

UCL

Université
catholique
de Louvain

Faculté de droit et de criminologie (DRT)

*À quel prix l'État belge s'inscrit-il dans la lutte contre l'évasion fiscale :
Oscillation entre efficacité et opportunité ?*

Mémoire réalisé par
Fauve BEX
&
Alexis VAN FRAEYENHOVEN

Promoteur(s)
Philippe MALHERBE

Année académique 2017-2018
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL. Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

« Aucun d'entre nous n'est plus intelligent que l'ensemble d'entre nous » et notre recherche n'aurait pas été aboutie sans l'aide précieuse de l'ensemble d'entre vous.

Nous tenions ainsi à adresser nos sincères remerciements au Professeur Philippe Malherbe, notre promoteur, pour son soutien, sa disponibilité et les discussions intéressantes que nous avons puees entretenir.

Toute notre gratitude va également aux professionnels qui ont eu la gentillesse de partager leur savoir : Maître Caroline Docclo, Madame Hilde Wampers, le Professeur Axel Cordewener et Monsieur Olivier Hermand.

En outre, nous tenions à remercier nos parents respectifs toujours aussi patients qui n'ont pas hésité à prendre de leur précieux temps pour répondre à nos questions et relire notre travail. Nous remercions également Chloé et Béatrice pour leur relecture consciencieuse et avisée ainsi que leur soutien.

Enfin, nos remerciements vont à l'ensemble de nos familles et amis pour nous avoir accompagnés dans les périodes de doutes et encouragés tout au long de notre recherche.

*« Chasing tax avoidance makes politicians
popular, not successful »
Alexandre Stylianoudis*

Table des matières

Remerciements	5
Liste des abréviations	13
INTRODUCTION	15
Opinion préliminaire	18
PARTIE 1. CADRE SÉMANTIQUE	19
Chapitre 1. Introduction à la notion d'évasion fiscale	19
Section 1. Notions	19
Sous-section 1. L'égalité devant l'impôt	19
Sous-section 2. La légalité de l'impôt	20
§1 ^{er} . Fondements	20
§2. Conséquences sur l'interprétation de la loi	21
A. La franchise des personnes et des biens	21
B. L'interdiction de l'interprétation par analogie	22
Sous-section 3. Le choix licite de la voie la moins imposée	22
Section 2. Notion d'« évasion fiscale »	23
Sous-section 1. Approche de la définition d'« évasion fiscale »	24
§1 ^{er} . L'abus fiscal	24
§2. La fraude fiscale	25
Sous-section 2. L'« évasion fiscale »	27
§1 ^{er} . Terminologie	27
§2. Origine et évolution de la lutte contre l'évasion fiscale	27
§3. Définition	29
Sous-section 3. Frontières de l'évasion fiscale licite	30
§1 ^{er} . De l'évasion à l'abus	31
A. Balises	31
B. Type de mesures mises en œuvre contre l'évasion fiscale	32
§2. Comparaison avec la fraude	33
§3. Justice fiscale	34
Chapitre 2. Cadre juridique	36
Section 1. Au niveau international	36
Sous-section 1. Prélude à l'intervention de l'OCDE	36
Sous-section 2. Intervention de l'OCDE	37
§1 ^{er} . Objectifs de l'intervention	37
§2. BEPS action plan	39
A. Acteurs associés aux travaux BEPS	39
B. Les travaux BEPS	40
Section 2. Au niveau européen	41
Sous-section 1. Difficultés d'harmonisation	41

Sous-section 2. La directive 2016/1164 (Atad I)	45
§1. Objectifs de la directive.....	45
§2. Le contenu des règles de la directive Atad I	46
A. Règle sur la limitation de la déduction des intérêts (article 4)	46
B. Règle d'imposition à la sortie (article 5)	47
C. Règle relative aux sociétés étrangères contrôlées (articles 7 et 8).....	48
D. Dispositifs hybrides (article 9)	49
E. La clause anti-abus générale (article 6).....	50
Sous-section 3. La directive 2017/952 (Atad II).....	51
Sous-section 4. La directive Mère-Fille.....	52
Sous-section 5. La directive Fusion	54
Section 3. Au niveau belge.....	55
Sous-section 1. Types d'évitement	56
§1. Excess profit rulings (exonération des bénéfices excédentaires).....	56
A. Mécanisme.....	56
B. Les « excess profit rulings » et la Commission	58
§2. Aides d'État.....	59
A. Mécanisme.....	59
B. Les aides d'État et la Belgique, illustration	60
§3. Intérêts notionnels	61
A. Mécanisme.....	61
B. La DCR comme « évitement » sous l'ancien régime	62
Sous-section 2. Mesures anti-évitement.....	65
§1 ^{er} . L'article 344 § 1 CIR (1992).....	65
A. Justification d'adoption de la mesure	65
B. Contenu de la règle	66
§2. Implémentation d'Atad I et d'Atad II en droit belge.....	69
A. Règle sur la limitation de la déduction des intérêts	69
B. Règle d'imposition à la sortie.....	70
C. Règle relative aux sociétés étrangères contrôlées (SEC).....	71
D. Règle sur les dispositifs hybrides	72
<i>Conclusion et opinion intermédiaire.....</i>	74
PARTIE 2. CADRE ANALYTIQUE.....	76
Chapitre 1. Impacts de la lutte contre l'évasion fiscale pour les multinationales.....	76
Section 1. Impacts généraux.....	76
Sous-section 1. Notion de planification fiscale.....	76
Sous-section 2. BEPS.....	78
§1 ^{er} . Bref rappel et mise en garde.....	78
§2. Impacts	79
A. Sur les dividendes.....	79
B. Sur la compétitivité.....	79
C. Sur le nombre de litiges	80
D. Sur l'entreprise dans sa globalité.....	81
§3. Prévention.....	82
Section 2. Impacts des directives Atad I et Atad II mettant en œuvre le BEPS... 83	83

Sous-section 1. Limitation de la déduction des intérêts.....	83
Sous-section 2. Règle d'imposition à la sortie (<i>Exit taxation</i>).....	85
Sous-section 3. Règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (SEC)	86
§1. Avenir de l'article 344 §2 CIR (1992)	86
§2. La question du Capital Import Neutrality (« CIN »).....	88
§3. Risque de double imposition	89
Sous-section 4. Dispositifs hybrides	92
Section 3. Impacts des nouvelles mesures lors d'une opération spécifique : <i>Merger and acquisition (M&A)</i>	94
Chapitre 2. La place des pays en développement dans la lutte contre l'évasion fiscale..	97
Section 1. Difficultés d'insertion dans le projet BEPS.....	98
Sous-section 1. Sources de la difficulté d'insertion.....	99
Sous-section 2. Illustration de l'implémentation de certaines actions du projet BEPS dans les pays en développement.....	100
§1 ^{er} . Limitation de la déduction des intérêts (Action 4).....	100
§2. Prévention de l'utilisation abusive des conventions fiscales (Action 6)..	101
Section 2. Projets d'avenir.....	103
Sous-section 1. Hypothèse d'une assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés mondiale (ACCIS).....	103
Sous-section 2. Plus de justice fiscale ?	106
Chapitre 3. Analyse des règles de lutte contre l'évasion fiscale sous le prisme de la notion d'efficacité.....	108
Section 1. La notion d'efficacité	108
Sous-section 1. Efficacité et notions voisines	109
§1. Effectivité d'une règle	109
§2. Efficience d'une règle.....	109
§3. Efficacité d'une règle.....	110
Sous-section 2. Efficacité et justice fiscale.....	110
Sous-section 3. Efficacité dans la lutte contre l'évasion fiscale.....	111
Section 2. Efficacité du contenu des règles anti-évasion et contraintes externes	111
Sous-section 1. Analyse de fond	112
§1. Article 344 §1 CIR	112
§2. Dispositions Atad de la loi du 25 décembre 2017.....	115
Sous-section 2. Contraintes externes à l'efficacité	116
§1. Contrainte temporelle.....	119
§2. Contrainte liée à la multiplicité des acteurs	120
§3. Contrainte budgétaire	120
Section 3. Bilan d'efficacité, perspectives d'avenir et réflexion personnelle.....	121
Sous-section 1. Bilan d'efficacité.....	121
Sous-section 2. Autres pistes pour lutter contre l'évasion fiscale	121
§1. ACCIS	122

§2. Taxation de l'économie digitale	123
Sous-section 3. Réflexion personnelle	124
§1. ACCIS	124
§2. Suppression de l'impôt des sociétés et taxation à la source.....	125
§3. Contrôle « soft » et contrôle « hard ».....	125
§4. Remplacement de l'Isoc par une taxe comme la TVA	126
§5. Baisse des taux de l'Isoc	126
Chapitre 4. Analyse des règles de lutte contre l'évasion fiscale sous le prisme de la notion d'opportunité.....	127
Section 1. La notion d'opportunité	127
Section 2. Opportunité du contenu des règles anti-évasion.....	128
Sous-section 1. Article 344 CIR	128
Sous-section 2. Loi du 25 décembre 2017	129
CONCLUSION	132
ANNEXE	137
Interview de Madame Hilde WAMPERS, Présidente de la Commission fiscale de la Fédération des entreprises de Belgique et Head of Tax	137
BIBLIOGRAPHIE.....	142
I. Législation	142
a. Législation européenne	142
b. Législation belge.....	145
II. Jurisprudence.....	146
III. Doctrine.....	147
IV. Autres documents officiels	155
a. Documents internationaux.....	155
b. <i>Documents européens</i>	156
c. Documents belges	158
V. Divers	158

Liste des abréviations

ACCIS	Assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés
ACIS	Assiette commune pour l'impôt des sociétés
Atad	Anti-Tax Avoidance Directive
ATAF	Forum africain sur l'administration fiscale
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CbC	Country-by-Country reporting
CEN	Capital Export Neutrality
CIAT	Centre interaméricain des administrations fiscales
CIN	Capital Import Neutrality
CIR	Code des impôts sur les Revenus
CJ	Cour de Justice
CNCD	Centre national de Coopération au développement
CREDAF	Centre de rencontres et d'études des dirigeants des administrations fiscales
DAC	Directive sur la coopération administrative
DCR	Déduction pour capital à risque
EBIT	Earnings Before Interests, Taxes
EBITDA	Earnings Before Interests, Taxes, Depreciation and Amortization
EY	Ernst & Young
FMI	Fonds Monétaire international
GAAR	General anti-Abuse Rule
IOTA	Organisation intra-européenne des administrations fiscales
KPMG	Klynveld Peat Marwick Goerdeler
M&A	Mergers and Acquisitions
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OLO	Obligations linéaires
ONU	Organisation des Nations Unies
PED	Pays en développement
PwC	PricewaterhouseCoopers
RDT	Revenus définitivement taxés
RSAA	Règle spécifique Anti-abus
SEC (ou CFC)	Sociétés Étrangères Contrôlées (<i>Controlled Foreign Companies</i>)
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TUE	Traité sur l'Union Européenne
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée

Introduction

Evasion fiscale, « *Panama Papers* », « *LuxLeaks* », « *Paradise Papers* », voici les mots qui depuis quelques années apparaissent régulièrement à la une des journaux. Souvent synonymes de scandales financiers, ces gros titres dénoncent les bénéficiaires disproportionnés que peuvent réaliser certaines grandes entreprises au détriment du reste de la population ou des autres sociétés ne tirant pas de tels profits. En effet, certaines multinationales comme *Apple*, *Starbucks* et *Amazon* sont accusées de s'adonner à des pratiques fiscales suspectes qui leur permettent de réduire de manière parfois extrême leurs impôts et d'économiser des millions d'euros selon certaines études. Les yeux de la société sont ainsi rivés sur ce qu'ils pensent être une injustice et condamnent l'évasion fiscale fermement alors que ces pratiques sont en principe tout à fait licites.

Mise sous pression par l'opinion publique, l'organisation de coopération au développement économique (OCDE) a donc entrepris d'adopter des mesures pour lutter contre l'évasion fiscale et c'est ainsi que le projet contre l'érosion de la base imposable et les transferts de bénéfices (BEPS) a vu le jour. Dans un premier temps, l'Union européenne a emboîté le pas en entreprenant des enquêtes sur les pratiques fiscales possibles dans certains pays. Dans ce cadre, la Commission européenne a notamment enjoint la Belgique de supprimer son régime d'exonération des bénéficiaires excédentaires.¹ Dans un second temps, l'Union a adopté une directive établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le marché intérieur.²

Dans leurs procédures, ces organisations ont vivement encouragé non seulement leurs États membres, mais également d'autres États à procéder à l'introduction de ces règles dans leur ordre juridique national. Cependant, leur instauration n'est pas aisée car elles poussent certains États à remanier leur propre système fiscal, qui contient parfois déjà des mesures anti-évasion, voire à insérer de nouveaux mécanismes qui doivent de préférence être conciliables avec ceux déjà en place. Le plus grand défi des États est de mettre en œuvre ces mesures tout en préservant une certaine attractivité pour les entreprises transnationales ainsi qu'une égalité entre ces dernières et les sociétés purement nationales. La Belgique n'a pas manqué de s'inscrire dans ce

¹ Déc. (CE) de la Commission du 11 janvier 2016 relative aux régimes d'aides d'État concernant l'exonération des bénéficiaires excédentaires SA.37667 (2015/C) (ex 20151NN) mis en œuvre par la Belgique, C (2015) 9837 final, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/256735/256735_1748546_183_5.pdf.

² 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, 19 juillet 2016 (« Directive Atad », ci-après).

combat contre l'évasion fiscale et cela nous a conduit à rechercher à *quel prix l'État belge s'inscrit dans la lutte contre l'évasion fiscale : oscillation entre efficacité et opportunité ?*

Afin d'apporter une réponse aussi pertinente que possible à cette question, l'étude, adoptant le point de vue de l'État belge, se déploiera en deux temps : dans un premier temps, elle nécessitera une connaissance approfondie de certaines notions, en particulier celle d'évasion fiscale, et des mesures mises en œuvre aujourd'hui tant au niveau international, qu'aux niveaux européen et belge. Cela nous permettra de basculer, dans un second temps, vers une analyse à la fois plus pratique et critique de la question.

Au vu de la complexité de la question, il nous a paru intéressant de commencer la présente étude par une opinion préliminaire apportant une première réponse à notre question de recherche. Cette opinion sera adaptée à deux moments-clés du travail que sont les conclusions de chaque partie afin de la voir évoluer en fonction de nos recherches.

Une fois notre opinion préliminaire exprimée, la première partie de la recherche s'attachera d'une part à définir les contours de la notion d'évasion fiscale et d'autre part à expliciter les mesures pertinentes prises à son encontre. Nous verrons donc en premier lieu que la notion au cœur de ce travail est ambiguë et c'est pour cette raison que l'approche vers une première définition demande, selon nous, de s'attarder sur les principaux concepts qui l'entourent. Ceux-ci sont des principes généraux du droit fiscal comme l'égalité devant l'impôt ou la légalité de l'impôt, mais également des notions satellites de l'évasion que sont l'abus et la fraude fiscale. Ce n'est qu'après avoir établi ces balises qu'il sera possible d'en dessiner certaines frontières qui devront permettre de mieux comprendre pourquoi des mesures contre l'évitement ont été adoptées.

En second lieu, nous développerons en détails ces nouvelles règles en suivant une technique de l'entonnoir, c'est-à-dire en commençant par le niveau international, ensuite le niveau européen et en terminant par le niveau national. Il convient d'étudier les deux premiers car les récentes mesures adoptées par le législateur belge sont largement tributaires de ceux-ci. De ce fait, une attention particulière sera portée sur les travaux de l'OCDE menant au projet BEPS et sur les directives européennes adoptées dans ce domaine, dont la directive Atad. Avant d'examiner les règles adoptées par l'État belge et sa transposition de la directive Atad, certains mécanismes auxquels les personnes morales recourent principalement en Belgique en vue d'éluder l'impôt seront étudiés. En guise de conclusion de cette première partie, nous verrons

s'il est possible d'affiner la définition de l'évasion fiscale tout en examinant l'évolution de notre opinion préliminaire.

De là, nous entrerons dans la deuxième partie de cette étude et adopterons un regard pratique, critique et réflexif sur les mesures adoptées. Ce deuxième pan sera réparti en quatre chapitres distincts. Ces derniers seront chacun alimentés par des discussions et avis de praticiens notamment, afin de cerner au mieux l'application des données théoriques sur le terrain.

Premièrement, nous nous placerons cette fois du point de vue des multinationales afin d'examiner si elles ressentent des impacts de la lutte contre l'évasion. Pour ce faire, il faut comprendre ce que l'on entend par la planification fiscale, à laquelle toute multinationale recourt, car il est possible que certains mécanismes introduits par le projet BEPS et la directive Atad l'influencent de manière conséquente, même au-delà de la seule branche fiscale.

Deuxièmement, un regard sera jeté sur la place qu'occupent les pays en développement dans le projet de l'OCDE afin de saisir non seulement la difficulté de son insertion dans ces États, mais également de rechercher s'il existe des différences entre l'insertion du projet dans ces régions et en Belgique. Ensuite, nous verrons si une hypothèse d'assiette commune consolidée de l'impôt des sociétés est envisageable au niveau mondial en la comparant avec le projet européen. Par ailleurs, ce deuxième chapitre permettra de comprendre s'il est possible d'injecter davantage de justice fiscale dans toutes ces mesures.

Troisièmement, nous procéderons à un examen en termes « d'efficacité » des mesures adoptées. En partant de l'analyse de ce terme, nous tenterons de forger une opinion personnelle parmi celles existantes au sein de la communauté des praticiens. Nous examinerons également si les objectifs tels que décrits dans la première partie de notre travail ont été atteints, si d'éventuels effets secondaires peuvent être constatés et si des alternatives aux mesures envisagées sont souhaitables ou non.

Enfin, la lutte contre l'évasion fiscale sera analysée sous le prisme de la notion d'opportunité. Partant également de sa définition, nous verrons si l'État belge a préféré cette voie à celle de l'efficacité ou s'il a trouvé un équilibre entre ces deux pôles.

Opinion préliminaire

A ce stade de notre recherche et dans un contexte où la concurrence fiscale internationale est grandissante, nous pensons que la Belgique est confrontée à un profond dilemme. D'une part, suivre l'agenda de l'Union européenne concernant l'évasion fiscale pourrait être synonyme de pertes socio-économiques importantes, mais répondrait à un objectif d'efficacité. D'autre part, si l'État choisit de se marginaliser par rapport à ces mesures, cela signifierait qu'il mette de côté sa place centrale au sein de l'Union ainsi que son rôle de modèle en tant qu'État pro-européen pour sauvegarder ses propres intérêts et se placerait alors plutôt dans une optique d'opportunité. Nous avons le sentiment que le tableau sera plus nuancé et qu'une alternative existe entre ces deux extrêmes. Nous pensons qu'une solution qui allie à la fois efficacité et opportunité est possible sur le long terme, mais que, dans cette matière précise, la Belgique devra suivre chaque initiative car une Europe à deux vitesses ne pourra pas être conçue.

PARTIE 1. CADRE SÉMANTIQUE

Chapitre 1. Introduction à la notion d'évasion fiscale

La notion d'évasion fiscale est un concept complexe et équivoque. Il convient par conséquent de garder à l'esprit sa signification tout au long de cette étude, d'où l'importance de son introduction dans ce premier chapitre.

Section 1. Notions

Nous pensons qu'il est nécessaire de s'attarder à ce stade sur trois principes de base du droit fiscal belge : l'égalité devant l'impôt (Sous-section 1), la légalité de l'impôt (Sous-section 2) et le choix licite de la voie la moins imposée (Sous-section 3). Outre l'utilité de ces principes pour comprendre l'étendue de la notion d'« évasion fiscale », nous pensons qu'ils alimenteront potentiellement notre réflexion sur le motif de son existence.

Sous-section 1. L'égalité devant l'impôt

Le principe de l'égalité devant l'impôt nous guidera tout au long de cette étude afin de tenter d'analyser l'efficacité et l'opportunité de la lutte contre l'évasion fiscale ainsi que de répondre à certaines questions telles que : *Est-il juste qu'un contribuable se place en dehors du champ d'application d'une loi fiscale alors que d'autres, objectivement dans une situation comparable, n'en ont pas la possibilité ? L'attitude de ces contribuables est-elle réprimandée ?* ou encore : *Pourquoi des révélations telles que les Panamas et les Paradise papers font surface ?*³. Pour ces raisons, il est intéressant dans un premier temps de définir les contours de la notion d'égalité.

L'article 172 de la Constitution prévoit :

*« Il ne peut être établi de privilège en matière d'impôts. Nulle exemption ou modération ne peut être établie que par une loi »*⁴.

Cette disposition est un affinement des règles d'égalité et de non-discrimination prévues par les articles 10 et 11 de la Constitution.

³ Questions soulevées par notre entourage dès que la notion d'évasion fiscale surgit. Les Panama et Paradise papers désignent la fuite de documents contenant des informations sur des sociétés *offshores* recourant à l'évasion fiscale. [Source : Consortium international des journalistes d'investigation].

⁴ Const., art. 172.

En matière fiscale, le principe d'égalité signifie que tous les contribuables qui se trouvent dans une situation identique doivent être imposés et traités de la même manière. Cela désigne une discrimination « positive ».⁵ Par ailleurs, les contribuables qui ne se trouvent pas dans une même situation ne peuvent se voir appliquer un même régime. Cela désigne une discrimination « négative ».⁶ Une dérogation peut être apportée à ces discriminations à condition que la mesure adoptée ne soit pas arbitraire, « *c'est-à-dire qu'elle soit susceptible de justification objective et raisonnable* »⁷ et, soit proportionnelle par rapport aux buts et aux conséquences de l'impôt établi.⁸

Enfin, il appartient à la Cour constitutionnelle belge de juger si une règle enfreint les principes d'égalité et de non-discrimination. En revanche, la Cour dit qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur le caractère opportun ou non d'une mesure prescrite. Ce rôle revient au législateur.⁹ Toutefois, reste entre les mains de la Cour la capacité de déterminer si l'on se trouve en présence d'une discrimination positive ou négative.¹⁰

Sous-section 2. La légalité de l'impôt

§1^{er}. Fondements

Le principe de la légalité de l'impôt est consacré par l'article 170, §1^{er} de la Constitution. Cet article dispose :

« *Aucun impôt au profit de l'État ne peut être établi que par une loi* »¹¹.

Il en ressort que l'impôt doit non seulement être établi « en vertu de la loi » mais également « par la loi ». ¹² Cela signifie qu'il ne peut être prévu que par le législateur et non par l'exécutif, au risque de contrevenir à la règle « *no taxation without representation* ». ¹³ Cette expression

⁵ V. SÉPULCHRE, « Le principe d'égalité devant l'impôt », in *L'évolution des principes généraux du droit fiscal : 20^e anniversaire de la maîtrise en droit fiscal*, T. Afschrift (dir.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 17.

⁶ *Ibid.*, p. 18.

⁷ C. const., 13 octobre 1989, n°23/99, *Rev. rég. dr.*, 1989, p. 611, note X. DELGRANGE.

⁸ V. SÉPULCHRE, « Le principe d'égalité devant l'impôt », *o.c.* (v. note n° 5), p. 16.

⁹ C. const., 14 décembre 1994, n°89/94, *M.B.*, 28 décembre 1994, p. 32119, B.5.1.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Const., art. 170, §1^{er}. C'est nous qui soulignons.

¹² D. GARABEDIAN, « Politique belge de prévention de l'évasion fiscale – une introduction à l'usage des non-spécialistes », in *Les paradis fiscaux et l'évasion fiscale (droit belge et international) – Actes des journées d'études des 20-21 janvier 2000*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 199.

¹³ T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Bruxelles, Larcier, 2003, 2^e éd., p. 50.

démontre que les assemblées délibérantes, élues démocratiquement par la population, sont incarnées par le législateur et qu'aucune taxe ne peut être établie sans son aval.¹⁴

§2. Conséquences sur l'interprétation de la loi

A. La franchise des personnes et des biens

De nombreux auteurs de doctrine établissent que la légalité devant l'impôt est le précepte, notamment, des principes de « *la franchise générale des personnes et des biens* » et du choix licite de la voie la moins imposée.¹⁵ Nous développerons davantage ce dernier principe ultérieurement. Quant au premier, il est pertinent de s'y attarder dès maintenant car il a des conséquences sur l'interprétation de la loi fiscale.

« *La franchise générale des personnes et des biens* » est consacrée dans un arrêt de la Cour de cassation du 9 décembre 1948.¹⁶ Cet arrêt concernait l'application d'une loi fiscale en matière de taxation indirecte. La Cour y conclut que cette disposition ne pouvait pas être interprétée de manière extensive et « *que tel est, en effet, le principe en matière de toutes dispositions qui restreignent la franchise des personnes et des biens* »¹⁷. Tant la jurisprudence que la doctrine s'accordent ainsi à dire qu'il faut adopter une interprétation stricte de la loi fiscale lorsqu'il s'agit d'analyser une situation potentiellement imposable.¹⁸

De plus, cette interprétation stricte découle indirectement de l'article 170 de la Constitution et de l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹⁹. Ces deux dispositions ainsi que l'arrêt de la Cour de cassation de 1948 montrent que l'imposition est une exception au droit du respect des biens de la

¹⁴ C. const., 17 octobre 2007, pt. B.3., n° 131/2007, *F.J.F.*, n° 2010/212, *R.G.C.F.*, 2008, n°3, p. 274 et *T.F.R.*, 2008, n° 338, p. 309 ; L. DE BROE, « De vervagende grens tussen belastingontduiking en belastingvermijding », in *Reflecties over de aanpak van de fiscale fraude en de rechten van de belastingplichtige*, L. Vanheeswijck (dir.), Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 46-47.

¹⁵ T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, o.c. (v. note n° 13), p. 51 ; D. GARABEDIAN, « Politique belge de prévention de l'évasion fiscale – une introduction à l'usage des non-spécialistes », o.c. (v. note n° 12), p. 199 ; M. BOURGEOIS et E. TRAVERSA, « XVIII. B. – Les droits constitutionnels des contribuables », in *Les droits constitutionnels en Belgique (Volume 1 et 2)*, M. Verdussen et N. Bonbled (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1574.

¹⁶ Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 704.

¹⁷ T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, o.c. (v. note n° 13), p. 51 (se basant sur Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 704).

¹⁸ Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 704 ; T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, o.c. (v. note n° 12), p. 51 ; L. DE BROE, « De vervagende grens tussen belastingontduiking en belastingvermijding », o.c. (v. note n° 14), pp. 35-36.

¹⁹ Art. 1^{er} du Protocole additionnel n°1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Paris le 20 mars 1952, approuvé par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 18 août 1955, p. 5028.

personne. S'inscrivant comme une dérogation à un droit fondamental, il convient d'interpréter toute loi fiscale de façon restrictive.²⁰ Dès lors, lorsque la lettre de la loi fiscale ne mentionne pas explicitement et sans équivoque qu'une situation donnée est grevée d'un impôt, personne, ni même le juge, ne peut en déduire que cette situation est imposable.²¹

B. L'interdiction de l'interprétation par analogie

La jurisprudence a déduit du principe de la légalité devant l'impôt et de celui de « *la franchise générale des personnes et des biens* » une interdiction de l'interprétation par analogie.²² Mr. AFSCHRIFT, professeur à l'Université libre de Bruxelles, soulève que : « *L'application d'une loi par analogie ne consisterait pas en une interprétation de la loi, mais en une manière de combler les lacunes de celle-ci* »²³. En droit commun, ce type d'interprétation est en principe admis. Cependant en droit fiscal, son application résulterait à donner au juge le pouvoir d'étendre la loi fiscale et d'éventuellement permettre une imposition qui n'aurait pas lieu d'être autrement. Le juge ne peut pas exploiter les lacunes de la lettre fiscale. Ceci revient ainsi à constater qu'*in fine*, il n'y a pas de lacune.²⁴ En effet, la logique voudrait qu'une lacune soit par définition une interruption, un vide dans un texte, ce qui signifie que ce texte peut être complété. Or, comme « *il n'y a pas lieu de compléter une loi fiscale en l'interprétant* »²⁵, nous pouvons considérer qu'il n'existe pas de lacune dans le chef du juge et partageons ainsi l'idée de Mr. AFSCHRIFT. Par conséquent, tout comme nous l'avons conclu pour l'interprétation restrictive : en l'absence de loi pourvue à cet effet, il n'y a, simplement, pas d'imposition.²⁶ En revanche, il sera vu qu'aux yeux des contribuables, il existe des lacunes exploitables et ceci permet entre autres de faciliter l'évasion fiscale.

Sous-section 3. Le choix licite de la voie la moins imposée

Le principe du choix licite de la voie la moins imposée a été défini pour la première fois dans un illustre passage de la Cour de cassation dans l'arrêt *Brepols* de 1961, qui a ensuite été affiné dans l'arrêt *Aux Vieux Saint-Martin* en 1990 :

²⁰ T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, o.c. (v. note n° 13), pp. 50-63 ; T. AFSCHRIFT, *L'abus fiscal*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 15-17.

²¹ C. Const, 13 mars 2008, n° 54/2008, n° B.12, *F.J.F.*, 2009, liv. 6, p. 583, *Rev. Dr. Ulg*, 2008, liv. 4, p. 525, *R.G.C.F.*, 2009 (sommaire), liv. 2, p. 170.

²² Cass., 17 janvier 1924, *Rec. Gén. Enr. Not.*, n° 16065, p. 46 et note E. Genin ; Cass., 13 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 910 ; A. TIBERGHEN, *Manuel de Droit Fiscal*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2017, Tome 1, p. 35.

²³ T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, o.c. (v. note n° 12), p. 53.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ A. TIBERGHEN, *Manuel de droit fiscal*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2017, Tome 1, p. 35, pt. 0212.

²⁶ T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, o.c. (v. note n° 13), pp. 53-54.

« Il n'y a ni simulation prohibée à l'égard du fisc, ni, partant fraude fiscale, lorsque, en vue de bénéficier d'un régime fiscal plus favorable, les parties, usant de la liberté des conventions, sans toutefois violer aucune obligation légale, établissent des actes dont elles acceptent toutes les conséquences, même si la forme qu'elles leur donnent n'est pas la plus normale (arrêt Brepols) et même si ces actes sont accomplis à seule fin de réduire la charge fiscale (arrêt Au Vieux Saint-Martin) »²⁷.

Ce principe est présenté par tous les auteurs de doctrine comme découlant directement de celui de la légalité de l'impôt et s'inscrivant comme l'un des piliers du droit fiscal.²⁸ Ce choix permet au contribuable de se placer en dehors de la loi fiscale ou au moins dans une situation économiquement plus avantageuse, en toute légalité. Outre l'interdiction de l'interprétation par analogie que nous venons d'analyser²⁹, retenir une imposition sur les revenus de ce contribuable alors qu'une voie moins imposée est légalement possible reviendrait à ôter de cette voie son caractère en principe licite.³⁰ En effet, cela signifierait que le contribuable n'ait plus aucune marge de manœuvre face à une situation imposable.

Le seul moyen pour le législateur d'éventuellement contourner le principe, tout en respectant l'article 170 de la Constitution, est de prévoir de façon précise dans la disposition légale une extension ou une exonération d'impôts pour certaines situations particulières.³¹ Il a notamment utilisé cette méthode dans le cadre de certaines mesures anti-abus telles que l'article 211 du C.I.R. (1992) qui prévoit des conditions d'exonération pour les fusions et scissions ou encore l'article 344 du même code qui prévoit une mesure générale anti-abus que nous étudierons ultérieurement.³²

Section 2. Notion d'« évvasion fiscale »

Après avoir revu certains principes et notions de base du droit fiscal belge, nous pouvons désormais nous plonger au cœur de la présente étude en analysant le concept d'« évvasion fiscale ». L'angle sous lequel nous abordons l'évvasion fiscale ne nous permet pas d'emblée d'en

²⁷ Cass., 6 juin 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 1082 ; Cass., 22 mars 1990, *Pas.*, I, p. 853.

²⁸ T. AFSCHRIFT, *L'abus fiscal, o.c.* (v. note n° 20), p. 15 ; D. GARABEDIAN, « Le principe du choix licite de la voie la moins imposée – un état des lieux », in *L'évolution des principes généraux du droit fiscal*, pp. 57-61.

²⁹ Voy. *supra* p. 22.

³⁰ D. GARABEDIAN, « Le principe du choix licite de la voie la moins imposée – un état des lieux », *o.c.* (v. note n° 28), pp. 57-61, se basant sur E. KRINGS, « Les lacunes en droit fiscal », in *Le problème des lacunes en droit – Essai de synthèse* (C. Perelman dir.), Bruxelles, Bruylant, 1968, pp. 469 à 472 ; T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique, o.c.* (v. note n° 13), p. 64.

³¹ T. AFSCHRIFT, *L'abus fiscal, o.c.* (v. note n° 20), pp. 16-17.

³² *Ibid.* ; Voy. *infra* p. 65.

établir une définition claire et définitive. Pour cette raison, nous commencerons par nous approcher au mieux d'une définition en ciblant les éléments essentiels de la notion dans la perspective de pouvoir l'affiner tout au long de la recherche. Ainsi, il est nécessaire de s'attarder dans un premier temps sur les notions voisines de l'évasion fiscale que sont la « fraude fiscale » et l'« abus fiscal », enclines à prêter à confusion (Sous-section 1). Nous replacerons ensuite l'évasion dans son contexte pour clore ce point par une première définition et une délimitation de ses frontières par rapport aux notions satellites que nous avons mentionnées ci-dessus (Sous-section 2 et 3).

Sous-section 1. Approche de la définition d'« évasion fiscale »

§1^{er}. L'abus fiscal

Il ressort de diverses lectures doctrinales qu'une mesure générale anti-abus en Belgique est contenue à l'article 344 CIR (1992) qui prévoit également une définition de l'abus fiscal.³³ La doctrine affirme que cette notion se situe entre celles de la légalité de l'impôt et l'égalité devant l'impôt.³⁴ Par ailleurs, cet article vient placer une exception au principe du choix licite de la voie la moins imposée que nous avons déjà étudié.³⁵ Nous analyserons plus en profondeur cette disposition en examinant le cadre juridique de l'évasion fiscale.³⁶ Nous nous contenterons donc ici d'exposer brièvement la notion³⁷ et ensuite, ses liens avec l'évasion³⁸.

Dans sa première version, le Gouvernement avait justifié l'adoption de la mesure anti-abus de droit quand « [...] *L'Administration établit que l'opération a été réalisée de manière patente par des actes juridiques qui ont pour but de permettre au contribuable d'éviter l'impôt* »³⁹. Il avait également ajouté que « [...] *le texte en projet tend seulement à lutter contre la multiplication incessante de mécanismes d'évasion fiscale [...]* »⁴⁰. Une modification fut apportée à l'article 344 par la Loi-programme (I) du 29 mars 2012⁴¹. Elle était destinée à définir

³³ T. AFSCHRIFT, *L'abus fiscal*, o.c. (v. note n° 20), pp. 16-17 ; A. TIBERGHEN, *Manuel de droit fiscal*, o.c. (v. note 22), pp. 37-47 ; T. JANSEN, « Een nieuwe anti-misbruikregel naar Europees model », in *De nieuwe antimisbruikbepaling: verslagboek van het grote antimisbruik-seminar georganiseerd door Kluwer Opleidingen op 10 mei 2012*, K. Anthonissen et al. (dir.), Mechelen, Kluwer, 2013, p. 5.

³⁴ T. JANSEN, « Een nieuwe anti-misbruikregel naar Europees model », o.c. (v. note n° 33), p. 5 ; T. AFSCHRIFT, *L'abus fiscal*, o.c. (v. note n° 20), p. 8.

³⁵ T. AFSCHRIFT, *L'abus fiscal*, o.c. (v. note n° 20), p. 66 ; Voy. *supra* p. 22.

³⁶ Voy. *infra* pp. 36 et s.

³⁷ Voy. *infra* p. 25.

³⁸ Voy. *infra* p. 31.

³⁹ Projet de loi portant des dispositions fiscales et financières, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-1993, n° 762-1, p. 2.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ L. - progr. (I) du 29 mars 2012, art. 167, *M.B.*, 6 avril 2012, p. 22143.

une règle anti-abus plus stricte au regard de la législation européenne en la matière⁴² tout en respectant au mieux le prescrit de l'article 170 de la Constitution que nous avons étudié préalablement⁴³. Malgré l'existence de certaines critiques concernant la complexité de cette nouvelle disposition⁴⁴, nous pouvons trouver une définition de l'abus fiscal en son paragraphe 1^{er}, alinéa 2 :

« §1^{er}. [...] »

Il y a abus fiscal lorsque le contribuable réalise, par l'acte juridique ou l'ensemble d'actes juridiques qu'il a posé, l'une des opérations suivantes :

1° une opération par laquelle il se place en violation des objectifs d'une disposition du présent Code ou des arrêtés pris en exécution de celui-ci, en-dehors du champ d'application de cette disposition ; ou

2° une opération par laquelle il prétend à un avantage fiscal prévu par une disposition du présent Code ou des arrêtés pris en exécution de celui-ci, dont l'octroi serait contraire aux objectifs de cette disposition et dont le but essentiel est l'obtention de cet avantage [...] ».

Enfin, il semble important de relever qu'une des conséquences principales de la constatation d'un tel abus soit celle de l'inopposabilité de l'acte à l'administration.⁴⁵ Nous verrons, cependant, que l'existence de cet article prévoyant une mesure générale anti-abus risque d'être compromise par la transposition des directives européennes tendant à lutter contre l'évasion fiscale.⁴⁶

§2. La fraude fiscale

Denis HEALY, Chancelier anglais de l'Echiquier de 1974 à 1979, prononça la phrase « *The difference between tax evasion and tax avoidance is the thickness of a prison wall* ». Cette affirmation illustre la difficulté que peut engendrer l'établissement d'une différence entre la

⁴² Enquête parlementaire du 7 mai 2009 sur les grands dossiers de fraude fiscale, Rapport fait au nom de la Commission d'enquête par MM. J.-M. Nollet, R. Terwingen et A. Mathot, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008/2009, n° 52-0034/004, pp. 241-242.

⁴³ Voy. *infra* pp. 65 et s.

⁴⁴ T. JANSEN, « Een nieuwe anti-misbruikregel naar Europees model », *o.c.* (v. note n° 33), p. 5.

⁴⁵ A. TIBERGHEN, *Manuel de Droit Fiscal*, *o.c.* (v. note n° 22), p. 43.

⁴⁶ Voy. *infra* p. 85.

fraude et l'évasion fiscales. Elle permet également de comprendre d'ores et déjà que la frontière de l'évasion fiscale ne sera pas aisée à tracer.⁴⁷

La fraude est la transgression du texte de la loi fiscale en vue d'éviter le paiement d'un impôt.⁴⁸ Cette définition contient deux éléments : un élément intentionnel, celui de ne pas payer l'impôt qui consiste en un dol spécial⁴⁹, et un élément matériel, celui d'enfreindre la loi.⁵⁰ Par conséquent, il est possible que la fraude donne lieu à une sanction pénale dont des exemples peuvent être trouvés notamment aux articles 449 et 450 CIR (1992).

La simulation est une forme de fraude.⁵¹ Il s'agit d'un procédé venant du droit des obligations, mais pouvant être transposé en droit fiscal. Henri DE PAGE décrivait la simulation comme « *l'acte apparent dont les parties conviennent de modifier ou de détruire les effets par une autre convention, demeurée secrète* »⁵². En matière fiscale, l'acte apparent est destiné à tromper le fisc. C'est la raison pour laquelle on parle d'élément intentionnel car les parties n'ont l'intention que de divulguer cet acte en vue d'une imposition alors que c'est la convention secrète qui aurait normalement dû être imposée.⁵³ Au contraire, en cas d'évasion fiscale, l'acte apparent est un acte « *dont les parties ont accepté toutes les conséquences* »⁵⁴ et qui n'est pas secondé par un acte occulte qui serait, lui, soumis à une imposition différente comme c'est le cas lors d'une simulation.⁵⁵

La lutte contre la fraude fiscale s'organise le plus souvent par l'échange d'informations entre administrations et entre différents pays.⁵⁶ Cet échange a été facilité au niveau de l'Union européenne par l'adoption de directives, comme la récente Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant

⁴⁷ Voy. *infra* p. 30.

⁴⁸ T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, o.c. (v. note n° 13), p. 15.

⁴⁹ G. DELRUE, *Fraude fiscale*, Anvers, Malku, 2007, pp. 17-18.

⁵⁰ L. DE BROE, « De vervagende grens tussen belastingontduiking en belastingvermijding », o.c. (v. note n° 14), pp. 35-36; T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, o.c. (v. note n° 13), pp. 15-16.

⁵¹ L. DE BROE, « De vervagende grens tussen belastingontduiking en belastingvermijding », o.c. (v. note n° 14), pp. 35-36.

⁵² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, tome II, 1964, n° 618.

⁵³ L. DE BROE, « De vervagende grens tussen belastingontduiking en belastingvermijding », o.c. (v. note n° 14), pp. 35-36. [Traduction libre].

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ D. GARABEDIAN, « Le principe du choix licite de la voie la moins imposée », o.c. (v. note n° 28), p. 61.

⁵⁶ M. LEFÈVRE, S. PERELMAN et P. PESTIAU, « La fraude fiscale en Belgique », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2014/1 (Tome LIII), pp. 113-122.

atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal⁵⁷. Cette directive établit en son article 3 les comportements qui devraient être considérés comme frauduleux par les États Membres.⁵⁸ L'action de l'Union au niveau de la fraude fiscale montre que cette dernière a une importance considérable et qu'elle ne peut pas simplement être analysée dans un contexte national. Nous verrons que la même affirmation peut être étendue à l'évasion fiscale.

Sous-section 2. L' « évasion fiscale »

§1^{er}. Terminologie

Nous tenions à rappeler brièvement la terminologie relative à l'évasion fiscale car elle est susceptible de prêter à confusion d'une langue à l'autre. En français, la distinction est faite entre évasion⁵⁹ et fraude fiscales tandis qu'en anglais cette première correspond à « *tax avoidance* » et la seconde, à « *tax evasion* » contrairement à ce que l'on pourrait croire. En néerlandais, l'évasion fiscale est désignée comme « *belastingontwijking* » et la fraude, comme « *belastingontduiking* ».⁶⁰

§2. Origine et évolution de la lutte contre l'évasion fiscale

L'Histoire a été et est porteuse de maintes découvertes et conquêtes réalisées à travers le monde. Celles-ci se sont multipliées notamment grâce aux phénomènes de colonisation et d'industrialisation. Une partie du monde s'est progressivement trouvée en constante évolution par la mondialisation ; mondialisation qui s'est vue fortement accrue durant la deuxième moitié du XX^e siècle. Ainsi, le développement et l'approfondissement des relations internationales, la destruction de certaines barrières, permettant la libre circulation des capitaux, des biens, des personnes et des services (ceci au sein de l'Union européenne) ont profité à la propagation de nombreux mécanismes économiques. Parmi ceux-ci se trouvaient également des procédés d'évitement de l'impôt contre lesquels une lutte s'est graduellement installée.⁶¹

⁵⁷ Dir. (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, *J.O.U.E.*, L 198, du 28 juillet 2017, pp. 29-41.

⁵⁸ *Ibid.*, art. 3.

⁵⁹ « Evasion » vient du verbe latin *evadere* qui signifie s'échapper de ou se sauver de.

⁶⁰ B. PEETERS, « De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking ? », in *Actuele problemen van het Fiscaal Strafrecht*, M. Maus et M. Rozie (dir.), Anvers, Intersentia, 2011, p. 25.

⁶¹ D. GARABEDIAN, « Politique belge de prévention de l'évasion fiscale – une introduction à l'usage des non-spécialistes », *o.c.* (v. note n° 12), p. 205-214.

Dans un premier temps, des conventions bilatérales ont été établies entre l'État belge et d'autres pays pour lutter contre la double imposition et empêcher l'évasion fiscale, mais uniquement en ce qui concerne l'impôt sur les revenus.⁶²

Avant que la Belgique n'entame le développement de mécanismes tendant à combattre l'évasion à plus grande échelle, la Communauté européenne s'y est attelée. Par une résolution du 10 février 1975⁶³, le Conseil des Communautés européennes considère que :

*« [...] la pratique de la fraude et de l'évasion fiscales par-delà les frontières des États membres conduit à des pertes budgétaires et à des entorses au principe de la justice fiscale et qu'elle est susceptible de conduire à des distorsions dans les mouvements de capitaux et dans les conditions de concurrence ;
considérant que, en raison du caractère international de ce problème, les mesures nationales, dont les effets ne s'étendent pas au-delà des frontières d'un État, sont insuffisantes;
considérant que, dès à présent, plusieurs administrations fiscales nationales collaborent dans ce domaine sur la base d'accords bilatéraux et qu'il convient de renforcer cette collaboration à l'intérieur de la Communauté ainsi qu'avec les pays tiers et de l'adapter aux formes nouvelles d'évasion et de fraude fiscales; [...] »⁶⁴.*

Le dernier considérant pourrait faire croire que l'élaboration de conventions bilatérales consistait plus en une lutte contre des pratiques fiscales néfastes existant entre les parties à la convention qu'au niveau international et que celle-ci devait être renforcée. Nous examinerons ultérieurement certaines mesures adoptées notamment à la suite de cette déclaration.⁶⁵

Outre le resserrement des liens internationaux et les décisions prises par les communautés⁶⁶, l'État belge a accéléré sa lutte à partir des années 80 et ce, selon Mr. GARABEDIAN, maître de

⁶² Exemples: Loi du 27 juillet 1953 portant approbation et réglementation de la Convention entre la Belgique et les Etats-Unis d'Amérique, pour éviter la double imposition et empêcher l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu, signée à Washington, le 28 octobre 1948 et de la Convention complémentaire, signée à Washington, le 9 septembre 1952, *M.B.*, 17 septembre 1953, p. 5718 ; Loi du 7 janvier 1954 portant approbation et réglementation de la Convention entre la Belgique et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, en vue d'éviter la double imposition et l'évasion fiscale en ce qui concerne les impôts sur les revenus, signée à Londres le 27 mars 1953, *M.B.*, 20 mars 1954, p. 2081.

⁶³ Résolution du Conseil du 10 février 1975 relative aux mesures à prendre par la Communauté dans le domaine de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale internationales, *J.O.C.E.*, C 035, du 14 février 1975, pp. 1-2.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Voy. *infra* p. 36 et s.

⁶⁶ D. GARABEDIAN, « Politique belge de prévention de l'évasion fiscale – une introduction à l'usage des non-spécialistes », *o.c.* (v. note n° 12), 2001, p. 205-214.

conférence à la Faculté de droit de l'ULB, « à cause de la situation préoccupante des finances publiques, qui nécessite une augmentation des recettes fiscales ne pouvant être réalisée par une augmentation des taux d'impôts, déjà très élevés »⁶⁷. Il rajoute que les mécanismes d'évitement de plus en plus complexes s'internationalisent et permettent d'exploiter de nouvelles lacunes dans les dispositions fiscales belges.⁶⁸ Par conséquent, la Belgique a entrepris de modifier et de créer de nouvelles mesures ponctuelles en vue de restreindre l'évasion et établit ensuite une disposition « anti-évitement » générale (« RGAA » ou « GAAR », ci-après): l'article 344 CIR (1992) précité.⁶⁹

Malgré ces mesures, l'État belge reste victime de certains mécanismes d'optimisation fiscale – synonyme de planification fiscale – utilisés par les multinationales⁷⁰ car ils ont un effet direct sur les revenus et la dette publique de l'État.⁷¹ Nous verrons en analysant les pare-feu mis en œuvre par notre État s'il continue de perdre des fonds ou au contraire en profite.⁷²

§3. Définition

Aucune législation belge ne reprenant de définition de l'évasion fiscale, différents auteurs de doctrine ont tenté de combler ce vide. Ils définissent généralement la notion négativement par rapport à celle de fraude fiscale⁷³, ce qui explique pourquoi il était pertinent de s'attarder sur la définition de cette dernière notion. Ainsi, c'est en l'absence de l'élément matériel qui caractérise la fraude fiscale, qu'un comportement qui vise à éluder l'impôt sera qualifié d'évasion fiscale et ne sera pas punissable pénalement, contrairement à la fraude.⁷⁴ Il en résulte que l'une des définitions de l'évasion fiscale, autrement appelée évitement de l'impôt, peut être « le fait de soustraire une matière imposable (revenu, capital) à l'application de la loi fiscale en général, ou d'un tarif d'impôt particulier, sans transgresser la lettre de la loi – ce qui correspondrait à la fraude fiscale tel que nous l'avons vu –, en mettant systématiquement à

⁶⁷ GARABEDIAN, « Politique belge de prévention de l'évasion fiscale – une introduction à l'usage des non-spécialistes », *o.c.* (v. note n° 12), 2001, p. 205, pt. 12.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 205.

⁶⁹ D. GARABEDIAN, « Politique belge de prévention de l'évasion fiscale – une introduction à l'usage des non-spécialistes », *o.c.* (v. note n° 12), 2001, p. 205-207 ; Voy. *supra* p. 24.

⁷⁰ X., « Voici ce que la Belgique perd chaque année à cause de l'évasion fiscale », *La Libre Belgique*, 28 mars 2017, disponible sur <http://www.lalibre.be/economie/conjoncture/voici-ce-que-la-belgique-perd-chaque-annee-a-cause-de-l-evasion-fiscale-58d9e533cd7064612afec8f1>.

⁷¹ R.-A. TOOMA, *Tax Compliance and Tax Morale*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007, p. 24. [Traduction libre].

⁷² Voy. Partie 2, Chapitre 1 et 2.

⁷³ L. DE BROE, « De vervagende grens tussen belastingontduiking en belastingvermijding », *o.c.* (v. note n° 14), pp. 35-36.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 36.

profit toutes les possibilités⁷⁵ de minorer l'impôt, ouvertes soit par ses règles soit par ses lacunes »⁷⁶.

Mr. D. GARABEDIAN fait référence à une autre définition plus succincte du Vocabulaire juridique Capitant : « *L'évasion fiscale est le fait d'échapper à l'impôt par des procédés ou des manipulations non réprimés par la loi »⁷⁷. Cet auteur relève que les termes soulignés dans cette définition, a priori semblables au mot que nous avons nous-même souligné dans la première définition citée dans ce contexte précis, soient vagues, ce qui rend l'élaboration d'une définition encore plus complexe.⁷⁸*

Bien que ces procédés, manipulations ou possibilités ne soient pas réprimés par la loi, ils peuvent néanmoins être régulés. En effet, cette régulation est généralement mise en place en présence d'un procédé d'évasion considéré comme non-acceptable⁷⁹, ou autrement dit lors d'une planification fiscale agressive.⁸⁰ Nous reprendrons la distinction entre planification agressive et ordinaire plus en profondeur au prochain point⁸¹ car, selon nous, elle est l'un des éléments indicateurs dans la délimitation de la frontière de l'évasion fiscale licite et le motif qui pousse à adopter de nouvelles mesures anti-évitements. De plus, dans la perspective de compléter la définition que nous avons choisie de retenir de Mr. D. GARABEDIAN, nous tracerons les frontières de l'évasion.⁸²

Sous-section 3. Frontières de l'évasion fiscale licite

Dans cette sous-section, nous ne prétendons nullement tracer toutes les lignes délimitant les frontières de l'évasion fiscale car une thèse entière serait nécessaire à cette fin. Nous nous limiterons donc à en poser les pointillés permettant de comprendre quand la nécessité de mettre en œuvre des règles se fait ressentir.

⁷⁵ C'est nous qui soulignons.

⁷⁶ S. GUINCHARD et Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2014, 21^e éd., p. 451.

⁷⁷ D. GARABEDIAN, « Politique belge de prévention de l'évasion fiscale – une introduction à l'usage des non-spécialistes », *o.c.* (v. note n° 12), 2001, p. 195 ; Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), 7^e éd., 1998.

⁷⁸ D. GARABEDIAN, « Politique belge de prévention de l'évasion fiscale – une introduction à l'usage des non-spécialistes », *o.c.* (v. note n° 12), 2001, p. 195.

⁷⁹ C. WAERZEGGERS et C. HILLIER, « Introducing a general anti-avoidance rule (GAAR) », *Tax law IMF technical note*, 31 janvier 2016, Vol. 1, pp. 1-12.

⁸⁰ Ph. MALHERBE, *Eléments de droit fiscal international*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 121.

⁸¹ Voy. *infra* p. 32.

⁸² Voy. *infra* p. 30.

§1^{er}. De l'évasion à l'abus

A. Balises

La complexité de la notion d'évasion fiscale est encore accrue lorsque l'on se demande pourquoi, si l'évasion fiscale est en principe licite, il est nécessaire de mettre en œuvre des mesures à son encontre en sachant que ces mêmes mesures sont susceptibles de mettre en péril la sécurité juridique et peuvent coûter de nombreux mois de travail à leurs auteurs.⁸³

Partons, pour répondre à cette question du constat, que l'évasion fiscale ne peut en aucun cas être sanctionnée pénalement, tel que nous l'avons mentionné.⁸⁴ Si la condamnation de l'évasion fiscale ne vient pas de la loi pénale et donc du monde juridique, il semble qu'elle relève plus de la morale et de l'opinion publique qui constituent une première frontière de l'évasion.⁸⁵ En effet, il semble que depuis les révélations des « *Panama papers* », « *Luxleaks* », etc. faites par les lanceurs d'alerte, l'opinion publique s'intéresse plus aux mécanismes d'évitement d'impôts mis en place par les multinationales notamment et se rend compte de l'existence de pertes encourues – mais non de leur nature.⁸⁶

Deux distinctions qui font également office de frontières ressortent de la doctrine : l'une établit deux degrés dans l'évitement licite de l'impôt⁸⁷ et l'autre, que nous avons seulement citée jusqu'à présent, sépare la planification fiscale ordinaire de la planification fiscale agressive⁸⁸. La première distinction se concentre sur une question téléologique : est-ce que l'évitement est seulement justifié par la motivation de contourner l'impôt ou d'obtenir un avantage fiscal ? Si tel n'est pas le cas, le comportement sera considéré du premier degré et légitime car opéré dans des circonstances normales.⁸⁹ En revanche, si tel est le cas, le législateur agira pour tenter de rendre ces actions vaines car certains les considèrent comme illégitimes et

⁸³ D. GARABEDIAN, « Politique belge de prévention de l'évasion fiscale – une introduction à l'usage des non-spécialistes », *o.c.* (v. note n° 12), p. 196.

⁸⁴ L. DE BROE, « De vervagende grens tussen belastingsontduiking en belastingvermijding », *o.c.* (v. note n° 14), pp. 35-36.

⁸⁵ *Ibid.* ; Ph. MALHERBE, *Eléments de droit fiscal international*, *o.c.* (v. note n° 80), pp. 119-120 ; D. GARABEDIAN, « Politique belge de prévention de l'évasion fiscale – une introduction à l'usage des non-spécialistes », *o.c.* (v. note n° 12), p. 195.

⁸⁶ M. LEROY, « L'évasion fiscale, une transgression de quelles normes ? », *Revue européenne et internationale de droit fiscal*, 2016, n° 4, p. 516.

⁸⁷ D. GARABEDIAN, « Politique belge de prévention de l'évasion fiscale – une introduction à l'usage des non-spécialistes », *o.c.* (v. note n° 12), p. 196.

⁸⁸ Ph. MALHERBE, *Eléments de droit fiscal international*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 120.

⁸⁹ R. -A. TOOMA, *Legislating Against Tax Avoidance*, Amsterdam, I.B.F.D., 2008, p. 13.

selon la distinction établie par Mr. D. GARABEDIAN, elles seraient qualifiée du second degré.⁹⁰ La deuxième distinction sépare la planification fiscale ordinaire qui est légitime de la planification fiscale agressive qui « *vise à exploiter les déficiences de la loi par des actions licites, mais en dehors de l'esprit de la loi* »⁹¹ et qui consiste « *à tirer parti des subtilités d'un système fiscal ou des incohérences entre deux ou plusieurs systèmes fiscaux afin de réduire l'impôt* »⁹².

B. Type de mesures mises en œuvre contre l'évasion fiscale

Le législateur belge peut encadrer de deux manières le comportement de ses contribuables qui tenteraient d'éviter une imposition de façon peu naturelle : par des *règles spécifiques anti-abus* (« RSAA ») ou des *règles générales anti-abus*.⁹³ En les créant, il doit s'assurer qu'il respecte au mieux les principes d'égalité et de non-discrimination⁹⁴ et la sécurité juridique qui est « *la possibilité pour les contribuables de prévoir, à la lecture de la loi, avec un degré de certitude raisonnable, les conséquences fiscales des actes qu'ils se proposent à accomplir* »⁹⁵. Malgré le fait que la mise en œuvre de RSAA garantisse mieux la sécurité juridique, elle suppose néanmoins dans la plupart des cas internationaux une requalification juridique du comportement en cause.⁹⁶ En revanche, les GAAR n'impliquent pas la requalification, mais mettent en péril la sécurité juridique voire le principe de la légalité de l'impôt.⁹⁷ Nous chercherons à confirmer cette affirmation lors de l'étude de l'article 344 CIR (1992) qui est une GAAR et qui requiert plusieurs conditions d'application.⁹⁸

Nous verrons ultérieurement que l'État belge adopte également des mesures pour se mettre en accord avec les législations européennes et éventuellement internationales adoptées en la matière.⁹⁹

⁹⁰ D. GARABEDIAN, « Politique belge de prévention de l'évasion fiscale – une introduction à l'usage des non-spécialistes », *o.c.* (v. note n° 12), p. 196 ; R. -A. TOOMA, *Legislating Against Tax Avoidance, o.c.* (v. note n° 89), p. 13.

⁹¹ R. -A. TOOMA, *Legislating Against Tax Avoidance, o.c.* (v. note n° 89), p. 17. [Traduction libre].

⁹² M. LEROY, « L'évasion fiscale, une transgression de quelles normes ? », *Revue européenne et internationale de droit fiscal*, 2016, n° 4, p. 521 ; Voy. *infra* p. 75.

⁹³ Ph. MALHERBE, *Eléments de droit fiscal international, o.c.* (v. note n° 80), p. 119-120.

⁹⁴ D. GARABEDIAN, « Politique belge de prévention de l'évasion fiscale – une introduction à l'usage des non-spécialistes », *o.c.* (v. note n° 12), p. 196.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Ph. MALHERBE, *Eléments de droit fiscal international, o.c.* (v. note n° 80), p. 119-120.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Voy. *infra* p. 65.

⁹⁹ Voy. *infra* p. 69.

§2. Comparaison avec la fraude

Nous pouvons repartir, pour procéder à la comparaison de l'évasion et de la fraude, de la phrase de Denis HEALY qui représentait la différence entre ces deux concepts comme l'épaisseur d'un mur de prison. Cette frontière est mince et parfois mal perçue par l'opinion publique qui tend ainsi à croire que « *les multinationales planifiant fiscalement sont auteurs de fraude fiscale* »¹⁰⁰, ce qui n'est pas forcément le cas. En effet, le fraudeur, dont nous avons étudié le crime *supra*¹⁰¹, se trouvera à entre les murs car il a commis un acte répressible pénalement alors que celui qui s'évade se trouvera hors de ceux-ci.¹⁰² L'auteur de l'évasion échappe donc non seulement à l'impôt mais également à la prison. Peut-on alors parler d'une évasion totale ? Il ressort que la différence entre les deux notions se trouve au niveau des positions législatives respectives prises à leur encontre en fonction desquelles une nouvelle frontière pourra être dessinée.¹⁰³

Outre la violation d'une règle fiscale, un autre élément permet de nuancer la différence entre la fraude et l'évasion fiscales : l'intention. Premièrement, peu importe qu'une personne physique ou morale ait commis un acte dans le seul but d'obtenir un avantage fiscal, du moment que cette action ne tombe pas dans un cas d'application de la loi fiscale et ne viole aucune obligation légale, l'administration ne pourra rien lui reprocher.¹⁰⁴ Deuxièmement, nous avons vu que la simulation ne rentre pas dans cette description puisque « *par définition, la simulation implique que les parties n'acceptent pas toutes les conséquences de l'acte apparent : celui-ci est uniquement destiné à tromper les tiers – et, en matière fiscale, le tiers qu'il s'agit de tromper est évidemment le fisc ; la convention qui fait la loi des parties dans leurs rapports entre elles est la convention secrète* »¹⁰⁵. Elle est donc le fruit d'un accord entre deux parties avec l'intention de tromper le fisc et ne peut en aucun cas être qualifiée d'évasion fiscale.¹⁰⁶ Cet élément intentionnel est qualifié de dol spécial tel que nous l'avons vu, dol qui n'est pas retrouvé en cas d'évasion fiscale.¹⁰⁷ Corrélativement à notre première constatation, cela signifie

¹⁰⁰ B. PEETERS et S. SERRE., « Recente initiatieven tegen belastingontwijking. Impact of multinationale ondernemingen », *T.F.R.*, 2016/18, n° 510, p. 867.

¹⁰¹ Voy. *supra* p. 25.

¹⁰² C. ELLIFFE, « The thickness of a prison wall – When does tax avoidance become a criminal offence ? », *New Zealand Business Law Quarterly*, vol. 17, n. 4, 27 janvier 2017, pp. 441-466.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ J. AUTENNE et M. DUPONT, « L'évitement de l'impôt et sa licéité », *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 46.

¹⁰⁵ J. KIRCKPATRICK, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 16.

¹⁰⁶ J. AUTENNE et M. DUPONT, *o.c.* (v. note n° 104), p. 46.

¹⁰⁷ B. PEETERS, « De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking ? », *o.c.* (v. note n° 60), p. 70. [Traduction libre]

également que si l'intention n'était pas présente au moment de conclure l'acte qui contourne un impôt, celui-ci ne sera pas considéré comme une infraction. Cependant, cela ne veut pas dire pour autant que l'on puisse considérer qu'il s'agit d'une évasion fiscale car nous sommes toujours en présence d'une violation de la loi fiscale.¹⁰⁸ L'avantage pour la personne physique ou morale qui est interpellée par l'administration est qu'il revient à cette dernière de prouver que l'on se trouve face à un cas de fraude et non d'évasion¹⁰⁹, ce qui n'est pas une tâche aisée.

Signalons enfin que les théories de la fraude à la loi et des réalités économiques¹¹⁰ ne peuvent pas être retenues comme frontière de l'évasion fiscale car, entre autres, et nous ne citerons qu'une seule raison en lien avec ce que nous avons vu précédemment, ces deux théories recourent à des interprétations contraires à l'application de l'article 170 de la Constitution.¹¹¹

§3. Justice fiscale

Il est, à notre sens, pertinent d'ajouter à l'esquisse des frontières de l'évasion la notion de justice fiscale à laquelle nous ferons référence à plusieurs reprises lors de cette étude.¹¹² Le principe général de la justice fiscale, d'un point de vue européen, est la redistribution égalitaire des revenus entre les contribuables.¹¹³ En cas d'évasion, la répartition n'est plus possible à la même échelle et c'est la raison pour laquelle la recherche de justice fiscale selon nous motive également l'adoption de mesures limitant l'évasion.

Tel que nous l'avons déjà observé, la mondialisation a favorisé le développement de l'évasion et notamment, celle des multinationales dont les actions devraient pourtant être surveillées pour permettre une redistribution des revenus plus équilibrée.¹¹⁴ Le cœur de la notion de justice fiscale est de se demander si toutes les fonctions de la fiscalité peuvent être respectées que ce soit lors de l'utilisation d'un mécanisme d'évitement ou de l'instauration d'une mesure tendant à le contrecarrer. M. LEROY, professeur à l'Université de Reims, énumère ces fonctions dont nous donnons un bref aperçu :

¹⁰⁸ B. PEETERS, « De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking ? », *o.c.* (v. note n° 60), p. 71.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Voy. à ce propos : A. TIBERGHEN, *Manuel de Droit Fiscal*, *o.c.* (v. note n° 22).

¹¹¹ B. PEETERS, « De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking ? », *o.c.* (v. note n° 60), pp. 25-97; T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, *o.c.* (v. note n° 13), pp. 77-120.

¹¹² Voy. *infra* pp. 34, 105 et 109.

¹¹³ J.-M. MONIER, « La justice fiscale entre tensions et débats », *Pouvoirs Locaux : les cahiers de la décentralisation*, Institut de la décentralisation, 2012, n° 95 IV, p. 54.

¹¹⁴ M. LEROY, « L'évasion fiscale, une transgression de quelles normes ? », *Revue européenne et internationale de droit fiscal*, 2016, n° 4, p. 517.

- Financière : assurant les dépenses publiques ;
- Economique : maintenant l'équilibre des contributions et une concurrence économique tout en canalisant la fonction financière ;
- Sociale : consacrant une redistribution équitable et préservant la justice sociale ;
- Territoriale : permettant l'élaboration d'exonération ;
- Ecologique : instaurant des incitations, comme certaines déductions sur les voitures écologiques, pour préserver l'environnement ;
- Politique : participant au financement des politiques publiques.¹¹⁵

L'Union européenne se base ainsi sur la notion de justice fiscale, dans toutes ses composantes, pour justifier certains éléments dans le nouveau paquet de mesures contre l'évasion fiscale dont il sera question ultérieurement.¹¹⁶ L'une des solutions proposées par la Commission est de taxer les bénéficiaires des sociétés là où ils sont créés dans la mesure où cela préserverait la justice fiscale.¹¹⁷

Notons cependant que cette recherche de justice, entreprise par l'OCDE et l'Union européenne, ne peut probablement pas être appliquée dans le reste du monde car cette notion ne peut pas être identique en présence de conceptions de l'impôt et de systèmes de taxation différents voire opposés. Nous étudierons comment cette notion pourrait être envisagée de manière plus globale et, plus spécifiquement, dans les pays en développement. Serait-il possible d'envisager la notion de justice fiscale de manière harmonisée dans le monde entier ? Et d'ainsi adopter des mesures uniformes contre l'évasion ayant comme résultat de l'évincer presque totalement ?

En conclusion, nous avons pu esquisser cinq segments des frontières de l'évasion fiscale licite grâce à l'opinion publique et la morale, la légitimité de l'évitement, le type de planification fiscale, la différence avec la fraude et la notion de justice fiscale. Nous pouvons en déduire qu'il semble que les frontières de l'évasion fiscale ne sont pas seulement légales, mais également morales.¹¹⁸

¹¹⁵ M. LEROY, « L'évasion fiscale, une transgression de quelles normes ? », *o.c.* (v. note n° 114), pp. 518-519.

¹¹⁶ Voy. *infra* p. 45.

¹¹⁷ Commission européenne, *Paquet de mesures contre l'évasion fiscale - Question et réponses*, Bruxelles, 28 janvier 2016, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-160_fr.htm.

¹¹⁸ B. PEETERS et S. SERRE., *o.c.* (v. note n° 100), p. 867.

Chapitre 2. Cadre juridique

Dans ce chapitre, nous examinerons succinctement les mécanismes juridiques mis en place pour lutter contre l'évasion fiscale aux niveaux international (section 1), européen (section 2) ainsi que local, à savoir en Belgique (section 3). Il est évident que par souci de place et de cohérence, c'est à dessein que nous avons fait le choix de ne présenter qu'un certain nombre de dispositions qui nous paraissent les plus pertinentes au regard de notre problématique. Nous nous attacherons à comprendre les raisons qui ont poussé à l'adoption de ces nouvelles dispositions.

Section 1. Au niveau international

Notre attention sera portée dans cette section sur l'intervention de l'Organisation de coopération et de développement économiques dans la lutte contre l'évasion fiscale par la création d'un projet visant à contrer les effets néfastes de l'érosion de la base imposable et du transfert de bénéfices. Nous relaterons dans un premier temps les enjeux qui ont poussé à la rédaction d'un tel projet. Dans un second temps, nous présenterons les objectifs que l'OCDE tend à poursuivre par son intervention et ce, avant d'analyser le projet BEPS en lui-même, en identifiant ses acteurs ainsi que son contenu.

Sous-section 1. Prélude à l'intervention de l'OCDE

Dans un contexte de mondialisation soutenu et d'ouverture des économies des pays en développement (« PED », ci-après), il est aisé pour les multinationales de transférer certains bénéfices d'un pays à fiscalité élevée vers un pays à fiscalité faible, voire d'en faire complètement disparaître certains. Cela leur permet ainsi de diminuer leur contribution à l'impôt à l'échelle mondiale. Les scandales financiers relayés par la presse ces dernières années tels que les « *LuxLeaks* » ou les « *Panama Papers* » prouvent que les multinationales ont su tirer profit de ce contexte de mondialisation pour réduire leur base imposable.¹¹⁹ L'expansion croissante de l'économie numérique renforce ce constat et révèle un grand nombre de lacunes juridiques dans le droit fiscal international.¹²⁰ Selon des statistiques de l'OCDE remontant à 2013, près de 4 à 10% de l'impôt mondial sur les sociétés serait ainsi perdu chaque année par

¹¹⁹ M. BOURGEOIS et A. LACHAPPELLE, « Multinationales : la lutte contre l'évasion fiscale en Europe », *J.D.E.*, 2016/8, n°232, p. 302.

¹²⁰ A.-T DESFOSSES, « Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): analyse du projet OCDE », *R.G.C.F.*, 2016/6, p. 455 ; OCDE (2015), note de synthèse, *L'imposition des entreprises multinationales*, Publication OCDE, <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/actions-beps.htm>.

les États à travers le monde suite à des opérations des multinationales exploitant ces lacunes.¹²¹ Les PED sont plus largement tributaires des recettes tirées de l'impôt des sociétés que les autres pays et corrélativement, le pourcentage de leurs pertes est accentué par les transferts de bénéfiques.¹²²

On peut aisément déduire de ce qui précède que le phénomène BEPS n'est bénéfique pour personne.¹²³ Il touche tout d'abord les États qui se voient amputer de toute une partie de leurs recettes – recettes qui autrement auraient pu être investies au bénéfice du contribuable. Il touche ensuite l'ensemble des citoyens puisque les pertes de bénéfiques subies par les États engendrent un transfert de la charge fiscale vers ceux-ci. Il touche également les différentes entreprises locales et régionales qui n'ont pas les moyens de rivaliser avec les multinationales et crée donc un climat distordu de concurrence. Il s'étend enfin aux multinationales elles-mêmes, puisqu'elles sont mises sous le feu des projecteurs par la presse – à cause de l'intérêt que leur porte le contribuable dont le sentiment d'iniquité envers le système fiscal est grandissant – et ne sont donc pas à l'abri de voir leur réputation gravement endommagée. Ce dernier point sera développé plus amplement en étudiant les impacts potentiels des nouvelles mesures sur les multinationales.¹²⁴

Sous-section 2. Intervention de l'OCDE

§1^{er}. Objectifs de l'intervention

L'OCDE œuvre depuis de nombreuses années pour la libéralisation des marchés et pour la facilitation du commerce international. Au niveau fiscal, cela s'est traduit dans bon nombre de ses travaux par l'élimination de la double imposition. Or, nous avons pu constater que certaines entreprises se sont livrées à des manœuvres subtiles pour profiter de règles fiscales internationales devenues désuètes pour les raisons évoquées précédemment.¹²⁵ S'ensuit donc

¹²¹ OCDE (2015), note d'information, *Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfiques*, Publication OCDE, <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/actions-beps.htm>.

¹²² OCDE (2015), exposé des actions, *Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfiques*, Publication OCDE, <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/actions-beps.htm>.

¹²³ OCDE (2015), note de synthèse, *L'imposition des entreprises multinationales*, Publication OCDE, <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/actions-beps.htm>.

¹²⁴ Voy. *infra* p. 75.

¹²⁵ Voy. *supra* p. 36.

dans certains cas une double non-imposition internationale ce qui n'est pas viable – et nous rejoignons la position de l'OCDE¹²⁶ – dans un système destiné à prévenir la double imposition.

Partant de ce constat, l'OCDE s'est lancée dans un immense projet de réforme des règles de droit fiscal international. Témoigne notamment de cette volonté de réforme, la modification du titre des Conventions préventives de la double imposition. Ce nouveau titre inclut en effet désormais le double objectif visé par l'OCDE de travailler à l'élimination de la double imposition mais également, à présent, de la double non-imposition.¹²⁷ La principale idée du projet de réforme de l'OCDE était donc de mettre à jour les règles de droit fiscal international pour que celles-ci soient en harmonie avec l'évolution de l'économie mondiale. Il est en effet essentiel pour l'OCDE et pour l'ensemble des États participants que le cadre de règles existantes ne soit réduit à néant simplement à cause du fait que le droit fiscal international n'a pas su s'adapter à la mondialisation. Les différents acteurs travaillant à la réforme se sont en effet rendus compte qu'un relâchement de la coopération internationale entraînerait une augmentation d'actions fiscales unilatérales qui engendreraient de l'insécurité juridique.¹²⁸ De plus, nous pensons que des règles fiscales nationales disparates et non-harmonisées créent un climat trop favorable pour les multinationales pratiquant l'évasion fiscale. Et, si les États n'agissent pas pour faire en sorte de contrer ces pratiques d'évasion des multinationales, la confiance du citoyen en l'équité du système fiscal disparaîtra. Il se dira en effet qu'il n'est pas normal qu'un petit nombre de contribuables qui possèdent le plus réussissent à se soustraire à l'obligation fiscale pourtant supportée par le plus grand nombre et possédant le moins.¹²⁹ Il faut donc que cette confiance du citoyen soit rétablie.

Dans des termes plus pratiques, cela signifie que l'OCDE vise à ce que les bénéficiaires des entreprises soient taxés là où ils sont réellement réalisés. Pour certains États, on dira que l'objectif est de maintenir une base imposable là où une activité significative se déroule, tandis que pour d'autres il s'agira simplement de la création d'une base imposable alors que l'activité y était déjà conséquente.¹³⁰

¹²⁶OCDE (2015), note de synthèse, *L'imposition des entreprises multinationales*, Publication OCDE, <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/actions-beps.htm>.

¹²⁷OCDE (2017), *La mise à jour 2017 du modèle de Convention fiscale de l'OCDE*, Publication OCDE, <http://www.oecd.org/fr/ctp/conventions/mise-a-jour-2017-modele-de-convention-fiscale.pdf>.

¹²⁸OCDE (2015), note d'information, *Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Publication OCDE, <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/actions-beps.htm>.

¹²⁹*Ibid.*

¹³⁰A.-T DESFOSES, « *Base Erosion...* », *o.c.* (v. note 120), p. 455.

§2. BEPS action plan

A. Acteurs associés aux travaux BEPS

Les travaux BEPS sont le fruit d'une coopération entre différents acteurs internationaux, régionaux et locaux. A l'origine de ces travaux, l'on retrouve l'ensemble des États de l'OCDE mais également ceux du G20. Associée à ces deux acteurs principaux, se trouve la Commission Européenne qui a donné son avis tout au long du projet. Cette dernière s'est efforcée, parallèlement à l'OCDE, à résorber les lacunes législatives au niveau européen.¹³¹ De plus, les pays en développement ont également été consultés tout au long du projet pour les thématiques qui les concernaient particulièrement. Les agences fiscales régionales telles que le Forum africain sur l'administration fiscale (ATAF), le Centre de rencontres et d'études des dirigeants des administrations fiscales (CREDAF), l'Organisation intra-européenne des administrations fiscales (IOTA) et le Centre interaméricain des administrations fiscales (CIAT) ont coopéré au projet.¹³² D'autres organisations internationales telles que les Nations Unies (ONU) et le Fonds Monétaire International (FMI) ont également joué un rôle important dans la concertation qui a mené aux rapports finaux.¹³³ L'implication de tous ces différents acteurs a permis d'apporter des solutions aussi coordonnées que possible au problème d'un système fiscal devenu inadapté à cause de l'internationalisation des activités économiques. Elle a également permis de réaliser un travail en toute transparence via de nombreuses consultations publiques et une large diffusion des avancements du projet sur le site de l'OCDE.¹³⁴

Il est légitime de se demander comment autant d'acteurs ont su se concerter sur des problématiques aussi complexes dans un laps de temps aussi court. Beaucoup d'observateurs étaient en effet dubitatifs quant à ce travail de concertation entre un si grand nombre de protagonistes.¹³⁵ Les travaux BEPS représentent en effet l'un des plus grands chantiers du droit fiscal international depuis des décennies.¹³⁶ Nous pensons que les acteurs du BEPS se sont rendus compte de l'urgence de la situation et de la nécessité de coopérer aussi rapidement que possible afin d'éviter le démantèlement total du cadre législatif international fiscal et

¹³¹ Voy. *infra* p. 41.

¹³² OCDE (2015), exposé des actions, *Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Publication OCDE, <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/actions-beps.htm>.

¹³³ OCDE (2015), note d'information, *Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Publication OCDE, <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/actions-beps.htm>.

¹³⁴ OCDE (2015), note d'information, *Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Publication OCDE, <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/actions-beps.htm>.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ OCDE (2015), exposé des actions, *Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Publication OCDE, <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/actions-beps.htm>.

indirectement d'en préserver sa viabilité. Le décalage entre l'avancement de l'économie par rapport aux normes en vigueur¹³⁷ ainsi que la pression de l'opinion publique, constatant les pertes immenses faites par les gouvernements, a dû également jouer un rôle dans la prise de conscience des acteurs BEPS de l'importance de travailler ensemble dans les plus brefs délais.

B. Les travaux BEPS

Le rapport final BEPS englobe 15 rapports sur les 15 lignes d'action développées par l'OCDE et a été publié le 15 octobre 2015. L'ensemble de ces rapports s'articule autour de trois concepts-clés que sont la cohérence¹³⁸, la substance¹³⁹ et la transparence¹⁴⁰. Certaines actions plus spécifiques dépassent cette clé de répartition et sont traitées séparément.¹⁴¹ Le plan d'action BEPS formule différentes propositions de modifications des législations nationales, des conventions préventives de la double imposition conclues par les États à travers le monde, de la convention-modèle OCDE et de ses commentaires et des principes applicables aux prix de transfert.¹⁴² Il formule également des propositions de développement de nouveaux modèles globaux.

Il est important de noter que tout comme la convention-modèle OCDE et ses commentaires, ces rapports BEPS ne sont pas juridiquement contraignants mais ont néanmoins dans la pratique une grande autorité sur les États qui, pour la plupart, se sont engagés à transposer les recommandations OCDE dans leur droit interne.¹⁴³ Les actions BEPS sont également classées en trois autres catégories en fonction cette fois de leur « force contraignante ». Certaines actions sont des standards minimaux, c'est-à-dire que les États participants se sont engagés à les transposer en droit interne.¹⁴⁴ D'autres mesures n'ont pas fait l'objet d'un engagement de transposition de la part des États participants mais, s'ils venaient à le faire, ils s'engageraient à

¹³⁷ Voy. *supra* p. 37.

¹³⁸ Action 2 sur les dispositifs hybrides, action 3 sur les sociétés étrangères contrôlées (SEC), action 4 sur la limitation des intérêts et action 5 sur les pratiques fiscales dommageables.

¹³⁹ Action 6 sur l'utilisation abusive des conventions, action 7 sur la nouvelle définition d'établissement stable et actions 8 à 10 sur la fixation des prix de transfert.

¹⁴⁰ Action 12 sur la déclaration des dispositifs de planification agressive, action 13 sur la déclaration pays par pays et action 14 sur le règlement des différends ; B. PEETERS et S. SERRE., *o.c.* (v. note n° 100), p. 868.

¹⁴¹ Action 1 sur l'économie numérique, action 11 sur la méthode d'évaluation de l'efficacité et de l'impact économique des mesures BEPS et action 15 sur l'élaboration d'un instrument multilatéral modifiant les conventions unilatérales.

¹⁴² OECD (2015), Final BEPS package for reform of the international tax system to tackle tax avoidance, OECD Publishing, <http://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>.

¹⁴³ M. BOURGEOIS et A. LACHAPPELLE, « Multinationales: la lutte contre l'évasion fiscale en Europe », *J.D.E.*, 2016/8, n°232, p. 302.

¹⁴⁴ Actions 5, 6, 13 et 14.

procéder selon la méthodologie décrite dans les rapports BEPS.¹⁴⁵ Enfin, la troisième catégorie laisse plus de latitude aux États participants et comporte des actions qui ne sont que de simples recommandations, des « *best practices* ». ¹⁴⁶

Section 2. Au niveau européen

Dans cette section, nous entamerons l'étude de diverses règles européennes tendant, tout comme le projet BEPS, à lutter contre l'évasion. Il faut cependant garder à l'esprit que l'Union Européenne ne dispose que de compétences très limitées en matière fiscale. C'est la raison pour laquelle nous nous attacherons d'abord à souligner la difficulté d'harmonisation entre les différentes législations des États membres et à chercher d'où l'Union tire la légitimité pour agir dans ce domaine malgré tout. Ce n'est qu'après une telle analyse que nous pourrions envisager les quatre directives que sont la directive Atad I et II ainsi que les directives Mère-fille et Fusion.

Sous-section 1. Difficultés d'harmonisation

Le préambule du Traité de Rome du 25 mars 1957 aspirait à établir « *une union sans cesse plus étroite* »¹⁴⁷. L'harmonisation est l'un des outils mis en place pour atteindre cet objectif. Elle est le fait de rapprocher des législations nationales dans le but d'instaurer des règles communes entre les États membres de l'Union européenne.¹⁴⁸ On parle d'harmonisation fiscale lorsqu'elle tend à restreindre les distorsions économiques.¹⁴⁹ Cependant, cette dernière est l'une des harmonisations les plus difficiles à concrétiser, particulièrement dans le cas des impôts directs et ce, pour quatre raisons principales : la compétence de l'Union, son processus décisionnel en la matière, le type d'actes juridiques sur lesquels ces décisions aboutissent et la grande diversité des règles nationales.

La première raison repose sur la compétence de l'Union Européenne en matière de fiscalité. En effet, elle ne dispose pas d'une compétence exclusive dans ce domaine ; celle-ci se trouve entre les mains des États membres¹⁵⁰ qui ne lui ont délégué que quelques compétences¹⁵¹.

¹⁴⁵ Actions 7 à 10.

¹⁴⁶ Actions 2, 3, 4 et 12.

¹⁴⁷ Traité instituant la Communauté économique européenne, signé à Rome le 25 mars 1957, approuvé par la loi du 2 décembre 1957, *M.B.*, 25 décembre 1957, p. 9180. (« TUE », ci-après)

¹⁴⁸ A. LAHRÈCHE-RÉVIL, « L'harmonisation fiscale en Europe », in *L'économie Mondiale 2001*, Paris, La Découverte, 2000, pp. 68-79.

¹⁴⁹ M. AUJEAN, « La politique fiscale européenne. Entre harmonisation, coordination et coopération renforcée », *Regards croisés sur l'économie*, 2007/1 (n°1), pp. 238.

¹⁵⁰ https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/taxation.html?locale=fr&root_default=SUM_1_CODED%3D21, consulté le 4 juillet 2018.

¹⁵¹ D. PATERNOSTER, *Politique fiscale*, Fiches techniques de l'Union européenne, février 2018, p. 1, disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/92/politique-fiscale>.

Cependant, en vertu du principe de subsidiarité, l'Union peut agir dans ce domaine de compétences non-exclusives si les mesures entreprises ou envisagées par les États membres ne sont pas suffisantes et pourraient être rencontrées plus efficacement à un niveau supérieur.¹⁵² Et, c'est notamment sur ce fondement que le Conseil a justifié l'adoption de la Directive du Conseil établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le marché intérieur¹⁵³ dont nous examinerons le contenu plus en profondeur au prochain point¹⁵⁴. De prime abord, il aurait pu sembler que l'Union justifie l'adoption de cette mesure sur les fondements du marché intérieur tel qu'il ressort du titre de la mesure. Toutefois, cela n'aurait pas été justifié puisque le marché intérieur ressort d'une compétence exclusive de l'Union.¹⁵⁵ Dans l'exposé des motifs de cette directive, il est bien mis en évidence qu'on recourt à l'article 115 TFUE, qui permet d'adopter des directives, donc aussi en matière fiscale, qui ont une incidence directe sur le marché intérieur. Outre la justification par le principe de subsidiarité, la proportionnalité de la mesure est également respectée car l'Union recourt à une harmonisation minimale et « *ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de ses objectifs* ». ¹⁵⁶

Deuxièmement, lorsqu'il est nécessaire d'agir au niveau européen, un processus décisionnel complexe vient faire obstacle à l'harmonisation. En effet, sur proposition exclusive de la Commission, les décisions doivent être adoptées à l'unanimité par le Conseil et, le Parlement est seulement consulté.¹⁵⁷ Ce qui nous amène à une deuxième difficulté de l'harmonisation fiscale car l'unanimité n'est pas aisée à atteindre. Le recours à ce type de vote n'est pas anodin. Il permet d'assurer aux États une certaine protection de leur souveraineté car sa composition reflète le caractère intergouvernemental de cette institution dans laquelle chaque ministre défend les idées du pays qu'il représente et peut donc, à lui seul, par l'intermédiaire d'un droit semblable au droit de veto, entraver l'adoption d'une nouvelle décision.¹⁵⁸

¹⁵² Art. 5, §3, TUE.

¹⁵³ Proposition de directive du Conseil du 28 janvier 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, *C.O.M.*, (2016), 026 final, pp. 4-5.

¹⁵⁴ Voy. *infra* p. 45.

¹⁵⁵ Art. 3, §1, b) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), signé à Rome le 25 mars 1957, approuvé par la loi du 2 décembre 1957, *M.B.*, 25 décembre 1957, p. 9180. (« TFUE », ci-après).

¹⁵⁶ Proposition de directive du Conseil du 28 janvier 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, *C.O.M.*, (2016), 026 final, pp. 4-5.

¹⁵⁷ Art. 114, §2 et 115, TFUE.

¹⁵⁸ M. AUJEAN, « La politique fiscale européenne. Entre harmonisation, coordination et coopération renforcée », *Regards croisés sur l'économie*, 2007/1 (n°1), pp. 240-241.

Néanmoins, lorsque l'unanimité est atteinte et que l'on aboutit à un nouvel acte juridique, nous remarquons qu'il s'agit le plus souvent de directives et non, de règlements. Cela s'explique par le fait que l'on recourt généralement à l'article 115 TFUE qui prescrit qu'il faut adopter une mesure sous forme de directive pour établir une mesure en matière fiscale. Lors d'une conférence, Mr. J.-A. VINOIS, conseiller à l'institut Jacques DELORS et ancien membre de la Commission européenne¹⁵⁹, a insisté sur le fait que les règlements sont directement applicables en droit interne sans devoir passer par l'intermédiaire de mesures de transposition et donc, sans aucun délai. Il qualifiait les directives d'instruments faibles car, nécessitant une transposition, les États peuvent les affaiblir autant qu'ils veulent. Cette affirmation coïncide en tout point avec l'article 288 TFUE qui prévoit :

« [...] Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre.

*La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens [...] »*¹⁶⁰.

Nous pensons que cela peut laisser la possibilité aux États membres de détourner ces directives à leur avantage en exploitant les revers éventuels ou en détournant les options offertes par le législateur européen.

En dernier lieu, Mr. B. PEETERS, professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Anvers, soulève, après avoir constaté que la Belgique et les Pays-Bas ont chacun leur interprétation de la différence entre évasion et fraude fiscales, qu'« *aussi longtemps que les législations fiscales des États membres divergeront les unes des autres, il y aura la possibilité de recourir à des règles plus favorables dans d'autres États membres pour diminuer la pression de l'impôt* ». ¹⁶¹ Le rapport annuel d'activité 2017 en matière fiscale apporte une confirmation de ce propos : le manque de concordance entre les États membres peut pousser les multinationales à profiter des lacunes qui existent ou naissent des diverses législations nationales.¹⁶² En l'absence d'une

¹⁵⁹ Propos général énoncé le 22 novembre 2017 par Mr. J.-A. VINOIS, invité, dans le cadre du cours de « Politiques européennes » donnée par la Professeur FRANCO.

¹⁶⁰ Art. 288, al. 2 et 3, TFUE.

¹⁶¹ B. PEETERS, « De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking ? », *o.c.* (v. note n° 60), pp. 25-97. [Traduction libre de : « *zolang de fiscale wetgeving van lidstaten van elkaar verschillen zullen er mogelijkheden zijn om mits belastingplanning gebruiken van gunstigere regels in andere lidstaten om de eigen belastingdruk te verminderen* »].

¹⁶² Annual activity report 2017 from the DG taxation and customs union, 6 juin 2018, p. 4, disponible sur https://ec.europa.eu/info/publications/annual-activity-report-2017-taxation-and-customs-union_en.

harmonisation plus renforcée, les multinationales peuvent donc exploiter les différents taux d'imposition et assiettes à l'intérieur ou hors de l'Union pour diminuer leurs impôts.¹⁶³

L'idéal serait donc que les taux d'impositions et assiettes pour les sociétés convergent vers un minimum commun entre les États membres pour éviter une perte importante de recettes fiscales et une mise en danger du principe de concurrence loyale et ce, tout en restant attractif pour les investissements d'origine extérieure à la zone euro.¹⁶⁴ Notons que l'Union européenne a fait de la lutte contre l'évasion une priorité car ainsi que P. MOSCOVICI, le commissaire pour les affaires économique, financière, fiscale et douanière, l'a affirmé à plusieurs reprises : « *It is unacceptable that billions of tax revenue are lost every year to tax avoidance. Money that could be used for public services like schools and hospitals or to boost jobs and growth. Europeans and businesses that play fair end up paying higher taxes. We are acting to tackle this* »¹⁶⁵ et dans le cadre des discussions autour de l'adoption d'une Assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés, dont il sera question *infra* : « [...] *True reform of how corporate tax works in the EU is needed to solve the problem of cross-border tax avoidance once and for all, to the benefit of all Europeans* »¹⁶⁶.

Malgré ces efforts renouvelés, nous comprenons que l'harmonisation n'est pas aisée et même si elle aboutit, il faudra encore que les États membres implémentent de façon propice ces nouvelles règles dans leur ordre juridique national. Et, malgré ces difficultés, la Cour européenne de justice se place comme un acteur important pour garantir l'harmonisation. Par ses arrêts, souvent en réponse à des questions préjudicielles en interprétation, elle pousse les États à rapprocher leurs législations fiscales et ce, parfois au détriment des contribuables.¹⁶⁷ Reste donc en suspens la question de savoir comment l'État belge réagit face à ces mesures et s'il peut être dit que sa législation est harmonisée par rapport aux normes européennes ?

¹⁶³ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : plan d'action pour renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale, C.O.M.(2012) 722 final.

¹⁶⁴ A. LAHRÈCHE-RÉVIL, « L'harmonisation fiscale en Europe », *o.c.* (v. note n° 148), p. 77.

¹⁶⁵ Communiqué de presse du 28 janvier 2016 de la Commission européenne, « Justice fiscale : la Commission présente de nouvelles mesures contre l'évasion fiscale des entreprises », Bruxelles.

¹⁶⁶ J. WHITE, « Q&A : European tax commissioner Pierre Moscovici talks tax avoidance and the digital single market », *International Tax Review*, 12 décembre 2017, disponible sur <http://www.bakertillyinternational.com>.

¹⁶⁷ A. MILLER et L. OATS, *Principles of International Taxation*, West Sussex, Bloomsbury Professional, 2016, 5^e éd., p. 720 ; C.J.C.E., 12 décembre 2002, (Lankhorst-Hohorst GmbH c. Finanzamt Steinfurt), C-324/00, *Rec. C.J.C.E.*, 2002, I, p. 11779.

Sous-section 2. La directive 2016/1164 (Atad I)

§1. Objectifs de la directive

La directive Atad I ou plus communément appelée directive sur la lutte contre l'évasion fiscale fait partie du paquet de mesures de la Commission visant à lutter contre l'évasion fiscale.¹⁶⁸ Elle s'inscrit dans la lignée du projet BEPS et entend répondre aux demandes de plusieurs États membres ainsi que du Parlement d'adopter une approche plus consistante en matière de lutte contre l'évasion fiscale.¹⁶⁹ Les États membres européens sont logiquement également confrontés aux mêmes problèmes que ceux de l'OCDE puisqu'ils sont pour la plupart également membres de cette dernière.¹⁷⁰

La Commission entend par ailleurs fournir aux États membres un cadre commun à l'intérieur duquel ceux-ci pourront tenir leurs engagements BEPS de transposition des standards minimaux.¹⁷¹ Les États membres marquent en effet souvent des réticences à prendre des mesures de manière unilatérale de peur de subir des désavantages concurrentiels.¹⁷² D'autres États profitent de la non-harmonisation des règles pour instaurer des régimes préférentiels dans le but d'attirer ou de garder les multinationales sur leur territoire.¹⁷³ Nous rejoignons la position de la Commission¹⁷⁴ car il nous paraît dès lors important pour résoudre ce double problème que les États membres adoptent une approche coordonnée dans la transposition des mesures BEPS pour éviter de créer de nouvelles disparités législatives dont certaines entreprises pourraient se servir pour pratiquer l'évasion fiscale ou pour éviter que certains États aient la possibilité de mettre en place des régimes fiscaux préférentiels faussant la concurrence. En effet, agir autrement irait à l'encontre de l'objectif des travaux BEPS mais également à l'encontre du bon fonctionnement du marché intérieur et d'une saine concurrence en son sein. Une approche

¹⁶⁸ Proposition de directive du Conseil du 28 janvier 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, *C.O.M.* (2016) 026 final, p. 3.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Voy. supra* p. 36.

¹⁷¹ Commission européenne, *Paquet de mesures contre l'évasion fiscale - Question et réponses*, Bruxelles, 28 janvier 2016, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-160_fr.htm.

¹⁷² Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Paquet de mesures contre l'évasion fiscale: prochaines étapes pour assurer une imposition effective et davantage de transparence fiscale dans l'Union européenne*, *C.O.M.* (2016) 23 final.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 4.

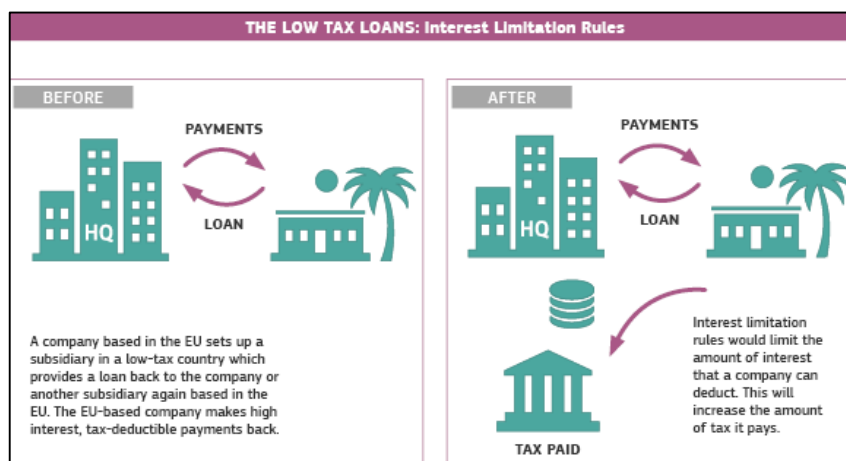
coordonnée permet enfin de répondre à des objectifs de transparence et de sécurité juridique¹⁷⁵ qui sont essentiels pour l'Union européenne.

La Commission a par ailleurs décidé d'aller plus loin que ce qui est inscrit dans les mesures BEPS car certaines des mesures contenues dans la directive devront être transposées par les États membres et seront juridiquement contraignantes alors même qu'elles ne se retrouvent pas dans la catégorie des standards minimaux BEPS.¹⁷⁶

§2. Le contenu des règles de la directive Atad I

Dans ce paragraphe, nous analyserons brièvement le contenu des règles présentes dans la directive Atad I afin de pouvoir les comparer avec les mesures BEPS¹⁷⁷ et afin de mieux comprendre comment la Belgique a choisi de les transposer en droit interne.¹⁷⁸

A. Règle sur la limitation de la déduction des intérêts (article 4)



Ce schéma¹⁷⁹ illustre qu'une société X établie dans un pays à fiscalité élevée où les intérêts sont déductibles reçoit un prêt d'une des sociétés de son groupe, la société Y, établie dans un pays à fiscalité faible. Ce prêt est accordé contre paiement d'intérêts élevés qui seront déductibles dans l'État X et faiblement imposés dans l'État Y. La pression fiscale du groupe s'en

¹⁷⁵ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Paquet de mesures contre l'évasion fiscale: prochaines étapes pour assurer une imposition effective et davantage de transparence fiscale dans l'Union européenne, Bruxelles, 28 janvier 2016, C.O.M. (2016) 23 final.

¹⁷⁶ Voy. *supra* p. 40.

¹⁷⁷ Voy. *infra* p. 69.

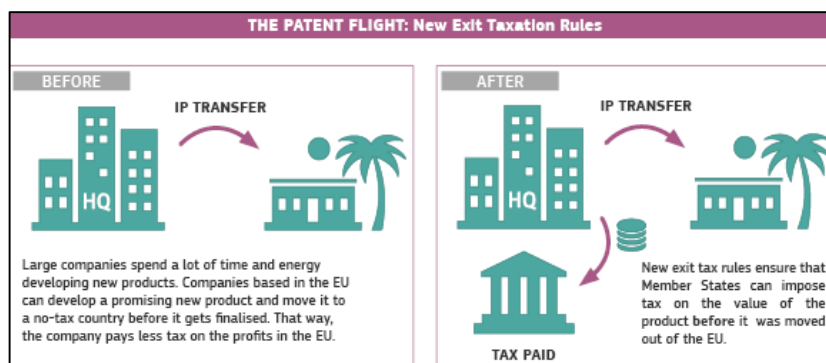
¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Exemple tiré de: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/violet_2.png.

trouve fortement réduite et un transfert de bénéfice d'un État à fiscalité élevée vers un État à fiscalité faible est opéré.¹⁸⁰

Nous ne rentrerons pas dans tous les détails de cette disposition qui est plus complexe qu'elle n'en a l'air mais nous dirons simplement que la directive propose comme solution de « limiter le montant des intérêts nets qu'une entreprise peut déduire »¹⁸¹ à 30% de son EBITDA. Avec cette limite de déduction, il devient dès lors beaucoup moins intéressant pour les entreprises de créer une filiale dans un État à fiscalité faible et d'y transférer la dette du groupe. Par ailleurs, il est à noter que les États membres ont la possibilité de prévoir une exception pour les entreprises financières telles que définies à l'article 2, paragraphe 5 en vertu du paragraphe 7 de l'article 4. Cette exception se justifie par le fait que « ces entreprises présentent des caractéristiques particulières et requièrent dès lors une approche plus adaptée à leurs besoins »¹⁸².

B. Règle d'imposition à la sortie (article 5)



Nous comprenons de cette illustration¹⁸³ que si une société X membre de l'UE développe par exemple un nouveau médicament. Elle déduit les coûts liés à la recherche et au développement de ce médicament dans l'État X. Elle transfère ensuite peu avant la finalisation du produit son actif dans un pays tiers à fiscalité faible voire nulle et y dépose le brevet pour son médicament.

¹⁸⁰ Commission européenne, *Paquet de mesures contre l'évasion fiscale - Question et réponses*, Bruxelles, 28 janvier 2016, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-160_fr.htm.

¹⁸¹ Commission européenne, *Paquet de mesures contre l'évasion fiscale - Question et réponses*, Bruxelles, 28 janvier 2016, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-160_fr.htm.

¹⁸² Proposition de directive du Conseil du 28 janvier 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, *C.O.M.* (2016) 026 final, p. 8.

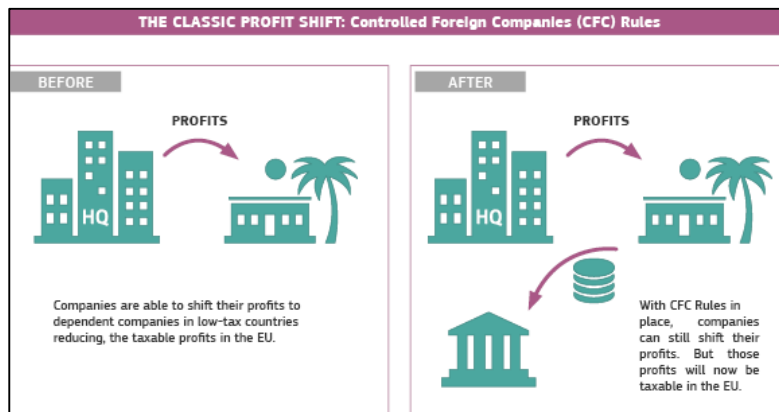
¹⁸³ Exemple tiré de : https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/violet_5.png.

Aucun bénéficiaire ne sera taxé dans l'État de X une fois le produit mis en vente alors que l'actif transféré comprend d'énormes plus-values latentes.¹⁸⁴

Pour contrevenir à cette technique, la directive instaure un mécanisme d'« exit tax » par lequel les États pourront taxer les actifs qui auront été transférés en-dehors de leur territoire et dans lequel le produit a été développé et les coûts de recherche et développement déduits.¹⁸⁵

Nous verrons dans la partie 2 de notre travail que ce mécanisme d'imposition à la sortie pose potentiellement des problèmes au regard des libertés fondamentales dont notamment la liberté d'établissement.

C. Règle relative aux sociétés étrangères contrôlées (SEC) (articles 7 et 8)



Une société X détient une participation dans une autre société Y et est établie dans un État à fiscalité élevée. Cette autre société contrôlée, Y, est établie dans un État à fiscalité faible voire nulle. Les deux sociétés s'arrangent pour que des bénéfices soient taxés dans l'État de Y dans le but de réduire la pression fiscale du groupe.¹⁸⁶

Nous ne rentrerons à nouveau pas dans les détails de cette disposition mais nous retiendrons seulement que la directive instaure un mécanisme permettant à l'État de la société « contrôleuse » de considérer via une fiction juridique que les bénéfices soient attribués à cette dernière. Il faut pour ce faire que l'autre société soit « contrôlée »¹⁸⁷ au sens de la directive et que le taux d'impôt payé dans l'État de l'entité contrôlée soit inférieur à la différence entre le

¹⁸⁴ Proposition de directive du Conseil du 28 janvier 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, C.O.M. (2016) 026 final, p. 8.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ Exemple tiré de : https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/violet_1.png.

¹⁸⁷ La société « contrôleuse » doit grosso modo avoir un intérêt à hauteur de 50 % au moins qui peut se traduire en termes de participation dans le capital, de droit de vote ou de droit au bénéfice.

taux d'impôt qu'aurait payé l'entité contrôlée dans l'État de la société « contrôleuse » et le taux d'impôt dans l'État de l'entité contrôlée.

Exemple chiffré :

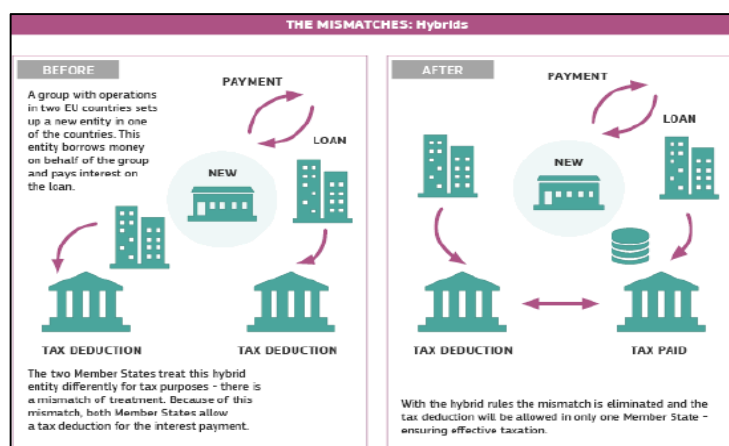
Taux d'imposition pays 1 (pays de la société contrôleuse):	40%
Taux d'imposition pays 2 (pays de la société contrôlée):	15%
Différence entre les deux taux:	25% > 15%

=> La différence entre les deux taux (25%) est donc, dans notre exemple, supérieure au taux d'imposition en vigueur dans le pays de la société contrôlée (15%).

La société "contrôleuse" recevra cependant un crédit d'impôt pour l'impôt réellement supporté dans l'État de l'entité contrôlée. Ces règles sur les SEC garantissent donc une imposition au taux effectif en vigueur dans l'Etat membre de la société « contrôleuse ».

Dans un contexte purement européen, il est cependant nécessaire de se poser la question de la compatibilité de ces règles SEC avec la jurisprudence de la Cour de Justice en matière de liberté d'établissement et de libre circulation des capitaux.¹⁸⁸ De plus, la question de la conciliation de ces règles avec la directive mère-fille n'a pas non plus été résolue dans les articles 7 et 8 de la directive Atad I.

D. Dispositifs hybrides (article 9)



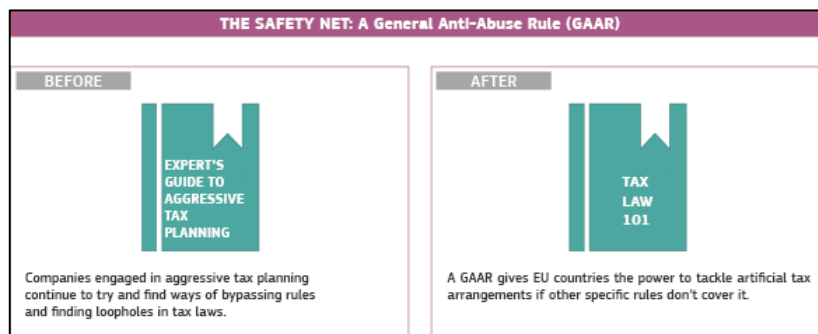
Une société établie dans un État membre X emprunte de l'argent à une société établie dans un État membre Y. La société de l'État de X paie des intérêts sur le prêt qui sont déductibles

¹⁸⁸ Voy. *infra* p. 85.

fiscalement selon la législation de X tandis qu'ils ne sont pas pris en compte dans l'État d'Y et ne sont donc pas taxés.¹⁸⁹

Les dispositifs hybrides résultent d'une asymétrie entre la qualification juridique donnée à un instrument hybride par l'État d'origine et par l'État de destination.¹⁹⁰ Ces asymétries s'expliquent par le fait que les États sont fiscalement souverains pour déterminer la qualification de certains revenus ou instruments pour autant qu'aucune distinction ne soit faite sur base de la nationalité¹⁹¹. Les qualifications retenues par un État membre doivent être reconnues par les autres États membres en vertu du principe de reconnaissance mutuelle qui va de pair avec le principe de souveraineté fiscale. Certaines entreprises profitent de cette différence de qualification soit pour bénéficier d'une double déduction soit pour bénéficier d'une déduction dans l'État d'origine et d'une non-taxation des revenus dans l'État de destination.¹⁹² La directive propose donc que seule la qualification donnée par l'Etat membre d'origine ne soit retenue.

E. La clause anti-abus générale (article 6)



Il est incontestable que certaines entreprises tentent en permanence de trouver des moyens de contourner les règles mises en place pour lutter contre l'évasion fiscale et continueront à le faire.¹⁹³ Par conséquent, il est utopique de penser que des règles peuvent être édictées pour couvrir chaque situation spécifique de planification fiscale agressive. La législation ne peut en effet suivre le rythme effréné de créativité des techniques mises en place par certains contribuables pour réduire leur base imposable.¹⁹⁴ La mesure anti-abus générale sert donc de

¹⁸⁹ Exemple tiré de https://ec.europa.eu/taxation_customs/.

¹⁹⁰ Proposition de directive du Conseil du 28 janvier 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, *C.O.M. (2016) 026 final*, p. 10.

¹⁹¹ B. PEETERS et S. SERRE., *o.c.* (v. note n° 100), p. 873.

¹⁹² Commission européenne, *Paquet de mesures contre l'évasion fiscale - Question et réponses*, Bruxelles, 28 janvier 2016, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-160_fr.htm.

¹⁹³ Exemple tiré de : https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/violet_6.png.

¹⁹⁴ Proposition de directive du Conseil du 28 janvier 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, *C.O.M. (2016) 026 final*, p. 10.

filet de sécurité lorsqu'aucune règle spécifique ne peut être invoquée pour contrer une technique particulière mise en place par une entreprise.¹⁹⁵

La directive permet donc aux États membres de ne pas tenir compte de montages fiscaux dont le seul but est d'obtenir un avantage fiscal. Un montage sera considéré comme non-authentique s'il ne peut être justifié par des motifs économiques valables en vertu du droit national applicable.¹⁹⁶

Sous-section 3. La directive 2017/952 (Atad II)¹⁹⁷

La directive Atad II étend la portée *ratione loci* de la directive Atad I en matière de lutte contre les dispositifs hybrides. Nous avons eu l'occasion de voir précédemment que la directive Atad I a mis en place des mécanismes de lutte contre les dispositifs hybrides au sein de l'Europe.¹⁹⁸ Les contribuables européens avaient donc encore la possibilité d'exploiter des structures transnationales faisant intervenir des pays tiers pour réduire la pression fiscale qu'ils subissaient à l'intérieur de l'Europe. Cela n'est aujourd'hui plus possible suite à cette modification de la directive Atad I.

Cette nouvelle directive ne fait pas simplement qu'étendre la portée *ratione loci* d'Atad I mais elle l'étend également *ratione materiae*. Cette modification intervient dans un souci de cohérence par rapport aux recommandations BEPS contenues dans l'action 2 sur les dispositifs hybrides. L'Union entendait adopter des règles qui soient aussi efficaces que celles décrites dans les recommandations BEPS. Il était donc nécessaire de modifier Atad I puisqu'un certain nombre de situations n'étaient pas couvertes par celle-ci mais étaient préconisées dans les rapports BEPS. Nous ne rentrerons pas dans les détails de ces nouvelles dispositions mais retiendrons simplement que sont désormais également couvertes les situations de « *dispositifs utilisant des établissements stables hybrides, les transferts hybrides, les dispositifs hybrides importés et les dispositifs utilisant des entités à double résidence* »¹⁹⁹.

La transposition de ces nouvelles dispositions par les États membres en droit interne devra être effectuée au plus tard le 31 décembre 2019 étant entendu qu'elles devront être appliquées

¹⁹⁵ Commission européenne, *Paquet de mesures contre l'évasion fiscale - Question et réponses*, Bruxelles, 28 janvier 2016, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-160_fr.htm.

¹⁹⁶ B. PEETERS et S. SERRE., *o.c.* (v. note n° 100), p. 898.

¹⁹⁷ Nous tenons à avertir le lecteur que la dénomination de cette directive par les praticiens, Atad II, peut être trompeuse puisqu'elle ne fait qu'amender Atad I et n'est donc pas une directive à part entière.

¹⁹⁸ Voy. *supra* p. 49.

¹⁹⁹ C. VAN GEEL et K. MEES, « L'Europe lutte aussi contre les dispositifs hybrides utilisant des régimes fiscaux de pays extérieurs à l'UE », 13 juin 2017, disponible sur <https://legalworld.wolterskluwer.be/fr/nouvelles/moniteur/l-europe-lutte-aussi-contre-les-dispositifs-hybrides-utilisant-des-regimes-fiscaux-de-pays-externes-a-l-ue/>.

à partir du 1^{er} janvier 2020. Une date ultérieure de transposition et d'application est néanmoins prévue pour les dispositifs hybrides inversés, à savoir, respectivement le 31 décembre 2021 et le 1^{er} janvier 2022.

Sous-section 4. La directive Mère-Fille

Sous l'impulsion de l'OCDE qui menait à l'époque des travaux qui ont conduit au projet BEPS, la Commission avait émis une proposition de modification de la directive Mère-Fille²⁰⁰. Cette proposition a été à l'origine de deux directives qui ont subséquemment modifié cette dernière qui n'est désormais plus en vigueur.

Dans un premier temps, une directive du 8 juillet 2014 – nr. 2014/86 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents – insère une règle à l'article 4, paragraphe 1 visant à lutter contre les prêts hybrides. Le point a) du paragraphe 1²⁰¹ est ainsi modifié :

*« Soit s'abstiennent d'imposer ces bénéfices dans la mesure où ces derniers ne sont pas déductibles par la filiale, et les imposent dans la mesure où ils sont déductibles par la filiale ».*²⁰²

Autrement dit, l'État membre de la société mère refuse l'exemption des bénéfices provenant de sa filiale si ceux-ci sont déductibles à la source et vice-versa.²⁰³ Cette modification vise notamment à lutter contre les « *profit participating loan* » qui, par le passé, étaient couramment utilisés dans le cadre d'une planification fiscale agressive entre une société mère et sa filiale.

Dans un second temps, dans le cadre de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, une directive du 27 janvier 2015 – nr. 2015/121 du Conseil modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et aux filiales d'États

²⁰⁰ Proposition de directive du Conseil modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents.

²⁰¹ Seule la méthode de l'exemption est donc visée par cette modification.

²⁰² Directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, *J.O.U.E.*, L 219, 25 juillet 2014, pp. 40-41.

²⁰³ Proposition de directive du Conseil modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, p. 4.

membres différents – insère une règle anti-abus dans la directive mère-fille à l'article premier²⁰⁴. En effet, l'article 1, paragraphe 2 de la Directive Mère-Fille prévoit désormais que :

« Les États membres n'accordent pas les avantages de la présente directive à un montage ou à une série de montages qui, ayant été mise en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la présente directive, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents ».

« Un montant ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique ».

Ainsi, moyennant le respect de ces quatre conditions cumulatives, l'application des avantages de la directive mère-fille peut être refusé.²⁰⁵ Les États membres peuvent, en d'autres termes, en présence de montages artificiels ayant pour objectif l'évitement de l'impôt, refuser :

- D'appliquer l'exemption ou l'imputation des bénéfices provenant d'une société filiale vers la société mère si on se place du point de vue de l'Etat de la mère²⁰⁶ ;
- D'accorder l'exemption de retenue à la source si on se place du point de vue de l'Etat de la filiale²⁰⁷.

²⁰⁴ C. VAN GEEL, « L'Europe exclut les "montages non authentiques" de la directive mère-filiale », 3 février 2015, disponible sur <https://legalworld.wolterskluwer.be/fr/nouvelles/moniteur/l-europe-exclut-les-montages-non-authentiques-de-la-directive-mere-filiale>.

²⁰⁵ F. DE BELVA et J. LUTS, « The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive », IBFD, *European Taxation*, Juin 2015, p. 224 ; P. SMET et D. DE WOLF, « La directive UE contre l'évasion fiscale limite la déduction des intérêts », *Fisc. 1463.*, 2016, p. 1.

²⁰⁶ Directive (UE) 2011/96 du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, *J.O.U.E.*, L 345, 29 décembre 2011. (« Directive Mère-fille », ci-après) : « Article 4: 1. Lorsqu'une société mère ou son établissement stable perçoit, au titre de l'association entre la société mère et sa filiale, des bénéfices distribués autrement qu'à l'occasion de la liquidation de cette dernière, l'État membre de la société mère et l'État membre de son établissement stable : a) soit s'abstiennent d'imposer ces bénéfices ; b) soit les imposent tout en autorisant la société mère et l'établissement stable à déduire du montant de leur impôt la fraction de l'impôt sur les sociétés afférente à ces bénéfices et acquittée par la filiale et toute sous-filiale, à condition qu'à chaque niveau la société et sa sous-filiale relèvent des définitions de l'article 2 et respectent les exigences prévues à l'article 3, dans la limite du montant dû de l'impôt correspondant ».

²⁰⁷ Art. 5, Directive Mère-fille : « Les bénéfices distribués sont exonérés de retenue par une filiale à sa société mère à la source ».

Sous-section 5. La directive Fusion

Dans le même ordre d'idée que celui de la directive Mère-Fille, la directive Fusion contient une disposition anti-abus permettant aux États membres de refuser d'accorder, dans certains cas, les avantages contenus dans celle-ci. Cette disposition anti-abus est prévue par l'article 15 de la directive et prévoit que :

« 1. Un État membre peut refuser d'appliquer tout ou une partie des dispositions des articles 4 à 14 ou d'en retirer le bénéfice lorsqu'une des opérations visées à l'article 1^{er} :

a) a comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux **la fraude ou l'évasion fiscales** ; le fait que l'opération n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération, peut constituer une présomption que cette opération a comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales ;

b) [...] »²⁰⁸.

Au niveau des sociétés, la fusion ou la scission transnationales se réalise en neutralité fiscale. Il n'y a donc pas de taxation des plus-values de la société apporteuse pour autant que la société bénéficiaire n'effectue pas de *step up* fiscal.²⁰⁹

Au niveau des actionnaires, une possibilité de *roll over* est offerte aux anciens actionnaires de la société apporteuse pour repousser la taxation de leurs plus-values latentes au moment où ils revendront leurs actions nouvellement acquises dans la société bénéficiaire.²¹⁰

²⁰⁸ Directive (UE) 2009/133 du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre, *J.O.U.E.*, L 310, 25 novembre 2009. (« Directive Fusion », ci-après)

²⁰⁹ Art. 4, Directive Fusion : « 1. La fusion, la scission ou la scission partielle n'entraîne aucune imposition des plus-values qui sont déterminées par la différence entre la valeur réelle des éléments d'actif et de passif transférés et de leur valeur fiscale. [...]

4. Les paragraphes 1 à 3 ne s'appliquent que si la société bénéficiaire calcule les nouveaux amortissements et les plus-values ou moins-values afférentes aux éléments d'actifs et de passifs transférés dans les mêmes conditions que l'auraient fait la ou les sociétés apporteuses si la fusion, la scission ou la scission partielle n'avait pas eu lieu. [...] »

²¹⁰ Art. 8, Directive Fusion : « [...] 6. L'application des paragraphes 1, 2 et 3 n'empêche pas les États membres d'imposer le profit résultant de la cession ultérieure des titres reçus de la même manière que le profit qui résulte de la cession des titres existants avant l'acquisition. [...] »

Il est intéressant de noter à ce stade-ci de notre réflexion que la directive Fusion – contrairement à la directive Mère-Fille²¹¹ – utilise explicitement le terme « évvasion fiscale »²¹². En effet, bien que le concept ne soit pas défini dans la directive, les avantages offerts par celle-ci peuvent se voir refusés si l'objectif de la restructuration ou l'un des objectifs principaux de la restructuration est l'évasion fiscale. La jurisprudence de la Cour de Justice vient cependant encadrer ce refus d'octroi des avantages de la directive en cas de restructuration fondée sur l'évasion fiscale. La Cour rappelle en effet que le refus doit s'effectuer dans le respect du principe général de droit européen de proportionnalité²¹³ et que les États membres doivent dès lors examiner au cas par cas s'il existe des motifs économiques valables sous-jacents à la restructuration ou non.²¹⁴ De plus, cet examen par les États membres doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.²¹⁵ La Cour vient donc apporter une certaine structure au sein des mesures anti-abus. Nous y reviendrons dans la partie deux de notre exposé.²¹⁶

Section 3. Au niveau belge

Dans cette section, nous commencerons, dans un premier temps, par parcourir certaines dispositions de droit belge et certaines pratiques de l'administration fiscale qui ont fait ou font partie – pour reprendre la terminologie utilisée par le Professeur Ph. MALHERBE – des « attraits fiscaux » de la Belgique et qui peuvent être à la base de pratiques d'évasion fiscale (sous-section 1). Dans un second temps, nous examinerons quelles ont été les réponses du législateur belge face à ce genre de pratiques tout en gardant à l'esprit que sa réponse est en partie tributaire de celle du législateur européen et de la jurisprudence de la Cour de Justice (sous-section 2).

²¹¹ Voy. *supra* p. 52.

²¹² Cette différence terminologique n'a cependant aucune conséquence pratique puisque la Cour de Justice les interprète de la même façon.

²¹³ C.J.C.E., 17 juillet 1997 (A. Leur-Bloem c. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2), C-28/95, *Rec. C.J.C.E.*, 1997, I, p. 04161 : « [...] les États membres peuvent prévoir que le fait que l'opération envisagée n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables constitue une présomption de fraude ou d'évasion fiscales. Il leur appartient de déterminer les procédures internes nécessaires à cette fin dans le respect du principe de **proportionnalité**. »

²¹⁴ *Ibid.*

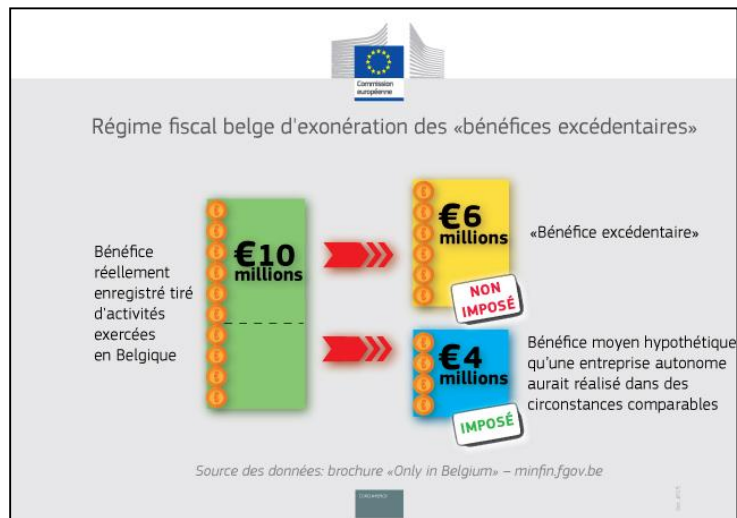
²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ Voy. *infra* p. 107.

Sous-section 1. Types d'évitement

§1. Excess profit rulings (exonération des bénéfices excédentaires)

A. Mécanisme



Auparavant, le régime d'exonération des bénéfices excédentaires²¹⁷, qui était applicable en Belgique depuis 2005²¹⁸, permettait à un groupe multinational de réaliser d'importantes économies à l'impôt des sociétés dont il était redevable en Belgique.²¹⁹ Ainsi, sur les bénéfices qu'une société résidente belge faisant partie d'un de ces groupes ou qu'un établissement stable belge d'une société étrangère réalisait en Belgique, seule était taxée la partie qui aurait été taxée si la société était une entreprise autonome. Autrement dit, on comparait le revenu enregistré par la société au revenu qu'elle aurait réalisé dans une situation comparable – d'où la qualification de revenu hypothétique) en étant une entreprise autonome.²²⁰ La partie excédentaire à ce revenu moyen hypothétique était déterminée par le biais de décisions anticipées contraignantes et

²¹⁷ Exemple tiré de: Communiqué de presse de la Commission européenne, « Aides d'État : la Commission estime que le régime belge d'exonération des bénéfices excédentaires est illégal et ordonne la récupération d'environ 700 millions d'euros auprès de 35 multinationales », Bruxelles, 11 janvier 2016, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-42_fr.htm.

²¹⁸ Communiqué de presse de la Commission européenne, « Aides d'État : la Commission estime que le régime belge d'exonération des bénéfices excédentaires est illégal et ordonne la récupération d'environ 700 millions d'euros auprès de 35 multinationales », Bruxelles, 11 janvier 2016, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-42_fr.htm.

²¹⁹ Communiqué de presse de la Commission européenne, « Aides d'État : la Commission ouvre une enquête approfondie sur le système belge des décisions fiscales anticipées relatives aux bénéfices excédentaires », Bruxelles, 3 février 2015, disponible sur europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4080_fr.pdf.

²²⁰ C. VAN GEEL et K. MEES, « La loi-programme 2017 organise la récupération des avantages issus du régime belge d'exonération des bénéfices excédentaires (art. 100-119 LP 2017) », disponible sur <https://legalworld.wolterskluwer.be/fr/nouvelles/moniteur/la-loi-programme-2017-organise-la-recuperation-des-avantages-issus-du-regime-belge-d-exoneration-des-benefices-excedentaires-art-100-119-lp-2017/>.

réduite de la base imposable du groupe multinational.²²¹ Il y avait donc un énorme avantage à faire partie d'un groupe multinational puisque la base imposable des sociétés belges concernées était réduite de 50 % à 90% selon les chiffres de la Commission.²²² En d'autres termes, les sociétés belges n'exerçant des activités qu'en Belgique ne pouvaient pas bénéficier de ce régime préférentiel.²²³

Le régime d'exonération des bénéfices excédentaires était inscrit à l'article 185, §2, b) du code des impôts sur les revenus et prévoyait que :

*« § 2. Sans préjudice de l'alinéa 2, pour deux sociétés faisant partie d'un **groupe multinational** de sociétés liées et en ce qui concerne leurs relations transfrontalières réciproques :*

a) [...]

*b) lorsque, dans les bénéfices d'une société sont repris des bénéfices qui sont également repris dans les bénéfices d'une autre société, et que les bénéfices ainsi inclus sont des bénéfices qui auraient été réalisés par cette autre société si les conditions convenues entre les deux sociétés avaient été celles qui auraient été convenues entre des **sociétés indépendantes**, les **bénéfices** de la première société **sont ajustés** d'une manière appropriée. L'alinéa 1er s'applique par décision anticipée sans préjudice de l'application de la Convention relative à l'élimination des doubles impositions en cas de corrections des bénéfices des entreprises associées (90/436) du 23.07.1990 et des conventions internationales préventives de la double imposition »²²⁴.*

²²¹ Commission européenne, « Décision de la Commission relative au régime d'aides d'Etat concernant l'exonération des bénéfices excédentaires », Bruxelles, 11 janvier 2016, p. 4, disponible sur http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/256735/256735_1748546_183_5.pdf.

²²² Communiqué de presse de la Commission européenne, « Aides d'État : la Commission estime que le régime belge d'exonération des bénéfices excédentaires est illégal et ordonne la récupération d'environ 700 millions d'euros auprès de 35 multinationales », Bruxelles, 11 janvier 2016, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-42_fr.htm.

²²³ Communiqué de presse de la Commission européenne, « Aides d'État : la Commission ouvre une enquête approfondie sur le système belge des décisions fiscales anticipées relatives aux bénéfices excédentaires », Bruxelles, 3 février 2015, disponible sur europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4080_fr.pdf.

²²⁴ CIR (1992), art. 185, §2, b) ancien.

B. Les « excess profit rulings » et la Commission

Depuis l'été 2013, la Commission observe de très près certaines pratiques d'évasion fiscale adoptées par des multinationales dans un certain nombre d'états.²²⁵ Plus précisément, elle examine si ces pratiques sont légales au regard des dispositions en matière d'aide d'État. Il semblerait en effet que certains États accordent des *rulings* fiscaux très avantageux à des multinationales leur permettant de la sorte de réduire fortement leur base imposable. Or, ce type d'agissement nuit gravement au maintien des garanties de concurrence équitable au sein du marché intérieur. En juin 2014, elle entame donc trois enquêtes formelles sur base des dispositions en matière d'aide d'État. Ces trois enquêtes concernent *Apple* en Irlande, *Starbucks* aux Pays-Bas et *Fiat Finance & Trade* au Luxembourg²²⁶. Moins d'un an plus tard, c'est au tour de la Belgique et de son régime d'exonération des bénéfices excédentaires de se retrouver dans le collimateur de la Commission. Début 2015, la Commission entame par conséquent un examen poussé de l'article 185, §2, b) pour déterminer si celui-ci est bien compatible avec les dispositions européennes en matière d'aide d'État.²²⁷ La commissaire en charge de la politique de la concurrence, M^{me} M. VESTAGER, déclarait ainsi par rapport aux *excess profit rulings* :

« Il semble que le système fiscal belge des "bénéfices excédentaires" accorde à certaines entreprises multinationales, et seulement à celles-ci, des allègements fiscaux considérables dont ne peuvent pas bénéficier les entreprises autonomes. Si nos craintes étaient confirmées, ce système généralisé constituerait une distorsion grave de la concurrence, favorisant indûment un nombre limité d'entreprises multinationales. Dans le cadre des efforts que nous déployons pour que chaque entreprise paie sa juste part d'impôts, nous devons approfondir cette enquête »²²⁸.

Le 11 janvier 2016, le régime des bénéfices excédentaires est déclaré illégal par la Commission. La commissaire déclare cette fois :

« La Belgique a accordé à certaines multinationales des avantages fiscaux substantiels, en violation des règles de l'UE en matière d'aides d'État. Cette pratique fausse la

²²⁵ Communiqué de presse de la Commission européenne, « Aides d'État: la Commission ouvre une enquête approfondie sur le système belge des décisions fiscales anticipées relatives aux bénéfices excédentaires », Bruxelles, 3 février 2015, disponible sur europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4080_fr.pdf.

²²⁶ T. JANSSENS et A. VANMAERCKE, *Internationaal belastingrecht toegepast*, Anvers, Intersentia, 2016, p. 157.

²²⁷ Communiqué de presse de la Commission européenne, « Aides d'État: la Commission ouvre une enquête approfondie sur le système belge des décisions fiscales anticipées relatives aux bénéfices excédentaires », Bruxelles, 3 février 2015, disponible sur europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4080_fr.pdf.

²²⁸ *Ibid.*

concurrence fondée sur les mérites en ne traitant pas les plus petits concurrents de la même manière que les multinationales. Les pays de l'UE disposent de nombreux moyens légaux pour subventionner les investissements et les bonnes raisons d'investir dans l'UE sont multiples. Toutefois, le fait qu'un pays accorde à certaines multinationales des avantages fiscaux illégaux qui leur permettent d'éviter de payer des impôts sur la majorité de leurs bénéfices réels nuit gravement à l'exercice d'une concurrence loyale dans l'UE et, en définitive, porte préjudice aux citoyens de l'UE »²²⁹.

L'intervention de la Commission a été salutaire car le régime n'a plus été appliqué depuis par la Belgique.²³⁰

§2. Aides d'État

L'objectif de ce paragraphe sera de comprendre comment la réglementation en matière d'aides d'États peut être utilisée par les États comme outil pour attirer les multinationales ou pour favoriser certaines entreprises, permettant indirectement à celles-ci d'éluder une partie de l'impôt dont elles sont redevables.

A. Mécanisme

On peut définir une aide d'État comme un avantage économique ou financier, sélectif, accordé directement ou indirectement par l'État, dans son sens large du terme, à des entreprises et qui présente un risque de fausser la concurrence au sein du marché intérieur de l'Union et d'affecter les relations commerciales entre États membres.²³¹ De cette définition, on peut extraire cinq conditions qui doivent être remplies cumulativement pour obtenir la qualification d'aide d'État.²³² Ainsi, il faut (1) une aide financée via les ressources de l'État ; (2) cette aide doit être sélective ; (3) elle doit accorder un avantage ; (4) les échanges entre États membres doivent être affectés et ; (5) elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence. En règle

²²⁹ Communiqué de presse de la Commission européenne, « Aides d'État: la Commission estime que le régime belge d'exonération des bénéficiaires excédentaires est illégal et ordonne la récupération d'environ 700 millions d'euros auprès de 35 multinationales », Bruxelles, 11 janvier 2016, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-42_fr.htm.

²³⁰ T. JANSSENS et A. VANMAERCKE, *o.c.* (v. note n° 226), p. 157.

²³¹ P.-M. SABBADINI (dir.), « Définition de la notion d'aide », in *Les aides d'État : aspects juridiques et économiques*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 29.

²³² E. RAINGEARD DE LA BLÉTIÈRE, « Les aides d'État fiscales: un intérêt accru de la Commission pour cette matière complexe », *Option Finance*, 16 janvier 2017, p. 14.

générale, les aides d'État sont prohibées au sein de l'Union en vertu de l'article 107 §1^{er} du TFUE.²³³

Traduit au niveau fiscal, cela signifie que certaines entreprises se voient allouer des avantages fiscaux divers qui leur permettent de réduire fortement leur charge fiscale alors que d'autres entreprises ne se voient pas offrir la même opportunité. De ceci découle que les sociétés qui ne reçoivent pas d'aides se voient discriminées par rapport à celles qui en reçoivent et que la concurrence entre les différents secteurs d'activités ou au sein d'un même secteur s'en retrouve faussée. Par conséquent, on peut, de manière approximative, schématiser la situation en disant qu'un État qui essaye d'attirer certaines entreprises au moyen de règles fiscales particulières, basées sur des critères subjectifs d'application et dérogeant aux règles fiscales généralement applicables à l'ensemble des entreprises résidentes, aura beaucoup plus de chances de voir ses règles qualifiées d'aides d'État interdites sur base de la réglementation européenne, qu'un autre État qui n'applique que des règles fiscales basées sur des critères généraux et objectifs.²³⁴ Nous avons d'ailleurs eu l'occasion d'illustrer notre propos dans le paragraphe précédent quand nous avons traité du régime belge des bénéficiaires excédentaires.²³⁵

B. Les aides d'État et la Belgique, illustration

En juillet dernier, la Commission a demandé à la Belgique de mettre fin à son régime d'exemption fiscale en vigueur pour les ports d'Anvers, de Bruges, de Bruxelles, de Charleroi, de Gand, de Liège, de Namur et d'Ostende, ainsi que les ports situés le long des canaux de la province du Hainaut et de Flandres.²³⁶ La Commission a, en effet, constaté que ces ports n'étaient pas soumis au régime général de l'imposition des sociétés belges mais qu'ils étaient soumis à une imposition dont l'assiette et le taux d'imposition différaient de ceux applicables au reste des sociétés belges. Ce régime particulier d'imposition des ports a donc été considéré par la Commission comme illégal au regard des dispositions en matière d'aides d'État puisqu'il octroyait aux ports un avantage concurrentiel par rapport aux autres entreprises

²³³ « Article 107: 1. Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

²³⁴ T. JANSSENS et A. VANMAERCKE, *o.c.* (v. note n° 226), p. 154.

²³⁵ Voy. *supra* p. 56.

²³⁶ Communiqué de presse de la Commission européenne, « Aides d'État: la Commission demande à la Belgique et à la France de mettre fin aux exemptions fiscales pour les ports », Bruxelles, 27 juillet 2017, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-2181_fr.htm.

belges.²³⁷ Suite à cette décision et dès le début de l'année 2018, la Belgique a mis fin à ce régime. Elle n'a cependant pas dû récupérer le montant de ces avantages concurrentiels puisque ce régime d'imposition particulier existait avant l'adhésion de la Belgique à l'Union Européenne et n'est donc pas considérée comme une aide d'État nouvelle.²³⁸

§3. Intérêts notionnels

A. Mécanisme

En vigueur depuis l'exercice d'imposition 2007, le régime des intérêts notionnels²³⁹ – ou déduction pour capital à risque (DCR) – permet à une entreprise de déduire de ses bénéfices imposables un intérêt qu'on qualifie de notionnel.²⁴⁰ Cet intérêt notionnel est calculé sur base du capital à risque de l'entreprise. La *ratio legis* de ce mécanisme est de supprimer la discrimination entre le financement par emprunt et le financement par capital, ou via les fonds propres de l'entreprise.²⁴¹ En effet, lorsqu'une société se finance en empruntant à une banque par exemple, elle peut déduire, au titre de charges professionnelles, les intérêts qu'elle aura payés à cette banque pour son emprunt. Par contre, si une société décide par exemple de faire appel à ses actionnaires, elle rémunérera leur participation dans le capital à risque en leur accordant des dividendes qui eux, ne sont pas déductibles à l'impôt des sociétés au titre de charges professionnelles. Le législateur est donc venu remédier à cette discrimination en permettant aux entreprises se finançant au moyen de capital à risque, d'également déduire des intérêts. En plus de mettre fin à cette discrimination basée sur le choix de la méthode de financement des entreprises, les intérêts notionnels ont été, pour le législateur belge, une manière d'apporter aux investisseurs étrangers une alternative digne de ce nom aux centres de coordination dont le caractère sélectif a été démontré par la Commission.²⁴²

²³⁷ Communiqué de presse de la Commission européenne, « Aides d'État: la Commission demande à la Belgique et à la France de mettre fin aux exemptions fiscales pour les ports », Bruxelles, 27 juillet 2017, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-2181_fr.htm.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ CIR (1992), art. 205*bis* à 205*novies*.

²⁴⁰ F. COLLON, « Le financement des PME », in *La fiscalité des PME et de leurs dirigeants : questions pratiques*, F. Collon (dir.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 14.

²⁴¹ Ph. MALHERBE, « Les attraits fiscaux de la Belgique: chant des sirènes ou corne de brume ? », *Revue européenne et internationale de droit fiscal*, n° 2015/2, p. 267; https://finances.belgium.be/fr/entreprises/impot_des_societes/avantages_fiscaux/deduction_interet_notionnel#q2

²⁴² C.J.C.E., 22 juin 2006 (Royaume de Belgique (C-182/03) et Forum 187 ASBL (C-217/03) c. Commission des Communautés européennes), C-182/03, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, I, 05479.

Depuis l'exercice d'imposition 2007, un intérêt fictif est ainsi calculé sur base de la rentabilité des fonds propres corrigés à la fin de l'année précédant celle pour laquelle l'entreprise désire solliciter la déduction.²⁴³ Le taux des intérêts notionnels est celui du taux d'intérêt annuel des « OLO » (obligations linéaires) à 10 ans émises par l'État belge.²⁴⁴ Ce dernier est en constante baisse depuis quelques années et s'élèvera, à titre d'indication, à 0,746 % pour l'exercice d'imposition 2019.²⁴⁵ Les petites sociétés au sens de l'article 15 du Code des sociétés bénéficient quant à elles d'une majoration de 0,5 %.²⁴⁶

Durant l'été 2017, un accord portant sur la réforme de l'impôt des sociétés a été conclu par le gouvernement Michel. Cet accord prévoit notamment de diminuer le taux de l'impôt des sociétés. Celui-ci passera en effet de 33 % à 29 %. Pour compenser les pertes liées à cette baisse du taux d'imposition des sociétés, certaines dispositions fiscales ont été adaptées.²⁴⁷ Le régime des intérêts notionnels fait partie de ces mesures. Il était, au départ, question de supprimer la déduction pour capital à risque mais finalement, c'est la méthode de calcul de celle-ci qui a été modifiée. En effet, ce n'est désormais plus le montant du capital à risque de l'année précédant celle pour laquelle une entreprise sollicite une déduction qui sert de base au calcul mais bien l'augmentation de celui-ci par rapport au montant de capital à risque de la fin de la cinquième période imposable précédente.²⁴⁸ On prend donc la différence positive entre ces deux montants et on la multiplie par un cinquième pour obtenir le montant de capital à risque déductible. Autrement dit, la déduction pour capital à risque est étalée sur cinq ans.

B. La DCR comme « évitement » sous l'ancien régime

Sous ce point, nous tenterons d'expliquer par le biais de deux exemples simples, comment certaines entreprises ont pu tirer profit du régime des intérêts notionnels pour diminuer leur base imposable au travers d'une utilisation abusive de ce régime.

²⁴³ F. COLLON, « Le financement des PME », *o.c.* (v. note n° 240), p. 15.

²⁴⁴ Ph. MALHERBE, « Les attraits fiscaux de la Belgique: chant des sirènes ou corne de brume ? », *o.c.* (v. note n° 241), p. 268.

²⁴⁵ Voy. <https://taxworld.wolterskluwer.be/fr/nouvelles/en-bref/taux-de-deduction-des-interets-notionnels-pour-l-exercice-d-imposition-2019/>.

²⁴⁶ F. COLLON, « Le financement des PME », *o.c.* (v. note n° 240), p. 17.

²⁴⁷ A. HUYGHE, « La déduction pour capital à risque réduite comme peau de chagrin », *Fisc. 1550*, 2018, p. 1.

²⁴⁸ *Ibid.*

Nous utilisons le terme « ancien régime » pour marquer le contraste par rapport au régime actuel qui est beaucoup moins attractif que par le passé. Nous expliquerons dans la seconde partie de notre exposé pourquoi cette affirmation nous semble correcte.²⁴⁹

Exemple 1 : Le mécanisme du « *double-dip* »

Une société faisant partie d'un groupe emprunte une somme conséquente d'argent à une banque. La société emprunteuse va pouvoir déduire les intérêts qu'elle paye sur son emprunt. Cette société va ensuite utiliser le prêt qu'elle a reçu de la banque pour augmenter les fonds propres d'une autre société faisant partie du même groupe. Grâce à l'augmentation de ces fonds propres, la déduction pour intérêts notionnels de cette dernière société augmente. Il y a donc déduction fiscale dans le chef de la société emprunteuse – mais cette déduction fiscale n'est aucunement couplée à la génération de revenus imposables – et déduction dans le chef de la société bénéficiaire du prêt, soit double déduction.

Cette opération, bien que pouvant être qualifiée de simulation au sens économique du terme, ne peut l'être dans son sens juridique.²⁵⁰ De plus, comme nous l'avons vu précédemment²⁵¹, la Cour de Cassation a toujours refusé de reconnaître l'existence en droit fiscal d'un principe « des réalités économiques », pourtant avancé à maintes reprises par l'administration fiscale lors de pourvois en cassation.²⁵² L'administration se retrouvait donc avec le très alambiqué article 344, CIR (1992)²⁵³ pour seule défense.

Exemple 2 : Holding

Une société holding faisant partie d'un groupe détient des participations dans plusieurs sociétés faisant partie du même groupe. Il est possible pour cette société holding de revendre ses participations dans les autres sociétés en réalisant des plus-values sur action. Étant donné que les plus-values sur action ne sont généralement pas ou peu taxées en Belgique²⁵⁴, la société n'est pas taxée et sa déduction pour capital à risque est augmentée suite à l'augmentation de ses fonds propres.

²⁴⁹ Voy. *infra* p. 107.

²⁵⁰ Voy. *supra* p. 25.

²⁵¹ Voy. *supra* p. 34.

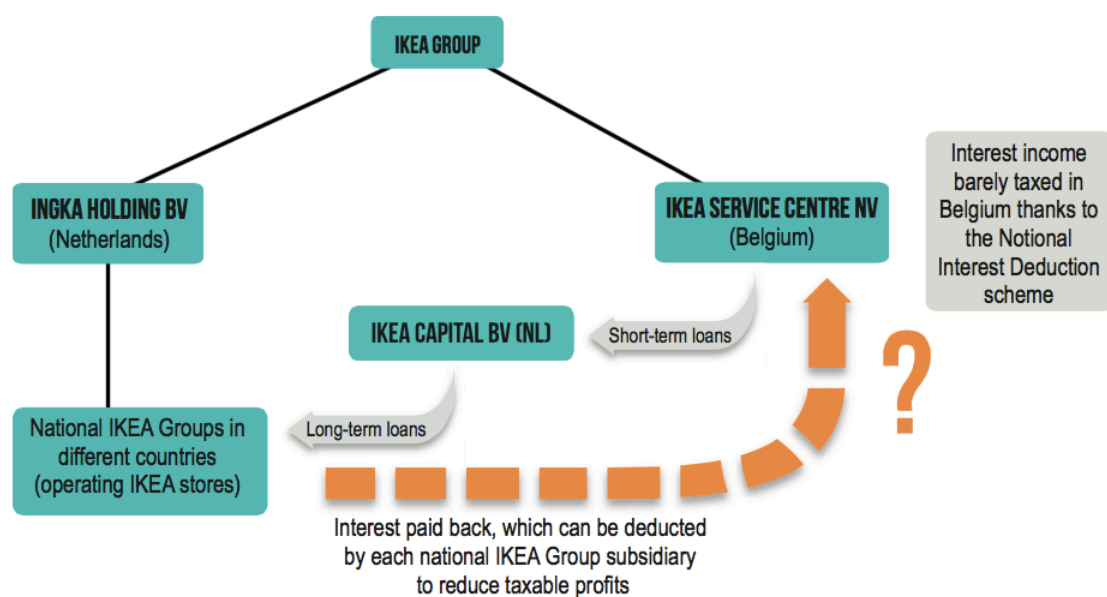
²⁵² T. AFSCHRIFT, *L'abus fiscal, o.c.* (v. note n° 20), pp. 22-23.

²⁵³ Voy. *infra* p. 65

²⁵⁴ CIR (1992), art. 192.

Par ces deux exemples simples, il est facile de comprendre que l'ingénierie fiscale n'a pas dû être poussée à son paroxysme pour permettre à certaines entreprises d'éluder une partie de leur base imposable grâce au mécanisme des intérêts notionnels et que d'autres mécanismes ont très certainement dû exister.

Ainsi, le groupe IKEA a également utilisé de la DCR et grâce à ce système a fait un gain de 488 millions d'euros selon une étude menée par le parti politique « *The Greens* » au Parlement européen.²⁵⁵ Le présent schéma²⁵⁶ permet facilement de comprendre comment l'entreprise a pu profiter de tels gains :



Il est enfin également utile de mentionner que le taux de la déduction était autrefois bien plus élevé qu'aujourd'hui et que la base imposable s'en trouvait d'autant plus diminuée. Nous avons pu en effet constater que ce taux est en constante baisse et en est presque réduit à peau de chagrin.²⁵⁷ De plus, la mise en œuvre des directives Atad I et II aura également des conséquences pour le mécanisme des intérêts notionnels.²⁵⁸

²⁵⁵ M. AUERBACH, « IKEA : Flat Pack Tax Avoidance », a study commissioned by The Greens/EFA group in the European Parliament, 12 février 2016, p. 22. Dans ce même document, il est dit qu'IKEA a réclamé €1,2 milliards en déduction d'intérêts notionnels et a payé €37,5 millions d'impôt sur les revenus nets des €1,6 milliards de départ, ce qui correspond à un taux de 2,4% au lieu de 33,3%.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ Voy. également : <http://www.groupefayen.be/mapage/index.html>.

²⁵⁸ Voy. à ce propos : Proposition de loi portant réforme à l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n°54-2864/001, p. 88.

Sous-section 2. Mesures anti-évitement

Nous n'aurons nullement la prétention de relever, dans cette sous-section, l'ensemble des mesures qui ont été, de près ou de loin, adoptées par le législateur belge pour lutter contre l'évasion fiscale.²⁵⁹ Nous traiterons, en revanche, seulement des dispositions qui, selon nous, sont les plus pertinentes pour répondre à notre question de recherche. Partant, nous développerons la mesure anti-évitement générale de l'article 344 §1 CIR (1992) (§1) ainsi que les dispositions transposant en droit belge les directives Atad I et Atad II (§2).

§1^{er}. L'article 344 § 1 CIR (1992)

A. Justification d'adoption de la mesure

Jusqu'à l'adoption de l'article 344, §1 CIR (1992) en 1993, le législateur belge a toujours répondu aux diverses tentatives d'évitement de l'impôt par l'édiction de mesures ponctuelles visant des situations bien précises.²⁶⁰ Ces mesures ponctuelles sont considérées comme des limitations au principe du choix licite de la voie la moins imposée déjà évoqué.²⁶¹ De plus, elles présentent l'avantage de sécurité juridique et de pleine conformité du prescrit du principe constitutionnel de légalité de l'impôt dont il a déjà été question. Elles fournissent, en effet, des critères clairs et précis sur lesquels l'administration fiscale peut baser sa taxation sans procéder à des choix arbitraires.²⁶²

Cependant, en raison même du champ d'application très précis de celles-ci, restreint à des types très particuliers d'évitement, des lacunes dans la législation anti-évitement persistent.²⁶³ Les mesures ponctuelles, plus communément appelées RSAA, furent vers la fin des années 80 pour essayer de couvrir tous les types d'évitement.²⁶⁴ L'internalisation des échanges entraîne avec elle – en Belgique – son lot de nouveaux mécanismes d'évitement de l'impôt mis au point

²⁵⁹ Pour un aperçu de mesures anti-évitement actuellement en vigueur, voy. notamment, D. GARABEDIAN, « Le principe du choix licite de la voie la moins imposée – un état des lieux », *o.c.* (v. note n° 28), pp. 66-67 ; M. BOURGEOIS et E. TRAVERSA, « Tax Treaties and tax avoidance : application of anti-avoidance provisions – Belgian Report », *Cahiers de droit fiscal international*, vol. 95a, Rotterdam, IFA, Kluwer, 2010, pp. 127-148.

²⁶⁰ D. GARABEDIAN, « Politique belge de prévention de l'évasion fiscale – une introduction à l'usage des non-spécialistes », *o.c.* (v. note n° 12), 2001, p. 202.

²⁶¹ D. GARABEDIAN, « Le principe du choix licite de la voie la moins imposée – un état des lieux », *o.c.* (v. note n° 28), p. 66 ; voy. *supra* p. 22.

²⁶² T. AFSCHRIFT, *L'abus fiscal*, *o.c.* (v. note n° 20), p. 24 ; A. NOLLET, « L'article 344, §2, du C.I.R. 1992 : essai de contrôle de "constitutionnalité" et de "conventionnalité" d'une disposition légale fiscale belge "anti-abus" », *R.G.C.F.*, 2011, n°6, p. 496.

²⁶³ D. GARABEDIAN, « Politique belge de prévention de l'évasion fiscale – une introduction à l'usage des non-spécialistes », *o.c.* (v. note n° 12), p. 203.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 205.

aux quatre coins du monde. Les finances de l'État en sont fortement mises à mal si bien que le Ministre des Finances de l'époque en appelle au « civisme fiscal ».²⁶⁵

Partant de ce constat, et de l'absence de mesure anti-évitement « générale » en droit belge, l'article 344, §1 est introduit par une loi du 22 juillet 1993.²⁶⁶ Cette disposition est une mesure de portée générale (GAAR), contrairement aux mesures « spécifiques » ou « ponctuelles », et devrait donc théoriquement pouvoir s'appliquer dans le futur à n'importe quel type de comportement abusif d'évitement posé par un contribuable lambda.²⁶⁷ L'exposé des motifs du texte initial semble d'ailleurs confirmer cette idée:

« [...] le texte en projet tend seulement à **lutter** contre la **multiplication incessante** de mécanismes d'évasion fiscale, qui se traduisent par des qualifications juridiques uniquement destinées à éluder l'impôt »²⁶⁸.

B. Contenu de la règle²⁶⁹

L'article 344, § 1 prévoit dans sa version actuelle que²⁷⁰:

« **N'est pas opposable** à l'administration, **l'acte juridique ni l'ensemble d'actes juridiques réalisant une même opération**²⁷¹ lorsque l'administration **démontre** par présomptions ou par d'autres moyens de preuve visés à l'article 340 et à la lumière de circonstances **objectives**, qu'il y a **abus fiscal**.

Il y a abus fiscal lorsque le contribuable réalise, par l'acte juridique ou l'ensemble d'actes juridiques qu'il a posé, l'une des opérations suivantes :

²⁶⁵ P. MAYSTADT, « Pour un civisme fiscal », *J.D.F.*, 1991, pp. 5 et s.

²⁶⁶ D. GARABEDIAN, « Politique belge de prévention de l'évasion fiscale – une introduction à l'usage des non-spécialistes », *o.c.* (v. note n° 12), pp. 203-207.

²⁶⁷ A. NOLLET, « L'article 344, §2, du C.I.R. 1992 : essai de contrôle de "constitutionnalité" et de "conventionnalité" d'une disposition légale fiscale belge "anti-abus" », *R.G.C.F.*, 2011, n°6, p. 489.

²⁶⁸ Projet de loi portant des dispositions fiscales et financières, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-1993, n° 762-1, p. 2.

²⁶⁹ Nous nous limiterons sous ce point à analyser la disposition en question étant entendu que cette dernière fera l'objet d'une analyse critique dans la seconde partie de notre travail.

²⁷⁰ L'ancienne version de l'article 344 § 1 prévoyait que : « N'est pas opposable à l'administration des contributions directes, la **qualification** juridique donnée par les **parties** à un acte ainsi qu'à des actes distincts réalisant une même opération lorsque l'administration constate, par présomptions ou par d'autres moyens de preuve visés à l'article 340, que cette qualification a pour but d'éviter l'impôt, à moins que le contribuable ne prouve que cette qualification répond à des besoins légitimes de caractère financier ou économique ».

²⁷¹ L'exposé des motifs précise à ce sujet que l'article 344 § 1 pourra également s'appliquer si les actes juridiques s'étendent sur une période allant au-delà d'une année d'imposition. Voy. plus précisément. : Projet de Loi-programme, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n°53-2081/001, p. 113.

1° une opération par laquelle il **se place** en violation des objectifs d'une disposition du présent Code ou des arrêtés pris en exécution de celui-ci, **en-dehors du champ d'application** de cette disposition ; **ou**

2° une opération par laquelle il **prétend à un avantage fiscal** prévu par une disposition du présent Code ou des arrêtés pris en exécution de celui-ci, dont l'octroi serait contraire aux objectifs de cette disposition et dont le but essentiel est l'obtention de cet avantage.

*Il appartient au contribuable de prouver que le choix de cet acte juridique ou de cet ensemble d'actes juridiques se justifie par **d'autres motifs** que la volonté d'éviter les impôts sur les revenus.*

*Lorsque le contribuable ne fournit pas la preuve contraire, la base imposable et le calcul de l'impôt sont **rétablis** en manière telle que l'opération est soumise à un prélèvement conforme à l'objectif de la loi, comme si l'abus n'avait pas eu lieu »²⁷².*

Cette nouvelle mesure s'inspire largement de propositions faites en la matière par le professeur L. DE BROE²⁷³ et diffère en de nombreux points de la version précédente.²⁷⁴

L'alinéa premier de l'article 344, §1 stipule qu'un acte juridique ou un ensemble d'actes juridiques réalisant une même opération n'est pas opposable à l'administration si cette dernière apporte la preuve qu'il y a abus fiscal. Elle peut, pour apporter cette preuve, recourir à tous les moyens de preuve du droit commun, à l'exception du serment.²⁷⁵ La lettre de cette disposition, ainsi que les travaux préparatoires y afférant, rend vraisemblable l'idée que la technique de la présomption est le moyen de preuve par excellence.

Le second alinéa contient la définition de l'abus fiscal comme nous l'avons vu.²⁷⁶ Cette définition comporte un élément objectif et un élément subjectif.²⁷⁷

²⁷² Souligné par nous.

²⁷³ Voy. ainsi., L. DE BROE, « Fraudebestrijding en charter van de belastingplichtige : noodzakelijk een paradox », *T.F.R.*, n° 379, 2010, p. 332 et s.

²⁷⁴ La présente contribution n'aura pas pour objectif de pointer les différences entre l'ancienne et la nouvelle mouture de l'article 344 § 1. Pour un examen des modifications de cette disposition, voy. notamment., J. VAN DYCK, « Nouvel article 344, # 1 : une disposition anti-abus plus "adulte" », *Fisc. 1284.*, 2012, p. 3; T. AFSCHRIFT, *L'abus fiscal, o.c.* (v. note n° 20), p. 64 et s.

²⁷⁵ CIR (1992), art. 340.

²⁷⁶ Voy. *supra* p. 24.

²⁷⁷ Projet de Loi-programme, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n°53-2081/001, pp. 113 à 114.

L'élément objectif suppose qu'un contribuable se place dans une position qui est contraire aux objectifs de la législation fiscale. Ce positionnement du contribuable peut prendre deux formes. Premièrement, il peut se mettre en dehors du champ d'application d'une disposition du CIR ou des arrêtés pris en exécution de celui-ci qui vise à augmenter l'impôt. Le professeur DE BROE explique de cette manière que le contribuable va choisir une forme juridique qui ne répond pas aux conditions légales d'imposition alors même que cette forme juridique est très proche de celle impliquant une imposition.²⁷⁸ L'objectif de la disposition en sort par conséquent complètement sapé. Deuxièmement, le contribuable peut se placer, au contraire de la première forme, dans le champ d'application d'une disposition du CIR ou des arrêtés pris en exécution de celui-ci en vue de réduire l'impôt. Il prétend donc à un avantage fiscal en effectuant une opération qui, à nouveau, est contraire à l'objectif de la disposition. On constate en conséquence dans les deux cas, que le contribuable frustré l'objectif de la disposition en se positionnant une fois en-dehors et une fois endéans le champ d'application de celle-ci.²⁷⁹

L'élément subjectif de l'abus fiscal suppose quant à lui que le contribuable réalise une des opérations prévues au 1° ou 2° « avec comme but essentiel l'obtention de l'avantage fiscal »²⁸⁰.

Le troisième alinéa offre au contribuable la possibilité d'apporter une contre-preuve dans le cas où l'administration a apporté la preuve *objective* de l'abus fiscal. Nous avons, en effet, pu observer à l'alinéa premier que la charge de la preuve incombait à l'administration. Le contribuable doit, lui, prouver, non pas qu'il n'y a pas d'abus juridique, mais bien que l'acte juridique qu'il a posé, se justifie par d'autres motifs que celui de l'évitement de l'impôt. On constate donc que l'objet de la preuve entre l'administration et le contribuable diffère.²⁸¹

Le quatrième et dernier alinéa prévoit que, dans les cas où l'administration a apporté la preuve objective d'un abus fiscal et que le contribuable n'a pas fourni de contre-preuve, la base imposable et le calcul de l'impôt sont rétablis comme s'il n'y avait pas eu d'abus. Nous nous étonnons avec le professeur AFSCHRIFT de la terminologie – « rétablis » – choisie par le législateur puisqu'une base imposable n'a même jamais été « établie ».²⁸² Nous constatons également, toujours avec le professeur AFSCHRIFT, une certaine incohérence entre l'alinéa

²⁷⁸ L. DE BROE, « Fraudebestrijding en charter van de belastingplichtige : noodzakelijk een paradox », *T.F.R.*, n° 379, 2010, p. 339.

²⁷⁹ J. VAN DYCK, « Nouvel article 344, # 1 : une disposition anti-abus plus "adulte" », *Fisc. 1284.*, 2012, p. 4

²⁸⁰ Projet de Loi-programme, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n°53-2081/001, p. 114.

²⁸¹ T. AFSCHRIFT, *L'abus fiscal*, o.c. (v. note n° 20), p. 66.

²⁸² *Ibid.*, p. 67.

premier qui prévoit l'inopposabilité de l'acte – ce qui suppose simplement que l'administration n'en tienne pas compte – et le dernier alinéa qui prévoit le rétablissement de l'impôt « comme si l'abus n'avait pas eu lieu », ce qui se rapproche plus d'une idée de remplacement de l'acte juridique posé par le contribuable.²⁸³ Nous reviendrons sur ces difficultés quand nous mesurerons l'efficacité de cette disposition dans la seconde partie de notre travail.

Nous tenons enfin à rappeler que, et conformément à la lettre des travaux préparatoires²⁸⁴, l'article 344 §1 est une mesure anti-abus générale qui ne doit être utilisée qu'en dernier recours pour lutter contre l'évasion fiscale, comme filet de sécurité, lorsqu'aucune autre disposition spécifique du CIR ne peut s'appliquer. Nous verrons également que l'existence de cette disposition – ou d'une partie de cette disposition – pourrait être remise en question par l'implémentation des mesures Atad I et II dans notre ordre juridique.

§2. Implémentation d'Atad I et d'Atad II en droit belge

Par une loi du 25 décembre 2017, le législateur belge a entrepris de transposer partiellement²⁸⁵ la directive Atad I ainsi que sa modification par la directive Atad II. Ces règles seront d'application à partir du 1^{er} janvier 2019, à l'exception des règles sur la limitation de déduction des intérêts qui elles, seront d'application à partir du 1^{er} janvier 2020.

Dans ce paragraphe, nous nous contenterons de pointer les principales caractéristiques des dispositions transposées en droit belge. Cet exercice servira à comprendre l'impact de ces mesures sur les multinationales²⁸⁶ et à alimenter notre réflexion sur l'efficacité des dispositions anti-évasion²⁸⁷, ainsi qu'à mettre en avant les choix que le législateur belge a pu opérer lors de la transposition de celles-ci.²⁸⁸ Étant donné le peu de commentaires d'auteurs disponibles en la matière vu le caractère nouveau de celle-ci, nous nous baserons principalement sur les travaux préparatoires de la loi ainsi que sur le texte lui-même de celle-ci.

A. Règle sur la limitation de la déduction des intérêts

La Belgique dispose actuellement d'une règle sur la limitation de la déduction des intérêts en cas de sous-capitalisation. Cette règle est inscrite à l'article 198 §1 11° CIR (1992). Suite à

²⁸³ T. AFSCHRIFT, *L'abus fiscal, o.c.* (v. note n° 20), p. 67.

²⁸⁴ Projet de Loi-programme, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n°53-2081/001, pp. 112-113.

²⁸⁵ La mesure anti-abus générale prévue à l'article 6 n'a en effet pas été transposée par la loi du 25 décembre 2017.

²⁸⁶ Voy. *infra* p. 75.

²⁸⁷ Voy. *infra* p. 107.

²⁸⁸ *Ibid.*

la transposition de la directive, cet article est partiellement modifié et un nouvel article 198/1 voit le jour.²⁸⁹ Ce dernier contient les nouvelles règles relatives à la déduction des surcoûts d'emprunt. Les règles contenues dans cet article ne seront applicables qu'aux prêts conclus à partir du 17 juin 2016. L'article 198, §1^{er}, 11° CIR (1992) ancienne mouture continuera à s'appliquer aux prêts conclus avant cette date.

Voici à présent les choix principaux opérés par la Belgique dans sa transposition :

- Elle a choisi d'utiliser l'exception optionnelle *de minimis* dont nous avons parlé précédemment²⁹⁰ ;
- Elle permet aux sociétés résidentes belges et aux établissements belges faisant partie d'un groupe d'apprécier leur EBITDA et donc le montant de trois millions d'euros de façon consolidée²⁹¹ ;
- Elle permet aux intérêts qui n'ont pas pu être reportés de l'être de façon indéfinie dans les années suivantes²⁹² ;
- L'exception relative aux paiements d'intérêts payés à des paradis fiscaux prévue à l'article 198, §1, 11°, premier tiret, reste d'application même si la règle *de minimis* est respectée²⁹³.

B. Règle d'imposition à la sortie

L'article 5 de la directive prescrit²⁹⁴ dans toute une série de situations d'imposer les transferts d'actifs. La législation belge contenait déjà des règles d'imposition à la sortie en cas de migration de siège social (article 210 § 1 4° CIR (1992)) ainsi qu'en cas de prélèvement par une entreprise étrangère d'actifs dans un de ces établissements stables belges (article 228 § 2 3°bis CIR (1992))²⁹⁵. Elle ne contenait, en revanche, pas de disposition concernant le transfert d'actifs par une société belge à un établissement stable étranger. La loi du 25 décembre introduit donc un nouvel article 185/1 dans ce Code qui ajoute cette situation aux autres cas d'imposition à la sortie. Ce nouvel article est rédigé comme suit :

²⁸⁹ Proposition de loi portant réforme à l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n°54-2864/001, p. 8.

²⁹⁰ Voy. supra p. 46 ; CIR (1992), article 198/1, § 3, al. 1^{er}, a), nouveau.

²⁹¹ Proposition de loi portant réforme à l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n°54-2864/001, p. 8.

²⁹² *Ibid.*, p. 9.

²⁹³ CIR (1992), art. 198, § 1, 11° nouveau.

²⁹⁴ C'est nous qui soulignons. Cela signifie donc que tout un certain nombre d'États membres ont dû adopter cette nouvelle règle qu'ils n'avaient pas auparavant dans leur arsenal juridique national.

²⁹⁵ Proposition de loi portant réforme à l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n°54-2864/001, p. 45.

« Lors du transfert d'un ou de plusieurs éléments de l'actif d'une société résidente à son établissement étranger dont les bénéfices sont exonérés en Belgique en vertu d'une convention préventive de la double imposition, les bénéfices comprennent également²⁹⁶ par dérogation à l'article 24, la différence positive entre d'une part la valeur réelle et d'autre part la valeur d'acquisition ou d'investissement de ces éléments, diminuée des réductions de valeur et des amortissements admis antérieurement »²⁹⁷.

Les plus-values latentes/non-réalisées liées au transfert d'actifs seront donc prises en considération lors du calcul de la base de l'impôt de la société belge qui transfère ses actifs à un établissement stable étranger, pour autant que ces bénéfices soient exonérés en vertu d'une Convention préventive de double-imposition.²⁹⁸ La société belge devra donc réaliser un *step up* fiscal et l'État membre bénéficiaire du transfert d'actif devra, sur base du principe de reconnaissance mutuelle, accepter la valeur qui sera déterminée par la Belgique. Cependant, l'État membre bénéficiaire jouit assez étrangement d'un droit de « *second guess* » si la valeur déterminée par la Belgique ne correspond pas à la valeur du marché.²⁹⁹ En effet, le principe de confiance mutuelle est, d'une certaine manière, remis en cause par ce droit de révision.

C. Règle relative aux sociétés étrangères contrôlées (SEC)

Avant la transposition de la directive Atad I, la législation belge ne contenait aucune règle relative aux sociétés étrangères contrôlées – ou du moins, aucune règle portant une telle dénomination³⁰⁰. Plus encore, la Belgique semblait contre une législation en la matière comme le prouve son intervention contre la législation SEC anglaise dans l'arrêt Cadbury Schweppes.³⁰¹

Pourtant, le code des impôts sur les revenus contient désormais un nouvel article 185/2 qui traite des règles sur les SEC (ou CFC³⁰² en anglais). Les bénéfices de la société contrôlée ou de l'établissement stable étranger seront donc inclus dans la base d'imposition de la société « contrôleuse » belge sous deux conditions cumulatives :

²⁹⁶ C'est nous qui soulignons.

²⁹⁷ Proposition de loi portant réforme à l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n°54-2864/001, art. 185/1.

²⁹⁸ Proposition de loi portant réforme à l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n°54-2864/001, p. 10.

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ Voy. *infra* p. 85.

³⁰¹ C.J.C.E., 12 septembre 2006 (Cadbury Schweppes plc et Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue), C-196/04, 2006, I, 07995.

³⁰² Controlled Foreign Companies.

1. La société « contrôleuse » doit détenir un intérêt à hauteur de 50 % au moins dans la SEC ; que ce soit en termes de participation dans le capital, de détention de droit de votes ou de droit au bénéfice importe peu ;
2. Le taux d'imposition dans l'État de la SEC doit être nul ou inférieur à la moitié du taux qui aurait été applicable si la SEC était en Belgique.

Ces deux conditions se retrouvent presque littéralement dans le texte de la directive.

Une fois ces conditions remplies, il s'agit de déterminer quels bénéficiaires vont devoir être attribués à la société « contrôleuse ». L'article 7 de la directive offre, pour ce faire, un choix entre deux options concernant les bénéficiaires qui doivent être inclus dans la base imposable de la société « contrôleuse ».

1. Une approche statique qui reprend un « catalogue » de revenus passifs à intégrer s'ils répondent aux conditions évoquées ci-dessus³⁰³ ;
2. Une approche transactionnelle qui apprécie chaque transaction au cas par cas sur base d'un examen relevant de l'ordre des prix de transferts. Si une transaction n'est pas considérée comme authentique et vise à obtenir un avantage fiscal, elle sera intégrée dans la base imposable de la société mère³⁰⁴.

La Belgique a choisi de transposer la directive au travers de la seconde option.³⁰⁵

D. Règle sur les dispositifs hybrides

La législation belge contenait déjà deux dispositions relatives à des dispositifs hybrides. La première a vu le jour suite à la transposition de la modification de la directive Mère-fille dont il a été fait mention précédemment.³⁰⁶ Cependant, cette règle s'appliquait uniquement dans le cadre de cette directive. La deuxième est contenue dans la convention modèle sur la double imposition en son article 22, également mentionnée *supra*. Cet article s'attache cependant plus à évincer les dispositifs hybrides en tant que tels qu'à combattre l'évasion fiscale³⁰⁷ ; d'où la nécessité d'instaurer un nouveau dispositif.

La Belgique a donc transposé l'article 9, ainsi que les articles 9bis et 9ter (issus de la modification d'Atad I par Atad II), par une modification de l'article 185 CIR (1992). Ainsi, selon les cas, plusieurs revenus devront être inclus dans le chef du bénéficiaire ou plusieurs

³⁰³ Art. 7, §2, a), Directive Atad.

³⁰⁴ Art. 7, §2, b), Directive Atad.

³⁰⁵ CIR (1992), art. 185/2, §1 nouveau.

³⁰⁶ Voy. *supra* p. 52.

³⁰⁷ B. PEETERS et S. SERRE., *o.c.* (v. note n° 100), p. 875.

dépenses ne pourront pas être déduites dans le chef du payeur.³⁰⁸ Dans d'autres cas encore, il y aura une limitation de l'imputabilité de la quotité forfaitaire d'impôt étranger.³⁰⁹

³⁰⁸ Proposition de loi portant réforme à l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n°54-2864/001, p. 7.

³⁰⁹ *Ibid.*

Conclusion et opinion intermédiaire

A ce stade intermédiaire de notre réflexion, une réponse à notre question de recherche ne peut encore être apportée. Cependant, certaines graines en ont déjà été semées.

Avant tout, le cheminement vers une première définition de l'évasion fiscale a permis de saisir la difficulté de cette notion, mais n'explique pas totalement que des mesures soient adoptées à son encontre. Ce n'est qu'en délimitant certaines de ses frontières que l'on peut comprendre que, dans le cadre précis de notre recherche, elle englobe plus que le seul « *fait d'échapper à l'impôt par des procédés ou des manipulations non réprimés par la loi* »³¹⁰. Elle mérite donc d'être affinée à la lumière de ces balises ainsi que par les mesures qui ont été mises en œuvre à son encontre.

En effet, premièrement, Mr. W. SOMERSET MAUGHAM³¹¹ disait que « *dans sa lutte contre l'individu, la société dispose de trois armes : loi, opinion publique et conscience* ». C'est ce deuxième élément, l'*opinion publique*, qui arme et pousse la société à adopter des lois pour lutter contre l'évasion fiscale et selon nous, s'ajoute à sa définition.

Deuxièmement, l'évasion fiscale ne peut être conçue sans un élément d'extranéité. En effet, il ressort notamment des règles de la directive Atad que les sujets visés sont des entités recourant à des pratiques s'étendant au-delà des frontières d'un seul État. Nous pensons donc que la définition pourrait être remodelée comme suit :

L'évasion fiscale est le fait d'échapper à l'impôt par des procédés ou des manipulations non réprimés par la loi, mais plutôt par l'opinion publique et exploitant les disparités entre les systèmes fiscaux différents.

Ainsi, ces nouvelles lois sont progressivement instaurées dans l'arsenal juridique de l'État belge. Elles sont fortement influencées par les mesures prises aux niveaux international, avec le projet BEPS de l'OCDE, et européen, en particulier avec les directives Atad I et II et l'introduction notamment de nouveaux systèmes comme les règles SEC ou encore de nouvelles limitations sur la déduction des intérêts. Nous estimons que ces mesures sont un pas dans la bonne direction pour lutter contre l'évasion fiscale. D'un point de vue strictement théorique, il

³¹⁰ D. GARABEDIAN, « Politique belge de prévention de l'évasion fiscale – une introduction à l'usage des non-spécialistes », *o.c.* (v. note n° 12), 2001, p. 1995 ; Association Henri Capitant, *vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), 7^e éd., 1998.

³¹¹ Dramaturge et romancier britannique.

semble que les cadres législatifs européen et international mis en place font pencher la balance davantage du côté de l'efficacité que de l'opportunité. La mise en œuvre de ces mesures n'est cependant pas aisée. Nous pensons qu'elle aura potentiellement de nombreuses conséquences non seulement sur les autres pays tenus de la respecter au mieux et sur les multinationales tenues de s'y adapter, mais également sur l'État belge, contraint de trouver l'équilibre entre le respect de ces règles et le maintien de son attractivité. Le législateur belge semble avoir analysé chaque option offerte par la Directive Atad I de manière à préserver son attractivité. La balance entre efficacité et opportunité apparaît donc plus nuancée à l'échelon national. Ce sont ces enjeux qui seront au cœur du cadre analytique de cette étude et qui, nous le pensons, permettront de semer les dernières graines nécessaires pour formuler une réponse à notre problématique.

PARTIE 2. CADRE ANALYTIQUE

Chapitre 1. Impacts de la lutte contre l'évasion fiscale pour les multinationales

La lutte contre l'évasion fiscale au sens moderne du terme s'est développée sur une période relativement courte avec, dans un premier temps, certaines mesures ponctuelles adoptées par les États et ensuite, avec des projets plus conséquents comme le BEPS dont les rapports sont sortis en 2015. De par le caractère assez récent de la lutte, les études d'impacts sur les multinationales ne sont pas encore légion. C'est la raison pour laquelle nous avons recueilli la majorité des informations à ce propos dans les publications de grandes sociétés et dans les rares articles de doctrine déjà publiés à ce sujet. Nous avons également cherché à corroborer ces informations en interviewant Mme H. WAMPERS, Présidente de la Commission fiscale de la Fédération des entreprises de Belgique.³¹²

Nous tenterons, dans un premier temps, d'analyser au mieux les impacts généraux du BEPS sur les multinationales que nous connaissons à ce jour. Nous reprendrons, dans un deuxième temps, une à une les mesures que nous avons étudiées de la directive Atad I et qui ont déjà fait l'objet de recherches, reprenant une partie du BEPS, pour en ressortir certaines conséquences sur les multinationales. Nous terminerons par un cas plus spécifique d'application afin de démontrer que l'impact du BEPS s'étend plus loin que la seule branche fiscale d'une société.

Section 1. Impacts généraux

Dans cette section, nous rappellerons ce que l'on entend par la planification fiscale et son importance pour les entreprises. Il est important de garder cette notion à l'esprit tout au long de ce chapitre car c'est elle qui sera touchée le plus par les récents développements en matière de lutte contre l'évasion fiscale. Ensuite, l'Union européenne ayant entrepris dans plusieurs directives d'insérer le projet BEPS de l'OCDE, nous nous contenterons de soulever les conséquences générales du BEPS pour les multinationales.

Sous-section 1. Notion de planification fiscale

La planification fiscale est définie comme « *l'ensemble des mesures prises, et des structures mises en place par un groupe de sociétés – ou multinationale – dans le but de réduire sa charge fiscale globale, soit en évitant des déperditions fiscales causées par le caractère international*

³¹² Voy. *infra* Annexe.

de ses opérations, soit en bénéficiant de mesures spécifiques octroyées ou utilisées en raison du caractère international de ces mêmes opérations »³¹³. Considérée comme légitime, la planification fiscale – ou optimisation fiscale – fait l’objet d’une fonction à part entière donnée aux *tax managers* et/ou *tax directors* selon l’importance de la société pour laquelle ils travaillent. Leur rôle consiste à évaluer dans quel(s) cas leur société jouira de la situation la plus avantageuse possible fiscalement et à définir les objectifs fiscaux pour l’année à venir. Ils s’expliquent autant devant le Conseil d’administration de leur entreprise que devant les administrations fiscales, chambres de commerce, etc.³¹⁴ Selon les auteurs, plusieurs facteurs-clés entrent en compte pour établir une planification fiscale adéquate : le libre rapatriement des revenus, l’imposition globale des groupes et l’utilisation des incitants à l’investissement.³¹⁵

Le premier facteur part du constat qu’une société-mère entend « récupérer » les bénéfices réalisés à l’étranger à moindre coût, ce qui n’est pas toujours aisé si les revenus viennent de PED.³¹⁶ Le deuxième concerne le système des prix de transfert qui peut être dommageable pour un État dans lequel des profits sont réalisés par une société, mais envoyés à une filiale dont l’objet social est en grande partie identique mais qui ne réalise pas d’aussi grandes marges.³¹⁷ Le dernier parle de lui-même et consiste à placer certains investissements là où des mécanismes existent pour maximiser le rendement. En Belgique, nous retrouvons par exemple les intérêts notionnels. Il faut cependant garder à l’esprit qu’opter pour les incitants fiscaux peut parfois s’avérer risquer car ce sont des mesures à caractère variable selon les enjeux politiques, sociaux et financiers de l’État qui l’octroie et donc un élément de la planification fiscale à ne pas sous-estimer.³¹⁸

D’une part, tous ces facteurs cherchent à minimiser les impôts dus à l’État. D’autre part, ils requièrent une analyse scrupuleuse des législations applicables aux États dans lesquels ou vers lesquels les revenus de la multinationale circulent, que ce soient les conventions de prévention de la double-imposition, les mesures européennes comme la directive mère-fille ou fusion ou les dispositions internes aux États en cause.³¹⁹

³¹³ P. MINNE et S. DOUÉNIAS, *Planification fiscale internationale des sociétés belges*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 21.

³¹⁴ Voy. *infra* Annexe, Vraag n°1.

³¹⁵ P. MINNE et S. DOUÉNIAS, *o.c.* (v. note n° 313), pp. 22-27.

³¹⁶ *Ibid.*, pp. 23-24 ; Voy. Partie 2, chapitre 2

³¹⁷ *Ibid.*, pp. 24-25.

³¹⁸ *Ibid.*, pp. 25-27.

³¹⁹ P. MINNE et S. DOUÉNIAS, *o.c.* (v. note n° 313), pp. 22-27.

La planification peut cependant devenir agressive et frôler les frontières de l'évasion, tel que nous l'avons vu³²⁰, lorsqu'elle exploite les lacunes de ces mesures applicables dans les différents États où la société en question peut potentiellement se voir imposée.³²¹ C'est cette dernière pratique qui s'est vue condamnée de plus en plus par les gouvernements notamment dans les affaires *Apple*, *Google*, *Starbucks*, etc. et par l'opinion publique dont il a déjà été question³²² car elles sont néfastes pour les gouvernements, les contribuables personnes physiques et également les autres sociétés « seulement » nationales qui n'ont généralement pas la possibilité de profiter des systèmes fiscaux d'autres pays.³²³ Des mesures ont donc été prises par l'OCDE avec le BEPS pour contrer ces actions et ensuite, comme nous l'avons vu³²⁴, par l'Union européenne tâchant de mettre en œuvre ce plan d'action et d'inciter ses États membres à suivre le pas. Toutefois, nous pensons que ces nouvelles dispositions tendent à rendre la planification fiscale plus difficile et la frontière entre une planification ordinaire et une planification agressive pourrait également être réduite à l'épaisseur d'un mur de prison, tout comme l'est la distinction entre l'évasion et la fraude fiscales.³²⁵

Sous-section 2. BEPS

§1^{er}. Bref rappel et mise en garde

Il est bon de garder à l'esprit que l'objectif principal du BEPS est de « *réduire le recours par les groupes de sociétés aux paradis fiscaux, les coûts encourus par l'utilisation de dispositifs hybrides ainsi que de renforcer les systèmes utilisés pour évaluer les politiques de prix de transfert des multinationales* »³²⁶ et de réduire l'exploitation des lacunes entre les législations des différents États.³²⁷

Partant, la doctrine relève plusieurs implications possibles de l'implémentation du BEPS pour les multinationales. Ces implications doivent être confirmées sur le long terme étant donné que la dernière version du projet n'a vu le jour qu'en 2015 et est constamment remise à jour

³²⁰ Voy. *supra* p. 31.

³²¹ C. REMEUR, *Planification fiscale agressive*, Service de recherche du Parlement européen, 2015, PE 556.982, p. 1.

³²² A. MILLER et L. OATS, *o.c.* (v. note n° 167), p. 659.

³²³ OCDE (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit shifting*, OECD Publishing, 2013, p. 8.

³²⁴ Voy. *supra* p. 45.

³²⁵ La référence à cette métaphore n'est qu'une illustration de la difficulté d'établir une différence entre les deux formes de planification, car en principe, aucune des deux n'entraîne une sanction pénale.

³²⁶ A. MILLER et L. OATS, *o.c.* (v. note n° 167), p. 681.

³²⁷ E. TRAVERSA et M. POSSOZ, « L'action de l'OCDE en matière de lutte contre l'évasion fiscale internationale et d'échange de renseignements : développements récents », *R.G.C.F.*, 2015/1, p. 7.

depuis lors. Nous avons donc choisi de mettre en évidence celles qui sont les plus fondées tout en gardant à l'esprit qu'il convient de rester critiques par rapport à celles-ci.

§2. Impacts

A. Sur les dividendes

Le BEPS entraînerait *inter alia* une augmentation des bases imposables et ce, pour toutes les multinationales, en ce compris leurs filiales, établies ou ayant des activités dans un pays transposant le projet. Cela pourrait avoir pour conséquence qu'elles ne distribuent plus autant de dividendes à leurs actionnaires à cause de l'augmentation de l'impôt dont elles sont redevables.³²⁸

Le projet BEPS pourrait également pousser les sociétés à s'établir dans des PED où l'évasion fiscale resterait plus facile à mettre en œuvre.³²⁹ Le cas des PED sera étudié *infra* afin de constater, notamment, quelle est leur place dans le projet BEPS. Cependant, relevons dès à présent que nous pensons que l'objectif du projet BEPS serait compromis suite au déplacement des sociétés. En effet, si les elles établissent leurs filiales dans les PED, l'évasion fiscale ne sera en rien amoindrie, seulement déplacée. De plus, la lutte contre l'évasion en ressortira exacerbée de par les faibles capacités administratives des PED et le manque de transparence.

B. Sur la compétitivité

Nous pouvons comprendre de l'analyse du projet de l'OCDE qu'ont notamment mené A.-T. DESFOSES et PwC³³⁰ que les entreprises devront étudier scrupuleusement la manière dont les conventions, directives et législations nationales auront été renégociées afin de rester concurrentielles sur le marché et cela engendrera notamment des contraintes financières.³³¹ En effet, la compétitivité entre les entreprises pourrait être ébranlée suite au projet et mettre les plus petits pays – entendez les plus « petites économies » – en difficulté par rapport aux « grands »³³². Mme H. WAMPERS émet également des craintes à ce sujet et pense que la

³²⁸ A. MILLER et L. OATS, *o.c.* (v. note n° 167), p. 681.

³²⁹ *Ibid.*, p. 681.

³³⁰ PricewaterhouseCooper est une entreprise spécialisée en services d'audits, expertise comptable, consultation des entreprises, etc.

³³¹ A. -T. DESFOSES, *o.c.* (v. note n° 120), p. 474 ; P. BOONE, « Multinationals receive OECD recommendations on BEPS proposals for G20 and wider take-up », *PwC Belgium*, 7 octobre 2015, disponible sur <https://news.pwc.be>, consulté le 12 juillet 2018.

³³² Chambre américaine du commerce en Belgique, « Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) », disponible sur <http://www.amcham.be/policy/corporate-taxation/beps>, consulté le 12 juillet 2018.

compétitivité des entreprises belges restera conditionnée par la pression fiscale malgré le fait que l'Isoc se dirige vers un taux de 25%.³³³

Nous partageons cette crainte et pensons que cela peut notamment provenir du fait qu'une part de l'attractivité des petites économies est façonnée par l'existence d'incitants fiscaux que l'OCDE pousse désormais à observer de près par l'Action 5 du projet BEPS³³⁴ et de l'existence de nombreuses règles qui entravent une bonne collaboration entre les entreprises et l'administration³³⁵. De plus, le taux de l'Isoc effectif en Belgique reste encore relativement élevé par rapport à celui d'autres pays de l'Union :

<u>Pays :</u>	<u>Taux de l'Isoc :</u>	<u>Pays :</u>	<u>Taux de l'Isoc</u>
Autriche	23,1%	France	33,4 %
Bulgarie	9 %	Irlande	14,1 %
Danemark	20 %	Luxembourg	23,7 %
		Pays-Bas	22,5 %

Ce tableau compare, à titre indicatif, le taux d'Isoc effectif de différents pays au sein de l'Union européenne. Nous voyons que la Belgique doit rivaliser avec un taux de 25% ce qui reste élevé par rapport aux autres plus « petits pays » et nous comprenons d'où vient la pression fiscale qui pourrait en effet avoir une influence sur la compétitivité des sociétés belges.

C. Sur le nombre de litiges

Il y a également un risque que les entreprises se trouvent le sujet de plus de litiges et d'investigations qu'auparavant car plus de controverses et d'incertitudes³³⁶ sont susceptibles de naître des diverses manières dont le BEPS sera mis en œuvre et interprété d'un État à l'autre.

³³³ Voy. *infra* Annexe, Vraag n° 8.

³³⁴ OECD (2016), *Lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables, en prenant en compte la transparence et la substance, Action 5 – Rapports finaux 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices, Editions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264255203-fr>. Action 5: « Refondre les travaux relatifs aux pratiques fiscales Refondre les travaux relatifs aux pratiques fiscales dommageables en donnant la priorité à l'amélioration de la transparence, notamment par le biais de l'échange spontané obligatoire d'information sur les décisions relatives à des régimes préférentiels, ainsi qu'à l'obligation de requérir une activité substantielle pour l'instauration de tout régime préférentiel. Une approche globale sera suivie afin d'évaluer les régimes fiscaux préférentiels dans le contexte de l'érosion de la base d'imposition et du transfert de bénéfices. Ces travaux engendreront un dialogue avec les pays non membres de l'OCDE en s'appuyant sur le cadre existant et pourront éventuellement réviser ou compléter ce cadre. »

³³⁵ Voy. *infra* Annexe, Vraag n° 8 ; Voy. « taux de taxation effectifs (entreprises) » : https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/economic-analysis-taxation/data-taxation_fr.

³³⁶ X. , « Beneath the surface », *EY – Tax insight for business leaders*, n° 16, 2016, p. 21.

Les autorités gouvernementales se montrent donc plus méfiantes à leur égard.³³⁷ Une des controverses pourrait concerner les cas de double-imposition dont la probabilité de récurrence est augmentée à cause de ce phénomène.³³⁸ Une autre controverse, soulevée par Mme H. WAMPERS, concerne le fait que certaines positions des pays pourraient même être opposées dans leurs différentes transpositions et interprétations. Cela mènera les entreprises à se concentrer davantage sur les solutions à donner à des questions administratives et concernant les procédures d'arbitrage³³⁹.

Nous nous rallions à la position de Mme H. WAMPERS car la combinaison d'une planification fiscale plus complexe et la survenance irrémédiable de plus de litiges auront également un coût tant en termes d'argent qu'en termes de temps. En revanche, nous pensons que cela pourrait améliorer la relation verticale administrations/entreprises. Ces dernières n'auraient d'autre choix que de collaborer davantage avec les administrations en vue de réduire le nombre croissant de litiges. Nous en déduisons donc que l'objectif de transparence du projet BEPS serait respecté dans ce cas précis.

D. Sur l'entreprise dans sa globalité

Les quatre groupes qui composent les *Big Four* s'accordent à dire que l'impact des changements imposés par le BEPS ne se fera pas seulement ressentir au niveau de la planification fiscale de l'entreprise, mais à tous les niveaux, en ce compris le modèle entier de la société.³⁴⁰ Cela entraînerait, selon nous, un effet boule de neige. En effet, les multinationales, après avoir réévalué leur planification, devront revoir quelles opérations se dérouleront dans quel État ; enfin, avec qui et par qui ces opérations devront être conduites. Selon ces facteurs, il est possible que les coûts soient « répartis » différemment en comparaison avec une situation pré-BEPS.

³³⁷ X., « Multinationals receive OECD recommendations on BEPS proposals for G20 and wider take-up », *PwC – Middle East BEPS bulletin*, 6 octobre 2015, p.8, disponible sur <https://www.pwc.com/m1/en/tax/documents/2015/multinationals-receive-oecd-recommendations-on-beps.pdf> ; M. MEALY, « BEPS and business – Getting back on track », *EY – Tax insight for business leaders*, n° 16, 2016, p. 10.

³³⁸ X., « Double non-taxation ? Double taxation ? "Double the trouble..." », *EY – Tax insight for business leaders*, n° 16, 2016, p. 23.

³³⁹ Voy. *infra* Annexe, Vraag n° 7.

³⁴⁰ Les *Big Four* sont les quatre plus grandes sociétés financières d'audit au monde : *KPMG, EY, Deloitte* et *PwC*. X., « Global Tax Reset : the changing world of tax », *Deloitte.*, 2015 ; X. , « BEPS and Business », *EY – Tax Insight for Business Leaders*, n° 16, 2016 ; B. WEAVER et J. THOMPSON, « The BEPS ripple effect – Multinationals are reevaluating how and where they do business », *KPMG TaxWatch*, 24 mai 2017 ; X., « 10 Minutes on the OECD's BEPS project », *PricewaterhouseCoopers*, 2015.

Ainsi, une chose en entraînant une autre, les sociétés devront revoir leurs stratégies afin de maintenir un minimum de dépenses tout en prenant en compte le fait qu'est en principe retenu un impôt là où la valeur est créée.³⁴¹ Mme H. WAMPERS confirme que l'effort de conformité aux nouvelles obligations de transparence et de substance imposé par les organes internationaux et européens demandera l'implication de tout l'organigramme des sociétés. Elle se montre néanmoins sceptique quant au résultat des nouvelles mesures et suggère que la perception des impôts n'en sera pas forcément plus effective.³⁴² Nous tenons à nuancer cette dernière affirmation car, selon nous, même si les multinationales en avaient l'intention, elles ne pourraient se soustraire à chacune de ces règles. L'accumulation de nouvelles mesures que les multinationales devront respecter augmentera tout de même leur taux de conformité.

§3. Prévention

En réponse à ces impacts, les spécialistes³⁴³ adoptent majoritairement la position du « mieux vaut prévenir que guérir ». Il est, néanmoins, impossible de prédire au détail près la manière dont les groupes d'entreprises seront affectés par le projet, notamment car celui-ci laisse parfois le choix entre différentes options d'implémentation pour chaque juridiction.³⁴⁴ Une démarche à suivre serait donc, selon les analystes, de déjà « préparer quelque peu le terrain »³⁴⁵ en déterminant, dans la mesure du possible, toutes les composantes de la société qui comporteraient un élément potentiellement imposable, d'extranéité ou non. Cela peut être la documentation qui circule d'un État à l'autre, le personnel et leurs activités ou encore un investissement. A cause du caractère changeant du BEPS, qui à chaque nouveau rapport apporte une nouvelle révision, il est également conseillé aux sociétés d'étudier minutieusement les actions du BEPS afin de pouvoir s'adapter plus facilement aux nouvelles règles et de pouvoir se justifier devant l'administration en cas de conflit.³⁴⁶

Ne pas adopter cette stratégie pourrait mener les multinationales à être prises de court par les échéances imposées par l'administration fiscale.³⁴⁷ La réputation des entreprises et l'opinion publique jouent ici aussi un grand rôle. C'est la raison pour laquelle il faut toujours pouvoir

³⁴¹ B. WEAVER et J. THOMPSON, « The BEPS ripple effect – Multinationals are reevaluating how and where they do business », *KPMG TaxWatch*, 24 mai 2017, pp. 1-2.

³⁴² Voy. *infra* Annexe, Vraag n° 7.

³⁴³ Voy. *infra* Annexe, Vraag n° 3 et n°7.

³⁴⁴ G. CHANNEL, « Finding the way forward », *EY – Tax insight for business leaders*, n° 16, 2016, p. 26.

³⁴⁵ P. KIELSTRA, « Transcending tax : how BEPS will affect the whole enterprise », *EY – Tax insight for business leaders*, n° 16, 2016, p. 14.

³⁴⁶ B. MILLAR, « The Long Game », *EY – Tax insight for business leaders*, n° 16, 2016, p. 43.

³⁴⁷ G. CHANNEL, « Finding the way forward », *EY – Tax insight for business leaders*, n° 16, 2016, p. 26.

répondre de ces actions : si l'on se trouve en première page du journal, il faut avoir une explication légitime à la prétention.³⁴⁸ Par exemple, le fait qu'un des actionnaires majoritaires de la société de Mme H. WAMPERS soit l'État belge favorise également la position de bon élève de la société car elle est contrainte de présenter des rapports au parlement. Par ailleurs, l'État belge fait partie du Conseil d'administration et peut donc forcément influencer certaines décisions ou discussions en votant dans l'une ou l'autre direction.³⁴⁹ La société s'alignerait ainsi davantage sur les nouvelles mesures.

Section 2. Impacts des directives Atad I et Atad II mettant en œuvre le BEPS

Dans cette sous-section, nous reprendrons les quatre mécanismes venant du BEPS et repris par les directives Atad I et II, qui ont fait l'objet d'une transposition en droit belge par la réforme relative à l'impôt des sociétés.³⁵⁰ Il n'est pas aisé de déterminer avec précision les impacts de ces mesures sur les multinationales et encore moins sur les multinationales belges. Pour cette raison, nous utiliserons toutes les sources disponibles concernant l'ensemble de ces mesures pour tenter de nous rapprocher au mieux de leurs conséquences potentielles sur ces entités.

Sous-section 1. Limitation de la déduction des intérêts

La limitation de la déduction des intérêts découle de l'action 4 du BEPS, reprise dans l'article 4 de la directive Atad et transposée prochainement en droit belge par la modification de l'article 198 §1 11° CIR (1992) et l'insertion d'un article 198/1 dans ce même code.³⁵¹ Tel que nous l'avons vu, la Belgique a choisi de procéder à la transposition des mesures internationales et européennes en exploitant les options proposées par la directive Atad.³⁵² L'État belge disposait déjà d'un régime pour lutter contre la sous-capitalisation³⁵³ qu'il convient de bien comprendre pour saisir l'impact potentiel de la réforme sur les multinationales, mais également les entreprises seulement nationales.

³⁴⁸ B. VAN MOERKERKE, « Gesprek met Hilde Wampers – Head of Taks », *Accountancy & Tax*, nr. 3/2016, pp. 18-20.

³⁴⁹ Voy. *infra* Annexe n° 1, Vraag n° 8.

³⁵⁰ Voy. *supra* p. 69.

³⁵¹ Voy. *supra* pp. 46 et 69.

³⁵² Proposition de loi portant réforme à l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n°54-2864/001, p. 8.

³⁵³ Banque Nationale de Belgique, Aspects budgétaires et macroéconomiques de la réforme de l'impôt des sociétés en Belgique, 6 décembre 2017, p. 15.

La mesure belge contre la sous-capitalisation continuera de s'appliquer aux emprunts conclus avant le 17 juin 2016.³⁵⁴ Ce phénomène se rencontre lorsqu'il y a une disproportion entre les dettes venant d'emprunts et les fonds propres.³⁵⁵ Il s'agit donc d'un mécanisme fondé sur « un ratio dettes/fonds propres » (*ratio debt/equity*) mais, régulé car « *les dettes d'une entreprise – x – ne peuvent pas être supérieures à cinq fois les fonds propres – y – (somme des réserves taxées au début de la période imposable et du capital libéré à la fin de cette période)* »³⁵⁶. En bref :

Si $x \leq 5y \rightarrow$ PAS d'application de l'article 198 §1^{er} 11° ancien CIR (1992)

Si $x > 5y \rightarrow$ Application de l'article 198 §1^{er} 11° ancien CIR (1992)

*KPMG*³⁵⁷ pense que le passage d'un tel mécanisme à celui de la limitation de la déduction des intérêts prévu par l'action 4 du BEPS pourrait avoir des conséquences importantes pour les sociétés et leur charge fiscale en particulier.³⁵⁸ Ces conséquences auraient été davantage accrues si le législateur n'avait pas décidé d'adopter, en compensation de la limitation de la déduction des intérêts, un système de consolidation fiscale.³⁵⁹

La consolidation fiscale qui sera introduite en droit belge sera basée sur le système scandinave et consistera à permettre à une entreprise faisant partie d'un groupe de sociétés de réduire sa base imposable en compensant ses bénéfices avec les pertes d'une société ressortissant du même groupe.³⁶⁰ Il semblerait donc que la notion de « groupe de sociétés » soit finalement insérée et reconnue en droit fiscal belge.³⁶¹ Le législateur le dit lui-même : l'introduction de ce mécanisme de consolidation, intrinsèquement liée à celle de l'article 198 §1^{er} 11° nouveau CIR (1992) car compensant les effets de celle-ci, permettra de « *relever*

³⁵⁴ Ibid.

³⁵⁵ B. PEETERS et S. SERRÉ, *o.c.* (v. note n° 100) p. 885.

³⁵⁶ Ibid., p. 890.

³⁵⁷ KPMG est un réseau international de cabinets d'audit et de conseil exerçant dans 154 pays. Cette société pourvoit entre autres des plans juridiques et financiers. [Source : Wikipédia].

³⁵⁸ X., « Special report on BEPS – Final OECD recommendations on the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan and what they mean for you, 7 octobre 2015 », *KPMG*, p. 9, disponible sur <https://home.kpmg.com/be/en/home/insights/2015/09/taxnewsflash-beps-special-edition.html>

³⁵⁹ X., « EU Anti-Tax-Avoidance Directive published : implications for corporate taxpayers in Belgium », *Allen & Overy*, 29 janvier 2016, disponible sur <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/EU-Anti-Tax-Avoidance-Directive-published-implications-for-corporate-taxpayers-in-Belgium.aspx>.

³⁶⁰ Proposition de loi portant réforme à l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2864/001, p. 11.

³⁶¹ P. MINNE et S. DOUÉNIAS, *o.c.* (v. note n° 314), pp. 58-60.

l'attractivité du régime fiscal belge pour les groupes belges et multinationaux de sociétés »³⁶². Cela laisse penser que l'État belge a pris la mise en œuvre de l'action 4 du projet BEPS comme une opportunité pour insérer la consolidation fiscale redoutant de mettre en danger son attractivité en ne l'instaurant pas. Nous réétudierons cette question en examinant les règles de lutte contre l'évasion fiscale sous le prisme de la notion d'opportunité.³⁶³ Soulevons par ailleurs que l'utilisation de la consolidation fiscale est toutefois soumise à des conditions strictes.³⁶⁴ Cependant, en cas d'application « *ce mécanisme devrait aboutir à une plus grande réalité économique et fiscale d'un groupe* »³⁶⁵ tout en conservant, comme nous l'avons soulevé, une certaine attractivité.

Mis à part ce phénomène, notons également que la limitation de la déduction des intérêts telle qu'elle sera introduite en droit belge ne concernera pas uniquement les multinationales belges, mais également les sociétés belges entre elles.³⁶⁶

Le même conseil peut donc s'appliquer ici aussi pour les sociétés multinationales, mais également pour les sociétés nationales : il convient d'étudier scrupuleusement l'impact que les nouvelles dispositions, introduites par la réforme de l'impôt des sociétés qui est une des conséquences de la création du projet BEPS et de la directive Atad, pourraient avoir sur l'entreprise au risque d'encourir des pertes.³⁶⁷

Sous-section 2. Règle d'imposition à la sortie (*Exit taxation*)

Les règles d'imposition à la sortie ont été élaborées dans la directive européenne. Deux de ces règles, qui n'existaient pas encore dans l'ordre juridique belge, ont été insérées dans la

³⁶² Proposition de loi portant réforme à l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2864/001, p. 10.

³⁶³ *Voy. infra* p. 125.

³⁶⁴ Proposition de loi portant réforme à l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2864/001, p. 11.

³⁶⁵ K. DEMEYERE et K. LIOEN, « La consolidation fiscale entre dans l'impôt des sociétés à partir de 2019 », *L'Echo*, 8 février 2018, disponible sur <https://www.lecho.be/opinions/carte-blanche/la-consolidation-fiscale-entre-dans-l-impot-des-societes-a-partir-de-2019/9980011.html>.

³⁶⁶ W. BONGAERTS et I. IJZERMAN, « The Final European Anti-Tax-Avoidance Directive : impact to EU jurisdictions », *Bird & Bird*, 2 septembre 2016, pp. 4-5.

³⁶⁷ D.-E. PHILIPPE, « Anti Tax Avoidance Directive: Impact of the new interest limitation rules for Belgian companies », *Bloom Law Firm*, 2 février 2016, disponible sur <http://www.bloom-law.be/en/actualiteit/nieuws/5246/anti-tax-avoidance-directive--impact-of-the-new-interest-limitation-rules-for-belgian-companies>.

réforme sur l'impôt des sociétés qui, dans cette matière, commencera à s'appliquer dès le 1^{er} janvier 2019 pour les transferts ayant lieu à partir de cette même date.³⁶⁸

L'impact de cette nouvelle règle n'étant pas encore fortement développés – sûrement car ils ne seront pas de grande envergure –, nous nous contenterons de mentionner que les multinationales devront voir s'il est nécessaire de procéder à un transfert d'actifs à leurs établissements stables à l'étranger, auquel cas, elles seront soumises à cette *exit tax* qui par ailleurs sera également applicables aux personnes physiques.³⁶⁹

Sous-section 3. Règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (SEC)

Les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées ont été élaborées, comme vu *supra*, afin d'empêcher des sociétés d'établir d'autres sociétés dans un pays à fiscalité moindre afin d'échapper ou de réduire fortement leur charge fiscale.³⁷⁰ N'existant pas encore en Belgique, le législateur a dû insérer cette règle dans notre arsenal juridique³⁷¹ suite aux articles 7 et 8 de la Directive Atad découlant de l'action 3 du BEPS.

Plusieurs impacts ou risques potentiels pour les multinationales semblent pouvoir se produire en cas d'introduction d'une règle SEC. En effet, la probabilité qu'il y ait des risques, notamment de cas de double-imposition et de non-conformité avec une exigence de « *capital import neutrality* » est relativement grande.

§1. Avenir de l'article 344 §2 CIR (1992)

En Belgique, nous avons mentionné³⁷² qu'il n'y avait aucune règle relative aux SEC à moins de considérer que la nouvelle taxe Caïman³⁷³ et la GAAR contenue dans l'article 344 §2 CIR (1992) puissent être considérées comme telle ou aient les mêmes effets qu'une telle règle.³⁷⁴

L'article du CIR prévoit que :

³⁶⁸ Proposition de loi portant réforme à l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n°54-2864/001, p. 10 ; voy. également à ce propos : <https://www.liedekerke.com/seminars/taxseminar/pdf/TaxSeminar20180118FRok.PDF>, slide 104.

³⁶⁹ Ph. LION et E. BLEUS, « Implications of the Atad for Belgium », *Baker McKenzie*, 30 septembre 2016, disponible sur <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b3530385-9b55-4b13-9036-f3aff169c04a>.

³⁷⁰ B. PEETERS et S. SERRÉ, *o.c.* (v. note n° 100), p. 877.

³⁷¹ Proposition de loi portant réforme à l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n°54-2864/001, p. 9.

³⁷² Voy. *supra* p. 71.

³⁷³ La taxe Caïman concerne les revenus de constructions juridiques à l'étranger.

³⁷⁴ E. VON FRENCKELL, « National Report Belgium », in *CFC Legislation – Domestic provisions, Tax Treaties and EC Law*, M. Lang *et al.* (dir.), Vienne, Linde Verlag, 2004, p. 103 ; X., « EU Anti-Tax-Avoidance Directive

« §2. N'est pas opposable à l'administration [...] la vente, la cession ou l'apport d'actions, d'obligations, de créances ou d'autres titres constitutifs d'emprunt [...] à un contribuable visé à l'article 227, qui, en vertu, des dispositions de la législation du pays où il est établi n'y est pas soumis à un impôt sur les revenus ou y est soumis du chef des revenus produits par les biens et droits aliénés, à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui auquel les revenus de l'espèce sont soumis en Belgique [...] ».

Cette règle se rapproche d'une règle SEC car elle permet de retenir également un impôt en Belgique.³⁷⁵ La GAAR se différencie pourtant d'une telle règle en ce que cette dernière est plus stricte. En effet, l'article 344 §2 est plus large en ce qu'il s'applique « *seulement aux revenus d'actifs transférés alors qu'une disposition SEC concernerait également d'autres revenus éventuels de l'entité étrangère bénéficiaire du transfert* »³⁷⁶. De plus, la suite de l'article prévoit une exonération, une contre-preuve telle que déjà mentionné³⁷⁷, si « [...] *le contribuable [ne] prouve que l'opération répond à des besoins légitimes de caractère financier ou économique [...]* »³⁷⁸ qui n'est pas contenue dans une mesure SEC.³⁷⁹ Ainsi, nous pensons que le deuxième paragraphe de notre GAAR sera mis en péril car selon le principe de primauté, les règles du droit de l'Union européenne priment sur les mesures internes, sauf si elles prévoient un plus grand niveau de protection, *quod non* comme nous l'avons décrit. Étant donné que le processus de transposition de la Directive Atad est en cours dans notre État³⁸⁰, nous pouvons penser que la disposition est destinée à devenir lettre morte.³⁸¹ La conséquence pour les entreprises en serait, dès lors, que même si les montages répondent à *des besoins légitimes de caractères*

published : implications for corporate taxpayers in Belgium », *Allen & Overy*, 29 janvier 2016, disponible sur <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/EU-Anti-Tax-Avoidance-Directive-published-implications-for-corporate-taxpayers-in-Belgium.aspx>.

³⁷⁵ E. VON FRENCKELL, « National Report Belgium », *o.c.* (v. note n° 374), p. 103

³⁷⁶ P. MINNE et S. DOUÉNIAS, *o.c.* (v. note n° 313), pp. 79 et 336.

³⁷⁷ Voy. *supra* p. 65.

³⁷⁸ C.I.R. (1992), art. 344, §2

³⁷⁹ X., « EU Anti-Tax-Avoidance Directive published : implications for corporate taxpayers in Belgium », *Allen & Overy*, 29 janvier 2016, disponible sur <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/EU-Anti-Tax-Avoidance-Directive-published-implications-for-corporate-taxpayers-in-Belgium.aspx>.

³⁸⁰ Voy. Proposition de loi portant réforme à l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2864/001 ; Projet de loi portant réforme à l'impôt des sociétés, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3147/001.

³⁸¹ P. BONGAERTS et I. IJZERMAN, « The Final European Anti-Tax-Avoidance Directive : impact to EU jurisdictions », *Bird & Bird*, 2 septembre 2016, pp. 4-5 ; X., « EU Anti-Tax-Avoidance Directive published : implications for corporate taxpayers in Belgium », *Allen & Overy*, 29 janvier 2016, disponible sur <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/EU-Anti-Tax-Avoidance-Directive-published-implications-for-corporate-taxpayers-in-Belgium.aspx>.

*financier ou économique*³⁸², les revenus provenant d'États faiblement taxés seront malgré tout imposés en Belgique.³⁸³

§2. La question du Capital Import Neutrality (« CIN »)

Le Professeur E. TRAVERSA a soulevé que l'implémentation d'une mesure SEC au sein de notre ordre juridique n'était pas conforme à une exigence de *Capital Import Neutrality*.³⁸⁴ Nous avons cherché à creuser cette affirmation afin de savoir si l'introduction de l'article 185/2 nouveau dans le CIR (1992) pourrait effectivement avoir un impact sur le CIN et sur les multinationales de notre pays. Pour développer notre réflexion, nous nous sommes basés sur un constat, reflétant les propos de Mr. TRAVERSA, contenus dans un rapport du Conseil Supérieur des finances d'avril 2001³⁸⁵ : la Belgique base la philosophie de son système fiscal sur le principe de CIN.³⁸⁶

Le CIN a été défini par P. B. MUSGRAVE comme la situation dans laquelle « *la même charge fiscale est appliquée à tous les investissements dans un même pays, peu importe le lieu de résidence de l'investisseur* »³⁸⁷. Il s'oppose au *capital export neutrality* (« CEN », ci-après) qui s'entend « *de la situation dans laquelle la taxation des revenus d'un investisseur est la même selon que l'investissement ait eu lieu à l'étranger ou non* ». ³⁸⁸ Étant donné qu'il n'existe pas (encore) de taux de l'impôt des sociétés uniforme et que les deux formes de neutralité sont difficilement conciliables, chaque État doit choisir une de ces deux neutralités qui présentent

³⁸² CIR (1992), art. 344, §2.

³⁸³ X., « EU Anti-Tax-Avoidance Directive published : implications for corporate taxpayers in Belgium », *Allen & Overy*, 29 janvier 2016, disponible sur <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/EU-Anti-Tax-Avoidance-Directive-published-implications-for-corporate-taxpayers-in-Belgium.aspx>.

³⁸⁴ E. TRAVERSA, « La directive anti-évasion fiscale et ses conséquences sur l'impôt des sociétés », conférence UCLouvain, Avocat IBFP, 6 Février 2017, disponible sur http://www.biof.be/uploaded/files/201702130926510.20170206_traversa.pdf.

³⁸⁵ Conseil supérieur des finances, Section « Fiscalité et parafiscalité », « La Réforme de l'Impôt des sociétés : le cadre, les enjeux et les scénarios possibles », avril 2001 ; Ce rapport, malgré son ancienneté, semble toujours d'actualité car la Belgique adopte encore une philosophie de CIN et avait d'ailleurs montré son opposition à l'introduction de mesures SEC dans son ordre juridique.

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ P. B. MUSGRAVE, « Capital Import Neutrality », in *The Encyclopedia of Taxation & Tax Policy*, Washington, The Urban Institute Press, 2005, p. 50 : « a condition in which the same effective tax rate applies to all capital income earned within a given country, regardless of the investor's country of residence ». [Traduction libre]

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 45 : « A term introduced and developed in the 1960s to describe a situation in which the overall burden of taxation on capital owned by resident entities of a given country is the same whether that capital is invested abroad or at home ». [Traduction libre]

chacune leurs avantages et inconvénients. Nous renvoyons au rapport du Conseil Supérieur des finances à ce propos.³⁸⁹

La Belgique recourt donc au système de l'exemption des revenus venant d'origine étrangère.³⁹⁰ Elle se rend ainsi attractive en incitant non seulement les investisseurs à s'installer chez nous, mais également à délocaliser des filiales qui peuvent ainsi bénéficier de taux plus avantageux à l'étranger. Par conséquent, l'introduction de règles SEC mettrait ce système en danger³⁹¹ et ébranlerait l'attractivité de l'État car les multinationales seraient contraintes d'intégrer les revenus de leurs investissements dans la base imposable s'il s'avère que l'investissement avait pour seul but d'obtenir un avantage fiscal.³⁹² Cela explique la raison pour laquelle l'État belge s'était opposé à l'introduction de règles SEC.

§3. *Risque de double imposition*

Outre le risque pour le type de neutralité choisi par notre pays, Mr. TRAVERSA avait également soulevé que l'introduction de la nouvelle règle est « *contraire à la position traditionnelle sur la compatibilité du régime CFC avec les conventions préventives de double imposition* »³⁹³. Cette crainte avait aussi été exprimée à diverses reprises dans les commentaires donnés par des entreprises à l'OCDE lors de la rédaction de l'Action 3.³⁹⁴ Nous pensons, toutefois, que la manière dont le législateur a choisi d'implémenter l'article 185/2 nouveau, C.I.R. remédie en partie à ce risque.

Partons premièrement de l'article 8, § 7 de la Directive Atad pour comprendre d'où vient le risque de double imposition qu'entraînerait une règle SEC. Les paragraphes 5 et 6 ne semblent pas poser de problème car ils tendent tous deux à éviter la double imposition.³⁹⁵ En revanche,

³⁸⁹ Conseil supérieur des finances, Section « Fiscalité et parafiscalité », « La Réforme de l'Impôt des sociétés : le cadre, les enjeux et les scénarios possibles », avril 2001, p. 52.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ E. VON FRENCKELL, « National Report Belgium », *o.c.* (v. note n° 374), p. 103

³⁹² Voy. implémentation des règles Atad en Belgique, règles relatives aux SEC.

³⁹³ E. TRAVERSA, « La directive anti-évasion fiscale et ses conséquences sur l'impôt des sociétés », conférence UCLouvain, Avocat IBFP, 6 Février 2017, disponible sur http://www.biof.be/uploaded/files/201702130926510.20170206_traversa.pdf ; corroboré par : B. PEETERS et S. SERRÉ, « Recente initiatieve tegen belastingontwijking. Impact op multinationale ondernemingen », *T.F.R.*, 2016/18, n° 510, p. 884.

³⁹⁴ OCDE (2015), Public comments received on discussion draft on Action 3 (strengthening CFC Rules) of the BEPS Action Plan, parties 1 et 2, pp. 355-357, 414 et s.. Les *Big Four* ont également émis des commentaires dans ce document.

³⁹⁵ Art. 8, §§ 5 et 6, Directive Atad : « [...] 5. Lorsque 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.

Mr. G. GINEVRA, dont nous reproduirons partiellement le développement, soulève que, selon l'interprétation qui est faite du paragraphe 7, ce risque existe.³⁹⁶ Cette disposition est écrite comme suit :

« [...] 7. *L'État 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'État dans lequel il a sa résidence fiscale ou dans lequel il est situé. La déduction est calculée conformément au droit national.* »³⁹⁷

Cet auteur part du principe que la proposition de directive Atad³⁹⁸ ne nous donne aucune indication sur l'interprétation qui doit être donnée aux mots que nous avons soulignés.³⁹⁹ La lecture de la Directive en d'autres langues ne nous éclaire pas non plus. Ainsi, Mr. GINEVRA en déduit que l'on pourrait considérer « soit que ces mots incluent également l'impôt payé sur les revenus qui ont déjà été attribués à une société dans un autre État membre par une de ses règles SEC, soit c'est limité à l'impôt payé par la société dans sa propre juridiction »⁴⁰⁰. Cette dernière interprétation pourrait mener à une double imposition si deux règles SEC de deux États membres différents venaient à s'appliquer en même temps aux mêmes revenus. Les entreprises seraient donc incitées à ne plus se délocaliser de par ce risque.⁴⁰¹

Les règles SEC semblent donc aller plus loin que prévu entraînant avec elles ce risque – semblerait-il quasi irrémédiable – et « *ne prévoient pas de déduction des revenus au moment de leur restitution* »⁴⁰². Toutefois, nous pensons que l'éventualité de se retrouver face à une double imposition soit amoindrie par le type d'implémentation qu'adopte le législateur belge. En effet, celui-ci a développé deux stratégies pour l'éviter. La première concerne la compatibilité des règles SEC avec l'existence d'une Convention préventive de la double imposition selon que

6. Lorsque 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. [...] »

³⁹⁶ G. GINEVRA, « The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan : Necessity and Adequacy of the Measures at EU level », *Intertax*, Vol. 45, n° 2, 2017, p. 130.

³⁹⁷ C'est nous qui soulignons.

³⁹⁸ Proposition de directive du Conseil du 28 janvier 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, *C.O.M.*, (2016), 026 final, p. 10.

³⁹⁹ G. GINEVRA, « The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan : Necessity and Adequacy of the Measures at EU level », *Intertax*, Vol. 45, n° 2, 2017, p. 130.

⁴⁰⁰ *Ibid.* : « It is not clear from the text if the term « tax paid by the entity or permanent establishment » also includes the taxes paid on the income that has already been attributed to a company in another Member State under its CFC rules or, instead, it is limited only to the tax paid by the CFC in its own jurisdiction. » [Traduction libre].

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 131.

⁴⁰² B. PEETERS et S. SERRÉ, *o.c.* (v. note n° 100), p. 884.

celle-ci soit conclue entre la Belgique et un autre État membre de l'Union européenne ou non. Le cas échéant, la disposition SEC primera. Dans le cas contraire, si la Convention n'est pas conclue avec un État membre, c'est la convention qui prévaudra mais cela entre en conflit avec les obligations de l'État belge vis-à-vis de la règle européenne. Une révision des conventions relative à la prévention de la double imposition sera nécessaire.⁴⁰³ La deuxième stratégie consiste à introduire une déduction-RDT complémentaire. La dernière mise à jour de la réforme de l'impôt des sociétés a une justification intéressante à ce propos :

« La législation-CFC est spécialement complexe, occasionne de nombreux risques de double imposition dans différents pays et peut donc constituer de la sorte un important frein au commerce international et désavantager la Belgique en tant que pays d'investissement [...] c'est pourquoi aucun régime-CFC n'a été introduit en Belgique à ce jour, mais nous nous sommes efforcés de lutter par d'autres voies contre les abus que la législation-CFC tente de contrer »⁴⁰⁴.

Ainsi, l'insertion d'une déduction-RDT complémentaire réduirait ces risques. Nous pouvons en déduire que la Belgique tient également, de cette manière, à conserver une part de son attractivité pour les investissements étrangers. Il sera donc permis aux entreprises de déduire non seulement les dividendes aux conditions énumérées dans l'article 21, a) du Projet de loi de 2018 modifiant ainsi l'article 44 de la Proposition de loi portant réforme à l'impôt des sociétés, mais aussi les plus-values.⁴⁰⁵

Le Conseil Supérieur des finances avait déclaré qu' « éliminer la double imposition permet de progresser vers la neutralité »⁴⁰⁶. Il semble donc qu'il y ait une corrélation entre le CIN et la prévention de la double imposition. Nous pensons que malgré la difficulté d'instaurer des

⁴⁰³ Projet de loi portant des dispositions diverses en matière d'impôt sur les revenus, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3147/001, p. 18.

⁴⁰⁴ Projet de loi portant des dispositions diverses en matière d'impôt sur les revenus, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3147/001, p. 20.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 47 ; Proposition de loi portant réforme à l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, Ch, sess. ord. 2017-2018, n°54-2864/001, p. 168. Les modifications sont insérées comme suit : « 4° le bénéfice qui est distribué par une société étrangère visée à l'article 185/2, pour autant que et dans la mesure où le contribuable a prouvé que ce bénéfice ait déjà été imposé en application de l'article 185/2 comme bénéfice non distribué dans une période imposable antérieure dans le chef de la société résidente; 5° la plus-value sur actions ou parts d'une société étrangère, pour autant que et dans la mesure où le contribuable a prouvé que les bénéfices de cette société étrangère, en application de l'article 185/2, aient été à une période imposable antérieure imposés comme bénéfices non distribués dans le chef de la société résidente, et que ces bénéfices n'avaient pas encore été distribués antérieurement et qu'ils existaient encore sur un compte du passif au moment de la cession de ces actions ou parts. »

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 51.

dispositions SEC dans des pays se conformant plutôt à une exigence de CIN, la manière dont le législateur a pris en considération le risque de double imposition des revenus des entreprises dans l'insertion des nouvelles règles ne la met effectivement pas en danger. Il serait intéressant de rechercher ultérieurement ce qui permettrait de conserver la neutralité choisie par notre État malgré les règles SEC.

En définitive, nous pensons que les multinationales devront avoir égard à la structure de l'ensemble de leur groupe⁴⁰⁷ et tâcher de ne pas se délocaliser pour le seul motif d'un avantage fiscal, mais au contraire pour la réalité économique⁴⁰⁸ afin d'éviter au mieux les cas de double imposition.

Nous pouvons conclure que les règles SEC auront également un impact sur la planification fiscale des multinationales. Il est fort possible que leur charge fiscale suite à un investissement augmente considérablement selon la stratégie qu'elles adopteront. La compétitivité à l'étranger risque également d'être mise en péril.⁴⁰⁹

Sous-section 4. Dispositifs hybrides

Nous avons vu que les dispositifs hybrides sont visés par l'action 2 du BEPS⁴¹⁰, ensuite repris dans la directive Atad I⁴¹¹ et affinés par Atad II⁴¹². Il est pertinent de relever que dans l'exposé des motifs de Atad II, la Commission ne fait aucune analyse d'impacts de la proposition.⁴¹³ Elle renvoie simplement aux analyses faites dans le projet de l'OCDE et aux consultations des parties concernées.⁴¹⁴ Nous pouvons nous demander si ces travaux examinent en profondeur les retombées du projet sur les multinationales. Il semble à nos yeux que

⁴⁰⁷ B. PEETERS et S. SERRÉ, *o.c.* (v. note n° 100), p. 884.

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ Ch. SPENGLER, J. H. HECKEMEYER, H. NUSSER, O. KLAR et F. STREIK, « The Impact of Tax Planning on Forward-Looking Effective Tax Rates », Working paper n° 64-2016 for the European Commission, Union européenne, 2015.

⁴¹⁰ 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 », Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264255104-fr>.

⁴¹¹ Directive (UE) n° 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, du 19 juillet 2016, p. 1.

⁴¹² Directive (UE) n° 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir les pays tiers, *J.O.U.E.*, L 144, du 7 juin 2017, p. 1.

⁴¹³ Proposition de directive du Conseil modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir les pays tiers, C.O.M. (2016) 687 final.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 5.

l'objectif premier ait été de réduire au maximum les pertes liées aux dispositifs hybrides et ce, même au détriment des multinationales.

En effet, rappelons que les dispositifs hybrides se rencontrent lorsque des entreprises profitent de différentes qualifications juridiques de transactions ou tirent avantage de la qualification de résident ou non selon les États dans lesquels ils ont une branche de leur société pour bénéficier éventuellement d'une double non-imposition.⁴¹⁵ Ce mécanisme relève de la planification fiscale d'une société.⁴¹⁶ Il ne sera plus possible d'y faire recours, en tout cas en Belgique, à partir du 1^{er} janvier 2019.⁴¹⁷

Cela implique pour les multinationales qu'elles devront à nouveau revoir leur planification fiscale et éventuellement se réorganiser, tout comme elles devront le faire de manière générale après le BEPS.⁴¹⁸ Placer l'une de leurs filiales à l'étranger pour pouvoir bénéficier d'une double non-imposition sera désormais plus difficile.⁴¹⁹

Cette dernière question de la double non-imposition représentera probablement un obstacle pour les multinationales qui devront désormais se parer contre une éventuelle double-imposition, ce qui n'était pas le cas auparavant. En effet, le risque de l'implémentation de l'action 2 du BEPS est que les pays n'y procèdent pas de façon simultanée.⁴²⁰ L'existence de ce risque dissuaderait les entreprises venant de l'extérieur de l'Union européenne d'investir chez nous car elles n'auraient pas la garantie de pouvoir éviter une double imposition ou davantage de litiges comme nous l'avons soulevé à propos des impacts généraux du BEPS.⁴²¹

Le mécanisme des « *profit participating loan* » est typiquement un exemple de mesure hybride. Il s'agissait par exemple, dans son acception belgo-luxembourgeoise, « *d'une société mère située au Luxembourg qui faisait un prêt à sa filiale située en Belgique, les intérêts étaient déterminés en fonction du profit réalisé par la filiale. En Belgique, ces paiements étaient qualifiés d'intérêts alors qu'au Luxembourg, comme dividendes. Une qualification juridique différente existait donc ce qui pouvait entraîner une absence totale d'impôt* ». ⁴²²

⁴¹⁵ Voy. *supra* p. 46 ; B. PEETERS et S. SERRÉ, *o.c.* (v. note n° 100), p. 871.

⁴¹⁶ Commission Staff working document accompanying the document proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries, S.W.D. (2016) 345 final.

⁴¹⁷ B. PEETERS et S. SERRÉ, *o.c.* (v. note n° 100), p. 871.

⁴¹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹ *Ibid.*

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ X., « ECOFIN agrees EU wide rules in Anti-tax avoidance directive », *EY- Tax Policy bulletin*, 29 juin 2016, pp. 6-7.

⁴²² B. PEETERS et S. SERRÉ, *o.c.* (v. note n° 100), p. 871, [Traduction libre].

L'implémentation en droit belge des mesures anti-hybrides et la modification de la directive mère-fille empêchera les sociétés de réduire certaines sommes de leur base imposable.⁴²³ Cela aura un impact considérable sur les financements intra-groupes qui ne pourront plus recourir à ces mécanismes.⁴²⁴

Enfin, il est fort probable que la base de l'impôt des sociétés augmentera et amènera plus de recettes pour l'État ce qui est l'objectif poursuivi par la directive Atad. Corrélativement, les entreprises paieront plus d'impôts. Cependant, il ne sera pas aisé de mettre un chiffre sur ce phénomène car cela appellerait un examen de données internes aux entreprises qui ne sont pas rendues publiques.⁴²⁵

Section 3. Impacts des nouvelles mesures lors d'une opération spécifique : *Merger and acquisition (M&A)*

A ce stade, nous réalisons que les changements qui seront engendrés par le BEPS et son implémentation sont réels. Ceux-ci auront bel et bien un impact sur la planification fiscale des entreprises en général, mais s'étendront également inévitablement à d'autres opérations de la société. Dans le présent point, nous exposerons brièvement de quelle manière le processus des *Mergers and Acquisitions* (« *M&A* », ci-après) sera probablement touché par les nouveaux développements visant à lutter contre l'évasion fiscale et le *profit shifting*.

Les *M&A* sont les opérations par lesquelles deux ou plusieurs sociétés joignent leurs activités soit en réunissant leurs activités dans une seule et même entreprise, soit lorsqu'une entreprise acquiert une part importante du contrôle ou du *business* d'une autre société tout en maintenant deux entités distinctes.⁴²⁶ Les *M&A* sont généralement jalonnées de différentes étapes tout au long de la procédure. Ainsi, chaque étape pourrait rencontrer des changements dus aux nouvelles mesures internationales et européennes, notamment lors du transfert d'actifs qui est inévitable d'une entité à l'autre.

L'une de ces étapes est la *due diligence*. Il s'agit de l'examen de toutes les activités de la société cible par l'acquéreur ou l'investisseur afin de connaître précisément la situation de la

⁴²³ B. PEETERS et S. SERRÉ, *o.c.* (v. note n° 100), p. 871.

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ Commission Staff working document accompanying the document proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries, S.W.D. (2016) 345 final, p. 7.

⁴²⁶ B. COYLE, *Mergers and acquisitions*, Londres, Glenlake/Fitzroy Dearborn publishers, 2000, pp. 2-4.

société qu'il acquerra potentiellement.⁴²⁷ Ce processus pourrait être influencé de plusieurs manières par l'introduction du BEPS.

Premièrement, le *Country-by-Country reporting* (« CbC », ci-après) prévu par l'action 13 du BEPS mènera à plus de transparence.⁴²⁸ Ce système a été transposé en Belgique et oblige les multinationales qui ont réalisé des produits consolidés d'au moins 750 millions d'euros à déclarer « *une vue d'ensemble de la répartition des revenus, des impôts et des activités par juridiction* »⁴²⁹. Lors de la confection de la *due diligence*, le vendeur donne généralement une série de documents tels que des données financières, fiscales ou sociales sur le statut des employés par exemple ce qui permet à l'acheteur potentiel de se faire une idée de la transaction dans laquelle il s'engage et du retour sur investissement qu'il pourrait ainsi obtenir.⁴³⁰ Si ces déclarations CbC sont rendues publiques, cela signifie que les potentiels acquéreurs d'une société auront accès à toutes ces informations, ce qui fera gonfler la *due diligence* et poussera les vendeurs à se conformer aux nouvelles mesures au risque de compromettre leur réputation en cas de manquement.⁴³¹ Nous pensons que la publication des CbC contribueraient effectivement à davantage de transparence et rendraient les procédures de M&A moins fastidieuses. Cependant, dévoiler trop d'informations pourrait également nuire à la compétitivité des entreprises. En effet, certaines stratégies de l'entreprise, par exemple la manière dont les revenus auront été répartis par la planification fiscale, pourront être accessibles aux sociétés concurrentes. En temps normal, la *due diligence* ne contient pas toute la planification, mais seulement la charge fiscale. Cela pourrait rendre les sociétés plus vulnérables lors de M&A et éventuellement affaiblir leur position sur le marché.

Deuxièmement, le processus de *due diligence* ne pourra plus se concentrer uniquement sur le passé de l'entreprise cible, mais devra également se tourner vers son avenir. Il faudra prendre en considération le fait que cette société peut avoir un très bon profil depuis sa création, mais

⁴²⁷ Th. LEJUSTE et E. GOUDER DE BEAUREGARD, « Transmission d'entreprises – Due diligence d'acquisition », in *L'acquisition d'une société – De la préparation au financement de l'opération : Aspects économiques, juridiques et fiscaux*, Limal, Anthémis, 2015, p. 124.

⁴²⁸ OECD (2015), *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241480-en>

⁴²⁹ *Ibid.* ; Le modèle de déclaration en Belgique peut être trouvé dans : A.R. du 28 octobre 2016 fixant le modèle de formulaire tel que visé à l'article 312/2, paragraphe 5, du Code des impôts sur les revenus 1992, *M.B.*, 2 décembre 2016, p. 79416.

⁴³⁰ Th. LEJUSTE et E. GOUDER DE BEAUREGARD, « Transmission d'entreprises – Due diligence d'acquisition », *o.c.* (v. note n° 427), pp. 125-131.

⁴³¹ A. VERHULST et D. BODOH, « Optimism for 2017 M&A activity is tempered by concerns over the impact of BEPS and increased deal scrutiny », *KPMG International*, 19 avril 2017, disponible sur <https://home.kpmg.com/xx/en/home/insights/2017/04/m-and-a-predictor-global-tax-perspective.html>.

qu'à cause des nouvelles mesures découlant du BEPS et de l'Atad notamment, ce profil pourra être menacé et ne plus s'avérer aussi attractif. Si l'on en croit l'impact possible de ces mesures, les risques qui se présentaient dans le passé de l'entreprise pourront être accrus par la suite et de nouveaux risques pourront naître.⁴³² Ainsi, le taux d'imposition effectif de la société aujourd'hui pourrait être nettement supérieur demain si son maintien n'est plus viable dans un contexte post-BEPS puisqu'il était fondé sur une planification fiscale agressive.⁴³³ Il en va de même pour les fonctions et les activités des employés dont il faudra examiner la localisation réelle pour s'assurer de la conformité avec les nouvelles règles fiscales.⁴³⁴

Enfin, la limitation de la déduction des intérêts pourrait également influencer les *M&A* et plus spécifiquement les achats à effet de levier. Cette technique de rachat se base sur un système d'endettement alors que l'OCDE souhaite que les déductions se fassent davantage par rapport au niveau de l'activité économique.⁴³⁵ Les acheteurs devront donc avoir égard aux limitations possibles surtout pour ces entreprises ayant recours à l'endettement car les États se sont attachés à entraver les bénéfices fiscaux pouvant ressortir de telles structures.⁴³⁶ Nous voyons ici à nouveau l'importance de la préparation et de l'évaluation des risques potentiels d'une transaction en prenant en compte la stratégie fiscale adoptée par la société cible.

En conclusion, il ressort de ce chapitre que prévoir exactement les impacts de la mise en œuvre du projet BEPS et de la directive Atad représente un réel défi. Cependant, afin de se préparer au mieux et d'éviter davantage de litiges que ceux qui risquent de naître des transpositions des règles dans l'ordre juridique des États, nous conseillons aux entreprises

⁴³² R. VLASCEANU, « BEPS-driven implications for M&A transactions », *IBDF*, 15 avril 2016, disponible sur <https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/BEPS-driven%20implications%20for%20M&A%20transactions-%20White%20Paper.pdf>; R. WALDUCK, « What BEPS means for M&A », 26 mai 2016, disponible sur <https://economia.icaew.com/en/features/may-2016/the-beps-project-part-two>.

⁴³³ A. VERHULST et D. BODOH, « Optimism for 2017 M&A activity is tempered by concerns over the impact of BEPS and increased deal scrutiny », *KPMG International*, 19 avril 2017, disponible sur <https://home.kpmg.com/xx/en/home/insights/2017/04/m-and-a-predictor-global-tax-perspective.html>; R. Vlasceanu, « BEPS-driven implications for M&A transactions », *IBDF*, 15 avril 2016, disponible sur <https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/BEPS-driven%20implications%20for%20M&A%20transactions-%20White%20Paper.pdf>.

⁴³⁴ R. VLASCEANU, « BEPS-driven implications for M&A transactions », *IBDF*, 15 avril 2016, disponible sur <https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/BEPS-driven%20implications%20for%20M&A%20transactions-%20White%20Paper.pdf>.

⁴³⁵ R. Narula, « BEPS impacts on cross-border M&A – An Asia-Pacific view », *EY*, 2017, disponible sur [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-BEPS-impact-on-cross-border-ma/\\$FILE/ey-BEPS-impact-on-cross-border-ma.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-BEPS-impact-on-cross-border-ma/$FILE/ey-BEPS-impact-on-cross-border-ma.pdf).

⁴³⁶ A. VERHULST et D. BODOH, « Optimism for 2017 M&A activity is tempered by concerns over the impact of BEPS and increased deal scrutiny », *KPMG International*, 19 avril 2017, disponible sur <https://home.kpmg.com/xx/en/home/insights/2017/04/m-and-a-predictor-global-tax-perspective.html>.

d'analyser ces nouvelles mesures de façon à pouvoir les appliquer au mieux à chaque situation imprévue. Notons, toutefois, que l'existence de litiges pourra coûter un temps précieux aux entreprises ainsi qu'aux administrations. Corrélativement, cela pourra pousser à une plus grande transparence entre ces deux sujets. Enfin, nous avons vu que l'État a inséré des mécanismes jusqu'alors inexistant dans notre ordre juridique, tel que celui de la consolidation fiscale. Cela s'explique par le fait qu'en voulant garder une certaine attractivité vis-à-vis des investissements étrangers, il a transposé les règles tout en compensant certains de leurs effets par l'introduction de certains avantages fiscaux, ce qui peut avoir des conséquences positives pour les multinationales.

Chapitre 2. La place des pays en développement dans la lutte contre l'évasion fiscale

Dans ce chapitre, nous ouvrons une parenthèse sur la place qu'occupent les pays en développement (« PED », ci-après) dans la lutte contre l'évasion fiscale et, plus spécifiquement, dans le projet BEPS. Bien que les PED ne soient pas membres de l'organisation⁴³⁷, le projet entend avoir une influence au-delà de ses frontières⁴³⁸ car le phénomène BEPS touche également ces pays.

Il n'existe pas de définition propre des PED, seulement des indicateurs permettant de désigner qu'une économie est plus développée qu'une autre. Ainsi, dans le cadre de notre recherche, nous retiendrons qu'un pays peut être considéré comme « en développement », contrairement à un pays « développé » ou « moins avancé » en fonction de son niveau d'intégration économique, de conformité fiscale ou encore de la capacité de son administration.⁴³⁹ Au sein des PED même, il peut exister de grandes disparités, mais ils restent unis par la nature des difficultés qu'ils rencontrent.⁴⁴⁰

⁴³⁷ Cfr. liste des membres inclus dans le cadre du projet BEPS : <http://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf> en opposition aux États membres de l'OCDE : <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/list-oecd-member-countries.htm>.

⁴³⁸ A. P. DOURADO, « International Standards, Base Erosion and Developing Countries », in *Tax Design Issues Worldwide*, V. Thuronyi et G. Michielse (dir.), Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2015, p. 179.

⁴³⁹ Th. DUBUT, « Designing Anti-Base-Erosion Rules for Developing Countries : Challenges and Solutions », in *Tax Design Issues Worldwide*, V. Thuronyi et G. Michielse (dir.), Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2015, pp. 141-142 ; M.-L. DUBOZ, M. HOUSER, « L'absence d'une définition précise de la notion de pays en développement à l'OMC : un handicap pour son fonctionnement », *Mondes en développement* 2013/3 (n° 163), p. 115-130. DOI 10.3917/med.163.0115. Voy. également liste indicative de classification des pays selon les Nations Unies :

http://www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/wesp_current/2014wesp_country_classification.pdf.

⁴⁴⁰ A. MILLER et L. OATS, *Principles of International Taxation*, o.c. (v. note n° 167), 5^e éd., p. 799.

Sachant cela, nous verrons qu'en comparaison avec la Belgique, l'implémentation du BEPS n'est pas aussi aisée dans les PED. C'est seulement en ouvrant cette parenthèse que nous pouvons nous tourner également vers l'avenir en examinant si un projet d'assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés (« ACCIS mondiale », ci-après) est alors réaliste et envisageable. Parallèlement, nous replacerons la notion de justice fiscale dans ce contexte précis.

Section 1. Difficultés d'insertion dans le projet BEPS

L'évasion fiscale par l'érosion de la base imposable et les transferts de bénéfices est un phénomène que l'on retrouve dans le monde entier. L'étude des PED est nécessaire afin de déployer le projet BEPS car :

« Les pays en développement connaissent eux aussi des problèmes liés à l'érosion de la base d'imposition et au transfert de bénéfices, bien qu'ils puissent se manifester différemment du fait des particularités de leur cadre juridique et administratif »⁴⁴¹.

Chaque pays a des caractéristiques qui lui sont propres et il faut donc déterminer respectivement les mesures qu'il convient d'adopter selon celles-ci. Cela s'avère une tâche difficile, mais nécessaire afin de poursuivre les objectifs de développement durable adoptés par l'Organisation des Nations Unies⁴⁴² qui, elle-même, s'est également investie dans le projet BEPS en créant une Sous-commission d'experts sur ces problèmes pour les PED.⁴⁴³ Nous développerons dans cette section les sources de la difficulté de l'insertion du projet et envisagerons cette insertion en particulier pour certaines actions qu'il implémente. En effet, une liste a été créée par les PED afin de classer les actions du projet BEPS selon une priorité faible, moyenne ou forte.⁴⁴⁴ Nous nous concentrerons principalement sur deux actions considérées comme ayant une priorité forte afin d'illustrer la raison pour laquelle les nouvelles mesures sont envisagées, comment elles pourraient être implémentées et les difficultés qui se présentent à ce sujet.

⁴⁴¹ OCDE (2013), Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éditions OCDE, p. 28. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264203242-fr>

⁴⁴² K. BROOKS et R. KREVER, « The troubling role of Tax treaties », in *Tax Design Issues Worldwide*, V. THURONYI et G. MICHIELSE (dir.), Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2015, pp. 159-160.

⁴⁴³ H. J. AULT et B. J. ARNOLD, « Protecting the tax base of developing countries : an overview », in *United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing countries*, A. Trepelkov et al. (dir.), New York, United Nations, 2^e éd., 2015, pp. 6-7.

⁴⁴⁴ OCDE (2014), Rapport du Groupe de travail du G20 pour le développement sur l'impact du Projet BEPS dans les pays à faibles revenus (Partie 1), Editions OCDE, Paris, pp. 30-34.

Sous-section 1. Sources de la difficulté d'insertion

Nous avons vu que la planification fiscale des multinationales vise *inter alia* à réduire au maximum l'impôt dû à un État. Certains groupes d'entreprises, mis sous pression par la compétitivité sur le marché, se sentent contraints de fuir vers les pays offrant un taux plus attractif.⁴⁴⁵ Le transfert des prix y semble facilité car il y existe généralement davantage de lacunes législatives que chez nous et par conséquent, même en présence de règles anti-abus, une faille suffit pour échapper à leurs effets.⁴⁴⁶ Plusieurs auteurs soulèvent que le manque d'expertise des institutions devant mettre en œuvre les mesures joue un rôle non négligeable dans le prélèvement des impôts et le règlement de litige en matière fiscale.⁴⁴⁷ De plus, comme la perception de l'impôt des multinationales est complexe, les administrations se concentrent davantage sur la perception de l'impôt chez les locaux, ce qui peut mener à des inégalités dans le système fiscal.⁴⁴⁸ L'existence de cadres administratifs divergents ne facilitent pas non plus une coopération fiscale accrue.⁴⁴⁹

En outre, deux autres obstacles plus conséquents se posent à l'extension du BEPS aux PED : l'existence d'incitants fiscaux et l'échange d'informations laborieux.

Les incitants fiscaux attirent les multinationales à s'établir dans les PED. Ces derniers soulèvent souvent partiellement, voire totalement, l'impôt qui aurait dû être payé par l'investisseur. Bien que les incitations octroient des avantages à l'État comme notamment, en plus de la présence de multinationales sur son territoire, des rentrées économiques, elles demandent énormément de temps et de financement pour que les administrations puissent les contrôler et les mettre en œuvre.⁴⁵⁰ Elles ne s'avèrent pas forcément efficaces.⁴⁵¹ Et, il n'existe ni transparence ni clarté dans l'octroi de ces avantages. En y ajoutant le manque de coordination entre les différentes institutions d'un même pays qui offrent parfois plusieurs incitants fiscaux,

⁴⁴⁵ Th. DUBUT, « Designing Anti-Base-Erosion Rules for Developing Countries : Challenges and Solutions », *o.c.* (v. note n° 439), pp. 141-142.

⁴⁴⁶ OCDE (2014), Rapport du Groupe de travail du G20 pour le développement sur l'impact du Projet BEPS dans les pays à faibles revenus (Partie 1), Éditions OCDE, Paris, p. 12.

⁴⁴⁷ Th. DUBUT, « Designing Anti-Base-Erosion Rules for Developing Countries : Challenges and Solutions », *o.c.* (v. note n° 439), 2015, p. 154 ; W. VAN DEN BRINCK, « Exchange of Information in Developing Countries », *in Tax Design Issues Worldwide*, V. Thuronyi et G. Michielse (dir.), Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2015, p. 200.

⁴⁴⁸ C. PETERS, « Developing Countries' Reaction to the G20/OECD Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting », *Bulletin of International Taxation*, Juin-juillet 2015, p. 376. Pp. 375-381

⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁰ H. J. AULT et B. J. ARNOLD, « Protecting the tax base of developing countries : an overview », *o.c.* (v. note n° 443), pp. 43-44.

⁴⁵¹ A. MILLER et L. OATS, *o.c.* (v. note n° 167), 5^e éd., p. 799.

différents, elles pourraient laisser place plus facilement à la corruption.⁴⁵² Les poches des administrations n'étant pas remplies de prime abord, cela ne favorise pas l'implémentation de nouvelles mesures pour contrer le phénomène BEPS. Par ailleurs, elles ne s'attachent pas spécifiquement à contrer ces incitants.⁴⁵³

Un autre obstacle qui se pose à la diffusion des mesures contre le BEPS est celui de l'échange d'informations. Contrairement à la Belgique qui a implémenté en 2016 ce nouveau processus de déclaration des entreprises de certains chiffres relatifs à la fiscalité de leur groupe, introduisant ainsi les rapports *CbC* tel que recommandé par l'OCDE, récolter ces informations dans un PED est beaucoup plus laborieux. En effet, les multinationales investissant dans ces régions s'adonnent difficilement à cette pratique, de peur notamment que ces rapports perdent leur caractère confidentiel.⁴⁵⁴ Rappelons cependant qu'il est possible – et même demandé par certains – que ces rapports soient rendus publics, tel que nous l'avons vu en analysant les processus de *M&A*⁴⁵⁵. La réticence des multinationales n'aurait donc plus lieu d'être dans ce cas. Mais, aujourd'hui, cette crainte de confidentialité est toujours présente. De plus, les règles instituées quant à l'échange d'informations, tout comme les incitants fiscaux, ne sont pas assez efficaces et quand bien même le seraient-elles, nous en revenons au manque de moyens des administrations pour les faire respecter.⁴⁵⁶ Le manque d'informations ou de partage de celles-ci rend également la rédaction de nouvelles mesures anti-abus plus complexe.⁴⁵⁷

Sous-section 2. Illustration de l'implémentation de certaines actions du projet BEPS dans les pays en développement

§1^{er}. Limitation de la déduction des intérêts (Action 4)

Dans les PED, la déduction des intérêts n'est pas un problème *in se*, mais les auditeurs craignent que l'accumulation de la déduction d'un nombre important d'intérêts le soit. Si trop d'entreprises recourent à une déduction de grands intérêts, le risque d'une plus grande érosion

⁴⁵² OCDE (2014), Rapport du Groupe de travail du G20 pour le développement sur l'impact du Projet BEPS dans les pays à faibles revenus (Partie 1), Editions OCDE, Paris, p. 23.

⁴⁵³ OCDE (2014), Rapport du Groupe de travail du G20 pour le développement sur l'impact du Projet BEPS dans les pays à faibles revenus (Partie 1), Editions OCDE, Paris, p. 24.

⁴⁵⁴ H. J. AULT et B. J. ARNOLD, « Protecting the tax base of developing countries : an overview », *o.c.* (v. note n° 443), p. 25.

⁴⁵⁵ Voy. *supra* p. 97.

⁴⁵⁶ OCDE (2014), Rapport du Groupe de travail du G20 pour le développement sur l'impact du Projet BEPS dans les pays à faibles revenus (Partie 1), Editions OCDE, Paris, p. 12.

⁴⁵⁷ A. MILLER et L. OATS, *o.c.* (v. note n° 167), 5^e éd., p. 804.

de la base imposable sera présent.⁴⁵⁸ En outre, les PED remarquent de plus en plus l'implémentation de multinationales dans leur propre pays, qui investissent alors à l'étranger. Pour favoriser leur développement, une déduction des intérêts leur est octroyée, mais il faut garder un équilibre par rapport aux autres entreprises qui, elles, n'investissent pas à l'étranger.⁴⁵⁹ Plusieurs solutions ont été envisagées afin de parer à ce problème, notamment la sous-capitalisation dont nous avons étudié le principe⁴⁶⁰ et l'éventuelle limitation de la déduction des intérêts.⁴⁶¹

En limitant la déduction des intérêts, la difficulté qui se pose pour les PED est à nouveau le manque d'information et l'accès aux données d'autres juridictions afin de concevoir une règle adaptée sans pour autant décourager d'autres investissements d'entreprises recourant à une planification fiscale ordinaire.⁴⁶² Enfin, ils doivent opérer une balance des intérêts entre l'attractivité qu'ils veulent garder aux yeux des investisseurs étrangers et la réduction de leurs pertes.⁴⁶³ Le même dilemme existait d'ailleurs pour l'État belge comme nous l'avons vu qui a finalement décidé d'introduire le mécanisme de consolidation fiscale afin de maintenir cette attractivité.⁴⁶⁴

§2. Prévention de l'utilisation abusive des conventions fiscales (Action 6)

Une deuxième priorité des PED est de parer à l'utilisation abusive des conventions fiscales. Cette pratique est visée dans l'action 6 de l'OCDE et prévoit que :

« Elaborer des dispositions conventionnelles types et des recommandations visant à concevoir des règles nationales qui empêchent que les avantages prévus par les conventions puissent être accordés lorsque cela n'est pas justifié. On s'efforcera également de préciser que les conventions fiscales ne doivent pas être utilisées pour générer une double non-imposition, et de cerner les considérations de politique fiscale que les pays doivent, de façon générale, prendre en compte avant de décider de conclure

⁴⁵⁸ P. A. BARNES, « Limiting interest deductions », in *United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing countries*, A. Trepelkov et al. (dir.), New York, United Nations, 2015, pp. 155-159.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, pp. 173-174.

⁴⁶⁰ Voy. *supra* p. 83.

⁴⁶¹ H. J. AULT et B. J. ARNOLD, « Protecting the tax base of developing countries : an overview », *o.c.* (v. note n° 443), pp. 13-15.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 15.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁶⁴ Voy. *supra* p. 84.

*une convention fiscale avec un autre pays. Ces travaux seront menés en coordination avec ceux consacrés aux montages hybrides. »*⁴⁶⁵

Le but derrière de telles conventions est d'octroyer certains avantages aux redevables afin d'encourager les investissements à l'étranger. Cependant, ces avantages sont parfois exploités et en font naître d'autres qui n'étaient pas prévus par les auteurs de ces traités et ne correspondent donc plus à l'esprit de la loi.⁴⁶⁶ Cette technique est plus connue sous le nom de « chalandage fiscal ».⁴⁶⁷ Le commentaire du Modèle de convention fiscale de l'OCDE considère que ces avantages ne devraient pas s'étendre à une situation où le but principal est d'obtenir un traitement fiscal plus favorable.⁴⁶⁸

Les traités bilatéraux peuvent donc, non seulement accorder des avantages inappropriés, mais également favoriser davantage les pays à revenus élevés que ceux à faibles revenus. En effet, il s'agit là d'un paradoxe car les objectifs de développement durable mis en place sous l'impulsion des Nations Unies poussent les premiers à aider les seconds. Pourtant, en signant de plus en plus de traités bilatéraux, il semble que les pays à revenus élevés en tirent plus de bénéfices, comme nous l'avons soulevé, et cela affaiblit d'autant plus les pays à faibles revenus car les impôts ne sont plus – ou dans une moindre mesure – perçus par eux.⁴⁶⁹ Certains PED se rendent compte progressivement des effets néfastes que peuvent avoir ces traités et entament des renégociations voire suppriment des conventions, comme le Rwanda ou encore le Malawi.⁴⁷⁰

Pour contrer ces vices, l'OCDE propose aux PED d'opter pour des règles anti-abus de portée plus générales à insérer dans les conventions considérant, ici aussi, leurs capacités administratives plus limitées.⁴⁷¹ Il est également conseillé, comme cela a déjà été entamé, de

⁴⁶⁵ OCDE (2015), *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, p. 13. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264278035-fr>.

⁴⁶⁶ H. J. AULT et B. J. ARNOLD, « Protecting the tax base of developing countries : an overview », *o.c.* (v. note n° 443), p. 27.

⁴⁶⁷ OCDE (2014), Rapport du Groupe de travail du G20 pour le développement sur l'impact du Projet BEPS dans les pays à faibles revenus (Partie 1), Editions OCDE, Paris, p. 19. « Ces techniques impliquent souvent l'acheminement de paiements d'intérêts ou de redevances vers une société affiliée située dans un pays qui n'est pas partie à la convention, en passant par des sociétés affiliées situées dans un pays partie. Lorsque cela se produit, le pays du payeur perd les impôts à la source qu'il aurait pu percevoir par ailleurs. »

⁴⁶⁸ OCDE (2010), Modèle de convention fiscale de l'OCDE, commentaires sur l'article 1, Editions OCDE, p.61, § 9.5.

⁴⁶⁹ K. BROOKS et R. KREVER, « The troubling role of Tax treaties », *o.c.* (v. note n° 444), pp. 159-160.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, pp. 160-161.

⁴⁷¹ OCDE (2015), *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,

renégocier certains traités ou de prévoir des adaptations selon les revenus de chaque état en cause.⁴⁷² Il convient ici encore de prendre en considération les capacités administratives des PED et d'établir des règles claires et précises afin qu'aucune place ne soit laissée à l'interprétation qui pourrait affaiblir leurs institutions et également faciliter la corruption comme nous l'avons soulevé pour la mise en œuvre des incitants fiscaux.⁴⁷³ Même la Commission européenne, qui s'était déjà attachée à examiner les obstacles rencontrés par les PED⁴⁷⁴, envisage de pousser ses États membres à renégocier certaines conventions pour restaurer la compétitivité et empêcher les distorsions entre ces deux catégories de pays.⁴⁷⁵

Section 2. Projets d'avenir

Par ce bref aperçu sur la place qu'occupent les PED dans les projets de réforme tendant à lutter contre une forme d'évasion fiscale, nous avons pu voir que prendre en compte tous les pays du monde n'est pas aisé. Et, esquisser de nouvelles règles les englobant tous s'avère d'autant plus laborieux. Malgré cette difficulté, nous nous interrogeons sur la possibilité d'introduire une ACCIS mondiale. Nous avancerons une réflexion personnelle basée sur ce que nous avons appris jusqu'à présent et sur davantage de lectures car ce sujet n'a pas encore été abordé dans la littérature. Parallèlement, nous aimerions revenir sur la notion de justice fiscale et examiner sa place, aussi bien dans le projet ACCIS que dans le projet BEPS.

Sous-section 1. Hypothèse d'une assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés mondiale (ACCIS)

L'ACCIS est un projet qui est né sous l'impulsion de la Commission européenne⁴⁷⁶ ayant pour ambition d'instaurer « *un système européen unique auquel des sociétés exerçant des activités transfrontalières devront se conformer pour déterminer les revenus imposables, plutôt*

p. 14. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264278035-fr> ; OCDE (2014), *Rapport du Groupe de travail du G20 pour le développement sur l'impact du Projet BEPS dans les pays à faibles revenus (Partie 2)*, Editions OCDE, Paris, p. 19.

⁴⁷² J. COOPER, R. FOX, J. LOEPRIK et K. MOHINDRA, *Transfer Pricing and Developing Economies – A Handbook for Policy Makers and Practitioners*, Washington, International Bank for reconstruction and development – World Bank Group, 2016, p. 42.

⁴⁷³ A. MILLER et L. OATS, *o.c.* (v. note n° 167), 5^e éd., p. 805.

⁴⁷⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee - Tax and Development Cooperating with Developing Countries on Promoting Good Governance in Tax Matters, *C.O.M.* (2010) 163 final.

⁴⁷⁵ A. P. DOURADO, « The EU Anti Tax Avoidance Package : Moving ahead of BEPS ? », *Intertax*, Vol. 44, n° 6 et 7, 2016, Kluwer Law International, pp. 444-445.

⁴⁷⁶ Dernier document publié à ce sujet : Proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés (ACCIS), *C.O.M.* (2016) 683 final.

qu'aux différents régimes nationaux dans lesquels l'activité est exercée »⁴⁷⁷. L'objectif, à terme, est d'éliminer toute évasion fiscale entre les États membres de l'Union car les multinationales ne pourront notamment plus recourir à une planification fiscale agressive. Nous en reparlerons plus en détails en envisageant les autres pistes pour lutter contre l'évasion fiscale.⁴⁷⁸ Cependant, malgré l'ampleur de ce projet, force est de constater selon nous que si l'évasion fiscale est contenue par une mesure européenne, elle ne le sera pas, parallèlement, au-delà des frontières de l'Union. En effet, nous pouvons émettre l'hypothèse que les multinationales ne feront que déplacer les frontières de leur planification. C'est la raison pour laquelle il nous semble intéressant de savoir si établir une ACCIS mondiale est un projet envisageable.

Nous avons posé cette même question lors de notre interview avec Mme H. WAMPERS. Elle déclarait simplement qu'il s'agirait d'un projet de longue haleine.⁴⁷⁹ Nous nous rallions à cette déclaration pour plusieurs raisons.

Premièrement, il faudrait qu'au niveau européen la mesure soit adoptée et ensuite transposée par chacun des États membres, *quod non* à ce jour. Nous rappelons que la procédure d'adoption d'une directive est complexe et requiert l'unanimité des voix⁴⁸⁰, un processus chronophage donc. De plus, nous avons également vu⁴⁸¹ que l'harmonisation d'un point de vue fiscal n'est en principe pas permise car elle ne relève en réalité pas de la compétence de l'Union européenne, mais de la compétence exclusive des États membres. Pourtant, ici aussi, l'Union justifie l'adoption de cette mesure, tout comme elle le faisait dans sa justification de l'adoption de la Directive Atad⁴⁸², en recourant à « l'excuse » du marché intérieur, tout en disant s'aligner sur le projet BEPS.⁴⁸³ Elle prétend que les distorsions qui perturbent le fonctionnement du marché intérieur doivent être contrées en instaurant notamment ce cadre commun.⁴⁸⁴ On pourrait se demander si l'Union ne tente pas d'exercer indirectement une compétence qui n'est pas sienne en le justifiant de cette manière.

⁴⁷⁷ Communiqué de presse de la Commission européenne, « La Commission propose une grande réforme de l'impôt des sociétés dans l'Union », Strasbourg, 25 octobre 2016.

⁴⁷⁸ Communiqué de presse de la Commission européenne, « La Commission propose une grande réforme de l'impôt des sociétés dans l'Union », Strasbourg, 25 octobre 2016 ; voy. *infra* p. 120.

⁴⁷⁹ Voy. *infra* Annexe, Vraag n° 6.

⁴⁸⁰ Voy. *supra* p. 41.

⁴⁸¹ *Ibid.*

⁴⁸² *Ibid.*

⁴⁸³ Proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés (ACCIS), C.O.M. (2016) 683 final

⁴⁸⁴ *Ibid.*

Nous avons accepté l'argumentation de la Commission relative à la Directive Atad, mais nous ne pensons pas qu'elle puisse être maintenue dans le cadre de l'ACCIS européenne. Cette dernière mesure a pour seul but d'instaurer un système unique pour la détermination des revenus imposables dans les États membres, mais comme il s'agit d'une directive, nous savons qu'il revient à ces derniers de décider comment l'implémenter, ce qui peut mener à des discordances.⁴⁸⁵ En revanche, la directive Atad propose généralement différentes voies pour que les États membres adoptent celle qui leur semble la plus appropriée conformément à leur système fiscal tout en maintenant leur attractivité. Et, s'ils l'estiment nécessaire, ils peuvent décider d'approfondir ces mesures. La Directive Atad profitera effectivement au marché intérieur.

La question se pose, par conséquent, dans l'hypothèse où la directive ACCIS est adoptée, s'il ne risque pas d'y avoir des oppositions au niveau européen comme il y en avait eu dans le cadre des arrêts « Tabac »⁴⁸⁶. Dans l'arrêt Tabac I, une directive a été annulée car elle permettait une harmonisation en matière de santé qui est une compétence exclusive des États membres et justifiait l'adoption de cette mesure en se fondant sur sa nécessité pour le fonctionnement du marché intérieur. Nous retrouvons la même situation *mutatis mutandis* dans la proposition de directive ACCIS avec la seule différence que celle-ci se fonde sur l'article 115⁴⁸⁷ et non 114 TFUE comme dans l'arrêt Tabac I.⁴⁸⁸ L'article 114 prévoit une prise de décision à majorité qualifiée tandis que l'article 115 prévoit l'unanimité. Il pourrait donc être plus difficile de remettre en question une directive prise à l'unanimité étant donné que tous les États doivent en principe être d'accord pour son adoption, sauf en cas d'abstention. Cette première étape semble donc très conséquente et il reste à voir si et quand la directive ACCIS sera adoptée au sein de l'Union européenne considérant le risque de protestations et l'éventuelle remise en cause de sa légitimité.

Deuxièmement, le projet au niveau européen servirait comme laboratoire pour envisager ce système à l'échelle mondiale, ce qui semble encore plus complexe. En effet, nous comprenons de l'insertion éventuelle du BEPS, qu'instaurer des règles dans les PED est une tâche complexe

⁴⁸⁵ S. BHOGAL et K. SANSON, « EU CCCTB : The Potential Successes and Challenges », *International tax review*, n° 13, Décembre/Janvier 2017, p. 14.

⁴⁸⁶ C.J.C.E., 5 octobre 2000, (République Fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne), C-376/98, *Rec. C.J.C.E.*, 2000, I, p. 08419.

⁴⁸⁷ Proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés (ACCIS), *C.O.M.* (2016) 683 final.

⁴⁸⁸ C.J.C.E., 5 octobre 2000, (République Fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne), C-376/98, *Rec. C.J.C.E.*, 2000, I, p. 08419.

notamment à cause des capacités administratives et du manque d'informations disponibles dans ces pays. Ces difficultés ne seront-elles pas amplifiées lors de l'instauration d'un projet encore plus conséquent ? De plus, les PED ne sont pas les seuls à devoir être pris en compte : les États-Unis, les pays du Moyen-Orient, la Chine, le Japon, l'Australie, etc. devraient également avoir une place très importante dans cet éventuel projet. Mais, tous ces pays ont des systèmes fiscaux divergents des nôtres et divergents entre eux. Une telle réforme impliquerait non seulement un changement au niveau des politiques fiscales des pays, mais entraînerait inévitablement une modification de la relation verticale contribuables/État car les deux partis seraient contraints, notamment, de davantage collaborer.⁴⁸⁹

Certes, l'instauration d'une ACCIS mondiale réduirait les distorsions, bénéficierait au fonctionnement de l'économie et pourrait lutter efficacement contre l'évasion fiscale, mais ce projet demanderait la convergence des normes fiscales du monde entier voire la remise en cause des principes de droit fiscal international. Il pourrait donc être de trop grande envergure et également profiter – une fois de plus – davantage aux pays développés qu'aux PED qui sont continuellement mis sous pression par la partie du monde globalisée et n'ont pas le temps de se conformer – convenablement – aux nouvelles mesures envisagées.⁴⁹⁰ Une règle unique n'est pas forcément adaptée à tous les régimes juridiques et fiscaux. A nouveau, chaque pays a ses propres particularités⁴⁹¹ et s'aligner sur une même assiette demandera une réforme totale qui semble à ce jour être une chimère.

Sous-section 2. Plus de justice fiscale ?

Nous avons vu que le projet BEPS a pris en compte l'avenir des PED dans la rédaction de ses actions, mais certains suggèrent que ce n'est pas suffisant et que la collaboration doit être accrue, c'est le cas du BEPS monitoring group et du Centre national de coopération au développement (« CNCD », ci-après).⁴⁹² Pourtant, cette initiative lutte contre l'évasion et contribue par conséquent à plus de justice fiscale et ce, également dans les PED.⁴⁹³ Nous avons soulevé l'éventualité que la justice fiscale ne pouvait pas être identique à travers différents pays

⁴⁸⁹ Y. BRAUNER et M. STEWART, « Introduction : tax, law and development », in *Tax, law and development*, Y. Brauner et M. Stewart (dir.), Cheltenham, Edward Elgar, 2013, p. 12.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 14.

⁴⁹¹ *Ibid.*, pp. 14-15.

⁴⁹² A. MILLER et L. OATS, *o.c.* (v. note n° 167), p. 799 ; <https://www.cncd.be/-missions-> : « *CNCD-11.11.11 interpellé les instances politiques nationales et internationales sur leurs responsabilités en matière de coopération au développement et de solidarité internationale.* » ; X., « Le G20 doit associer le Sud à la lutte contre l'évasion fiscale des multinationales », 4 septembre 2013, <https://www.cncd.be/Le-G20-doit-associer-le-Sud-a-la>.

⁴⁹³ Voy. *supra* p. 97.

en présence de conceptions de l'impôt et de systèmes de taxation différents voire opposés. Dans l'hypothèse où une ACCIS mondiale serait effective, nous pensons que cette éventualité serait amoindrie.

Dans un rapport sur l'aide belge au développement publié par le CNCD, il était soulevé que « *des avancées timides étaient faites vers la justice fiscale internationale* » en faisant référence à plusieurs mesures adoptées aux niveaux international et européen.⁴⁹⁴ Nous ne pouvons que partiellement être d'accord avec cette affirmation.

En effet, le Conseil de l'Union européenne a adopté une liste noire le 5 décembre 2017 classant les juridictions ne collaborant pas à la bonne gouvernance fiscale et ce, sans que leur consentement ne soit requis.⁴⁹⁵ Certains pays se sont engagés envers l'Union pour ne pas se retrouver sur cette liste car, grâce à cette dernière, l'Union peut déterminer unilatéralement qui ne se conforme pas à son modèle de bonne gouvernance fiscale. Similairement au Fond monétaire international qui impose des conditions de taxation pour accorder des prêts aux PED, on pourrait penser que les pays se conformant à ces règles qui viennent d'une organisation dont ils ne font parfois aucunement partie se transforment en gouvernements fantoches. L'Union justifie cette mesure car le comportement des États tiers a une influence directe sur son marché intérieur. Les multinationales déployées dans ces pays devront donc, soit se retirer, soit être soumises à plus de contrôle. Mais, cela ne peut justifier, selon nous, l'intervention au-delà de ses frontières et ne contribue pas à la justice fiscale car une partie du monde semble toujours en contrôler une autre.

Le seul élément positif qui en ressort est que l'Union pousse indirectement ces États à se conformer aux mesures contre le BEPS.⁴⁹⁶ *Mais est-ce par-là qu'elle instaure davantage de justice fiscale ?* Nous répétons que l'instauration des mesures anti-BEPS est une procédure particulièrement complexe de même que l'ACCIS mondiale le serait. Nous ne sommes pas certains – de par les divergences entre les États – que la justice fiscale puisse être atteinte partout, en tout cas, pas dans un avenir proche. Mais ce qui est sûr c'est que certains efforts sont faits pour atteindre cet objectif. A l'échelon national, nous pouvons voir que les travaux préparatoires de la réforme de l'impôt des sociétés s'attachent à respecter une certaine justice

⁴⁹⁴ Rapport 2015 sur l'aide belge au développement – Des objectifs du millénaire aux objectifs de développement durable, CNCD, 2015, p. 9.

⁴⁹⁵ V. KALLOE, « EU Tax Haven Blacklist – Is the European Union policing the Whole World ? », *European Taxation*, Février-Mars 2018, p. 47.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 47

fiscale, à l'intérieur de nos frontières, ce qui est un début. En effet, ils cherchent un équilibre entre les mesures anti-évasion et l'attractivité que le pays se doit de conserver pour des nouveaux investissements de multinationales et surtout pour ses recettes. En revanche, si l'on se place du point de vue des sociétés transnationales, nous ne sommes pas certains que davantage de justice fiscale existe à leur égard. D'une part, il va de soi que l'évasion à grande échelle de certaines entreprises sera davantage contenue et cela contribuera à calmer le sentiment d'injustice de l'opinion publique envers l'évasion fiscale. D'autre part, les nouvelles mesures auront également un impact considérable sur des entreprises recourant à une planification fiscale ordinaire et octroyant toutes sortes d'avantages fiscaux à leurs employés et/ou actionnaires. Il se pourrait donc que le sentiment d'injustice n'ait changé que de « camp ».

Chapitre 3. Analyse des règles de lutte contre l'évasion fiscale sous le prisme de la notion d'efficacité

Dans ce chapitre, nous commencerons, dans un premier temps, par préciser ce que nous entendons par la notion d'efficacité en nous basant sur des éléments issus de la théorie du droit (Section 1). Dans un second temps, nous tenterons d'établir si les règles que nous avons développées dans la première partie⁴⁹⁷ sont efficaces pour lutter contre l'évasion fiscale. Nous analyserons le contenu de ces règles et nous nous attarderons également sur différentes contraintes externes à celles-ci qui pourraient les rendre plus ou moins efficaces selon les cas. Nous étayerons notre réflexion en nous basant sur l'avis de praticiens afin d'aborder la question de la manière la plus critique possible (Section 2). Dans un dernier temps, nous essayerons d'évaluer quelles sont les perspectives d'avenir des nouvelles règles anti-évasion⁴⁹⁸ et de jauger quelle pourrait être leur plus-value par rapport à ce qui existait déjà. Nous envisagerons également différentes solutions si problème d'efficacité il y a et nous nous positionnerons par rapport à celles-ci (Section 3).

Section 1. La notion d'efficacité

La notion d'efficacité est une notion complexe et peut s'entendre soit en termes d'efficacité juridique, soit en termes d'efficacité pratique. Outre cette difficulté interne, d'autres notions gravitent autour de celle-ci et rendent sa délimitation plus ardue. C'est pourquoi il nous paraît important de définir ce que nous entendons par la notion d'efficacité (Sous-section 1) avant de

⁴⁹⁷Voy. *supra* p. 64.

⁴⁹⁸ Nous nous référons ici aux règles de la directive ATAD.

l'utiliser comme repère dans notre analyse du contenu des règles anti-évasion fiscale. Nous émettrons également quelques commentaires sur la relation entre l'efficacité d'une règle et la justice fiscale (Sous-section 2) et terminerons par jauger cette notion à l'aulne de l'objet de notre chapitre, à savoir, l'efficacité dans la lutte contre l'évasion fiscale (Sous-section 3).

Sous-section 1. Efficacité et notions voisines

§1. Effectivité d'une règle⁴⁹⁹

La notion d'effectivité n'est pas une notion réservée aux analyses sociologiques mais fait partie intégrante du vocabulaire juridique.⁵⁰⁰ Elle est devenue aussi importante dans l'analyse d'une règle que les examens de légalité classique. Ceci est dû au fait, expliquent les professeurs OST et VAN DE KERCHOVE, que les États sont devenus des États gestionnaires et que la loi est devenue un instrument des politiques publiques.⁵⁰¹ Autrement dit, ce n'est plus uniquement la régularité des sources d'une règle qui est importante mais également la nature de ses effets, sa performance. Autrefois, une règle était considérée comme effective et légitime de par sa simple édicition⁵⁰² alors qu'aujourd'hui, on se soucie du fait qu'une règle produise un effet social particulier pour qu'elle puisse être qualifiée de règle effective.

Est donc effective une règle qui « *est utilisée par ses destinataires comme modèle pour orienter leurs pratiques* »⁵⁰³. Une règle effective permet donc en d'autres termes d'orienter l'utilisation qu'en font ses destinataires vers un comportement social recherché par le législateur.

§2. Efficience d'une règle

L'efficience d'une règle mesure le coût nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par celle-ci.⁵⁰⁴ Généralement, ce coût se traduit en termes économiques⁵⁰⁵ et permet d'évaluer l'impact que représente une certaine stratégie juridique. Une analyse fondée sur un rapport coûts/bénéfices permet de réaliser une bonne appréciation de l'efficience d'une règle.

⁴⁹⁹ Pour un aperçu plus complet de cette notion d'effectivité, voy., P. LASCOUMES, *Effectivité*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. Arnaud et al. (dir.), Paris, LGDJ, 1993, p. 218 et s.

⁵⁰⁰ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 328.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 329.

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964, p. 257.

⁵⁰⁴ L. UUSITALO, « Efficiency, Effectiveness and Legitimation: Criteria for the Evaluation of Norms », *Ratio iuris*, vol. 2, n° 2, juillet 1989, pp. 194 et s.

⁵⁰⁵ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, o.c. (v. note n° 500), p. 332.

Cependant, une analyse fondée uniquement sur des critères économiques est trop réductrice. C'est pourquoi d'autres critères comme le politique, le psychologique ou encore le social viennent compléter le tableau.

§3. Efficacité d'une règle

L'efficacité d'une règle peut se décliner en termes d'efficacité juridique et d'efficacité pratique⁵⁰⁶.

L'efficacité juridique d'une règle se traduit par la validité de celle-ci. Ainsi traduite, on dira que l'efficacité est « *la qualité qui s'attache à la norme dont on a reconnu qu'elle satisfait aux conditions requises pour produire les effets juridiques que ses auteurs lui attribuent* ». ⁵⁰⁷

L'efficacité pratique quant à elle correspond à « *la pertinence du moyen choisi par le législateur pour atteindre un objectif visé* »⁵⁰⁸. Défini de la sorte, il paraît simple de déterminer si une règle est efficace ou non. Les professeurs OST et VAN DE KERCHOVE attirent toutefois l'attention sur le fait que bien souvent les buts poursuivis par le législateur sont complexes, nébuleux ; parfois même, le but annoncé diffère du but réellement poursuivi.⁵⁰⁹ Il est donc plus compliqué d'apprécier si une règle est efficace qu'il n'en a l'air de prime abord.

C'est sous le prisme de cette deuxième conception que nous tenterons d'apprécier l'efficacité des règles anti-évasion fiscale.

Sous-section 2. Efficacité et justice fiscale

L'objectif de cette sous-section est de formuler quelques commentaires et questionnements sur la relation qui peut exister entre l'efficacité d'une règle et la « justesse » fiscale de celle-ci.

Nous avons vu dans les paragraphes précédents que l'efficacité d'une règle se mesure par la pertinence du moyen choisi pour arriver à un objectif donné. Une règle sera dès lors d'autant plus efficace si elle est claire, précise et répond à un objectif bien déterminé. Partant de ce constat, on peut donc raisonnablement se poser la question de savoir si une règle visant à lutter

⁵⁰⁶ Nous nous basons ici sur la grille de lecture proposée par F. OST et M. VAN DE KERCHOVE pour opérer cette distinction.

⁵⁰⁷F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, o.c. (v. note n° 500), p. 314.

⁵⁰⁸ R. BETTINI, Efficacité, in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, A.-J Arnaudet al. (dir.), Paris, LGDJ, 1993, p. 220.

⁵⁰⁹F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, o.c. (v. note n° 500), p. 331.

contre un type bien précis d'évasion fiscale peut simultanément être une règle visant à plus de justice fiscale. Autrement dit, est-il possible pour une règle de prétendre répondre à plusieurs objectifs en même temps, dont celui de la justice fiscale, en sachant que cette dernière notion est une notion extrêmement compliquée et dont les contours sont difficiles à définir ? Et si les contours de cette notion sont si difficiles à appréhender, comment peuvent-ils être coulés dans une règle qui réponde à la condition d'efficacité ? Il semble donc que ces deux notions soient difficilement conciliables au sein d'une règle donnée.

Sous-section 3. Efficacité dans la lutte contre l'évasion fiscale

Nous avons choisi dans ce chapitre, nous le rappelons, de jauger l'efficacité de certaines règles anti-évasion de la législation belge.

En évaluant l'efficacité de l'article 344, §1CIR, nous avons vu que l'adoption de cette disposition avait pour objectif de résorber les lacunes persistantes dues aux particularités d'application des mesures anti-abus spécifiques. En effet, celles-ci ne pouvaient donc pas s'appliquer à toutes les situations d'évitement.⁵¹⁰

Nous avons ensuite choisi d'évaluer l'efficacité des mesures anti-évasion issues de la transposition d'Atad I et d'Atad II. L'objectif de la loi du 25 décembre 2017 est – pour une partie – de transposer Atad I et Atad II. Les États membres n'ont donc « pas le choix d'être efficaces » puisqu'ils ont l'obligation de transposer cette directive sous peine de l'introduction d'un recours en manquement par la Commission. L'efficacité de ces mesures transposées se mesure par conséquent dans les choix qui sont offerts par la directive au législateur belge et qu'il a opérés dans sa transposition.

Section 2. Efficacité du contenu des règles anti-évasion et contraintes externes

Dans cette section, nous analyserons, dans un premier temps, le contenu des règles que nous avons sélectionnées précédemment (sous-section 1). Autrement dit, nous nous attarderons sur le fond de ces règles. Nous le ferons, pour rappel, sous le prisme de l'efficacité, dont nous avons posé les fondements dans la section précédente. Les autres potentielles considérations, qui ne seraient pas de l'ordre de l'efficacité, seront étudiées dans le chapitre suivant. Dans un second temps, nous nous pencherons sur certaines contraintes qui sont susceptibles de faire varier le

⁵¹⁰ Voy. *supra* p. 65.

degré d'intensité de l'efficacité d'une règle (sous-section 2). Nous étudierons ainsi des contraintes liées au temps, à la multiplicité des acteurs et enfin au budget.

Sous-section 1. Analyse de fond

§1. Article 344 §1 CIR

Tel que nous l'avons vu⁵¹¹, l'article 344 §1 CIR a été remodelé il y a maintenant 6 ans. La doctrine semble largement unanime sur le fait que sa modification en 2012 en a fait une disposition « plus adulte ».⁵¹² La question qui se pose dès lors aujourd'hui est la suivante: qu'en est-il après 6 ans d'application ? Peut-on dire que l'article 344 §1 CIR a atteint son objectif et est une mesure efficace ? Ce sont là les questions auxquelles nous tenterons d'apporter une réponse dans les paragraphes suivants.

En guise de remarque préliminaire, nous pouvons constater que les cas d'application de l'article 344 §1 par l'administration sont rarissimes tout comme le sont les jugements qui doivent se prononcer sur la question de savoir s'il y a abus fiscal ou non. Les seuls cas d'application de l'article 344 §1 se trouvent au sein du service des décisions anticipées. Comment expliquer ce manque d'intérêt pour cette disposition ?

Reprenons littéralement la disposition alinéa par alinéa pour évaluer si elle répond à l'objectif d'efficacité.

- Alinéa 1: Un acte juridique ou une succession d'actes juridiques n'en formant qu'un seul sont inopposables à l'administration fiscale si celle-ci apporte la preuve qu'il y a eu abus fiscal. La portée de ce premier alinéa est générale puisque tout acte juridique abusif peut potentiellement entrer dans le collimateur de l'administration. La condition *sine qua non* est l'apport de la preuve par l'administration qu'il y a eu abus fiscal. Cette preuve n'est qu'une application classique des articles 870 du Code judiciaire et 1315 du Code civil traduite dans le Code des impôts sur les revenus à l'article 340.⁵¹³ La charge de la preuve à fournir par l'administration ne semble donc en rien enlever la portée générale de la disposition. La seule partie de ce premier alinéa qui peut éventuellement rendre perplexe

⁵¹¹ Pour un résumé des raisons qui ont poussé à sa modification, voy., Projet de Loi-programme, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n°53-2081/001, pp. 109 à 111.

⁵¹² Voy. notamment. : J. VAN DYCK, « Nouvel article 344, # 1 : une disposition anti-abus plus 'adulte' », *Fisc. 1284.*, 2012, p. 4

⁵¹³ T. AFSCHRIFT, *L'abus fiscal*, o.c. (v. note n° 20), p. 65.

est l'expression « *à la lumière de circonstances objectives* ». Les travaux préparatoires ne sont d'aucune aide pour clarifier cette expression mais nous ne pensons pas qu'elle puisse rendre la charge de la preuve insoutenable pour l'administration. Si tel avait été le cas, on aurait par contre légitimement pu se poser la question de son efficacité. En effet, si la charge de la preuve est insoutenable, il est difficile pour l'administration de prouver qu'il y a eu abus fiscal et dès lors la portée générale de la règle en ressortirait considérablement réduite.

- Alinéa 2 : La définition de l'abus fiscal est claire. Il n'y a abus fiscal que si le contribuable se place dans l'une des deux situations énumérées limitativement à cet alinéa. Le premier cas d'abus fiscal est celui où le contribuable se place *en-dehors* du champ d'application d'une disposition alors qu'il devrait conformément à l'objectif de celle-ci tomber dans son champ d'application. Le second cas est celui où le contribuable se place *dans* le champ d'application d'une disposition en vue d'obtenir un avantage prévu par celle-ci, à nouveau, contrairement à l'objectif prôné par la règle en question. On peut donc dire que si la définition est claire, l'administration n'aura pas de mal à l'appliquer.

- Alinéa 3: La possibilité de contre-preuve offerte par cet alinéa répond aux exigences issues de la jurisprudence de la Cour de Justice.⁵¹⁴ Le contribuable doit en effet pouvoir prouver que l'opération qu'il a effectuée se justifie par d'autres motifs que celui de l'évitement de l'impôt.⁵¹⁵ Il doit pouvoir en d'autres termes prouver que les motifs sous-jacents à son opération sont des motifs non-fiscaux. L'article 344 §1 s'appliquera cependant également si « *les motifs non-fiscaux sont tellement insignifiants que l'opération semble impossible s'il n'est pas tenu compte des motifs fiscaux* »⁵¹⁶. Ces motifs non-fiscaux évoquent des motifs qu'on retrouve dans les différentes directives

⁵¹⁴ Voy. ainsi : C.J.C.E., 12 septembre 2006 (Cadbury Schweppes plc et Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue), C-196/04, 2006, I, 07995.

⁵¹⁵ Le contribuable ne doit donc pas avec T. AFSCHRIFT prouver l'absence d'abus fiscal mais bien un élément intentionnel particulier qui diffère de celui de l'évitement de l'impôt.

⁵¹⁶ Projet de Loi-programme, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 53-2081/001, pp. 114 à 115 ; Les situations suivantes sont visées:

« (i) *les actes juridiques par lesquels le contribuable cherche à atteindre un pur avantage fiscal;*

(ii) *les actes juridiques où les motifs non-fiscaux ne sont en rien spécifiques pour l'opération concernée mais au contraire si généraux qu'ils sont nécessairement présents pour chaque opération du même type; et*

(iii) *les actes juridiques où les motifs non-fiscaux sont certes spécifiques pour l'opération concernée mais ont un intérêt tellement limité qu'une personne raisonnable ne réaliserait pas l'opération pour ces motifs "non-fiscaux": dans ce cas-là, on peut partir du principe que l'invocation du motif (non-fiscal) n'est pas le réel motif de l'opération ».*

européennes et qui se traduisent en termes de motifs commerciaux valables. Il est évident qu'une règle ne peut être efficace si elle est contraire aux exigences jurisprudentielles européennes. Cet alinéa n'en est donc pas un exemple puisqu'il y répond.

- Alinéa 4: Si la preuve n'est pas fournie par le contribuable, la situation doit être rétablie conformément à l'objectif de la loi comme s'il n'y avait pas eu d'abus. On peut constater une certaine incohérence terminologique entre le premier alinéa et cet alinéa-ci. En effet, l'alinéa premier prévoit l'inopposabilité de l'acte tandis que le dernier alinéa prévoit que la situation soit « rétablie ». On peut donc se demander si l'administration doit taxer en considérant l'acte comme inexistant à son égard ou si l'administration doit taxer comme si l'acte avait été posé de manière non abusive, conformément à l'objectif de la loi, ce qui renvoie plutôt à une idée de remplacement.

En s'en tenant uniquement à la lettre de la loi, l'article 344, §1 présente tout ce qui est nécessaire pour réaliser son objectif d'efficacité. L'avocate C. DOCCLO et le fiscaliste O. HERMAND, que nous avons eu la chance d'interviewer, s'accordent d'ailleurs à dire que cette disposition est une disposition bien ficelée. Tournons-nous donc vers la pratique pour tenter de déterminer pourquoi une disposition, en principe efficace sur papier, est si peu utilisée dans la réalité et tentons néanmoins à ce stade de notre réflexion d'avancer quelques hypothèses afin de voir si celles-ci peuvent être corroborées par la pratique.

1. Difficulté de définir précisément les objectifs d'une disposition fiscale : nous avons vu lors de l'examen de la notion d'efficacité que l'objectif d'une règle n'est pas toujours clair et précis et que parfois même l'objectif annoncé pouvait différer du but réellement poursuivi.
2. Préférence de l'administration fiscale pour des dispositions dont l'utilisation a déjà rencontré un certain succès : il est en effet possible que le peu d'application de l'article 344 n'enjoigne pas l'administration à son utilisation.
3. Préférence pour des dispositions anti-abus spécifiques.
4. Manque de compréhension ou de formation de l'administration quant à l'utilisation de cette disposition.

Le fiscaliste O. HERMAND est relativement d'accord avec les trois dernières suggestions. Il pense également qu'une mesure comme l'article 344 CIR a eu un effet préventif conséquent sur les contribuables et que c'est sans doute une des raisons principales de sa faible utilisation dans la pratique. Il suggère également que beaucoup d'accords sont conclus entre l'administration et les contribuables. Ces accords ne sont pas rendus publics et on ne peut dès lors pas savoir que l'article 344 CIR a été utilisé, ni examiner davantage son efficacité.

§2. Dispositions Atad de la loi du 25 décembre 2017

La question de l'efficacité des dispositions transposées par la loi du 25 décembre 2017 est une question biaisée. En effet, nous avons déjà expliqué précédemment que les États membres étaient dans l'obligation de les transposer sous peine d'être poursuivis par la Commission. Les États membres sont en d'autres termes « *mis 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* »⁵¹⁷.

La directive Atad est une directive qui contient des normes de protection minimale.⁵¹⁸ Les États membres sont donc libres de transposer la directive par des règles qui seraient plus strictes que celles prescrites dans la directive.⁵¹⁹ En outre, s'ils possèdent déjà dans leur arsenal juridique des règles qui répondent à ces standards minimaux de protection, ils sont en droit de les conserver.⁵²⁰ Cependant, si celles-ci sont conçues d'une façon qui diffère largement des règles de protection minimale, ils doivent pouvoir prouver que leurs règles sont au moins aussi strictes que ces dernières.⁵²¹

Sur base de ces brèves considérations préliminaires, on peut raisonnablement penser que les règles contenues dans la directive ne sont pas du tout prêtes à être transposées « telles quelles ». Le considérant n°3 de la directive Atad confirme d'ailleurs cette idée :

⁵¹⁷ C. DOCCLO, « L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses États membres », *T.F.R.*, n°514, 2017, p. 62.

⁵¹⁸ Art. 3, Directive Atad.

⁵¹⁹ DG TAXUD, « Note on the Application of the "Minimum Level of Protection" », 18 mars 2016, p. 1, disponible sur <https://www.asktheeu.org/fr/request/2720/response/9485/attach/6/16%2003%2018%204%20ATAD%20Minimum%20Standards.pdf>.

⁵²⁰ *Ibid.*

⁵²¹ *Ibid.*

« Il est nécessaire d'établir des règles afin de renforcer le niveau moyen de protection contre la planification fiscale agressive au sein du marché intérieur. Étant donné que ces règles devraient s'adapter à vingt-huit systèmes distincts d'imposition des sociétés, il convient qu'elles soient limitées à des dispositions générales et qu'il soit laissé aux États membres le soin de les mettre en œuvre puisqu'ils sont mieux placés pour définir les éléments spécifiques de ces règles de la manière la mieux adaptée à leur système d'imposition des sociétés (...) »⁵²²

Les États membres auront donc la lourde responsabilité de transposer ces dispositions de façon à ce qu'elles soient conformes aux standards minimaux de la directive et qu'elles respectent la jurisprudence de la Cour européenne de justice sur les libertés fondamentales.⁵²³ C'est donc à l'intérieur du cadre que nous venons de tracer que nous allons tenter de mesurer l'efficacité des règles transposées par le législateur belge.

Bien que la directive impose aux États membres des standards minimaux de protection, elle offre cependant à ceux-ci de nombreuses options et exceptions qui pourront être appliquées lors de la transposition.⁵²⁴ Voyons dès lors si la Belgique a choisi l'une ou l'autre de ces options dans la loi du 25 décembre 2017.

I. Article 4, Directive Atad: La note de la direction générale de la fiscalité et des douanes sur « *le niveau minimum de protection* » énumère différentes possibilités de transposition plus strictes que la directive. Il est, par exemple, possible d'envisager la réduction du pourcentage d'EBITDA déductible⁵²⁵ ou encore un calcul basé non pas sur l'EBITDA mais sur l'EBIT.⁵²⁶ La Belgique n'a pas choisi d'être plus sévère que ce qui était prévu dans la directive. Par ailleurs, la Belgique a fait usage des paragraphes trois à six de cet article qui offrent différentes dérogations à la règle de limitation de la déduction des intérêts.

⁵²² 3^e considérant, Directive Atad.

⁵²³ C. DOCCLO, « L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses États membres », *T.F.R.*, n°514, 2017, p. 62.

⁵²⁴ B. PEETERS et S. SERRE., *o.c.* (v. note n° 100), p. 889.

⁵²⁵ Il est à noter que l'OCDE a proposé un pourcentage variant de 10 à 30%.

⁵²⁶ DG TAXUD, « Note on the Application of the "Minimum Level of Protection" », 18 mars 2016, p. 1, disponible sur <https://www.asktheeu.org/fr/request/2720/response/9485/attach/6/16%2003%2018%204%20ATAD%20Minimum%20Standards.pdf>.

- a. Le paragraphe 3 contient la règle *de minimis*. La Belgique a pris cette option et l'a transposée au paragraphe 3 du nouvel article 198/1.
- b. Le paragraphe 4 contient une exception sur les droit acquis et une exception sur le financement de projets publics. Ces deux options ont également été transposées dans le nouvel article 198/1 §2, troisième et quatrième tirets.
- c. Le paragraphe 5 contient une exception pour les sociétés qui font partie d'un groupe consolidé. Cette exception est également transposée en droit belge au paragraphe 3 du nouvel article 198/1
- d. Le paragraphe 6 quant à lui contient une option qui permet de reporter les surcoûts d'emprunt qui n'ont pas pu être déduits en vertu des paragraphes précédents. La Belgique a choisi de transposer cette option et de permettre le report indéfini de ces surcoûts.
- e. L'article 11, §6 prévoit enfin une date ultérieure (le 1^{er} janvier 2024) de transposition si les règles belges de sous-capitalisation sont aussi efficaces que les règles de l'article 4, Atad. A ce jour, il n'est cependant pas certain que la Commission considère que nos règles soient aussi efficaces que celles de la directive.⁵²⁷

II. Article 5, Directive Atad : Cette disposition a été rédigée en miroir de la jurisprudence de la Cour de justice. Elle est donc beaucoup moins élastique⁵²⁸, par exemple, que l'article 4 que nous venons d'analyser. On peut déduire cette information du 10^{ème} considérant de la directive⁵²⁹ ainsi que de la note de la direction générale de la fiscalité et des douanes sur « *le niveau minimum de protection* »⁵³⁰. En ce sens, une approche plus stricte des États membres risque de heurter certains principes dégagés par la

⁵²⁷ P. SMET et D DE WOLF, « Europese Anti-Tax Avoidance Richtlijn: beperking interest aftrek », *Fiscoloog*. 1463, 2016, p. 1.

⁵²⁸ C. DOCCLO, « L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses États membres », *T.F.R.*, n°514, 2017, p. 62.

⁵²⁹ Considérant n° 10, Directive Atad : « (...) Au sein de l'Union, il est opportun de se pencher sur l'application de l'imposition à la sortie et d'illustrer les conditions à remplir **pour se conformer au droit de l'Union**. Dans ces circonstances, les contribuables devraient avoir le droit soit de payer immédiatement le montant de l'impôt à la sortie calculé soit d'étaler le paiement du montant de l'impôt en plusieurs versements sur plusieurs années, éventuellement assorti d'intérêts et d'une garantie (...) ».

⁵³⁰ DG TAXUD, « Note on the Application of the "Minimum Level of Protection" », 18 mars 2016, p. 2, disponible sur <https://www.asktheeu.org/fr/request/2720/response/9485/attach/6/16%2003%2018%204%20ATAD%20Minimum%20Standards.pdf>.

jurisprudence de la Cour.⁵³¹ On retiendra notamment que la Cour de justice a décidé dans l'affaire *National Grid*⁵³² qu'il n'était pas contraire à la liberté d'établissement que le montant d'imposition à la sortie soit fixé définitivement lors du transfert d'un actif mais qu'en revanche, il était contraire à la liberté d'établissement que ce montant soit recouvert immédiatement au moment du transfert.

- III. La Belgique n'a donc pas pris de risques et a transposé l'article 5 en suivant scrupuleusement ce qui est prescrit au sein de cette disposition. Les articles 184^{ter} et 229 du Code des impôts sur les revenus ont été modifiés pour répondre à ces prescriptions.
- IV. Articles 7 et 8, Directive Atad : La Belgique n'a pas décidé d'être plus sévère que ce qui était prévu dans la directive et s'est tenu à une transposition quasiment littérale de ces articles. Il était par exemple possible de diminuer le pourcentage d'intérêt qu'un contribuable devait avoir dans une entité pour qu'elle soit considérée comme une société contrôlée.⁵³³
- V. Article 9, 9bis et 9ter, Directive Atad: La Belgique s'est à nouveau contenté de transposer ces articles de manière presque littérale.

Si on regarde l'objectif de la loi du 25 décembre 2017, qui était de transposer Atad, on peut dire que les dispositions sont efficaces. Si on examine cependant, comme nous venons de le faire, la manière dont la transposition a été faite, il n'y a pas de doute sur le fait que la Belgique a fait le « minimum minimorum » puisqu'elle s'est contentée de « copier/coller/adapter » et a opté pour toutes les dérogations ou presque lorsque cela lui était permis. Nous tenterons de comprendre dans le chapitre suivant les raisons qui ont poussé la Belgique à agir de la sorte.

⁵³¹ *Ibid.*, p. 63.

⁵³² C.J., 29 novembre 2011 (National Grid Indus BV c. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam), C-371/10, *J.O.U.E.*, 2011, I, p. 12273.

⁵³³ DG TAXUD, « Note on the Application of the "Minimum Level of Protection" », 18 mars 2016, p. 3, disponible sur <https://www.asktheeu.org/fr/request/2720/response/9485/attach/6/16%2003%2018%204%20ATAD%20Minimum%20Standards.pdf>.

Sous-section 2. Contraintes externes à l'efficacité

Les contraintes que nous allons examiner ci-dessous valent surtout pour les nouvelles dispositions de la directive Atad. Cependant, elles peuvent également susciter la réflexion pour d'autres mesures anti-évasion.

§1. Contrainte temporelle

On peut observer deux sortes de contraintes différentes qui sont liées au facteur temps.

Premièrement, l'agenda de transposition de la directive Atad est très serré. Les États membres ont d'ailleurs protesté car initialement les dispositions de la directive étaient supposées s'appliquer à partir du 1^{er} janvier de cette année.⁵³⁴ Ils ont finalement obtenu, pour rappel, une date de report de transposition – le 1^{er} janvier 2019 pour la majorité des mesures. L'Europe a également dû concéder un certain nombre de mesures transitoires dans la directive.⁵³⁵ Le texte de la directive est complexe et les États membres ont besoin d'un laps de temps suffisant pour transposer ces règles de manière efficace. D'autant plus lorsque l'on sait que celles-ci ne sont pas du tout prêtes à l'emploi et qu'elles doivent composer avec la sévérité de la jurisprudence de la Cour de justice.

Une seconde observation ne s'applique pas à la directive Atad, mais aux directives sur la coopération administrative, plus connues sous le nom de directives DAC. Ces directives requièrent de différents contribuables qu'ils fournissent une large quantité d'information à leur administration fiscale. Ces informations vont permettre une plus grande transparence et une coopération plus étroite entre les diverses administrations des États membres – ce qui va très certainement engendrer une diminution d'évitement de l'impôt à travers les frontières des États membres. Loin de nous l'idée de critiquer cette initiative que nous saluons, mais nous nous posons tout de même la question de savoir comment une administration fiscale déjà en sous-effectif va pouvoir traiter ces montagnes de nouvelles informations. Nous pensons qu'elle n'aura tout simplement pas le temps de traiter toutes ces informations et que, dès lors, certaines d'entre-elles ne seront tout simplement pas exploitées.

⁵³⁴ Procès-verbal de la réunion du COREPER du 18 mai 2016.

⁵³⁵ Art. 11, §§5 et 6, Directive Atad.

§2. Contrainte liée à la multiplicité des acteurs

S. DE BAETS se posait la question dans le cadre des travaux BEPS, lors d'une conférence à l'UCL, de savoir s'il n'y avait pas « *too many cooks in the kitchen* ». Nous pensons que ce questionnement est légitime et que par ailleurs, il existerait une certaine forme de compétition entre les différentes instances internationales à vouloir trouver « la » solution au problème d'évasion fiscale. L'Union a d'ailleurs été plus loin, dans la directive Atad, que ce qui était recommandé dans les travaux BEPS.⁵³⁶ Elle devra donc enjoindre les autres États participants au BEPS à faire de même pour éviter une distorsion de concurrence avec les pays tiers.

§3. Contrainte budgétaire

Le taux de l'impôt des sociétés (« Isoc » ci-après) est, depuis le 1^{er} janvier 2018 passé de 33% à 29% et va encore diminuer de 4% (donc jusqu'à 25%) d'ici 2020. Cette baisse du taux de l'Isoc entraîne avec elle une baisse de recettes pour l'État belge. Diverses mesures compensatoires sont prévues pour résorber le trou laissé par cette baisse de l'Isoc dans les finances belges. La transposition de la directive Atad fait partie de ces mesures compensatoires. Le service d'étude du SPF Finances estime que cette transposition de la directive rapportera 1,2 milliards d'euros en vitesse de croisière.⁵³⁷ La Banque Nationale de Belgique semble penser que cet objectif est réalisable pour autant que la directive soit transposée de manière rigoureuse.⁵³⁸ Or, nous avons vu que la Belgique l'a transposée de manière souple. Les prévisions budgétaires devraient donc logiquement être revues à la baisse. Le fiscaliste D.-E. PHILIPPE déclarait à cet égard dans un article de la Libre du 7 décembre 2017 :

« (...)La BNB confirme certes que ce montant de 1,2 milliard pourrait être dégagé, mais à condition que la Belgique transpose la directive ATAD de façon rigoureuse. C'est là où le bât blesse. Force est de constater que la Belgique entend transposer cette directive de façon souple. Pour ce motif, les recettes escomptées devraient, à mon sens, être revues à la baisse. Une prévision budgétaire de 600 millions d'euros me paraîtrait plus plausible ».

⁵³⁶ Nous avons vu que l'Union a rendu des mesures, qui n'étaient que des simples recommandations dans les travaux BEPS, obligatoires pour ses États membres.

⁵³⁷ Banque Nationale de Belgique, Aspects budgétaires et macroéconomiques de la réforme de l'impôt des sociétés en Belgique, 6 décembre 2017, p. 44.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 45.

Section 3. Bilan d'efficacité, perspectives d'avenir et réflexion personnelle

Dans cette section, nous dresserons premièrement un bref bilan d'efficacité sur base des résultats obtenus dans la section précédente (sous-section 1). Deuxièmement, nous examinerons quelques chantiers de l'Union sur le court et le long terme qui pourraient avoir un impact sur la lutte contre l'évasion fiscale (sous-section 2). Nous terminerons le chapitre par une réflexion personnelle (sous-section 3).

Sous-section 1. Bilan d'efficacité

Si l'on dresse un bilan d'efficacité des mesures que nous avons examinées dans ce chapitre, on peut dire que celui-ci est mitigé, à tout le moins en ce qui concerne la transposition des directives Atad.

Dans un premier temps, nous avons analysé l'article 344 CIR et avons conclu que cette disposition était une disposition efficace mais néanmoins peu utilisée dans la pratique. En s'interrogeant sur les raisons de cette si faible utilisation, nous pouvons raisonnablement considérer que l'article 344 CIR a eu un immense effet préventif, et que dès lors sa faible utilisation peut être interprétée comme une preuve de son efficacité.

Nous nous sommes dans un second temps plongés dans la loi du 25 décembre 2017 et avons conclu qu'à première vue, la transposition était efficace mais qu'au niveau de la manière, la Belgique s'en est tenue au strict minimum dans sa transposition.

Nous avons dans un dernier temps brièvement suggéré que certaines contraintes externes avaient tendance à réduire l'efficacité des législations analysées.

Sous-section 2. Autres pistes pour lutter contre l'évasion fiscale⁵³⁹

Depuis quelques années, nous le répétons, la Commission a fait de la lutte contre l'évasion et la fraude fiscale une de ses priorités. Le nombre de communications et recommandations de la Commission ainsi que de résolutions du Parlement en la matière confirment d'ailleurs cette idée.⁵⁴⁰

⁵³⁹ Nous nous concentrerons ici sur certains projets européens que nous trouvons pertinents par rapport à notre question de recherche tout en étant conscients que ce ne sont pas les seuls.

⁵⁴⁰ Voy. ainsi. : Résolution du Parlement européen du 19 avril 2012 sur l'appel visant à trouver des moyens concrets de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, P7_TA(2012)0137, 7 septembre 2013 ; Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil sur les moyens concrets de renforcer la lutte contre la fraude et

§1. ACCIS

Selon nous, la lutte contre l'évasion fiscale n'aurait pas lieu d'être dans l'Union européenne – ou à tout le moins dans une bien moindre mesure – sans le problème de détermination de la base imposable. C'est la raison pour laquelle nous nous attardons brièvement sur le projet de la Commission d'assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés (ACCIS) au niveau européen cette fois.

La Commission a introduit pour la première fois ce projet dans une communication datant de 2003.⁵⁴¹ Il est ensuite resté en suspens durant plusieurs années jusqu'à ce que la Commission parvienne à le couler en une proposition de directive en 2011.⁵⁴² Celui-ci avait pour ambition, nous l'avons déjà mentionné⁵⁴³, d'introduire une assiette commune dans tous les États membres, applicable aux sociétés uniquement et sur une base consolidée (les résultats des différentes sociétés sont mis ensemble au niveau du groupe). Les taux d'imposition nationaux restaient quant à eux inchangés. Il était enfin prévu que ce projet soit optionnel pour les États membres.

Le projet a coïncé sur l'aspect « consolidation » puisque les États membres n'arrivaient pas à trouver un accord. Certains États perdraient en effet une partie de leur part du « gâteau fiscal » suite à la réattribution des profits entre les différents États membres après consolidation. Le projet a donc été mis aux oubliettes pendant quelques années. En 2015⁵⁴⁴, la Commission a annoncé qu'il serait relancé pour finalement être annoncé en 2016⁵⁴⁵. La Commission a proposé de procéder en deux étapes. On commencerait dans un premier temps par une assiette

l'évasion fiscales, y compris en ce qui concerne les pays tiers, *C.O.M.* (2012) 0351 final ; Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil, Plan d'action pour renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, *C.O.M.* (2012) 722 final ; Résolution du Parlement européen du 21 mai 2013 sur la lutte contre la fraude fiscale, l'évasion fiscale et les paradis fiscaux, P7_TA(2013)0205, 12 février 2016 ; Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil sur la transparence fiscale pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, *C.O.M.* (2015) 136 final ; Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil et au Conseil, Paquet de mesures contre l'évasion fiscale: prochaines étapes pour assurer une imposition effective et davantage de transparence fiscale dans l'Union européenne, *C.O.M.* (2016) 23 final ; Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil, Communication sur d'autres mesures visant à renforcer la transparence et la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, *C.O.M.* (2016) 451 final.

⁵⁴¹ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen et au Comité économique et social européen, Un marché intérieur sans obstacles liés à la fiscalité des entreprises: réalisations, initiatives en cours et défis restants, *C.O.M.* (2003) 726 final.

⁵⁴² Proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS), *C.O.M.* (2011) 121 final.

⁵⁴³ Voy. *supra* p. 102.

⁵⁴⁴ Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil pour un système d'imposition des sociétés juste et efficace au sein de l'Union européenne, *C.O.M.* (2015) 302 final.

⁵⁴⁵ Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil pour la mise en place d'un système d'imposition des sociétés équitable, compétitif et stable dans l'Union européenne, *C.O.M.* (2016) 682 final.

commune⁵⁴⁶ avant d'ajouter dans un deuxième temps l'aspect consolidation⁵⁴⁷ qui pose problème. L'ambition de la Commission est que l'ACIS (assiette commune) soit applicable à partir du 1^{er} janvier 2019 et que l'ACCIS (assiette commune consolidée) le soit à partir du 1^{er} janvier 2021.

§2. Taxation de l'économie digitale

L'autre chantier important de la Commission est la taxation de l'économie digitale. Les dispositions fiscales sont inadaptées face à l'essor de celle-ci et c'est la raison pour laquelle la Commission en a également fait l'une de ses priorités.

Il est très difficile pour un État d'établir sa compétence fiscale à l'égard d'activités digitales car celles-ci sont intangibles. Les questions qui se posent sont donc les suivantes : « *où la valeur est-elle créée ?* » et « *combien de profit peut être alloué pour cette activité ?* ».

L'idée de la Commission est d'introduire une nouvelle taxe sur les services numériques. Cette idée a pris forme dans une récente proposition de directive dans laquelle un lien est établi entre une juridiction et une activité numérique.⁵⁴⁸ La Commission a proposé de concrétiser ce lien en élargissant la portée du concept d'établissement stable en cas de présence numérique significative dans un État membre. Cette présence numérique est établie en cas de dépassement de certains seuils dont par exemple le nombre d'utilisateurs.⁵⁴⁹ Les profits sont ensuite alloués à cet établissement stable virtuel en effectuant un exercice qui ressemble fortement à ceux des prix de transfert (support des risques, fonctions humaines importantes,...).⁵⁵⁰

L'idée de la Commission est actuellement toujours au stade de proposition mais l'objectif est que celle-ci soit applicables à partir de 2019.

⁵⁴⁶ Proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune pour l'impôt des sociétés, *C.O.M.* (2016) 685 final.

⁵⁴⁷ Proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés (ACCIS), *C.O.M.* (2016) 683 final.

⁵⁴⁸ Proposition de directive du Conseil concernant le système commun de taxe sur les services numériques applicables aux produits tirés de la fourniture de certains services numériques, *C.O.M.* (2018) 148 final.

⁵⁴⁹ *Cfr.* Art. 4, Proposition.

⁵⁵⁰ *Cfr.* Art. 5, Proposition.

Sous-section 3. Réflexion personnelle⁵⁵¹

L'objectif sera ici d'examiner quelques alternatives à une initiative comme celle de la directive Atad pour lutter contre l'évasion fiscale et de brièvement les commenter. La directive Atad est un outil qui est davantage tourné vers la répression. Nous pensons qu'il est plutôt préférable d'opter pour des solutions préventives, plus efficaces sur le long terme et offrant une moins mauvaise image pour les investisseurs étrangers.

Nous suggérons que les différentes alternatives soient concrétisées au niveau de l'Union pour éviter des distorsions de concurrence entre les États membres et pour se profiler comme un bloc compact envers les investisseurs étrangers. Nous pensons également que ces initiatives en matière de fiscalité doivent aller de pair avec d'autres initiatives dans les autres branches du droit. Nous faisons ici surtout référence au droit des sociétés, droit social et droit de la propriété intellectuelle. Ce n'est qu'en agissant de la sorte qu'une efficacité maximale pourra sans doute être atteinte.

§1. ACCIS

Nous pensons que ce projet est une très belle initiative de l'Union Européenne car la détermination de la base imposable est au cœur du problème de l'évasion fiscale. Le projet ACCIS, grâce à son aspect consolidation, devrait également permettre de rendre superflu les problèmes de prix de transfert dans l'Union, qui ne sont aucunement réglés dans la directive Atad. Un flanc du projet reste néanmoins totalement vulnérable. C'est celui de la relation avec les pays tiers.

On peut noter qu'une large majorité du Parlement est en faveur du lancement du projet en deux étapes ACIS + ACCIS.⁵⁵² Malheureusement, le Parlement ne décide pas, il est en position d'observateur et éventuellement de commentateur. C'est donc bien au sein du Conseil que le projet devra être voté et ce, à l'unanimité, nous l'avons déjà abordé⁵⁵³. Nous pensons qu'il sera très compliqué d'atteindre l'unanimité au sein du Conseil, à moins que certains États membres ne soient d'accord pour suivre la voie de la coopération renforcée. Si cette voie est suivie et que les résultats sont concluants, il sera possible pour les autres États de rejoindre la coopération

⁵⁵¹ Notre réflexion se base sur les discussions que nous avons eu avec différents professeurs et avocats et par rapport auxquelles nous nous positionnons.

⁵⁵² Vote en séance plénière du Parlement européen du 15 mars 2018.

⁵⁵³ Voy. *supra* p. 41.

renforcée. De cette manière, nous pouvons donc penser qu'il est possible que l'ACCIS se propage à travers toute l'Union même si cela peut demander encore davantage de temps.

Le projet est pour l'instant toujours en eaux stagnantes mais apparaît de temps en temps dans les médias. On peut également noter que la Commission a fait très récemment une nouvelle proposition de directive pour que 3% de la réattribution des profits après consolidation soit alloués aux recettes propres de l'Union.⁵⁵⁴ Il est peu probable que les États membres acceptent cette dernière proposition.

§2. Suppression de l'impôt des sociétés et taxation à la source

L'impôt des sociétés est un impôt complexe qui nécessite énormément de contrôles. Il n'est en outre pas l'impôt qui rapporte le plus de recettes à l'État. Pourquoi ne pas donc tout bonnement le supprimer en taxant non plus l'enveloppe juridique, mais les personnes physiques qui se trouvent derrière ? Nous avons vu que la directive Atad ne s'applique qu'aux entités soumises à l'Isoc. Si on supprime l'Isoc, il n'y aurait plus de problème d'évasion fiscale au niveau des sociétés et donc plus besoin de directive Atad avec toutes les difficultés qu'elle entraîne avec elle.

L'idée serait donc de remplacer l'Isoc par une taxation à la source par le biais d'un précompte. Ce précompte pourrait être divisé en plusieurs catégories sur base de facteurs objectifs (taille de la société, chiffre d'affaires,...). De cette façon, les contrôles seraient réduits à peau de chagrin puisqu'il ne faudrait plus que se soucier des flux sortants. Le problème de cette option est qu'elle pourrait avoir des retombées économiques négatives si les flux ne sortent jamais et qu'une entité décide d'accumuler ses profits.

§3. Contrôle « soft » et contrôle « hard »

Le contrôle « soft » serait caractérisé par un élargissement de la documentation sur les prix de transfert à toutes les sociétés. Tout deviendrait donc un exercice de prix de transfert. L'obligation de documentation sur trois niveaux (dossier local, dossier central et rapport pays par pays) serait donc adaptée en fonction du type de société.

⁵⁵⁴ Communication de la commission au parlement européen, au conseil européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions un budget moderne pour une union qui protège, qui donne les moyens d'agir et qui défend cadre financier pluriannuel 2021-2027, *C.O.M.* (2018) 321 final.

Le contrôle « hard » serait quant à lui caractérisé par un système de facturation électronique en connexion en temps réel avec les autorités fiscales comme cela se fait déjà dans la plupart des pays d'Amérique du Sud pour les taxes indirectes.⁵⁵⁵ Le système latino-américain commence également à se propager en Europe et en Asie.⁵⁵⁶ Le principe est simple. Chaque e-facture doit être validée en temps réel par l'administration fiscale. Ce système présente l'avantage de réduire fortement l'évasion fiscale mais pousse le contrôle du contribuable à son paroxysme. Il est néanmoins certain que l'utilisation des nouvelles technologies jouera un rôle prépondérant dans la fiscalité de demain et que les autorités fiscales « nouvelles » seront de plus en plus connectées en temps réel avec certaines transactions des contribuables.

§4. Remplacement de l'Isoc par une taxe comme la TVA

Une autre idée, également liée à la disparition de l'Isoc, serait de le remplacer par une taxe équivalente à la TVA. On pourrait également imaginer que le droit de déduction soit perdu si, en cas de suspicion de l'administration, les deux parties à la transaction n'en apportent pas la preuve de la réalité. Cette solution pourrait cependant entraîner un surplus de formalités administratives pour les sociétés.

§5. Baisse des taux de l'Isoc

Si la baisse des taux est semblable ou quasi semblable partout en Europe, il devient nettement moins intéressant de faire de l'optimisation fiscale. On peut d'ailleurs constater que la plupart des États membres ont baissé leur taux d'Isoc durant ces dix dernières années même si leur principale motivation semble être de rester compétitif par rapport aux autres États. Cette baisse des taux doit cependant être compensée sur le court terme par d'autres recettes. Sur le long terme, on peut par contre penser que les pertes liées à la baisse des taux seront compensées par le fait que l'évasion fiscale et les pertes de recettes qui y sont liées seront également en baisse.

⁵⁵⁵ X., « Strategically managing indirect taxes in Latin America », *EY*, 2017, disponible sur [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-strategically-managing-indirect-taxes-in-latin-america/\\$FILE/EY-strategically-managing-indirect-taxes-in-latin-america.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-strategically-managing-indirect-taxes-in-latin-america/$FILE/EY-strategically-managing-indirect-taxes-in-latin-america.pdf)

⁵⁵⁶ La Hongrie a par exemple, depuis le 1^{er} janvier 2018 introduit un système de facturation en temps réel pour certaines transactions. Voy. à ce propos : <https://www.rsm.hu/en/blog/2018/02/real-time-invoice-data-reporting-to-everyone-about-each-invoice>.

Chapitre 4. Analyse des règles de lutte contre l'évasion fiscale sous le prisme de la notion d'opportunité

Dans ce chapitre, nous commencerons par définir ce que nous entendons par la notion d'opportunité (section 1). Ensuite, nous examinerons une nouvelle fois le contenu des mesures que nous avons déjà analysées dans le chapitre trois. Nous le ferons cette fois-ci sous le prisme de la notion d'opportunité. L'objectif sera donc de déterminer si, à défaut d'avoir pris les mesures efficaces, le législateur belge a pris des mesures opportunes ou a agi sur base d'autres considérations proches de l'opportunité (section 2).

Section 1. La notion d'opportunité

Dans son sens usuel, la notion d'opportunité se définit comme suit : « *Caractère de ce qui est opportun* »⁵⁵⁷. Le terme opportun se définit quant à lui de la façon suivante : « *Qui convient dans un cas déterminé, qui vient à propos* »⁵⁵⁸.

Cette dernière notion n'est pas à confondre avec celle d'opportuniste, notion proche mais différente, qui se définit de la sorte : « *Personne qui se conduit avec opportunisme* ».⁵⁵⁹ L'opportunisme étant défini de la façon suivante : « *Politique qui consiste à tirer parti des circonstances, à les utiliser au mieux, en transigeant, au besoin, avec les principes* ».⁵⁶⁰ La différence entre ces deux notions est importante car la seconde présente une connotation négative par rapport à la première.

Nous avons étudié précédemment que la notion d'efficacité s'entendait comme « *la pertinence du moyen choisi par le législateur pour atteindre un objectif visé* »⁵⁶¹. La définition d'opportunité que nous retiendrons pour la suite de ce travail se rapproche de cette définition d'efficacité. L'opportunité s'entend comme la pertinence du moyen choisi par le législateur par rapport à son contexte.⁵⁶² C'est donc le contexte dans lequel l'article 344, CIR (1992) et la transposition d'Atad par la loi du 25 décembre 2017 ont été adoptés qui nous permettront d'établir si le législateur belge a pris des mesures opportunes ou non.

⁵⁵⁷ Le nouveau Petit Robert de la langue française, édition 2009, p. 1748.

⁵⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁵⁹ *Ibid.*

⁵⁶⁰ Le nouveau Petit Robert de la langue française, édition 2009, p. 1748. C'est nous qui soulignons.

⁵⁶¹ R. BETTINI, *Efficacité*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. Arnaud et al. (dir.), Paris, LGDJ, 1993, p. 220.

⁵⁶² Nous avons ici repris la même base que la définition d'efficacité et l'avons adaptée à la définition usuelle d'opportunité.

Section 2. Opportunité du contenu des règles anti-évasion

Dans cette section nous analyserons dans un premier temps l'article 344 CIR (1992) sous le prisme de la notion d'opportunité (sous-section 1) avant de faire la même chose pour les dispositions d'Atad transposées par la loi du 25 décembre 2017 (sous-section 2).

Sous-section 1. Article 344 CIR

Nous avons déjà expliqué dans la première partie de notre travail que l'article 344 CIR (1992) avait été adopté pour résorber certaines lacunes laissées par les mesures anti-abus spécifiques dans la législation anti-évitement. La question que nous nous posons maintenant est différente. Nous nous demandons pourquoi l'article 344 a été rédigé de cette manière.

La fiscalité relève de l'ordre du juridique mais génère des activités économiques. Fiscalité et économie sont donc pieds et poings liés. Si on compare le droit fiscal des États membres, on peut constater que certains États ont une plus grande propension à faire une lecture purement juridique de la fiscalité tandis que d'autres en font une lecture plus économique. Il y a donc un certain clivage qui correspond aux différences entre les systèmes de droit continental et les pays de *Common law*.

La Belgique est un pays de tradition civiliste dont les dispositions du code en matière d'impôt des sociétés ont déjà bien vécu. Certains rétorqueront à cela que l'Isoc belge est basé sur le droit comptable qui a une connotation plus économique. Certes, il est vrai que l'Isoc est basé sur le droit comptable mais ce dernier s'appuie sur le principe de prudence contrairement aux normes IFRS basées sur le principe de juste valeur. La Belgique est donc un pays qui privilégie le juridique à l'économique dans sa lecture de la fiscalité. Cette lecture concorde bien avec son approche « *form over substance* » plutôt que « *substance over form* » des textes fiscaux, cette dernière approche correspondant pourtant mieux à la lecture qu'on devrait en faire, puisque la fiscalité est intrinsèquement liée au domaine économique.

L'article 344 CIR (1992) a été rédigé dans cette optique-là. Le législateur belge cherchait à viser par cette disposition quelque chose de proche de la simulation mais qui n'en était pas une. On pourrait parler de « simulation légère ». Il a donc rédigé cette disposition en visant cet objectif au travers d'une logique juridique. Cependant l'article 344 est une porte légèrement ouverte par le législateur belge qui privilégie cette fois-ci la substance à la forme. On peut en effet lire, à travers les lignes, que la validité juridique d'un acte est remise en cause dans certaines situations par sa « validité économique ».

C'est donc ce décalage en Belgique entre, d'une part, cette lecture juridique de la fiscalité et, d'autre part, cette lecture économique qui a fait que nous avons adopté une disposition rédigée de la manière dont l'article 344 CIR l'est. On peut donc déduire, *a contrario*, que la Belgique n'aurait jamais eu besoin de cette disposition si elle n'avait pas tant cette propension pour le juridique.

On peut donc raisonnablement dire que la Belgique n'a pas été opportune dans le sens où elle n'a pas choisi la disposition la plus pertinente au vu de son contexte mais qu'elle a par contre posé un choix logique par rapport à ses traditions civilistes.

Sous-section 2. Loi du 25 décembre 2017

La loi du 25 décembre 2017 s'inscrit dans la lignée de l'obligation de transposition de la directive Atad par les États membres. Nous avons déjà vu précédemment que la Belgique était dans l'obligation de procéder à cette transposition. Nous avons également déterminé que la notion d'opportunité s'entendait par la pertinence du moyen choisi par le législateur pour arriver à son objectif par rapport à son contexte. Or, nous venons juste de rappeler que la transposition par la Belgique découlait d'une obligation de l'Union. Il est donc intéressant de remonter à l'échelon de l'Union pour déterminer le contexte dans lequel Atad a été adopté.

Avant l'adoption de la directive Atad, il y avait d'énormes disparités entre les législations anti-évasion des différents États membres. Certains États, comme l'Allemagne⁵⁶³ par exemple, avaient une longue tradition de règles visant à lutter, dans des situations transfrontalières, contre l'érosion de l'assiette fiscale nationale par leurs contribuables. D'autres États, comme le Royaume-Uni, fonctionnaient plutôt par le biais de doctrines développées par des juges dans des situations nationales mais qui pouvaient être également appliquées dans des situations transfrontalières.⁵⁶⁴ Enfin, des États comme la Belgique par exemple, n'avaient pas ou peu de règles qui sont aujourd'hui couvertes par la directive Atad.

La directive avait donc des « prédécesseurs » dans les législations de certains États membres. Certaines de ces règles ont d'ailleurs été condamnées par la jurisprudence de la Cour de Justice pour entrave aux libertés fondamentales.⁵⁶⁵ Des règles fortement similaires ont ensuite été

⁵⁶³Le Foreign Tax Act introduisait déjà dès 1972 des règles sur les SEC, l'imposition à la sortie et les prix de transfert.

⁵⁶⁴ On pense notamment à la doctrine « Ramsay ». Voy. à ce sujet., <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/employment-income-manual/eim12010>, consulté le 30 juin 2018.

⁵⁶⁵ Voy. par exemple concernant les règles CFC., C.J.C.E., 12 septembre 2006 (Cadbury Schweppes plc et Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue), C-196/04, 2006, I, 07995.

rendues obligatoires par le détour d'une directive européenne. L'historique de la directive Atadest donc quelque peu étrange. Il est par ailleurs également intéressant de noter la comparaison jurisprudentielle, en termes de sévérité, entre la fiscalité directe et la fiscalité indirecte, établie par l'avocat général J. KOKOTT.⁵⁶⁶ Les règles nationales anti-évasion seront donc traitées avec une plus grande circonspection, au regard des grands principes de droit européen en matière de fiscalité directe qu'en matière de fiscalité indirecte. Ceci s'explique par le fait que la législation en matière de fiscalité indirecte (principalement en matière de TVA) est beaucoup plus harmonisée mais également par le fait qu'elle a un impact direct sur l'enveloppe financière de l'Union.⁵⁶⁷

On peut également se douter, en se basant sur la complexité de la notion même d'évasion fiscale⁵⁶⁸, que celle-ci devait, et est d'ailleurs certainement encore au jour d'aujourd'hui⁵⁶⁹, appréhendée de façon différente par les États membres. Et, si elle est perçue de manière différente, il est également possible que des divergences en termes de légitimité soient présentes dans les esprits des législateurs : pour certains il faut la combattre et pour d'autres, non.

Les nombreuses possibilités de dérogations contenues dans la directive et son historique particulier ne changent pourtant rien au fait qu'elle constitue une avancée considérable dans la lutte contre l'évasion fiscale. L'objectif visé par le législateur européen était en effet de créer un cadre normatif minimum commun pour lutter contre l'évasion fiscale. Cet objectif a entretemps été réalisé. Il est cependant évident qu'il faudra certainement plusieurs années pour que toutes les dispositions soient transposées⁵⁷⁰ et de nombreux arrêts interprétatifs de la part de la Cour de Justice seront nécessaires pour uniformiser les principes contenus dans la directive.

Dans ce contexte particulier qui a mené à l'adoption de la directive et au vu de la jurisprudence stricte de la Cour en la matière, on peut plus facilement comprendre pourquoi la Belgique s'en est tenue à une transposition minimale. Agir autrement pourrait en effet s'attirer les foudres de la Cour de Justice.

⁵⁶⁶ C.J., conclusions de l'Avocat Général M. J. KOKOTT, 1 mars 2018 (Skatteministeriet c. Y DenmarkAps), C-117/16, affaire pendante.

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ Voy. *supra* p. 19.

⁵⁶⁹ La notion d'évasion fiscale n'étant pas définie dans la directive.

⁵⁷⁰ Nous avons en effet vu que la directive prévoyait différentes dates de transposition.

Elle n'est d'ailleurs pas la seule à agir de la sorte. D'autres États, comme par exemple nos voisins du Luxembourg s'en sont également tenus à une transposition minimale.⁵⁷¹ La Belgique n'allait donc logiquement pas faire une transposition stricte de la directive puisqu'en procédant de la sorte, elle se positionnerait comme moins attractive par rapport à d'autres États membres qui en font une transposition souple.

On peut donc dire que la Belgique a pris des mesures opportunes par la loi du 25 décembre 2017. C'est, en effet, une décision qui apparaît comme logique et pertinente, lorsqu'on analyse plus en détails le contexte dans lequel cela s'est produit, et qui ne s'entend donc nullement dans un sens péjoratif.

⁵⁷¹ X., « ATAD 1 – Luxembourg draft Bill for implementation reveals choices made by Luxembourg Government », *PwC*, 2018.

CONCLUSION

La lutte contre l'évasion fiscale est devenue depuis quelques années l'un des plus gros chantiers du droit fiscal international. Poussées par l'opinion publique et inquiètes face au constat que celui-ci soit devenu inadapté aux nouveaux défis liés à l'internationalisation du commerce, les instances internationales et européennes se sont décidées à agir. En effet, il était souhaitable pour la pérennité du droit fiscal international que la lutte contre l'évasion fiscale soit harmonisée. Cependant, et bien que cela surprenne peu vu la complexité de la notion, on ne retrouve aucune trace d'harmonisation de l'objet de leur lutte, à savoir la notion d'évasion fiscale elle-même. Ce constat est d'ailleurs également valable en Belgique, ce qui a été le point de vue sous lequel nos recherches se sont axées.

Nous avons donc commencé notre cheminement par la construction de notre propre définition de la notion d'évasion fiscale. Nous avons choisi de procéder pour ce faire en deux étapes.

Dans un premier temps, nous nous sommes appuyés sur les grands principes du droit fiscal belge ainsi que sur des notions satellites à l'évasion fiscale. Sur base de ces analyses, nous avons fait le choix, parmi les définitions existantes en doctrine belge, de retenir celle du professeur D. GARABEDIAN :

« L'évasion fiscale est le fait d'échapper à l'impôt par des procédés ou des manipulations non réprimées par la loi ».

Dans un second temps, une analyse plus poussée de textes juridiques – choisis préalablement en fonction de leur pertinence par rapport à notre question de recherche – sur trois niveaux (international, européen et belge) nous a permis d'ajouter certains éléments à cette définition. En effet, nous nous sommes d'abord rendu compte que l'évasion fiscale présentait, dans la grande majorité des cas, un élément d'extranéité. C'est d'ailleurs la principale raison sous-jacente à l'adoption de la directive Atad par l'Union européenne. Harmoniser les règles anti-évasion au niveau européen permettait effectivement de mettre un frein aux tentatives des contribuables d'exploiter les différences entre les systèmes fiscaux nationaux. Outre cet élément d'extranéité, nous avons pu nous rendre compte que l'opinion publique avait joué un rôle prépondérant dans l'adoption de textes anti-évasion. Preuve en est d'ailleurs la vitesse à laquelle les textes européens ont été adoptés ces dernières années dans un domaine qui requiert, nous le rappelons, l'unanimité. Si l'évasion fiscale n'est légalement pas répréhensible, elle l'est par

contre par la morale et la pensée – pas toujours objective envers certaines grandes entreprises – de l'injustice qu'elle engendre. Nous avons donc également décidé d'ajouter cette dimension à notre définition de l'évasion fiscale que nous avons tenté de reformuler comme suit :

« L'évasion fiscale est le fait d'échapper à l'impôt par des procédés ou des manipulations non réprimées par la loi, mais plutôt par l'opinion publique, et exploitant les disparités entre des systèmes fiscaux différents ».

Sur base de cette définition et de l'analyse des différents textes juridiques, nous avons été en mesure de nous poser les questions suivantes : 1) Quels sont les impacts budgétaires de cette lutte pour les multinationales ? et 2) Une coexistence entre l'efficacité et l'opportunité dans la lutte contre l'évasion fiscale est-elle envisageable dans l'action du législateur belge ?

L'impact des nouvelles mesures anti-évasion – entendez celles de la directive Atad – est difficilement mesurable aujourd'hui. En effet, les dispositions ne seront pour la plupart applicables qu'à partir du 1^{er} janvier 2019. C'est la raison pour laquelle nous prôtons un comportement préventif de la part des multinationales. Les coûts engendrés par ces nouvelles règles anti-évasion se mesureront donc principalement en coûts de recommandations d'avocats ou de conseillers fiscaux ainsi qu'en coûts liés à l'exécution de formalités administratives.

La mise en œuvre timide de la directive Atad en droit belge – dont les dispositions ne sont pas du tout prêtes à l'emploi – requiert assurément d'adopter un tel comportement en attendant une vague certaine d'arrêts interprétatifs de la directive, nécessaires à plus de clarté. Nous pensons que les multinationales doivent suivre de près sa transposition dans les pays européens dans lesquels elles sont actives et envisager différents scénarios possibles d'application. En étant préparées au « *worst case scenario* » et en ayant toujours des réponses préparées pour se justifier auprès de l'administration, elles minimiseront les risques de litiges et de mauvaises surprises en cas d'une interprétation des textes contraire à celle qu'elles en avaient faites. Car en effet, selon l'adage, il vaut mieux prévenir que guérir.

Concernant la coexistence de l'efficacité et de l'opportunité dans l'action du législateur, nous avons à nouveau procédé en deux temps.

Le volet 'efficacité' nous a permis de nous rendre compte de deux choses. Premièrement, l'analyse de l'article 344 CIR a démontré qu'un pays comme la Belgique pouvait être efficace dans la lutte contre l'évasion fiscale lorsqu'il le désirait. En effet, nous avons établi que le grand

effet préventif de l'article 344 CIR expliquait sa faible utilisation et prouvait dès lors son efficacité. Deuxièmement, l'examen de la loi du 25 décembre 2017, transposant en partie la directive Atad, a prouvé que le contraire était également vrai. La Belgique peut décider de ne pas être efficace. Et, effectivement, à l'étude des textes juridiques, nous nous sommes rendu compte que la transposition belge de la directive Atad s'en tenait majoritairement au strict minimum et restait dans les lignes tracées par le législateur européen, sans ambition supplémentaire.

Le volet 'opportunité' nous a permis de saisir le contexte dans lequel l'article 344 CIR et la loi transposant la directive Atad avaient été adoptés et de mieux comprendre les agissements du législateur belge dans la lutte contre l'évasion fiscale. Les travaux BEPS inspirés majoritairement par les pays de tradition anglo-saxonne, ont été traduits au niveau européen par Atad. Ces tendances internationales continentales ont engendré une poussée de l'approche « *substance over form* » dans un pays comme la Belgique qui traditionnellement, privilégie plutôt l'approche « *form over substance* ». C'est donc un raisonnement plus économique qui prend le pas sur le raisonnement juridique dans un pays de tradition civiliste. Outre ces nouvelles tendances qui doivent être intégrées dans notre code fiscal belge, nous avons évalué que l'historique d'Atad était quelque peu particulier. Bien que nous n'ayons pas remis ses bienfaits en cause, il est certain qu'il faudra encore plusieurs années avant que ce nouveau système soit pleinement efficace.

La réaction prudente de la Belgique se justifie donc pleinement dans un contexte si particulier. En effet, en plus de devoir intégrer ces nouvelles tendances, elle doit faire en sorte de conserver un niveau minimum d'attractivité au sein de l'Union pour ne pas détourner les investisseurs étrangers de son territoire.

Nous sommes bien conscients de l'étendue de notre question de recherche et ne prétendons nullement en avoir couvert toutes les facettes. Un point qui devra par exemple être éclairci et qui pourrait potentiellement poser problème est celui du champ d'application de la directive Atad. En effet, celle-ci ne s'applique qu'aux contribuables européens, redevables de l'impôt des sociétés ou d'un impôt équivalent et ne couvre pas toutes les mesures contenues dans les travaux BEPS. Par ailleurs, la matière devrait rapidement évoluer dans le temps. En effet, l'adoption d'un nouveau texte fiscal au niveau européen entraîne souvent une période d'incertitude et de panique dans la tête du contribuable. Il va également de pair avec un réflexe préliminaire critique de ses failles potentielles de la part des universitaires et des conseillers fiscaux. Mais,

après la pluie vient le beau temps, et cette période finira par s'estomper sous les coups de boutoir nécessaires de la Cour de Justice pour harmoniser ou préciser un texte aux principes complexes. La même question pourrait donc être posée dans cinq ans et le résultat obtenu serait probablement totalement différent.

D'autre part, notre réflexion a bien évidemment engendré d'autres questions auxquelles nous n'avons pas pu répondre mais qui mériteraient amplement de faire l'objet de recherches plus approfondies. Nous pensons notamment à l'impact de la directive Atad sur les investisseurs étrangers – hors Europe : *comment les limites existantes d'Atad seront traitées ?* ou encore, à l'adaptation des pays en développement au renouvellement du droit fiscal international par rapport à leurs standards anti-évasion nettement moins ancrés qu'en Europe : *quel est la place des pays en développement dans la lutte contre l'évasion fiscale ?*

Les limites de notre recherche démontrent en tout cas que le problème de l'évasion est et restera un des grands enjeux de la fiscalité de demain et, vu l'essor législatif de ces dernières années en la matière, il est évident que le chantier reste ouvert et que les différents législateurs ne sont pas prêts de poser leur plume.

Interview de Madame Hilde WAMPERS, Présidente de la Commission fiscale de la Fédération des entreprises de Belgique et Head of Tax

VRAAG n° 1: Wat houdt de functie van Tax director in?

The role of tax director encompasses many responsibilities:

Towards the senior leadership of the company and towards the Board and its subcommittees, the tax director is accountable for developing and delivering the tax strategy and the annual tax objectives and for establishing and maintaining a tax control framework evidencing the delivery of the tax strategy. In his/her communication to the senior leadership and the Board and its subcommittees, the tax director builds a broad tax awareness and sets the (tax) tone at the top.

Towards (tax) authorities, industry bodies, chambers of commerce, relevant international bodies (OECD, EU), peers and key advisors, the tax director represents the company relative to tax matters, seeks to develop a constructive dialogue and regularly provides input relative to legislative initiatives in order to shape future tax legislation in the best interest of the company.

As the head of the in-house tax function, the tax director :

- is accountable for the communication of the company's strategy and objectives, the tax strategy and (annual) tax objectives and the tax control framework to the members of the tax function and ensuring alignment.*
- is accountable for appropriately staffing the tax function, both in terms of quantity (FTE) and quality (experience & competence) to enable delivery of the tax strategy and the tax objectives.*
- is accountable for establishing clear roles & responsibilities within the tax function and assigning projects accordingly.*
- is responsible for coaching and performance monitoring of the members of the tax function.*
- is accountable for the tax function budget.*

- *develops and maintains a broad network of external tax advisors and is accountable for setting clear guidelines regarding the use of external advisors (vendor management)*

VRAAG n° 2: Komt U soms voor het geval dat U een bepaalde planning niet kunt overwegen in uw multinationalbedrijf wegens regels tegen directe belastingontwijking? Op welke manier reageert U als dit geval voorkomt?

As a matter of principle, the company ensures that all of its tax positions can more likely than not be sustained if challenged by the tax authorities. Such assessment of the likelihood of success of a tax position is based exclusively on the technical merit of the position and does not take into account the absence of a tax audit or the likelihood of non-detection of relevant facts during a tax audit. In other words: when assessing the likelihood of success of a tax position, the company assumes that the tax position will be audited and that the tax auditor will have access to all relevant facts relative to the tax position. As the company wants to comply not only with the letter but also with the “spirit” of the law, said assessment of the likelihood of success also takes into account the impact of any anti-abuse standards that may apply.

The same principles are applied when exploring and assessing tax planning opportunities. Tax planning opportunities that do not pass the above assessment are not further considered.

VRAAG n° 3: Kent U de nieuwe regel Atad van de Europese Unie? Indien ja, weet U welke impact de implementatie van deze regel in het Belgische rechtsstelsel zal hebben op uw bedrijf?

Yes. The company has been monitoring the potential impact of ATAD and its Belgian implementation as soon as the initial drafts became available and such monitoring is now an integral part of the group’s strategic 3y ETR forecasting process. The company does not anticipate a material impact. Impact of ATAD is furthermore considered when reviewing business restructuring proposals.

VRAAG n° 4: Kent U de financiële en/of juridische impact van algemene of specifieke regels tegen belastingontwijking op uw bedrijf zoals het artikel 344 van het wetboek inkomstenbelastingen of artikel 54 van hetzelfde wetboek?

See second question. As a matter of principle, the company will not pursue tax opportunities that can not more likely than not be sustained based on their technical merits. Our assessment of the likelihood of success takes into account the impact of any anti-abuse standards that may apply.

When assessing Belgian tax opportunities, the group will assess the likelihood of the tax opportunity being successfully challenged under article 344 and article 54. If the likelihood of a successful challenge under article 344 or 54 is 50% or higher, the group will not further pursue the tax opportunity.

VRAAG n° 5: Als de vraag van mijn thesis aan U gericht zou zijn, wat zou Uw opinie zijn? Wat is de prijs die de Belgische Staat bereid is te betalen voor het voorkomen van belastingontwijking?

Het voorkomen van belastingontwijking of het verbeteren van de compliance hangt samen met de perceptie van een ‘aanvaardbaar’ belastingsysteem. Als de tarieven disproportioneel zijn in België tav de ons omringende landen of een Europees gemiddelde als benchmark, zal het ontwijkingsgedrag groter blijven. De inspanningen die de Belgische Staat daar terecht heeft gedaan mbt recente hervormingen (taks shift en hervorming vennootschapsbelasting) gaan daarbij in de goede richting.

VRAAG n° 6: Wat denkt U van een universele belasting op bedrijfsinkomsten?

Dat het nog niet voor morgen zal zijn. Een hervorming van de principes van een winstbelasting ingebed in een internationaal kader is een inspanning van lange duur.

VRAAG n° 7: Een groot deel van de publicaties die ik gelezen heb, vooral van de Big Four, voorspellen dat de hervorming niet alleen de taks branche van de bedrijven zal geraken maar ook andere branches en dus een "ripple effect" zal hebben. Bent U het daar mee eens?

De aanzienlijke verhoging van transparantieplichtingen, waarvan ik niet overtuigd ben van de effectiviteit, zullen inderdaad leiden tot een verhoging van de compliance kost en effort die verdeeld zal worden over de gehele organisatie. Zoals reeds gesuggereerd hiervoor, ben ik echter niet overtuigd dat dit zal leiden tot een effectievere inning van belastingen. Integendeel misschien wel. De complexiteit van een organisatie en de

noodzakelijke toelichting van de context van transacties kan niet gebeuren in tabellen of spreadsheets. Deze zullen dus leiden tot veel bijkomende vragen van belastingadministraties en hoogstwaarschijnlijk tot posities van verschillende landen tegen elkaar die niet verzoenbaar zijn. Arbitrageprocedures zullen toenemen en veel tijd en effort zal gaan naar het oplossen van internationale tegenstrijdige posities.

Ik ben meer een voorstander van 'upfront' zekerheid creëren en het afsluiten van rulings om posities vast te leggen of in 'cooperative compliance' gesprekken treden om onnodige geschillen te vermijden. Dit vraagt echter grote inspanningen en brengt hoge kosten met zich mee om de nodige geruststelling te kunnen bieden aan de belastingambtenaar terwijl het voor de belastingplichtige niet steeds de vereiste zekerheid met zich meebrengt.

VRAAG n° 8: De Belgische Staat is een belangrijke aandeelhouder in uw bedrijf, denkt U dat dit zorgt voor een groter compliance ? En speelt de reputatie van uw bedrijf ook veel ?

Als taks director dien je de 'risk appetite' van je onderneming tav belastingoptimalisatie vast te leggen in je taks policy en te laten goedkeuren door de Raad van Bestuur. De samenstelling van de Raad van Bestuur kan dus mogelijks die discussie beïnvloeden; alhoewel ik betwijfel dat de positie van andere BEL20 ondernemingen anders zou zijn dan de onze. Wat natuurlijk wel specifiek is voor ons bedrijf, zoals voor BPost is dat we eveneens verslag uitbrengen aan het parlement.

Als richtlijn ben ik er altijd van uitgegaan dat het fiscaal departement een business enabler is en niet andersom. Belastingontduiking is altijd uit den boze geweest, belastingontwijking is spelen op de grenzen van het juridisch kader wat nu met BEPS en ATAD en DAC6 (meldingsplicht van agressieve structuren) aan banden gelegd is en voor ons ook steeds uit den boze geweest is, terwijl ik belastingplanning, gedreven door en verantwoord met business transacties, (nog steeds) als mijn taak zie. De reputatie van het bedrijf speelt hierin een zeer belangrijke rol inderdaad, net zoals dat voor vele andere grote bedrijven het geval zal zijn.

Ik stel echter wel vast dat de competitiviteit van de Belgische ondernemingen, met nog steeds een hoge belastingdruk evoluerend naar 25%, met weinig mogelijkheden tot het verminderen van deze belastingdruk, erg onder druk blijft staan. En dat is hetgeen me het meest zorgen

baart. Ik zou graag een economisch gezond België achterlaten voor mijn kinderen, met een investering stimulerend en constructief fiscaal beleid, en daar ben ik voorlopig nog niet gerust in. De Belgische Staat en de bedrijven dienen zich te concentreren op een herstel van vertrouwen en maatregelen te vermijden die dit in de weg staan.

BIBLIOGRAPHIE

I. Législation

a. Législation européenne

- Traité instituant la Communauté économique européenne, signé à Rome le 25 mars 1957, approuvé par la loi du 2 décembre 1957, art. 5, §3, *M.B.*, 25 décembre 1957, p. 9180.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), signé à Rome le 25 mars 1957, approuvé par la loi du 2 décembre 1957, *M.B.*, 25 décembre 1957, p. 9180, art. 3, §1^{er}, b) ; art. 107 ; art. 114 ; art. 115.
- Prot. n°1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 20 mars 1952, approuvé par la loi du 13 mai 1955, art. 1^{er}, *M.B.*, 18 août 1985, p. 5028.
- Résolution du Parlement européen du 19 avril 2012 sur l'appel visant à trouver des moyens concrets de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, P7_TA(2012)0137, 7 septembre 2013.
- Résolution du Conseil du 10 février 1975 relative aux mesures à prendre par la Communauté dans le domaine de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale internationales, *J.O.C.E.*, C 035, du 14 février 1975.
- Résolution du Parlement européen du 21 mai 2013 sur la lutte contre la fraude fiscale, l'évasion fiscale et les paradis fiscaux, P7_TA(2013)0205, 12 février 2016.
- Directive (UE) 2009/133 du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre, *J.O.U.E.*, L 310, 25 novembre 2009.
- Directive (UE) 2011/96 du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, *J.O.U.E.*, L 345, 29 décembre 2011, art. 1^{er} ; art 4 ; art. 5.
- Directive (UE) n° 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, du 19 juillet 2016, considérant n° 3 et 10 ; art. 3 ; art. 7 ; art. 8, §§ 5 et 6 ; art. 11, §§ 5 et 7.

- Directive (UE) n° 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir les pays tiers, *J.O.U.E.*, L 144, du 7 juin 2017.
- Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, *J.O.U.E.*, L 198, du 28 juillet 2017.
- Décision de la Commission européenne relative au régime d'aides d'Etat concernant l'exonération des bénéfices excédentaires, C (2015) 9837 final.
- Proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS), *C.O.M.* (2011) 121 final.
- Proposition de directive du Conseil du 28 janvier 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, *C.O.M.*, (2016), 026 final.
- Proposition de directive du Conseil modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents.
- Proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés (ACCIS), *C.O.M.* (2016) 683 final.
- Proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune pour l'impôt des sociétés, *C.O.M.* (2016) 685 final.
- Proposition de directive du Conseil modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir les pays tiers, *C.O.M.* (2016) 687 final.
- Proposition de directive du Conseil concernant le système commun de taxe sur les services numériques applicables aux produits tirés de la fourniture de certains services numériques, *C.O.M.* (2018) 148 final.

- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen et au Comité économique et social européen, Un marché intérieur sans obstacles liés à la fiscalité des entreprises: réalisations, initiatives en cours et défis restants, *C.O.M. (2003) 726 final*.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee - Tax and Development Cooperating with Developing Countries on Promoting Good Governance in Tax Matters, *C.O.M. (2010) 163 final*.
- Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil sur les moyens concrets de renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, y compris en ce qui concerne les pays tiers, *C.O.M. (2012) 0351 final*.
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : plan d'action pour renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale, *C.O.M. (2012) 722 final*.
- Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil sur la transparence fiscale pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, *C.O.M. (2015) 136 final*.
- Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil pour un système d'imposition des sociétés juste et efficace au sein de l'Union européenne, *C.O.M. (2015) 302 final*.
- Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil et au Conseil, Paquet de mesures contre l'évasion fiscale: prochaines étapes pour assurer une imposition effective et davantage de transparence fiscale dans l'Union européenne, *C.O.M. (2016) 23 final*.
- Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil, Communication sur d'autres mesures visant à renforcer la transparence et la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, *C.O.M. (2016) 451 final*.
- Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil pour la mise en place d'un système d'imposition des sociétés équitable, compétitif et stable dans l'Union européenne, *C.O.M. (2016) 682 final*.

- Communication de la commission au parlement européen, au conseil européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions un budget moderne pour une union qui protège, qui donne les moyens d'agir et qui défend cadre financier pluriannuel 2021-2027, *C.O.M.* (2018) 321 final.
- Commission Staff working document accompanying the document proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries, *S.W.D.* (2016) 345 final.

b. Législation belge

- Code des impôts sur les revenus du 10 avril 1992, *M.B.*, 30 juillet 1992, p. 17120 ; art. 192 ; art. 205bis à novies ; 340 ; 344 ; 198/1, §3 al 1^{er} nouveau : 198, §1, 11^o ; 185/2, §1^{er}.
- Loi du 27 juillet 1953 portant approbation et réglementation de la Convention entre la Belgique et les Etats-Unis d'Amérique, pour éviter la double imposition et empêcher l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu, signée à Washington, le 28 octobre 1948 et de la Convention complémentaire, signée à Washington, le 9 septembre 1952, *M.B.*, 17 septembre 1953, p. 5718
- Loi du 7 janvier 1954 portant approbation et réglementation de la Convention entre la Belgique et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, en vue d'éviter la double imposition et l'évasion fiscale en ce qui concerne les impôts sur les revenus, signée à Londres le 27 mars 1953, *M.B.*, 20 mars 1954, p. 2081.
- A.R. du 28 octobre 2016 fixant le modèle de formulaire tel que visé à l'article 312/2, paragraphe 5, du Code des impôts sur les revenus 1992, *M.B.*, 2 décembre 2016, p. 79416.
- Projet de loi portant des dispositions fiscales et financières, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-1993, n° 762-1.
- Projet de Loi-programme, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n°53-2081/001.
- Projet de loi portant réforme à l'impôt des sociétés, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3147/001.

- Proposition de loi portant réforme à l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, Ch, sess. ord. 2017-2018, n°54-2864/001.
- Enquête parlementaire du 7 mai 2009 sur les grands dossiers de fraude fiscale, Rapport fait au nom de la Commission d'enquête par MM. J.-M. Nollet, R. Terwingen et A. Mathot, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008/2009, n° 52-0034/004.

II. Jurisprudence

- C.J.C.E., 17 juillet 1997 (A. Leur-Bloem c. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2), C- 28/95, *Rec. C.J.C.E.*, 1997, I, p. 04161.
- C.J.C.E., 5 octobre 2000, (République Fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne), C-376/98, *Rec. C.J.C.E.*, 2000, I, p. 08419.
- C.J.C.E., 12 décembre 2002, (Lankhorst-Hohorst GmbH c. Finanzamt Steinfurt), C-324/00, *Rec. C.J.C.E.*, 2002, I, p. 11779.
- C.J.C.E., 22 juin 2006 (Royaume de Belgique (C-182/03) et Forum 187 ASBL (C-217/03) c. Commission des Communautés européennes), C-182/03, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, I, 05479.
- C.J.C.E., 12 septembre 2006 (Cadbury Schweppes plc et Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue), C-196/04, 2006, I, 07995.
- C.J., 29 novembre 2011 (National Grid Indus BV c. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam), C-371/10, *J.O.U.E.*, 2011, I, p. 12273.
- C.J., conclusions de l'Avocat Général M. J. KOKOTT, 1 mars 2018 (Skatteministeriet c. Y Denmark Aps), C-117/16, affaire pendante.
- Cass., 17 janvier 1924, *Rec. Gén. Enr. Not.*, n° 16065, p. 46 et note E. Genin
- Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 704.
- Cass., 6 juin 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 1082 ; Cass., 22 mars 1990, *Pas.*, I, p. 853.
- Cass., 13 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 910 ;
- C. const., 13 octobre 1989, n°23/99, *Rev. rég. dr.*, 1989, p. 611, note X. Delgrange.

- C. const., 14 décembre 1994, n°89/94, *M.B.*, 28 décembre 1994, p. 32119, B.5.1.
- C. const., 17 octobre 2007, pt. B.3., n° 131/2007, *F.J.F.*, n° 2010/212, *R.G.C.F.*, 2008, n°3, p. 274 et *T.F.R.*, 2008, n° 338, p. 309.
- C. const, 13 mars 2008, n° 54/2008, n° B.12, *F.J.F.*, 2009, liv. 6, p. 583, *Rev. Dr. Ulg*, 2008, liv. 4, p. 525, *R.G.C.F.*, 2009 (sommaire), liv. 2, p. 170.

III. Doctrine

- AFSCHRIFT T., *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Bruxelles, Larcier, 2003, 2^e éd..
- AFSCHRIFT T., *L'abus fiscal*, Bruxelles, Larcier, 2013.
- AMSELEK P., *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964.
- AUJEAN M., « La politique fiscale européenne. Entre harmonisation, coordination et coopération renforcée », *Regards croisés sur l'économie*, 2007/1 (n°1), pp. 238-249.
- AULT H. J. et ARNOLD B. J., « Protecting the tax base of developing countries : an overview », in *United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing countries*, A. Trepelkov et al. (dir.), New York, United Nations, 2^e éd., 2015, pp. 1-45.
- AUTENNE J. et DUPONT M., « L'évitement de l'impôt et sa licéité », *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp.41-97.
- BARNES P. A., « Limiting interest deductions », in *United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing countries*, A. Trepelkov et al. (dir.), New York, United Nations, 2015, pp. 155-186.
- BETTINI R., « Efficacité », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J Arnaud et al. (dir.), Paris, LGDJ, 1993, p. 220.
- BHOGAL S. et SANSON K., « EU CCCTB : The Potential Successes and Challenges », *International tax review*, n° 13, Décembre/Janvier 2017, pp. 13-15.

- BONGAERTS P. et IJZERMAN I., « The Final European Anti-Tax-Avoidance Directive : impact to EU jurisdictions », *Bird & Bird*, 2 septembre 2016.
- BOONE P., « Multinationals receive OECD recommendations on BEPS proposals for G20 and wider take-up », *PwC Belgium*, 7 octobre 2015, <https://news.pwc.be>.
- BOURGEOIS M. et TRAVERSA E., « Tax Treaties and tax avoidance : application of anti-avoidance provisions – Belgian Report», *Cahiers de droit fiscal international*, vol. 95a, Rotterdam, IFA, Kluwer, 2010, pp. 127-148.
- BOURGEOIS M. et TRAVERSA E., « XVIII. B. – Les droits constitutionnels des contribuables », in *Les droits constitutionnels en Belgique (Volume 1 et 2)*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1567-1598.
- BOURGEOIS M. et LACHAPPELLE A., « Multinationales : la lutte contre l'évasion fiscale en Europe », *J.D.E.*, 2016/8, n°232, pp. 302-310.
- BRAUNER Y. et STEWART M., « Introduction : tax, law and development », in *Tax, law and development*, Y. Brauner et M. Stewart (dir.), Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. 3-22.
- BROOKS K. et KREVER R., « The troubling role of Tax treaties », in *Tax Design Issues Worldwide*, V. Thuronyi et G. Michielse (dir.), Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2015, pp. 159-194.
- CHANNEL G., « Finding the way forward », *EY – Tax insight for business leaders*, n° 16, 2016, pp. 26-31.
- COLLON F., « Le financement des PME », in *La fiscalité des PME et de leurs dirigeants*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 7-28.
- COOPER J., FOX R., LOEPRICK J. et MOHINDRA K., *Transfer Pricing and Developing Economies - A Handbook for Policy Makers and Practitioners*, Washington, International Bank for reconstruction and development – World Bank Group, 2016.
- CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 7^e éd., 1998.
- COYLE B., *Mergers and acquisitions*, Londres, Glenlake/Fitzroy Dearborn publishers, 2000.

- DE BELVA F. et LUTS J., « The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive », IBFD, *European Taxation*, Juin 2015, pp. 223-234.
- DE BROE L., « De vervagende grens tussen belastingontduiking en belastingvermijding », in *Reflecties over de aanpak van de fiscal fraude en de rechten van de belastingsplichtige*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 34-53.
- DE BROE L., « Fraudebestrijding en charter van de belastingplichtige: noodzakelijk een paradox », *T.F.R.*, n° 379, 2010, pp. 332-349.
- DESFOSSES A.-T., « Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): analyse du projet OCDE », *R.G.C.F.*, 2016/6, pp. 455-474.
- DELRUE G., *Fraude fiscale*, Antwerpen, Malku, 2007.
- DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, tome II, 1964, n° 618.
- DOCCLO C., « L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses États membres », *T.F.R.*, n° 514, 2017, pp. 61-82.
- DOURADO A. P., « International Standards, Base Erosion and Developing Countries », in *Tax Design Issues Worldwide*, V. Thuronyi et G. Michielse (dir.), Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2015, pp. 179-194.
- DOURADO A. P., « The EU Anti Tax Avoidance Package : Moving ahead of BEPS ? », *Intertax*, Vol. 44, n° 6 et 7, 2016, Kluwer Law International, pp. 440-446.
- DUBOZ M.-L. et HOUSER M., « L'absence d'une définition précise de la notion de pays en développement à l'OMC : un handicap pour son fonctionnement », *Mondes en développement* 2013/3 (n° 163), pp. 115-130. DOI 10.3917/med.163.0115.
- DUBUT Th., « Designing Anti-Base-Erosion Rules for Developing Countries : Challenges and Solutions », in *Tax Design Issues Worldwide*, V. Thuronyi et G. Michielse (dir.), Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2015, pp. 141-155.

- ELLIFFE C., « The thickness of a prison wall – When does tax avoidance become a criminal offence ? », *New Zealand Business Law Quarterly*, vol. 17, n. 4, 27 janvier 2017, pp. 441-466.
- GARABEDIAN D., « Politique belge de prévention de l'évasion fiscale – une introduction à l'usage des non-spécialistes », in *Les paradis fiscaux et l'évasion fiscale (droit belge et international)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 195-212.
- GARABEDIAN D., « Le principe du choix licite de la voie la moins imposée – un état des lieux », in *L'évolution des principes généraux du droit fiscal*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 57-106.
- GINEVRA G., « The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan : Necessity and Adequacy of the Measures at EU level », *Intertax*, Vol. 45, n° 2, 2017, pp. 120-137.
- GUINCHARD S. et DEBARD Th. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2014, 21^e éd.
- HUYGHE A., « La déduction pour capital à risque réduite comme peau de chagrin », *Fisc. 1550*, 2018, pp. 1-3.
- JANSEN T., « Een nieuwe anti-misbruikregel naar Europees model », in *De nieuwe antimisbruikbepaling*, Mechelen, Kluwer, 2013, pp. 1-40.
- JANSSENS T. et VANMAERCKE A., *Internationaal belastingrecht toegepast*, Antwerpen, Intersentia, 2016.
- KALLOE V., « EU Tax Haven Blacklist – Is the European Union policing the Whole World ? », *European Taxation*, Février-Mars 2018, pp. 47-55.
- KIELSTRA P., « Transcending tax : how BEPS will affect the whole enterprise », *EY – Tax insight for business leaders*, n° 16, 2016, pp. 12-19.
- KIRCKPATRICK J., *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1992.
- LASCOUMES P., « Effectivité », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J Arnaud et al. (dir.), Paris, LGDJ, 1993.

- LAHRÈCHE-RÉVIL A., « L'harmonisation fiscale en Europe », in *L'économie Mondiale 2001*, Paris, La Découverte, 2000, pp. 68-79.
- LEFÈBVRE M., PERELMAN S. et PESTIAU P., « La fraude fiscale en Belgique », in *Reflets et perspectives de la vie économique*, De Boeck, 2014/1 (Tome LIII), pp. 113-122.
- LEJUSTE Th. et GOUDER DE BEAUREGARD E., « Transmission d'entreprises – Due diligence d'acquisition », in *L'acquisition d'une société – De la préparation au financement de l'opération : Aspects économiques, juridiques et fiscaux*, Limal, Anthémis, 2015, pp. 123-158.
- LEROY M., « L'évasion fiscale, une transgression de quelles normes ? », *Revue européenne et internationale de droit fiscal*, 2016, n° 4, pp. 516-528.
- LION Ph. et BLEUS E., « Implications of the Atad for Belgium », *Baker McKenzie*, 30 septembre 2016, disponible sur <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b3530385-9b55-4b13-9036-f3aff169c04a>.
- MALHERBE Ph., *Eléments de droit fiscal international*, Bruxelles, Bruylant, 2015.
- P. MALHERBE, « Les attraits fiscaux de la Belgique: chant des sirènes ou corne de brume ? », *Revue européenne et internationale de droit fiscal*, n° 2015/2, pp. 261-273.
- MEALY M., « BEPS and business – Getting back on track », *EY – Tax insight for business leaders*, n° 16, 2016, pp. 10-11.
- MILLAR B., « The Long Game », *EY – Tax insight for business leaders*, n° 16, 2016, pp. 40-43.
- MILLER A. et OATS L., *Principles of International Taxation*, West Sussex, Bloomsbury Professional, 2016, 5^e éd.
- MONIER J.-M., « La justice fiscale entre tensions et débats », *Pouvoirs Locaux : les cahiers de la décentralisation*, Institut de la décentralisation, 2012, n° 95 IV, pp. 54-58.
- MINNE P. et DOUÉNIAS S., *Planification fiscale internationale des sociétés belges*, Bruxelles, Larcier, 2004.

- MUSGRAVE P. B., « Capital Import Neutrality », in *The Encyclopedia of Taxation & Tax Policy*, Washington, The Urban Institute Press, 2005, pp. 50-51.
- NARULA R., « BEPS impacts on cross-border M&A – An Asia-Pacific view », *EY*, 2017, disponible sur [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-BEPS-impact-on-cross-border-ma/\\$FILE/ey-BEPS-impact-on-cross-border-ma.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-BEPS-impact-on-cross-border-ma/$FILE/ey-BEPS-impact-on-cross-border-ma.pdf).
- OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
- PEETERS B., « De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking ? », in *Actuele problemen van het Fiscaal Strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, pp. 25-97.
- PEETERS B. et SERRE S., « Recente initiatieven tegen belastingontwijking. Impact of multinationale ondernemingen », *T.F.R.*, 2016/18, n° 510, pp. 866-911.
- PETERS C., « Developing Countries' Reaction to the G20/OECD Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting », *Bulletin of International Taxation*, Juin-juillet 2015, pp. 375-381.
- PHILIPPE D.-E., « Anti Tax Avoidance Directive: Impact of the new interest limitation rules for Belgian companies », *Bloom Law Firm*, 2 février 2016, <http://www.bloom-law.be/en/actualiteit/nieuws/5246/anti-tax-avoidance-directive--impact-of-the-new-interest-limitation-rules-for-belgian-companies>.
- RAINGEARD DE LA BLÉTIÈRE E., « Les aides d'État fiscales : un intérêt accru de la Commission pour cette matière complexe », *Option Finance*, 16 janvier 2017.
- REMEUR C., *Planification fiscale agressive*, Service de recherche du Parlement européen, 2015, PE 556.982.
- SABBADINI P.-M., « Définition de la notion d'aide », in *Les aides d'État*, Bruxelles, Larcier, 2015.
- SÉPULCHRE V., « Le principe d'égalité devant l'impôt », in *L'évolution des principes généraux du droit fiscal*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 5-55.

- SMET P. et DE WOLF D., « De Europese Anti-Tax Avoidance Richtlijn: beperking interest aftrek », *Fiscoloog*. 1463, 2016, pp. 1-3.
- TIBERGHIE A., *Manuel de Droit Fiscal*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2017, Tome 1.
- TIBERGHIE A., *Manuel de Droit fiscal*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, 36^e éd, Tome 1
- TOOMA R. -A., *Tax Compliance and Tax Morale*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007.
- TOOMA R. -A., *Legislating Against Tax Avoidance*, Amsterdam, I.B.F.D., 2008.
- TRAVERSA E. et POSSOZ M., « L'action de l'OCDE en matière de lutte contre l'évasion fiscale internationale et d'échange de renseignements : développements récents », *R.G.C.F.*, 2015/1, pp. 5-24.
- UUSITALO L., « Efficiency, Effectiveness and Legitimation: Criteria for the Evaluation of Norms », *Ratio iuris*, vol. 2, n° 2, juillet 1989, pp. 194-201.
- VAN DEN BRINCK W., « Exchange of Information in Developing Countries », *in Tax Design Issues Worldwide*, V. Thuronyi et G. Michielse (dir.), Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2015, pp. 195-201.
- VAN DYCK J., « Nouvel article 344, # 1 : une disposition anti-abus plus 'adulte' », *Fisc. 1284.*, 2012, pp. 3-7.
- VERHULST A. et BODOH D., « Optimism for 2017 M&A activity is tempered by concerns over the impact of BEPS and increased deal scrutiny », *KPMG International*, 19 avril 2017, disponible sur <https://home.kpmg.com/xx/en/home/insights/2017/04/m-and-a-predictor-global-tax-perspective.html>.
- VLASCEANU R., « BEPS-driven implications for M&A transactions », *IBDF*, 15 avril 2016, disponible sur <https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/BEPS-driven%20implications%20for%20M&A%20transactions-%20White%20Paper.pdf>.
- VON FRENCKELL E., « National Report Belgium », *in CFC Legislation – Domestic provisions, Tax Treaties and EC Law*, M. Lang et al. (dir.), Vienne, Linde Verlag, 2004, pp. 97-124.

- WAERZEGGERS C. et HILLIER C., « Introducing a general anti-avoidance rule (GAAR) », *Tax law IMF technical note*, 31 janvier 2016, Vol. 1, pp. 1-10.
- WEAVER B. et THOMPSON J., « The BEPS ripple effect – Multinationals are reevaluating how and where they do business », *KPMG TaxWatch*, 24 mai 2017.
- WHITE J., « Q&A : European tax commissioner Pierre Moscovici talks tax avoidance and the digital single market », *International Tax Review*, 12 décembre 2017. Disponible sur <http://www.bakertillyinternational.com>.
- X., « Global Tax Reset : the changing world of tax », *Deloitte.*, 2015, disponible sur <https://www2.deloitte.com/me/en/pages/tax/articles/global-tax-reset-the-changing-world-of-tax.html>.
- X., « 10 Minutes on the OECD's BEPS project », *PricewaterhouseCoopers*, 2015, disponible sur <https://www.pwc.com/im/en/publications/assets/taxassets/pwc-10minutes-oecd-beps-global-tax-reform.pdf>.
- X., « Multinationals receive OECD recommendations on BEPS proposals for G20 and wider take-up », *Middle East BEPS bulletin*, 6 octobre 2015, disponible sur <https://www.pwc.com/m1/en/tax/documents/2015/multinationals-receive-oecd-recommendations-on-beps.pdf>, consulté le 12 juillet 2018.
- X., « Special report on BEPS – Final OECD recommendations on the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan and what they mean for you », *KPMG*, 7 octobre 2015, disponible sur <https://home.kpmg.com/be/en/home/insights/2015/09/taxnewsflash-beps-special-edition.html>
- X. , « Beneath the surface », *EY – Tax insight for business leaders*, n° 16, 2016, pp. 20-25.
- X., « Double non-taxation ? Double taxation ? "Double the trouble..." », *EY – Tax insight for business leaders*, n° 16, 2016, p. 23.
- X., « EU Anti-Tax-Avoidance Directive published : implications for corporate taxpayers in Belgium », *Allen & Overy*, 29 janvier 2016, disponible sur <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/EU-Anti-Tax-Avoidance-Directive-published-implications-for-corporate-taxpayers-in-Belgium.aspx>.

- X., « ECOFIN agrees EU wide rules in Anti-tax avoidance directive », *EY- Tax Policy bulletin*, 29 juin 2016.
- X., « Strategically managing indirect taxes in Latin America », *EY*, 2017, disponible sur [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-strategically-managing-indirect-taxes-in-latin-america/\\$FILE/EY-strategically-managing-indirect-taxes-in-latin-america.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-strategically-managing-indirect-taxes-in-latin-america/$FILE/EY-strategically-managing-indirect-taxes-in-latin-america.pdf)
- X., « ATAD 1 – Luxembourg draft Bill for implementation reveals choices made by Luxembourg Government », *PwC*, 2018, disponible sur <https://www.pwc.lu/en/tax-consulting/docs/pwc-tax-200618.pdf>.

IV. Autres documents officiels

a. Documents internationaux

- OCDE (2010), *Modèle de convention fiscale de l'OCDE, commentaires sur l'article 1*, Editions OCDE, Paris.
- OCDE (2013), Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éditions OCDE. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264203242-fr>
- OCDE (2014), *Rapport du Groupe de travail du G20 pour le développement sur l'impact du Projet BEPS dans les pays à faibles revenus (Partie 1)*, Editions OCDE, Paris.
- OCDE (2014), *Rapport du Groupe de travail du G20 pour le développement sur l'impact du Projet BEPS dans les pays à faibles revenus (Partie 2)*, Editions OCDE, Paris.
- OCDE (2015), exposé des actions, *Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Publication OCDE, <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/actions-beps.htm>.
- OECD (2015), *Final BEPS package for reform of the international tax system to tackle tax avoidance*, OECD Publishing, <http://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>.
- OCDE (2015), note de synthèse, *L'imposition des entreprises multinationales*, Publication OCDE, <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/actions-beps.htm>.

- OCDE (2015), note d'information, *Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Publication OCDE, <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/actions-beps.htm>.
- OCDE (2015), *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, p. 13. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264278035-fr>.
- OECD (2015), *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241480-en>
- OCDE (2015), *Public comments received on discussion draft on Action 3 (strengthening CFC Rules) of the BEPS Action Plan, parties 1 et 2*, Editions OCDE, Paris.
- OECD (2016), *Lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables, en prenant en compte la transparence et la substance, Action 5 – Rapports finaux 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices, Editions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264255203-fr>.
- OCDE (2017), *La mise à jour 2017 du modèle de Convention fiscale de l'OCDE*, Editions OCDE, <http://www.oecd.org/fr/ctp/conventions/mise-a-jour-2017-modele-de-convention-fiscale.pdf>.
- 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 », Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264255104-fr>.

b. Documents européens

- Annual activity report 2017 from the DG taxation and customs union, 6 juin 2018, disponible sur https://ec.europa.eu/info/publications/annual-activity-report-2017-taxation-and-customs-union_en.
- AUERBACH M., « IKEA : Flat Pack Tax Avoidance », a study commissioned by The Greens/EFA group in the European Parliament, 12 février 2016.

- Commission européenne, *Paquet de mesures contre l'évasion fiscale - Question et réponses*, Bruxelles, 28 janvier 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-160_fr.htm.
- Communiqué de presse de la Commission européenne, « Aides d'État : la Commission ouvre une enquête approfondie sur le système belge des décisions fiscales anticipées relatives aux bénéficiaires excédentaires », Bruxelles, 3 février 2015, europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4080_fr.pdf.
- Communiqué de presse de la Commission européenne, « Aides d'État : la Commission estime que le régime belge d'exonération des bénéficiaires excédentaires est illégal et ordonne la récupération d'environ 700 millions d'euros auprès de 35 multinationales », Bruxelles, 11 janvier 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-42_fr.htm.
- Communiqué de presse de la Commission européenne, « Justice fiscale : la Commission présente de nouvelles mesures contre l'évasion fiscale des entreprises », 28 janvier 2016, Bruxelles
- Communiqué de presse de la Commission européenne, « La Commission propose une grande réforme de l'impôt des sociétés dans l'Union », Strasbourg, 25 octobre 2016.
- Communiqué de presse de la Commission européenne, « Aides d'État : la Commission demande à la Belgique et à la France de mettre fin aux exemptions fiscales pour les ports », Bruxelles, 27 juillet 2017, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-2181_fr.htm.
- DG TAXUD, « Note on the Application of the "Minimum Level of Protection" », 18 mars 2016, disponible sur <https://www.asktheeu.org/fr/request/2720/response/9485/attach/6/16%2003%2018%204%20ATAD%20Minimum%20Standards.pdf>.
- PATERNOSTER D., *Politique fiscale*, Fiches techniques de l'Union européenne, février 2018. Voy. <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/92/politique-fiscale>.
- SPENGLER Ch., HECKEMEYER J. H., NUSSER H., KLAR O. et STREIK F., « The Impact of Tax Planning on Forward-Looking Effective Tax Rates », Working paper n° 64-2016 for the European Commission, Union européenne, 2015.

c. Documents belges

- Banque Nationale de Belgique, *Aspects budgétaires et macroéconomiques de la réforme de l'impôt des sociétés en Belgique*, 6 décembre 2017.
- Chambre américaine du commerce en Belgique, « Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) », disponible sur <http://www.amcham.be/policy/corporate-taxation/beps>.
- Conseil supérieur des finances, Section « Fiscalité et parafiscalité », « La Réforme de l'Impôt des sociétés : le cadre, les enjeux et les scénarios possibles », avril 2001.
- Rapport 2015 sur l'aide belge au développement – Des objectifs du millénaire aux objectifs de développement durable, CNCD, 2015, p. 9.

V. Divers

- DEMEYERE K. et LIOEN K., « La consolidation fiscale entre dans l'impôt des sociétés à partir de 2019 », *L'Echo*, 8 février 2018, <https://www.lecho.be/opinions/carte-blanche/la-consolidation-fiscale-entre-dans-l-impot-des-societes-a-partir-de-2019/9980011.html>.
- TRAVERSA E., « La directive anti-évasion fiscale et ses conséquences sur l'impôt des sociétés », conférence UCLouvain, Avocat IBFP, 6 Février 2017, http://www.biof.be/uploaded/files/201702130926510.20170206_traversa.pdf.
- VAN GEEL C., « L'Europe exclut les 'montages non authentiques' de la directive mère-filiale », <https://legalworld.wolterskluwer.be/fr/nouvelles/moniteur/l-europe-exclut-les-montages-non-authentiques-de-la-directive-mere-filiale>.
- VAN GEEL C. et MEES K., « L'Europe lutte aussi contre les dispositifs hybrides utilisant des régimes fiscaux de pays extérieurs à l'UE », <https://legalworld.wolterskluwer.be/fr/nouvelles/moniteur/l-europe-lutte-aussi-contre-les-dispositifs-hybrides-utilisant-des-regimes-fiscaux-de-pays-externiers-a-l-ue/>.
- VAN GEEL C. et MEES K., « La loi-programme 2017 organise la récupération des avantages issus du régime belge d'exonération des bénéficiaires excédentaires (art. 100-119 LP 2017) », <https://legalworld.wolterskluwer.be/fr/nouvelles/moniteur/la-loi-programme-2017-organise-la-recuperation-des-avantages-issus-du-regime-belge-d-exoneration-des-benefices-excedentaires-art-100-119-lp-2017/>.

- WALDUCK R., « What BEPS means for M&A », 26 mai 2016, disponible sur <https://economia.icaew.com/en/features/may-2016/the-beps-project-part-two>.
- X., « Voici ce que la Belgique perd chaque année à cause de l'évasion fiscale », La Libre, 28 mars 2017.
- http://www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/wesp_current/2014wesp_country_classification.pdf. (Classification des pays selon les Nations Unies).
- https://finances.belgium.be/fr/entreprises/impot_des_societes/avantages_fiscaux/deduction_interet_notionnel#q2. (Déduction des intérêts notionnels)
- <https://www.liedekerke.com//seminars/taxseminar/pdf/TaxSeminar20180118FRok.PDF>. (Diaporama sur la réforme de l'impôt des sociétés, 18 janvier 2018).
- https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/violet_1.png;
https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/violet_2.png;
https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/violet_5.png;
https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/violet_6.png. (Illustration des règles de la directive Atad).
- <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/list-oecd-member-countries.htm>. (Liste des pays membres de l'OCDE).
- <http://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>. (Liste des pays prenant part au projet BEPS)
- https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/taxation.html?locale=fr&root_default=SUM_1_CODED%3D21. (Notion de *taxation*)
- <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/employment-income-manual/eim12010>. (Principe Ramsay).
- <https://www.rsm.hu/en/blog/2018/02/real-time-invoice-data-reporting-to-everyone-about-each-invoice>. (Système de facturation en Hongrie).
- <https://taxworld.wolterskluwer.be/fr/nouvelles/en-bref/taux-de-deduction-des-interets-notionnels-pour-l-exercice-d-imposition-2019/>. (Taux de déduction des intérêts notionnels).

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

