

FISCALITE EUROPEENNE

IMPOTS DIRECTS¹

**Droit fiscal communautaire
Impôts directs**

Directives, Conventions

Jacques MALHERBE

Professeur émérite de l'Université Catholique de Louvain
Avocat au barreau de Bruxelles

2019

¹ Université de Bourgogne, Centre de Recherches fiscales, Master en droit fiscal.

Titre I INTRODUCTION

L'harmonisation des impôts directs en Europe est, hormis les directives existantes, une harmonisation négative, résultant des décisions de la Cour de justice prohibant la mise en œuvre de certaines dispositions nationales restrictives des libertés fondamentales prévues par le traité et, généralement, également discriminatoires.

Les Traités sont actuellement ceux qui résultent des Traités de Lisbonne, à savoir :

- le Traité de l'Union européenne (TUE)
- le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui remplace le Traité de la Communauté européenne (TC ou TCE).

Cette harmonisation négative, de plus en plus marquée, suppose que les juges nationaux fassent usage du mécanisme de la question préjudicielle (TFUE, art. 267).

On constatera que certains pays n'ont guère posé de questions préjudicielles en matière d'impôts directs (Espagne, Portugal, Irlande).

D'autres juges résolvent eux-mêmes les questions de droit européen, sans poser de questions préjudicielles.

L'harmonisation positive est, elle, le fruit de directives adoptées en matière fiscale à l'unanimité.

Titre II - Harmonisation positive

L'harmonisation positive de la fiscalité directe en Europe, qui s'était, en ce qui concerne les entreprises, limitée pendant longtemps à la directive mères-filiales, à la directive fusions et à la convention dite d'arbitrage sur les prix de transfert, a connu une accélération remarquable, d'abord par la modification et l'extension du champ d'application de la directive mères-filiales, ensuite par la modification et la coordination de la directive fusions, couplée au règlement sur la société européenne entré en vigueur le 8 octobre 2004, et enfin par la directive sur les paiements d'intérêts et de redevances entre sociétés associées². Des propositions de directives concernent l'assiette consolidée de l'impôt des sociétés et la taxe sur les transactions financières.

CHAPITRE I DIRECTIVE MÈRES-FILIALES ET SON EXTENSION

² Sur ces textes, cfr. B. Terra et P. Wattel, *European Tax Law*, 6^e éd., Alphen aan den Rijn, Wolters-Kluwer, 2012. M. Helminen, *EU Tax Law. Direct Taxation*, Amsterdam, IBFD, 2009 ; E. Ginter, B. Michaud et E. Chartier, *Fiscalité directe et droit communautaire*, Revue fiduciaire, Paris, 2011 ; A. Maitrot de la Motte, *Droit fiscal de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2016. L. Hinnekens, *Europese Unie en Directe Belastingen*, Gand, Larcier, 2012 ; C.H.J.I. Panayi, *European Union Corporate Tax Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013. Pour des textes multilingues, cfr. K. van Raad, éd., *Materials on International & EC Tax Law*, 2016-2017, vol. 3, International Tax Center, Leiden ; Ph. Derouin et Ph. Martin, *Droit communautaire et fiscalité*, Sélection d'arrêts et de décisions, Paris, Litec ; Schaumberg, *Englisch, Europäisches Steuerrecht*, Cologne, Otto Schmidt, 2015.

Paradoxalement, la directive mères-filiales et les autres mesures adoptées par les décisions du Conseil européen du 23 juillet 1990, la directive fusions et la convention prix de transfert, eurent pour contrepartie l'abandon de fait de l'objectif d'harmonisation des impôts directs en Europe, qui avait longtemps été un objectif de la Commission. Le Commissaire à la fiscalité, Madame Scrivener, avait reconnu, par une communication du 20 avril 1990, qu'il y avait lieu de renoncer à une telle ambition tout en se contentant de l'adoption du "paquet" comportant les trois mesures citées ci-avant³.

La directive mères-filiales devait être mise en œuvre dans tous les Etats membres avant le 1^{er} janvier 1992. Déjà à ce moment, les experts du Comité Ruding soulignaient ses insuffisances et proposaient entre autres deux modifications :

- son application à toutes les sociétés assujetties à l'impôt des sociétés, indépendamment de leur forme juridique ;
- une extension de la méthode d'imputation aux impôts payés non seulement par les filiales mais également par les sous-filiales, quel que soit leur degré⁴.

Il fallut reconnaître en 1997 que les temps n'étaient pas mûrs pour ces modifications. Il subsistait des différences insurmontables entre Etats, les uns considérant telle forme d'entreprise comme une personne morale soumise à l'impôt et les autres la considérant comme fiscalement transparente et imposant ses revenus dans le chef de ses actionnaires.

Le 23 octobre 2001, la Commission publia sa communication intitulée "Vers un marché intérieur sans obstacles fiscaux – une stratégie pour l'établissement d'une base d'imposition consolidée aux entreprises pour l'impôt des sociétés applicable à leurs activités dans l'ensemble de l'Union européenne"⁵. Parmi de nombreuses propositions destinées à éliminer les obstacles fiscaux aux activités économiques transnationales, cette communication proposait divers amendements à la directive mères-filiales. Ces amendements trouvèrent leur aboutissement dans la directive 2003/123/CE du 22 décembre 2003⁶.

Par ailleurs, la Cour de justice a eu, pendant cette période, l'occasion de rendre divers arrêts spécifiquement consacrés à l'interprétation de la directive mères-filiales, dans des situations nées de contrariétés entre des législations nationales et cette directive⁷.

La directive mères-filiales a été refondue le 30 novembre 2011⁸.

³ Directive concernant l'imposition des sociétés, SEC (90/601) final.

⁴ Report of the Ruding Committee : conclusions and recommendations of the Committee of independent experts on company taxation, Eur. Tax., 1992, p. 114.

⁵ Com. 2001/582 final.

⁶ JOCE, 13 janvier 2004, L-7, p. 41 ; L. De Broe et R. De Boeck, De Moeder-Dochterrichtlijn : Europese Fiscale Piecemeal – Engineering op weg naar harmonie in B. Peeters, éd., Europees belastingsrecht; Bruxelles, Larcier, 2005, p. 347 ; G. Maisto, The 2003 amendments to the EC Parent-Subsidiary Directive : what's next, EC Tax Review, 2004, p. 164 ; F. Bulgarelli, Le recenti modifiche alla Direttiva "madre-figlia" e la riforma tributaria italiana, Rassegna tributaria, 2005, p. 115.

⁷ 17 octobre 1996, C-283/94, C291/94 et C-292/94, Denkavit ; 8 juin 2000, C-375/98, Epsom ; 4 octobre 2001, C-294/99, Athinaiki Zythopoiia ; 18 septembre 2003, C-168/01, Bosal ; 25 septembre 2003, C-58/01, Océ Van der Grinten, 25 janvier 2005.

⁸ Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents, JOUE, 29 décembre 2011, L-345, p. 8.

Section 1 Le but de la directive mères-filiales

Le but de la directive mères-filiales est rappelé dans son préambule : le traitement des distributions de dividendes entre filiale et mère diffère d'Etat à Etat ; il est généralement moins favorable lorsque ces deux entreprises sont établies dans des pays différents que lorsqu'elles sont établies dans le même Etat. La coopération internationale en est défavorisée par comparaison avec la coopération nationale entre entreprises. Une réglementation commune facilitera notamment le regroupement d'entreprises.

Une cohérence est ainsi établie entre la directive mères-filiales et la directive fusions.

Les avantages de la création de groupes européens ne sont plus à souligner : amélioration de l'efficacité par des économies d'échelles ; possibilité de sélection du partenaire le plus approprié ; diminution du nationalisme économique et amélioration de la position concurrentielle des entreprises européennes par rapport aux entreprises américaines⁹. On retrouve des objectifs semblables à ceux de l'élimination des obstacles à la concurrence par l'article 101 du TFUE, tout en constatant que l'article 102 et la réglementation sur les concentrations viendront au contraire placer des bornes à ce processus.

En théorie, une relation mère-filiale internationale pourrait donner lieu à une triple imposition :

- impôt des sociétés dans l'Etat de la source, à savoir l'Etat d'établissement de la filiale ;
- imposition à la source sur le bénéfice distribué ;
- imposition sur le même bénéfice dans l'Etat de la société mère.

Bien que cette situation, en raison de dispositions unilatérales et de traités bilatéraux préventifs de la double imposition, se présente rarement, l'imposition des dividendes transfrontaliers était généralement moins favorable que celle des dividendes nationaux.

La directive établit une solution simple :

- suppression des retenues à la source ;
- suppression de la double imposition par l'une des deux méthodes classiques, exonération ou imputation.

Comme on le verra, cette simplicité n'est qu'apparente et tous les problèmes de double imposition n'ont pas été éliminés.

§ 1 Champ d'application

La directive s'applique aux distributions de bénéfices reçues par une société d'un Etat membre d'une filiale d'un autre Etat membre.

La société ne peut être une « double résidente » au sens d'un traité qui lui attribuerait une résidence dans l'Union et une autre en dehors de l'Union¹⁰.

⁹ F. De Hosson, *The parent-subsidiary directive*, Intertax, 1990, p. 414 ; F. Bulgarelli, *Neutralità impositiva degli utili infragruppo*, in *Lo Stato della fiscalità nell'Unione europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione*, Università di Bologna, coord. Adriano di Pietro, 2003, p. 555 ; D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 2011, p. 459.

¹⁰ Art. 2, a, ii.

Toutes les sociétés ne sont pas visées mais seulement celles dont les formes sont énumérées à l'annexe de la directive.

La liste des sociétés qualifiées visées par la directive qui, dans certains Etats, était limitée aux sociétés de capitaux et le cas échéant aux organismes de droit public a été étendue, notamment aux sociétés coopératives, à certains types de sociétés n'ayant pas de capital, à des entités ayant pour objet l'exercice d'activités commerciales ou à des banques d'épargne. De très nombreux Etats membres en ont profité pour étendre l'application de la directive à toutes les entités constituées conformément à leur droit et assujetties à l'impôt sur les sociétés. Certains Etats membres n'ont pas suivi cette initiative qui aurait permis l'élimination de la liste elle-même¹¹.

La société européenne a également été ajoutée à la liste. Certains considéraient que cette addition n'était pas nécessaire, la société européenne devant être traitée comme une société de capitaux. Cette opinion ne nous paraît pas pouvoir être suivie, le règlement établissant le statut de la société européenne prévoyant expressément qu'il s'agit d'une nouvelle forme de société et ne renvoyant au droit national des sociétés de capitaux qu'à titre subsidiaire.

La société doit être soumise à l'impôt des sociétés sans possibilité d'option ou exemption. Une société belge avait payé un dividende à son actionnaire, un fonds d'investissement néerlandais qui, s'il distribuait tout son revenu à ses propres actionnaires, était soumis à l'impôt au taux zéro.

La Cour¹² estima que, bien qu'il ne s'agit pas techniquement d'une option ou d'une exemption, la directive excluait les situations où une société n'était pas en fait soumise à l'impôt. Le but de la directive est en effet d'éviter une double imposition économique.

§ 2 Mère et filiale : notions

A Notion de société mère

i Pourcentage de participation

La qualité de société mère est reconnue au moins à toute société qui remplit les conditions énoncées ci-dessus et qui détient une participation minimale de 10% dans une autre société qui remplit ces mêmes conditions. Ce taux était à l'origine de 25% et a été progressivement réduit : 20% en 2005, 15% en 2007, 10% en 2009 (art. 3.1(a)).

Le taux de 25% mettait l'accent sur un certain degré de pouvoir ou de contrôle. La réduction à 10% déplace l'accent vers la notion de prévention de la double imposition économique, d'autant plus que ce taux s'applique à chaque étape de la chaîne sans que soit prévu un taux minimal de détention indirecte.

Les Etats membres restent libres de prévoir un régime plus libéral. De nombreux Etats membres prévoyaient déjà un seuil égal ou inférieur à 10% pour l'application de l'exemption du dividende ou de l'imputation de l'impôt. Il n'en était en revanche pas de même pour l'exonération de retenue à la source.

¹¹ Danemark, Irlande, Italie, Portugal, Suède, Finlande.

¹² CJE, Aff. C-448/15, *Belgische Staat c/Wereldhave*, arrêt du 8 mars 2017; P. Arginelli, *The Subject-to-Tax Requirements in the EU Parent-Subsidiary Directive*, *Eur. Tax.*, 2017/8.

ii Droit de vote

A la demande du Royaume-Uni et pour tenir compte de ce que certaines catégories d'actions ne donnent pas droit de vote à l'assemblée générale, l'article 3.2 (a) de la directive dispose que les Etats membres ont la faculté de remplacer par voie d'accord bilatéral le critère de la participation dans le capital par celui de la détention des droits de vote. On rappellera que certaines actions n'accordent pas de droit de vote à l'assemblée générale. En revanche, certaines actions se voient attribuer un droit de vote plural. Des actions sans droit de vote peuvent en certaines circonstances se voir accorder un droit de vote.

iii Etablissements stables

La directive a été rendue applicable :

- lorsqu'un établissement stable situé dans un autre pays que la société mère reçoit un dividende d'une société filiale située dans un autre Etat membre que celui de l'établissement¹³ ;
- lorsqu'un établissement stable d'une société mère située dans le même pays que sa filiale mais situé, lui, dans un deuxième pays reçoit une distribution de la filiale¹⁴.

La directive ne s'appliquera donc pas lorsque l'établissement stable et la filiale sont situés dans le même pays, même si l'établissement stable est celui d'une société étrangère. La même situation existe en application de la directive 2003/49/CE sur les intérêts et redevances. Le préambule permet l'introduction de mesures anti-abus. En effet, dans la situation décrite ci-avant, il suffirait à la société mère de créer un établissement stable dans un autre Etat membre avec pour fonction exclusive la détention de la participation dans la filiale.

Dans tous les cas s'applique l'obligation, déduite du droit primaire, d'égalité de traitement entre les établissements stables et les sociétés résidentes¹⁵.

Demeure la question de l'applicabilité de la directive lorsque sociétés mère et filiale sont chacune situées dans un Etat membre mais lorsque la participation est détenue à l'intervention d'un établissement stable située dans un Etat tiers, non membre de l'Union européenne. Dans ce cas, la directive doit être appliquée : l'Etat de la filiale doit exonérer la distribution de retenue à la source ; le pays de l'établissement stable n'était pas lié par la directive mais l'Etat du siège de la société mère doit, en intégrant les résultats de l'établissement stable dans le résultat de la société mère, consentir l'exonération ou l'imputation prévue par la directive¹⁶.

iv Définition de l'établissement stable

¹³ Art. 1.1, (c).

¹⁴ Art. 1.1, (a).

¹⁵ C-307/97, Saint-Gobain, arrêt du 21 septembre 1999 ; G. Maisto, op.cit., p. 165 ; E. Zanotti, Taxation of Inter-Company Dividends in the Presence of a PE : the Impact of the EC Fundamental Freedoms, Eur. Tax., 2004, p. 493 et p. 535.

¹⁶ F. Prats, Application of The Parent-Subsidiary Directive to permanent establishments, Eur. Tax., 1995, p. 180 ; pour une synthèse de jurisprudence, voy. M. Rossi, Principi fondamentali del Trattato CE e normativa statale in materia d'imposte dirette nella giurisprudenza della corte di giustizia CE, Dir. Prat. Trib., 2004, p. 689 ; Avis du 29 octobre 2003 du Comité économique et social, Com. 2003/462 final, n° 3.1.2., 2003/0179 (CNS), JOCE, 5 février 2004, C. 32, p. 118, point, 3.1.5.

La directive introduit en même temps une définition de l'établissement stable : toute installation fixe d'affaires située dans un Etat membre dans laquelle l'activité d'une société d'un autre Etat membre est exercée en tout ou en partie, dans la mesure où les bénéficiaires de cette installation d'affaires sont assujettis à l'impôt dans l'Etat membre dans lequel elle se situe en vertu du traité fiscal bilatéral applicable ou, en l'absence d'un tel traité, en vertu du droit national¹⁷. Cette définition exclura par exemple les établissements stables qui se limitent à des activités préparatoires ou auxiliaires, puisqu'ils ne sont pas soumis à l'impôt.

v **Autres questions**

L'occasion n'a pas été saisie de résoudre diverses autres questions controversées, auxquelles les Etats membres apportent des réponses divergentes. La participation doit-elle être détenue en pleine propriété ou un usufruit suffit-il ? La propriété économique est-elle assimilée à la propriété juridique ? Les participations détenues indirectement sont-elles contenues dans le calcul du seuil ? Le bénéficiaire de dividendes doit-il en être le bénéficiaire effectif ou ultime ou, sous réserve des mesures anti-abus, la société mère peut-elle être une société conduite ?

B Société filiale

Selon l'article 3.1(b)), nouveau, « *on entend par 'société filiale' une société dont le capital comprend la participation visée au point a)* »¹⁸.

C Durée de détention de la participation

Afin de ne pas permettre l'application de la Directive aux sociétés qui ne constituent pas de véritables groupes et dont le seul but est de contourner la législation fiscale sur la taxation des dividendes, le deuxième tiret du paragraphe 2 de l'article 3 de la directive prévoit que les Etats membres ont la faculté de ne pas appliquer le régime du privilège d'affiliation à celles de leurs sociétés qui ne conservent pas, pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, une participation donnant droit à la qualité de société mère. De même les Etats membres peuvent déroger à la directive lorsqu'elle interdit la perception de retenues à la source pour les filiales dans lesquelles une société d'un autre Etat membre ne conserve pas une telle participation pendant la même période.

S'agit-il de deux années révolues au moment de la distribution de dividendes ou la détention peut-elle, au contraire, se poursuivre après la distribution ? La Cour de Justice a tranché en faveur de la seconde interprétation, ce qui obligea plusieurs Etats membres à modifier leur législation.

§ 3 Imposition du dividende au niveau de la société mère : exonération ou imputation

Le régime fiscal commun des sociétés mères s'applique aux bénéficiaires distribués par une filiale à ce titre¹⁹, autrement qu'à l'occasion de sa liquidation (art. 4.1).

¹⁷ Art. 2 (b).

¹⁸ L'ancien texte se lisait « on entend par «société filiale» la société dans le capital de laquelle la participation visée au point a) est détenue » ; l'on se demande pourquoi ce texte exact a été remplacé par un langage inexact.

¹⁹ Le texte nouveau porte « au titre de l'association entre la société mère et sa filiale », tandis que l'ancien texte portait « à titre d'associée de sa société filiale ». Le texte anglais, inchangé, se lit : « by virtue of the association of the parent company with its subsidiary ».

La directive laisse aux Etats membres le choix entre les méthodes bien connues de l'exonération et de l'imputation : soit l'Etat de la société mère s'abstient d'imposer les revenus, soit il les impose moyennant déduction, ou plus proprement imputation sur le montant de l'impôt dû de la fraction de l'impôt sur les sociétés afférente à ces bénéfices. L'imputation concerne les impôts acquittés par la filiale ainsi que par les sous-filiales, à condition qu'à chaque niveau la société et sa sous-filiale respectent les exigences prévues aux articles 2 et 3. Elle est limitée à l'impôt dû (art. 4.1 (b)).

Il est permis aux Etats membres de prévoir que les charges se rapportant à la participation, sans que celles-ci puissent excéder 5% des bénéfices distribués si elles sont évaluées forfaitairement, et les moins-values résultant de la distribution des bénéfices de la société filiale ne seront pas déductibles du bénéfice imposable de la société mère (art. 4.3). En vertu du droit primaire, les charges d'intérêts ne peuvent être sélectivement rejetées dans la seule mesure où elles ne contribuent pas indirectement à la formation de revenus imposables dans le pays²⁰.

L'article 4 ne vise pas les bénéfices distribués à l'occasion de la liquidation de la filiale, qui se rapprochent de la limite entre dividendes et plus-values. Le projet de directive prévoyait l'application du privilège d'affiliation à ces bénéfices.

Ce régime n'engage pas l'avenir : « Ce système sera adapté à compter de la date de mise en place effective d'un système commun d'imposition des sociétés » (art. 4.5).

Extension de la méthode d'imputation

Dans le système initial, les dividendes payés par une sous-filiale et redistribués par la filiale à la société mère ne devaient pas être exonérés ou bénéficier d'une imputation dans l'Etat de cette dernière puisqu'ils n'avaient pas subi d'imposition dans l'Etat de la sous-filiale en raison de l'application par ce dernier Etat de l'exonération ou de l'imputation. Une telle situation était manifestement contraire au but de la directive.

Il est maintenant prévu que, lorsque la méthode d'imputation est appliquée, la société mère ou l'établissement stable pourront déduire du montant de leur impôt la fraction de l'impôt afférente au bénéfice distribué et acquittée par la filiale et toutes sous-filiales, à condition qu'à chaque niveau la société et sa sous-filiale remplissent les conditions de la directive et en particulier les conditions de seuil²¹.

A nouveau, l'occasion n'a pas été saisie de résoudre un problème auquel les Etats membres donnent des solutions divergentes, celui de la limitation de l'imputation au montant de l'impôt national dû sur le revenu distribué. Rien n'impose que l'exonération ou le crédit d'impôt soit par exemple reportable aux exercices suivants.

Exclusion des produits hybrides du bénéfice de l'exemption

L'OCDE, dans son vaste projet BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), destiné à éliminer les possibilités de double non-imposition internationale, veut notamment mettre fin aux avantages liés à l'usage de produits hybrides, dont les revenus sont déductibles dans le pays de la source

²⁰ Aff. C-168/01, CJCE, Bosal Holding BV c. Staatssecretaris van Financiën, arrêt du 18 septembre 2003.

²¹ Art. 4.1 (b).

à titre d'intérêts et exemptés dans le pays de la résidence de la société mère de la filiale débitrice parce qu'ils y sont traités comme des dividendes.

La directive a été modifiée pour prévoir que l'exemption ne s'appliquera que si les bénéfices distribués ne sont pas déductibles pour la filiale et que ces bénéfices seront imposés au niveau de la société mère s'ils sont déductibles pour la filiale²².

En cas d'application de la méthode d'imputation, le problème ne se pose pas :

- le dividende est taxable ;
- aucune imputation n'a lieu au titre d'un impôt payé par la filiale puisqu'elle n'en paie pas sur le montant qu'elle déduit.

§ 4 Imposition du dividende au niveau de la filiale

A Exonération de la retenue à la source

L'article 5 de la directive contient les règles relatives à la taxation des bénéfices distribués par une société filiale à sa société mère. Aux termes du paragraphe 1^{er} de cet article, ces bénéfices sont exemptés de toute retenue à la source par l'Etat de résidence de la filiale.

On notera qu'à l'inverse de l'article 10 de la convention OCDE, l'article 5 de la directive se réfère "aux bénéfices distribués..." et non seulement aux dividendes. Il s'ensuit que tombent dans le champ d'application de la directive non seulement les dividendes *stricto sensu*, mais également les autres avantages appréciables en argent, tels que les actions gratuites, les bonus et toutes les autres distributions de bénéfices qui peuvent être assimilées à des distributions de dividendes. Cela vise également la distribution des réserves pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un remboursement de capital sous quelque forme que ce soit²³.

La directive s'applique à toutes les distributions de bénéfices qu'une société mère reçoit à titre d'associée de sa filiale²⁴. Certains paiements posent problème²⁵.

Bénéfices de sociétés étrangères contrôlées

La taxation porte sur des bénéfices non distribués. Toutefois, s'ils étaient assimilés par la loi à des bénéfices distribués, la question se poserait. Certains interprètent la directive comme s'appliquant à des distributions fictives.

Actions de bonus

Si la remise d'actions de bonus est taxable comme dividende, la directive devrait s'y appliquer.

Prix de transfert

²² Directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014, JO L-219 du 25 juillet 2014, p. 40.

²³ Pourra-t-il s'agir, également, des bénéfices distribués à l'occasion de la liquidation de la société filiale? Les avantages prévus par l'article 4 en ce qui concerne la taxation de la société mère (voy. infra) ne pourront pas s'appliquer à ce type de bénéfices car le paragraphe 1 de l'article 4 les exclut expressément de son champ d'application. Toutefois, la notion de liquidation ne peut s'appliquer à une fusion par absorption (C-371/11, *Punch Graphix Progress Belgium*, arrêt du 18 octobre 2012).

²⁴ M. HELMINEN, "Dividend equivalent benefits and the concept of profit distribution of the EC Parent-Subsidiary Directive", *EC Tax Review*, 2000, p. 161.

²⁵ Préambule, 4^e considérant.

Si l'avantage anormal est consenti par une filiale à sa mère, il pourrait s'agir d'une distribution de profit consentie à la mère en sa qualité d'associée.

Sous-capitalisation – Hybrides

La directive ne s'appliquera pas quand le droit à dividende seul est transféré ("dividend stripping") : le bénéficiaire ne reçoit pas la distribution en sa qualité d'associé. Elle ne s'appliquera pas davantage aux indemnités compensatoires du dividende reçues en cas de prêt d'actions.

Effet de la suppression de la retenue

Cette exonération a augmenté sensiblement le rendement net des participations détenues par des sociétés mères dans des sociétés établies dans l'Union Européenne. Auparavant, les sociétés mères ne pouvaient prétendre qu'aux diminutions de retenue à la source prévues par les conventions fiscales bilatérales. Ces réductions limitaient la retenue à la source, selon les cas, à 15, 10 ou 5%.

Dans la mesure où les dividendes étrangers bénéficient d'une exonération, les retenues à la source étrangères ne peuvent souvent être imputées sur l'impôt de la société mère. Tout au plus le dividende est-il pris net de retenue à la source étrangère.

Dans la méthode du crédit, le total de l'impôt sous-jacent et de la retenue dépassait souvent le taux de l'impôt national, ce qui aboutissait à une perte de crédit et à une double imposition partielle.

La disparition de cette retenue est donc particulièrement importante.

B Interdiction de perception d'une retenue à la source dans l'État de la société mère

L'article 6 de la directive interdit à l'Etat membre de la société mère de percevoir une retenue à la source sur les bénéfices reçus d'une filiale étrangère. La Belgique, qui percevait le précompte mobilier dès qu'un revenu mobilier est payé à l'intervention d'un intermédiaire belge²⁶, a renoncé à la perception du précompte mobilier sur les dividendes payés par une société étrangère à une société belge²⁷. Il semble que l'interdiction communautaire ait été inspirée par le régime belge ancien²⁸.

C Maintien des impôts anticipés

i Droit interne

Dans certains pays, les dividendes qui n'ont pas été soumis à l'impôt des sociétés chez la société qui les a perçus étaient soumis à une imposition compensatoire lors de leur redistribution

²⁶ C.I.R., art. 261, 2°.

²⁷ A.R.-I.R., art. 106, § 1er.

²⁸ F.C. DE HOSSON, "The parent-subsidiary directive", in *The direct tax initiatives of the European Community*, Deventer-Boston, Kluwer, 1990, p. 44.

(précompte français)²⁹. Dans d'autres pays, il s'agissait simplement d'un paiement anticipé de l'impôt des sociétés, dû à l'occasion de la distribution³⁰.

Dans les deux cas, le motif de la perception était l'octroi simultané à l'actionnaire d'un crédit d'impôt pour une partie de l'impôt des sociétés, calculé par rapport au dividende net. L'imposition compensatoire ou anticipée correspondait au montant du crédit d'impôt, qu'il serait inéquitable d'accorder si un impôt des sociétés n'avait pas été payé. La directive ne porte pas atteinte à ce mécanisme (art. 7.1). Il n'existe plus, l'avoir fiscal ou crédit d'impôt ayant été supprimé et remplacé par un allègement d'impôt applicable au dividende.

ii Droit conventionnel

La directive ne portait par ailleurs pas atteinte aux dispositions nationales ou conventionnelles remédiant à la double imposition économique des dividendes, en particulier à celles qui permettaient le paiement total ou partiel, au bénéficiaire des dividendes, d'un montant équivalent au crédit d'impôt dont pourrait bénéficier un actionnaire établi dans le pays de la source (art. 7.2).

§ 5 Sociétés fiscalement transparentes

L'extension de la liste des sociétés visées par la directive posait une question technique. Nombre de ces sociétés ont un caractère hybride et peuvent être considérées dans certains Etats comme fiscalement transparentes. Dès lors que l'Etat de la société mère attribuait à celles-ci le revenu, même non distribué, de la filiale, rien ne l'obligeait à lui consentir les allègements de la double imposition prévus par la directive.

Il a dès lors été prévu que, pour imposer la quote-part de la société mère dans le bénéfice non distribué de la filiale, l'Etat membre de la société mère devait soit l'exonérer, soit lui consentir une imputation de l'impôt perçu dans le pays de la filiale, à condition que les présupposés de la directive et notamment les conditions de seuil soient remplies. De plus, l'Etat de la société mère s'abstiendrait de toute imposition lors de la distribution ultérieure par la filiale des bénéfices ayant déjà subi le régime fiscal prédécrit³¹.

La transparence de la filiale est appréciée par l'Etat de la société mère selon ses propres règles mais en tenant compte des caractéristiques juridiques de la filiale telles qu'elles résultent du droit qui a présidé à sa constitution. Les caractéristiques fiscales de la filiale dans le pays où celle-ci est établie ne sont donc pas prises en considération.

Il aurait sans doute été plus simple de se référer purement et simplement aux règles de l'Etat de la filiale pour apprécier la transparence de celle-ci. La plupart des Etats membres ne l'ont pas voulu, sans doute pour maintenir leur régime de sociétés étrangères contrôlées.

²⁹ En France, si la filiale n'avait pas payé d'impôt ou n'avait pas payé l'impôt sur les sociétés au taux plein, la société devait préalablement acquitter un précompte sur ses distributions. Ce précompte était, dans certains cas, remboursable à la société mère étrangère. La loi française exonérait de précompte les holdings de participations étrangères, dont les 2/3 des actifs et bénéfices se rattachent à de telles participations, dans la mesure de la distribution provenant de participations étrangères (C.G.I., art. 223sexies, §3.8°). Cfr. G. GEST et G. TIXIER, Droit fiscal international, 2e éd., 1990, p. 338.

³⁰ Advance corporation tax anglais, aujourd'hui abrogé.

³¹ Art. 4.2.

Section 2 Interprétation de la directive

L'interprétation de la directive revient, comme celle des textes européens en général, à la Cour de justice conformément à l'article 267 du TFUE qui permet de saisir la Cour par voie de question préjudicielle. Les juges nationaux peuvent également se livrer à son interprétation. Le principe de la bonne foi communautaire les oblige à suivre les mêmes méthodes d'interprétation que la Cour de justice, conformément à l'article 4, § 3 du TUE.

La Cour, dans son œuvre d'interprétation des directives, utilise quatre méthodes qui ne connaissent pas de hiérarchie bien définie : les méthodes d'interprétation littérale, téléologique, systématique et historique.

L'interprétation littérale ou grammaticale exige que les mots soient interprétés conformément à leur signification normale et usuelle. Afin d'assurer l'uniformité de l'interprétation des concepts communautaires, la Cour ne pourra pas recourir à des interprétations empruntées aux ordres juridiques nationaux des Etats membres. Il en est autrement dans l'interprétation des traités préventifs de la double imposition conformes au traité modèle de l'OCDE qui renvoie, en l'absence de définition, à l'interprétation découlant de la législation fiscale de l'Etat membre où l'impôt est d'application³².

Les concepts de la directive mères-filiales auront donc une signification autonome et européenne. Il est ironique que les Etats membres se voient ainsi frustrés de leur but lorsqu'ils utilisent volontairement des concepts larges et vagues dans les directives. L'interprétation de la Cour de justice leur imposera une interprétation unique.

Toutefois, la Cour se borne rarement à une interprétation littérale, comme on va le voir, et tient essentiellement compte du but de la directive. Il n'en est autrement que dans un cas, lorsqu'il s'agit d'interpréter une disposition dérogatoire à une disposition générale. La Cour se range alors à la règle de l'interprétation stricte des exceptions. Il en a été ainsi, par exemple, dans l'affaire Denkavit : la possibilité pour les Etats membres d'imposer une durée de détention minimum de la participation de la mère dans la filiale doit être interprétée strictement puisqu'elle forme une exception à l'article 5.1 de la directive instituant l'exonération de retenue à la source : "une interprétation qui, en la défaveur du contribuable, irait au-delà du texte même de l'article 3.2 n'est donc pas acceptable"³³.

Le but de la directive fournit l'instrument essentiel de son interprétation. Le préambule trouvera là toute son importance. Les juridictions nationales se rangent également à l'interprétation téléologique des directives européennes³⁴.

L'interprétation systématique ou structurelle permet à la Cour de donner aux directives une portée cohérente avec l'ensemble du texte lui-même et de la législation européenne, en tenant compte de l'interaction entre les diverses dispositions de la directive. Ainsi, dans l'affaire Denkavit, la Cour a estimé que la règle de détention obligatoire pendant deux ans constituait

³² Art. 3.2. La directive renvoie toutefois à deux endroits au droit fiscal national : pour la définition du domicile fiscal (art. 2.(a)) et pour la qualification d'une filiale comme fiscalement transparente (art. 4.2).

³³ Aff. C-283/94, C-291/94 et C-292/94 Denkavit International BV, e.a. c/Bundesamt für Finanzen, arrêt du 17 octobre 1996.

³⁴ Cfr. par exemple Cass. belge, 2 décembre 1996, Arr. Cass., 1996, p. 1130, n° 470.

une application spécifique de la disposition anti-abus de l'article 1. 2 de la directive destinée à éviter des constructions artificielles ayant pour but de profiter du régime de la directive³⁵.

La méthode d'interprétation historique ne pourrait s'appuyer que sur des textes publiés, comme les avis du Comité économique et social ou du Parlement européen. La Cour ne pourrait se fonder sur les procès-verbaux du Conseil, qui ne sont pas publiés, et a déjà souligné que les intentions exprimées par les Etats membres au Conseil n'ont pas de force juridique dès lors qu'elles ne sont pas déposées dans des dispositions législatives³⁶. La directive doit en outre être interprétée conformément au Traité. Un exemple en est donné par l'arrêt Bosal³⁷. L'article 4.3 de la directive permet d'exclure des charges déductibles d'une société mère celles qui sont en rapport avec une participation dont les revenus bénéficient de la directive. La loi néerlandaise³⁸ faisait usage de cette possibilité, mais exceptait de la non-déductibilité les frais qui contribuaient à la création d'une matière imposable aux Pays-Bas, soit parce que la société filiale était néerlandaise, soit parce que la société filiale étrangère disposait d'un établissement stable imposable aux Pays-Bas.

La Cour a reconnu que le régime néerlandais était, à strictement parler, conforme à l'article 4.3 de la directive et donc compatible avec celle-ci mais que l'exclusion des frais relatifs à des participations étrangères communautaires constituait une violation de l'article 49 TFUE relatif à la liberté d'établissement. Elle influençait en effet négativement le choix de la société mère de créer une société filiale dans un autre pays de l'Union. Elle était en outre contraire au but de la directive, à savoir l'élimination des obstacles fiscaux aux relations entre mères et filiales d'Etats différents.

La méthode d'interprétation de la Cour est conforme à la hiérarchie des normes européennes. Les Etats membres ne peuvent prendre de dispositions internes contraires au Traité. Ce qu'ils ne peuvent faire directement, ils ne peuvent le faire indirectement en adoptant d'abord une directive et en lui donnant une exécution contraire au Traité.

Section 3 Effet direct de la directive

Pour qu'une disposition de la directive mères-filiales ait un effet direct, il faut qu'elle soit suffisamment claire et inconditionnelle, que la date de transposition de la directive soit dépassée et qu'un particulier invoque ces dispositions à l'égard d'un organe de l'Etat.

L'article 5, qui prévoit l'exonération de retenue à la source, possède un tel caractère comme l'ont montré des arrêts successifs³⁹.

Deux arrêts rendus à propos d'impôts qui s'appliqueraient aussi bien dans le contexte de distributions nationales que dans celui de distributions transfrontalières établissent que l'interdiction de perception d'une retenue à la source s'applique à tout impôt dont le fait générateur est le versement de dividendes quand l'assiette de l'impôt est le rendement des titres.

³⁵ Denkavit, considérant 31.

³⁶ Aff. C-197/94 et C-252/94, *Bautiaa et Société française maritime*, considérant 51, arrêt du 13 février 1996. L'exclusion, lors des discussions du Conseil, des *Kapitalanlagegesellschaften* allemandes et des *Beleggingsinstellingen* néerlandaises du champ d'application de la directive n'a donc aucune portée juridique (voir 2^{ème} Chambre des Etats généraux des Pays-Bas, sess. 1991-1992, 22334, n° 7, p. 7).

³⁷ Aff. C-168/01, arrêt du 18 septembre 2003, D. Aigner, ECJ – *The Bosal Holding BV Case : Parent-Subsidiary Directive and Freedom of Establishment*, *Intertax*, 2004, p. 148.

³⁸ Art. 13, § 1.

³⁹ Denkavit, *Epson*, *Athinaiki Zythopoiia*, *Océ Van der Grinten*.

A ainsi été condamné un impôt portugais sur les successions et donations d'actions, perçu forfaitairement sous forme d'une retenue de 5 % sur les dividendes et s'ajoutant à la perception due au titre de l'impôt sur les sociétés à charge de sociétés étrangères, plafonnée conformément à la directive⁴⁰. Vainement le gouvernement portugais a-t-il objecté qu'il s'agissait d'un impôt successoral, calculé forfaitairement sur la capitalisation des dividendes et que, lors de la discussion de la directive, il avait manifesté son intention de l'exclure du champ d'application de celle-ci.

La même condamnation a frappé l'impôt grec prévu cette fois non à charge du bénéficiaire des dividendes mais de la société grecque distributrice : les bénéfices exonérés dans le chef de celle-ci ou soumis à une imposition spéciale élisive d'autres impôts en vertu de diverses dispositions légales deviennent imposables si son revenu est distribué, dans la proportion de la distribution par rapport au revenu total. L'imposition, ayant pour fait générateur le versement de dividendes et étant fonction de l'importance de la distribution opérée, est exclue par l'article 5 de la directive⁴¹. Elle ne peut être considérée comme une perception anticipée de l'impôt des sociétés, admise par l'article 7.1 (précompte français, ancien *advance corporation tax* britannique), puisque l'impôt n'est perçu qu'en cas de distribution, n'est pas dû si les bénéfices sont maintenus en réserve et que l'assiette ne peut être compensée par des pertes antérieures comme en droit commun hellénique.

Les termes « retenue à la source » s'appliquent donc à toute imposition déclenchée par une distribution, quelle que soit sa dénomination et sa base légale, même si, comme dans la seconde espèce, elle n'est pas perçue à charge directe de la société mère.

Une taxe de 3 % perçue sur les revenus distribués (art. 235ter, ZCA du CGI) a été jugée contraire à la directive⁴².

Le contraire a été prétendu en ce qui concerne l'article 4, entre autres parce qu'il offrirait le choix entre deux méthodes, l'exonération et l'imputation. Il faut toutefois constater que, dès lors qu'un Etat a opté pour l'exonération conformément à l'article 4.1, il a l'obligation de s'abstenir d'imposer le bénéfice distribué par la filiale et que cette disposition est suffisamment formelle pour avoir un effet direct.

La possibilité d'introduire des restrictions par des dispositions anti-abus, comme l'exigence d'une durée de détention minimum, n'empêche pas l'applicabilité directe de la disposition.

Application : Belgique

a. Déduction et non exonération

⁴⁰ Aff. C-378/99, *Epson Europe B.V.*, arrêt du 8 juin 2000, Rec., I-4243. Dans le même sens, A. Xavier, *Direito Tributário Internacional, Tributação das operações internacionais*, Coimbra, Almedina, p. 380 ; A.P. Dourado, *Impact of non-discrimination principle on Portuguese income tax law*, *EC Tax Review*, 1997, p. 10 ; F. de Sousa da Câmara, *Parent-Subsidiary Directive : the Epson Case*, *Eur. Tax.*, 2001, p. 307 ; S. Vanoppen, *Terug naar de bron. Wat betekent het begrip bronbelasting – Withholding tax in art. 5 (1) van de Moeder-Dochterrichtlijn*, *T.F.R.*, 2002, p. 132.

⁴¹ Aff. C-294/99, *Athinaïki Zythopoiia*, arrêt du 4 octobre 2001.

⁴² Aff. C-365/16, *ADEP et autres*, arrêt du 17 mai 2017.

Il en a été jugé ainsi par plusieurs Tribunaux belges en ce qui concerne l'application de la méthode d'exonération par la Belgique⁴³.

La Belgique ne permettait en effet qu'une déduction des revenus définitivement taxés (dividendes inter-sociétés) de la base imposable et non une véritable exonération. Il en résultait qu'à défaut de base imposable et à concurrence des revenus définitivement taxés, une perte d'exploitation subie par une entreprise n'était pas reportable à l'exercice suivant. La Cour de justice a condamné cette méthode⁴⁴.

En ce qui concerne les dividendes entrants, la doctrine avait émis des doutes quant à la compatibilité du régime fiscal belge des revenus définitivement taxés avec la directive sociétés mères et filiales du 23 juillet 1990⁴⁵. Le régime belge prévoit en effet que ces dividendes sont d'abord inclus dans la base imposable à l'impôt des sociétés, à ce qu'il est convenu d'appeler la première opération technique de calcul du bénéfice imposable des sociétés. Ce n'est qu'ensuite, à la troisième opération, qu'ils sont déduits de cette base imposable. Dès lors, si la société bénéficiaire des dividendes est en perte, cette perte a été compensée avec les dividendes reçus et ne pourra être reportée aux exercices suivants. Si la société bénéficiaire des dividendes n'a qu'un revenu insuffisant pour absorber le dividende reçu, l'exonération de celui-ci ne sera pas complète puisqu'il ne pourra être déduit qu'à concurrence des bénéfices imposables de la société.

La jurisprudence belge de première instance s'était divisée sur la conformité du régime belge à la directive⁴⁶. En appel de l'une de ces décisions, la Cour d'appel d'Anvers posa à la Cour de Justice des Communautés européennes la question préjudicielle qui s'imposait. Sur conclusions conformes de l'Avocat général Sharpston, la Cour décida, par arrêt du 12 février 2009⁴⁷, que, contrairement à ce que soutenait l'Etat belge, le régime des revenus définitivement taxés n'était pas conforme à la directive.

⁴³ Civ. Bruxelles, 25 avril 2003, Tijdschrift voor Fiscaal Recht, 2004, p. 171, frappé d'appel, note J. Creus et B. van Vlierden, DBI, Van afrek naar vrijstelling ? (Revenus définitivement taxés, De la déduction à l'exonération) ; Civ. Anvers, 16 décembre 2005, Fiscologue, 2006, n° 1027, p. 1 ; Civ. Anvers, 15 novembre 2006, Fiscologue, 2007, n° 1056, p. 1.

⁴⁴ Aff. C-138/07, Belgische Staat c/Cobelfret N.V., arrêt du 12 février 2009.

⁴⁵ M. WATHELET et L. DE BROE, Belgium, in M. Lang, P. Pistone et al., éd., *ECJ-Recent Developments in Direct Taxation*, 2008, Vienne, Linde, 2008, p. 31 ; O. CARRON et N. COUDER, "Fiscale behandeling van aandelen : de gevolgen van Europa – Status Questionis na recente ontwikkelingen", *T.F.R.*, 2008, p. 103, spéc. p. 107 ; F. DIERCKX, "Belgium's Holding Company Regime – Past, Present and Future", *Bull. Int. Tax.*, 2008, p. 1, spéc. p. 409 et réf. citées note 29 ; C. CHERUY et C. LAURENT, Le régime fiscal des sociétés holdings en Belgique, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 446 ; comp. aux Pays-Bas, O.C.R. MARRES et P.J. WATTEL, *Dividend-belasting*, 3^e éd., Deventer, Kluwer, 2006, p. 218.

⁴⁶ Pour la conformité, Trib. 1^{ère} inst. Liège, 20 juin 2002, *F.J.F.*, 2003/252 ; contre : Trib. 1^{ère} inst. Bruxelles, 25 avril 2003, *T.F.R.*, 2004, p. 171 ; Trib. 1^{ère} inst. Anvers, 16 décembre 2005, *T.F.R.*, 2006, p. 622.

⁴⁷ CJCE, aff. C-138/07, arrêt du 12 février 2009, Belgische Staat c/ Cobelfret N.V. ; L.A. DENYS, "The ECJ Case Law on Cross-Border Dividends Revisited", *Eur. Tax.*, 2007, p. 221 ; T. PONS, "The Denkavit Internationaal Case and its consequences : The limit between Distortion and Discrimination ?", *Eur. Tax.*, 2007, p. 204 ; G.T.K. MEEUSSEN, "Denkavit Internationaal : The Practical Issues", *Eur. Tax.*, 2008, p. 244 ; F. VANISTENDAEL, "Denkavit Internationaal : The Balance between Fiscal Sovereignty and the Fundamental Freedoms ?", *Eur. Tax.*, 2007, p. 210 ; M. LANG, "ECJ Case Law on Cross-Border Dividend Taxation – Recent developments", *EC Tax Rev.*, 2008, p. 67 ; I. RICHELLE, Cobelfret et l'interprétation de la directive mères-filiales : le régime belge des RDT est contraire au droit communautaire, R.G.F., 2009, n° 3, p. 3 ; M. LAMENSCH et S. VAN THIEL, The Elimination of Double Taxation of Dividends in the EU : Cobelfret means the End of Belgium's Final Taxation, *Intertax*, 2009, p. 473 ; B. PEETERS et A. VAN DE VUVER, ECJ Rules on Compatibility of Belgium Participation Exemption Regime with EC Parent-Subsidiary Directive, *EC Tax Rev.*, 2009, p. 146 ; J. MALHERBE, L'influence du droit européen sur le traitement fiscal des dividendes en Belgique, in Coppens, P.-F., *L'entreprise face au droit fiscal belge*, vol. 2, Brussels, Larcier, 2009, p. 506 et réf. citées.

Le régime communautaire vise à l'élimination de la double imposition économique des dividendes passant de société en société au sein d'un groupe. Deux méthodes ont été prévues à cette fin par la directive, qui s'identifient aux méthodes bien connues que sont l'exonération et l'imputation. L'Etat de la société mère, selon les termes de la directive, soit s'abstient d'imposer les bénéfices distribués par une société filiale à sa société mère, soit les impose en autorisant la société mère à déduire du montant de son impôt la fraction de l'impôt de la filiale afférente à ses bénéfices.

L'Etat de la société mère a le choix entre l'exonération et l'imputation, ces deux méthodes n'ayant pas exactement le même résultat. Un Etat pourrait même appliquer l'exonération aux dividendes internes et l'imputation aux dividendes reçus de l'étranger⁴⁸. La Belgique a clairement opté pour la méthode d'exonération. Toutefois, en prévoyant que les dividendes ne sont exonérés que dans la mesure où existent des bénéfices imposables dans le chef de la société mère, la législation belge ajoute en fait à la même directive une condition que celle-ci ne prévoit pas. Il résulte de cette restriction que, si le dividende n'est pas imposé au cours de l'exercice pendant lequel il est reçu, les pertes de cet exercice ne pourront être reportées aux exercices suivants, avec la conséquence que la société sera soumise à un impôt lors de ces exercices. Elle se trouvera dans une situation plus défavorable que si elle n'avait pas reçu de dividendes, subissant en fait indirectement une imposition sur les dividendes par l'imposition du bénéfice des exercices fiscaux ultérieurs.

Il est vrai que cette disposition s'applique de manière identique aux dividendes de source belge et aux dividendes de source étrangère. Le reproche formulé n'est pas celui de la discrimination contraire au traité mais de la non-conformité de la disposition belge à l'article 4, § 1 de la directive. Il est vrai que la méthode d'exonération telle qu'elle est appliquée par la Belgique aboutit au même résultat qu'une méthode d'imputation qui ne permettrait pas le report du crédit d'impôt à d'autres exercices que celui de la perception des dividendes. En effet, si un crédit d'impôt est accordé pour ce seul exercice et si la société bénéficiaire des dividendes est en perte, elle ne pourra imputer le crédit d'impôt.

Ce résultat, pour la Cour, est toutefois inhérent à la méthode du crédit et on ne peut en tirer argument dans l'application d'une autre méthode dès lors que la Belgique a choisi la méthode de l'exonération.

De plus, en fait, dans les pays appliquant la méthode du crédit d'impôt étranger, ce crédit est généralement reportable à d'autres exercices. Tel est le cas du Royaume-Uni.

Quant à l'effet direct de l'article 4, § 1, il faut constater que cette disposition est inconditionnelle et précise. Elle pouvait donc être invoquée devant les juridictions nationales, nonobstant le fait qu'elle offrait un choix entre deux méthodes. Le régime belge, tel qu'il est modalisé par les articles 205, § 2 du Code des impôts sur les revenus 1992 et 77 de l'Arrêté royal d'exécution de ce Code, ne pourra donc plus être appliqué aux dividendes provenant d'un pays de la Communauté et même de l'Espace économique européen.

Il ne pourrait plus davantage être appliqué à des dividendes belges si l'on considère que le régime belge est inspiré directement de celui de la directive. Sans doute existait-il avant celle-ci mais les modifications législatives de 1991 l'ont aligné tant en ce qui concerne les dividendes internes que les dividendes de source étrangère, sur le prescrit du nouveau texte européen.

⁴⁸ CJCE, aff. C-446/04, arrêt du 12 décembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation c/ Commissioners of Inland Revenue*.

L'arrêt a été exécuté par une circulaire⁴⁹.

Les excédents de revenus définitivement taxés en provenance d'Etats de l'EEE, ou de la Belgique, qui auraient pu être reportés depuis l'exercice 1992, peuvent l'être sur les bénéfices des exercices suivants⁵⁰.

b. Usufruit ou pleine propriété ?

Une autre caractéristique de la législation belge applicable aux dividendes entrants a été remise en question. L'article 202 du Code a été modifié de façon à réintroduire une condition de détention en pleine propriété pour qu'une société mère bénéficie du régime des revenus définitivement taxés. Ceci ne s'appliquera pas à une participation détenue en usufruit.

Une question préjudicielle a été posée à cet égard à la Cour de Justice, dans une situation qui concernait deux sociétés belges. Toutefois, le régime interne étant inspiré du régime communautaire, la Cour était compétente pour en connaître. L'Avocat général et la juridiction de jugement ont émis des opinions différentes.

Pour l'Avocat général, la directive a pour but de faciliter le regroupement de sociétés d'Etats membres différents qui est découragé par la double imposition des dividendes. Dès lors, en soumettant les dividendes reçus par un usufruitier à une double imposition, un Etat membre ferait obstacle à l'objectif de la directive.

Il est vrai que l'usufruitier ne détient pas dans le capital de sa filiale tous les droits normalement attachés à la qualité d'actionnaire. Toutefois, la directive qui a abaissé le pourcentage de participation requis pour bénéficier de la prévention de la double imposition à 10 % s'est écartée des concepts traditionnels définissant la société mère notamment par sa capacité de contrôle de la filiale. L'Avocat général conclut donc que la directive peut s'appliquer à une société usufruitière⁵¹. En revanche, la Cour, dans son arrêt du 22 décembre 2008⁵², considère qu'en l'espèce, comme la société mère n'est pas propriétaire des parts de sa filiale, le rapport juridique qu'elle entretient avec celle-ci ne découle pas d'un statut d'associé mais du droit d'usufruit. En revanche, le nu-propriétaire des parts a, avec la filiale, un rapport d'associé. La directive impose, pour reconnaître à une société la qualité de société mère, qu'elle ait une participation dans le capital d'une autre société. Cette notion renvoie au rapport de droit originaire et ne couvre pas l'hypothèse dans laquelle la société mère transfère à un tiers un rapport de droit, par exemple d'usufruit, avec la société filiale.

Cette opinion est d'ailleurs conforme à l'économie de la directive. Les Etats membres peuvent en effet prévoir que les moins-values résultant de distributions des bénéfices de la filiale ne sont pas déductibles dans le chef de la mère. Cette disposition n'a un sens qu'à l'égard d'un plein-propriétaire. En cas de démembrement de propriété, l'usufruitier reçoit le dividende et le nu-propriétaire serait seul à pouvoir acter une moins-value.

⁴⁹ Ci.R.H. 421/597.150.

⁵⁰ Les dividendes en provenance de pays tiers seront déduits par priorité.

⁵¹ Conclusions de l'Avocat général, Mme E. Sharpston, du 3 juillet 2008, Etat belge-SPF Finances c/ Les Vergers du Vieux Tauves S.A, aff. C-48/07.

⁵² CJCE, arrêt du 22 décembre 2008, aff. C-48/07, Etat belge-SPF Finances c/ Les Vergers du Vieux Tauves S.A. ; obs. G. DIERICKX, in AFT, 2009, n° 6-7, p. 53.

La Cour conclut dès lors que la notion de participation ne comprend pas la détention de parts en usufruit.

Section 4 Disposition anti-abus

La version première de la directive prévoyait simplement qu'elle ne faisait pas obstacle aux dispositions nationales ou conventionnelles rendues nécessaires par la prévention de l'évasion ou de la fraude fiscale ou des abus. La disposition française refusant l'application de la directive lorsque la société-mère est contrôlée par une société d'un pays tiers (art. 119 b (3) du CGI), la société devant alors prouver que la chaîne de participations n'a pas pour objet de tirer avantage de la directive, fut jugée contraire à la liberté d'établissement parce qu'elle établit une présomption générale d'abus⁵³.

La directive fut modifiée pour contenir une clause générale anti-abus. Le bénéfice de la directive sera retiré en cas de montage ou de séries de montages qui sont mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet, de l'esprit et de la finalité des dispositions fiscales invoquées.

Il s'agit donc d'un test subjectif permettant de déterminer le but principal et d'un test objectif fondé sur la constatation que l'avantage va à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la directive. Le but de la directive est de prévoir la neutralité au point de vue de la concurrence entre groupes de sociétés et sociétés isolées, de la même façon que le droit interne le fait entre mères et filiales dans un même Etat.

Il faut en outre que le montage ne soit pas « authentique » (en anglais « genuine »). Le montage est considéré comme n'étant pas authentique s'il ne répond pas à des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique⁵⁴.

Section 5 Distribution de dividendes aux actionnaires individuels et de portefeuille

En l'absence d'harmonisation quelconque de la taxation des dividendes au niveau européen, nous pourrions être beaucoup plus brefs. Comme les rapports présentés au congrès de l'International Fiscal Association à Sydney en 2003 l'ont montré, les méthodes d'imposition des dividendes reçus par des actionnaires ultimes sont nombreuses :

- système classique avec double taxation ;
- système d'imputation ou de crédit d'impôt, l'imputation se caractérisant par le lien qu'elle établit avec le montant de l'impôt payé par la société et le crédit d'impôt étant dégagé d'un tel lien, les deux avantages pouvant être totaux ou partiels ;
- prise en considération partielle du dividende dans le revenu, par exemple à concurrence de moitié ;
- système d'imposition duale, un taux peu élevé étant appliqué au capital générateur de revenus, qu'il s'agisse d'ailleurs d'intérêts ou de dividendes.

⁵³ Aff. C-6/16, Egeon SAS et ENKA, SA, arrêt du 7 septembre 2017, Droit fiscal, 2018, 223, obs. A. Maitrot de la Motte et L. Silbermann ; L. Romanelli, The French Anti-Abuse Rule Implementing the EU Parent-Subsidiary Directive (90/435) is contrary to EU Law, Eur. Tax., 2018/1.

⁵⁴ Directive du Conseil 2015/121 du 27 janvier 2015, amendant la directive 2011/96/CE ; F. Debelva et J. Luts, The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive, Eur. Tax., 2015, p. 223.

Le système d'imputation avait jadis de la faveur de nombreux Etats européens (France, Grande-Bretagne, ...). Il créait un problème international en ce que, sauf extension par traité, l'imputation n'était pas accordée aux actionnaires étrangers. La question devient largement théorique, ce système étant graduellement abandonné.

La seule exigence européenne sera celle de respecter la non-discrimination prévue par le traité : un avantage fiscal consenti aux dividendes ne pourra pas être refusé aux dividendes en provenance d'autres Etats membres⁵⁵.

Sur la base d'une analyse de la Commission européenne⁵⁶, on constate qu'après la quasi disparition des systèmes d'imputation, les systèmes d'imposition des dividendes chez l'actionnaire de portefeuille individuel en Europe se répartissent comme suit :

- système classique : Irlande ;
- système d'imputation le cas échéant en voie de disparition : Espagne, France, Italie, Finlande, Royaume-Uni, Malte ;
- système cédulaire avec application soit d'un taux réduit, soit de l'inclusion d'une partie du dividende dans le revenu : Belgique, Danemark, Allemagne, Luxembourg, Pays-Bas, Autriche, Portugal, Suède, Chypre, République tchèque, Hongrie, Lituanie, Pologne, République slovaque, Slovénie ;
- exemption : Grèce, Estonie, Lettonie.

Dans tous les cas, les systèmes devront être appliqués conformément au Traité. On peut s'interroger sur la compatibilité avec celui-ci du refus d'imputation des retenues à la source étrangères lorsque l'impôt est perçu selon la méthode cédulaire.

Section 6 Application en France

Société-mère

La méthode de l'exemption s'applique aux dividendes reçus par une société-mère dès lors qu'elle possède 100 % du capital et des droits de vote de sa filiale et conserve ses droits pendant un délai de 2 ans⁵⁷. Le taux de participation exigé est donc inférieur à celui qui est prévu par la Directive (10 %).

Le régime s'applique aux produits nets de participation, à savoir les distributions de réserves et les répartitions de boni de liquidation⁵⁸.

Les distributions irrégulières ne sont pas visées car elles ne sont pas directement procurées par la détention de droits sociaux⁵⁹.

⁵⁵ Aff. CJCE, C-35/98, Verkooijen, arrêt du 6 juin 2000. Cfr. U. Ilhi, K. Malmer, P. Schonewille, I. Tuominen, Dividend Taxation in the European Union, International Fiscal Association, 2003 Sydney Congress, Cahiers de Droit fiscal international, vol. 83 A, Trends in Company – Shareholder taxation : single or double taxation ?, p. 71. V. aussi W. Schön, La taxation transfrontalière des dividendes in Liber Amicorum Jacques Malherbe, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 960.

⁵⁶ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee, Dividend taxation of individuals in the Internal Market, 19 décembre 2003, Com. 2003 (810 final).

⁵⁷ CGI, art. 145.

⁵⁸ CGI, art. 216.

⁵⁹ CE, 6 juin 1984, n° 35.415 et n° 36.733, 8^{ème} et 9^{ème} S-S ; Suez, RJF, 8-9/84, n° 940.

Une quote-part de frais et charges fixée à 5 % du produit total des participations, crédits d'impôts compris, est retranchée du produit et donc réintégrée dans le résultat imposable de la société-mère.

Si le dividende a supporté à l'étranger une retenue à la source, ce qui ne pourrait se produire que si la directive ne l'exclut pas, et si la convention conclue par la France prévoit l'octroi d'un crédit d'impôt correspondant à cette retenue, le crédit d'impôt doit être inclus dans le dividende pour le calcul de la quote-part de frais et charges⁶⁰. La seule utilisation possible de ce crédit d'impôt est actuellement son imputation sur la retenue à la source due à l'occasion d'une distribution faite par la société-mère à des associés n'ayant pas leur domicile ou leur siège en France.

La retenue à la source est supprimée en faveur d'une société-mère qui détient 10 % du capital de sa filiale et conserve cette participation pendant 2 ans.

L'exonération était refusée, en vertu d'une mesure anti-abus, dès lors que les dividendes bénéficient à une personne morale contrôlée directement ou indirectement par des résidents d'Etats qui ne sont pas membres de l'Union, sauf s'ils justifiaient que la chaîne de participation n'a pas pour objet principal de rechercher le bénéfice de l'exonération⁶¹. Cette disposition a été jugée contraire au Traité (cfr. supra).

CHAPITRE II DIRECTIVE FUSIONS

Section 1 Nécessité

Pour la société absorbée ou apportant une branche d'activité, voire une universalité :

- la plus-value sur les apports serait réalisée et imposable ;
- les réserves ou provisions immunisées disparaîtraient et deviendraient imposables ;
- le report déficitaire ne pourrait plus être utilisé dans la société bénéficiaire de l'apport.

Pour l'actionnaire qui échange des actions à l'occasion d'une fusion ou d'une scission (« asset merger ») ou d'un échange d'actions permettant la prise de contrôle d'une société par une autre (« share merger »), la plus-value réalisée pourrait également être taxée si son Etat de résidence impose les plus-values sur actions.

Or, l'opération n'a pas dégagé de prix payable en espèces et donc de liquidités permettant de payer un impôt.

Généralement, le droit interne exonère les fusions et autres apports d'universalité. En revanche, ces opérations sont imposées lorsque la société bénéficiaire de l'apport est étrangère, de peur que l'assiette n'échappe définitivement à l'Etat de la société apporteuse.

Les conventions ne résolvent pas ce problème. A nouveau, les regroupements transfrontaliers sont contrecarrés s'ils sont traités moins favorablement que les regroupements nationaux.

⁶⁰ CJCE, Aff. 27/07, 3 avril 2008, Banque Fédérative du Crédit Mutuel.

⁶¹ CGI, art. 119 ter.

La directive du Conseil CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents vise à permettre la réalisation de ces opérations dans le cadre international⁶².

Cette directive a été, comme la directive mères-filiales, prise sur la base de l'article 94 du Traité et a pour but d'instaurer en faveur des opérations visées des règles fiscales neutres au regard de la concurrence afin de permettre aux entreprises de s'adapter aux exigences du marché commun, d'accroître leur productivité et de renforcer leur position concurrentielle sur le plan international.

Elle prévoit l'application d'un régime fiscal commun qui éviterait dans la mesure du possible une imposition à l'occasion d'une fusion, d'une scission, d'un apport d'actifs ou d'un échange d'actions qui concerne des sociétés de deux ou plusieurs Etats membres, tout en sauvegardant les intérêts financiers de l'Etat de la société apporteuse.

La directive a été modifiée en 2005⁶³ et codifiée en 2009. Elle s'insère dans le cadre de la déclaration du Conseil européen de Lisbonne en 2008, selon laquelle l'Union européenne se fixait l'objectif de devenir l'économie, basée sur la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, assurant une croissance soutenue et une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi.

Quoi qu'il en soit de ces objectifs à un moment où l'Europe demeurait loin derrière les croissances américaine et asiatique, la Commission avait reçu mandat d'examiner les dispositions fiscales dressant des obstacles aux activités transfrontalières dans le marché intérieur.

Les modifications de la directive fusions sont l'un des résultats des études de la Commission.

§ 1 Champ d'application

La directive s'applique aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions qui concernent des sociétés de deux ou plusieurs Etats membres.

Le champ d'application a été étendu à d'autres formes de sociétés que celles prévues dans l'annexe

⁶² Directive n° 90/434/CE, J.O.C.E. n° L 225 du 20 août 1990, p. 1. Voy. J.P. Le Gall et P. Dibout, La fiscalité des fusions d'entreprises communautaires, Rev. dr. aff. intern., 1990, p. 992 ; J. Chown, The mergers directive – Some broader issues, Intertax, 1990, p. 409 ; Larking, The Merger Directive : will it work ?, Eur. Tax., 1990, p. 362 ; O. Thömmes et E. Tomset, Issues of the Implementation of the Merger Directive in the EC Member States, E.C. Tax Review, 1992, p. 228.

⁶³ Directive n° 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre, J.O.C.E. n° L-225 du 20 août 1990, modifiée et rebaptisée par la Directive n° 2008/19/CE du Conseil du 17 février 2005, J.O.C.E. n° L-58 du 4 mars 2005, p. 19, codifiée par la Directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009, J.O.C.E., n° 310 du 25 novembre 2009, p. 34 ; cfr. en droit français, M. Chadeaux, Les fusions de sociétés – régime juridique et fiscal, 8^e éd., Paris, Groupe Revue fiduciaire, 2017 ; E. van den Branden, The Merger Directive amended : the final version, EC Tax Review, 2008, p. 119 ; R. Russo et R. Offermanns, The 2005 Amendments to the EC « Merger Directive », European Taxation, 2006, p. 250 ; XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Cartagena de Indias, Colombie, 2010, T. I, C. García Novoa, El Fondo de comercio en los procesos de reestructuración empresarial, p. 514 ; R. Sampaio, Contribución para el Estudio de la Estrategia y del Régimen de las Fusiones y Adquisiciones en la Unión Europea, p. 627 ; Fusiones y Adquisiciones, Aspectos Internacionales, Rapport général par P. Cahn-Speyer Wells ; Rapport espagnol par C. Botella García Lastra, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 2010 ; C. García Novoa, El Fondo de comercio en los procesos de reestructuración empresarial, p. 514 ; R. Sampaio, Contribución para el Estudio de la Estrategia y del Régimen de las Fusiones y Adquisiciones en la Unión Europea, p. 627.

initiale de la directive, qui était limitée essentiellement aux sociétés de capitaux, y compris les sociétés à responsabilité limitée, ainsi qu'aux établissements et entreprises publiques à caractère industriel et commercial. L'objectif n'est toutefois pas atteint d'étendre l'application de la directive de façon générale à toutes les sociétés soumises à l'impôt des sociétés dans tous les pays de l'Union.

La société européenne et la société coopérative européenne sont expressément visées.

§ 2 Opérations visées

La directive s'applique aux fusions et aux scissions réalisées par suite et au moment d'une dissolution sans liquidation par laquelle l'ensemble du patrimoine d'une société est transféré activement et passivement à une (fusion) ou plusieurs (scissions) sociétés nouvelles ou préexistantes moyennant la remise d'actions de la société bénéficiaire et éventuellement d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale ou, à défaut, du pair comptable de ces actions.

La directive vise également, au titre de fusion, l'hypothèse où la société apporteuse est absorbée par réunion de tous ses titres par la société absorbante.

Elle vise aussi, au titre de scission partielle, l'opération par laquelle une société apporte une ou plusieurs branches d'activités à une autre avec remise de titres directement aux associés de l'apporteuse et, éventuellement, une soulte de 10 %.

Le régime fiscal commun s'applique enfin aux apports par une société, qui ne se dissout pas, de l'universalité de ses biens ou d'une ou de plusieurs branches d'activité, moyennant la remise d'actions de la société bénéficiaire, ainsi qu'à l'acquisition par une société d'une participation majoritaire dans une autre société moyennant l'attribution aux associés de cette autre société d'actions et éventuellement d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale ou, à défaut, du pair comptable des titres remis en échange.

A Fusions

Au titre de fusions, la directive couvre trois types d'opérations :

1. Fusion absorption

Dans la fusion absorption, une ou plusieurs sociétés transfèrent, par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine actif et passif à une autre société préexistante.

Les associés de la ou des sociétés apporteuses reçoivent des titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire et, éventuellement une soulte en espèces. Cette soulte ne peut dépasser 10 % de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres de la société bénéficiaire émis en faveur des associés de la ou des sociétés apporteuses.

2. Fusion par création d'une société nouvelle

Deux ou plusieurs sociétés transfèrent, par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine actif et passif à une société nouvelle qu'elles constituent.

Les associés des sociétés apportrices reçoivent des titres représentatifs du capital de la société bénéficiaire et, éventuellement, une soulte en espèces. Cette soulte ne peut dépasser 10 % de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres émis par la société bénéficiaire.

3. Transfert de patrimoine à l'actionnaire unique (quasi-fusion, annexion, concernfusion)

Une société transfère, par suite et au moment de sa dissolution sans liquidation, l'ensemble de son patrimoine actif et passif à la société qui détient déjà la totalité des titres représentatifs de son capital social. Dans ce cas-ci, il n'est pas prévu qu'un paiement supplémentaire en argent puisse avoir lieu à ce moment.

Les trois opérations décrites sont celles qui étaient organisées, sur le plan du droit des sociétés, par la troisième directive sociétés du 9 octobre 1978 concernant les fusions de sociétés anonymes remplacée par la directive 2017/1132 sur certains aspects du droit des sociétés⁶⁴. Cette directive concerne exclusivement les fusions internes, s'opérant au sein d'un même Etat membre. Elle ne vise que les fusions de sociétés anonymes.

Elle organise les opérations suivantes :

- fusion par absorption⁶⁵;
- fusion par constitution d'une nouvelle société⁶⁶;
- absorption d'une société par une autre possédant 90% ou plus des actions de la première.

Les deux premières opérations sont définies dans les mêmes termes que ceux de la directive fiscale, avec la différence que la simultanéité du transfert du patrimoine et de la dissolution de la société apportrice n'est pas expressément prévue. Il est précisé que la loi peut étendre ces deux régimes de fusion aux hypothèses où l'une ou plusieurs sociétés absorbées ou disparaissant sont en liquidation, à condition que la répartition des actifs entre les actionnaires n'ait pas encore commencé⁶⁷.

La troisième opération est définie comme l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés se dissolvent sans liquidation et transfèrent l'ensemble de leur patrimoine actif et passif à une autre société qui est titulaire de toutes les actions des premières et des autres titres conférant un droit de vote à l'assemblée générale.

Cette définition diffère à deux égards de la définition de la directive fiscale :

- l'opération peut concerner deux sociétés apportrices simultanément. Il est vrai que rien ne l'exclut dans la directive fiscale ;
- la société bénéficiaire doit, d'après la directive sociétés, posséder non seulement la totalité des titres représentatifs du capital de la société apportrice, mais tous les titres

⁶⁴ J.O.C.E., n° L 295 du 20 octobre 1978, p. 36.

⁶⁵ Art. 3.

⁶⁶ Art. 4.

⁶⁷ Art. 3.2 et 4.2.

conférant un droit de vote. La directive sociétés permet d'étendre le régime de cette quasi-absorption au cas où la société bénéficiaire possède 90% ou plus, mais non la totalité des actions et autres titres de la société apporteuse⁶⁸. Cette hypothèse n'est pas prévue par la directive fiscale.

Les effets juridiques de la fusion en droit des sociétés sont les suivants :

- la transmission universelle du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante ;
- l'acquisition par les actionnaires de la société absorbée de la qualité d'actionnaires de la société absorbante ;
- la cessation de l'existence de la société absorbée.

Aucune action de la société absorbante n'est échangée contre des actions de la société absorbée détenues par l'absorbante elle-même ou par l'absorbée. Dans le cas de quasi-absorption, la disposition relative aux actionnaires de la société absorbée est bien entendu sans objet⁶⁹. Le régime de la quasi-absorption peut également être appliqué à l'hypothèse où les titres de la société absorbée appartiennent non seulement à la société absorbante, mais également à des personnes qui les détiennent en nom propre, mais pour le compte de l'absorbante⁷⁰. Cette hypothèse n'est pas reprise dans la directive fiscale.

Le régime proposé par la directive, s'il correspondait à celui de plusieurs Etats membres, était différent d'autres régimes de droit interne pour lesquels, par exemple, la fusion s'opérait par liquidation ou sans possibilité d'un règlement complémentaire en espèces.

Tous les Etats membres ont dû ou doivent adapter leur droit interne à la directive sociétés-fusions.

Même après cette adaptation, la plupart d'entre eux manquaient encore de l'instrument juridique qui permet d'organiser, de la même façon, des fusions transfrontalières.

La dixième directive, concernant les fusions transfrontalières de sociétés anonymes, règle cette matière⁷¹.

Avant cela, certains Etats estimaient que la mise en application de la directive fiscale n'était pas possible dans l'ordre juridique à l'égard des fusions et d'ailleurs des scissions transfrontalières.

B Scissions

La scission est l'opération par laquelle une société transfère, par suite et au moment de sa dissolution sans liquidation, l'ensemble de son patrimoine actif et passif à deux ou plusieurs sociétés préexistantes ou nouvelles.

⁶⁸ Art. 29.

⁶⁹ Art. 24.

⁷⁰ Art. 26.

⁷¹ Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, J.O.C.E. n° L-310/1 du 25 novembre 2005..

Les associés de la société apporteuse reçoivent, selon une règle proportionnelle, des titres représentatifs du capital social des sociétés bénéficiaires.

Il peut s'y ajouter une soulte en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres émis par les sociétés bénéficiaires. Les opérations visées sont celles que recouvre la sixième directive sociétés du 17 décembre 1982 concernant les scissions de sociétés anonymes en droit interne⁷². Les opérations visées sont :

- la scission par absorption, en faveur de sociétés bénéficiaires existantes⁷³;
- la scission par constitution de nouvelles sociétés, en faveur de sociétés bénéficiaires nouvelles⁷⁴.

Elle peut s'appliquer à une scission sous contrôle de l'autorité judiciaire.

Dans la directive sociétés, il est précisé que la législation d'un Etat membre peut prévoir que la soulte en espèces dépasse 10% ou que l'opération de scission ait lieu sans que la société scindée cesse d'exister⁷⁵.

Sauf cette dernière hypothèse, la scission entraîne simultanément les effets suivants :

- la transmission de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société scindée aux sociétés bénéficiaires, s'effectuant par parties conformément à la répartition prévue au projet de scission ;
- l'acquisition par les actionnaires de la société scindée de la qualité d'actionnaire d'une ou des sociétés bénéficiaires, conformément à la répartition prévue au projet de scission ;
- la cessation de l'existence de la société scindée.

Aucune action d'une société bénéficiaire n'est échangée contre les actions de la société scindée détenues par la société bénéficiaire, par la société scindée ou par une personne agissant en nom propre mais pour le compte de l'une d'elles⁷⁶.

En ce qui concerne les scissions transfrontalières, il n'existe pas de directive sociétés. L'absence de cadre social approprié ne peut justifier un défaut de mise en application de la directive fiscale⁷⁷.

La scission doit concerner des sociétés d'Etats membres différents. Par analogie avec la fusion par constitution de société nouvelle, il nous semble suffisant que l'une des sociétés bénéficiaires soit de nationalité différente de celle de la société scindée. Le régime de faveur s'applique à l'ensemble de l'opération même si l'une des sociétés bénéficiaires a la même nationalité que l'apporteuse.

C Scission partielle

⁷² J.O.C.E. n° L 378 du 31 décembre 1982, p. 47.

⁷³ Art. 2.

⁷⁴ Art. 21.

⁷⁵ Art. 24 et 25.

⁷⁶ Art. 17.

⁷⁷ Thömmes, "EG Binnenmarkt und das Belgische Unternehmenssteurrechts", in G. Joseph, L. Hinnekens, J. Malherbe, J. Van Hoorn Jr. (éd.), *Nieuwe wegen voor het Belgisch internationaal belastingrecht* ?, 1993, p. 578.

La scission partielle (*split off – segregación*) est l'apport d'une ou plusieurs branches d'activités par une société à une autre, accompagné de l'émission de titres qui sont remis directement aux associés de la société apporteuse avec, le cas échéant, une soulte en argent n'excédant pas 10 % de la valeur nominale ou du pair comptable des titres.

Une branche d'activité doit rester dans la société apporteuse.

D Apports d'actifs (Apport d'universalité ou apport de branches d'activités)

L'apport d'actifs est défini comme l'opération par laquelle une société apporte, sans être dissoute, l'ensemble ou une ou plusieurs branches de son activité à une autre, moyennant la remise de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire. La possibilité d'une soulte en espèces n'est pas ici prévue.

1. Apport de branches d'activités

La branche d'activité est définie comme l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une division d'une société qui constitue, du point de vue de l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens⁷⁸.

En général, les dettes peuvent être exclues. « Il peut en aller différemment lorsque la situation financière de la société bénéficiaire de l'apport, prise dans son ensemble, impose de constater qu'elle ne pourra fort probablement pas survivre par ses propres moyens. Tel peut être le cas lorsque les revenus de la société bénéficiaire de l'apport apparaissent insuffisants par rapport aux intérêts et aux amortissements des dettes reprises ». « Il revient à la juridiction nationale d'apprécier si un apport d'actifs porte sur une exploitation autonome au sens de l'article 2, sous i), de la directive 90/434, à savoir un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens, lorsque les besoins de trésorerie futurs de la société bénéficiaire de l'apport doivent être satisfaits par un crédit d'exploitation à consentir par une institution financière qui exige, notamment, que les actionnaires de la société bénéficiaire de l'apport remettent en garantie des actions représentant le capital social de cette société »⁷⁹.

La question de la définition d'une branche d'activité s'est également posée en application de la directive du 17 juillet 1969 concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux⁸⁰.

La branche d'activité a été définie comme les éléments qui constituent la totalité du patrimoine de l'entreprise ou une partie de ce patrimoine formant un ensemble capable de fonctionner de manière autonome⁸¹.

2. Apports d'universalité

L'apport d'universalité porte sur toutes les branches d'activité.

⁷⁸ Art. 2.

⁷⁹ CJCE, aff. C-43/00, Andersen og Jensen ApS c. Skatteministeriet, arrêt du 15 janvier 2002.

⁸⁰ J.O.C.E., n° L 249 du 3 octobre 1969, p. 25.

⁸¹ Aff. C 164-90, Muwi Bouwgroep B.V., arrêt du 13 décembre 1991, Rec., p. I-6049.

La directive ne prévoit pas que l'opération, comme les fusions ou scissions, puisse se réaliser avec soulte. Tout apport de passif non attaché à la branche d'activité s'analyserait en une soulte et disqualifierait l'opération.

Le texte paraît également pouvoir s'appliquer à l'apport simultané de branches d'activités ou d'universalités par plusieurs sociétés à une ou plusieurs sociétés bénéficiaires⁸².

Les apports d'actifs constituent des cas de succession à titre particulier et non à titre universel. Ils aboutissent à la création d'une ou, dans la dernière hypothèse visée, de plusieurs sociétés. L'échange d'actions ne peut être assimilé à un apport de branche d'activité. Pour appliquer la directive du 17 juillet 1969, relative aux impôts sur les rassemblements de capitaux, la Cour de Justice a décidé que l'apport d'un ensemble d'actions représentant 100% du capital d'une société ne constitue pas l'apport d'une branche d'activité de l'apporteuse⁸³. On verra que le droit français assimile les deux opérations. Cette assimilation n'est pas contraire en soi à la directive, dès lors que le résultat prescrit par celle-ci est atteint.

E Echanges d'actions

L'échange d'actions est l'opération par laquelle une société acquérante acquiert, dans le capital social d'une société acquise, une participation lui conférant la majorité des droits de vote moyennant l'attribution aux associés de la société acquise, en échange de leurs titres, de titres représentatifs du capital social de la société acquérante.

Celle-ci peut y ajouter une soulte en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale, ou à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres qui sont remis en échange. L'échange d'actions met en scène trois parties. La société acquérante devient actionnaire majoritaire de la société acquise, en remettant ses propres actions aux actionnaires de la société acquise. L'opération est donc semblable à une fusion, à ceci près que la société acquise ne disparaît pas, mais devient filiale. Elle bénéficiera donc du même régime de faveur que les fusions.

Les plus-values réalisées par les associés de la société acquise ne seront pas davantage imposées que celles des associés d'une société apporteuse en cas de fusion ou de scission.

§ 3 Régime fiscal commun

A Régime de la société apporteuse et de la société bénéficiaire

D'après le préambule de la directive, le régime fiscal commun doit éviter une imposition à l'occasion d'une fusion, d'une scission, d'un apport d'actifs ou d'un échange d'actions. Il faut toutefois sauvegarder les intérêts financiers de l'Etat de la société apporteuse ou acquise. Cet objectif est atteint, en ce qui concerne les fusions et les scissions, par la transformation de la société apporteuse en un établissement stable de la ou des sociétés bénéficiaires de l'apport et, en ce qui concerne les apports d'actifs, par le rattachement des actifs à un établissement stable de la société bénéficiaire de l'apport.

L'imposition des plus-values relatives aux biens apportés, qui sont ainsi affectés à un établissement stable, sera reportée jusqu'à la réalisation effective de ces plus-values, par

⁸² G. Sass, loc. cit.

⁸³ Aff. C-164/90, Muwi Bouwgroep B.V., arrêt du 13 décembre 1991, Rec., p. I-6049.

exemple par l'aliénation des biens. Leur imposition sera donc évitée, tandis que l'Etat de la société apporteuse conservera le droit de les imposer au moment de leur réalisation.

Seuls les fusions, scissions, scissions partielles et apports d'actifs sont concernés par ces règles. L'échange d'actions n'entraîne aucune conséquence fiscale au niveau de la société acquise. Les seules conséquences fiscales se situent au niveau des actionnaires de celles-ci (cfr. ci-après).

1. Non-imposition des plus-values sur les éléments rattachés à un établissement stable et report d'imposition

a. Non-imposition des plus-values

La plus-value, déterminée par la différence de la valeur réelle des éléments d'actif et de passif transférés et leur valeur fiscale, ne sera pas soumise à imposition⁸⁴.

La valeur fiscale est la valeur qui aurait été retenue pour le calcul d'un profit ou d'une perte si les éléments d'actif ou de passif avaient été vendus.

L'exonération ne s'appliquera qu'aux éléments d'actif et de passif qui sont rattachés à un établissement stable de la société bénéficiaire situé dans l'Etat de la société apporteuse, à la condition supplémentaire que ces éléments concourent à la formation des résultats pris en considération pour l'imposition de l'établissement.

b. Report d'imposition

L'exonération ne s'applique que si la société bénéficiaire conserve les valeurs fiscales de la société apporteuse, c'est-à-dire calcule les amortissements ainsi que les plus-values ou les moins-values afférentes aux éléments transférés dans les mêmes conditions que l'apporteuruse.

Si la loi autorise la société bénéficiaire à effectuer ce calcul dans des conditions différentes, par exemple, sur des valeurs fiscales réévaluées, l'exonération ne s'applique pas lorsque la société bénéficiaire fait usage de cette faculté⁸⁵.

2. Transfert des provisions ou réserves constituées en franchise d'impôt

Les provisions ou réserves constituées en franchise d'impôt par la société apporteuse seront reprises, également en franchise d'impôt, par l'établissement stable situé dans l'Etat de cette société.

La société bénéficiaire se substitue aux droits et obligations de l'apporteuruse.

Cette obligation ne s'applique pas aux provisions ou réserves concernant des établissements stables à l'étranger.

⁸⁴ Directive, art. 4.1. Un Etat peut imposer la condition qu'un apport d'actif donne lieu à la création d'une réserve appropriée à concurrence de la plus-value constatée (C-207/11, 3D I Srl c/ Agenzia delle Entrate-ufficio di Cremona, arrêt du 19 décembre 2012). Un Etat pourrait aussi imposer la condition qu'un projet de scission soit déposé dans un certain délai précédant la transformation (C-603/10, Pelati d.o.o. c/ Slovénie, arrêt du 18 octobre 2012).

⁸⁵ Directive, art. 4.3.

3. Régime non discriminatoire de report des pertes

Si l'Etat de l'apporteuse permet la reprise par une société bénéficiaire des pertes de la société apporteuse, il permettra de la même façon la reprise de ces pertes par l'établissement stable de la société bénéficiaire⁸⁶.

4. Non-imposition de la plus-value sur participation dans la société apporteuse

Lorsque la société bénéficiaire détient déjà une participation dans l'apporteuse, la plus-value réalisée lors de l'aliénation de cette participation et de son remplacement par un actif net de valeur supérieure ne donne lieu à aucune imposition⁸⁷. Il peut être dérogé à cette exonération si la participation n'excède pas 10%⁸⁸, seuil qui a été progressivement abaissé à cette quotité comme celui de l'applicabilité de la directive mère-filiale.

B Régime fiscal des associés des sociétés concernées⁸⁹

L'attribution aux associés de la société apporteuse ou acquise de titres représentatifs du capital de la société bénéficiaire ou acquérante, en échange des titres précédemment détenus par ces associés, n'entraîne aucune imposition de la plus-value.

En contrepartie, l'associé attribue aux titres une valeur fiscale qui ne peut dépasser celle des titres échangés avant l'opération.

Les Etats membres conserveront ainsi le droit d'imposer la plus-value qui résultera de la cession ultérieure du titre, comme ils auraient imposé la plus-value qui aurait résulté de la cession des titres anciens.

Si l'associé peut opter pour un traitement fiscal différent, l'obligation d'exonérer la plus-value ne s'applique pas.

§ 4 Apports d'actifs

Dans le cas de l'apport d'actifs, les règles générales vues ci-dessus s'appliquent :

- la plus-value réalisée sur les éléments apportés n'est pas imposée si leur valeur fiscale est maintenue et s'ils sont rattachés à un établissement stable situé dans l'Etat de la société apporteuse ;
- les provisions et réserves immunisées sont reprises par l'établissement stable de la société bénéficiaire qui s'identifie à la branche d'activité ou à l'universalité transférée ;
- le report des pertes de l'apporteuse concernant les éléments transférés est acquis à l'établissement stable de la société bénéficiaire s'il en est ainsi dans le cas d'un apport entre sociétés du même Etat en vertu du droit interne⁹⁰.
-

⁸⁶ Directive, art. 6, sauf si elles sont liées à un établissement stable étranger que l'Etat de l'apporteuse ne pourra plus imposer puisqu'il deviendra l'établissement d'une société étrangère à cet Etat.

⁸⁷ Directive, article 7.1.

⁸⁸ Directive, article 7.2

⁸⁹ Directive, article 8.

⁹⁰ Art. 9.

Les hypothèses suivantes sont à envisager :

1. La branche d'activité est située dans l'Etat de la société apporteuse, distinct de celui de la société bénéficiaire et l'apport concerne sans nul doute des sociétés de deux ou plusieurs Etats membres.
2. La branche d'activité est située dans un Etat de l'Union, autre que celui de la société apporteuse et de la société bénéficiaire.

Il s'agira d'un établissement stable situé :

- dans un troisième Etat ;

ou

- dans l'Etat de la société bénéficiaire.

Dans ce cas, deux systèmes peuvent être appliqués.

a) L'Etat de la société apporteuse renonce à imposer la plus-value réalisée sur l'établissement stable, qui est en dehors de son territoire.

Il peut toutefois réintégrer dans les bénéfices de la société apporteuse les pertes antérieures de l'établissement stable dont il aurait admis la déduction.

En effet, il ne pourra, comme si l'établissement avait été maintenu et avait réalisé ultérieurement des bénéfices, imposer ces bénéfices à concurrence des pertes antérieurement déduites.

L'établissement aura en effet été transféré à une société étrangère, qui échappe au pouvoir d'imposition de l'Etat de la société apporteuse.

L'Etat de situation de l'établissement stable et l'Etat de la société bénéficiaire (il peut s'agir du même Etat) appliquent la directive comme si l'Etat de localisation de l'établissement stable était celui de la société apporteuse⁹¹.

b) Si l'Etat de la société apporteuse applique le régime du bénéfice mondial, il peut imposer la plus-value réalisée sur l'établissement stable à la suite de l'opération, mais il doit accorder un crédit d'impôt fictif égal à l'impôt qui aurait été dû sur la plus-value dans l'Etat de localisation de l'établissement stable et que cet Etat s'est abstenu de percevoir⁹².

3. La branche d'activité est située dans un Etat tiers non membre de la CEE. La directive ne s'applique pas puisque le droit d'imposer les plus-values n'appartient pas à un Etat membre.

⁹¹ Art. 10.1.

⁹² Art. 10.2.

§ 5 Echange d'actions

Dans le cas de l'acquisition de contrôle par échange d'actions, la plus-value que l'associé de la société acquise réalise en échangeant ses titres contre des titres de la société acquérante ne sont pas imposées, à condition que cet associé attribue aux titres reçus la valeur fiscale qu'avaient les titres cédés⁹³.

Extension du champ d'application de l'échange d'actions

Contrairement à la proposition de la Commission, il n'est pas prévu expressément que l'échange d'actions exonéré couvre l'acquisition de la majorité des droits de vote d'une société acquise auprès d'associés qui ne sont pas résidents de l'Union européenne⁹⁴. Une société résidente dans un Etat membre aurait pu sans équivoque obtenir ainsi la majorité des droits de vote en l'acquérant auprès d'associés qui sont résidents dans des Etats tiers non membres de l'Union européenne⁹⁵.

En revanche, il est prévu expressément que l'échange d'actions couvre l'acquisition de la majorité des droits de vote d'une société acquise ou, si l'acquérante dispose déjà de la majorité, d'un accroissement de sa participation⁹⁶.

§ 6 Double imposition à l'occasion d'apports d'actifs et d'échange d'actions

A Apports d'actifs

En cas d'apport d'actifs, la valeur des actifs reçus demeure, chez la société bénéficiaire, la valeur ancienne que les actifs avaient chez la société apporteuse. Parallèlement, les titres reçus en échange de ces actifs conservent la valeur des titres anciennement détenus par la société apporteuse.

Une double imposition peut en résulter en cas d'aliénation d'une part des actifs, d'autre part des titres. La mesure va au-delà de ce qui serait nécessaire pour prévenir des manœuvres d'évasion fiscale. La proposition de la Commission avait prévu que les titres reçus en contrepartie de l'apport d'actifs par la société apporteuse se verraient attribuer la valeur réelle des éléments d'actif et de passif transférés, calculée immédiatement avant l'apport⁹⁷. Cette proposition n'a pas été adoptée et a disparu du texte définitif.

B Echange d'actions

Une double imposition peut également naître lors de l'échange d'actions.

Dans le chef de la société acquérante qui reçoit des titres de la société acquise, la directive ne prévoit rien en ce qui concerne la valorisation des titres. En revanche, elle prévoit que l'exonération de la plus-value chez les associés de la société acquise qui reçoivent des titres de la société acquérante est subordonnée à leur obligation d'attribuer aux titres reçus la valeur

⁹³ Art. 8.1. et 8.4. Si l'associé peut exercer une option, l'immunité ne s'applique pas dans la mesure où l'option aura été exercée (art. 8.8).

⁹⁴ Proposition, Art. 8.12 nouveau.

⁹⁵ Proposition, Exposé des motifs, considérant 31.

⁹⁶ Art. 2, a).

⁹⁷ Proposition, Art. 9.2 nouveau ; exposé des motifs, considérant 26.

ancienne des titres échangés⁹⁸. Dans certains pays, la société acquérante doit également maintenir pour les titres reçus la valeur que ces titres avaient immédiatement avant l'échange d'actions. En cas d'aliénation des deux catégories de titres, une double imposition aura donc lieu. La Commission avait prévu que, dans les opérations d'échange d'actions, la société acquérante donne aux titres reçus la valeur réelle des titres attribués par elle aux associés de la société acquise⁹⁹.

§ 7 Sociétés transparentes

La fusion ou la scission n'entraîne aucune imposition des plus-values dès lors que la société bénéficiaire conserve les valeurs fiscales des éléments d'actif et de passif transférés aux fins de calcul des amortissements, plus-values et moins-values. Dans le cas contraire, la taxation peut avoir lieu.

A Société apporteuse transparente

Dès lors qu'un Etat membre considère, en imposant les associés d'une société apporteuse d'un autre Etat membre, que celle-ci, en vertu des dispositions de droit civil ou commercial applicables aux sociétés est transparente, il s'abstiendra d'imposer les revenus ou plus-values réalisées par les associés situés sur son territoire, dans les mêmes conditions que celles qui s'appliqueraient si la société apporteuse n'était pas considérée comme transparente¹⁰⁰.

Nonobstant cette règle, l'Etat de l'associé qui a une participation directe ou indirecte dans la société apporteuse ou dans le cas d'un échange d'actions, dans la société contrôlée, pourra imposer les associés. Dans ce cas, il devra admettre la déduction de l'impôt que l'entité transparente aurait dû payer en raison de l'opération si le régime de différé d'imposition n'avait pas été applicable¹⁰¹ (crédit d'impôt fictif).

A défaut de ce droit d'imposition, l'Etat membre de l'associé aurait été exposé au risque que la société acquéreuse ne soit pas transparente, avec la conséquence que cet Etat aurait perdu le droit d'imposer les plus-values générées par une transmission ultérieure des actifs.

B Société associée transparente

De même, un Etat membre dans lequel résideraient des sociétés, considérées comme transparentes, elles-mêmes associées d'une société étrangère qui réalise l'une des opérations visées par la directive, devra s'abstenir d'imposer les associés de la société considérée par cet Etat comme transparente¹⁰².

C Société bénéficiaire transparente

L'Etat membre de l'associé pourra ne pas appliquer l'exemption s'il considère la société bénéficiaire ou, dans le cas d'un échange d'actions, la société contrôlante comme transparente¹⁰³.

⁹⁸ Art. 8.2 ancien.

⁹⁹ Proposition, Art. 8.10 nouveau ; exposé des motifs, considérants 27, 28 et 29.

¹⁰⁰ Art. 4.2 nouveau.

¹⁰¹ Art. 10bis 1 et 2.

¹⁰² Art. 8.3 nouveau : il s'agit ici d'une non taxation de l'attribution de titres.

¹⁰³ Art. 10bis 3.

S'il s'agit de considérer comme transparente une société bénéficiaire, l'Etat membre de l'associé pourra appliquer à ce dernier le traitement fiscal qu'il appliquerait si la société bénéficiaire avait eu sa résidence fiscale dans cet Etat¹⁰⁴.

§ 8 Clause de sauvegarde

A Clause générale de sauvegarde contre la fraude et l'évasion fiscale

Leur-Bloem

Un Etat membre peut refuser d'appliquer tout ou partie de la Directive lorsque l'opération a comme objectif principal ou comme l'un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscale¹⁰⁵. Il ne faut pas que cet objectif soit exclusif.

S'il est logique que la fraude prive le contribuable du bénéfice de la directive, la notion d'évasion est beaucoup plus large. La recherche d'une situation fiscale plus favorable sera souvent l'un des motifs d'une restructuration.

La Directive introduit une présomption. Le fait que l'opération ne soit pas effectuée pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation, peut constituer une présomption qu'elle a un objectif de fraude ou d'évasion fiscale.

L'affaire Leur-Bloem éclaire la discussion¹⁰⁶.

Un contribuable était l'actionnaire unique (et le directeur) de deux sociétés néerlandaises et envisageait d'acquérir les actions d'une troisième société holding. L'achat de cette dernière devait être payé au moyen des actions des deux premières sociétés, c'est-à-dire par une opération d'échange d'actions. Mme Leur-Bloem, assujettie à l'impôt sur le revenu néerlandais, bénéficiait du report d'imposition prévu à l'article 14.B, § 1, de la loi néerlandaise de 1964 relative à l'impôt sur le revenu, qui dispose que, lors d'une opération de fusion par échange d'actions, la plus-value réalisée sur une participation importante n'est pas incluse dans la base d'imposition de l'exercice. L'inspecteur rejeta les prétentions de Mme Leur-Bloem en estimant que l'opération en cause ne pouvait s'analyser comme une fusion par échange d'actions, au sens de la loi néerlandaise, dans la mesure où elle n'avait pas pour objet de « rassembler durablement, d'un point de vue financier et économique, l'entreprise de ces sociétés, au sein d'une entité plus importante ». Recours ayant été formé contre ce refus devant le Gerechtshof à Amsterdam, celui-ci estima qu'il y avait là questions d'interprétation d'une disposition de la loi néerlandaise insérée à l'occasion de la transposition en droit national de la directive. Certes, le juge national avait bien conscience qu'il ne s'agissait pas véritablement d'une question appartenant au champ d'application de la directive, mais il posa néanmoins la question préjudicielle à la Cour de justice, en faisant valoir que le libellé de la disposition

¹⁰⁴ Art. 10bis 4.

¹⁰⁵ Directive, art. 15 ; D. Weber, « A close look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and Merger Directive », *EC Tax Review*, 1996, p. 63 ; M. De Kleer, « Towards a European Doctrine in anti-abuse direct taxation », *Intertax*, 1996, p. 137.

¹⁰⁶ Aff. C-28/95, A. Leur-Bloem c Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, arrêt du 17 juillet 1997, Rec., p. 4161 ; M. Liebman, "Ruling in merger directive", *European Taxation*, 1997, p. 462 ; A. De Waal, "Réflexions contrastées sur l'arrêt Leur-Bloem", *Droit fiscal*, 1988/9, p. 286 ; Ph. Derouin, "Fiscalité des fusions de sociétés et échange d'actions – droit communautaire et droit national", *Droit fiscal*, 1997/8, p. 1100 ; M. De Bruin et M.I. Molenaars, « European Court of Justice hands down decisions in EU Merger Directive », *Tax Notes International*, 11 août 1997, p. 424. Sur la portée de l'arrêt en droit français, cfr. D. Gutmann, *op. cit.*, p. 381, n° 844.

nationale litigieuse, ainsi que les travaux préparatoires de celle-ci, montraient que la législature néerlandaise avait entendu traiter de la même manière les fusions entre les sociétés établies, d'une part, uniquement aux Pays-Bas et, d'autre part, dans différents Etats membres.

La Cour était-elle compétente pour répondre dans le cadre de l'article 234 (ex-177) du Traité à une question d'interprétation de la directive 90/434, sachant que celle-ci ne pouvait s'appliquer au litige en principal, mais que ces dispositions étaient reprises par le droit interne qui en étendait l'applicabilité à des situations relevant du seul champ d'application de ce dernier ?

La Cour commence par relever que l'article 2, sous d, envisage toutes les opérations de fusion, quelles que soient leurs motifs « financiers, économiques ou purement fiscaux ». de sorte qu'il est possible de prétendre que même les fusions poursuivant des motifs exclusivement fiscaux sont des fusions au sens de la directive, de sorte que la Cour a pu considérer que la condition exigée par la loi néerlandaise n'était pas nécessaire à une opération pour qu'elle puisse être qualifiée de fusion au sens de l'article 2 de la directive.

Cependant, la qualification de l'opération n'est pas tout. Restait à savoir si, bien que qualifiée de fusion, l'opération en cause pouvait bénéficier du régime fiscal avantageux. L'article 15 de la directive permet aux Etats membres d'écarter le régime de la directive, lorsqu'ils prévoient une fraude ou une évasion fiscale, sachant qu'une telle présomption peut être posée lorsque « une des opérations visées [...] n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération ».

La Cour pose une limite importante à la liberté des Etats – un peu trop facilement reconnue par le texte de l'article 15 de la directive. En effet, pour apprécier une opération, « les autorités nationales ne sauraient se contenter d'appliquer des critères généraux prédéterminés, mais doivent procéder, au cas par cas, à un examen global de celle-ci ».

Zwijnenburg

Un fils de famille exploite un commerce dans la société Zwijnenburg qui possède l'immeuble 19 Tolstraat à Meerbeek (Pays-Bas) et loue l'immeuble voisin, n° 17, à la société Beheer appartenant aux parents de l'exploitant.

La vente de l'immeuble ou des parts de Beheer par Zwijnenburg entraînerait un impôt indirect.

Il est envisagé d'apporter le commerce de Zwijnenburg à Beheer. Zwijnenburg rachèterait ensuite les actions restantes de Beheer.

Par ruling, l'exonération est refusée au motif que l'opération a un but d'évasion fiscale.

La Cour de Justice estime que le désir d'éviter une taxe non prévue par la directive n'est pas un motif d'évasion fiscale visé par celle-ci. L'exonération doit être accordée¹⁰⁷.

L'absorption d'une holding en perte qui n'a plus d'activité doit-elle entraîner la reprise des pertes ? L'économie de coûts constitue-t-elle un motif autre que fiscal ? Elle est marginale en comparaison du report des pertes.

¹⁰⁷ Aff. C-352/02, *Modehuis A. Zwijnenburg*, arrêt du 20 mai 2010.

Foggia

L'absence d'activité ou d'actifs propres peut être un motif pour considérer que la fusion n'a pas de motif économique¹⁰⁸.

Euro Park Service

La SCI française, Cavinbulg Nanteuil, est dissoute au bénéfice de son actionnaire unique, Euro Park, société luxembourgeoise.

Le CGI (art. 210A) n'accorde l'immunisation que moyennant un agrément préalable qui n'est accordé que si l'opération est notamment justifiée par des raisons commerciales.

Cavinbulg n'avait pas demandé d'agrément. De plus, l'administration estima que l'opération n'était pas justifiée par des raisons commerciales.

La Cour¹⁰⁹ estima que la règle de procédure applicable ne répondait pas à l'exigence de sécurité juridique à défaut de précisions et de prévisibilité. Elle introduit une présomption générale d'évasion ou de fraude fiscale et ne peut être appliquée.

B Clause nationale contre les abus de droit

Kofoed

Dans l'affaire Kofoed¹¹⁰, deux personnes, MM. Kofoed et Toft, détenaient à parts égales, la totalité du capital social d'une S.à.r.l. de droit danois Kosmopolit. Ils ont acquis chacun l'une des deux actions composant le capital social d'une S.à.r.l. de droit irlandais Dooralong. Dooralong a augmenté son capital en émettant 21.000 nouvelles actions d'une livre irlandaise.

Les deux personnes avaient échangé les parts sociales de Kosmopolit qu'elles détenaient contre la totalité des nouvelles actions de Dooralong.

Kosmopolit distribue un dividende important à Dooralong et Dooralong distribue ce dividende à ses deux associés.

L'administration danoise considère que l'échange de titres Kosmopolit contre les titres Dooralong n'est pas un échange exonéré aux termes de la directive Fusions et de sa loi d'application au Danemark parce que la soulte maximum de 10 % était dépassée, ce dividende devant être considéré comme une soulte.

La Cour de justice considère qu'un dividende distribué par la société acquérante aux associés de la société acquise après l'opération d'échange d'actions ne peut constituer la contrepartie pécuniaire de l'opération d'échange d'actions et n'est donc pas une soulte. Le dividende ne faisait pas partie de la contrepartie à payer par Dooralong pour l'acquisition de Kosmopolit.

¹⁰⁸ CJE, aff. C-126/10, Foggia, arrêt du 10 novembre 2011.

¹⁰⁹ CJE, Aff. C-14/16, Euro Park Service c/ Ministre des Finances et des Comptes publics, arrêt du 8 mars 2017.

¹¹⁰ Aff. C-321/05, HM Kofoed c. Skatte Ministeriet, arrêt du 5 juillet 2007. Cfr. M. Poulsen, Treaty/Directive Shopping and Abuse of EU Law, Intertax, 2013, p. 238.

Toutefois, la Cour réserve la question de savoir s'il y a abus de droit : sans doute, l'article 11 de la directive ne peut-il créer des droits ou des obligations pour les contribuables et doit-il être transposé par une disposition nationale. Toutefois, s'il existe des dispositions nationales générales ou des principes généraux de droit permettant de tenir compte en l'espèce d'un abus de droit, ils peuvent être appliqués. Il appartient à la juridiction nationale de le décider.

Dans le cas d'une fusion interne de sociétés portugaises, dont l'une n'avait plus d'activité et voulait reporter dans la société issue de la fusion des pertes très importantes d'origine indéterminée, la Cour a estimé que, même si l'opération permettait une économie de coûts, cette économie était inhérente à toute opération de fusion et qu'il n'était pas exclu que l'opération ne soit pas justifiée par des raisons commerciales valables¹¹¹.

Le report de perte pourrait dans ce cas être refusé, la législation interne portugaise étant la reproduction de la directive, ce qui autorisait d'ailleurs la Cour à répondre à la question du Tribunal administratif suprême portugais.

C Clause spéciale de sauvegarde contre la fraude et l'évasion fiscale

Le régime pourra ne pas être appliqué si l'opération a pour effet qu'une société, qu'elle participe ou non à l'opération, ne remplit plus les conditions requises pour la représentation des travailleurs dans les organes sociaux, selon des modalités applicables avant l'opération. Cette règle ne s'applique qu'à l'Allemagne, dont la loi prévoit la représentation des travailleurs dans les organes sociaux (« Mitbestimmungsgesetz »).

Cette disposition cessera de s'appliquer en cas d'intervention d'une réglementation communautaire comportant des dispositions équivalentes¹¹².

§ 9 Transfert de siège d'une société européenne ou d'une société coopérative européenne

Les transferts de siège prévus par les nouveaux règlements applicables aux sociétés européennes et aux sociétés coopératives européennes s'effectueront sans imposition des plus-values à condition que les actifs et passifs concernés restent investis dans un établissement stable situé dans l'Etat d'origine et que la valeur fiscale soit maintenue.

La société qui transfère son siège est considérée en même temps comme apporteuse et bénéficiaire. Si la société qui transfère son siège dispose d'un établissement stable dans un Etat qui n'est ni son Etat d'origine ni son Etat de destination, l'Etat de localisation de l'établissement stable s'abstiendra de taxer la plus-value réalisée sur celui-ci conformément à l'article 10 ancien. Si des pertes ont été déduites des bénéfices du siège central, elles pourront être réintégrées, conformément au même article. Toujours conformément à cet article, si l'Etat d'origine applique l'imposition du bénéfice mondial, il peut imposer la plus-value sur le transfert de l'établissement stable à condition de permettre l'imputation de l'impôt fictif qui aurait frappé cette plus-value dans l'Etat de situation de l'établissement stable¹¹³.

¹¹¹ Aff. C-126/10, Foggia, arrêt du 10 novembre 2011.

¹¹² Cfr. Position commune du Conseil du 22 juin 1994 sur la proposition de directive relative à l'information/consultation des travailleurs dans les grandes entreprises et la création des comités d'entreprises européens.

¹¹³ Art. 10.2, exprimé sans doute de façon erronée dans le commentaire des articles, art. 1.11, qui se réfère à l'impôt déjà payé dans l'Etat membre où est situé l'établissement stable, alors qu'il s'agit d'un impôt fictif dans l'article 10.

Réorganisation – Application en France

Droit des sociétés

La fusion et la scission permettent un transfert de patrimoine en échange de parts ou actions et d'une soulte en espèces dont le montant ne peut dépasser 10 % de la valeur nominale des parts ou actions attribuées¹¹⁴.

L'apport partiel d'actifs peut être soumis au régime des scissions¹¹⁵.

Des fusions transfrontalières peuvent être réalisées¹¹⁶. Elles étaient toutefois soumises à un agrément, le contribuable devant prouver que l'apport est justifié par un motif économique, n'a pas un objectif d'évasion fiscale et permet d'assurer l'imposition future des plus-values mises en sursis (art. 210 C du CGI). Ces conditions ont été jugées contraires à l'art. 11, § 1 a) de la directive et à la liberté d'établissement parce qu'introduisait une présomption générale d'abus¹¹⁷.

La dissolution ou confusion d'une filiale détenue à 100 %, opérant transmission universelle du patrimoine (TUP) de la filiale à la société-mère, n'est pas juridiquement parlant une fusion¹¹⁸. D'où la nécessité d'une définition fiscale conforme à la directive.

La définition fiscale de la fusion est proche de celle de la directive, ne visant toutefois pas l'hypothèse d'une soulte calculée par rapport au pair comptable. Elle englobe la TUP¹¹⁹.

Traitement comptable

Le traitement comptable applicable aux fusions, scissions et apports partiels d'actifs prévoit que lorsque l'opération a lieu entre deux sociétés placées sous contrôle commun d'une autre société (mais pas d'une personne physique), elle doit être réalisée sur la base des valeurs comptables¹²⁰.

Lorsque les sociétés sont sous contrôle distinct, l'opération doit être comptabilisée aux valeurs réelles.

Plus-values

Dans les cas de comptabilisation à valeurs réelles se pose le problème des plus-values. Les plus-values sur actifs non amortissables seront en sursis d'imposition. Les plus-values sur apports de biens amortissables seront réintégréées en 5 ans ou pour les constructions 15 ans dans les résultats¹²¹.

Sur l'ensemble des dispositions, voir les articles 10ter à 10quinquies nouveau. Comp. M.T. Soler Roch, Tax Residence of the SE, Eur. Tax., 2004, p. 14.

¹¹⁴ Code de Commerce, art. L-236-1.

¹¹⁵ Code de Commerce, art. L-236-22.

¹¹⁶ Loi du 3 juillet 2008 transposant la directive du 26 octobre 2005.

¹¹⁷ Aff. C-14/16, Euro Park Services, arrêt du 8 mars 2017.

¹¹⁸ Code Civil, art. 1844-5, al. 3.

¹¹⁹ CGI, art. 210-0 A.

¹²⁰ Règlement CRC 2004-01 du 4 mai 2004.

¹²¹ CGI, art. 210, A.

Des engagements doivent être pris à cet égard dans l'acte de fusion et l'agrément applicable aux réorganisations internationales¹²² ne sera délivré que si les engagements sont pris au titre d'un établissement stable maintenu en France au bilan duquel seront inscrits les actifs.

Report des déficits

Les déficits antérieurs de la société absorbante ou de la société absorbée pourront être reportés sur agrément qui sera délivré si l'opération est justifiée au point de vue économique, obéit à des motivations principales autres que fiscales et si l'activité qui a généré les déficits est poursuivie par la société bénéficiaire des apports pendant un délai minimum de 3 ans¹²³.

Provisions

Les provisions qui ne deviennent pas sans objet sont conservées mais doivent être reprises au passif de la société absorbante suivant un engagement à prendre dans l'acte de fusion¹²⁴.

L'attribution de titres ou valeurs aux associés de la société apporteuse en contrepartie de l'annulation des titres de cette société n'est pas considérée comme une distribution de revenus mobiliers et donc comme la distribution d'un boni de liquidation¹²⁵.

Le gain réalisé est une plus-value qui est placée en sursis d'imposition jusqu'à une cession ultérieure si l'associé est une personne physique agissant à titre privé¹²⁶.

Si l'associé est une entreprise, le même régime s'applique, facultativement¹²⁷. Le sursis peut s'appliquer également à la soulte si elle est inférieure à 10 % de la valeur nominale des parts. Toutefois, les plus-values sur titres de participations sont exonérées à 90 %¹²⁸. Les titres doivent être détenus depuis au moins 2 ans. Les titres de participations sont ceux qui créent un lien durable avec une autre entreprise et sont donc utiles à son activité.

Scissions

La scission est l'opération par laquelle la société scindée transmet son patrimoine à deux ou plusieurs sociétés moyennant l'attribution à ses associés proportionnellement à leurs droits dans le capital de titres des sociétés bénéficiaires des apports et d'une soulte ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale de ces titres.

Elle bénéficie du régime des fusions à condition que :

- elle comporte au moins 2 branches complètes d'activité ;
- les sociétés bénéficiaires reçoivent chacune une ou plusieurs de ces branches ;

¹²² CGI, art. 210, C.

¹²³ CGI, art. 209, II.

¹²⁴ CGI, art. 210, A.2.

¹²⁵ CGI, art. 115, 1.

¹²⁶ CGI, art. 150-0, B et 150-0, D, 9.

¹²⁷ CGI, art. 38.7 bis

¹²⁸ CGI, art. 219, I, a, quinquies.

- les associés s'engagent à conserver pendant 3 ans les titres reçus en échange de leurs apports¹²⁹.

L'engagement n'est requis que des actionnaires détenant une participation substantielle : 5 % des droits de vote ou 0,1 % de ces droits si l'associé a exercé des fonctions de direction ou de surveillance dans la société dans les 6 mois précédents. Les droits de vote de ces actionnaires doivent représenter au total au moins 20 % du capital de la société scindée. Si l'une de ces conditions n'est pas remplie, un agrément sera nécessaire¹³⁰. Les engagements doivent être pris dans l'acte d'apport.

Apport partiel d'actifs

L'apport partiel d'actifs qui n'est pas défini par le Code mais correspond à l'apport d'actifs de la directive bénéficie du régime des fusions s'il porte sur une branche d'activité ou des éléments assimilés, à savoir des participations représentant plus de 50 % du capital d'une société, à condition que l'apporteur ne reçoive pas une soule supérieure à 10 % de la valeur nominale des titres ou qu'elle représente plus de 30 % des droits de vote si aucun associé ne détient une fraction supérieure ou encore si l'apport est effectué au profit de sociétés détenant déjà 30 % des droits de vote si le bénéficiaire acquiert par l'apport la fraction des droits de vote la plus élevée dans la société.

Ces hypothèses s'identifient à l'échange d'actions visé par la directive.

La société apporteuse doit prendre l'engagement de conserver les titres reçus en contrepartie de l'apport pendant 3 ans et de calculer ultérieurement les plus-values de cession par référence à la valeur des biens apportés avant l'apport.

On peut se demander si la condition de détention pendant 3 ans est conforme à la directive dans le cas de scissions internationales.

Si les conditions du régime de faveur ne sont pas réunies, un agrément est néanmoins possible notamment si l'opération est justifiée par un motif économique se traduisant par l'exercice par la société bénéficiaire de l'apport d'une activité autonome, l'amélioration des structures ou une association entre les parties¹³¹. L'agrément est toujours nécessaire pour les opérations internationales.

L'engagement de calculer les plus-values ultérieures résultant de la cession des titres par référence à leur valeur avant l'opération crée une double imposition : on taxera tant la plus-value résultant de la cession des titres que, dans le chef de la société bénéficiaire, celle résultant de la cession des éléments d'actif ou de la réintégration chez celle-ci des plus-values sur biens amortissables. Dans ce dernier cas, la plus-value est toutefois compensée par l'amortissement.

La directive ne prévoit pas cette exigence. En effet, l'article 9 prévoit que l'article 4 s'applique aux apports d'actifs. L'article 4 prévoit seulement, à propos des fusions ou scissions, que les plus-values afférentes aux éléments d'actifs transférés sont calculées dans les mêmes conditions que celles qu'aurait appliquées la société apporteuse si l'opération n'avait pas eu lieu¹³².

¹²⁹ CGI, art. 210, B 1.

¹³⁰ CGI, art. 210, B 3.

¹³¹ CGI, art. 210, B 1.3 .

¹³² CGI, art. 4.4 ; D. Guttman, Droit fiscal des affaires, 2^{ème} éd., Paris Montchrestien 2010, p. 416.

CHAPITRE III DIRECTIVE SUR LES PAIEMENTS D'INTÉRÊTS ET DE REDEVANCES ENTRE SOCIÉTÉS ASSOCIÉES ET DE DIFFÉRENTS ETATS MEMBRES

Le droit positif harmonisé européen n'a abordé les paiements d'intérêts entre entreprises que lors de l'adoption du "paquet fiscal" par le Conseil Ecofin du 21 janvier 2003, même si une proposition de directive avait, en différentes versions, été présentée antérieurement.

Le "paquet fiscal" lie des décisions politiques relatives aux mesures à prendre contre la concurrence fiscale dommageable, la directive, adoptée depuis, sur les paiements d'intérêts à des particuliers, et la directive concernant les paiements d'intérêts et de redevances entre entreprises associées.

La directive opte pour la taxation des intérêts et redevances dans l'Etat de la résidence et la suppression des impositions, généralement à la source, dans l'Etat d'origine, que les paiements soient le fait de sociétés d'Etats membres ou d'établissements stables de sociétés d'Etats membres. Il a en effet été constaté qu'en l'absence d'une telle mesure l'élimination de la double imposition n'était pas assurée, tandis que les entreprises étaient soumises à des charges administratives et des problèmes de trésorerie. Les opérations internationales sont donc désavantagées par rapport aux opérations nationales¹³³.

La directive en concerne que l'imposition du créancier, non celle du débiteur. En Allemagne, le calcul de la business tax part du revenu imposable à l'impôt des sociétés, puis en exclut la moitié de l'intérêt de dettes. Cette disposition est étrangère à la directive¹³⁴.

Section 1 Définition des intérêts et redevances

Sans surprise, les intérêts sont définis comme les revenus de créances de toute nature garantis ou non par une hypothèque et assortis ou non d'une clause de participation au bénéfice, en particulier les revenus d'obligations, y compris les primes et lots mais à l'exclusion des pénalités pour paiements tardifs¹³⁵.

L'Etat membre d'origine peut exclure :

- les paiements traités comme distribution de bénéfices ou remboursement de capital ;
- les paiements d'intérêts sur créances qui comprennent un droit de participation au bénéfice du débiteur ;
- les paiements d'intérêts sur créances assorties d'un droit du créancier d'échanger son droit à intérêt pour un droit à participation dans les bénéfices du débiteur ;
- les paiements d'intérêts sur créances ne prévoyant pas le remboursement du principal ou le prévoyant plus de 50 ans après l'émission¹³⁶.

La directive est muette sur le sort des intérêts requalifiés en dividendes (cfr. ci-dessous arrêt Lankhorst-Hohorst).

¹³³ Exposé des motifs, considérants 1 et 2.

¹³⁴ CJCE, aff. C-39/040, Scheuten Solar Technology GmbH c/Finanzamt Gelsenkirchen-Süd, arrêt du 21 juillet 2011.

¹³⁵ Art. 2.

¹³⁶ Art. 4.1.

En ce qui concerne les paiements d'intérêts par un établissement stable, la directive prévoit que l'établissement stable ne sera considéré comme payeur des intérêts que si ces paiements représentent une dépense déductible fiscalement¹³⁷. Une disposition semblable n'existe pas en ce qui concerne les paiements effectués par des sociétés.

La question de l'applicabilité de la directive mère-filiale reste entière.

Rien n'est prévu pour éviter de façon efficace la double imposition, sous réserve de l'application d'un traité.

Section 2 Définition des sociétés associées et des établissements stables

Comme la directive mère-filiale, la directive intérêts-redevances contient une liste type de sociétés visées, étant généralement les sociétés de capitaux, y compris les sociétés à responsabilité limitée ainsi que les organismes de droit public régis par le droit privé, assujettis à l'impôt des sociétés et qui n'ont pas une seconde résidence fiscale en dehors de la communauté en vertu d'un traité conclu avec un Etat tiers.

Deux sociétés sont associées si elles sont unies par des liens de participation de 25 %, entre elles ou l'égard d'une société tierce. Seules les participations directes entrent en ligne de compte alors qu'une proposition antérieure visait les participations indirectes.

On peut espérer que ce taux sera réduit progressivement à 10 % comme pour l'application de la directive mères-filiales.

Les Etats membres peuvent remplacer le critère de participation dans le capital par le critère de participation dans les droits de vote.

Quant à l'établissement stable, il est défini sans surprise comme un centre fixe d'affaires à travers lequel une société exerce tout ou partie de ses activités d'entreprise mais il doit s'agir d'une société d'un Etat membre et d'une installation fixe d'affaires située également dans un Etat membre.

L'établissement d'une société d'un Etat tiers dans la Communauté ne serait donc pas visé.

Rien n'empêche bien entendu des Etats membres d'étendre l'exonération à cette hypothèse.

A défaut, les Etats qui ne prévoient pas de retenue à la source sur intérêts, même lorsqu'ils sont payés à des résidents d'Etats tiers, seraient favorisés comme localisation potentielle d'entreprises emprunteuses.

Section 3 Exigence supplémentaire : la qualité de bénéficiaire effectif

L'exonération ne s'applique que si la société ou l'établissement stable est le bénéficiaire effectif des intérêts ou redevances.

¹³⁷ Art. 1.3.

Une société est le bénéficiaire effectif si elle reçoit les paiements à son propre bénéfice et non en qualité d'intermédiaire.

Un établissement stable sera bénéficiaire effectif si les créances ou droits donnant lieu aux paiements d'intérêts ou redevances sont en relation effective avec cet établissement et si les intérêts ou redevances représentent un revenu soumis à l'impôt dans le chef de l'établissement¹³⁸. Il est utilement prévu que, si un établissement stable est traité comme payeur ou bénéficiaire effectif, aucune autre partie de la "société" ne sera ainsi traitée¹³⁹. La notion de bénéficiaire effectif sera généralement ignorée en tant que telle du droit des Etats membres¹⁴⁰.

En droit européen, elle doit être interprétée selon la finalité des dispositions communautaires. Au contraire, en application des traités conclus selon le modèle de l'OCDE, les termes non définis doivent être interprétés par l'Etat qui a le pouvoir d'imposition¹⁴¹. Encore faut-il que l'ordre juridique local contienne une telle interprétation. Sera-t-elle par exemple juridique ou économique ? En tous cas, l'interprétation communautaire ne peut s'identifier à l'interprétation du modèle OCDE même si les critères sont semblables¹⁴².

Section 4 Conditions de durée

Les Etats membres peuvent exiger que le lien d'association ait existé pendant deux ans¹⁴³. Malgré la jurisprudence Denkavit, la directive ne précise pas si cette condition doit être remplie au moment du paiement (période d'attente) ou peut l'être à un moment ultérieur (période de détention).

Section 5 Conditions administratives

L'Etat d'origine peut exiger une attestation établissant que les conditions d'application de la directive sont remplies et prévoir que l'exonération nécessiterait une décision expresse qui devrait être rendue dans les trois mois de la présentation de l'attestation¹⁴⁴. Les Etats membres peuvent également exiger, ce qui va de soi, la production des contrats relatifs aux paiements.

Section 6 Fraudes et abus

Le refus d'application de la directive en cas de fraude ou abus est réservé, en termes aussi obscurs que dans les directives mère-filiale et fusions¹⁴⁵.

Section 7 Application en France

L'exonération de retenue à la source est subordonnée à une participation directe de 25 % d'une société dans l'autre et à une détention ou un engagement de conservation de deux ans¹⁴⁶. La

¹³⁸ Art. 1.4 et 5.

¹³⁹ Art. 1.6.

¹⁴⁰ En droit belge, cfr. J. Muyltermans, K. de Haen et N. Hostyn, *Het begrip uiteindelijk gerechtigde naar Belgisch fiscaal recht*, Algemeen Fiscaal Tijdschrift, 2002, p. 353.

¹⁴¹ Convention modèle, art. 3.2.

¹⁴² Com. OCDE, 11/8.1.

¹⁴³ Art. 1.10.

¹⁴⁴ Art. 1.11, 12 et 13.

¹⁴⁵ Art. 5.

¹⁴⁶ CGI, art. 119 quater.

société bénéficiaire doit être passible, au titre des intérêts ou redevances, de l'impôt des sociétés. La directive n'exige que l'imposabilité.

Une clause anti-abus écarte l'exonération en cas de contrôle par des résidents d'Etats extérieurs à l'Union si la chaîne de participation a pour objet principal de tirer avantage de l'exonération de retenue à la source.

CHAPITRE IV DIRECTIVE CONCERNANT LES IMPOTS INDIRECTS FRAPPANT LES RASSEMBLEMENTS DE CAPITAUX¹⁴⁷

La Directive régit la perception d'impôts indirects sur les apports en sociétés de capitaux, les opérations de restructuration de ces sociétés et l'émission de certains titres et obligations.

La conception du marché intérieur suppose en effet que l'application aux capitaux rassemblés dans le cadre d'une société d'un droit ne puisse intervenir plus d'une fois et qu'aucun impôt indirect ne soit perçu sur les rassemblements de capitaux en dehors du droit d'apport. Notamment, aucun droit de timbre ne devra être perçu sur les titres.

En principe, les Etats membres exonèrent les sociétés de capitaux de toute imposition indirecte sur les apports et opérations assimilées¹⁴⁸.

Par exception, les Etats qui percevaient un droit sur les apports au 1^{er} janvier 2006 peuvent continuer à le percevoir¹⁴⁹. Ce droit ne peut être supérieur à 1 %¹⁵⁰. Il ne peut être perçu que si le siège de direction effective de la société est situé sur le territoire de l'Etat au moment où intervient l'apport¹⁵¹. La base imposable est la valeur réelle des actifs apportés après déduction des obligations assumées et des charges supportées par la société du fait de l'apport¹⁵².

Sont considérés comme des apports de capital :

- La constitution d'une société de capitaux ;
- La transformation en une société de capitaux d'une autre société ;
- L'augmentation de capital social d'une société de capitaux ;
- Le transfert du siège de direction d'une société de capitaux ;
- L'emprunt contracté par une société de capitaux si le créancier a droit à une quote-part des bénéfices de la société ainsi que l'emprunt garanti par un associé qui a la même fonction qu'une augmentation de capital¹⁵³.

Les opérations de restructuration de sociétés ne sont pas considérées comme des apports de capital. Il s'agit de l'apport de la totalité du patrimoine ou d'une ou de plusieurs branches d'activité ou encore de l'acquisition d'une majorité des droits de vote¹⁵⁴.

¹⁴⁷ Directive du Conseil 2008/7/CE du 12 février 2008 remplaçant la Directive 69/335/CE du Conseil du 17 juillet 1969.

¹⁴⁸ Directive, art. 5.

¹⁴⁹ Art. 7.

¹⁵⁰ Art. 8.

¹⁵¹ Art. 10, 1.

¹⁵² Art. 11, 1.

¹⁵³ Art. 3.

¹⁵⁴ Art. 4.

Ces dernières opérations ne peuvent jamais être soumises à impôt.

Les Etats membres ne peuvent davantage soumettre à impôt les emprunts ainsi que la mise en circulation d'obligations¹⁵⁵.

Les Etats membres ne peuvent soumettre à aucune imposition indirecte la création, l'émission, l'admission en bourse, la mise en circulation ou la négociation d'actions¹⁵⁶.

Ainsi, la Cour de Justice a estimé qu'une taxe sur les opérations de bourse ou la livraison de titres ne pouvait être perçue lors de la première acquisition de titres dans le cadre de l'émission de ceux-ci. La première acquisition doit être considérée comme faisant partie de l'émission¹⁵⁷. De même, dès lors qu'un impôt ne peut être perçu lors de l'émission d'un emprunt obligataire, il ne pourra davantage l'être lors du remboursement de l'emprunt, ce qui aurait pour conséquence d'imposer l'emprunt en tant qu'opération globale de rassemblement de capitaux¹⁵⁸.

Il en serait de même d'un émolument à percevoir lors de l'établissement d'un acte notarié constatant une modification de statuts dans la mesure où cette imposition serait calculée en fonction du capital social de la société. Il s'agira de la taxation des capitaux rassemblés à l'occasion d'une modification des statuts, prohibée par la Directive¹⁵⁹.

Compétence exclusive du pays du siège effectif

Une société grand-mère de droit anglais avait une filiale de droit néerlandais et une petite-fille de droit allemand. Les Pays-Bas considéraient comme opération imposable à la fois dans le chef de la filiale et la petite-fille une contribution versée par la grand-mère à la petite-fille.

La Cour de Justice a estimé que les Pays-Bas ne pouvaient imposer la filiale néerlandaise en raison de cette opération, même si l'Allemagne ne l'imposait pas, ayant supprimé le droit d'apport¹⁶⁰.

De même, l'Espagne ne pouvait imposer aux droits d'apport la part de capital social affecté par une société étrangère à des succursales situées en territoire espagnol¹⁶¹.

En revanche, un impôt sur l'avoir net des entreprises, perçu annuellement sur à la clôture de l'exercice ne constitue pas un impôt sur le rassemblement de capitaux puisqu'il frappe la totalité du patrimoine de l'entreprise dont le capital n'est qu'une composante¹⁶².

CHAPITRE VI CONVENTION RELATIVE À LA CORRECTION DES BÉNÉFICES ENTRE ENTREPRISES ASSOCIÉES

¹⁵⁵ Art. 5, 2, b.

¹⁵⁶ Art. 5, 2, a.

¹⁵⁷ C.J.C.E., aff. C-415/02, 15 juillet 2004, Commission c/Belgique, Rec., I-07215.

¹⁵⁸ C.J.C.E., aff. C-31/97 et C-32/97, 27 octobre 1998, Fuerzas Eléctricas de Catalunya e.a., Rec. I-6491.

¹⁵⁹ C.J.C.E., aff. C-19/99, 21 septembre 2000, Modelo II.

¹⁶⁰ C.J.C.E., aff. C-494/03, 12 janvier 2006, Senior Engineering Investments, Rec. I-525.

¹⁶¹ C.J.C.E., aff. C-397/07, 9 juillet 2009, Commission c/ Espagne.

¹⁶² C.J.C.E., aff. C-4/97, 27 octobre 1998, Nonwoven ; C.J.C.E., aff. C-279/99, 15 mars 2001, Petrolvilla et Bortolotti.

Section 1 Statut juridique

En 1976, la Commission avait présenté au Conseil une proposition de directive¹⁶³.

A cette voie fut préférée celle de la convention multilatérale. La Convention présente l'avantage d'offrir un texte unique; cet avantage ne doit pas être exagéré, car le texte reste général, voire imprécis. En outre, le problème de l'articulation d'un texte uniforme et des systèmes nationaux profondément différents reste à résoudre. Diverses questions sont d'ailleurs référées aux initiatives nationales ou aux accords bilatéraux.

Section 2 La Convention

Au moment où le Conseil des Communautés Européennes adoptait les directives relatives au régime fiscal des sociétés mères et filiales d'Etats membres différents et aux fusions entre sociétés d'Etats membres différents, il fut simultanément décidé de soumettre à la signature des Etats membres, en lieu et place d'une ancienne proposition de directive¹⁶⁴, une convention internationale fondée sur l'article 293 (anciennement 220) du Traité CE tendant à l'élimination des doubles impositions en cas de rectification de bénéfices entre entreprises associées.

Etendue à trois nouveaux Etats membres par convention du 21 décembre 1995¹⁶⁵, la Convention a expiré et un protocole prévoit sa prorogation automatique par quinquennats¹⁶⁶.

Un Code de conduite relatif à l'application de la Convention a été arrêté par le Conseil¹⁶⁷.

§ 1 Champ d'application

La convention s'applique lorsque des bénéfices sont inclus dans l'assiette de l'impôt de deux entreprises situées chacune dans un Etat contractant différent en raison du fait qu'elles n'ont pas appliqué le principe de détermination de leurs relations conventionnelles dans les mêmes conditions que celles qu'appliqueraient des entreprises indépendantes¹⁶⁸.

Il est expressément précisé qu'un établissement stable d'une entreprise d'un Etat contractant est considéré comme une entreprise de l'Etat dans lequel il est situé. Il semble donc que les opérations intervenant entre une société d'un Etat contractant et l'établissement stable dans un autre Etat contractant d'une société d'un Etat tiers ne soient pas couvertes.

La convention s'applique aux impôts sur le revenu, non aux impôts sur la fortune ou aux droits d'enregistrement et impôts analogues.

Elle s'applique également lorsqu'une des entreprises concernées par le redressement a subi des pertes. Il n'y aurait d'ailleurs pas de raison d'en écarter l'application si les deux entreprises avaient subi des pertes. La double imposition est dans ce cas potentielle et ne se manifesterait que lorsque la perte, diminuée en vertu du redressement, pourra être imputée sur un bénéfice.

¹⁶³ J.O.C.E. du 21 décembre 1976, n° C.301.

¹⁶⁴ La directive est un instrument plus contraignant que la convention.

¹⁶⁵ J.O.C.E. n° C 26 du 31 janvier 1996.

¹⁶⁶ J.O.C.E. n° C 202 du 16 juillet 1999.

¹⁶⁷ J.O.C.E. n° C322 du 30 décembre 1999.

¹⁶⁸ Pour une synthèse, cfr. P. Rassar et G. Monsellato, Les Prix de transfert, Paris, Maxima, 1998.

§ 2 Procédure

La convention se borne à réitérer, en son article 4, les principes figurant dans les articles 9.1 et 7.2 de la convention modèle de l'OCDE concernant l'attribution à chacune des deux entreprises associées ou à l'établissement stable par rapport à son siège central des bénéfices qui auraient résulté de l'opération entre parties indépendantes ("arm's length principle"). Elle omet cependant d'affirmer le principe qui est sa raison d'être : *"La double imposition des bénéfices doit être éliminée selon la procédure et sauf les exceptions prévues par la présente convention"*.

Les termes employés dans la convention ont, sauf sens différent imposé par le contexte, le sens qu'ils ont dans la convention conclue par les Etats concernés en matière de double imposition. Il faut remarquer à ce sujet que tous les Etats de l'Union Européenne ne sont pas liés par des conventions préventives de la double imposition, encore que les exceptions soient rares.

En l'absence de définition conventionnelle, les conventions bilatérales renvoient généralement au sens de l'expression employée dans le droit interne du pays concerné.

A Procédure aboutissant à un accord immédiat

L'Etat qui envisage de corriger les bénéfices d'une entreprise l'en informe. Il lui donne l'occasion d'informer l'entreprise co-contractante située dans l'autre Etat. L'autre entreprise peut bien entendu en informer à son tour cet autre Etat. Si les deux entreprises et l'autre Etat contractant acceptent la correction de bénéfices, plus aucun problème ne se pose.

B Procédure amiable et solution unilatérale

L'Etat correcteur ne doit pas tenir son redressement fiscal en suspens. Si l'entreprise qui y est située estime que le principe de la détermination des bénéfices comme dans le cas d'entreprises indépendantes ("arm's length principle") n'a pas été respecté, elle peut, indépendamment des recours de droit interne dont elle dispose, saisir l'autorité compétente de l'Etat dans lequel elle est résidente ou dans lequel est situé son établissement stable. Elle dispose à cette fin d'un délai de trois ans prenant cours lors de la première notification de la mesure qui entraîne ou peut entraîner la double imposition.

L'autorité compétente en avise les autorités compétentes des autres Etats concernés. Elle s'efforce d'abord de résoudre elle-même le problème posé.

A Procédure amiable

Si l'Etat correcteur ne résout pas lui-même le problème, il entreprend la procédure amiable avec l'autorité compétente des autres Etats concernés.

Si un accord est atteint, il sera appliqué, quels que soient les délais prévus pour les rectifications fiscales par le droit interne.

B Procédure consultative

A défaut d'accord dans les deux ans de la communication du litige à la première autorité compétente, les autorités compétentes concernées doivent constituer une commission consultative composée de deux représentants – le cas échéant un – de chaque autorité

compétente et d'un nombre pair de personnalités indépendantes désignées sur une liste établie par l'ensemble des Etats contractants. Un président sera choisi sur la même liste.

Des cas de récusation sont prévus :

- appartenance à l'une des administrations fiscales concernées ou exercice de fonctions pour l'une de ces administrations;
- détention présente ou passée d'une participation importante dans l'une des entreprises associées ou lien d'employé ou de conseiller avec l'une de ces entreprises;
- absence dans le chef de la personne désignée de garanties suffisantes d'objectivité pour le règlement du cas à trancher.

Cette dernière cause de récusation est particulièrement vague.

Dans les cas « triangulaires » où une entreprise associée établie dans un autre Etat membre que ceux des deux entreprises concernées par le redressement a eu une influence significative sur le résultat critiqué, il est recommandé aux Etats membres de mettre en place une procédure multilatérale¹⁶⁹.

Il est recommandé aux Etats membres de suspendre le recouvrement de l'impôt pendant la procédure, même si cette suppression implique des modifications de la loi interne¹⁷⁰.

CHAPITRE VIII DIRECTIVE EUROPÉENNE SUR LA COOPÉRATION ADMINISTRATIVE – LE FATCA EUROPÉEN

En Europe, la directive 2011/16/UE du 15 février 2011 sur la coopération administrative a remplacé l'ancienne directive 77/779/CEE du 19 décembre 1977¹⁷¹.

Elle prévoit l'utilisation d'un formulaire informatique standardisé.

Outre l'échange sur demande, elle permet l'échange spontané dans cinq hypothèses¹⁷² :

- l'autorité compétente d'un Etat membre a des raisons de supposer une perte d'impôts localisée dans l'autre Etat membre ;
- un contribuable obtient une réduction ou une exemption d'impôt dans un Etat membre qui donnerait lieu à un accroissement ou à une dette d'impôt dans l'autre Etat membre ;
- des opérations entre contribuables des deux Etats membres sont effectuées à travers un ou plusieurs pays de telle façon qu'une économie d'impôts peut en résulter dans l'un ou l'autre ou dans les deux Etats membres ;
- l'autorité compétente d'un Etat membre a des raisons de supposer qu'une économie d'impôts résulte de transferts artificiels de profits au sein de groupes d'entreprises ;
- une information transmise à un Etat membre par l'autorité compétente de l'autre a permis d'obtenir des informations pertinentes pour enrôler un impôt dans le second Etat membre.

¹⁶⁹ Code de conduite, 6.2.

¹⁷⁰ Id., 8.

¹⁷¹ R. Seer, Recent developments in Exchange of Information within the EU for Tax Matters, EC Tax Rev., 2013, p. 66.

¹⁷² Art. 9.1.

Cette liste paraît limitative mais l'autorité compétente d'un Etat membre peut communiquer à l'autre toute information utile à l'autorité compétente de l'autre Etat¹⁷³.

L'échange automatique d'informations¹⁷⁴ s'est appliqué dès 2014 à certaines catégories de revenus et de capitaux :

- revenus d'emploi ;
- tantièmes d'administrateur ;
- produits d'assurance-vie non couverts par d'autres instruments juridiques communautaires concernant l'échange d'informations ;
- pensions ;
- revenus ou propriété de biens immobiliers.

Le Parlement européen avait proposé l'inclusion des dividendes, plus-values et redevances.

Un principe de subsidiarité impose d'épuiser d'abord les sources d'information internes¹⁷⁵. Le secret bancaire n'est pas un motif de refus de l'information¹⁷⁶. La directive s'applique également aux droits de succession.

La Cour de justice a considéré, sous l'empire de l'ancienne directive sur l'échange d'informations, qu'un contribuable n'y trouvait pas le droit d'être informé de la demande d'assistance adressée par son Etat de résidence à un autre Etat, pas plus que le droit de participer à la formulation de la demande d'information ni aux auditions de témoins qui seraient éventuellement organisées dans l'autre Etat. Il s'agissait en l'espèce de demandes d'informations adressées par l'administration fiscale tchèque à des administrations fiscales d'autres Etats membres concernant les dépenses alléguées par un joueur de football. Les administrations étrangères avaient relayé les réponses de différents clubs aux questions posées.

De même, la Cour a estimé que la directive ne réglait pas les conditions dans lesquelles le contribuable pouvait contester l'exactitude des informations transmises et n'imposait pas de conditions quant au contenu de celles-ci. Certaines informations semblaient avoir été transmises verbalement¹⁷⁷.

La directive du Conseil du 9 décembre 2014¹⁷⁸ accéléra l'extension prévue de la directive aux revenus financiers. S'alignant sur le nouveau standard de l'OCDE et, indirectement, sur les règles de FATCA, elle a transformé la directive en un véritable FATCA européen.

Les Etats membres communiquent désormais directement entre eux les informations qu'ils obtiennent des institutions financières déclarantes. Tous les comptes et toutes les informations prévues par le standard de l'OCDE font l'objet de cette communication, notamment en ce qui concerne les comptes financiers, appelés ici comptes conservateurs, les intérêts, les dividendes, les autres revenus et le produit de la vente ou du rachat des actifs financiers.

¹⁷³ Art. 9.2.

¹⁷⁴ Art. 8.1 a à e.

¹⁷⁵ Art. 17.1.

¹⁷⁶ Art. 18.2.

¹⁷⁷ CJUE, aff. C-276/12, 22 octobre 2013, Sabou.

¹⁷⁸ Directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal.

En ce qui concerne les comptes individuels, aucun seuil n'est prévu pour les comptes d'entité préexistants. Le seuil est à nouveau de 250.000 USD. En ce qui concerne les entités et particulièrement les entités non financières passives, les mêmes obligations de recherche en ce qui concerne les propriétaires ou bénéficiaires sont prévues que dans le standard¹⁷⁹.

La directive relative à la coopération administrative contenait dès sa version originale une clause de la nation la plus favorisée¹⁸⁰ qui obligeait chaque Etat membre offrant à un pays tiers une coopération plus étendue que celle qui était prévue par la directive de l'étendre aux autres Etats membres. Cette obligation pourrait notamment s'appliquer à la suite des accords conclus dans le cadre de FATCA avec les Etats-Unis¹⁸¹.

La loi belge du 16 décembre 2015 a réglé la communication de renseignements relatifs aux comptes financiers dans le cadre de l'échange automatique de renseignements organisé tant dans le cadre de la directive que dans celui de l'application de la Conventions multilatérale de l'OCDE et du Conseil de l'Europe, des conventions bilatérales préventives de la double imposition et des traités bilatéraux d'échange de renseignements fiscaux¹⁸².

La directive est basée sur l'obligation pour les « Institutions financières déclarantes » d'appliquer des règles en matière de déclaration¹⁸³ et de diligence raisonnable¹⁸⁴ et de communiquer à l'autorité compétente de l'Etat membre dont elle relève diverses informations concernant les Comptes déclarables ouverts dans ces institutions¹⁸⁵.

Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour que ses Institutions financières déclarantes soient tenues d'appliquer ces règles¹⁸⁶.

L'autorité compétente de chaque Etat membre communique à l'autorité compétente d'un autre Etat membre, dans le cadre de l'échange automatique d'informations, diverses informations relatives aux Comptes déclarables et se rapportant aux périodes d'imposition débutant le 1^{er} janvier 2016¹⁸⁷.

Les concepts utilisés par la Directive sont définis dans l'Annexe I¹⁸⁸.

Section 1. Institutions financières

Il convient d'abord de définir la notion d'Institution financière déclarante. Sont visées les institutions exerçant quatre types d'activité.

L'Etablissement gérant des dépôts de titres est une entité dont une part substantielle de l'activité consiste à détenir des actifs pour compte de tiers. Son activité sera substantielle si les revenus

¹⁷⁹ Voir annexes 1 et 2 à la Directive.

¹⁸⁰ Art. 19.

¹⁸¹ Oberson 2015, p. 116.

¹⁸² Art. 2.

¹⁸³ Annexe I de la directive, Section I.

¹⁸⁴ Annexe I, Sections II à VII.

¹⁸⁵ Annexe I, Section I, A. L'Annexe II contient des règles complémentaires en matière de déclaration et de diligence raisonnable concernant les comptes financiers.

¹⁸⁶ Directive, art. 8.3 bis, al. 1.

¹⁸⁷ Directive, art. 8.3 bis, al. 2.

¹⁸⁸ Section VIII.

bruts attribuables à la détention d'actifs financiers et aux services financiers connexes est égale ou supérieure à 20 % du revenu brut de l'entité pendant les trois années précédentes ou pendant sa période d'existence si elle est inférieure à trois ans¹⁸⁹.

L'Etablissement de dépôt est celui qui accepte des dépôts dans le cadre habituel d'une activité bancaire ou d'activités semblables¹⁹⁰.

L'Entité d'investissement du premier type est celle qui exerce comme activité principale¹⁹¹ :

- des opérations sur divers instruments financiers¹⁹² ;
- la gestion individuelle ou collective de portefeuille ;
- ou d'autres opérations d'investissement, d'administration ou de gestion d'actifs financiers ou d'argent pour compte de tiers.

Sera une Entité d'investissement du second type¹⁹³ toute entité dont les revenus proviennent principalement d'une activité d'investissement, de réinvestissement ou de négociation d'Actifs financiers¹⁹⁴ si elle est gérée par une autre entité qui est elle-même un établissement de dépôt, un établissement gérant des dépôts de titres ou une entité d'investissement du premier type.

Le caractère principal de l'activité sera à nouveau apprécié sur la base d'un test de revenu : le revenu « caractéristique » de l'entité d'investissement doit être égal ou supérieur à 50 % de ses revenus pendant une période de trois ans ou sa période d'existence si elle est plus courte¹⁹⁵.

Constitue enfin une Institution financière déclarante un Organisme d'assurance particulier, à savoir celui qui émet un Contrat d'assurance avec valeur de rachat ou un Contrat de rente ou est tenu d'effectuer des versements relatifs à ce contrat¹⁹⁶.

Institutions financières non déclarantes

Le pendant de l'Institution financière déclarante est l'Institution financière non déclarante. Sont visés¹⁹⁷ :

¹⁸⁹ Annexe I, Section VIII, A, 8.

¹⁹⁰ Annexe I, Section VIII, A, 8.

¹⁹¹ Annexe I, Section VIII, A, 6, al. 1, a).

¹⁹² Instruments du marché monétaire (chèques, billets, certificats de dépôt, instruments financiers dérivés, etc.), marché des changes, instruments sur devises, taux d'intérêt et indices, valeurs mobilières, marchés à terme de marchandises.

¹⁹³ Annexe I, Section VIII, A, 6, al. 1, b).

¹⁹⁴ L'Actif financier se définit comme :

- un titre (part de capital dans une société, part ou droit de jouissance dans une société de personnes – « partnership » comptant de nombreux associés ou une société en commandite par actions cotée en bourse ou un trust ;
- une participation ;
- une marchandise ;
- un contrat d'échange (de taux par exemple) ;
- un contrat d'assurance ou un contrat de rente ;
- tout droit attaché aux actifs cités ci-dessus.

Un intérêt direct dans un immeuble sans recours à l'emprunt ne constitue pas un Actif financier (Annexe I, A, 7).

¹⁹⁵ Annexe I, A, 6, al. 2.

¹⁹⁶ Annexe I, A, 8. La société holding d'un organisme d'assurance est également visée.

¹⁹⁷ Annexe I, B, 1).

- les Entités publiques, les Organisations internationales ou les Banques centrales, sauf en ce qui concerne les paiements liés à une activité financière commerciale exercée par une Institution financière déclarante autre qu'une Entité d'investissement¹⁹⁸ ;
- certains types de Caisses de retraite¹⁹⁹, de Fonds de pension d'Entités publiques, d'Organisations internationales ou de Banques centrales²⁰⁰, les émetteurs de cartes de crédit²⁰¹ ;
- les autres Entités qui présentent de faibles risques d'être utilisés à des fins de fraude fiscale, semblables aux précédentes et inscrites sur une liste communiquée par chaque Etat membre à la Commission²⁰² ;
- les Organismes de placement collectifs dispensés qui comprennent²⁰³ les Entités d'investissement réglementées en tant qu'organisme de placement collectif (OPCVM) à condition que les participations y soient détenues en totalité par des personnes physiques ou des Entités qui ne sont pas des Personnes soumises à déclaration²⁰⁴ ;
- les trusts si le trustee est une Institution financière déclarante et communique toutes les informations requises concernant l'ensemble des Comptes déclarables du trust.

Section 2. Comptes déclarables

Les Institutions financières déclarantes doivent déclarer à l'autorité compétente de leur Etat membre les Comptes déclarables ouverts chez elles.

Il importe donc en second lieu de définir les Comptes déclarables.

Le Compte déclarable est un compte financier ouvert auprès d'une Institution financière déclarante d'un Etat membre et détenu, soit par une Personne devant faire l'objet d'une déclaration, soit par une Entité non financière (ENF) passive contrôlée par des Personnes devant l'objet d'une déclaration.

Il y a lieu de définir ces trois concepts.

§ 1. Compte financier

Un Compte financier est un compte ouvert auprès d'une institution financière, qui peut être de différentes natures.

Le Compte de dépôt comprend d'abord des comptes proprement dits :

- les comptes commerciaux et comptes-chèques, les comptes d'épargne ou à terme ;

¹⁹⁸ Annexe I, Section VIII, B, 2), 3) et 4).

¹⁹⁹ A participation large ou étroite. Annexe I, Section VIII, B, 5) et 6).

²⁰⁰ Annexe I, Section VIII, B, 7).

²⁰¹ Annexe I, Section VIII, B, 8).

²⁰² Directive, art. 8.7 bis.

²⁰³ Annexe I, Section VIII, B, 9.

²⁰⁴ Sont exclues les Entités non financières (ENF) passives dont le contrôle est détenu par des Personnes devant faire l'objet d'une déclaration.

- les comptes dont l'existence est attestée par un certificat, un titre de créance ou un instrument analogue, détenu auprès d'une Institution financière dans le cadre habituel d'une activité bancaire ou similaire.

Il comprend en outre les sommes détenues par les organismes d'assurance en vertu d'un contrat de placement garanti ou d'un contrat semblable productif d'intérêts à verser ou à porter au crédit du titulaire.

Le Compte conservateur est un compte sur lequel figurent un ou plusieurs Actifs financiers au bénéfice d'une autre personne.

Constituent aussi des Comptes financiers trois types de titres ou de contrats.

Il s'agit d'abord de tout titre de participation²⁰⁵ ou de créance déposé auprès d'une Entité d'investissement, sauf s'il est seulement déposé aux fins de conseil ou de gestion d'Actifs financiers²⁰⁶.

Il s'agit ensuite des titres de participation ou de créance dans des Institutions financières autres que des Entités d'investissement si cette catégorie de titres a été créée pour se soustraire aux déclarations prévues par la Directive²⁰⁷.

Il s'agit enfin des Contrats d'assurance avec valeur de rachat ou des Contrats de rente établis ou gérés par une Institution financière²⁰⁸.

§ 2. Titulaire du Compte financier

Le Compte financier pour être un Compte déclarable doit être ouvert auprès d'une Institution financière déclarante d'un Etat membre et être détenu par un titulaire entrant dans l'une des deux catégories décrites ci-après.

A. Personnes devant faire l'objet d'une déclaration

La première catégorie est celle des Personnes devant faire l'objet d'une déclaration, c'est-à-dire de toute Personne d'un Etat membre (personne physique, Entité ou succession établie dans un autre Etat membre) autre qu'une société cotée régulièrement sur un marché réglementé ou une société qui lui est liée, une Entité publique, une Organisation internationale ou une Banque centrale ou une Institution financière²⁰⁹.

B. Entités non financières passives (ENF)

²⁰⁵ Dans le cas d'une Institution financière qui est une société de personnes, toute participation au capital ou aux bénéfices de cette société constitue un Titre de participation (Annexe I, Section VIII, C, 4)).

²⁰⁶ Annexe I, Section VIII, C, 1, a).

²⁰⁷ Annexe I, Section VIII, C, 1, b).

²⁰⁸ Annexe I, Section VIII, C, 1, c). Sont exclues les rentes viagères correspondant à des pensions de retraite ou d'invalidité perçues dans des comptes exclus (cf. infra).

²⁰⁹ Annexe I, Section VIII, D, 1), 2) et 3).

La seconde catégorie est celle des Entités non financières passives contrôlées par des Personnes devant faire l'objet d'une déclaration.

Une Entité non financière (ENF) est une Entité autre qu'une Institution financière. Elle est passive quand elle ne satisfait pas aux critères d'activité suivants qui caractérisent une ENF active :

- a) moins de 50 % des revenus bruts de l'Entité pour l'année précédente sont passifs et moins de 50 % de ses actifs détenus au cours de l'année précédente sont actifs générateurs de revenus passifs ;
- b) les actions de l'ENF font l'objet de transactions régulières sur un marché boursier réglementé ou l'ENF est liée à une telle ENF ;
- c) l'ENF est une Entité publique, une Organisation internationale, une Banque centrale ou une Entité détenue à 100 % par l'une de ces structures ;
- d) l'ENF est une holding, c'est-à-dire que ses activités essentielles consistent à détenir les actions émises par une ou plusieurs filiales dont les activités ne sont pas celle d'une Institution financière ou à proposer des financements ou des services à ces filiales²¹⁰ ;
- e) l'ENF est une « startup » : elle n'exerce pas d'activité mais investit des capitaux dans des actifs en vue d'exercer une activité autre que celle d'une Institution financière, ce pendant 24 mois au maximum à partir de sa constitution ;
- f) l'ENF, qui n'était pas une Institution financière pendant les cinq années précédentes, liquide ses actifs ou se restructure en vue de poursuivre ou de reprendre des activités autres que celles d'une Institution financière ;
- g) l'ENF se consacre exclusivement au financement d'entités liées autres que des Institutions financières et à des transactions de couverture en leur faveur au sein d'un groupe dont l'activité principale n'est pas celle d'une Institution financière ;
- h) l'ENF est une « charity », se consacrant à des fins désintéressées ou est une organisation professionnelle, civique ou de bien-être social, exonéré d'impôt, sans actionnaires, dont le droit exclut la distribution de ses recettes ou actifs à des personnes physiques ou à des organismes lucratifs²¹¹ et impose, en cas de liquidation, la distribution de ses actifs à une Entité publique, à une autre organisation à but non lucratif ou au gouvernement.

Section 3. Déclaration

La déclaration de l'Institution financière à l'autorité compétente doit contenir d'abord pour chaque compte déclarable²¹² l'identité complète du Titulaire du compte s'il s'agit d'une personne physique et, s'il s'agit d'une Entité contrôlée par des Personnes devant faire l'objet d'une déclaration, l'identification de cette Entité et des Personnes qui la contrôlent.

²¹⁰ L'Entité ne peut toutefois opérer comme un fonds de placement.

²¹¹ Sauf en relation avec des activités caritatives, à titre de rémunération de services ou de paiement de biens.

²¹² Annexe I, Section I, A, 1).

Le Titulaire du compte est la personne enregistrée ou identifiée comme titulaire d'un Compte financier par l'Institution financière qui gère le compte, à l'exclusion d'un mandataire ou intermédiaire.

Dans le cas d'un Contrat d'assurance avec valeur de rachat ou d'un Contrat de rente, le Titulaire du compte est la personne pouvant tirer parti de la Valeur de rachat ou pouvant changer le bénéficiaire du contrat ou, si nul ne le peut, la personne désignée comme bénéficiaire dans le contrat et celle qui jouit en vertu du contrat d'un droit absolu à des paiements²¹³.

Pour tous les Comptes déclarables, la déclaration contient aussi le numéro du compte ou son équivalent en l'absence de numéro, l'identification de l'Institution financière déclarante et le solde du compte en fin d'année (ou la Valeur de rachat pour un Contrat d'assurance ou de rente) ou à la clôture en cours d'année²¹⁴.

Si le compte est un Compte conservateur, la déclaration contiendra :

- le montant brut total des intérêts, dividendes et autres revenus produits par les actifs en compte au cours de l'année ou de la période de référence ;
- le produit brut total de la vente ou du rachat d'Actifs financiers au cours de la même période²¹⁵.

Pour les comptes de dépôt, la déclaration indiquera le montant brut total des intérêts versés ou crédités pendant la période de référence²¹⁶.

Pour un autre compte, l'Institution déclarera le montant brut total versé au Titulaire ou porté à son crédit pendant la période, y compris les sommes remboursées au Titulaire²¹⁷. La déclaration indiquera la monnaie dans laquelle chaque montant est libellé²¹⁸.

Section 4. Communication

Les informations faisant l'objet de la déclaration sont celles qui font l'objet de la communication par l'autorité compétente de chaque Etat à l'autorité compétente de l'autre Etat²¹⁹.

Le montant et la qualification des versements effectués sont déterminés, sauf disposition contraire, par la législation nationale de l'Etat qui communique²²⁰.

Section 5. Diligence raisonnable

²¹³ Annexe I, Section VIII, E, 1). A l'échéance du contrat, chaque personne en droit de percevoir une somme d'argent est considérée comme Titulaire du compte.

²¹⁴ Annexe I, Section I, A, 2) à 4).

²¹⁵ Annexe I, Section I, A, 5).

²¹⁶ Annexe I, Section I, A, 6).

²¹⁷ Annexe I, Section I, A, 7).

²¹⁸ Annexe I, Section I, B.

²¹⁹ Directive, art. 8.3 bis.

²²⁰ Directive, art. 8.3 bis, avant-dernier alinéa.

Les obligations de diligence raisonnable auxquelles doivent se conformer les Institutions financières varient selon qu'elles concernent des comptes de personnes physiques ou des comptes d'entités et selon que ces comptes sont préexistants ou nouveaux, de faible valeur ou de valeur élevée.

Afin de simplifier la tâche des Institutions financières, le texte les autorise à appliquer la procédure plus développée prévue pour les nouveaux comptes aux Comptes préexistants et la procédure relative aux Comptes de valeur élevée aux comptes à faible valeur²²¹.

Les comptes préexistants sont ceux qui étaient gérés au 31 décembre 2015 par une Institution financière déclarante²²². Y sont assimilés les comptes considérés comme formant un Compte financier unique avec le compte préexistant, indépendamment de leur date d'ouverture et si les procédures AML/KYC relatives aux comptes préexistants peuvent leur être appliquées²²³.

Les Institutions financières peuvent être autorisées par chaque Etat membre à recourir à des prestataires de services pour remplir leurs obligations, mais elles en conservent la responsabilité²²⁴.

§ 1. Comptes de personnes physiques

A. Comptes de personnes physiques préexistants

1. Comptes de personnes physiques préexistants de faible valeur

Un compte de personne physique préexistant dont le solde ou la valeur agrégée ne dépasse pas au 31 décembre 2015 ou au 31 décembre d'une année ultérieure l'équivalent d'un million USD est un compte de faible valeur²²⁵.

Procédures

Si l'Institution financière a dans ses dossiers une adresse de résidence actuelle basée sur des Pièces justificatives, elle peut considérer le Titulaire comme résident de l'Etat membre ou de la juridiction autre où se situe l'adresse afin de déterminer si le Titulaire est une Personne devant faire l'objet d'une déclaration²²⁶.

A défaut, l'Institution financière doit examiner les données pouvant faire l'objet de recherches par voie électronique pour déceler un ou plusieurs indices de résidence²²⁷ :

- identification comme résident d'un Etat membre ;
- adresse postale ou de résidence dans un Etat membre y compris une boîte postale ;

²²¹ Annexe I, Section VIII, E.

²²² Annexe I, Section VIII, C, 9), a).

²²³ Annexe I, Section VIII, C, 9), b).

²²⁴ Annexe I, Section II, D.

²²⁵ Annexe I, Section VIII, C, 14).

²²⁶ Annexe I, Section III, B, 1).

²²⁷ Annexe I, Section III, B, 2).

- numéro de téléphone dans un Etat membre et absence de numéro de téléphone dans l'Etat membre de l'Institution financière déclarante ;
- ordre de virement permanent, sauf sur un Compte de dépôt, vers un compte géré dans un Etat membre ;
- procuration ou délégation de signature en cours de validité à une personne dont l'adresse se situe dans un Etat membre ;
- adresse « poste restante » ou « à l'attention de » si aucune autre adresse n'est enregistrée.

Si aucun indice n'apparaît, aucune autre démarche n'est requise jusqu'à ce qu'apparaisse un changement de circonstances révélant un ou plusieurs indices ou jusqu'à ce que le compte devienne un compte de valeur élevée²²⁸.

Si un indice autre qu'une adresse « poste restante » ou « à l'attention de » apparaît ou si un changement de circonstances révèle un ou plusieurs indices, l'Institution doit traiter le Titulaire du compte comme résident de chaque Etat membre pour lequel un indice est identifié²²⁹.

Toutefois, l'Institution ne doit pas agir ainsi malgré l'existence d'indices consistant en un numéro de téléphone ou un ordre de virement permanents si elle possède une autocertification émanant du Titulaire du compte ne mentionnant pas l'Etat membre concerné et une Pièce justificative établissant que le Titulaire n'est pas soumis à déclaration.

Il en est de même en cas d'indice résultant d'une procuration ou d'une délégation de signature²³⁰.

En cas d'indice résultant de la mention « poste restante » ou « à l'attention de », l'Institution doit effectuer une recherche dans les dossiers papier comme pour un compte de valeur élevée ou s'efforcer d'obtenir du Titulaire une autocertification ou des Pièces justificatives établissant son adresse postale.

En cas d'échec, l'Institution doit déclarer le compte comme compte non documenté²³¹.

2. Comptes de personnes physiques préexistants de valeur élevée

Un compte de valeur élevée est un compte dont le solde ou la valeur agrégée dépasse, au 31 décembre 2015 ou au 31 décembre d'une année ultérieure, un montant équivalent à un million USD²³².

Procédure

L'Institution doit appliquer une procédure d'examen approfondie.

²²⁸ Annexe I, Section III, B, 3).

²²⁹ Annexe I, Section III, B, 4).

²³⁰ Annexe I, Section III, B, 6).

²³¹ Annexe I, Section III, B, 5).

²³² Annexe I, Section VIII, C, 15).

Elle commencera pas une recherche électronique permettant de déceler les indices cités ci-dessus²³³.

Aucune autre recherche n'est requise si les bases de données contiennent des informations suffisantes, à savoir :

- la situation du Titulaire en matière de résidence ;
- son adresse de résidence et son adresse postale figurant au dossier ;
- son ou ses numéros de téléphone ;
- dans le cas de Comptes financiers autres que des Comptes de dépôt, un éventuel ordre de virement permanent ;
- une éventuelle adresse « poste restante » ou « à l'attention de » ;
- une éventuelle procuration ou délégation de signature²³⁴.

Si les bases de données ne contiennent pas toutes ces informations, l'Institution doit examiner le dossier principal actuel du client et, si nécessaire, divers documents associés au compte et obtenus au cours des cinq années précédentes en vue de rechercher les indices déjà cités.

Les documents sont :

- les Pièces justificatives collectées le plus récemment ;
- la convention ou le document d'ouverture de compte le plus récent ;
- la documentation AML/KYC la plus récente ;
- toute procuration ou délégation de signature en cours de validité ;
- tout ordre de virement permanent en cours de validité, sauf pour un Compte de dépôt²³⁵.

L'Institution devra en outre interroger le chargé de clientèle éventuel du client et considérer le compte comme déclarable si le chargé de clientèle sait qu'il l'est²³⁶.

Si les indices sont découverts ou si un changement de circonstances révèle des indices, l'Institution doit agir comme pour les comptes de faible valeur²³⁷ :

- considérer le compte comme déclarable dans chaque Etat pour lequel un indice autre que l'indice « poste restante » est découvert sauf application de l'exception résultant de l'existence d'une autocertification ou d'une Pièce justificative ;
- si l'indice « poste restante » est découvert, obtenir une autocertification ou une Pièce justificative de l'adresse fiscale du Titulaire et, à défaut, déclarer le compte comme non documenté.

§ 2. Comptes d'entités

A. Comptes d'entité préexistants

²³³ Annexe I, Section III, B, 1).

²³⁴ Annexe I, Section III, B, 3).

²³⁵ Annexe I, Section III, C, 2).

²³⁶ Annexe I, Section III, C, 4).

²³⁷ Annexe I, Section III, C, 5).

1. Comptes non soumis à examen, identification ou déclaration

Sauf si l'Institution financière déclarante en décide autrement, un Compte d'entité préexistant dont le solde ou la valeur agrégée n'excède pas au 31 décembre 2015 250.000 USD ne doit pas être examiné, identifié ou déclaré tant que son solde ou sa valeur agrégée n'excède pas ce montant au 31 décembre de toute année ultérieure.

2. Comptes soumis à examen

Doivent être déclarés les Comptes d'entité préexistants qui sont détenus par une Entité qui est une Personne devant faire l'objet d'une déclaration ou par une ENF passive dont une ou plusieurs Personnes la contrôlant sont des Personnes devant faire l'objet d'une déclaration.

On constatera que la Directive a une portée extra-territoriale puisqu'elle vise des Entités de pays tiers contrôlées par des résidents d'Etats non membres de l'Union.

La procédure d'examen doit permettre de déterminer en premier lieu si l'Entité est une Personne devant faire l'objet d'une déclaration. L'institution examinera d'abord les informations obtenues à des fins réglementaires ou à des fins de relation avec le client y compris lors de procédures AML/KYC afin de déterminer si le Titulaire est résident dans un Etat membre. Le lieu de constitution ou de création ou une adresse dans un Etat membre font partie des informations indiquant une résidence du Titulaire dans un Etat membre.

Si les informations ainsi obtenues indiquent que le titulaire est résident dans un Etat membre, l'institution doit considérer le compte comme un compte déclarable sauf si elle obtient une auto-certification du titulaire ou détermine avec une certitude suffisante sur la base d'informations qu'elle possède ou qui sont accessibles au public que le Titulaire n'est pas une Personne devant faire l'objet d'une déclaration.

L'institution devra déterminer ensuite si l'Entité est une ENF passive dont les Personnes qui la contrôlent sont des Personnes devant faire l'objet d'une déclaration. Cette détermination implique différentes étapes.

L'institution déterminera d'abord si le titulaire est une ENF passive. Elle obtiendra à cette fin une auto-certification du titulaire établissant son statut sauf si elle détermine avec une certitude suffisante sur la base d'informations qu'elle possède ou qui sont accessibles au public que le Titulaire du compte est une ENF active ou une Institution financière qui n'est pas une institution financière d'une Juridiction partenaire²³⁸.

Si l'entité elle-même n'est pas une Personne devant faire l'objet d'une déclaration, l'institution devra déterminer si l'Entité est une ENF passive dont les personnes qui la contrôlent sont des

²³⁸ Encore faut-il que l'institution financière ne soit pas une Entité d'investissement dont les revenus bruts proviennent principalement d'une activité d'investissement, de ré-investissement ou de négociation d'actifs financiers si elle est gérée par une autre Entité qui est un Etablissement de dépôts, un Etablissement gérant des dépôts de titres, un Organisme d'assurance particulier ou une Entité d'investissement exerçant comme activité principale les transactions sur marché, la gestion de portefeuilles ou les autres opérations de gestion d'Actifs financiers.

Personnes devant faire l'objet d'une déclaration. A cette fin, l'institution suivra une procédure en trois étapes.

Elle identifiera ensuite les personnes détenant le contrôle d'un titulaire de compte sur la base des informations recueillies lors des procédures AML/KYC.

Elle déterminera enfin si une personne détenant le contrôle d'une ENF passive est une Personne devant faire l'objet d'une déclaration. Elle peut se fonder à cette fin sur les informations recueillies lors des procédures AML/KYC dans le cas des ENF détenant des Comptes d'entités préexistants dont le solde ou la valeur agrégée ne dépasse pas 1.000.000 USD, ou sur une auto-certification du titulaire du compte ou de la personne en détenant le contrôle ou émanant de l'Etat concerné.

Le calendrier d'examen est le suivant :

- pour les Comptes d'entité préexistants supérieurs à 250.000 USD au 31 décembre 2015, avant le 31 décembre 2017 ;
- pour les comptes n'excédant pas ce montant dans l'année civile qui suit l'année au cours de laquelle le solde ou la valeur agrégée du compte dépasse ce montant. Si un changement de circonstance survient faisant constater ou devant faire constater que l'auto-certification ou un autre document associé au compte est inexact ou n'est pas fiable, l'institution doit déterminer à nouveau le statut du compte par les mêmes procédures.

B. Nouveaux comptes d'Entités

L'institution doit déterminer d'abord si l'Entité est une Personne devant faire l'objet d'une déclaration.

Ensuite, elle déterminera si l'entité est une ENF passive contrôlée par des Personnes devant faire l'objet d'une déclaration. Elle suivra à cette fin les étapes décrites ci-dessus.

Agrégation

Pour déterminer le solde ou la valeur agrégée des comptes financiers détenus par une personne physique, l'Institution financière déclarante doit agréger tous les Comptes financiers gérés par elle ou par une Entité liée, mais seulement dans la mesure où ses systèmes informatiques établissent un lien entre ces comptes.

Pour déterminer le solde ou la valeur agrégée des Comptes financiers d'Entités, il en est de même.

Chaque Institution financière doit également agréger les soldes de tous les comptes lorsqu'un chargé de clientèle sait ou a lieu de savoir que ces comptes appartiennent à la même personne ou sont contrôlés ou ont été ouverts par la même personne²³⁹.

²³⁹ Annexe I, Section VII.

Section 6. Echange de rulings

L'échange de rulings est organisé par la Directive (UE) 2015/2376 du Conseil du 8 décembre 2015 modifiant la Directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal. L'exposé des motifs de la Directive constate que, si l'échange spontané d'informations dans les cas où l'autorité compétente d'un Etat membre a des raisons de supposer qu'il peut exister une perte d'impôts dans un autre Etat membre s'applique déjà aux décisions fiscales qu'un Etat membre émet à l'intention d'un contribuable spécifique à propos de dispositions transfrontalières. Toutefois, des difficultés entravent l'efficacité de cet échange, notamment la marge d'appréciation dont dispose l'Etat membre de délivrance pour décider quels autres Etats membres devraient être informés. D'où la nécessité de rendre ces informations accessibles à tous les Etats membres. La Directive définit la décision fiscale anticipée en matière transfrontalière. Il s'agit de tout instrument émis, modifié ou renouvelé dans le contexte d'un contrôle fiscal et qui remplis les conditions suivantes :

- a) Il émane du gouvernement ou de l'administration fiscale d'un Etat membre ou des entités territoriales ou administratives de cet Etat ;
- b) Il est destiné à une personne spécifique ou à un groupe de personnes pour autant que celles-ci aient le droit de s'en prévaloir ;
- c) Il porte sur l'interprétation ou l'application d'une disposition législative ou administrative, fiscale, nationale ou subnationale ;
- d) Il se rapporte à une opération transfrontalière ou à la question de savoir si les activités exercées dans une autre juridiction créent ou non un établissement stable et
- e) Il est établi préalablement aux opérations et aux activités menées dans l'autre juridiction ou préalablement au dépôt d'une déclaration fiscale couvrant la période au cours de laquelle ces opérations ou activités ont eu lieu.

L'opération transfrontalière peut inclure de manière non limitative la réalisation d'investissements, la fourniture de biens, services et financement ou l'utilisation d'actifs corporels ou incorporels. Elle ne doit pas nécessairement faire intervenir directement le destinataire de la décision.

De même²⁴⁰, la Directive définit l'accord préalable en matière de prix de transfert comme tout instrument ayant des effets similaires y compris lorsqu'il est émis dans le cadre d'un contrôle fiscal, et qui remplit les conditions d'émission, pour le compte du gouvernement ou de l'administration fiscale nationale ou subnationale, à l'intention d'une personne spécifique ou d'un groupe de personnes qui peut s'en prévaloir et qui en l'espèce détermine préalablement aux opérations transfrontières entre entreprises associées un ensemble de critères appropriés afin de définir les méthodes de fixation des prix de transfert applicables à ces opérations ou l'imputation des bénéfices à un établissement stable.

Champ d'application

L'échange automatique et obligatoire d'informations s'applique à toute décision fiscale anticipée qui est émise, modifiée ou renouvelée après le 31 décembre 2016. Elle est communiquée à tous les autres Etats membres et à la Commission européenne.

²⁴⁰ Art. 3.14 modifié.

Sont également communiquées les décisions fiscales anticipées en matière transfrontalière et les accords préalables en matière de prix de transfert qui ont été émis, modifiés ou renouvelés au cours d'une période commençant 5 ans avant le 1^{er} janvier 2017, c'est-à-dire le 1^{er} janvier 2012. Toutefois, en ce qui concerne les décisions et accords qui ont pris date entre le 1^{er} janvier 2012 et le 31 décembre 2013, la communication n'est effectuée que s'ils sont toujours valables au 1^{er} janvier 2014.

Si ces décisions ou accords prennent date entre le 1^{er} janvier 2014 et le 31 décembre 2016, la communication est effectuée qu'ils soient toujours valables ou non.

Règle de minimis

La communication n'est pas obligatoire dès lors que les décisions ou accords prenant date avant le 1^{er} avril 2016 à l'intention d'une personne spécifique ou d'un groupe de personnes, à l'exclusion de celles qui se livrent essentiellement à des activités financières ou d'investissements, s'adressent à des personnes dont le chiffre d'affaires annuel net au niveau du groupe est inférieur à 40 millions d'euros au cours de l'exercice fiscal précédant la date pertinente.

Exception

Les accords préalables bilatéraux ou multilatéraux en matière de prix de transfert conclus avec des pays tiers sont exclus de l'obligation de communication lorsque l'accord fiscal international présidant à leur négociation n'autorise pas leur divulgation à des tiers. Après autorisation, ils feront l'objet de la communication. S'ils sont exclus, les informations visées dans la demande doivent faire l'objet d'un échange.

La règle ne s'applique pas aux affaires des personnes physiques.

Modalité pratique

La communication contient les éléments suivants :

- a) identification de la personne ou du groupe de personnes ;
- b) résumé du contenu de la décision ou de l'accord y compris la description des activités et opérations concernées, présentées de manière abstraite ;
- c) les dates d'émission de modification ou de renouvellement ;
- d) la date de début de la période de validité si elle est spécifiée ;
- e) la fin de la période validité si elle est spécifiée ;
- f) le type de décision ou d'accord ;
- g) le montant des opérations s'il est visé dans la décision ou dans l'accord ;
- h) la description des critères utilisés pour fixer le prix de transfert ou le prix de transfert lui-même dans le cas d'un accord préalable en matière de prix de transfert ;
- i) la description de la méthode utilisée pour le fixer ou le prix lui-même ;
- j) l'identification des autres Etats membres susceptibles d'être concernés ;
- k) l'identification des personnes susceptibles d'être concernées dans les autres Etats membres ;

- l) une mention précisant si les informations sont basées sur la décision ou l'accord ou sur la demande dans le cas exceptionnel mentionné ci-dessus²⁴¹.

Les informations définies au paragraphe 6.a) b) h) et k) ne sont pas communiquées à la Commission.

Un formulaire type de communication sera adopté. Des informations communiquées à la Commission restent confidentielles.

Répertoire central

La Commission mettra au point au plus le 31 décembre 2017 un répertoire central sécurisé destiné aux Etats membres dans lequel les informations relatives aux rulings et APA seront enregistrées²⁴².

Délai

Pour les informations échangées en ce qui concerne les rulings postérieurs au 31 décembre 2016, l'échange aura lieu au plus tard 3 mois après la fin du semestre. Pour les autres informations, il aura lieu avant le 1^{er} janvier 2018.

La Directive doit être transposée au plus tard le 31 décembre 2016 et appliquée à partir du 1^{er} janvier 2017. Cette réglementation fait suite à la diffusion de rulings luxembourgeois connu sous le nom de Luxleaks. L'action 5 du rapport de l'OCDE concernant BEPS prévoit cet échange de ruling sur la base des instruments conventionnels existants qui s'appliqueront dans les rapports avec les pays n'appartenant pas à l'Union européenne. La Belgique a déjà annoncé qu'elle procéderait immédiatement à l'échange prévu.

Section 7. Déclaration pays par pays

Le plan BEPS de l'OCDE, en son Action 13 relative à la documentation en matière de prix de transfert prévoit la rédaction au sein des groupes multinationaux de trois types de documents :

- un « master file » détaillant les transferts intra-groupe propres à un pays ;
- un rapport pays par pays donnant un ensemble de renseignements pour chaque pays où le groupe opère²⁴³.

La directive relative à l'échange d'informations a été modifiée²⁴⁴ pour imposer une déclaration pays par pays à l'Entité mère ultime d'un groupe d'entreprises multinationales résidente sur son territoire ou, à défaut, une Entité constitutive créée dans un Etat membre, c'est-à-dire une Entité catégorisée dans les Etats financiers consolidés du Groupe ou qui le serait si elle était cotée en bourse²⁴⁵.

Cette déclaration contient des informations agrégées pour chaque juridiction sur :

²⁴¹ Art. 8bis.

²⁴² Art. 21.3 b) 5.

²⁴³ Action 13 Report, pp. 14-16.

²⁴⁴ Directive (UE) 2016/881 du Conseil du 25 mai 2016.

²⁴⁵ Art. 8 bis bis et annexe III.

- le chiffre d'affaires et le bénéfice ou la perte avant impôts ;
- le capital social et les bénéfices non distribués ;
- le nombre d'employés et les actifs corporels hors trésorerie.

Elle indique également l'identité de chaque Entité constitutive et la nature de son activité.

Ces informations sont utilisées pour évaluer les risques liés aux prix de transfert²⁴⁶. Elles sont communiquées à chaque Etat où une Entité du groupe est imposée.

CHAPITRE IX DIRECTIVE ANTI-ÉVASION FISCALE

La directive établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur²⁴⁷ anticipe sur différentes propositions formulées par l'OCDE dans le cadre de son initiative BEPS (Base Erosion Profit Shifting).

Elle veut fournir un cadre commun pour la réalisation du projet dans l'Union européenne et éviter des mesures unilatérales ou divergentes. Elle énonce donc des principes, laissant aux Etats membres le soin de les mettre en oeuvre.

§ 1. Limitation des intérêts

Les coûts d'emprunt sont définis comme étant des intérêts et coûts économiquement équivalents²⁴⁸. Les surcoûts d'emprunts sont les dépassements des coûts d'emprunts déductibles par rapport aux revenus d'intérêts imposables et autres revenus économiquement équivalents perçus par le contribuable, conformément au droit national²⁴⁹. Les surcoûts d'emprunts sont déductibles au titre de la période d'imposition pendant laquelle ils ont été engagés mais uniquement à hauteur de 30 % du bénéfice avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissements (EBITDA) du contribuable. Les Etats membres ont toutefois la faculté de considérer globalement comme contribuable les entités qui peuvent appliquer des règles pour le compte d'un groupe, tel que défini en droit fiscal national et d'y englober une entité d'un groupe, tel que défini dans le groupe fiscal national qui ne consolide pas les résultats de ses membres à des fins fiscales. Dans cette situation, les surcoûts d'emprunts et l'EBITDA peuvent être calculés au niveau du groupe.

L'EBITDA est calculé en ajoutant aux revenus soumis à impôts les montants ajustés à des fins fiscales correspondant aux surcoûts d'emprunts et les montants ajustés à des fins fiscales correspondant à la dépréciation et à l'amortissement. Les revenus exonérés d'impôts sont exclus de l'EBITDA.

Toutefois, en vertu d'une règle de minimis, le contribuable peut être autorisé à déduire les surcoûts d'emprunts à hauteur de 3 mio. d'euros et à déduire l'intégralité des surcoûts

²⁴⁶ Art. 16.6.

²⁴⁷ Directive UE (2016) 1164 du Conseil du 12 juillet 2016.

²⁴⁸ Art. 2.1.

²⁴⁹ Art. 2.2.

d'emprunts s'il est une entité autonome, c'est-à-dire qu'il ne fait pas partie d'un groupe consolidé et n'a pas d'entreprise associée ou d'établissement stable.

Régime spécial applicable aux groupes

Si le contribuable est membre d'un groupe consolidé, il peut être autorisé à déduire l'intégralité des surcoûts d'emprunts s'il démontre que le ratio entre ses fonds propres et l'ensemble de ses actifs est égal ou supérieur au ratio équivalent du groupe. Toutefois, les conditions suivantes doivent être remplies :

- (i) Le ratio entre fonds propres du contribuable et ensemble de ses actifs est considéré comme égal au ratio équivalent du groupe si le premier ratio est inférieur de 2 points de pourcentage au maximum au second ;
- (ii) L'ensemble des actifs et passifs sont estimés selon la même méthode que celle qui est utilisée dans des Etats financiers consolidés.

Le contribuable peut également être autorisé à déduire les surcoûts d'emprunts pour un montant encore supérieur au montant précédent selon un calcul à réaliser en deux étapes :

- (i) Déterminer le ratio du groupe en divisant les surcoûts d'emprunts du groupe vis-à-vis de tiers par l'EBITDA du groupe ;
- (ii) Multiplier le ratio du groupe par l'EBITDA du contribuable.

Report

Il peut être permis de reporter sur des exercices futurs les surcoûts d'emprunts qui ne peuvent pas être déduits pendant la période d'imposition. Ils peuvent de même être, le cas échéant, reportés sur les trois exercices antérieurs. On peut également reporter sur des exercices futurs sans limite de temps les surcoûts d'emprunts et, dans une limite de cinq ans maximum, la capacité inemployée de déduction des intérêts lorsque la déduction ne peut pas intervenir pendant la période d'imposition.

Peuvent être exclus du champ d'application des limitations les emprunts antérieurs au 17 juin 2016 et les emprunts utilisés pour financer des projets d'infrastructure publics à long terme à condition de localisation de l'opérateur, des coûts, des actifs et des revenus dans l'Union²⁵⁰.

§ 2. Imposition à la sortie

Le contribuable doit être soumis à une imposition calculée sur la base de la plus-value, c'est-à-dire de la différence entre la valeur de marché d'actifs transférés et la valeur fiscale desdits actifs dans différentes situations :

- a) Transfert vers un établissement stable situé dans un autre Etat membre ou un pays tiers dès lors que l'Etat membre du siège n'a plus le droit d'imposer les actifs en raison du transfert ;

²⁵⁰ Art. 4.

- b) Transfert des actifs d'un établissement stable situé dans un Etat membre vers le siège ou un autre établissement stable situé dans un autre Etat membre ou un pays tiers avec perte du droit d'imposer les actifs transférés ;
- c) Transfert de la résidence fiscale du contribuable vers un autre Etat membre ou un pays tiers à l'exception des actifs qui restent effectivement rattachés à un établissement stable situé dans l'Etat membre d'origine ;
- d) Transfert de l'activité exercée par un établissement stable d'un Etat membre vers un autre Etat membre ou un pays tiers, toujours à la même condition de perte du droit de l'Etat membre d'origine d'imposer les actifs transférés.

L'impôt ainsi dû peut être échelonné sur cinq ans dans les situations suivantes :

- a) Transfert vers un établissement stable dans l'UE ou l'EEE ;
- b) Transfert d'actifs d'un établissement stable vers le siège ou un autre établissement stable situé dans l'UE ou l'EEE ;
- c) Transfert de résidence fiscale dans l'UE ou un pays tiers de l'EEE ;
- d) Transfert de l'activité d'un établissement stable dans un Etat de l'UE ou de l'EEE.

Toutefois, en ce qui concerne les pays tiers parties à l'accord EEE, la disposition n'est applicable que s'ils ont conclu avec l'Etat membre ou avec l'Union un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances fiscales offrant une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive.

En cas de report de paiement, des intérêts peuvent être dus.

S'il existe un risque de non-recouvrement, le contribuable peut être tenu de constituer une garantie pour pouvoir reporter le paiement sauf si la dette fiscale peut être recouverte sur un autre contribuable faisant partie du même groupe et ayant sa résidence fiscale dans l'Etat membre concerné.

Le report de paiement est interrompu et la dette fiscale devient exigible dans différentes situations de mise en péril de la créance du Trésor. Lorsqu'il y a transfert vers un autre Etat membre, l'Etat membre d'arrivée accepte la valeur établie par l'Etat membre de sortie comme valeur de départ des actifs sauf si elle ne reflète pas la valeur de marché.

La valeur de marché est constituée par le montant en contrepartie duquel un actif peut être échangé ou pour lequel des obligations mutuelles peuvent être définies entre acheteur(s) et vendeur(s) indépendant(s) dans une opération directe.

Si les actifs sont destinés à revenir dans l'Etat membre d'origine dans un délai de douze mois, les dispositions ne sont pas applicables au transfert d'actifs liés à un financement sur titres à une garantie ou à un transfert d'actifs en raison d'exigences plus anciennes ou à des fins de gestion des liquidités²⁵¹.

§ 3. Clause anti-abus générale

²⁵¹ Art. 5.

Une clause anti-abus générale est prévue, indépendante des clauses anti-abus spécifiques. Les Etats membres ne prennent pas en compte un montage ou une série de montages qui ont pour objectif principal ou un de leurs objectifs principal l'obtention d'un avantage fiscal qui va à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable et ne sont pas « authentiques » compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances.

Un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique s'il n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique²⁵².

§ 4. Sociétés étrangères contrôlées

Une société étrangère contrôlée se définit comme une entité ou un établissement stable dont les bénéficiaires ne sont pas imposables ou sont exonérés d'impôt et qui répond aux conditions suivantes :

- a) Le contribuable, seul ou avec ses entreprises associées, y détient une participation directe ou indirecte de plus de 50 % des droits de vote, en possède plus de 50 % du capital ou est en droit d'en recevoir plus de 50 % des bénéfices ; et
- b) L'impôt réel payé sur les bénéfices de l'entité ou de l'établissement stable est inférieur à la différence entre l'impôt des sociétés qui aurait été supporté dans l'Etat membre du contribuable et l'impôt réel sur les sociétés que l'entité ou l'établissement stable paie sur ses bénéfices.

Dans le cas d'une société étrangère contrôlée, l'Etat membre du contribuable inclura dans sa base d'imposition :

- a) Les revenus non distribués ou les revenus de l'établissement stable relevant des catégories suivantes :
 - Intérêts ou revenus financiers ;
 - Recdevances ou revenus de la propriété intellectuelle ;
 - Dividendes et revenus provenant de la cession d'actions ;
 - Revenus provenant de crédit-bail ;
 - Revenus d'assurances, d'activités bancaires et d'autres activités financières ;
 - Revenus de sociétés de facturation fonctionnant avec des entreprises associées ;

Il inclura également dans sa base d'imposition les revenus non distribués qui proviennent de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal.

Le montage est considéré comme non authentique lorsque l'entité ou l'établissement stable ne posséderait pas des actifs qui sont la source des revenus ou n'auraient pris les risques qui y sont associés si elle n'était contrôlée par une société où les fonctions importantes liées à ces actifs et risques sont assurés et jouent un rôle essentiel dans la création des revenus.

Une règle de minimis peut être appliquée si un tiers ou moins des revenus relève des catégories comprises sub a) ci-dessus.

²⁵² Art. 6.

Une autre règle de minimis permet d'exclure les entités dont les bénéfices ne sont pas supérieurs à 750.000 € et dont les revenus non commerciaux ne sont pas supérieurs à 75.000 € ou dont les bénéfices comptables ne dépassent pas 10 % des coûts de fonctionnement dont sont exclus le coût des biens vendus en dehors du pays²⁵³.

Calcul des revenus

Les revenus inclus dans la base d'imposition sont calculés au pro-rata de la participation du contribuable.

Si les bénéfices sont distribués, les revenus précédemment inclus ne sont pas taxés une seconde fois. Il en sera de même en cas de cession de la participation. L'impôt payé dans l'Etat de la résidence fiscale de la société contrôlée peut être déduit de l'impôt payé, conformément au droit national²⁵⁴.

§ 5. Dispositifs hybrides

La directive dite ATAD II²⁵⁵ modifiant la directive initiale anti-évasion fiscale a considérablement compliqué la définition et le traitement des dispositifs hybrides.

A. Définition

Un dispositif hybride se rencontre principalement dans deux situations.

- a. Un paiement effectué au titre d'un instrument financier donne lieu à une déduction sans inclusion : un paiement ou un paiement réputé effectué est considéré comme effectué dans la juridiction du payeur sans inclusion correspondante à des fins fiscales dans la juridiction du bénéficiaire, l'inclusion étant le montant pris en compte dans la base de calcul du revenu du bénéficiaire.
- b. Une double déduction se produit, c'est-à-dire la déduction du même paiement, des mêmes dépenses ou des mêmes pertes dans la juridiction d'origine, celle du payeur et dans une autre juridiction, celle de l'investisseur.

Cette définition est complétée de manière à couvrir non seulement les dispositifs hybrides résultant de l'interaction entre les systèmes d'imposition des sociétés des Etats membres, mais aussi les dispositifs faisant intervenir des Etats tiers, conformément au rapport de l'Action 2 du plan BEPS de l'OCDE.

Cela entraîne la prise en compte de paiements entre siège et établissements stables et entre établissements stables ou entre une entité hybride et son propriétaire.

Ces situations font l'objet d'une règle de base et, si cette règle de base n'est pas observée, d'une règle dite défensive.

B. Régime fiscal

²⁵³ Art. 7.

²⁵⁴ Art. 8.

²⁵⁵ Directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017, J.O. L-144/1, 7.06.2017.

1. Double déduction

Dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une double déduction, la déduction est refusée dans l'Etat membre de l'investisseur.

Si la déduction n'y est pas refusée, elle est refusée dans l'Etat membre du payeur.

Toutefois, la déduction peut être imputée sur un revenu soumis à double inclusion²⁵⁶.

Il s'agira par exemple de prêts participatifs ou d'obligations remboursables en actions. La France a conditionné la déductibilité des intérêts payés à une entreprise liée à l'imposition du prêteur à un taux égal au moins au quart de l'impôt de droit commun²⁵⁷.

2. Déduction sans inclusion

Dans la mesure où un dispositif hybride donne lieu à une déduction sans inclusion, la déduction est refusée dans l'Etat membre du payeur.

Si la déduction n'est pas refusée dans l'Etat membre du payeur, le montant du paiement donnant lieu à l'effet d'asymétrie est inclus dans les revenus par l'Etat membre du bénéficiaire²⁵⁸.

3. Dépenses

Un Etat membre refuse la déduction de tout paiement dans la mesure où ce paiement finance directement ou indirectement des dépenses déductibles donnant lieu à un dispositif hybride dans des transactions entre entreprises associées ou dans le cadre d'un dispositif structuré²⁵⁹.

Le dispositif structuré est celui qui utilise un dispositif hybride et dont les termes intègrent la valorisation de l'effet d'asymétrie ou un dispositif conçu en vue de générer l'effet d'un dispositif hybride.

La disposition ne s'applique pas si l'une des juridictions concernées procède à un ajustement équivalent à l'égard de ce dispositif hybride²⁶⁰.

4. Exceptions

Les Etats membres peuvent prévoir des exceptions, p.ex. lorsque l'instrument financier est émis pour satisfaire aux exigences en matière de capacité d'absorption des pertes du système bancaire²⁶¹.

5. Établissements stables non pris en compte

Si le dispositif donne lieu à un établissement stable en vertu de la loi du siège mais non selon la loi de l'autre juridiction, l'Etat membre de résidence en inclut les revenus, sauf si une convention préventive de la double imposition s'y oppose²⁶².

²⁵⁶ Art. 9.1. Comp. Action 2 Report, Recommendation 6, p. 67.

²⁵⁷ CGI, art. 212.1; D. Gutmann, Droit fiscal des Affaires, 8^e éd., 2017-2018, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, p. 344.

²⁵⁸ Art. 9.2. Comp. Action 2 Report, Recommendation 1, p. 23.

²⁵⁹ Art. 9.3.

²⁶⁰ Art. 2.11

²⁶¹ Art. 9.4.

²⁶² Art. 9.6.

6. Retenues à la source

Si un transfert hybride, donnant lieu à un rendement sous-jacent considéré comme obtenu simultanément par plusieurs parties (repo, prêt d'actions, ...) donne lieu à un allègement de retenue à la source, l'Etat membre du contribuable limite cet allègement au prorata des revenus nets imposables liés au paiement²⁶³.

C. Dispositifs hybrides inversés (« Reverse hybrids »)

Une entité hybride inversée est celle qui est traitée comme transparente par l'Etat où elle est établie et comme une entité séparée (« opaque ») par l'Etat de l'investisseur.

Chaque Etat peut alors considérer que l'impôt est dû dans l'autre et aucun impôt n'est perçu.

Lorsque plusieurs entités associées non résidentes détenant un intérêt direct ou indirect de plus de 50 % dans une entité sont établies dans un Etat qui considère l'entité comme une personne imposable, ses revenus y sont imposés dans la mesure où ils ne sont pas imposés dans l'Etat membre de résidence de l'entité ou ailleurs²⁶⁴.

D. Double résidence fiscale

Si une déduction est accordée dans les deux pays en cas de double résidence, l'Etat membre du contribuable refuse la déduction si la double déduction est imputée dans l'autre Etat sur un revenu qui n'est pas soumis à double inclusion.

En cas de résidence dans deux Etats membres, la convention préventive de la double imposition détermine l'Etat de résidence. Dans ce cas, l'autre Etat refuse la déduction²⁶⁵.

CHAPITRE X DIRECTIVE CONCERNANT LES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS FISCAUX DANS L'UNION EUROPÉENNE

§ 1. Champ d'application

La directive (UE) 2017/1852 du Conseil du 10 octobre 2017 prévoit un mécanisme de règlement des différends résultant de l'interprétation et de l'application d'accords et de conventions prévoyant l'élimination de la double imposition du revenu et de la fortune.

Elle a un champ d'application plus large que celui de la Convention relative à la correction des bénéfices entre entreprises associées, qui est limitée aux prix de transfert.

Elle établit également les droits et obligations des personnes concernées.

²⁶³ Art. 9.6.

²⁶⁴ Art. 9 bis.

²⁶⁵ Art. 9 ter.

§ 2. Procédure

A. Réclamation

Toute personne concernée, c'est-à-dire est résident fiscal d'un Etat membre dont l'imposition est matière à différend, peut introduire auprès de chacune des autorités compétentes une réclamation concernant un différend dans les trois ans suivant la première notification de la mesure qui entraîne le différend²⁶⁶.

La réclamation contient notamment des précisions sur les faits et circonstances à prendre en considération et en particulier sur la nature et la date des mesures donnant lieu au différend, avec référence aux dispositions nationales et à la convention applicables.

Les copies des pièces justificatives sont jointes. Les autorités compétentes peuvent demander des informations spécifiques complémentaires.

Les autorités compétentes ont six mois pour prendre une décision sur l'acceptation ou le rejet de la réclamation. Une autorité compétente peut également dans ce délai décider de régler le différend sur base unilatérale. A défaut de décision dans le délai, la plainte est réputée acceptée.

Le rejet (manque d'informations, dépassement du délai) peut être contesté conformément aux règles nationales²⁶⁷.

B. Procédure amiable

Si la réclamation est acceptée, les autorités compétentes s'efforcent de régler le différend à l'amiable dans les deux ans, délai qui peut être prorogé d'un an au maximum²⁶⁸.

L'accord éventuel est notifié à la personne concernée sous forme d'une décision contraignante et exécutoire, sous réserve que la personne concernée l'accepte et renonce à toute autre voie de recours.

Le défaut d'accord fait également l'objet d'une information de la personne concernée.

C. Commission consultative

En cas de rejet de la réclamation pour absence d'informations par l'une des autorités mais non par toutes ou en cas d'absence d'accord entre les autorités, la personne concernée peut demander la création d'une commission consultative²⁶⁹.

²⁶⁶ Art. 3. Les particuliers et les petites entreprises peuvent s'adresser à la seule autorité compétente de leur Etat membre de résidence (art. 17).

²⁶⁷ Art. 5.

²⁶⁸ Art. 4.

²⁶⁹ Art. 6.

Celle-ci a six mois pour décider sur l'acceptation de la réclamation et les autorités compétentes peuvent alors demander à engager la procédure amiable.

A défaut ou en cas d'absence d'accord, la commission consultative rend un avis sur la manière de régler le différend.

Si la commission n'est pas constituée, la personne concernée peut s'adresser aux juridictions compétentes ou à un « organe de nomination national » qui aurait été désigné dans le droit national²⁷⁰.

La Commission est composée d'un président choisi sur la liste des personnalités indépendantes établie par chaque Etat²⁷¹, d'un ou deux représentants de chaque autorité compétente et d'une ou deux personnalités indépendantes²⁷².

Les autorités compétentes et/ou à défaut la Commission établissent et notifient à la personne concernée ses règles de fonctionnement²⁷³.

Les autorités peuvent aussi constituer une commission de règlement alternatif des différends à caractère permanent. Celle-ci peut utiliser d'autres types de procédure de règlement des différends²⁷⁴.

La Commission rend un avis aux autorités compétentes dans les six mois de sa constitution, délai qui peut être prolongé de trois mois. Cet avis est fondé sur la convention applicable et les règles nationales²⁷⁵.

Les personnes concernées peuvent se présenter ou être représentées et le doivent si la Commission le requiert²⁷⁶.

D. Décision définitive

Dans les six mois de la notification de l'avis, les autorités compétentes doivent prendre une décision, qui peut s'écarter de l'avis. En l'absence d'accord entre elles, elles sont liées par l'avis²⁷⁷.

La directive s'applique à toute réclamation introduite à partir du 1^{er} juillet 2018 et portant sur un exercice fiscal commençant le 1^{er} janvier 2018 et après cette date²⁷⁸.

CHAPITRE XI ASSISTANCE AU RECouvreMENT²⁷⁹

²⁷⁰ Art. 7.

²⁷¹ Art. 9.

²⁷² Art. 8.

²⁷³ Art. 10.

²⁷⁴ Art. 8, d).

²⁷⁵ Art. 14.

²⁷⁶ Art. 13.2.

²⁷⁷ Art. 15.

²⁷⁸ Art. 23.

²⁷⁹ Directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, JOUE, L-84/11, 31 mars 2010.

La directive s'applique à toutes les taxes, impôts et droits ainsi qu'aux sanctions qui y sont liées²⁸⁰. Elle ne couvre pas les cotisations sociales. Elle prévoit d'abord un échange d'informations permettant le recouvrement²⁸¹. L'autorité requise notifie, à la demande de l'autorité requérante, au destinataire l'ensemble des documents qui se rapportent à une créance d'impôt, avec un formulaire type.

Toutefois, l'autorité requérante ne peut introduire cette demande que si elle n'est pas en mesure de procéder à la notification conformément à d'autres dispositions²⁸².

L'autorité requise procédera alors au recouvrement²⁸³.

Le recouvrement ne peut être demandé tant que la créance est contestée dans l'Etat requérant. La procédure de recouvrement n'est pas applicable si une procédure est disponible dans l'Etat requérant. Cette procédure ne doit pas être suivie lorsqu'il est manifeste qu'il n'existe pas dans l'Etat requérant des actifs recouvrables²⁸⁴. La demande est accompagnée d'un instrument uniformisé permettant l'adoption de mesures exécutoires²⁸⁵.

La créance est traitée comme une créance de l'Etat requis mais l'Etat requis ne doit pas accorder les préférences prévues pour ses propres créances fiscales²⁸⁶. Les différends sont de la compétence des juridictions de l'Etat requérant²⁸⁷. Toutefois, les différends concernant les mesures exécutoires prises dans l'Etat membre requis sont de la compétence des juridictions de ce dernier. L'assistance peut également porter sur des mesures conservatoires²⁸⁸.

²⁸⁰ Art. 2.

²⁸¹ Art. 5.

²⁸² Art. 8.

²⁸³ Art. 10.

²⁸⁴ Art. 11.

²⁸⁵ Art. 12.

²⁸⁶ Art. 13.

²⁸⁷ Art. 14.

²⁸⁸ I. Detroyer, *Recovery Assistance in the EU : Evaluation of Directive 2010/24/EU : Time for an Update ?*, EC Tax Review, 2014, p. 284.

Table des matières

TITRE I INTRODUCTION	1
TITRE II - HARMONISATION POSITIVE	1
CHAPITRE I DIRECTIVE MÈRES-FILIALES ET SON EXTENSION	1
Section 1 Le but de la directive mères-filiales	3
§ 1 Champ d'application.....	3
§ 2 Mère et filiale : notions	4
A Notion de société mère.....	4
i Pourcentage de participation.....	4
ii Droit de vote	5
iii Etablissements stables	5
iv Définition de l'établissement stable.....	5
v Autres questions.....	6
B Société filiale.....	6
C Durée de détention de la participation.....	6
§ 3 Imposition du dividende au niveau de la société mère : exonération ou imputation	6
§ 4 Imposition du dividende au niveau de la filiale	8
A Exonération de la retenue à la source.....	8
B Interdiction de perception d'une retenue à la source dans l'État de la société mère.....	9
C Maintien des impôts anticipés	9
i Droit interne.....	9
ii Droit conventionnel.....	10
§ 5 Sociétés fiscalement transparentes.....	10
Section 2 Interprétation de la directive.....	11
Section 3 Effet direct de la directive	12
Section 4 Disposition anti-abus.....	17
Section 5 Distribution de dividendes aux actionnaires individuels et de portefeuille.....	17
Section 6 Application en France	18
CHAPITRE II DIRECTIVE FUSIONS	19
Section 1 Nécessité	19
§ 1 Champ d'application.....	20
§ 2 Opérations visées.....	21
A Fusions.....	21
1. Fusion absorption.....	21
2. Fusion par création d'une société nouvelle.....	21
3. Transfert de patrimoine à l'actionnaire unique (quasi-fusion, annexion, concernfusie)	22
B Scissions.....	23
C Scission partielle.....	24
D Apports d'actifs (Apport d'universalité ou apport de branches d'activités).....	25
1. Apport de branches d'activités.....	25
2. Apports d'universalité	25
E Echanges d'actions.....	26
§ 3 Régime fiscal commun.....	26
A Régime de la société apporteuse et de la société bénéficiaire	26
1. Non-imposition des plus-values sur les éléments rattachés à un établissement stable et report d'imposition.....	27
2. Transfert des provisions ou réserves constituées en franchise d'impôt.....	27
3. Régime non discriminatoire de report des pertes	28
4. Non-imposition de la plus-value sur participation dans la société apporteuse	28
B Régime fiscal des associés des sociétés concernées	28
§ 4 Apports d'actifs	28
§ 5 Echange d'actions.....	30
Extension du champ d'application de l'échange d'actions.....	30
§ 6 Double imposition à l'occasion d'apports d'actifs et d'échange d'actions	30
A Apports d'actifs.....	30

B Echange d'actions	30
§ 7 Sociétés transparentes	31
A Société apporteuse transparente	31
B Société associée transparente	31
C Société bénéficiaire transparente	31
§ 8 Clause de sauvegarde	32
A Clause générale de sauvegarde contre la fraude et l'évasion fiscale	32
B Clause nationale contre les abus de droit	34
C Clause spéciale de sauvegarde contre la fraude et l'évasion fiscale	35
§ 9 Transfert de siège d'une société européenne ou d'une société coopérative européenne	35
CHAPITRE III DIRECTIVE SUR LES PAIEMENTS D'INTÉRÊTS ET DE REDEVANCES ENTRE SOCIÉTÉS ASSOCIÉES ET DE DIFFÉRENTS ETATS MEMBRES	39
Section 1 Définition des intérêts et redevances	39
Section 2 Définition des sociétés associées et des établissements stables	40
Section 3 Exigence supplémentaire : la qualité de bénéficiaire effectif	40
Section 4 Conditions de durée	41
Section 5 Conditions administratives	41
Section 6 Fraudes et abus	41
Section 7 Application en France	41
CHAPITRE IV DIRECTIVE CONCERNANT LES IMPOTS INDIRECTS FRAPPANT LES RASSEMBLEMENTS DE CAPITAUX	42
CHAPITRE VI CONVENTION RELATIVE À LA CORRECTION DES BÉNÉFICES ENTRE ENTREPRISES ASSOCIÉES	43
Section 1 Statut juridique	44
Section 2 La Convention	44
§ 1 Champ d'application	44
§ 2 Procédure	45
A Procédure aboutissant à un accord immédiat	45
B Procédure amiable et solution unilatérale	45
A Procédure amiable	45
B Procédure consultative	45
CHAPITRE VIII DIRECTIVE EUROPÉENNE SUR LA COOPÉRATION ADMINISTRATIVE – LE FATCA EUROPÉEN	46
Section 1. Institutions financières	48
Section 2. Comptes déclarables	50
§ 1. Compte financier	50
§ 2. Titulaire du Compte financier	51
A. Personnes devant faire l'objet d'une déclaration	51
B. Entités non financières passives (ENF)	51
Section 3. Déclaration	52
Section 4. Communication	53
Section 5. Diligence raisonnable	53
§ 1. Comptes de personnes physiques	54
A. Comptes de personnes physiques préexistants	54
1. Comptes de personnes physiques préexistants de faible valeur	54
2. Comptes de personnes physiques préexistants de valeur élevée	55
§ 2. Comptes d'entités	56
A. Comptes d'entité préexistants	56
1. Comptes non soumis à examen, identification ou déclaration	57
2. Comptes soumis à examen	57
B. Nouveaux comptes d'Entités	58
Section 6. Echange de rulings	59
Section 7. Déclaration pays par pays	61
CHAPITRE IX DIRECTIVE ANTI-ÉVASION FISCALE	62
§ 1. Limitation des intérêts	62

§ 2. Imposition à la sortie.....	63
§ 3. Clause anti-abus générale.....	64
§ 4. Sociétés étrangères contrôlées	65
§ 5. Dispositifs hybrides	66
CHAPITRE X DIRECTIVE CONCERNANT LES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS FISCAUX DANS L'UNION EUROPÉENNE.....	68
§ 1. Champ d'application.....	68
§ 2. Procédure	69
A. Réclamation.....	69
B. Procédure amiable.....	69
C. Commission consultative	69
D. Décision définitive.....	70
CHAPITRE XI ASSISTANCE AU RECOUVREMENT	70