

Séminaire pluridisciplinaire[BR]- La participation à deux séminaires sur une thématique fiscale pointue [BR]- Séminaire pluridisciplinaire : "La législation belge relative aux sociétés étrangères contrôlées et sa place au sein des ordres juridiques belge et européen".

Auteur : Cornet, Sarah

Promoteur(s) : 1968; Vermeire, Antoine

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

Diplôme : Master de spécialisation en droit fiscal

Année académique : 2020-2021

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/10977>

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.

La législation belge relative aux sociétés étrangères contrôlées et sa place au sein des ordres juridiques belge et européen

Sarah CORNET

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 :

Bart PEETERS

Antoine VERMEIRE

REMERCIEMENTS

Je souhaite remercier mon promoteur, Monsieur Bart Peeters, ainsi que mon premier lecteur, Monsieur Antoine Vermeire, pour leurs conseils qui m'ont permis de mener à bien ce travail de fin d'études.

Je tiens également à remercier l'ensemble des professeurs du Master de spécialisation en droit fiscal qui nous ont transmis non seulement les connaissances nécessaires à l'élaboration de ce travail mais aussi l'envie d'approfondir ces dernières et de les mettre en pratique dans notre carrière future.

Table des matières

1. INTRODUCTION	9
2 LA REGLE RELATIVE AUX SOCIETES ETRANGERES CONTROLEES EN BELGIQUE.....	12
2.1 LE CONTEXTE INTERNATIONAL, LE PROJET BEPS DE L'OCDE ET LA DIRECTIVE ATAD DE L'UE	12
2.1.1 LE CONTEXTE.....	12
2.1.2 LE PROJET BEPS DE L'OCDE.....	13
2.1.3 L'ATAD.....	14
2.2 LA REGLE RELATIVE AUX SEC EN BELGIQUE.....	15
2.2.1 LES CONDITIONS.....	15
2.2.2 L'EXCLUSION DE CERTAINS ETABLISSEMENTS STABLES DETENUS A L'ETRANGER	17
2.2.3 LES DISPOSITIONS VISANT A EVITER LES SITUATIONS DE DOUBLE IMPOSITION.....	17
2.2.4 L'OBLIGATION DE DECLARATION DES SEC.....	18
3 COMPATIBILITE DE LA REGLE RELATIVE AUX SEC AVEC LE DROIT DE L'UNION EUROPEENNE	19
3.1 L'ARRET CADBURY SCHWEPPE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE	19
3.2 LES RECOMMANDATIONS DE L'OCDE SUR LE RENFORCEMENT DES REGLES RELATIVES AUX SEC EN CONFORMITE AVEC LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE	21
3.2.1 L'ANALYSE DE SUBSTANCE EN VERTU DE LAQUELLE LES CONTRIBUABLES SERAIENT SOUMIS AUX REGLES RELATIVES AUX SEC UNIQUEMENT LORSQUE LES SEC N'EXERCENT PAS D'ACTIVITES ECONOMIQUES EFFECTIVES.....	22
3.2.2 L'APPLICATION DES REGLES RELATIVES AUX SEC SELON DES MODALITES IDENTIQUES AUX FILIALES LOCALES ET AUX FILIALES ETRANGERES	22
3.2.3 L'APPLICATION DES REGLES RELATIVES AUX SEC AUX TRANSACTIONS QUI SONT « EN PARTIE PUREMENT ARTIFICIELLES »	23
3.2.4 LA CONCEPTION DE REGLES RELATIVES AUX SEC VISANT EXPLICITEMENT A PARVENIR A UNE REPARTITION EQUILIBREE DU POUVOIR D'APPLIQUER L'IMPOT.....	24
3.2.5 CONCLUSION	25
3.3 LA REGLE BELGE ET L'ATAD.....	25
3.4 CONCLUSION.....	26
4 COMPATIBILITE DE LA REGLE RELATIVE AUX SEC AVEC LES CPDI.....	28
4.1 COMPATIBILITE DE LA LEGISLATION RELATIVE AUX SEC AVEC LES CPDI.....	28

4.1.1	L'OCDE	28
4.1.2	LA JURISPRUDENCE.....	31
4.1.2.1	Jurisprudence en faveur de l'incompatibilité de la législation relative aux SEC avec les CPDI 31	
4.1.2.2	Jurisprudence en faveur de la compatibilité de la législation relative aux SEC avec les CPDI 32	
4.1.2.3	Conclusion.....	35
4.1.3	LA DOCTRINE	35
4.1.3.1	L'approche par transparence et l'approche transactionnelle.....	35
4.1.3.2	L'approche transactionnelle : « bénéfice »	36
4.1.3.3	L'approche transactionnelle : « revenu fictif ».....	37
4.1.3.4	L'approche transactionnelle : « dividendes présumés ».....	37
4.1.3.5	L'approche transactionnelle : « gains en capital »	38
4.2	COMPATIBILITE DE LA REGLE BELGE RELATIVE AUX SEC AVEC LES CPDI	39
4.3	CONCLUSION	40
5	<u>INTERACTION AVEC D'AUTRES REGLES NATIONALES ANTI-ABUS EN MATIERE DE LUTTE CONTRE L'EVASION FISCALE</u>	<u>42</u>
5.1	LES MESURES ANTI-EVASION FISCALE EN BELGIQUE	42
5.1.1	LES DISPOSITIONS GENERALES ANTI-EVASION FISCALE	42
5.1.2	LES DISPOSITIONS SPECIFIQUES ANTI-EVASION FISCALE	43
5.1.2.1	Inopposabilité de certains transferts vers l'étranger	43
5.1.2.2	Les prix de transfert.....	43
5.1.2.3	La limitation de la déductibilité des intérêts.....	44
5.1.2.4	Les dispositions anti-hybrides.....	45
5.1.2.5	Les sociétés étrangères contrôlées	47
5.2	L'INTERACTION DE LA REGLE RELATIVE AUX SEC AVEC LES REGLES RELATIVES AUX PRIX DE TRANSFERT.....	47
5.3	L'INTERACTION DE LA REGLE RELATIVE AUX SEC AVEC LES REGLES ANTI-HYBRIDES	49
5.3.1	PAIEMENT INCLUS DANS LE REVENU ORDINAIRE AUX TERMES D'UN REGIME APPLICABLE AUX SEC	49
	FIG. 1 : PAIEMENT INCLUS DANS LE REVENU ORDINAIRE AUX TERMES D'UN REGIME APPLICABLE AUX SEC	50
5.3.2	LES ENTITES HYBRIDES INVERSEES ET LES PAIEMENTS PRIS EN COMPTE DANS LE CADRE D'UN REGIME APPLICABLE AUX SEC	51
5.4	CONCLUSION	53
6	<u>LA DOUBLE IMPOSITION RESULTANT DE L'APPLICATION DE LA SEULE REGLE SEC</u>	<u>54</u>

6.1	UNE TRANSPOSITION INCOMPLETE	54
6.2	LA DOUBLE IMPOSITION RESULTANT DE L'APPLICATION DE LA REGLE RELATIVE AUX SEC D'UN SEUL ETAT 56	
6.3	L'APPLICATION CONCURRENTTE PAR PLUSIEURS ETATS DE LEUR REGLE SEC.....	57
6.3.1	LES SEC INDIRECTES.....	57
6.3.2	L'ATTRIBUTION DU REVENU DE LA SEC EN FONCTION DES CRITERES DE PARTICIPATION.....	58
	FIG. 4 : ATTRIBUTION DU REVENU DE LA SEC EN FONCTION DES CRITERES DE PARTICIPATION	59
6.4	CONCLUSION	60
7	<u>CONCLUSION</u>	<u>61</u>
	BIBLIOGRAPHIE	64

TABLE DES ILLUSTRATIONS

Fig. 1 : PAIEMENT INCLUS DANS LE REVENU ORDINAIRE AUX TERMES D'UN REGIME APPLICABLE AUX SEC.....	50
Fig. 2 : PAIEMENTS PRIS EN COMPTE DANS LE CADRE D'UN REGIME APPLICABLE AUX SEC.....	52
Fig. 3 : NON PRISE EN COMPTE DE LA CHARGE SUPPORTEE EN AVAL.....	57
Fig. 4 : ATTRIBUTION DU REVENU DE LA SEC EN FONCTION DES CRITERES DE PARTICIPATION.....	59

1. Introduction

La législation relative aux sociétés étrangères contrôlées (ci-après « SEC ») fait partie du paysage législatif belge et, plus largement, européen, depuis la transposition par les Etats membres de l'Union de la directive 2016/1164 du 12 juillet 2016 « établissant les règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur »¹ (ci-après « directive ATAD » ou « ATAD » pour « *Anti-Tax Avoidance Directive* »).

La première règle relative aux SEC a été adoptée par les Etats-Unis en 1962 (« *the Subpart F legislation* ») et a servi de modèle aux législations relatives aux SEC adoptées par la suite dans d'autres Etats. La Belgique, quant à elle, ne prévoyait aucune règle de la sorte avant la transposition de la directive ATAD. Désormais, la règle belge relative aux SEC fait l'objet de l'article 185/2 du Code des impôts sur les revenus de 1992 (ci-après « CIR »).

La législation relative aux SEC s'inscrit dans un objectif de lutte contre l'évasion fiscale internationale et l'érosion de la base imposable. Plus spécifiquement, elle permet aux Etats d'intégrer dans la base imposable de leurs sociétés résidentes (ci-après « sociétés contrôlantes ») tout ou partie des bénéfices non distribués de filiales ou d'établissements stables étrangers établis dans un Etat à fiscalité faible voire inexistante, ces derniers étant qualifiés de SEC.

L'émergence des législations nationales relatives aux SEC découle d'un souci croissant, au sein de la communauté internationale, de lutter contre l'évasion fiscale internationale. Ce souci a mené l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « l'OCDE ») à travailler sur l'élaboration d'un Plan d'action en 15 points dont l'objectif est de « restaurer la confiance dans le système et faire en sorte que les bénéfices soient imposés là

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.U.E.*, L 193/1, 19 juillet 2016.

où les activités économiques sont réalisées et là où la valeur est créée »². L'action 3 de ce projet BEPS (pour « *Base Erosion and Profit Shifting* ») tend à l'élaboration par les Etats membres de règles efficaces concernant les SEC. C'est dans la foulée que l'Union européenne (ci-après « UE ») a adopté la directive ATAD susmentionnée reprenant notamment l'obligation pour les Etats membres d'adopter des règles relatives aux SEC.

L'introduction de la législation relative aux SEC dans les ordres juridiques belge et européen s'accompagne toutefois de nombreuses interrogations tant au regard de la conformité d'une telle législation au droit européen, qu'en ce qui concerne sa compatibilité avec les conventions préventives de la double imposition (ci-après « CPDI ») ou son interaction avec d'autres dispositions anti-abus en matière de lutte contre l'évasion fiscale. Ces problématiques constituent l'objet du présent travail.

Dans un premier temps, nous revenons sur la disposition relative aux SEC telle que transposée en droit belge, après avoir contextualisé son adoption et établi une brève description du projet BEPS et de la directive ATAD, à l'origine de son apparition.

Dans un second temps, nous analysons la compatibilité de la règle relative aux SEC avec le droit de l'UE. Nous rappelons à cette occasion la jurisprudence de la Cour de justice en la matière et revenons sur l'interprétation qu'en a faite l'OCDE à l'occasion de son rapport sur la conception de règles efficaces concernant les SEC.

Nous nous attachons, dans un troisième temps, à l'étude de la compatibilité de la règle relative aux SEC avec les CPDI. Nous récoltons les avis exprimés par l'OCDE à ce sujet et rassemblons doctrine et jurisprudence avant de conclure à la compatibilité ou à l'incompatibilité de la règle belge avec les CPDI.

² OCDE (2015), *Concevoir des règles efficaces concernant les sociétés étrangères contrôlées, Action 3 - Rapport final 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Editions OCDE, Paris, p. 3.

Nous tâchons ensuite de mettre en lumière les différents cas d'interaction de la règle relative aux SEC avec d'autres dispositions nationales anti-abus en matière de lutte contre l'évasion fiscale. Nous énumérons les différentes dispositions anti-évasion fiscales contenues en droit belge avant de revenir sur l'interaction de la règle belge avec certaines d'entre elles et d'en dégager les potentielles difficultés.

Enfin, avant de conclure, nous décelons les situations de double imposition pouvant résulter de l'application de la règle belge relative aux SEC ou de l'application concurrente, par plusieurs Etats, de leur règle relative aux SEC.

2 La règle relative aux sociétés étrangères contrôlées en Belgique

2.1 Le contexte international, le projet BEPS de l'OCDE et la directive ATAD de l'UE

2.1.1 Le contexte

Depuis plusieurs années, la communauté internationale affiche un souci croissant de lutte contre l'évasion fiscale internationale. En effet, « [l']intégration des économies et des marchés nationaux a connu une accélération marquée ces dernières années, mettant à l'épreuve le cadre fiscal international conçu voilà plus d'un siècle »³. Cette mutation de l'environnement commercial mondial a favorisé « les stratégies mises en place par certaines entreprises permettant une « disparition » de bénéfices ou leur transfert artificiel vers des pays à fiscalité réduite ou nulle alors que les activités économiques de ces entreprises dans ces mêmes pays sont tout aussi limitées voire inexistantes »⁴.

Or « [l']érosion de la base d'imposition fait peser des risques réels sur les recettes, la souveraineté et l'équité fiscales, dans les pays membres de l'OCDE comme dans les pays non membres »⁵. Une action coordonnée des Etats était donc nécessaire afin d'« [a]méliorer la discipline fiscale [...] pour à la fois garantir les recettes fiscales des Etats et assurer des règles du jeu équitables aux entreprises »⁶.

Les pays de l'OCDE et du G20 ont donc élaboré un plan d'actions anti-BEPS « qui représente le premier remaniement d'importance des règles fiscales internationales depuis près d'un

³ OCDE (2015), *Concevoir des règles efficaces concernant les sociétés étrangères contrôlées, Action 3 - Rapport final 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Editions OCDE, Paris, p. 3.

⁴ E. BOIGELOT, « Actions BEPS : chronique d'une mort annoncée du chalandage fiscal international ? », *Mélanges Pascal Minne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 107.

⁵ OECD (2013), *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Editions OECD, Paris, p. 7.

⁶ *Ibidem*, p. 9.

siècle »⁷. Par la suite, l'Union européenne s'est dotée d'une directive 2016/1164 du 12 juillet 2016 « établissant les règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur ». L'objectif commun est « d'adapter le cadre fiscal international pour le faire « coller » à la mondialisation »⁸.

2.1.2 Le projet BEPS de l'OCDE

C'est dans ce contexte qu'a vu le jour, en 2015, le projet BEPS mis en place par l'OCDE. Le projet s'inscrit dans un objectif de lutte contre l'érosion de la base imposable et le transfert de bénéfices et s'articule autour de trois piliers : la cohérence, la substance et la transparence⁹. « Il s'agit d'exiger et de renforcer le lien entre la création de valeur et son imposition (substance), de tendre vers une homogénéité accrue des systèmes fiscaux des différents Etats (cohérence) et d'augmenter l'échange d'informations entre les Etats (transparence) »¹⁰.

Le projet BEPS n'apporte pas d'innovation majeure au niveau de son contenu mais constitue plutôt « une compilation des « *best practices* » issues des différents Etats ayant participé au débat »¹¹. En revanche, il marque un tournant historique dans le fonctionnement du régime fiscal international¹² en démontrant une prise de conscience de la communauté internationale¹³. En outre, il innove dans la manière de développer des règles fiscales puisqu'il implique plus de 100 Etats¹⁴ et constitue « la réforme la plus ambitieuse jamais entreprise en matière de fiscalité internationale »¹⁵.

⁷ OCDE (2015), *op. cit.*, p. 3.

⁸ E. BOIGELOT, « Actions BEPS : chronique d'une mort annoncée du chalandage fiscal international ? », *Mélanges Pascal Minne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 112.

⁹ OCDE (2015), *op. cit.*, p. 3.

¹⁰ C. FRANSSEN, « Le plan BEPS de l'OCDE a-t-il une incidence concrète en droit fiscal belge ? », *B.J.S.*, 2016/571, p. 12.

¹¹ Traduction libre de P. A. H. GONZALEZ-BARRERA, « A Historical Analysis of the BEPS Action Plan: Old Acquaintances, New Friends and the Need for a NEW Approach », *Intertax*, 2018, vol. 46/4, p. 290.

¹² J. M. DE MELO RIGONI, « The International Tax Regime in the Twenty-First century: The Emergence of a Third Stage », *Intertax*, 2017, vol. 45/3, pp. 213 et s.

¹³ Voy. P. SAINT-AMANS et E. ROBERT, « Le projet BEPS et son héritage », *R.E.I.D.F.*, 2016/4, pp. 409-419.

¹⁴ P. A. H. GONZALEZ-BARRERA, *op. cit.*, p. 290.

¹⁵ P. K. SCHMIDT, « Taxation of Controlled Foreign Companies in Context of the OECD/G20 Project on Base Erosion and Profit Shifting as well as the EU Proposal for the Anti-Tax Avoidance Directive – An Interim Nordic Assessment », *Nordic Tax Journal*, 2016/2, p. 90.

Parmi les 15 actions reprises dans le projet BEPS, l'action 3 invite les pays membres de l'OCDE à adopter les règles SEC telles que recommandées ou, pour les pays qui disposent déjà de telles règles, à « les modifier pour mieux les aligner sur ces recommandations »¹⁶.

2.1.3 L'ATAD

Dans le but d'introduire les recommandations issues du projet BEPS au sein du droit de l'Union européenne, cette dernière s'est dotée d'une directive « établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur ».

Cette directive « constitue l'élément le plus important de l'effort visant à garantir une imposition effective à l'endroit où les bénéfices sont générés puisqu'elle cible les stratégies par lesquelles les sociétés [...] ou les groupes de sociétés [...] pourraient être en mesure de transférer leurs bénéfices vers des juridictions à faible imposition »¹⁷.

La directive reprend trois mesures mettant en œuvre le projet BEPS de l'OCDE, à savoir des règles relatives aux dispositifs hybrides, aux SEC et à la limitation de la déductibilité des intérêts, ainsi que trois mesures inspirées « de la proposition « ACCIS », [à savoir] l'imposition à la sortie, la clause de réversion et une règle générale anti-abus »¹⁸.

Dans ses articles 7 et 8, l'ATAD reprend la règle relative aux SEC. La directive n'impose cependant qu'un niveau minimal commun de protection¹⁹. La directive laisse aux Etats membres une marge de manœuvre dans la transposition de ses dispositions. S'agissant des

¹⁶ OCDE (2015), *op. cit.*, p. 11.

¹⁷ Traduction libre de L. CERIONI, « The Quest for a New Corporate Taxation Model and for an Effective Fight against International Tax Avoidance within the EU », *Intertax*, 2016, vol. 44/6, p. 465.

¹⁸ C. DOCCLO, « L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses Etats membres », *T.F.R.*, 2017/2, n° 514, p. 62.

¹⁹ Voy. le considérant 3 de l'ATAD.

règles relatives aux SEC, les Etats peuvent opter, concernant la réintégration du revenu, pour l'approche catégorielle ou transactionnelle²⁰.

2.2 La règle relative aux SEC en Belgique

Les articles 7 et 8 de l'ATAD ont été transposés en droit belge à l'article 185/2 du CIR. Selon cette dernière disposition, « les bénéfices comprennent également les bénéfices non distribués de la société étrangère définie au paragraphe 2, alinéa 1^{er} [la SEC], provenant d'un montage ou d'une série de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal »²¹.

2.2.1 Les conditions

La SEC est définie au paragraphe 2, premier alinéa, comme une société étrangère répondant à une condition de participation *et* une condition de taxation. La société étrangère est considérée comme étant une SEC si, d'une part, « le contribuable soit détient, directement ou indirectement, la majorité des droits de vote se rattachant au total des actions ou parts de cette société étrangère, soit détient, directement ou indirectement, une participation à hauteur d'au moins 50 p.c. du capital de cette société, soit possède les droits d'au moins 50 p.c. des bénéfices de cette société »²². D'autre part, sera seule qualifiée de SEC la société étrangère qui « en vertu des dispositions de la législation de l'Etat ou de la juridiction où elle est établie, soit, n'y est pas soumise à un impôt sur les revenus, soit, y est soumise à un impôt sur les revenus qui s'élève à moins de la moitié de l'impôt des sociétés qui serait dû si cette société étrangère était établie en Belgique »²³. Ces conditions sont cumulatives.

Concernant la réintégration du revenu, la Belgique a opté pour l'approche transactionnelle. Alors que l'approche catégorielle consiste à ne réintégrer dans la base imposable de la société contrôlante que certaines catégories de revenus, à savoir les revenus passifs, l'approche

²⁰ Art. 7, § 2, de la directive ATAD ; pour plus de précisions sur ces deux approches, voy. *infra*.

²¹ Art. 185/2, § 1^{er}, du CIR.

²² Art. 185/2, § 2, alinéa 1^{er}, premier tiret, du CIR.

²³ Art. 185/2, § 2, alinéa 1^{er}, deuxième tiret, du CIR.

transactionnelle, quant à elle, ne permet de réintégrer que les bénéfices non distribués générés par « un montage ou une série de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal »²⁴.

Les termes « montage » et « série de montages » sont utilisés tels quels par l'ATAD et « doivent recevoir une acception similaire aux termes « *un acte ou un ensemble d'actes* » utilisés dans la disposition générale anti-abus (art. 344, § 1^{er}, du CIR) et dans la disposition spécifique anti-abus de la directive [...] mère fille (art. 203, § 1^{er}, 7^o, et 266, al. 4, du CIR) »²⁵.

Le CIR précise par ailleurs qu'« un montage ou une série de montages sont considérés comme non authentiques dans la mesure où la société étrangère décrite au paragraphe 2 ou l'établissement étranger décrit au paragraphe 3, ne posséderait pas les actifs ni n'aurait pas pris les risques qui sont la source de tout ou partie de ses revenus si cette société ou cet établissement n'était pas contrôlé par le contribuable où les fonctions importantes liées à ces actifs et risques sont assurées et jouent un rôle essentiel dans la création des revenus de la société étrangère ou de l'établissement étranger concerné »²⁶.

La loi requiert en outre que le montage ou la série de montages soit « mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal ». En d'autres termes, « lorsque ledit montage peut être justifié par des motifs non fiscaux et fiscaux, il faut que les motifs fiscaux en soient les motifs déterminants pour que cette condition soit remplie »²⁷.

Enfin, les bénéfices non distribués des SEC ne seront imposables en Belgique en vertu de la règle relative aux SEC que si les fonctions-clés à l'origine de ces bénéfices sont exercées en Belgique²⁸.

²⁴ Art. 185/2, § 1^{er}, du CIR.

²⁵ G. GALEA, S. MASSARO, « La mesure belge visant les CFC : tour d'horizon », *Act. fisc.*, 2018/32, p. 4.

²⁶ Art. 185/2, § 4, du CIR.

²⁷ G. GALEA, S. MASSARO, *op. cit.*, p. 5 ; CJUE, 10 novembre 2011, *Foggia*, C-126/10.

²⁸ Art. 185/2, § 1^{er}, alinéa 2, du CIR ; voy. P. DERÉ et G. VAN HULLE, « Vennootschapsbelasting. Herschudt de Belgische CFC-regel de kaarten ? », *Fisc. Act.*, 2018/25, p. 2.

2.2.2 L'exclusion de certains établissements stables détenus à l'étranger

L'article 7 de l'ATAD prévoit que la règle relative aux SEC s'applique tant aux sociétés étrangères qu'aux établissements stables étrangers. La règle SEC belge ne vise toutefois que les établissements étrangers dont les bénéfices sont exonérés par CPDI. Le législateur se justifie en évoquant le fait que la Belgique « taxe inévitablement les bénéfices mondiaux qui sont recueillis par la société résidente, sauf ceux qui ont été exonérés conformément à une convention préventive de la double imposition »²⁹. Le législateur propose par ailleurs « de n'intégrer dans la loi aucune disposition qui entre en vigueur par [comprendre : qui ait un impact sur une³⁰] disposition conclue par traité »³¹.

Cette exclusion constitue, d'une part, « une carence avérée de l'obligation de transposer l'ATAD telle qu'elle a été élaborée par le législateur européen »³². D'autre part, concernant l'argument tiré de la contrariété aux CPDI, « ce ne serait pas la première fois qu'une loi interne à un Etat contractant aurait un impact sur des conventions conclues par lui »³³. La question de la compatibilité de la règle SEC avec les CPDI sera traitée plus loin³⁴.

2.2.3 Les dispositions visant à éviter les situations de double imposition

La loi réparatrice du 30 juillet 2018³⁵ a étendu le régime des RDT en insérant à l'article 202, paragraphe 1^{er} du CIR, un 4^o et un 5^o. Selon cette nouvelle extension, « un contribuable ayant été imposé sur les « *bénéfices non distribués* » d'une CFC, peut bénéficier de la déduction des RDT à l'occasion de la distribution ultérieure de ces bénéfices »³⁶. En outre, cette nouveauté

²⁹ Proposition de loi portant réforme de l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 2864/001, p. 46.

³⁰ J. COUGNON, « Réforme fiscale à l'impôt des sociétés et transposition des directives ATAD », *R.G.F.C.P.*, 2018/6, p. 37.

³¹ Proposition de loi portant réforme de l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, *op. cit.*, p. 47.

³² J. COUGNON, *op. cit.*, p. 36.

³³ *Ibidem*, p. 37.

³⁴ *Voy. infra*.

³⁵ Loi du 30 juillet 2018 portant des dispositions diverses en matière d'impôts sur les revenus, *M.B.*, 10 août 2018.

³⁶ G. GALEA, S. MASSARO, *op. cit.*, p. 5.

« permet de bénéficier de la déduction des RDT lorsqu'une plus-value est comptabilisée sur les actions de la CFC »³⁷.

Cette nouveauté ne permet cependant pas d'éviter toute situation de double imposition dans l'application des règles SEC. Ce problème sera abordé dans la suite³⁸.

Par ailleurs, alors que l'article 8 de l'ATAD prévoit, dans son paragraphe 7, que « [l']Etat membre du contribuable autorise ce dernier à déduire l'impôt payé par l'entité ou l'établissement stable de la charge fiscale qu'il supporte dans l'Etat dans lequel il a sa résidence fiscale ou dans lequel il est situé », la Belgique n'a pas prévu l'octroi d'un crédit d'impôt³⁹.

De même, le paragraphe 6 qui prévoit une autre mesure d'évitement de la double imposition n'a pas été transposé. Celui-ci prévoyait que « [l]orsque le contribuable cède sa participation dans l'entité ou l'activité exercée par l'établissement stable, et que la part du produit afférent à cette cession a été incluse précédemment dans la base d'imposition au titre de l'article 7, ce montant est déduit de la base d'imposition lors du calcul du montant de l'impôt dû sur ce produit afin de garantir l'absence de double imposition ».

2.2.4 L'obligation de déclaration des SEC

La loi réparatrice susmentionnée crée également une obligation pour les contribuables assujettis à l'ISOC ou à l'INR/ISOC de déclarer dans leur déclaration fiscale les SEC qu'ils détiennent (article 307, § 1^{er}/2, du CIR). Le bien-fondé de cette obligation est remis en question par la doctrine⁴⁰.

³⁷ *Ibidem*, p. 6.

³⁸ *Voy. infra*.

³⁹ *Voy. infra*.

⁴⁰ G. GALEA, S. MASSARO, *op. cit.*, p. 7.

3 Compatibilité de la règle relative aux SEC avec le droit de l'Union européenne

La compatibilité des législations relatives aux SEC avec le droit de l'Union européenne était déjà mise en doute avant l'arrêt *Cadbury Schweppes* de la Cour de Justice de l'Union européenne⁴¹. Nous revenons dans la suite sur cette jurisprudence et ses répercussions avant d'analyser la conformité au droit de l'Union européenne de la règle belge relative aux SEC telle qu'elle découle de la directive ATAD.

3.1 L'arrêt *Cadbury Schweppes* de la Cour de Justice de l'Union européenne

Dans l'arrêt *Cadbury Schweppes*⁴², la Cour de justice s'est prononcée sur la compatibilité au droit de l'Union de la législation relative aux SEC alors en vigueur au Royaume-Uni. En l'espèce, la société contrôlante, résidente du Royaume-Uni et disposant de deux filiales en Irlande, s'est vue imposée sur les bénéfices de ses filiales en application de la règle relative aux SEC. La société contrôlante a fait appel de cette décision devant le juge anglais qui a ensuite interrogé la Cour de justice sur la question de la compatibilité de la règle SEC en question aux libertés fondamentales garanties par le Traité.

La Cour commence par préciser qu'« en ce qui concerne la liberté d'établissement, la Cour a déjà jugé que la circonstance que la société a été créée dans un Etat membre dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse n'est pas, à elle seule, suffisante pour conclure à l'existence d'un usage abusif de cette liberté »⁴³. Selon la Cour, « il est constant que la législation sur les SEC comporte une différence de traitement des sociétés résidentes en fonction du niveau d'imposition frappant la société dans laquelle elles détiennent une participation leur assurant le contrôle de celle-ci »⁴⁴. La Cour conclut donc à ce stade à l'existence d'une entrave à la liberté d'établissement.

⁴¹ Voy. par exemple, M. LANG, « Législations sur les sociétés étrangères contrôlées et droit communautaire », *R.G.C.F.*, 2003/3, p. 9.

⁴² CJCE, 2 septembre 2006, *Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04.

⁴³ *Ibidem*, considérant 37.

⁴⁴ *Ibidem*, considérant 43.

Une telle restriction peut toutefois être admise si elle se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général et si elle est appropriée et proportionnée⁴⁵. Bien que la règle relative aux SEC en cause constitue une restriction à la liberté d'établissement, la Cour admet qu'elle puisse être justifiée par un objectif de lutte contre des pratiques abusives « *lorsqu'elle vise spécifiquement les montages purement artificiels dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation de l'Etat membre concerné* »⁴⁶ (nous soulignons).

Quant au caractère approprié de la législation en cause, la Cour ajoute qu'« une telle législation est [...] susceptible d'atteindre l'objectif en considération duquel elle a été adoptée »⁴⁷. Enfin, la Cour termine en admettant la proportionnalité de la législation en cause à la condition que la société contrôlante soit « mise en mesure de produire des éléments concernant la réalité de l'implantation de la SEC et le caractère effectif des activités de celle-ci »⁴⁸, laissant à la juridiction de renvoi le soin de juger si cette possibilité existe ou non au Royaume-Uni.

En conclusion, la législation relative aux SEC n'est compatible avec le droit de l'Union que si elle vise les seuls montages purement artificiels. Etant donné que cette décision est basée sur la liberté d'établissement telle que garantie par le Traité, son champ d'application se limite aux situations intra-européennes. L'efficacité des règles SEC au sein de l'Union se voit dès lors diminuée étant donné son champ d'application désormais restreint.

Cette jurisprudence a eu un impact sur les investissements au sein de l'Espace économique européen (ci-après « EEE ») et hors de cet espace. En effet, les investissements passifs dans les pays à fiscalité avantageuse de l'EEE ont augmenté par rapport aux investissements passifs dans les pays à fiscalité avantageuse hors de l'EEE⁴⁹.

⁴⁵ *Ibidem*, considérant 47.

⁴⁶ *Ibidem*, considérant 51.

⁴⁷ *Ibidem*, considérant 59.

⁴⁸ *Ibidem*, considérant 70.

⁴⁹ M. RUF, A. WEICHENRIEDER, « CFC legislation, passive assets and the impact of the ECJ's Cadbury-Schweppes decision », *WU International Taxation Research Paper Series*, 2014/02, p. 15.

3.2 Les recommandations de l'OCDE sur le renforcement des règles relatives aux SEC en conformité avec la jurisprudence de la Cour de Justice

Avant l'adoption de l'ATAD et sa transposition au sein de l'Union européenne, l'OCDE, dans un objectif de renforcement des règles SEC, a émis des recommandations relativement à la conception de telles règles par les Etats membres⁵⁰. Alors que l'application des règles SEC est limitée, au sein de l'UE, aux montages purement artificiels, l'OCDE tente, au travers de ses recommandations, de développer des règles SEC plus efficaces, tout en restant en conformité avec la jurisprudence Cadbury-Schweppes.

Le groupe de travail n° 11 (« Working Party No. 11 », ci-après « WP11 ») a émis les 4 recommandations suivantes⁵¹ sur lesquelles nous revenons successivement dans la suite :

- « Effectuer une analyse de substance en vertu de laquelle les contribuables seraient soumis aux règles relatives aux SEC uniquement lorsque les SEC n'exercent pas d'activités économiques effectives » ;
- « Appliquer les règles relatives aux SEC selon des modalités identiques aux filiales locales et aux filiales étrangères » ;
- « Appliquer les règles relatives aux SEC aux transactions qui sont « en partie purement artificielles » » ;
- « Concevoir des règles relatives aux SEC visant explicitement à parvenir à une répartition équilibrée du pouvoir d'appliquer l'impôt ».

Les commentaires qui suivent se basent sur les propos de B. KUZNIACKI, dans « CFC Rules, BEPS Action 3 (Draft), and EU Law »⁵².

⁵⁰ OCDE (2015), *op. cit.*, pp. 18 et 19.

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² B. KUZNIACKI, « CFC Rules, BEPS Action 3 (Draft), and EU Law », *WU International Taxation Research Paper Series*, 2015/21, <https://www.ssrn.com/abstract=2630943> (consulté le 8 octobre 2020).

3.2.1 L'analyse de substance en vertu de laquelle les contribuables seraient soumis aux règles relatives aux SEC uniquement lorsque les SEC n'exercent pas d'activités économiques effectives

Cette première recommandation ne nécessite pas de commentaire. Comme précisé ci-dessus, la CJUE estime que la législation relative aux SEC n'est justifiée que si elle s'applique aux seuls montages purement artificiels. Cette recommandation découle donc immédiatement de la jurisprudence de la Cour. Certains Etats avaient d'ailleurs déjà modifié leur législation en ce sens.

3.2.2 L'application des règles relatives aux SEC selon des modalités identiques aux filiales locales et aux filiales étrangères

Selon le WP11, les règles relatives aux SEC seraient plus efficaces si elles s'appliquaient à la fois aux situations purement nationales et aux situations transfrontalières. Elles ne seraient alors plus limitées aux montages purement artificiels, tout en restant compatibles avec le droit de l'Union puisqu'aucune différence de traitement ne subsisterait dans ce cas.

En effet, une telle application des règles SEC permettrait d'éliminer la différence de traitement existant entre une société résidente détenant des parts dans une autre société résidente et une société résidente détenant des parts dans une société non résidente. Cela permettrait également de faire disparaître la différence de traitement existant entre une société résidente détenant des parts dans une société résidente d'un Etat à fiscalité avantageuse et une société résidente détenant des parts dans une société résidente d'un Etat à fiscalité élevée. En effet, le faible taux d'imposition ne serait, dans ce cas, plus une condition d'application de la règle relative aux SEC.

Toutefois, la compatibilité de cette recommandation avec le droit de l'Union pose question à plusieurs égards.

Tout d'abord, il est certain que la règle s'appliquera en pratique, dans la grande majorité des cas, aux situations transfrontalières. Une différence de traitement subsistera donc entre une société résidente détenant des parts dans une autre société résidente et une société résidente détenant des parts dans une société non résidente. Ensuite, si une différence du niveau de taxation s'observe entre sociétés d'un même Etat, ce qui est plutôt improbable, cela est généralement dû à des raisons de politique fiscale. Si un incitant fiscal, reconnu comme aide d'Etat compatible avec le droit de l'Union par la Commission européenne, déclenche l'application de la législation sur les SEC d'un Etat membre, ce dernier viole le principe de loyauté. Enfin, l'extension de l'application des règles relatives aux SEC aux situations nationales annihilerait l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale au moyen de montages purement artificiels et les règles sur les SEC auraient avant tout pour but d'assurer la neutralité des exportations de capitaux.

3.2.3 L'application des règles relatives aux SEC aux transactions qui sont « en partie purement artificielles »

Le groupe de travail estime que les règles relatives aux SEC peuvent être « justifiées et proportionnées même si elles s'appliquent à des montages autres que ceux purement artificiels »⁵³. Cette affirmation se base sur l'affaire *Thin Cap Group Litigation*⁵⁴ dans laquelle « la CJUE a indiqué que, pour établir si une législation sur la sous-capitalisation est justifiée par la nécessité d'empêcher des pratiques abusives, elle doit déterminer « si la transaction en cause constitue, *en tout ou en partie*, un montage purement artificiel dont le but essentiel est d'échapper à l'emprise de la législation fiscale de cet Etat membre » »⁵⁵.

Cette jurisprudence semble toutefois ne pas pouvoir être transposée à la matière des SEC. En effet, le groupe de travail ne cite que le considérant 81 et omet le considérant 92 dans lequel la Cour tire sa conclusion et abandonne toute référence à la notion de montage « en partie purement artificiel ». En outre, les règles qui nous occupent présentent un certain nombre de différences avec les règles de sous-capitalisation telles que celles en cause dans l'affaire qui fonde cette troisième recommandation. Enfin, « le concept de montage purement artificiel doit

⁵³ OCDE (2015), *op. cit.*, p. 19.

⁵⁴ CJCE, 13 mars 2007, *Thin Cap Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue*, C-524/04.

⁵⁵ OCDE (2015), *op. cit.*, p. 19.

être interprété différemment selon la liberté fondamentale applicable »⁵⁶. Or, en ce qui concerne les SEC, la liberté fondamentale en cause est la liberté d'établissement, alors qu'en matière de sous-capitalisation, la liberté fondamentale mise en cause est plutôt la liberté de circulation des capitaux.

3.2.4 La conception de règles relatives aux SEC visant explicitement à parvenir à une répartition équilibrée du pouvoir d'appliquer l'impôt

Les règles relatives aux SEC seraient, selon le WP11, plus efficaces si elles étaient justifiées par un objectif de répartition équilibrée du pouvoir d'imposition. En effet, cela permettrait de ne plus limiter l'application de la législation relative aux SEC aux seuls montages purement artificiels. Le groupe de travail s'appuie sur l'arrêt *SGI* de la CJUE selon lequel « une législation nationale n'ayant pas pour objet spécifique d'exclure de l'avantage fiscal qu'elle prévoit de tels montages purement artificiels [...] peut néanmoins être considérée comme justifiée par l'objectif de prévention de l'évasion fiscale pris ensemble avec celui de la préservation de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les Etats membres »⁵⁷.

Cependant, à nouveau, cette approche ne semble pas compatible avec le droit de l'Union européenne. Tout d'abord, selon une certaine doctrine, l'objectif de préservation de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition ne constitue pas une cause de justification autonome mais doit être invoquée en combinaison avec d'autres causes de justification⁵⁸. En outre, la CJUE ne considère pas cette cause de justification comme distincte de celle visant à lutter contre l'évasion fiscale au moyen de montages purement artificiels mais estime que ces deux causes sont liées. Par ailleurs, la Cour a eu l'opportunité, à plusieurs reprises, de se référer à l'arrêt *SGI* dans des affaires impliquant des dispositions anti-abus similaires à celle relative aux SEC mais elle ne l'a jamais fait. Enfin, « même si la répartition équilibrée des pouvoirs d'imposition pouvait être invoquée comme motif de justification distinct, il en

⁵⁶ Traduction libre de B. KUZNIACKI, « CFC Rules, BEPS Action 3 (Draft), and EU Law », *WU International Taxation Research Paper Series*, 2015/21, p. 19.

⁵⁷ CJUE, 21 janvier 2010, *Société de Gestion Industrielle (SGI) c. Etat belge*, C-311/08, considérant 66 ; voy. aussi, CJCE, 18 juillet 2007, *Oy AA*, C-231/05, considérant 63.

⁵⁸ D. SMIT, *EU freedoms, non EU-countries and Company Taxation*, Eucotax, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, pp. 266-269 ; B. KUZNIACKI, *op. cit.*, p. 14.

résulterait un problème pratique de répartition « équilibrée » du revenu tiré d'une SEC entre l'Etat de résidence de la SEC et l'Etat de résidence de la société contrôlante »⁵⁹.

3.2.5 Conclusion

Pour conclure sur les recommandations de l'OCDE, ces dernières ne sont pas compatibles avec le droit de l'Union et il n'est donc pas envisageable pour les Etats d'adopter l'une d'entre elles. Il semble dès lors que la seule possibilité soit de limiter, en ce qui concerne les situations intra-européennes, l'application de la règle relative aux SEC aux seuls montages purement artificiels, même si son efficacité s'en voit diminuée.

Il subsiste toutefois un moyen de rendre la législation sur les SEC plus efficace, en interprétant la notion de « montage purement artificiel » comme étant un montage utilisé *principalement* à des fins d'évasion fiscale.

3.3 La règle belge et l'ATAD

Comme exposé ci-dessus, l'ATAD reprend, dans ses articles 7 et 8, la règle relative aux SEC. Concernant la réintégration du revenu de la SEC dans la base imposable de la société contrôlante, la directive laisse aux Etats membres le choix entre deux approches. L'approche catégorielle réserve à l'Etat membre qui a opté pour cette possibilité le droit de réintégrer dans la base imposable de la société contrôlante les revenus « passifs » de la SEC⁶⁰. L'approche transactionnelle, quant à elle, permet la réintégration des revenus « provenant de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal »⁶¹.

La Belgique a opté pour l'approche transactionnelle, s'assurant ainsi de la conformité de la règle belge relative aux SEC au droit communautaire. En effet, l'article 185/2 du CIR

⁵⁹ Traduction libre de B. KUZNIACKI, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁰ Art. 7, § 2, a), de l'ATAD.

⁶¹ Art. 7, § 2, b), de l'ATAD.

mentionne, dans son paragraphe premier, que « les bénéfices comprennent également les bénéfices non distribués de la société étrangère définie au paragraphe 2, alinéa 1^{er} [la SEC], *provenant d'un montage ou d'une série de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal* » (nous soulignons).

La notion de « montage non authentique » reçoit par ailleurs l'interprétation recommandée ci-dessus, à savoir que le montage doit être « mis en place *essentiellement* dans le but d'obtenir un avantage fiscal » (nous soulignons).

Mais qu'en est-il de l'approche catégorielle ? Lorsque cette approche est adoptée, l'ATAD limite l'application de la règle relative aux SEC, en ce qui concerne les SEC de l'UE, aux sociétés qui n'exercent pas d'« *activité économique substantielle* au moyen de personnel, d'équipements, de biens et de locaux, corroborée par des faits et des circonstances pertinents »⁶² (nous soulignons). Selon le législateur européen, cette « exception fondée sur la réalité économique »⁶³ vise à respecter les libertés fondamentales. Cependant, « un montage purement artificiel et l'absence d'activité économique substantielle sont deux choses différentes et l'exception fondée sur la « réalité économique » pourrait être insuffisante pour satisfaire la Cour de justice »⁶⁴. A notre connaissance, cette approche n'a toutefois fait l'objet d'aucun recours en annulation à ce jour.

3.4 Conclusion

Le champ d'application de la règle relative aux SEC au sein de l'UE s'est vu restreint par la jurisprudence Cadbury Schweppes de la Cour de justice. Il s'agit du prix à payer pour atteindre l'équilibre entre la lutte contre l'évasion fiscale et le bon fonctionnement du marché intérieur.

⁶² Art. 7, § 2, a), alinéas 2 et 3, de l'ATAD.

⁶³ Considérant 12 de l'ATAD.

⁶⁴ C. DOCCLO, « L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses Etats membres », *T.F.R.*, 2017/2, n° 514, p. 79.

Les recommandations susmentionnées de l'OCDE n'étant pas souhaitables, la seule possibilité de s'assurer de la conformité de la législation relative aux SEC au droit de l'Union est de limiter son application aux montages purement artificiels. C'est d'ailleurs l'option qu'a choisie la Belgique lors de la transposition de la directive ATAD. Nous pouvons donc en déduire la conformité de la règle belge relative aux SEC au droit de l'Union européenne.

E. TRAVERSA, C. HERBAIN et M. POSSOZ en concluent que « [l]a lutte contre l'évasion fiscale et la planification fiscale agressive est devenue un moteur de la politique fiscale européenne » et que « [l]'intégration du marché intérieur semble avoir été reléguée au second plan[,] le meilleur exemple de ce renversement [étant] la proposition de directive ACCIS, qui a pour but de créer une base imposable commune (et consolidée) à l'impôt des sociétés dans les différents Etats membres »⁶⁵.

⁶⁵ E. TRAVERSA, C. 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.*, 2017/8, n° 520, p. 339.

4 Compatibilité de la règle relative aux SEC avec les CPDI

La question de la compatibilité de la législation relative aux SEC avec les CPDI a fait couler beaucoup d'encre. Nous revenons dans la suite sur l'avis de l'OCDE ainsi que sur la jurisprudence et la doctrine avant de s'intéresser plus spécifiquement à la règle belge relative aux SEC.

4.1 Compatibilité de la législation relative aux SEC avec les CPDI

4.1.1 L'OCDE

Dans un rapport de 1986 intitulé « Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés écran »⁶⁶, l'OCDE s'est exprimée sur l'interaction des règles relatives aux SEC avec les CPDI, dans le sens d'une compatibilité des ces deux corps de règles. L'OCDE se justifie par plusieurs raisons qu'elle expose dans son rapport.

Premièrement, il revient à chaque Etat de déterminer « quel est l'événement taxable, quel est le montant taxable et qui est le contribuable »⁶⁷. Or une règle SEC ne fait que déterminer un événement comme donnant lieu à une obligation fiscale. Une telle règle ne fait pas l'objet d'une CPDI et ne peut donc y être contraire⁶⁸.

Deuxièmement, les règles relatives aux SEC ne sont pas contraires à l'objectif d'élimination de la double imposition *juridique* poursuivie par les CPDI puisque les règles SEC induisent des situations de double imposition *économique*⁶⁹. En effet, l'application de la règle SEC

⁶⁶ OCDE (1986), *Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés écran*, Editions OCDE, Paris ; voy. aussi OCDE (2017), *Empêcher l'octroi inapproprié des avantages des conventions fiscales, Action 6 – Rapport final 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Editions OCDE, Paris.

⁶⁷ V. CHAND, *The interaction of domestic anti-avoidance rules with tax treaties (with special references to the BEPS project)*, Tax Policy Series, Geneva/Zurich, Schulthess, 2018, p. 378.

⁶⁸ V. CHAND, *op. cit.*, p. 378, n° 613 ; L. DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, IBFD Doctoral Series, n° 14, 2008, p. 576, n° 353.

⁶⁹ V. CHAND, *op. cit.*, p. 379, n° 614 ; L. DE BROE, *op. cit.*, p. 579, n° 356.

provoque la taxation d'un même revenu (provenant de la SEC) dans le chef de deux contribuables distincts (la SEC et la société contrôlante), sous réserve de l'application d'une méthode d'évitement de cette double imposition telle que prévue par un certain nombre d'Etats disposant d'une règle SEC.

Troisièmement, selon l'OCDE, la CPDI conclue entre l'Etat de résidence de la société contrôlante et l'Etat de résidence de la SEC ne s'applique en principe pas en cas d'application de la règle relative aux SEC. En effet, cette CPDI ne s'applique qu'aux flux de revenus entre les deux Etats contractants or la règle relative aux SEC vise à imposer des bénéfices qui n'ont pas été distribués⁷⁰.

Toutefois, contrairement à ce troisième argument, l'OCDE précise que lorsque la méthode des dividendes fictifs est utilisée, c'est-à-dire lorsque l'Etat qui applique sa législation relative aux SEC considère les revenus de la SEC attribués à la société contrôlante comme étant des dividendes fictifs, l'article 10 (dividendes) ou l'article 21 (autres revenus) de la Convention modèle de l'OCDE (ci-après « Convention modèle ») peut s'appliquer⁷¹.

Cette précision sème le doute relativement à l'interaction de la règle SEC avec les CPDI étant donné qu'elle est en contradiction avec le troisième argument exposé ci-dessus⁷². En outre, l'OCDE ne précise pas quel article doit s'appliquer. Les articles 10 et 21 octroient toutefois le pouvoir d'imposition à l'Etat de résidence, ce qui ne pose donc pas de problème par rapport à l'application de la règle SEC⁷³.

Si l'on considère que l'article 10 peut s'appliquer, un dernier problème se pose encore quant à l'interprétation de son paragraphe 5. En effet, ce dernier prévoit que « [l]orsqu'une société qui est un résident d'un Etat contractant tire des bénéfices ou des revenus de l'autre Etat contractant, cet autre Etat ne peut [...] prélever aucun impôt, au titre de l'imposition des bénéfices non distribués, sur les bénéfices non distribués de la société, même si les dividendes

⁷⁰ V. CHAND, *op. cit.*, p. 377, n° 612 ; L. DE BROE, *op. cit.*, p. 579, n° 355.

⁷¹ OCDE (1986), *op. cit.*, p. 20.

⁷² V. CHAND, *op. cit.*, p. 379, n° 615.

⁷³ V. CHAND, *ibidem* ; L. DE BROE, *op. cit.*, p. 583, n° 357.

payés ou les bénéfices non distribués consistent en tout ou en partie en bénéfices ou revenus provenant de cet autre État ». Cependant, selon l'OCDE, cette disposition n'empêche pas l'application de la règle SEC puisqu'elle concerne la taxation à la source⁷⁴. En outre, elle restreint la taxation des bénéfices non distribués uniquement dans le chef de l'entreprise qui les génère (la SEC en ce qui nous concerne), et pas dans le chef de l'actionnaire (la société contrôlante)⁷⁵.

L'opinion selon laquelle la législation relative aux SEC est compatible avec les CPDI ne faisait toutefois pas l'unanimité au sein des Etats membres de l'OCDE⁷⁶. Une minorité d'entre eux estimaient la règle SEC incompatible avec les CPDI sous prétexte que l'article 7 de la Convention modèle n'octroierait le pouvoir d'imposition des « bénéfices » à l'Etat de résidence de la société contrôlante que lorsque la SEC y dispose d'un établissement stable. Cette minorité évoquait également la contrariété d'une telle législation à l'objectif d'évitement de la double imposition poursuivi par les CPDI.

Ce rapport est donc critiquable sous plusieurs aspects⁷⁷, notamment parce qu'il ne tranche pas en faveur de l'opinion de la majorité ou de la minorité des Etats, ou encore parce qu'il s'exprime de façon ambiguë à propos des « dividendes fictifs ».

Le contenu de ce rapport a été inséré, en ce qui concerne les SEC, dans le Commentaire de la Convention modèle (ci-après « le Commentaire ») de 1992. C'est en 2003 que le Commentaire est clarifié dans le sens de la compatibilité des règles SEC avec les CPDI. Toutefois, à ce stade, l'unanimité au sein des Etats membres n'était toujours pas atteinte et la Belgique, entre autres, considérait encore la règle SEC comme contraire aux articles 5, paragraphe 7, 7, paragraphe 1, et 10, paragraphe 5 de la Convention modèle⁷⁸.

⁷⁴ V. CHAND, *op. cit.*, p. 380, n° 618 ; L. DE BROE, *op. cit.*, p. 583, n° 357.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ V. CHAND, *op. cit.*, p. 381, n° 620 ; L. DE BROE, *op. cit.*, pp. 584-585, n° 359.

⁷⁷ Pour d'autres critiques voy. V. CHAND, *op. cit.*, pp. 382-383, n° 622 ; L. DE BROE, *op. cit.*, p. 586, n° 360.

⁷⁸ V. CHAND, *op. cit.*, pp. 385-386, n° 627 ; L. DE BROE, *op. cit.*, p. 592, n° 366 ; B. J. ARNOLD, S. VAN WEEGHEL, « The relationship between tax treaties and domestic anti-abuse measures », *Tax Treaties and Domestic Law*, EC and International Tax Law Series, vol. 2, Amsterdam, IBFD, 2006, p. 87.

Le Commentaire, dans sa dernière version de 2017, va toujours dans le même sens et précise que le paragraphe 1 de l'article 7 « ne restreint pas le droit d'un Etat contractant d'imposer ses propres résidents au terme de dispositions relatives aux sociétés étrangères contrôlées figurant dans sa législation nationale »⁷⁹. Cela est confirmé par le paragraphe 3 de l'article 1 de la Convention modèle actuelle⁸⁰ mais « [l]a même conclusion doit être tirée dans le cas de conventions ne contenant pas une disposition similaire au paragraphe 3 de l'article 1 »⁸¹. Le Commentaire ajoute que « même si certains pays ont jugé utile de préciser expressément dans leurs conventions que leur législation relative aux sociétés étrangères contrôlées n'était pas contraire à la Convention, une telle précision n'est pas nécessaire »⁸². La Belgique n'a cette fois émis aucune réserve relativement à ces dispositions.

4.1.2 La jurisprudence

4.1.2.1 *Jurisprudence en faveur de l'incompatibilité de la législation relative aux SEC avec les CPDI*

En 2002, le Conseil d'Etat français s'est prononcé en faveur de l'incompatibilité de la règle française relative aux SEC avec la CPDI conclue entre la France et la Suisse⁸³. Le Conseil d'Etat a estimé que les revenus de la filiale suisse, attribués à la société contrôlante française en vertu de la règle relative aux SEC, devaient être qualifiés de « bénéfices des entreprises » et pas de « dividendes fictifs ». Etant donné qu'il s'agit de « bénéfices des entreprises », l'article 7 de la convention en cause, équivalent à l'article 7 de la Convention modèle, est d'application et n'attribue le pouvoir d'imposition à la France que si la filiale suisse dispose

⁷⁹ Paragraphe 14 du Commentaire sur l'article 7, voy. OCDE (2019), *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2017 (Version complète)*, Editions OCDE, Paris, p. C(7)-6.

⁸⁰ Art. 1, § 3 de la Convention modèle : « Cette Convention n'affecte pas l'imposition par un Etat contractant de ses résidents, sauf en ce qui concerne les avantages accordés en vertu du paragraphe 3 de l'article 7, du paragraphe 2 de l'article 9 et des articles 19, 20, 23 [A] [B], 24, 25 et 28 ».

⁸¹ Paragraphe 81 du Commentaire sur l'article 1, voy. OCDE (2019), *op. cit.*, p. C(1)-35.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ C.E. français, 28 juin 2002, Société Schneider Electric, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008092462/> (consulté le 1^{er} octobre 2020).

d'un établissement stable en France, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Le Conseil d'Etat en a conclu que la règle relative aux SEC était incompatible avec la CPDI⁸⁴.

En 2006, le *Conselho de Contribuintes* brésilien a également conclu à l'incompatibilité de la règle brésilienne relative aux SEC avec la CPDI conclue entre le Brésil et l'Espagne⁸⁵. Tout comme le Conseil d'Etat français, la juridiction brésilienne qualifie les revenus attribués à la société contrôlante brésilienne de « bénéfices des entreprises » et aboutit à l'application de l'article 7 de la convention en question, équivalent à l'article 7 de la Convention modèle, et à l'interdiction pour le Brésil de taxer les revenus issus de la SEC si celle-ci ne dispose pas d'un établissement stable au Brésil.

4.1.2.2 Jurisprudence en faveur de la compatibilité de la législation relative aux SEC avec les CPDI

En 1997, la Cour suprême du Royaume-Uni puis la Cour d'appel se sont prononcées sur la compatibilité de la règle anglaise relative aux SEC avec la CPDI conclue entre le Royaume-Uni et les Pays-Bas⁸⁶. Une société anglaise, Bricom Holding Limited, détenait une filiale aux Pays-Bas, Spinneys International BV. La première versait des intérêts à la seconde qui lui avait concédé un emprunt. Les autorités fiscales anglaises ont alors fait application de la règle relative aux SEC afin de taxer ces intérêts dans le chef de la société anglaise. Cette dernière prétendait que l'article 11 de la CPDI en question octroyait le pouvoir d'imposer les intérêts aux Pays-Bas et que la règle relative aux SEC était donc contraire à la CPDI. Mais la Cour suprême puis la Cour d'appel ont tranché en faveur des autorités fiscales. Selon la Cour

⁸⁴ Voy. M. LANG, « Législations sur les sociétés étrangères contrôlées et droit communautaire », *R.G.C.F.*, 2003/3, pp. 9-17.

⁸⁵ Conselho de Contribuintes (Brésil), 17 décembre 2008, Eagle Distribuidora de Bebidas SA, <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudencia.jsf?idAcordao=4637588> (consulté le 1^{er} octobre 2020).

⁸⁶ Cour suprême du Royaume-Uni, 3 avril 1996, Bricom Holdings Ltd v. Inland Revenue Commissioners, https://library.cronerico.uk/cch_uk/btc/1996-spc-76 (consulté le 1^{er} octobre 2020) ; Cour d'appel du Royaume-Uni, 25 juillet 1997, Bricom Holdings Ltd v. Inland Revenue Commissioners, https://library.cronerico.uk/cch_uk/btc/1997-btc-471 (consulté le 1^{er} octobre 2020).

d'appel, « ce qui est alloué au contribuable et soumis à taxation n'est pas le bénéfice réel de Spinneys [la SEC] mais un montant fictif qui est le produit d'un calcul artificiel »⁸⁷.

La Cour suprême administrative finlandaise, en 2002, a également jugé que la règle finlandaise relative aux SEC était compatible avec la CPDI conclue entre la Finlande et la Belgique⁸⁸. La société finlandaise, s'étant vue appliquer la règle relative aux SEC, invoquait l'incompatibilité de cette dernière avec la CPDI.

Parmi les arguments exposés par la société contrôlante⁸⁹, on retrouve la contrariété de la règle SEC aux articles 7, 10, paragraphe 5, et 5, paragraphe 7, de la CPDI (équivalents à ceux de la Convention modèle), la contrariété à l'objectif d'élimination de la double imposition poursuivi par les CPDI ou encore l'inapplicabilité de la règle relative aux SEC si aucune disposition de la CPDI en question ne prévoit explicitement son application. Il s'agit, pour la plupart, des arguments utilisés par les Etats minoritaires, tels que repris par l'OCDE dans son rapport de 1986 détaillé ci-dessus. La société finlandaise ajoute d'ailleurs que le Commentaire exprime seulement l'opinion majoritaire et que ce dernier, tout comme la Convention modèle en elle-même, n'ont pas force de loi.

La Cour suprême, quant à elle, qualifie le revenu attribué à la société contrôlante en vertu de l'application de la règle relative aux SEC de « bénéfices des entreprises ». Elle conclut à la compatibilité de la règle relative aux SEC avec la CPDI en reprenant les arguments utilisés cette fois par les Etats majoritaires, compilés par l'OCDE dans son rapport de 1986.

En 2008, la Cour suprême administrative suédoise a également conclu à la compatibilité de la règle suédoise relative aux SEC avec la CPDI conclue entre la Suède et la Suisse mais en s'appuyant sur un raisonnement différent⁹⁰. Une société suédoise, disposant d'une filiale en Suisse, s'était vue confirmer la compatibilité de ces deux corps de règles dans un ruling.

⁸⁷ Traduction libre de Cour d'appel du Royaume-Uni, 25 juillet 1997, *Bricom Holdings Ltd v. Inland Revenue Commissioners*.

⁸⁸ Cour suprême administrative finlandaise, 20 mars 2002, *Re A Oyj Abp*, KHO:2002.26, 4 *International Tax Law Reports* 1009.

⁸⁹ Voy. M. LANG, *op. cit.*, pp. 51-58.

⁹⁰ Cour suprême administrative suédoise, 2008, *X AB v. Swedish Tax Agency*, affaire n° 2695-05, 12 *International Tax Law Reports* 311.

Selon ce dernier, la loi nationale peut tout à fait décider de l'attribution d'un revenu à un contribuable résident et la CPDI n'empêche pas l'application de la règle relative aux SEC étant donné que le revenu attribué à la société contrôlante suédoise, qualifié de « bénéfices des entreprises », peut de toute façon être taxé en Suède en vertu des articles 7 ou 21 de la CPDI. En appel de cette décision, la Cour suprême administrative a abouti à la même conclusion mais en s'appuyant sur la règle « *lex posterior derogat priori* », la règle relative aux SEC étant plus récente que la CPDI. Ce raisonnement est critiquable.

En 2009, c'est au tour de la Cour suprême japonaise de se prononcer dans le sens de la compatibilité⁹¹. Une société japonaise s'est vue attribuer les revenus de sa filiale établie à Singapour et taxée sur ceux-ci en application de la règle japonaise relative aux SEC. Selon la Cour, l'article 7, équivalent à l'article 7 de la Convention modèle, traite, dans son paragraphe 1, de la taxation de la société singapourienne qui a un établissement stable au Japon et ne concerne pas la taxation du revenu dans le chef de l'entreprise japonaise. L'article 7 n'est donc pas applicable en l'espèce. La Cour ajoute que la règle relative aux SEC est compatible avec l'objectif poursuivi par la CPDI.

En 2011, la Cour fédérale régionale de la seconde région au Brésil a suivi le même raisonnement⁹². En effet, la Cour a estimé en l'espèce que l'article 7 de la CPDI en question n'empêchait pas l'application de la règle brésilienne relative aux SEC puisque cette dernière taxe les bénéfices étrangers dans le chef de la société résidente et pas la filiale étrangère en elle-même.

Enfin, un raisonnement identique se retrouve dans un arrêt australien de 2012⁹³. Le juge a estimé que l'article 7, paragraphe 1, de la CPDI conclue entre l'Australie (pays de résidence de la société contrôlante) et la Nouvelle Zélande (pays de résidence de la SEC), équivalent à l'article 7 de la Convention modèle, traite uniquement de la taxation d'une société néo-

⁹¹ Cour suprême japonaise, 29 octobre 2009, Glaxo Kabushiki Kaisha v. Director of Kojimachi Tax Office, case n° 2008 (Gyou Hi), 12 International Tax Law Reports 644.

⁹² Cour fédérale régionale de la seconde région brésilienne, Cia Vale do Rio Doce, affaire n° 2003.51.01.002937-0, <https://www.jusbrasil.com.br/processos/235787592/processo-n-20035101002937-0-do-trf-2> (consulté le 7 octobre 2020).

⁹³ Cour fiscale fédérale australienne, 4 février 2011, Russell v. Commissioner of Taxation, <https://jade.io/article/209448> (consulté le 7 octobre 2020).

zélandaise disposant d'un établissement stable en Australie et pas de la taxation du revenu dans le chef du contribuable australien.

4.1.2.3 Conclusion

Il nous semble que la thèse de la compatibilité de la législation relative aux SEC avec les CPDI doit être privilégiée. En effet, la jurisprudence récente penche en faveur de la thèse de la compatibilité. En outre, la majorité des juridictions ayant eu à se prononcer sur la question ont tranché en ce sens.

4.1.3 La doctrine

Une certaine doctrine, dont nous sommes, estime qu'il revient certes au droit national de déterminer « quel est l'événement taxable, quel est le montant taxable et qui est le contribuable »⁹⁴ mais que le pouvoir de taxation peut être affecté par les CPDI⁹⁵. Autrement dit, la législation relative aux SEC n'est pas « treaty-proof »⁹⁶. Lorsque la règle relative aux SEC s'applique, il est donc nécessaire d'analyser les dispositions de la CPDI en question afin de vérifier si cette dernière octroie ou non un pouvoir d'imposition à l'Etat qui met en œuvre sa législation relative aux SEC.

4.1.3.1 L'approche par transparence et l'approche transactionnelle

L. DE BROE et V. CHAND établissent une distinction entre l'approche par transparence (ou « *entity method* ») et l'approche transactionnelle⁹⁷. La règle relative aux SEC qui suit une approche par transparence considère la SEC comme transparente, c'est-à-dire que le revenu attribué à la société contrôlante est réputé avoir été réalisé par elle. En revanche, la règle qui suit une approche transactionnelle reconnaît la personnalité juridique distincte de la SEC et

⁹⁴ V. CHAND, *op. cit.*, p. 378.

⁹⁵ Voy. en ce sens V. CHAND, *op. cit.*, p. 407, n° 672 ; L. DE BROE, *op. cit.*, p. 605, n° 383.

⁹⁶ L. DE BROE, *op. cit.*, p. 605, n° 383.

⁹⁷ V. CHAND, *op. cit.*, p. 407, n° 672 ; L. DE BROE, *op. cit.*, p. 605 et s., n° 383 et s.

attribue (une partie de) ses revenus à la société contrôlante en tant que « bénéfice », « revenu fictif », « dividendes présumés » ou « gains en capital ».

Dans la suite, nous ne nous intéresserons qu'à l'approche transactionnelle, étant donné que c'est cette approche qui est utilisée dans le cadre de la règle relative aux SEC telle qu'établie par l'ATAD puis transposée en droit belge.

4.1.3.2 L'approche transactionnelle : « bénéfice »

Si le revenu de la SEC attribué à la société contrôlante est qualifié de « bénéfice » par l'Etat qui met en œuvre sa législation relative aux SEC, cette dernière est susceptible d'interagir avec les articles 7, paragraphe 1, 10, paragraphe 5, et 23, de la CPDI conclue entre l'Etat de résidence de la SEC et l'Etat de résidence de la société contrôlante.

En vertu de l'article 7, paragraphe 1^{er}, l'Etat de résidence de la société contrôlante ne peut taxer la SEC résidente d'un autre Etat que si cette dernière dispose d'un établissement stable dans le premier Etat. A priori, la règle relative aux SEC serait donc incompatible avec cette disposition. Toutefois, la règle relative aux SEC ne vise pas à taxer la SEC en tant que telle mais bien ses revenus ou la partie de ses revenus attribués à la société contrôlante, dans le chef de cette dernière. Ces deux dispositions ne sont donc pas contradictoires. Cet avis est partagé par l'OCDE⁹⁸ ainsi que par une partie de la jurisprudence⁹⁹.

L'article 10, paragraphe 5, interdit la taxation extraterritoriale des dividendes et des bénéfices non distribués. Cette disposition n'entre toutefois aucunement en conflit avec la règle relative aux SEC étant donné qu'elle restreint la taxation des bénéfices non distribués uniquement dans le chef de l'entreprise qui les génère (la SEC en ce qui nous concerne), et pas dans le chef de l'actionnaire (la société contrôlante).

⁹⁸ Voy. *supra*.

⁹⁹ Voy. *supra*.

Enfin, l'article 23 impose à l'Etat contractant qui reçoit des revenus qui sont imposables dans l'autre Etat contractant d'exempter ces revenus ou d'accorder un crédit d'impôt. Cette disposition vise à éviter les situations de double imposition et semble donc en contradiction avec la règle relative aux SEC. Cependant, l'article 23 tend à éliminer la double imposition juridique seulement, alors que l'application de la règle relative aux SEC provoque une double imposition économique.

4.1.3.3 L'approche transactionnelle : « revenu fictif »

Dans le cas où le revenu de la SEC attribué à la société contrôlante est qualifié de « revenu fictif » par l'Etat de résidence de cette dernière, la règle relative aux SEC est susceptible d'interagir avec les articles 7, paragraphe 1, 10, paragraphe 5, 21 et 23, de la CPDI conclue entre l'Etat de résidence de la SEC et l'Etat de résidence de la société contrôlante.

L'interaction des articles, 7, paragraphe 1, 10, paragraphe 5, et 23, avec la règle SEC a déjà été analysée au point précédent. Quant à l'article 21, relatif aux « autres revenus », son paragraphe premier réserve le pouvoir d'imposition à l'Etat de résidence de la société contrôlante, ce qui ne provoque donc pas de conflit avec la règle relative aux SEC.

4.1.3.4 L'approche transactionnelle : « dividendes présumés »

Lorsque le revenu de la SEC attribué à la société contrôlante est qualifié de « dividendes », l'article 10 ou l'article 21 s'applique. C'est du moins ce que précise l'OCDE, sans toutefois trancher en faveur de l'un ou de l'autre¹⁰⁰.

La doctrine est divisée sur la question de savoir si les dividendes présumés dont question tombent dans le champ d'application de l'article 10 ou de l'article 21. En effet, il n'est tout d'abord pas évident de déterminer si les dividendes fictifs sont visés par la définition reprise au paragraphe 3 de l'article 10. Selon une certaine doctrine, puisque l'article 10 est une

¹⁰⁰ Voy. *supra*.

disposition bilatérale, « applicable uniquement si le dividende est payé par une entreprise résidente d'un Etat à un résident d'un autre Etat, [...] il est logique de vérifier si l'Etat de résidence de l'entreprise qui procède à la distribution qualifie l'élément de revenu de « *dividende* » »¹⁰¹. Si ce n'est pas le cas, alors l'article 21 s'applique.

Ensuite, si l'article 10 est d'application, une seconde question se pose quant à savoir si les dividendes fictifs peuvent être considérés comme « payés » au sens du paragraphe premier de l'article 10. Cette question divise à nouveau la doctrine. Certains estiment que « le terme « *payés* » ne comprend pas les distributions de dividendes fictifs »¹⁰², alors que d'autres considèrent « que le terme « *payés* » doit être interprété de manière large et qu'il inclut aussi les distributions de bénéfices [qui ne sont] pas liées à un paiement réel »¹⁰³.

Il est donc difficile de déterminer clairement si les dividendes fictifs entraînent l'application de l'article 10 ou 21. Quoiqu'il en soit, tant l'article 10 que l'article 21 réservent le pouvoir d'imposition à l'Etat de résidence de la société contrôlante, ce qui ne crée pas de conflit entre ces dispositions et la règle relative aux SEC.

4.1.3.5 L'approche transactionnelle : « gains en capital »

Enfin, lorsque le revenu de la SEC attribué à la société contrôlante est qualifié de « gains en capital », tout comme les articles 10 et 21, l'article 13, paragraphe 5, de la Convention modèle réserve le pouvoir d'imposition à l'Etat de résidence de la société contrôlante¹⁰⁴. Aucun conflit ne survient donc entre cette dernière disposition et la règle relative aux SEC.

¹⁰¹ Traduction libre de V. CHAND, *op. cit.*, pp. 414-415, n° 683, voy. aussi en ce sens, L. DE BROE, *op. cit.*, pp. 621-622, n° 399.

¹⁰² Traduction libre de L. DE BROE, *op. cit.*, pp. 623-624, n° 400.

¹⁰³ Traduction libre de L. DE BROE, *op. cit.*, pp. 625-626, n° 401.

¹⁰⁴ V. CHAND, *op. cit.*, pp. 419-420, n° 690-692.

4.2 Compatibilité de la règle belge relative aux SEC avec les CPDI

Concernant la règle belge relative aux SEC, il faut distinguer les sociétés étrangères (ou filiales étrangères) des établissements stables détenus à l'étranger.

En ce qui concerne le régime réservé aux sociétés étrangères, celui-ci semble compatible avec les CPDI. En effet, la règle belge relative aux SEC qualifie les revenus de la SEC attribués à la société belge contrôlante de « bénéfices ». Au regard de l'avis de l'OCDE, de la jurisprudence dominante et de la doctrine exposés ci-dessus, nous pensons que la règle belge relative aux SEC qui qualifie le revenu attribué à la société contrôlante de « bénéfices » est compatible avec les CPDI.

Les établissements stables détenus à l'étranger sont, quant à eux, exclus du champ d'application de la règle belge relative aux SEC, lorsque leurs bénéfices ne sont pas exonérés par CPDI. L'OCDE précise toutefois dans son rapport relatif aux SEC que « lorsque la juridiction de la société mère prévoit une exonération du revenu d'un [établissement stable], ce revenu est susceptible de soulever les mêmes préoccupations qu'un revenu généré au niveau d'une filiale étrangère »¹⁰⁵. L'ATAD précise d'ailleurs dans son article 7 que « [l']Etat membre d'un contribuable considère *une entité ou un établissement stable* dont les bénéfices ne sont pas imposables ou sont exonérés d'impôts dans cet Etat membre comme une société étrangère contrôlée » (nous soulignons), à certaines conditions.

Nous sommes d'avis que cette dernière exclusion, « tout « légitime » qu'elle puisse être, n'en constitue pas moins une carence avérée de l'obligation de transposer l'ATAD telle qu'elle a été élaborée par le législateur européen »¹⁰⁶.

En tout état de cause, le législateur belge précise que son choix de transposer la deuxième option réservée par l'article 7 de l'ATAD, à savoir de ne viser que les bénéfices non

¹⁰⁵ OCDE (2015), *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁶ J. COUGNON, « Réforme fiscale à l'impôt des sociétés et transposition des directives ATAD », *R.G.F.C.P.*, 2018/6, p. 36.

distribués de la SEC qui proviennent de constructions non authentiques mises en œuvre avec pour objectif essentiel d'obtenir un avantage fiscal, « a [...] pour effet qu'en bien des cas aucun conflit n'existe entre ce qui a été convenu dans les conventions préventives de la double imposition et ce qui est prévu dans la [...] disposition-CFC »¹⁰⁷. En effet, « l'origine de cette option doit être recherchée à l'article 7 du modèle de convention de l'OCDE et dans le commentaire qui l'accompagne, dans lequel est évoquée l'imputation des bénéfices aux établissements stables »¹⁰⁸. Si un conflit avec une CPDI survient malgré tout, dans le cas d'une CPDI conclue avec un autre Etat membre de l'Union européenne, « le gouvernement est d'avis que la directive 2016/1164 qui a été adoptée à l'unanimité par tous les Etats membres, et dont ressortent également les dispositions transposées, prime sur la convention applicable »¹⁰⁹. En revanche, « [d]ans le cas où une convention préventive de la double imposition conclue avec un Etat autre qu'un Etat membre de l'Union européenne empêcherait l'application de la disposition-CFC, cette convention prime de sorte que l'application de la disposition-CFC ne sera pas possible dans ce cas »¹¹⁰.

4.3 Conclusion

En conclusion, il semble que la majorité des Etats membres de l'OCDE s'accorde à penser que l'application des règles relatives aux SEC n'est pas incompatible avec les CPDI. De même, une jurisprudence majoritaire se prononce en faveur de la compatibilité des règles relatives aux SEC avec les CPDI et la jurisprudence récente poursuit dans ce sens. Enfin, cette thèse est partagée par une certaine doctrine à laquelle nous adhérons.

Au vu des arguments exposés ci-dessus, dans la majorité des cas, aucune incompatibilité ne surviendra entre la législation relative aux SEC et les CPDI. Pour le cas où une incompatibilité se présenterait tout de même, dans les situations intra-européennes, la règle relative aux SEC primera. En revanche, dans le cas où la CPDI applicable est conclue entre un

¹⁰⁷ Projet de loi portant des dispositions diverses en matière d'impôts sur les revenus, *Doc. Parl.*, Ch., 2017-2018, n° 3147/001, p. 17.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Projet de loi portant des dispositions diverses en matière d'impôts sur les revenus, *Doc. Parl.*, Ch., 2017-2018, n° 3147/001, p. 18.

¹¹⁰ *Ibidem*.

Etat membre et un Etat non membre, la CPDI primera au détriment de la règle relative aux SEC.

5 Interaction avec d'autres règles nationales anti-abus en matière de lutte contre l'évasion fiscale

L'ordre juridique belge compte un certain nombre de dispositions dont l'objectif est de lutter contre l'évasion fiscale. Nous établissons, dans un premier temps, une classification des mesures anti-évasion fiscale actuellement en vigueur en Belgique. Dans un second temps, nous rassemblons diverses situations d'interaction entre ces dernières et la règle relative aux SEC, sans toutefois prétendre à l'exhaustivité.

5.1 Les mesures anti-évasion fiscale en Belgique

L'ordre juridique belge compte un certain nombre de dispositions, générales ou spécifiques, dont le but est d'éviter l'évasion fiscale.

5.1.1 Les dispositions générales anti-évasion fiscale

Le CIR comprend plusieurs dispositions *générales* anti-évasion fiscale, reprises ci-dessous.

L'article 344, paragraphe 1^{er}, prévoit l'inopposabilité à l'administration de l'acte ou de l'ensemble d'actes réalisant une même opération lorsqu'il y a abus fiscal. Cette disposition « s'applique en particulier aux situations où la transaction est effectuée pour obtenir des avantages fiscaux et où les considérations non fiscales jouent un rôle mineur »¹¹¹.

L'article 307, paragraphe 1^{er}/2 prévoit quant à lui une obligation de déclaration des paiements effectués vers des Etats à fiscalité inexistante ou peu élevée¹¹² lorsque ceux-ci s'élèvent à au

¹¹¹ Traduction libre de R. OFFERMANN, « Belgium – Corporate Taxation », Country Tax Guides IBFD, n° 7.1, https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/gtha_be_chaphead (consulté le 1^{er} octobre 2020).

¹¹² « Ou vers des Etats considérés par le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales comme des Etats n'ayant pas mis effectivement ou substantiellement en œuvre le standard sur l'échange de renseignements sur demande ».

moins 100 000 euros par an et par pays. Les paiements qui n'auront pas été déclarés conformément à cette disposition seront non déductibles (article 198, 10°, du CIR).

5.1.2 Les dispositions spécifiques anti-évasion fiscale

Le CIR compte également un certain nombre de dispositions *spécifiques* anti-évasion fiscale, énumérées ci-dessous.

5.1.2.1 *Inopposabilité de certains transferts vers l'étranger*

L'article 344, dans son paragraphe 2, prévoit l'inopposabilité au fisc de certains transferts vers des contribuables non résidents non soumis à un impôt sur les revenus ou soumis à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui auquel les revenus de l'espèce sont soumis en Belgique. Les transferts visés sont « la vente, la cession ou l'apport d'actions, d'obligations, de créances ou d'autres titres constitutifs d'emprunts, de brevets d'invention, de procédés de fabrication, de marques de fabrique ou de commerce, ou de tous autres droits analogues ou de sommes d'argent ». Le contribuable peut éviter cette inopposabilité en établissant « soit que l'opération répond à des besoins légitimes de caractère financier ou économique, soit qu'il a reçu pour l'opération une contre valeur réelle produisant un montant de revenu soumis effectivement en Belgique à une charge fiscale normale par rapport à celle qui aurait subsisté si cette opération n'avait pas eu lieu ».

5.1.2.2 *Les prix de transfert*

En matière de prix de transfert, l'article 185, paragraphe 2, énonce le principe de pleine concurrence (ou « *arm's length principle* »), fondé « sur la comparaison des caractéristiques d'une transaction intervenant entre des entreprises liées, avec celles d'une transaction identique ou similaire conclue entre des entreprises indépendantes »¹¹³. Cette disposition

¹¹³ J. THILMANY, *Les transferts indirects de bénéfices entre sociétés*, Notes de cours, Université de Liège – HEC Liège, 2019-2020, p. 58.

prévoit, d'une part, un ajustement primaire, vers le haut¹¹⁴, de la base imposable « si une société belge minore sa base imposable en ne respectant pas ce principe »¹¹⁵. D'autre part, un ajustement corrélatif, vers le bas¹¹⁶, peut être octroyé au contribuable « si un bénéfice a été indûment imposé en Belgique parce que les parties n'avaient pas respecté ce principe »¹¹⁷.

En outre, l'article 26 permet de réintégrer les avantages anormaux ou bénévoles accordés par une entreprise établie en Belgique dans sa base imposable¹¹⁸. Les articles 79 et 207 empêchent quant à eux « la déduction au titre de pertes professionnelles [...] ou d'autres déductions [...] dans le chef du bénéficiaire sur la partie des bénéfices qui provient d'avantages anormaux ou bénévoles reçus d'une société liée »¹¹⁹.

Le CIR comprend également des obligations complémentaires de déclaration en matière de prix de transfert aux articles 321/1 à 321/7. Selon ces dispositions, « les entreprises multinationales dont le chiffre d'affaires consolidé du groupe est de 750 millions d'euros doivent déposer un rapport annuel pays par pays ». En outre, les contribuables qui font partie d'un groupe multinational dont le chiffre d'affaires consolidé est d'au moins 50 millions d'euros, dont le total du bilan s'élève à 1 milliard d'euros ou dont l'effectif annuel moyen est de 100 ETP doivent établir un « fichier principal » et un « fichier local » de type OCDE aux fins de la documentation des prix de transfert »¹²⁰.

5.1.2.3 La limitation de la déductibilité des intérêts

Tout d'abord, l'article 18, alinéa 1^{er}, 4^o, requalifie les intérêts des avances en dividendes, non déductibles, « lorsqu'une des limites suivantes est dépassée et dans la mesure de ce dépassement : soit la limite fixée à l'article 55 [voir ci-dessous], soit lorsque le montant total

¹¹⁴ Art. 185, § 2, a), du CIR.

¹¹⁵ T. VANWELKENHUYZEN, « Chapitre 1 – Les dispositions légales belges », *Les prix de transfert*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2015, p. 67.

¹¹⁶ Art. 185, § 2, b), du CIR.

¹¹⁷ T. VANWELKENHUYZEN, *op. cit.*, p. 67.

¹¹⁸ Pour plus de précisions, voy. T. VANWELKENHUYZEN, *op. cit.*, pp. 71-89.

¹¹⁹ T. VANWELKENHUYZEN, *op. cit.*, p. 90.

¹²⁰ Traduction libre de R. OFFERMANN, *op. cit.*, n° 7.2.

des avances productives d'intérêts excède la somme des réserves taxées au début de la période imposable et du capital libéré à la fin de cette période ».

L'article 54 limite la déductibilité des intérêts versés à des contribuables étrangers « non soumis à un impôt sur les revenus ou soumis, pour les revenus de l'espèce, à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui auquel ces revenus sont soumis en Belgique ». Le contribuable peut toutefois éviter la non déductibilité en apportant la preuve que les paiements « répondent à des opérations réelles et sincères et qu'ils ne dépassent pas les limites normales ».

L'article 55 limite quant à lui la déductibilité des intérêts excessifs, c'est-à-dire les intérêts dans la mesure où ils dépassent le taux d'intérêt pratiqué sur le marché ou, pour les intérêts de prêts non hypothécaires sans terme, le taux d'intérêt pratiqué par les IFM.

L'article 198, paragraphe 1^{er}, 11°, limite la déductibilité des intérêts d'emprunts versés à un bénéficiaire effectif lorsque ce dernier n'est pas soumis à un impôt sur les revenus ou est soumis, pour ces revenus, à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui résultant des dispositions du droit commun applicable en Belgique, et, dans la mesure de ce dépassement, lorsque le montant total desdits emprunts excède cinq fois la somme des réserves taxées au début de la période imposable et du capital libéré à la fin de cette période.

Enfin, l'article 198/1 limite la déductibilité des « surcoûts d'emprunt » au montant le plus élevé des deux montants suivants : 30 pourcents de l'EBITDA ou 3 millions d'euros.

5.1.2.4 Les dispositions anti-hybrides

L'objectif poursuivi par les dispositions anti-hybrides est de neutraliser les effets des dispositifs hybrides qui exploitent les différences de traitement fiscal dans un contexte transfrontalier. En effet, dans un tel contexte, « une double déduction des frais peut naître, ou

bien il peut y avoir une déduction des frais dans une certaine juridiction sans qu'il y ait une imposition correspondante dans l'autre juridiction »¹²¹.

L'action 2 du projet BEPS prévoit une règle principale et une règle secondaire, reprises par les directives ATAD I et ATAD II : « [s]elon la règle principale préconisée, les pays devraient refuser une déduction à un contribuable au titre d'un paiement lorsque celui-ci n'est pas inclus dans le revenu imposable du bénéficiaire dans la juridiction de la contrepartie, ou lorsqu'il est également déductible dans la juridiction de la contrepartie. Si la règle principale n'est pas appliquée, la juridiction de la contrepartie peut utiliser une règle défensive, en prévoyant l'inclusion du paiement déductible dans le revenu, ou en refusant la double déduction, selon l'asymétrie »¹²².

L'article 185, paragraphes 1^{er}, alinéa 2, prévoit l'imposition des « sociétés belges qui possèdent un établissement stable dans un autre Etat membre de l'UE, en leur refusant l'exonération prévue par la convention préventive de la double imposition, dans le cas où un paiement effectué par un intervenant étranger au profit de l'établissement stable en question n'est pas « inclus » parmi les revenus imposables de cet établissement stable, en raison du fait que, dans la juridiction où il est situé, celui-ci n'est pas considéré comme tel »¹²³.

L'article 185, paragraphe 1^{er}, alinéa 3, introduit quant à lui une exception à la transparence fiscale « afin de combattre les montages impliquant un paiement, par un intervenant étranger, à une entité constituée ou établie en Belgique et considérée comme fiscalement transparente en Belgique »¹²⁴ (dispositifs hybrides inversés).

Selon le paragraphe 2/1 de l'article 185, « les revenus générés dans le cadre d'un dispositif hybride qui ne sont pas repris dans les bénéfices des sociétés ou des établissements belges qui en sont les bénéficiaires ou qui sont considérés comme tels en vertu des lois d'un autre Etat,

¹²¹ A. TIBERGHEN, *Manuel de droit fiscal*, Wolters Kluwer, 2019-2020, p. 595.

¹²² OCDE (2017), *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, Editions OCDE, Paris, p. 12.

¹²³ J. COUGNON, *op. cit.*, p. 25.

¹²⁴ *Ibidem*.

sont imposables ou, selon le cas, non déductibles, dans la mesure où une entreprise étrangère, ou une implantation de celle-ci, est autorisée à les déduire de revenus imposables »¹²⁵.

En outre, l'article 198, paragraphe 1^{er}, interdit, aux points 10°/1 à 10°/4, la déductibilité de certains paiements effectués dans le cadre d'un dispositif hybride¹²⁶.

5.1.2.5 Les sociétés étrangères contrôlées

L'article 185/2 prévoit la taxation, dans le chef de la société belge contrôlante, des bénéfices non distribués des SEC, provenant d'un montage ou d'une série de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal. La législation belge en matière de SEC a été détaillée ci-dessus. Nous rappellerons ici simplement l'objectif de cette dernière, à savoir la lutte contre l'érosion de la base imposable en décourageant le transfert de revenus vers des Etats à fiscalité inexistante ou peu élevée.

5.2 L'interaction de la règle relative aux SEC avec les règles relatives aux prix de transfert

Dès l'adoption des premières règles en matière de SEC par les Etats-Unis en 1962, la question de leur compatibilité avec la législation relative aux prix de transfert a suscité des débats¹²⁷.

En Belgique, les règles relatives aux prix de transfert ont priorité sur les règles relatives aux SEC¹²⁸. En effet, l'article 185/2 du CIR précise qu'il s'applique « sans préjudice de l'application de l'article 185, § 2, a »¹²⁹ qui consacre le principe de pleine concurrence.

¹²⁵ A. TIBERGHIE, *op. cit.*, p. 596.

¹²⁶ Pour plus de précisions à ce sujet, voy. B. PEETERS, « Dispositifs hybrides : le régime belge », *Fiscologue*, 2019, n° 1624, pp. 3-6 et B. PEETERS, « Dispositifs hybrides : le législateur belge comme précurseur ? », *Fisco. Int.*, 2019, n° 425, pp. 1-8.

¹²⁷ K. BRONZEWSKA, F. MAJDOWSKI, « Revolutionary Changes to the Arm's Length Principle under the OECD BEPS Project : Have CFC Rules Become Redundant ? », *Intertax*, 2018, vol. 46/3, p. 210.

¹²⁸ OCDE (2015), *op. cit.*, p. 14 ; Circulaire 2020/C/79 du SPF Finances du 9 juin 2020 concernant l'introduction en droit belge d'une disposition CFC, n° 21, <https://eservices.minfin.fgov.be/myminfweb/pages/fisconet#!document/9ba4650c-cb56-4034-b8fc-862d05a8c9c8> (consulté le 4 octobre 2020).

Au-delà de cette hiérarchie établie par l'article 185/2 du CIR, une certaine doctrine estime que les règles relatives aux SEC « jouent principalement un rôle secondaire et servent de filet de sécurité dans les cas où les règles relatives aux prix de transfert ne fonctionnent pas »¹³⁰. Ce rôle secondaire serait « particulièrement vrai en ce qui concerne les règles relatives aux SEC conçues comme des règles anti-évasion »¹³¹, tel qu'exigé par la jurisprudence Cadbury Schweppes de la CJUE. Cette doctrine va jusqu'à affirmer que la législation relative aux prix de transfert pourrait remplacer la règle relative aux SEC, lorsque cette dernière se limite à protéger la base imposable dans l'Etat de la société mère¹³², ce qui est le cas de la règle belge relative aux SEC. La législation relative aux prix de transfert ne serait en revanche pas apte à un tel remplacement lorsque la règle relative aux SEC cherche « également à protéger la base d'imposition dans des pays tiers pour lutter contre l'érosion de pays tiers à pays tiers/la double érosion, ou « *foreign-to-foreign stripping* » »¹³³.

Une autre partie de la doctrine adopte un point de vue plus critique à ce propos¹³⁴. Cette dernière reconnaît qu'« [e]n fonction de la manière dont les règles SEC prévues par ATAD sont transposées par les Etats membres de l'UE, elles risquent d'être utilisées comme un mécanisme d'ajustements (secondaires) dans les cas où les règles en matière de prix de transfert sont inapplicables »¹³⁵ mais que « [c]ela crée en soi un risque de double imposition et change le caractère des règles SEC en complément méthodologique aux règles en matière de prix de transfert »¹³⁶.

¹²⁹ G. GALEA, S. MASSARO, *op. cit.*, p. 4 ; Projet de loi portant des dispositions diverses en matière d'impôts sur les revenus, *Doc. Parl.*, Ch., 2017-2018, n° 3147/001, p. 18.

¹³⁰ Traduction libre de A. DOURADO, « The Role of CFC Rules in the BEPS Initiative and in the EU », *B.T.R.* 2015, vol. 3, p. 347 ; voy. aussi en ce sens M. KANE, « Milking Versus Parking : Transfer Pricing and CFC Rules Under the Internal Revenue Code », *Tax Law Review*, 2013, 66(4), p. 488 ; C. LOWELL, B. WELLS, « Tax Base Erosion : Reformation of Section 482's Arm's Length Standard », *Florida Tax Review*, 2014, 15(10), p. 789 ; J. FLEMING, R. PERONI et S. SHAY, « Getting Serious About Cross-Border Earnings Stripping : Establishing an Analytical Framework », *North Carolina Law Review*, 2015, 93(3), p. 684.

¹³¹ Traduction libre de A. DOURADO, *ibidem*.

¹³² K. BRONZEWSKA, F. MAJDOWSKI, *op. cit.*, p. 223.

¹³³ OCDE (2015), *op. cit.*, p. 17.

¹³⁴ F. BUEB, O. R. HOOR, « Les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées au Luxembourg », Atoz Reports, Extended Analysis on Current Tax Topics, November 2019, p. 17, <https://www.atoz.lu/media/atoz-reports-les-regles-relatives-aux-societes-etrangees-controlees-au-Luxembourg> (consulté le 1^{er} octobre 2020) ; K. BRONZEWSKA, F. MAJDOWSKI, *op. cit.*

¹³⁵ F. BUEB, O. R. HOOR, *ibidem*.

¹³⁶ *Ibidem*.

Selon nous, il est clair que le législateur belge a voulu faire primer les règles relatives aux prix de transfert sur les règles relatives aux SEC mais cela n'empêche pas que « les revenus attribués en vertu de la règle de prix de transfert à une CFC peuvent encore être soumis aux règles applicables aux CFC »¹³⁷. Nous sommes donc d'avis que même si la règle belge relative aux SEC ne s'étend pas aux situations de « *foreign-to-foreign stripping* » et pourrait, dans certains cas, être supplantée par la législation relative aux prix de transfert, elle dispose tout de même de sa propre raison d'être. De surcroît, la législation relative aux SEC est plus facile à appliquer que celle, plus complexe, relative aux prix de transfert¹³⁸.

5.3 L'interaction de la règle relative aux SEC avec les règles anti-hybrides

En ce qui concerne l'interaction entre la règle relative aux SEC et les mesures anti-hybrides, l'OCDE donne deux exemples de cas d'interaction entre ces deux corps de règles.

5.3.1 Paiement inclus dans le revenu ordinaire aux termes d'un régime applicable aux SEC

Premièrement, l'OCDE s'intéresse à l'applicabilité des règles anti-hybrides lorsque le paiement en cause a fait l'objet d'une réintégration en vertu d'un régime applicable aux SEC.

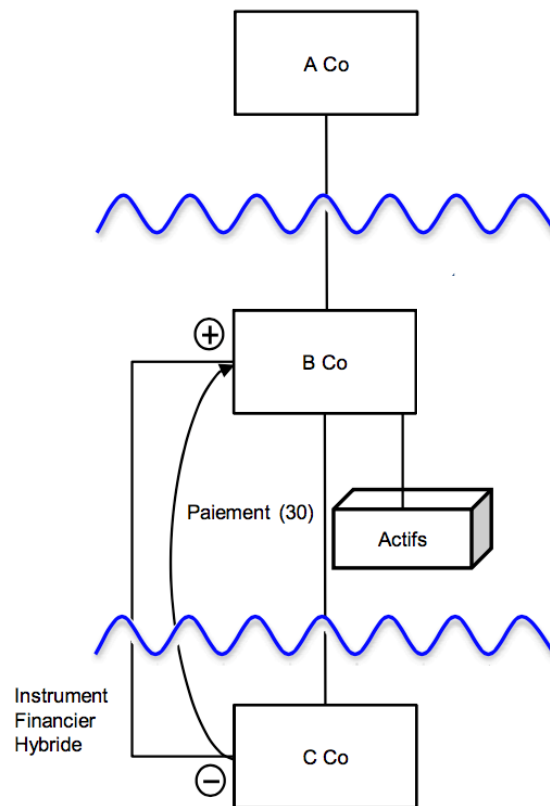
L'exemple donné est le suivant¹³⁹ : C Co est une société résidente du pays C et est membre du groupe ABC. Aux termes d'un instrument financier hybride, C Co fait un paiement de 30 à B Co, autre société membre du même groupe qui réside dans le pays B. A Co, société mère du groupe, réside dans le pays A et est assujettie dans ce pays à un régime applicable aux SEC qui attribue certains types de revenus passifs aux actionnaires résidents en proportion de leur participation dans l'entité.

¹³⁷ Circulaire 2020/C/79 du SPF Finances du 9 juin 2020 concernant l'introduction en droit belge d'une disposition CFC, n° 21, <https://eservices.minfin.fgov.be/myminfweb/pages/fisconet#!/document/9ba4650c-cb56-4034-b8fc-862d05a8c9c8> (consulté le 4 octobre 2020).

¹³⁸ K. BRONZEWSKA, F. MAJDOWSKI, *op. cit.*, p. 223 ; A. DOURADO, *op. cit.*, p. 347.

¹³⁹ OCDE (2017), *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, Editions OCDE, Paris, pp. 255-259.

Fig. 1 : Paiement inclus dans le revenu ordinaire aux termes d'un régime applicable aux SEC¹⁴⁰



Dans cette situation, une double imposition survient si le montant de 30 en question est intégré dans la base imposable de A Co au terme de l'application de la règle relative aux SEC du pays A et si ce même montant ne peut être déduit en application de la règle relative aux instruments financiers hybrides du pays C. Selon l'OCDE, une dérogation à la règle anti-hybrides devrait être accordée dans un tel cas « où le refus d'une déduction à l'égard d'un paiement inclus dans le revenu en vertu d'un régime applicable aux SEC pourrait créer un risque de double imposition économique »¹⁴¹.

Toutefois, « [p]our que le paiement puisse être considéré comme inclus dans le revenu ordinaire en vertu d'un régime applicable aux SEC ou d'un autre régime d'inclusion des revenus perçus à l'étranger, le contribuable doit démontrer que le paiement aux termes de

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 255.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 257.

l'instrument financier hybride qui a donné lieu à des effets de déduction/non-inclusion entre dans une catégorie de paiements qui doivent être pris en compte en tant que revenu de l'actionnaire en vertu d'un régime applicable aux SEC et n'ouvre droit à aucune dérogation »¹⁴². Le contribuable doit donc démontrer que le paiement n'a pas été réduit ou compensé par une déduction ni soustrait grâce à un crédit pour impôt sous-jacent.

En Belgique, aucun crédit d'impôt n'est prévu. En revanche, les dépenses déductibles peuvent être déduites de la partie du bénéfice correspondant au revenu de la SEC tel que réintégré dans la base imposable de la société contrôlante.

5.3.2 Les entités hybrides inversées et les paiements pris en compte dans le cadre d'un régime applicable aux SEC

Une entité hybride inversée « désigne toute personne considérée comme une entité distincte selon les lois de la juridiction de l'investisseur et comme étant transparente aux fins fiscales selon les lois de la juridiction où elle est établie »¹⁴³.

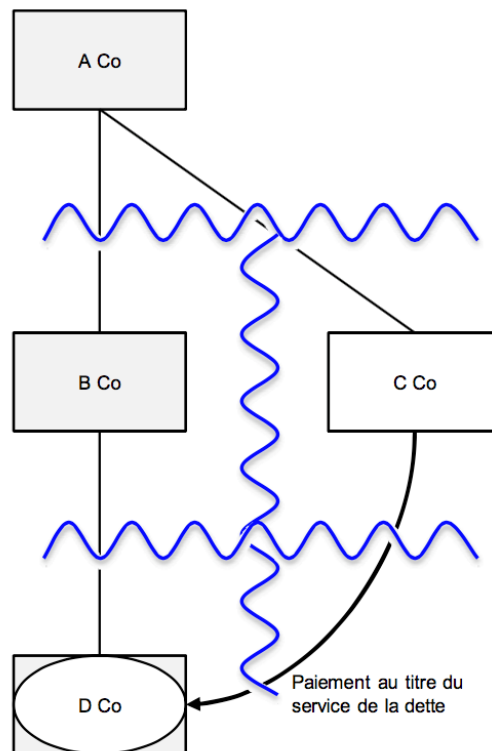
L'exemple donné par l'OCDE est le suivant¹⁴⁴ : A Co est une société résidente du pays A possédant toutes les actions de B Co (société résidente du pays B). B Co a établi une entité hybride inversée dans la législation du pays D (D Co). D Co perçoit auprès de C Co (société résidente du pays C membre du même groupe) un paiement au titre de services rendus. Le régime applicable aux SEC du pays A traite comme revenu attribuable le revenu versé par une partie liée relativement à des services rendus.

¹⁴² *Ibidem*, p. 258.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 63 ; pour plus d'informations à ce sujet, voy. B. PEETERS, « Hybrid mismatches : from inspired coordination to mere anti-abuse », *Tax Magazine*, 4(2017), pp. 186-205.

¹⁴⁴ OCDE (2017), *ibidem*, p. 327.

Fig. 2 : Paiements pris en compte dans le cadre d'un régime applicable aux SEC¹⁴⁵



La règle relative aux entités hybrides inversées s'applique si le paiement donne lieu à une asymétrie des résultats fiscaux. En effet, la déduction sera refusée dans le pays C si le paiement n'est pas « inclus dans le revenu ordinaire du contribuable visé par les lois de toute autre juridiction dans laquelle le paiement est réputé être perçu »¹⁴⁶. En l'espèce, étant donné que le paiement en question a été inclus dans la base imposable de A Co, en vertu de la règle relative aux SEC du pays A, celui-ci ne génère pas d'effet de déduction/d'absence d'inclusion. La règle applicable aux entités hybrides inversées ne s'applique donc pas en l'espèce.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 327.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 328.

5.4 Conclusion

En conclusion, nous retiendrons qu'en ce qui concerne l'interaction entre la règle relative aux SEC et la législation relative aux prix de transfert, le législateur belge a entériné la primauté des règles relatives aux prix de transfert. Cette hiérarchie n'empêche toutefois pas une application simultanée des deux corps de règles étant donné que, comme mentionné *supra*, « les revenus attribués en vertu de la règle de prix de transfert à une CFC peuvent encore être soumis aux règles applicables aux CFC »¹⁴⁷.

Concernant l'interaction entre la règle relative aux SEC et les dispositions anti-hybrides, nous avons pu constater l'apparition potentielle de situations de double imposition dans l'application concurrente de ces deux types de règles. Toutefois, la double imposition peut être évitée si l'on considère que seule la règle relative aux SEC doit être appliquée, puisque son application élimine la situation d'asymétrie, de double déduction ou de non-inclusion justifiant l'application d'une disposition anti-hybride. Selon l'OCDE, nous devons donc considérer que les règles relatives aux entités hybrides « ne s'appliqueront pas si le contribuable est soumis à des règles spécifiques à une transaction ou à une entité dans la juridiction de la société mère ou du payeur qui empêchent la déduction du paiement »¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Circulaire 2020/C/79 du SPF Finances du 9 juin 2020 concernant l'introduction en droit belge d'une disposition CFC, n° 21, <https://eservices.minfin.fgov.be/myminfin-web/pages/fisconet#!/document/9ba4650c-cb56-4034-b8fc-862d05a8c9c8> (consulté le 4 octobre 2020).

¹⁴⁸ OCDE (2017), *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, Editions OCDE, Paris, pp. 109-110.

6 La double imposition résultant de l'application de la seule règle SEC

Outre les cas d'interaction entre la règle relative aux SEC et les autres règles anti-évasion faisant l'objet du projet BEPS et des directives ATAD I et ATAD II, l'application de la seule règle relative aux SEC peut engendrer des situations de double imposition. Par ailleurs, l'application simultanée, par plusieurs Etats, de leur règle relative aux SEC peut également engendrer une double imposition.

6.1 Une transposition incomplète

Premièrement, malgré le fait que l'ATAD précise que « l'objectif de ces règles [les règles pour lutter contre l'érosion des bases d'imposition au sein du marché intérieur et contre le transfert de bénéfices hors du marché intérieur] ne devrait pas se limiter à lutter contre les pratiques d'évasion fiscale mais aussi viser à empêcher la création d'autres obstacles au marché, tel que la double imposition »¹⁴⁹, la directive ne crée pas d'obligation pour les Etats membres d'éliminer la double imposition¹⁵⁰. L'article 8 prévoit tout de même, aux paragraphes 5 à 7, trois mesures spécifiques dans le but de lutter contre la double imposition. La Belgique a cependant transposé ces dernières dispositions de façon incomplète.

Tout d'abord, alors que tant l'OCDE¹⁵¹ que l'ATAD¹⁵² prévoient la possibilité pour la société contrôlante de bénéficier d'un crédit d'impôt pour l'impôt étranger supporté par la SEC, le législateur belge n'a prévu aucune mesure en ce sens. Pourtant, ce principe, contenu à l'article 8, paragraphe 7, de l'ATAD « n'appartient pas au principe de la norme minimale : les Etats membres doivent accorder ce crédit d'impôt »¹⁵³.

¹⁴⁹ Considérant 5 de l'ATAD.

¹⁵⁰ A. SOOM, « Double taxation resulting from the ATAD: is there relief ? », *Intertax*, 2020, vol. 48/3, p. 273.

¹⁵¹ OCDE (2015), *op. cit.*, pp. 10 et 70.

¹⁵² Art. 8, § 7, de l'ATAD ; voy. aussi considérant 5 de l'ATAD.

¹⁵³ C. DOCCLO, *op. cit.*, p. 80.

Le législateur belge justifie la non transposition du paragraphe 7 « par le fait que cette mesure vise à contrer le glissement d'actifs et de bénéfices vers un Etat à plus faible taux d'imposition et [qu']il n'est donc pas souhaitable de compenser les coûts qui accompagnent ce déplacement artificiel »¹⁵⁴. Le législateur s'appuie en outre sur l'article 3 de la directive ATAD qui « n'empêche pas l'application de dispositions nationales ou conventionnelles visant à préserver un niveau plus élevé de protection [...] ».

Toutefois, la directive prévoit également que lorsque l'application des règles qu'elle contient « donne lieu à une double imposition, les contribuables devraient bénéficier d'un allègement sous la forme d'une déduction correspondant à l'impôt payé dans un autre Etat membre ou pays tiers, selon le cas »¹⁵⁵.

Ensuite, le législateur belge n'a pas non plus transposé le paragraphe 6 de ce même article 8 de l'ATAD¹⁵⁶ qui prévoit que « [l]orsque le contribuable cède sa participation dans l'entité ou l'activité exercée par l'établissement stable, et que la part du produit afférent à cette cession a été incluse précédemment dans la base d'imposition au titre de l'article 7, ce montant est déduit de la base d'imposition lors du calcul du montant de l'impôt dû sur ce produit afin de garantir l'absence de double imposition ».

Le paragraphe 5 a, quant à lui, fait l'objet d'une transposition. Ce dernier prévoit que « [l]orsque l'entité distribue des bénéfices au contribuable, et que ces bénéfices distribués sont inclus dans les revenus imposables du contribuable, les montants des revenus précédemment inclus dans la base d'imposition au titre de l'article 7 sont déduits de la base d'imposition lors du calcul du montant de l'impôt dû sur les bénéfices distribués afin de garantir l'absence de double imposition ». Cela est prévu, en droit belge, à l'article 202, paragraphe 1^{er}, 4^o, du CIR, qui prévoit qu'« un contribuable ayant été imposé sur les « *bénéfices non distribués* » d'une CFC, peut bénéficier de la déduction des RDT à l'occasion de la distribution ultérieure de ces

¹⁵⁴ Proposition de loi portant réforme de l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 2864/001, p. 50.

¹⁵⁵ Considérant 5 de la directive ATAD.

¹⁵⁶ J. COUGNON, *op. cit.*, p. 39.

bénéfices »¹⁵⁷. Par ailleurs, l'article 202, paragraphe 1^{er}, 5°, du CIR, « permet de bénéficier de la déduction des RDT lorsqu'une plus-value est comptabilisée sur les actions de la CFC »¹⁵⁸.

En conclusion, alors que les paragraphes 6 et 7 de l'article 8 de la directive ATAD n'ont pas été transposés en droit belge, la question de l'exhaustivité et de la conformité de la transposition belge reste ouverte. La Commission européenne informait, dans un rapport du 19 août 2020 relatif à la transposition de la directive ATAD au sein des Etats membres, de l'achèvement du contrôle d'exhaustivité en Belgique et de l'existence d'une procédure d'infraction relativement au contrôle de conformité¹⁵⁹. La Commission aurait-elle dès lors accepté la justification apportée par la Belgique à la non transposition du paragraphe 7 de l'article 8 de l'ATAD ? Nous l'ignorons. Qu'en est-il en outre de la non transposition du paragraphe 6 ? Ces questions restent ouvertes.

6.2 La double imposition résultant de l'application de la règle relative aux SEC d'un seul Etat

Une situation de double imposition peut se présenter lorsqu'une filiale de la SEC a été taxée sur son bénéfice avant de distribuer celui-ci à la SEC¹⁶⁰. Un tel revenu en provenance de la filiale sera considéré comme faiblement taxé et se verra appliquer la règle relative aux SEC. En effet, « un État membre qui calculerait l'impôt sur les sociétés effectivement payé sur les bénéfices de la CFC ne serait pas tenu de prendre en compte les impôts autres que ceux payés par la CFC elle-même »¹⁶¹.

L'article 8, paragraphe 7, susmentionné ne fournit pas de solution puisque le crédit d'impôt ne doit être octroyé que pour l'impôt payé par la SEC et pas pour l'impôt payé par sa filiale.

¹⁵⁷ G. GALEA, S. MASSARO, *op. cit.*, p. 5.

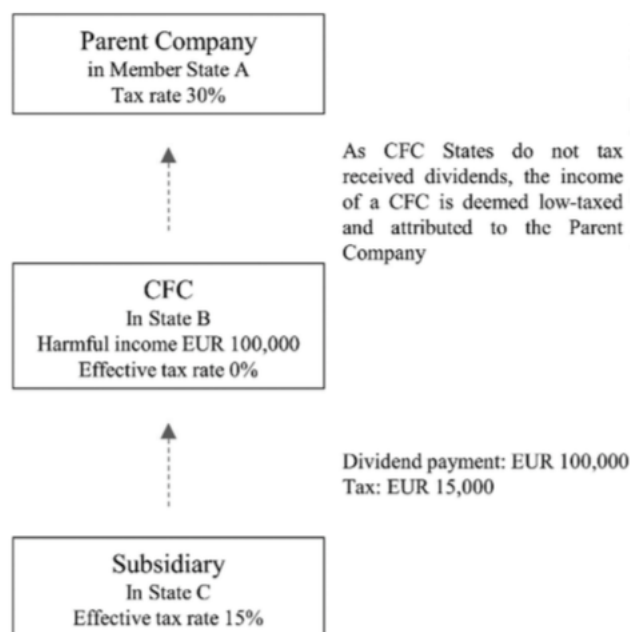
¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 6.

¹⁵⁹ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil relatif à la mise en œuvre de la 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, telle que modifiée par la 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, COM(2020) 383 final, 19 août 2020, p. 12.

¹⁶⁰ A. SOOM, *op. cit.*, pp. 276-277.

¹⁶¹ Traduction libre de A. SOOM, *ibidem*, p. 277.

Fig. 3 : Non prise en compte de la charge supportée en aval¹⁶²



6.3 L'application concurrente par plusieurs Etats de leur règle SEC

L'application simultanée par plusieurs Etats de leur règle relative aux SEC peut entraîner des situations de double imposition. Même si, « à première vue, l'approche transactionnelle présente un risque plus faible de double imposition étant donné que les revenus passifs (revenus non générés par des activités d'exploitation) ne peuvent, selon cette approche, donner lieu à une imposition belge que s'il existe un lien avec des fonctions-clés exercées en Belgique [...], le fait que différents pays puissent choisir des approches fondamentalement différentes signifie en pratique que le même bénéfice sera très probablement imposé par différents pays »¹⁶³.

6.3.1 Les SEC indirectes

Une situation de double imposition peut se présenter lorsqu'une société détient indirectement une participation dans une société établie dans un Etat à faible imposition.

¹⁶² *Ibidem*, p. 277.

¹⁶³ Traduction libre de P. DERÉ, G. VAN HULLE, *op. cit.*, p. 2.

Afin d'illustrer une telle situation, P. DERE et G. VAN HULLE¹⁶⁴ donnent l'exemple, que nous simplifions, d'une société anonyme belge, actionnaire à 100% d'une société anonyme néerlandaise. Cette dernière est elle-même actionnaire majoritaire à 51% d'une société de droit bermudien. La société bermudienne remplit les conditions d'application de la règle belge relative aux SEC. Elle est soumise à un taux d'imposition très faible aux Bermudes et le personnel de la SA belge exerce des fonctions-clés créant indirectement des bénéfices aux Bermudes. Les bénéfices générés aux Bermudes sont donc intégrés à la base imposable de la société contrôlante belge. La double imposition survient lorsque les Pays-Bas font à leur tour application de leur législation relative aux SEC et imposent les mêmes bénéfices.

Aucune disposition en Belgique ne permet de résoudre une telle situation de double imposition¹⁶⁵.

6.3.2 L'attribution du revenu de la SEC en fonction des critères de participation

L'ATAD prévoit que, lorsqu'un Etat opte pour l'approche catégorielle¹⁶⁶, « les revenus à inclure dans la base d'imposition sont calculés au prorata de la participation du contribuable dans l'entité »¹⁶⁷. Les critères de participation établis par l'ATAD sont multiples. La société contrôlante doit soit détenir une participation directe ou indirecte de plus de 50% des droits de vote, soit posséder directement ou indirectement plus de 50% du capital, soit être en droit de recevoir plus de 50% des bénéfices¹⁶⁸. L'usage, par plusieurs Etats, de critères de participation différents peut causer des situations de double imposition.

Etant donné que cette règle ne s'applique qu'à l'approche catégorielle, cette situation ne peut se présenter en Belgique. Toutefois, dans un souci d'exhaustivité, nous reprenons dans la suite un exemple.

¹⁶⁴ P. DERÉ, G. VAN HULLE, *op. cit.*, p. 3 ; pour un autre exemple, voy. O. R. HOOR, F. BUEB, *op. cit.*, pp. 18-19.

¹⁶⁵ P. DERÉ, G. VAN HULLE, *ibidem*.

¹⁶⁶ C. DOCCLO, *op. cit.*, p. 62.

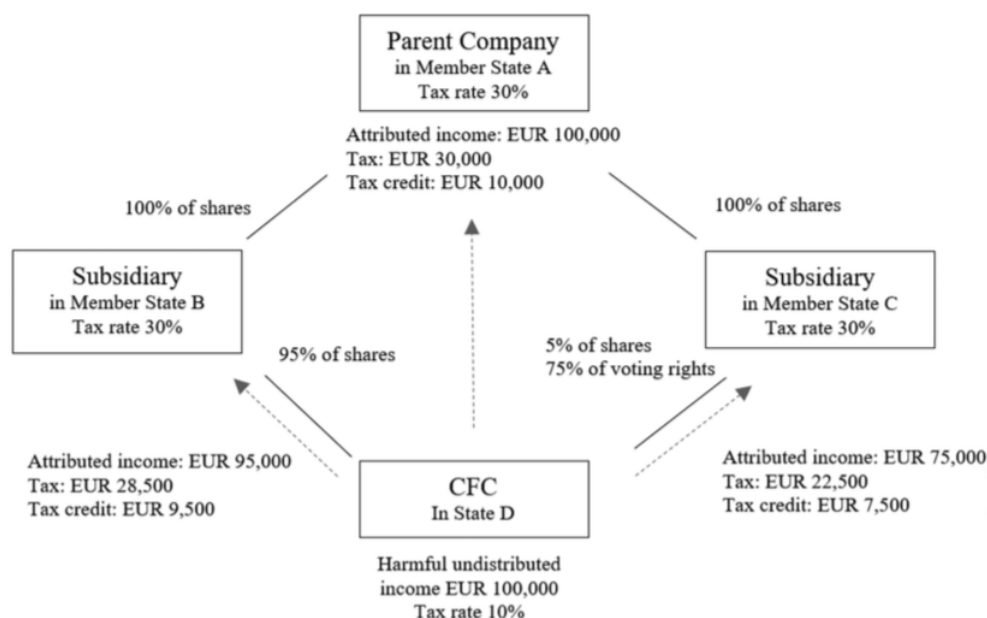
¹⁶⁷ Art. 8, § 3, de l'ATAD.

¹⁶⁸ Art. 7, § 1^{er}, a), de l'ATAD.

A. SOOM illustre cette situation par l'exemple suivant¹⁶⁹. Une SEC, résidente d'un Etat D, est détenue par une société contrôlante, résidente d'un Etat A, par l'intermédiaire de deux filiales, résidentes des Etats B et C, qui utilisent des critères de participation différents. Les Etats A, B et C considèrent que les bénéfices de la SEC sont attribuables à leur résident fiscal et imposables en vertu de leur règle relative aux SEC.

Le bénéfice non distribué de la SEC attribuable aux sociétés contrôlantes s'élève à 100.000 EUR. L'Etat B utilise le critère du capital et attribue donc à sa société résidente un montant de 95.000 EUR, soit 95% (du capital de la SEC détenu par la société résidente de B) de 100.000 EUR. L'Etat C, quant à lui, utilise le critère des droits de vote et attribue à sa société résidente un montant de 75.000 EUR, soit 75% (des droits de vote détenus au sein de la SEC par la société résidente de C) de 100.000 EUR. Enfin, 100% du montant de 100.000 EUR est attribué à la société-mère résidente de l'Etat A. Chaque Etat accorde un crédit d'impôt équivalent à l'impôt payé par la SEC dans l'Etat D sur la somme attribuée. La charge fiscale totale s'élève donc à 54.000 EUR au lieu de 30.000 EUR.

Fig. 4 : Attribution du revenu de la SEC en fonction des critères de participation¹⁷⁰



¹⁶⁹ A. SOOM, *op. cit.*, pp. 276-277.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 277.

A nouveau, la directive ne fournit aucun remède à cette situation. En effet, l'article 8, paragraphe 7, n'oblige l'Etat de résidence de la société contrôlante à prévoir un crédit d'impôt que pour l'impôt payé par la SEC.

6.4 Conclusion

En conclusion, plusieurs situations de double imposition, juridique ou économique, peuvent survenir lors de l'application de la règle belge relative aux SEC et aucune disposition ne permet à ce jour d'éliminer cette double imposition.

Premièrement, alors que la directive ATAD prévoyait plusieurs dispositions relativement à l'élimination de la double imposition, la Belgique n'a pas transposé l'intégralité de ces dernières. En effet, aucun crédit d'impôt n'est prévu en droit belge pour l'impôt payé par la SEC (double imposition économique) et aucune disposition ne prévoit l'élimination de la double imposition résultant de l'incorporation, dans la base d'imposition de la société contrôlante, du produit de la cession de sa participation dans la SEC lorsque cette somme a déjà été taxée dans le chef de la société contrôlante en application de la règle relative aux SEC (double imposition juridique).

Deuxièmement, la directive ATAD et le droit belge ne prévoient aucun remède à la double imposition résultant de la non prise en compte de l'impôt payé par une filiale de la SEC. En effet, l'Etat qui fait application de la règle relative aux SEC ne prend en compte que l'impôt payé au niveau de la SEC sans avoir égard à la charge fiscale supportée en aval (double imposition économique).

Enfin, l'application concurrente par plusieurs Etats de leur règle relative aux SEC peut engendrer une double imposition lorsque la société contrôlante belge détient indirectement des parts dans une SEC (double imposition économique).

7 Conclusion

Depuis son apparition en 1962 aux Etats-Unis, la législation relative aux SEC a soulevé de nombreuses questions, suscitant des débats au sein de la doctrine et de la jurisprudence. L'introduction d'une règle relative aux SEC dans l'ordre juridique belge, suite à la transposition de la directive ATAD, ne fait pas exception et nombreuses sont les interrogations relativement à sa compatibilité au droit européen et aux CPDI, à son interaction avec d'autres dispositions anti-abus en matière de lutte contre l'évasion fiscale ou à la double imposition pouvant résulter de son application ou de l'application concurrente, par plusieurs Etats, de leur règle SEC.

Nous avons tenté de nous positionner par rapport à la question de la compatibilité de la règle SEC au droit de l'Union européenne et avons abouti à la conformité de la règle belge au droit de l'Union. En effet, cette dernière limite son champ d'application aux bénéfices issus des seuls montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal. Par cette approche, qui découle directement de la jurisprudence Cadbury Schweppes de la CJUE, la Belgique s'assure de la conformité de la règle au droit de l'Union, cette dernière se voyant toutefois restreinte dans son champ d'application.

Concernant la compatibilité de la règle SEC avec les CPDI, nous avons conclu, à nouveau, à la compatibilité de la règle belge avec les CPDI. En effet, nous avons démontré que dans la majorité des cas, les dispositions des CPDI n'entrent pas en conflit avec la règle SEC. Dans l'éventualité où un conflit surviendrait tout de même, dans les situations intra-européennes, le législateur belge fait primer la règle SEC. La primauté est toutefois octroyée aux CPDI lorsque ces dernières sont conclues entre un Etat membre de l'Union et un Etat non membre.

Par ailleurs, nous avons dégagé un certain nombre de situations dans lesquelles la règle SEC est susceptible d'interagir avec d'autres dispositions anti-abus en matière de lutte contre l'évasion fiscale. S'agissant de son interaction avec les dispositions en matière de prix de transfert, le législateur belge a établi une hiérarchie en faisant primer ces dernières, éliminant de cette façon toute question relativement à leur coordination avec la règle SEC. La doctrine

reste toutefois partagée concernant la raison d'être de la législation relative aux SEC et à l'éventuelle redondance de cette dernière par rapport à la législation relative aux prix de transfert. Concernant ensuite l'interaction de la règle SEC avec les dispositions anti-hybrides, nous avons constaté que les situations de double imposition pouvant en résulter sont résolues sans trop de difficultés. Il reviendra aux Etats d'être vigilants dans de telles situations.

Enfin, nous terminions par soulever la survenance de situations de double imposition dans l'application de la règle SEC par un ou plusieurs Etats. Cette double imposition trouve son origine dans une transposition incomplète des dispositions prévues par l'ATAD dans le but d'éviter cette double imposition mais aussi dans la prise en compte, par l'Etat qui fait application de sa législation relative aux SEC, de la seule charge fiscale supportée par la SEC elle-même et non de celle éventuellement supportée en aval, ou encore de l'application concurrente, par plusieurs Etats, de leur règle SEC.

En conclusion, il découle de ce travail que la législation belge relative aux SEC trouve sa place au sein des ordres juridiques belge et européen, sous réserve de quelques difficultés.

En effet, nous réservons tout d'abord la question de la conformité de la transposition belge de la directive. Cette tâche n'était pas des plus aisées, les Etats membres étant placés « entre l'enclume de la directive qu'ils ont l'obligation de transposer, sous la menace d'une action en infraction initiée par la Commission européenne, et le marteau de la Cour de justice qui pourrait leur reprocher la violation d'une des libertés fondamentales garanties aux entreprises par les traités de l'Union »¹⁷¹.

La seconde question qui reste sans réponse consiste à savoir quelles solutions permettront d'éliminer les situations de double imposition recensées ci-dessus et auxquelles ni la directive, ni la législation belge, ne permettent de remédier.

¹⁷¹ C. DOCCLO, *op. cit.*, p. 62.

BIBLIOGRAPHIE

DOCTRINE

Livres et contributions dans un livre

ARNOLD, B. J., VAN WEEGHEL, S., « The relationship between tax treaties and domestic anti-abuse measures », *Tax Treaties and Domestic Law*, EC and International Tax Law Series, vol. 2, Amsterdam, IBFD, 2006, pp. 81-120.

BOIGELOT, É., « Actions BEPS : chronique d'une mort annoncée du chalandage fiscal international ? », *Mélanges Pascal Minne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 105-130.

CHAND, V., *The interaction of domestic anti-avoidance rules with tax treaties (with special references to the BEPS project)*, Tax Policy Series, Geneva/Zurich, Schulthess, 2018, 586 p.

DE BROE, L., *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, IBFD Doctoral Series, n° 14, 2008, 1112 p.

SMIT, D., *EU freedoms, non EU-countries and Company Taxation*, Eucotax, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, 898 p.

THILMANY, J., *Les transferts indirects de bénéfices entre sociétés*, Notes de cours, Université de Liège – HEC Liège, 2019-2020, 86 p.

TIBERGHIE, A., *Manuel de droit fiscal*, Liège, Wolters Kluwer, 2020, 2788 p.

VANWELKENHUYZEN, T., « Chapitre 1 - Les dispositions légales belges », *Les prix de transfert*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2015, pp. 63-131

Articles de périodiques

BLUM, D. W., « Controlled Foreign Companies : Selected Policy Issues – or the Missing Elements of BEPS Action 3 and the Anti-Tax Avoidance Directive », *Intertax*, 2018, vol. 46/4, pp. 296-312.

BRÄUTIGAM, R., SPENGEL, C., STREIF, F., « Decline of Controlled Foreign Company Rules and Rise of Intellectual Property Boxes : How the European Court of Justice Affects Tax Competition and Economic Distortions in Europe », *Fiscal Studies*, 2017, vol. 38, n° 4, pp. 719-745.

BROKELIND, C., « La protection des bases d'imposition dans le droit de l'Union européenne : tendances actuelles », *Rev. Aff. Eur.*, 2018/4, pp. 599-610.

BRONZEWSKA, K., MAJDOWSKI, F., « Revolutionary Changes to the Arm's Length Principle under the OECD BEPS Project : Have CFC Rules Become Redundant ? », *Intertax*, 2018, vol. 46/3, pp. 210-224.

CERIONI, L., « The Quest for a New Corporate Taxation Model and for an Effective Fight against International Tax Avoidance within the EU », *Intertax*, 2016, vol. 44/6, pp. 463-480.

COUGNON, J., « Réforme fiscale à l'impôt des sociétés et transposition des directives ATAD », *R.G.F.C.P.*, 2018/6, pp. 13-41.

DAVID, J., OLIVER, B., « The OECD Model and Controlled Foreign Company Regimes », *Intertax*, 1995/11, pp. 556-557.

DE MELO RIGONI, J. M., « The International Tax Regime in the Twenty-First century: The Emergence of a Third Stage », *Intertax*, 2017, vol. 45/3, pp. 205-218.

DERE, P., VAN HULLE, G., « Vennootschapsbelasting. Herschudt de Belgische CFC-regel de kaarten ? », *Fisc. Act.*, 2018/25, p. 4-11.

DE WAAL, A., « Is French controlled foreign companies legislation compatible with Treaty law ? », *International Business Law Journal*, 1994, 5, pp. 653-668.

DOCCLO, C., « L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses Etats membres », *T.F.R.*, 2017/2, n° 514, p. 61-82.

DOURADO, A., « The Role of CFC Rules in the BEPS Initiative and in the EU », *B.T.R.*, 2015, vol. 3, pp. 340-363.

FEINSCHREIBER, R., KENT, M., « The BEPS Foreign Controlled Company Provisions Provide a Call to Action », *Corporate Business Taxation Monthly*, 2014, 15(6), pp. 35-47.

FLEMING, J., PERONI, R., SHAY, S., « Getting Serious About Cross-Border Earnings Stripping : Establishing an Analytical Framework », *North Carolina Law Review*, 2015, 93(3), pp. 673-740.

FRANSSSEN, C., « Le plan BEPS de l'OCDE a-t-il une incidence concrète en droit fiscal belge ? », *B.J.S.*, 2016/571, p. 12.

GALEA, G., MASSARO, S., « La mesure belge visant les CFC : tour d'horizon », *Act. fisc.*, 2018/32, pp. 5-11.

GONZALEZ-BARRERA, P. A. H., « A Historical Analysis of the BEPS Action Plan: Old Acquaintances, New Friends and the Need for a NEW Approach », *Intertax*, 2018, vol. 46/4, pp. 278-295.

HENTSCHEL, S., MOSER, T., « The Provisions of the EU Anti-Tax Avoidance Directive Regarding Controlled Foreign Company Rules: A Critical Review Based on the Experience with the German CFC Legislation », *Intertax*, 2017, vol. 45/10, pp. 606-623.

KAHLENBERG, C., « The Interplay between the OECD Recommendations of Actions 2 and 3 Regarding Hybrid Structures », *Intertax*, 2016, vol. 44/4, pp. 316-323.

M. KANE, « Milking Versus Parking : Transfer Pricing and CFC Rules Under the Internal Revenue Code », *Tax Law Review*, 2013, 66(4), pp. 487-506.

LANG, M., « Législations sur les sociétés étrangères contrôlées et droit communautaire », *R.G.C.F.*, 2003/3, pp. 9-17.

LANG, M., « CFC Regulations and Double Taxation Treaties », *B.I.F.D.*, 2003, vol. 57/2, pp. 51-58.

LOWELL, C., WELLS, B., « Tax Base Erosion : Reformation of Section 482's Arm's Length Standard », *Florida Tax Review*, 2014, 15(10), pp. 737-798.

LYDEN-HORN, A., « Cadbury Schweppes : A Critical Look at the Future and Futility of U.K. Controlled Foreign Company Legislation », *Temple International and Comparative Law Journal*, 2008, vol. 22(1), pp. 191-210.

OUDOT DE DAINVILLE, E., « Fiscalité européenne : les temps ont changé », *Obs. Bxl.*, 2017/3, n° 109, pp. 5-6.

PEETERS, B., « Hybrid mismatches : from inspired coordination to mere anti-abuse », *Tax Magazine*, 4(2017), pp. 186-205

PEETERS, B., « Dispositifs hybrides : le régime belge », *Fiscologue*, 2019, n° 1624, pp. 3-6.

PEETERS, B., « Dispositifs hybrides : le législateur belge comme précurseur ? », *Fisco. Int.*, 2019, n° 425, pp. 1-8.

PEETERS, B., VANNESTE, L., « The Hybrid Financial Instruments : The Effects of the OECD BEPS Action 2 Report and the ATAD », *Intertax*, 2020, vol. 48/1, pp. 14-45.

ROBERT, E., SAINT-AMANS, P., « Le projet BEPS et son héritage », *R.E.I.D.F.*, 2016/4, pp. 409-419.

SCHMIDT, P. K., « Taxation of Controlled Foreign Companies in Context of the OECD/G20 Project on Base Erosion and Profit Shifting as well as the EU Proposal for the Anti-Tax Avoidance Directive – An Interim Nordic Assessment », *Nordic Tax Journal*, 2016/2, pp. 87-112.

SCHWARZ, J., « Controlled Foreign Companies and Tax Treaties », *International Bureau of Fiscal Documentation*, 1997, vol. 51/12, pp. 553-558.

SOOM, A., « Double taxation resulting from the ATAD: is there relief ? », *Intertax*, 2020, vol. 48/3, pp. 273-285.

TRAVERSA, E., HERBAIN, C. et POSSOZ, M., « 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.*, 2017/8, n° 520, pp. 330-340.

VANWELKENHUYZEN, T., « Le rapport de l'OCDE sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS) : un train fou lancé dans le brouillard ? », *R.G.C.F.*, 2015/4-5, pp. 237-257.

Sites internet

BUEB, F., HOOR, O. R., « Les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées au Luxembourg », Atoz Reports, Extended Analysis on Current Tax Topics, November 2019, <https://www.atoz.lu/media/atoz-reports-les-regles-relatives-aux-societes-etrangees-controlees-au-Luxembourg>, consulté le 1^{er} octobre 2020.

HAUFLER, A., MARDAN, M., SCHINDLER, D., « Optimal Policies against Profit Shifting : The Role of Controlled-Foreign-Company Rules », *Munich Discussion Paper*, 2016, n° 6, <https://doi.org/10.5282/ubm/epub.27745>, consulté le 6 octobre 2020.

HAY, D., « Controlled Foreign Companies Reform : How the Proposed New Rules Interact with Transfer Pricing Legislation », *International Transfer Pricing Journal*, 2010, vol. 17/4, https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/itpj_2010_04_uk_1, consulté le 6 octobre 2020.

JOHANSSON, A., SKEIE, O. B., SORBE, S., « Anti-avoidance rules against international tax planning : A Classification », *OECD Economics Department Working Papers*, n° 1356, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/1a16e9a4-en>, consulté le 6 octobre 2020.

KANE, M., « The Role of Controlled Foreign Company Legislation in the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project », *Bulletin for International Taxation*, 2014, vol. 68, n° 6/7, https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/bit_2014_06_o2_5, consulté le 6 octobre 2020.

KUZNIACKI, B., « CFC Rules, BEPS Action 3 (Draft), and EU Law », *WU International Taxation Research Paper Series*, 2015/21, <https://www.ssrn.com/abstract=2630943>, consulté le 8 octobre 2020.

KUZNIACKI, B., « Tax Avoidance through Controlled Foreign Companies under European Union Law with Specific Reference to Poland », *Accounting, Economics, and Law : A Convivium*, 2017, vol. 7(1), 20150018, https://www.degruyter.com/view/journals/ael/7/1/article-20150018.xml?tab_body=pdf-78589, consulté le 5 octobre 2020.

OFFERMANN, R., « Belgium – Corporate Taxation », *Country Tax Guides IBFD*, https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/gtha_be_chaphead, consulté le 1^{er} octobre 2020.

RUF, M., WEICHENRIEDER, A., « CFC legislation, passive assets and the impact of the ECJ's Cadbury-Schweppes decision », *WU International Taxation Research Paper Series*, 2014/02, <https://www.ssrn.com/abstract=2398309>, consulté le 8 octobre 2020.

JURISPRUDENCE

Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, 2 septembre 2006, *Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04.

CJCE, 13 mars 2007, *Thin Cap Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue*, C-524/04.

CJCE, 18 juillet 2007, *Oy AA*, C-231/05.

CJUE, 21 janvier 2010, *Société de Gestion Industrielle (SGI) c. Etat belge*, C-311/08.

CJUE, 10 novembre 2011, *Foggia*, C-126/10.

Juridictions nationales étrangères

Cour suprême du Royaume-Uni, 3 avril 1996, *Bricom Holdings Ltd v. Inland Revenue Commissioners*, https://library.cronerico.uk/cch_uk/btc/1996-spc-76, consulté le 1^{er} octobre 2020.

Cour d'appel du Royaume-Uni, 25 juillet 1997, *Bricom Holdings Ltd v. Inland Revenue Commissioners*, https://library.cronerico.uk/cch_uk/btc/1997-btc-471, consulté le 1^{er} octobre 2020.

Cour suprême administrative finlandaise, 20 mars 2002, *Re A Oyj Abp*, KHO:2002.26, 4 *International Tax Law Reports* 1009.

C.E. français, 28 juin 2002, *Société Schneider Electric*, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008092462/>, consulté le 8 octobre 2020.

Cour suprême administrative suédoise, 2008, *X AB v. Swedish Tax Agency*, affaire n° 2695-05, 12 *International Tax Law Reports* 311.

Conselho de Contribuintes (Brésil), 17 décembre 2008, *Eagle Distribuidora de Bebidas SA*, <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudencia.jsf?idAcordao=4637588>, consulté le 1^{er} octobre 2020.

Cour suprême japonaise, 29 octobre 2009, *Glaxo Kabushiki Kaisha v. Director of Kojimachi Tax Office*, affaire n° 2008 (Gyou Hi), 12 *International Tax Law Reports* 644.

Cour fiscale fédérale australienne, 4 février 2011, *Russell v. Commissioner of Taxation*, <https://jade.io/article/209448>, consulté le 7 octobre 2020.

Cour fédérale régionale de la seconde région brésilienne, 2011, *Cia Vale do Rio Doce*, affaire n° 2003.51.01.002937-0, <https://www.jusbrasil.com.br/processos/235787592/processo-n-20035101002937-0-do-trf-2>, consulté le 7 octobre 2020.

LEGISLATION

Travaux de l'OCDE

OCDE (1986), *Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés écran*, Editions OCDE, Paris.

OECD (2013), *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Editions OECD, Paris.

OCDE (2015), *Concevoir des règles efficaces concernant les sociétés étrangères contrôlées, Action 3 - Rapport final 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Editions OCDE, Paris.

OCDE (2017), *Empêcher l'octroi inapproprié des avantages des conventions fiscales, Action 6 – Rapport final 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Editions OCDE, Paris.

OCDE (2017), *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, Editions OCDE, Paris.

OCDE (2019), *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2017 (Version complète)*, Editions OCDE, Paris.

Directives et rapports européens

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.U.E.*, L 193/1, 19 juillet 2016.

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.

Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil relatif à la mise en œuvre de la 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, telle que modifiée par la 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, COM(2020) 383 final, 19 août 2020.

Lois et circulaires belges

Loi du 25 décembre 2017 portant réforme de l'impôt des sociétés, *M.B.*, 29 décembre 2017.
Loi du 30 juillet 2018 portant des dispositions diverses en matière d'impôts sur les revenus, *M.B.*, 10 août 2018.

Circulaire 2020/C/79 du SPF Finances du 9 juin 2020 concernant l'introduction en droit belge d'une disposition CFC, <https://eservices.minfin.fgov.be/myminfin->

web/pages/fisconet#!/document/9ba4650c-cb56-4034-b8fc-862d05a8c9c8, consulté le 8 octobre 2020.

Documents parlementaires

Proposition de loi portant réforme de l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 2864/001.

Projet de loi portant des dispositions diverses en matière d'impôts sur les revenus, *Doc. Parl.*, Ch., 2017-2018, n° 3147/001.

