est manifestement pas en conformité avec l'article 9, al. 3 de l'ATAD »¹⁸³. En effet, la directive vise « un dispositif hybride [...] entre des entreprises associées *ou* dans le cadre d'un dispositif structuré [...] »¹⁸⁴. Le texte du Code, par sa formulation différente, vise exclusivement les dispositifs structurés entre entreprises liées : « [...] des entreprises associées, qui font partie de la même entreprise ou qui agissent dans le cadre d'un dispositif structuré ».

Dès l'origine, au niveau des recommandations de l'OCDE, il était évident que le but était d'inclure autant de situations que possible sous cette notion d'entreprises associées afin d'empêcher la manipulation des règles¹⁸⁵. La directive ATAD reprend ces critères¹⁸⁶.

Dans le CIR 92, les alinéas 3 à 7 de l'article 2, § 1, 16°, fixent les conditions nécessaires pour que les sociétés et les établissements visés aux alinéas précédents soient considérés comme « entreprises associées » ou « même entreprise ».

¹⁸⁰ Doc. Parl., Ch., 2017-2018, n° 2864/001, 20 décembre 2017, p. 67.

¹⁸¹ R. BEYAERT et J. DEPRINCE (2018), op. cit., p. 1.

¹⁸² J.-M. COUGNON (2018), « Réforme fiscale à l'impôt des sociétés et transposition des directives ATAD », op. cit., p. 23.

¹⁸³ B. PEETERS (2019), op. cit., p. 9.

¹⁸⁴ Art. 9.3 ATAD, nous soulignons.

¹⁸⁵ L. PARADA, « Hybrid Entity Mismatches and the International Trend of Matching Tax Outcomes: A Critical Approach », *Intertax*, Vol. 46, Issue 12, 2018, p. 983.

¹⁸⁶ Art. 2.4, ATAD.

Pour les besoins de ces dispositions, afin de déterminer si des entreprises sont associées, plusieurs critères alternatifs sont retenus.

Tout d'abord, un seuil de participation, directe ou indirecte, de minimum de 50%¹⁸⁷ en matière de droits de vote, de participations au capital, ou des droits de participation aux bénéfices, est prévu (art. 2, § 1, 16°, al. 3). Bien que formulé différemment, ce seuil est en adéquation avec ATAD. La directive prévoit en effet un seuil de 25% augmenté à 50% lorsque le dispositif concerne une entité hybride. Ce seuil s'applique tant dans la situation dans laquelle la société belge (ou l'établissement belge) détient l'entité étrangère (1^{er} tiret), que dans la situation où c'est la société belge qui est détenue par l'entreprise étrangère (ou l'implantation de celle-ci, et qui est une entité ou une personne physique) (2^{ième} tiret), mais aussi lorsque qu'une entité (ou une personne physique) détient une participation de 50% ou plus en matière de droits de vote ou de capital de la société résidente et de l'entreprise étrangère (3^{ième} tiret).

Ensuite, afin de préserver l'efficacité de ces règles et éviter les schémas de planifications fiscales, un « *acting-in-concert test* »¹⁸⁸ est prévu par la directive et se retrouve dans le CIR. En vertu de celui-ci, un cumul des droits de vote et des participations sera réalisé lorsque deux personnes agissent conjointement au titre des droits de vote ou de la propriété du capital d'une entité (al. 5). La directive n'a pas prévu de ligne de conduite sur la définition de cette notion. Il s'agit d'un examen complémentaire qui consiste à s'assurer que les tests sur le contrôle économique et légal ne sont pas contournés de manière à éviter l'application des règles anti-hybrides. Notons que cette règle *acting-in-concert* pourrait se révéler difficile à appliquer au regard d'actionnaires minoritaires se trouvant dans des pays tiers. En effet, ce test requière une analyse factuelle sur des événements qui se déroulent hors de l'UE. Les Etats membres devront probablement avoir recours à des échanges d'informations avec ces Etats (CPDI, Accords d'échange de renseignements fiscaux¹⁸⁹, Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale¹⁹⁰).

Dans le même ordre d'idée, sont aussi visés, l'appartenance à un « même groupe consolidé à des fins de comptabilité financière » (al. 3, 4^{ième} tiret), ainsi que l'influence notable de l'un exercée sur la gestion de l'autre (al. 3, 5^{ième} tiret). Sur la notion de « même groupe consolidé à des fins de comptabilité financière », celle-ci est définie par le Code (al. 6). Elle vise toutes les entités pleinement intégrées dans les états financiers consolidés (aux normes internationales ou aux normes nationales d'un Etat membre de l'EEE). Sur ce critère de consolidation, R. TOMAZELA SANTOS (2018)¹⁹¹ précise qu'en pratique cette approche ne diffère pas fondamentalement des autres tests. Les règles comptables se réfèrent habituellement à des critères tels que les droits de vote ou d'autres droits pour vérifier l'existence d'une influence significative sur une autre entité et par conséquent si celle-ci doit être incluse dans les états

¹⁸⁷ Ce taux est ramené à 25% pour les dispositifs impliquant un paiement effectué au titre d'instrument financier (art. 2, § 1, 16°, al. 4, CIR 92).

¹⁸⁸ T. TOMAZELA SANTOS, « The Anti-Tax Avoidance Directive 2 and Hybrid Financial Instruments: Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes in Third-Country Situations », *Bulletin for International Taxation*, août, 2018, p. 507.

¹⁸⁹ Un certain nombre de conventions ont été signées par la Belgique. Voir OCDE, *Accords d'échange de renseignements fiscaux (TIEAS)*, <https://www.oecd.org>.

¹⁹⁰ OCDE et Conseil de l'Europe, *La convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale : Amendée par le protocole 2010*, Paris, Editions OCDE, 2011.

¹⁹¹ T. TOMAZELA SANTOS (2018), op. cit., p. 507.

financiers consolidés. Néanmoins, les actionnaires peuvent avoir une certaine influence sur une autre entité sans détenir une participation majoritaire. Une telle règle peut donc être pertinente afin de contrer certains schémas de planification fiscale. Si le critère d'une influence décisive peut mener à une incertitude juridique, celui-ci ne peut pas être manipulé aussi aisément qu'un test de volume de participation.

Sur le seuil de 50%, T. TOMAZELA SANTOS (2018)¹⁹² fait encore remarquer que celui-ci permet d'inclure les joint-ventures qui sont utilisées communément afin d'échapper aux règles CFC qui requièrent dans certains Etats plus de 50% de participation.

Enfin, il peut être déploré que la directive ATAD 2 ne précise pas à quel moment le seuil en matière de participations au capital, de droits de vote, ou de droits aux bénéfices doit être évalué. Est-ce au moment du paiement, à la fin de l'année, ou à un autre moment ? En effet, ces différents éléments peuvent évoluer au fil du temps chez un contribuable¹⁹³.

La notion de « même entreprise » fait quant à elle référence à une des parties qui constitue un établissement belge et/ou stable de l'autre, ou lorsque tous deux le sont d'une même entreprise (al. 7).

Dispositif structuré

Le huitième alinéa précise la notion de « dispositif structuré » et vise deux hypothèses. Il faut d'une part une société résidente (ou un établissement belge), et d'autre part une entreprise étrangère (ou une implantation de celle-ci) qui agissent :

- dans le cadre d'un dispositif dont les termes intègrent déjà « la valorisation de l'effet » hybride (D/D ou D/NI) ;
- dans le cadre d'un dispositif qui a été conçu « de manière telle à générer cet effet » hybride (D/D ou D/NI).

Dans ce dernier cas de figure, une exception est prévue si les conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- On ne peut pas raisonnablement attendre de la société résidente (ou de l'établissement belge) ou de l'entreprise étrangère (ou de l'implantation de celle-ci) qu'elle soit informée de l'existence de l'effet du dispositif ;
- La société résidente (ou l'établissement belge) ou l'entreprise étrangère (ou l'implantation de celle-ci) n'a pas bénéficié de cet effet.

Une définition de « dispositif structuré » a effectivement été ajoutée par ATAD 2. Celle-ci exclut, selon I. PANIS (2016), les « dispositifs hybrides 'fortuits' »¹⁹⁴. L'article 2, 11° de ATAD semble exiger que les deux parties n'aient retiré aucun avantage du dispositif et il diffère en ce sens du texte belge. Dans ce dernier, l'entreprise semble devoir démontrer uniquement qu'elle n'agit pas dans le cadre d'un dispositif hybride. Par conséquent, selon B. PEETERS¹⁹⁵, le cocontractant pourrait toujours être visé par les règles visant les dispositifs hybrides.

Exclusions

¹⁹² T. TOMAZELA SANTOS (2018), op. cit., p. 510.

¹⁹³ Ibidem.

¹⁹⁴ I. PANIS (2016), op. cit., p. 6.

¹⁹⁵ B. PEETERS (2019), op. cit., p. 10.

L'alinéa 9 ajoute enfin deux exclusions à la notion de dispositif hybride dans la situation d'une déduction / non-inclusion. Nous reviendrons sur celle-ci lors de notre analyse de ces règles.

5.3.2 Entité hybride

La notion d'entité hybride est définie à l'article 2, § 1, 17°, CIR 92 :

« Par entité hybride, on entend toute entité ou tout dispositif qui est considéré comme une entité imposable en vertu des lois d'une juridiction et dont les revenus ou les dépenses sont considérés comme les revenus ou les dépenses d'une ou plusieurs autres personnes en vertu des lois d'une autre juridiction. »

Cette définition rejoint nos développements en première partie de ce travail.

5.3.3 Dispositif hybride inversé

Comme nous l'avons vu au début de ce travail, les dispositifs hybrides inversés visent l'hypothèse dans laquelle c'est l'Etat où est établie l'entité qui considère celle-ci comme transparente.

Cette notion est définie dans le code séparément (comme c'est le cas par ailleurs dans la directive) et est à aller chercher à l'article 185, § 1, al. 3, CIR 92. Celui-ci vise l'hypothèse où une entité établie en Belgique est considérée comme transparente en vertu du droit belge (entité visée à l'art. 29, CIR 92) et est détenue par une ou plusieurs entités associées, résidentes d'une autre juridiction, qui considèrent cette entité belge comme opaque.

L'art. 185, § 2, al. 3, CIR 92 dispose : *« [...] lorsqu'une ou plusieurs entités associées non-résidentes détenant [...] une entité visée à l'article 29 constituée ou établie en Belgique se situent dans une juridiction ou des juridictions qui considèrent l'entité comme une personne imposable en Belgique »*.

L'article précise encore ce que l'on entend par entités associées. Il faut une détention de plus de 50% des droits de votes, des participations au capital, des droits de participation aux bénéfices. Ces critères sont identiques à ceux repris à l'article 2, § 1, 16°, al. 3, 1^{er} tiret, CIR 92 qui visait à définir la notion d'entreprises associées dans le cadre de dispositifs hybrides « classiques ».

5.4 Les paiements déductibles

5.4.1 Les paiements visés

Avant de se pencher sur les règles proprement dites, il est intéressant de se pencher sur la notion de paiement à laquelle le Code n'apporte pas de précision.

Dans la mesure où le paiement génère un effet de déduction/non-inclusion, le rapport final de l'OCDE précise quels sont les paiements déductibles couverts par la règle¹⁹⁶.

Tout d'abord, il doit s'agir nécessairement d'un paiement déductible selon les lois de l'Etat du payeur, c'est-à-dire lorsque celui-ci est effectivement en droit de pratiquer une déduction selon la loi nationale.

Les paiements visés englobent de manière générale les éléments de dépenses courantes tels que les paiements de services, les loyers, les redevances, les intérêts, ainsi que les autres montants

¹⁹⁶ OCDE (2017), *Neutraliser les effets des dispositifs hybrides, Action 2 - Rapport final 2015*, op. cit., p. 59.

qui peuvent être imputés directement à des éléments de revenu ordinaire. Au contraire, les coûts d'acquisition d'une immobilisation et les dotations aux amortissements sont exclus. En effet, il n'y a pas de paiement correspondant au niveau du bénéficiaire¹⁹⁷.

5.4.2 Différences temporelles

Les différences temporelles et quantitatives qui résultent de l'application de périodes comptables et de règles divergentes entre les Etats dans la détermination de la date des éléments de revenu ou de dépenses constatés, ne devraient pas être considérées comme donnant lieu à des asymétries des résultats fiscaux¹⁹⁸. Par exemple, lorsque l'entreprise et le bénéficiaire du paiement utilisent, pour l'un, l'année civile et, pour l'autre, un exercice fiscal décalé.

Le Comité économique et social européen (CESE) confirme la position de l'OCDE en matière de temporalité différente (périodes comptables et fiscales), à savoir que celle-ci ne devrait pas produire d'asymétrie dans les résultats fiscaux. Toutefois, le contribuable doit annoncer le paiement dans les deux Etats concernés « dans un délai raisonnable » afin d'éviter la situation d'une déduction sans prise en compte¹⁹⁹. Un délai de 12 mois est précisé en ce qui concerne « un paiement effectué au titre d'un instrument financier ».

5.4.3 Le cas des intérêts notionnels

Le but de ce régime est d'octroyer un avantage fiscal calculé sur base des capitaux du contribuable. La Belgique propose un tel avantage fiscal.

La question de la déduction des intérêts notionnels peut aussi se poser dans le cadre de ATAD 2²⁰⁰. En effet, ce régime produit une déduction sans aucune inclusion correspondante. Le revenu des intérêts notionnels n'est pas considéré dans l'Etat de l'actionnaire.

La définition même de « dispositif hybride »²⁰¹ requière explicitement un paiement, ce qui exclurait les déductions notionnelles de son champ d'application²⁰².

Étant donné la nature de cette déduction, aucun transfert de valeur réelle entre les parties n'est prévu. Il s'agit d'une pure fiction qui existe seulement dans un but fiscal sans créer de valeur économique ou de nouveaux droits et obligations entre les parties.

Le montant des intérêts notionnels ne tombe donc pas dans la définition d'un paiement, tel que visé par l'action 2 du plan BEPS et ATAD, et par conséquent ne peut constituer une asymétrie.

5.4.4 Coopération

Prendre position sur le plan fiscal sur base du traitement fiscal que suit un paiement dans un autre Etat peut engendrer une charge de travail supplémentaire. En effet, obtenir l'information nécessaire à l'application correcte de ce traitement fiscal implique une coopération effective

¹⁹⁷ C. KAHLENBERT et A. KOPEC, op. cit., p. 73.

¹⁹⁸ OCDE (2017), *Neutraliser les effets des dispositifs hybrides, Action 2 - Rapport final*, op. cit., p. 56.

¹⁹⁹ Avis du Comité économique et social européen concernant la « Proposition de directive du Conseil modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers », COM (2016) 687 final, 14 décembre 2016, point 4.8.

²⁰⁰ K. KARAIANOV, « Notional Interest Deduction Regimes in Europe: Through the Prism of ATAD 2 and Domestic Anti-Hybrid Mismatch Rules », *European Taxation*, octobre, 2019, p. 481.

²⁰¹ Art. 2.9 ATAD

²⁰² T. TOMAZELA SANTOS (2018), op. cit., p. 514.

entre différents Etats et, par conséquent, des efforts devront être orientés en ce sens²⁰³. Trouver une balance entre les besoins du contribuable et ceux des autorités fiscales sera une tâche ardue.

J. LÜDICKEN, sur l'appréciation d'une déduction, soulève qu'elle constitue une grande différence avec un régime CFC pour lequel il s'agit de déterminer le niveau d'imposition et non de prendre en compte le traitement d'un paiement au regard des dispositions d'un système fiscal étranger²⁰⁴. Il ajoute que des règles CFC requièrent moins de compréhension technique du système fiscal étranger et moins de connaissance sur les faits et circonstances.

5.5 L'inclusion du paiement

5.5.1 Situation de D/Ni : Paiement par une entité hybride (établie à l'étranger)

Inclusion du revenu (art. 185, § 2/1, b), CIR 92)

L'une des conséquences qui peut résulter d'un dispositif hybride est celle où à une charge déductible dans un Etat aucun revenu ne correspond dans l'autre Etat. Si tel est le cas une rectification doit être envisagée. La double solution prévue dans ATAD (refus de la déduction au niveau du payeur et inclusion du revenu au niveau du bénéficiaire) a été insérée au niveau des articles 185 (qui traite de la base de l'impôt) et 198 (les dépenses non admises) du CIR 92.

Cet article vise la règle secondaire prévue par ATAD. Les entités hybrides sont spécifiquement visées à l'article 185, § 2/1, 2^{ème} alinéa, b). Le paiement sera imposable dans le chef de la société belge.

Cas d'exclusion

Dans le cadre de dispositifs hybrides, le code prévoit deux cas où il ne peut être question de déduction/non-inclusion (art. 2, § 1, 16°, al. 9, CIR 92). Il ne sera pas considéré qu'il y a absence d'imposition dans l'autre Etat, et partant de dispositif hybride, lorsque celle-ci est le fait :

- Soit d'un régime fiscal exorbitant du droit commun. On vise le contribuable qui est lui-même soumis à un régime fiscal exorbitant et qui pour ce seul motif n'est pas imposé sur ce revenu²⁰⁵.
- Soit de différences dans la valeur attribuée à un paiement (en ce compris par l'application des prix de transfert). Il s'agit d'une non-taxation partielle due à une différence dans la manière d'évaluer ce revenu dans chacun des deux Etats qui sont parties à l'opération²⁰⁶. Dans ce cas de figure, d'autres méthodes peuvent être mise en œuvre pour faire correspondre les évaluations (par exemple sur base de CPDI).

De plus, l'art. 185, § 2/1, b), CIR 92 précise que cette disposition ne s'appliquera pas non plus en cas de *dual income inclusion*, à savoir lorsque le paiement réalisé par la société étrangère, et déductible dans l'Etat étranger, sera déduit de revenus également imputés à l'entité belge (différence de classification des revenus). Sur cette notion, B. PEETERS précise à propos de la formulation compliquée de cet article qu'« il semble suffire que cette imputation existe "en vertu des lois d'un autre Etat". Ainsi, l'exclusion semble être large. »²⁰⁷.

²⁰³ O. POPA (2014), op. cit., p. 411.

²⁰⁴ J. LÜDICKEN (2014), op. cit., p. 8.

²⁰⁵ B. PEETERS (2019), op. cit., p. 3

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ Ibidem, p. 5.

5.5.2 Situation de D/Ni : Paiement à une entité hybride inversée (établie en Belgique)

Inclusion du revenu (art. 185, § 1, al. 3 et 4, CIR 92)

L'art. 185, § 1, al. 3, CIR 92 dispose : « [...] lorsqu'une ou plusieurs entités associées non-résidentes détenant [...] une entité visée à l'article 29 constituée ou établie en Belgique se situent dans une juridiction ou des juridictions qui considèrent l'entité comme une personne imposable en Belgique, l'entité est considérée comme une résidente de la Belgique et ses revenus sont imposés dans la mesure où ils ne sont pas par ailleurs imposés selon les lois belges ou celles de toute autre juridiction ».

L'hypothèse visée est celle selon laquelle, en vertu de la législation de l'Etat étranger du débiteur du paiement, les revenus sont imputables à l'entité belge elle-même (bénéficiaire) qu'il considère comme opaque, et inversement, en vertu du droit belge, ces revenus sont imputables directement dans le chef des associés car elle est considérée comme transparente. En d'autres termes, il s'agit d'un paiement perçu dans le chef d'une entité hybride inversée belge.

Par l'ajout de cet article, les effets du montage seront éliminés en considérant l'entité comme un résident belge et les revenus seront imposables dans son chef.

A noter que ce régime relatif aux dispositifs hybrides inversés fait l'objet d'une formulation distincte comme c'est le cas dans la directive ATAD (art. 9bis).

Cas d'exclusion

Deux limitations à ces dispositions :

- Les revenus ne sont imposés que dans la mesure où ils ne sont pas par ailleurs imposés dans un autre Etat (art. 185, § 1, al. 3, CIR 92). Sur cette limitation, B. PEETERS²⁰⁸ précise qu'« on ne voit pas très bien si l'on vise également par là un rejet de la déduction dans le chef de celui qui paie [...]. Il peut [...] être déduit de la version française [de l'exposé des motifs et au contraire de la version néerlandaise] que pour l'application de [cet article], l'on songe aux montages pour lesquels le paiement est déductible dans l'[autre Etat]. Néanmoins, cette limitation ne figure nulle part explicitement dans le texte ». Dans le cas contraire, si la déduction du paiement a déjà été refusée dans l'autre Etat, cela conduirait à une surtaxation.
- J.-M. COUGNON, « Réforme fiscale à l'impôt des sociétés et transposition des directives ATAD », *R.G.F.C.P.*, n°2018/6, 2018, pp. 13-41.
- Les organismes de placement collectif en sont exclus (art. 185, § 1, al. 4, CIR 92).

5.6 Le refus de déduction du paiement

5.6.1 Situation de D/Ni : paiement par une entité hybride (établie en Belgique)

Refus de déduction (art. 198, § 1^{er}, 10°/2, e), CIR 92)

²⁰⁸ B. PEETERS (2019), op. cit., p. 5.

Ce dispositif hybride correspond à celui visé à l'article 185, § 2/1, CIR 92 (voir point 5.5.1), mais cette fois, du point de vue de l'auteur du paiement et non plus du point de vue du bénéficiaire²⁰⁹.

La situation qui peut être envisagée est celle d'une entité hybride établie en Belgique, qui y est imposable en vertu de la législation belge (opaque), mais considérée comme transparente par l'Etat étranger. Si cette entité effectue un paiement en faveur de ses partenaires (investisseurs) établis dans un Etat étranger, ce paiement est normalement déductible en Belgique. Toutefois, dans l'Etat étranger, cette entité belge est considérée comme transparente et le revenu perçu par le partenaire étranger ne sera pas imposable. L'article 198, § 1er, 10°/2, CIR 92 conduit à refuser la déduction de ces paiements.

Limitation

L'article précise que ce refus de déduction ne s'appliquera pas à nouveau en cas de *dual income inclusion*, c'est-à-dire lorsque les revenus imposables de l'entité belge sont également imputés aux partenaires (différence de classification). Dans ce cas la déduction de la charge sur ces revenus en Belgique compensera la double imputation dudit revenu.

B. Peeters soulève²¹⁰ « la question de la définition précise des "revenus imposables" » et plus précisément que la question d'imputation de ces revenus alors qu'ils ne sont pas imposés (l'exemple cité est celui de la CPDI). Dans ce cas, le dispositif hybride continuera d'exister. Le Code n'intègre pas, contrairement à ATAD, de définition explicite d'une inclusion.

5.6.2 Situation de D/Ni : paiement à une entité hybride inversée (établie à l'étranger)

Refus de déduction (art. 198, § 1^{er}, 10°/2, b), CIR 92)

L'article 198, § 1^{er}, 10°/2, CIR 92 traite de six types de dispositifs hybrides de type D/Ni.

Selon les développements de la proposition de loi²¹¹, le second type (b) vise des paiements en faveur d'une entité hybride dite inversée qui est considérée comme imposable en vertu du droit belge et comme une entité transparente dont les revenus ou les dépenses sont considérés comme ceux d'une ou plusieurs juridictions en vertu des lois de cette autre juridiction. Une telle charge ne sera pas déductible dans le chef de la société belge, si l'Etat du bénéficiaire n'a pas inclut le revenu correspondant dans ses revenus imposables.

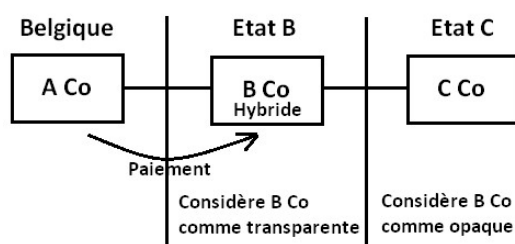


Figure 10 - Paiement à une entité hybride

Par exemple, si l'entité hybride résidente d'un autre Etat reçoit un paiement d'un contribuable belge, il est possible qu'aussi bien cet autre Etat, que celui de la société mère de cette entité (située dans un 3^{ème} Etat) n'imposent pas ce revenu payé en provenance de Belgique. Chacun de ces deux Etats peut considérer que ces revenus sont imposables dans le chef d'un résident de l'autre Etat. La Belgique devra refuser la déduction de ce paiement

dans le chef de A Co.

²⁰⁹ Doc. Parl., Ch., 2017-2018, n°2864/001, op.cit., p.67.

²¹⁰ B. PEETERS (2019), op. cit., p. 7.

²¹¹ Doc. Parl., Ch., 2017-2018, n°2864/001, op.cit., p.66.

Cette disposition interviendra dans la mesure où l'Etat B n'a pas appliqué une disposition similaire à l'article 185, § 1, al. 3, CIR 92 (voir point 5.5.2).

5.6.3 Situation de DD : paiement par ou à une entité hybride

Refus de déduction - art. 198, § 1^{er}, 10^o/1, CIR 92

Comme nous l'avons vu précédemment, l'autre conséquence des dispositifs hybrides consiste en la double déduction d'une même charge des revenus imposables réalisés dans deux Etats. Si tel est le cas, une rectification doit être opérée. La déduction dans un des deux Etats doit être refusée.

En droit interne belge, ces mesures se retrouvent dans une nouvelle disposition insérée à l'article 198 du CIR 92 qui traite des dépenses non déductibles à l'impôt des sociétés. L'article 198, § 1^{er}, 10^o/1, CIR 92 vise précisément l'hypothèse de la double déduction.

Lorsqu'une entreprise étrangère (ou une implantation de celle-ci) peut elle aussi prétendre à la déduction de la charge, une interdiction de déduction est instaurée en Belgique et vise autant l'hypothèse où l'entreprise belge est le bénéficiaire que celui où elle est le débiteur.

Cet article réunit en fait dans un seul texte les deux règles prévues dans ATAD (la règle primaire qui refuse la déduction au niveau du bénéficiaire, et la règle secondaire qui refuse la déduction au niveau du payeur). La hiérarchie, dans les solutions à appliquer, qui est explicitement formulée dans ATAD n'est pas intégrée dans le texte belge.

Limitation

Cet article fixe une limitation au refus de déduction. La déduction des frais n'est refusée que dans la mesure où elle n'est pas imputée sur un revenu qui est aussi imposable dans l'autre Etat (*dual income inclusion*) (art. 198, § 1^{er}, 10^o/1, 1^{er} tiret, CIR 92).

Régime de report

Le second alinéa de l'article 198, § 1^{er}, 10^o/1, CIR 92 prévoit qu'en cas de refus d'une déduction, celle-ci pourra être imputée sur les exercices imposables suivants dans la mesure où les revenus sont également imposables dans l'Etat étranger.

Critique

Dans les situations de double déduction, la solution belge mène à un raisonnement circulaire. En effet, si l'autre Etat, lors de sa transposition de la directive, a formulé son propre texte d'une manière similaire au texte belge. La solution belge n'examine pas si la déduction peut être contesté dans un autre Etat. Par exemple, si la législation nationale d'un autre Etat n'est pas conforme à l'ATAD. Une autre grande difficulté est que l'administration doit démontrer que les coûts ont également été déduits ailleurs²¹².

²¹² Masterclass : Belgian Corporate Income Tax Reform – International aspects, SPF Finances, AGFisc, 1er octobre 2019, présentation de B. PEETERS, « Hybride mismatches: belgische implementatie van internationaal/europees initiatief ».

5.7 L'entrée en vigueur

Les nouvelles règles relatives aux dispositifs hybrides sont entrées en vigueur à partir de l'exercice d'imposition 2020 se rattachant aux périodes imposables débutant au plus tôt le 1^{er} janvier 2019²¹³.

Ces nouvelles dispositions fiscales auront un impact significatif sur les multinationales qui utilisent de telles structures hybrides qui impliquent directement ou indirectement la Belgique. Par conséquent, les groupes internationaux auraient dû évaluer leurs structures au regard de ces nouvelles règles et, si nécessaire, envisager une restructuration avant l'exercice d'imposition 2020²¹⁴.

Remarquons que, comme nous l'avons vu, le délai imposé aux Etats membres pour transposer ATAD 2 laissait la possibilité de repousser la transposition des dispositions relatives aux dispositifs hybrides inversés au 31 décembre 2020 pour application à partir du 1^{er} janvier 2022. Il est à noter que la Belgique a décidé d'appliquer directement intégralement le régime malgré cette possibilité.

Cette anticipation pourrait mener à des situations dans lesquelles, alors que la Belgique prévoit déjà ces règles dans son droit interne, l'autre Etat pourrait quant à lui ne pas encore posséder de dispositions équivalentes dans sa propre législation. En effet, l'entrée en vigueur de cet ensemble de règles pourrait mener à refuser une déduction afin qu'un paiement ne soit pas non-imposé car il n'est pas inclus dans les revenus du bénéficiaire, et ce alors que l'autre Etat aurait dû inclure ce paiement en vertu des règles de la directive ATAD.

E. TRAVERSA soulevait, à propos de la mise en œuvre du plan d'action de l'OCDE par l'UE, que « Bien que les règles proposées paraissent simples, leur application pratique soulèvera de multiples interrogations. [...] elles nécessitent une coordination optimale pour être mises en place »²¹⁵. Il aurait été préférable que ces mesures soient implémentées simultanément dans les systèmes juridiques de chaque Etat.

Cette latitude laissée aux Etats pour la transposition des dispositions relatives aux dispositifs hybrides inversés rend cette coordination imparfaite.

Enfin, bien que le ministre ait déclaré « que les mesures concernant les dispositifs hybrides ont été reprises littéralement »²¹⁶, nous pouvons néanmoins constater que la transposition de cet ensemble de règles dans la législation interne belge est imparfaite. Les travaux précisent encore que « certaines exceptions prévues dans la directive, notamment relatives aux dispositifs hybrides, n'ont pas été reprises dans la Loi »²¹⁷. B. PEETERS constate « non seulement dans l'exposé des motifs mais également dans le texte lui-même, des erreurs techniques pour lesquelles une législation de réparation paraît requise »²¹⁸. Nous avons notamment pointé, lors de l'analyse des mesures en droit belge, que la hiérarchie entre les règles prévues par la directive ATAD n'est pas toujours présente. J. LÜDICKEN, dans son examen des règles de l'OCDE,

²¹³ Art. 86, B1, loi du 25 décembre 2017 portant réforme de l'impôt des sociétés, *M.B.*, 29 décembre 2017.

²¹⁴ R. BEYAERT et J. DEPRINCE (2018), *op. cit.*, p. 6.

²¹⁵ E. TRAVERSA, C. A. HERBAIN et M. POSSOZ (2017), *op. cit.*, p. 520.

²¹⁶ Doc. Parl., Ch., 2017-2018, n°2839/010, p. 68.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 60.

²¹⁸ B. PEETERS (2019), *op. cit.*, p. 10.

avançait qu'indépendamment de la manière dont elles ont été conçues, des règles circulaires dans chaque Etat doivent être évitées²¹⁹.

²¹⁹ J. LÜDICKEN (2014), op. cit, p. 8.

6 Conclusion

L'intérêt du public pour les questions relatives à l'évasion fiscale est grand. Celui-ci est alimenté par la presse et les réseaux sociaux souvent prompts à pointer les dérives des entreprises multinationales et les impôts extrêmement bas, au regard des bénéfices engrangés, dont elles sont redevables. Le souhait est tout aussi grand que chacun paie « *a fair share of tax* ». Les discussions sur l'utilisation de montages fiscaux complexes reviennent régulièrement sur la table. L'arbitrage entre l'attractivité d'un Etat aux yeux des investisseurs dans un contexte international, et celle des recettes fiscales de celui-ci à l'impôt des sociétés est particulièrement sensible. D'une part, chaque Etat veut instaurer un climat favorable pour attirer les capitaux sur son territoire et multiplie à cette fin les régimes favorables et autres incitants fiscaux, et d'autre part, veut durcir le ton envers la lutte contre l'évasion fiscale et empêcher l'utilisation de montage qui, bien que jusqu'alors conformes en tout point aux législations fiscales nationales, seront dorénavant considérés comme abusifs.

L'utilisation des différences entre les législations nationales peut induire des situations de double non-imposition. Les montages possibles sont nombreux. A travers ce travail, nous avons mis l'accent sur un type de dispositif hybride en particulier, à savoir ceux impliquant une asymétrie dans la classification d'une entité entre deux Etats.

Les initiatives de l'OCDE en la matière, à travers l'action 2 du plan BEPS, sont les bienvenues. La reprise par l'Union Européenne de ces recommandations afin de les transformer en législation par le biais d'une première directive, puis amendée rapidement par une seconde, l'est d'autant plus. En effet, en l'absence de contraintes, le risque était grand que ces mesures ne soient pas implémentées, ou le soient de manière non coordonnée. Dans un tel cas, un Etat qui appliquerait seul des règles contraignantes risquerait de détourner les investisseurs vers des lieux fiscaux plus cléments et se verrait par conséquent privé de l'établissement de certaines sociétés sur son territoire. Une coordination au niveau européen était la clé afin de garantir une certaine équité entre les Etats membres et afin de ne pas entraver la libre concurrence.

L'Etat belge, à l'occasion de la réforme de l'impôt des sociétés a saisi l'opportunité d'introduire l'ensemble de ces mesures, en ignorant même la possibilité qui lui était donnée de repousser l'échéance pour l'implémentation des mesures relatives aux dispositifs hybrides inversés. Néanmoins, cette transposition n'est pas sans poser de nombreuses questions, tant en rapport à leur implémentation, qu'à leur application sur le terrain, aux échappatoires qui apparaîtront afin de les contourner et qui devront nécessairement être comblés, ainsi que leur interaction avec d'autres règles.

Par ailleurs, nous pouvons déplorer que cette transposition ne se soit pas faite sans heurt. Certaines nuances importantes, pourtant reprises dans la directive, semblent avoir été ignorées. C'est le cas de l'ordre de préférence des solutions à appliquer en cas de situations de double déduction. Ce n'est évidemment pas sans conséquence sur l'application coordonnée de ces règles entre deux Etats. Il est aussi à noter que ces montages sont combattus sans nullement envisager une harmonisation de la classification des entités elles-mêmes entre les différentes législations nationales, de telle sorte que les incohérences entre ces législations sont préservées. Les dispositions s'attaquent uniquement aux conséquences de la double non-imposition, un impôt trop faible, sous l'angle de l'utilisation abusive qui est faite de ces dispositifs.

Enfin, d'une manière générale, ces dispositions sont d'une grande complexité et particulièrement techniques. La mise en œuvre de ces règles, leur respect par les entreprises et leur contrôle par les autorités fiscales seront ardues et nécessiteront une coopération accrue.

Malgré ces quelques critiques, à n'en pas douter, ces nouvelles règles marqueront une nouvelle ère fiscale. Il sera intéressant de constater si les paiements de ou à une entité hybride débouchant sur des situations de double non-imposition survivront à l'avenir à ces changements.

Table des illustrations

FIGURE 2- DOUBLE DÉDUCTION	11
FIGURE 3 - DÉDUCTION SANS INCLUSION	12
FIGURE 4 - HYBRIDE INVERSÉE	12
FIGURE 5 - EXEMPLE DE DOUBLE IMPOSITION	13
FIGURE 6 - REMÈDE À LA DOUBLE DÉDUCTION : RÈGLE PRIMAIRE.....	31
FIGURE 7 - REMÈDE À LA DOUBLE DÉDUCTION : RÈGLE SECONDAIRE.....	31
FIGURE 9 - REMÈDE À LA DÉDUCTION SANS INCLUSION : RÈGLE SECONDAIRE.....	31
FIGURE 8 - REMÈDE À LA DÉDUCTION SANS INCLUSION : RÈGLE PRIMAIRE.....	31
FIGURE 10 - REMÈDE AUX ENTITÉS HYBRIDES INVERSÉES.....	32
FIGURE 11 - PAIEMENT À UNE ENTITÉ HYBRIDE	45

Bibliographie

Doctrine

- Banque Nationale de Belgique (BNB), *Aspects budgétaires et macroéconomiques de la réforme de l'impôt des sociétés en Belgique*, 6 décembre 2017, <http://www.nbb.be>.
- C. BERGEDAHL, « Hybrid Entities and the OECD Model (2017): The End of the Road? », *Bulletin for international taxation*, juillet, 2018, pp. 417-429.
- R. BEYAERT et J. DEPRINCE, « Transposition des directives européennes ATAD en matière de la lutte contre les dispositifs hybrides », *Actualités fiscales*, n°2018/26, 2018.
- B. COPPENS, R. SCHOONACKERS, L. VAN MEENSEL et S. VAN PARYS, « Tendances internationales récentes en matière d'impôt des sociétés : concurrence ou convergence accrue ? », *BNB Revue économique*, septembre, 2018.
- J. M. COUGNON, « Loi "de réparation" de la réforme de l'I.Soc. Modifications aux dispositions qui visent la transposition de la directive ATAD », *R.G.F.C.P.*, n°2018/8, 2018, pp. 5-12.
- J.-M. COUGNON, « Réforme fiscale à l'impôt des sociétés et transposition des directives ATAD », *R.G.F.C.P.*, n°2018/6, 2018, pp. 13-41.
- T.H.M. DANIELS, « International partnerships: comparative law remarks on the taxation of income and the classification of foreign entities », *Intertax*, 8-9, 1991, pp. 354-387.
- P. DELACROIX, « Modifications récentes de la directive mère-fille », *Revue internationale des services financiers*, 2015.
- M. DHAENE, « La Commission du ruling confirme l'analyse relative à la KG allemande », *Fisc. Int.*, n°269, 2006, p. 1.
- C. DOCCLO, « L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses Etats Membres », in *Mélanges Pascal Minne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 227-268.
- N. ENGELMANN, Y. MONDELAERS et C. LAPPEN, « Base Erosion and Profit Shifting : la fiscalité internationale réformée », *Fisc. Int.*, n°384, 2015, p. 1.
- A. ENGELS et Y. VAN BRUSSEL, « L'instrument multilatéral et nos conventions fiscales : c'est parti ! », *Fisc. Int.*, n°428, 2019, p. 1.
- H. M. FIELD, « Checking in on Check-the-Box », *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 42, n°2, 2009, pp. 451-528.
- E. G. GARCIA, « Addressing Hybrid PE Mismatches: The Guidance of the Code of Conduct Group », *European Taxation*, février/mars, 2017, pp. 94-98.
- P. HINNEKENS, « UK LLP : fiscalement transparente aussi en droit interne belge ? », *Fisc. Int.*, n°298, 2008, p. 5.
- P. HINNEKENS, « 'Partnerships' : application du rapport de l'OCDE », *Fisc. Int.*, n°264, 2005, p.1.
- P. HINNEKENS, « Les entités fiscalement transparentes dans la nouvelle convention », *Fisc. Int.*, n°214, 2001, p. 5.

- K. JAIN, « The OECD Model (2017) and Hybrid Entities: Some Opaque Issues and Their Transparent Solutions », *Bulletin for international taxation*, mars, 2019, pp. 128-140.
- K. KARAIANOV, « Notional Interest Deduction Regimes in Europe: Through the Prism of ATAD 2 and Domestic Anti-Hybrid Mismatch Rules », *European Taxation*, octobre, 2019, pp. 479-486.
- K. KARAIANOV, « The ATAD 2 Anti-Hybrid Rules versus EU Member State Tax Treaties with Third States: Is Override Possible? », *European Taxation*, février/mars, 2019, pp. 52-59.
- C. KAHLENBERG et A. KOPEC, « Hybrid mismatch arrangements – A myth or a problem that still exists? », *World Tax Journal*, février, 2016.
- R. A. KNIGHT et L. G. KNIGHT, « Substance Over Form: The Cornerstone of Our Tax System or a Lethal Weapon in the IRS's Arsenal? », *Akron Tax Journal*, Vol. 8, Article 3, 1991.
- J. LÜDICKEN, « “Tax Arbitrage” with Hybrid Entities: Challenges and Responses », *Bulletin for international taxation*, vol. 68, n°6/7, 2014.
- I. PANIS, « Assiette commune : le bout du tunnel ? », *Fisc. Int.*, n°395, 2016, p. 1.
- L. PARADA, « Hybrid Entity Mismatches: Exploring Three Alternatives for Coordination », *Intertax*, Vol. 47, Issue 1, 2019, pp. 24-54.
- L. PARADA, « Hybrid Entity Mismatches and the International Trend of Matching Tax Outcomes: A Critical Approach », *Intertax*, Vol. 46, Issue 12, 2018, pp. 971-993.
- B. PEETERS, « Dispositifs hybrides : le législateur belge comme précurseur ? », *Fisc. Int.*, n°425, 2019, p. 1.
- B. PEETERS, « Hybrid mismatches: from inspired coordination to mere anti-abuse », *Tax Magazine*, n°4(2017), 2017, p. 186-205.
- B. PEETERS, « ‘ATAD 2’ : poursuite de la lutte contre les dispositifs hybrides », *Fisc. Int.*, n°403, 2017, p. 1.
- B. PEETERS, « Immeubles détenus via une SCI française : la Cour de cassation évolue », *Fisc. Int.*, n°401, 2017, p. 5.
- B. PEETERS, « BEPS-action 2 : neutraliser les effets des montages hybrides », *Fisc. Int.*, n°368, 2014, p. 6.
- O. POPA, « Recent Measures to Counter Hybrid Mismatch Arrangements at the EU Level », *European Taxation*, septembre, 2017.
- O. POPA, « Hybrid Entity Payments – Extinct Species after the BEPS Action Plan? », *European Taxation*, septembre, 2014, p. 408.
- C. REMEUR, « Hybrid mismatches with third countries », European Parliamentary Research Service, Briefing EU Legislation in Progress, 2017, <http://www.europarl.europa.eu>.
- N. REYFENS, A. ENGELS et Y. VAN BRUSSEL, « Mise en œuvre des actions BEPS dans les CPDI : convention multilatérale », *Fisc. Int.*, n°408, 2017, p. 1.
- R. RUSSO, « Partnerships and other hybrid entities and the EC Corporate Tax Directives », *European Taxation*, octobre, 2006.

- T. TOMAZELA SANTOS, « The Anti-Tax Avoidance Directive 2 and Hybrid Financial Instruments: Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes in Third-Country Situations », *Bulletin for International Taxation*, août, 2018, pp. 506-518.
- E. TRAVERSA, C. A. HERBAIN et M. POSSOZ, « La mise en œuvre de plan d'action BEPS de l'OCDE par l'Union européenne : la lutte contre l'évasion fiscale internationale prend-elle le pas sur l'achèvement du marché intérieur ? », *T.F.R.*, n°520, avril 2017.
- E. TRAVERSA et M. POSSOZ, « L'action de l'OCDE en matière de lutte contre l'évasion fiscale internationale et d'échange de renseignements : développements récents », *Revue Générale du Contentieux Fiscal*, 2015/1, 2015, pp. 5-24.
- N. TREFOIS, C. CARLIER et M. KOUTCHKO, « Nouvelles règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale », *Actualités fiscales*, n° 2017/21, 2017.
- B. VANDEN BERGHE, « Enforceability of OECD Linking Rules in the Light of EU Law », *LSE Law Review*, n°2, 2017, pp. 63-92.
- R. VAN DEN EECKHAUT, « Instauration de la "Limited Liability Partnership" », *Fisc. Int.*, n°208, 2001, p. 3.
- F. VANDEN HEEDÉ, « La réforme de l'impôt des sociétés pour les sociétés PME », *Pacioli*, n°458, I.P.C.F., 2018.

Documents publiés par l'OCDE

- OCDE, *Neutraliser les effets des dispositifs hybrides, Action 2 - Rapport final 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Paris, Editions OCDE, 2017.
- OCDE, *Neutraliser les effets des dispositifs hybrides impliquant une succursale, Action 2 : Cadre inclusif sur le BEPS*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Paris, Editions OCDE, 2017.
- OCDE, *Exposé des actions 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Paris, 2015, www.oecd.org.
- OCDE, *Launch of 2015 BEPS reports*, BEPS webcast series, n°8, Paris, 5 octobre 2015, www.oecd.org.
- OCDE, *Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements - Recommendations for Domestic Laws*, Public Discussion Draft, Paris, 2014, www.oecd.org.
- OCDE, *Exposé des actions 2014, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Paris, 2014, www.oecd.org.
- OCDE, *Launch of 2014 Deliverables*, BEPS webcast series, n°4, Paris, 16 septembre 2014, www.oecd.org.
- OCDE, *Neutraliser les effets des dispositifs hybrides : ACTION 2 : Livrable 2014*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Paris, Editions OCDE, 2014

OCDE, *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Paris, Editions OCDE, 2013.

OCDE, *Dispositifs Hybrides : Questions de politique et de discipline fiscales*, Paris, 5 mars 2012, www.oecd.org.

OCDE, *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, Paris, Editions OCDE, 2011.

OCDE et Conseil de l'Europe, *La convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale : Amendée par le protocole 2010*, Paris, Editions OCDE, 2011.

OCDE, *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses*, Paris, Editions OCDE, 2010.

OCDE, *L'Application du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes*, Paris, Editions OCDE, 1999.

OCDE, *Recommandation du Conseil sur l'évasion et la fraude fiscale*, OECD/LEGAL/01581, 21 septembre 1977, www.oecd.org.

OCDE, Accords d'échange de renseignements fiscaux (TIEAS), <https://www.oecd.org>.

Législations

Législation européenne

Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *J.O.*, C 326 du 26 octobre 2012.

Directive 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, *J.O.*, L 225 du 20 août 1990.

Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, *J.O.*, L 345 du 29 décembre 2011.

Directive 2003/123/CE du Conseil du 22 décembre 2003 modifiant la directive 90/435/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, *J.O.*, L 7 du 13 janvier 2004.

Directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, *J.O.*, L 219 du 25 juillet 2014.

Directive (UE) 2015/121 du Conseil du 27 janvier 2015 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et aux filiales d'États membres différents, *J.O.*, L 21 du 28 janvier 2015.

Directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers, *J.O.*, L 144 du 7 juin 2017.

Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, *J.O.*, L 193 du 19 juillet 2016.

Proposition de directive du conseil modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers, COM (2016) 687 final, 25 octobre 2016.

Proposition de directive du Conseil modifiant la directive 90/435/CEE du Conseil concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, COM (2003) 462 final.

Avis du Comité économique et social européen concernant la « Proposition de directive du Conseil modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers », COM (2016) 687 final, 14 décembre 2016.

Lois

Loi portant assentiment à la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices et à la note explicative, faites à Paris le 24 novembre 2016 du 7 avril 2019, *M.B.*, 18 juillet 2019.

Loi du 25 décembre 2017 portant réforme de l'impôt des sociétés, *M.B.*, 29 décembre 2017.

A.R. d'exécution de l'article 2, § 1er, 13°, b), alinéa 2, du Code des impôts sur les revenus 1992 du 18 décembre 2015, *M.B.*, 29 décembre 2015.

Circulaires et commentaires administratifs

Circulaire n°AFZ/2002-0097 (AFZ 5/2003) dd. 14 mars 2003.

Circulaire n°2019/C/50 du 17 juin 2019 concernant l'application des dispositions anti-abus portant sur l'entrée en vigueur de la loi du 25.12.2017.

Point de vue officiel des services N1 de l'AGFisc au sujet d'une situation spécifique : Société agricole, service des relations internationales, 31 août 2016, confidentiel.

Com. I.R., 29/1 ; Com. I.R., 29/35. ; Com. I.R., 29/36 ; Com. I.R., 179/7 ; Com. I.R., 179/8.

Décisions anticipées

Décisions anticipées n°2019.0518 du 16 juillet 2019 ; n°2017.891 du 6 février 2018 ; n°2011.276 du 18 novembre 2011 ; n°2011.301 du 13 septembre 2011 ; n°2010.229 du 24 août 2010 ; n° 900.421 du 9 mars 2010 ; n° 800.347 du 16 juin 2009.

Documents et questions parlementaires

Doc. Parl., Ch., 2017-2018, n°2864/001, Proposition de Loi portant réforme de l'impôt des sociétés, 20 décembre 2017.

Doc. Parl., Ch., 2017-2018, n°2839/010, Projet de Loi relative à la relance économique et au renforcement de la cohésion sociale, 9 janvier 2018.

Doc. Parl., Ch., 2017-2018, n°2922/007, Proposition de Loi relative à la relance économique et au renforcement de la cohésion sociale, 28 février 2018.

Questions parlementaires n°568 de B. FRIART du 14 octobre 2015, Q.R., Ch., 2017-2018, n°54/145, p. 213 ; n°1373 de J.-M. NOLLET du 21 décembre 2016, Q.R., Ch., 2016-2017, n°54/137, p. 276 ; n°623 de R. DESEYN du 04 novembre 2015, Q.R., Ch., 2015-2016, n°54/064, p.331 ; n°9332 de G. SMAERS du 09 mars 2016, C.R.I. - Commission des Finances, Ch., 2015-2016, n°54 COM 361, p.3.

Conventions

Convention entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas tendant à éviter la double imposition et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune du 5 juin 2001.

Autres documents

Communiqué de presse de la Commission européenne - Justice fiscale : la Commission présente de nouvelles mesures contre l'évasion fiscale des entreprises, Bruxelles, 28 janvier 2016.

Communication de la Commission au parlement européen et au conseil, « Un système d'imposition des sociétés juste et efficace au sein de l'Union européenne : cinq domaines d'action prioritaires. », COM(2015) 302 final¹⁷, 17 juin 2015.

Masterclass : Belgian Corporate Income Tax Reform – International aspects, SPF Finances - AGFisc, 1^{er} octobre 2019, présentation de B. PEETERS, « Hybride mismatches: belgische implementatie van internationaal/europese initiatief ».

Séminaire : Building the future, SPF Finances - Expertise et support, « Hybrid Mismatches », 9 août 2019.

Le président de conseil européen, *Message vidéo du président du Conseil européen, Herman Van Rompuy, concernant la lutte contre l'évasion fiscale à l'agenda de la prochaine réunion du Conseil européen du 22 mai*, Bruxelles, EUCO 86/13, 12 April 2013.

