

L'équilibre délicat entre la lutte contre l'évasion fiscale internationale et l'achèvement du marché intérieur : réflexions sur la mise en œuvre du plan BEPS de l'OCDE au sein de l'Union européenne

Edoardo TRAVERSA, *Professeur de droit fiscal,
Président de l'Institut d'études européennes à
l'Université catholique de Louvain, avocat au
barreau de Bruxelles*

Matthieu POSSOZ, *Assistant à l'Université catholique
de Louvain, avocat au barreau de Bruxelles**

OECD BEPS – Anti-avoidance directive – Restrictions on fundamental freedoms – Justifications – Protection of tax bases – Treaty shopping – International tax treaties – Hybrid arrangements – Controlled foreign companies – Abuse of rights

By various directives, the European Union has implemented certain OECD recommendations from the BEPS plan to combat the erosion of the tax base and cross-border transfers of profits. However, the objectives pursued by this plan, as well as the resulting measures, stem from a logic which may appear to be at odds with the traditional principles of European tax law, in particular the completion of the internal market and the concretization of freedom of circulation. The analyzed Project Actions, namely the hybrid mounts, the limitation of interest deduction, the abuse of double taxation treaties and the controlled foreign corporations (CFC) rules, contain real or potential friction that calls for more fundamental reflection on the aims of European tax harmonization.

Introduction

En 2013, l'OCDE, à la demande du G20, a adopté un plan de 15 Actions destinées à lutter contre l'érosion de la base d'imposition et

le transfert des bénéfices (*Base Erosion And Profit Shifting*, « BEPS »). Le projet BEPS détaille un ensemble de mesures qui ont vocation à être implémentées de manière coordonnée au niveau international. Ces mesures visent à renforcer la coordination entre les systèmes fiscaux nationaux, à promouvoir la transparence fiscale et à faire circuler l'information entre les États. Le fil rouge du projet est de taxer les revenus là où se trouvent la substance économique et la création de valeur. Pour ce faire,

* La présente contribution s'inspire notamment d'E. TRAVERSA, Ch. HERBAIN, « General Assessment of BEPS and EU law: Hybrids Mismatches, Interest Deductions, Abuse of Tax Treaties and CFC Rules », in R. DANON (ed.), *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) – Impact for European and international tax policy*, Schultess, 2016, pp. 287-318.

le projet s'attaque aux montages fiscaux mis en place au niveau international qui exploitent abusivement les disparités existantes entre les différents systèmes fiscaux nationaux. Le résultat final du projet BEPS prend la forme de rapports, publiés dans leur version finale en octobre 2015¹. Ces rapports contiennent des mesures qui n'ont pas de valeur juridique contraignante (*soft law*²). Il s'agit de « *standards minimum* », de « *best practices* » ou plus simplement de « *recommandations* »³.

Le projet BEPS n'est pas un projet initié par l'Union européenne. Toutefois, puisque 21 des 28 pays membres de l'Union européenne sont également membres de l'OCDE, l'Union et les États membres ont, dès le début, joué un rôle de premier plan dans la conduite du projet.

Du « *soft law* » les mesures ont en effet dû être transformées en « *hard law* »⁴. Cette transformation ne pouvait se faire qu'en conformité avec les règles en vigueur au niveau européen. Or, l'objectif de l'UE est principalement d'assurer la mobilité des entreprises et des autres moyens de production dans le marché intérieur. Cet objectif paraît à première vue difficilement conciliable avec les mesures du projet BEPS, qui visent, au contraire, à rendre certaines opérations transfrontalières plus difficiles et empêcher ainsi l'évasion fiscale internationale⁵.

Le propos du présent article est d'analyser ces points de friction. Nous analyserons la conformité de certaines recommandations de l'OCDE

avec les libertés de mouvement garanties par le Traité de l'Union européenne et le droit dérivé de l'Union en matière de fiscalité directe. Une attention toute particulière sera portée à la directive « anti-évasion fiscale » adoptée par les États membres en juillet 2016⁶. Les Actions du projet analysées sont : les montages hybrides, la limitation de déduction des intérêts, l'abus des conventions préventives de double imposition et les règles CFC (« *controlled foreign corporations* »)⁷.

I. | Montages hybrides

A. La compatibilité des mesures proposées par l'OCDE en matière de montages hybrides avec les libertés fondamentales garanties par l'Union européenne

L'Action 2 du projet BEPS lutte contre les montages hybrides⁸.

Ces montages sont rendus possibles par la tendance qu'ont les États d'appliquer leurs règles fiscales nationales aux opérations transfrontalières, sans prendre en compte la manière dont l'(es) autre(s) État(s), partie(s) à l'opération, aborde(nt) fiscalement cette même opération. Ce manque de coordination engendre des situations de double non-imposition ou, à tout le moins, de report de taxation à moyen ou à long terme. Le rapport final de l'OCDE sur les montages hybrides⁹ analyse ces situations

¹ Ces rapports ont été complétés depuis 2015 par de nouveaux rapports commentant/complétant les rapports de 2015. Tous les documents sont disponibles sur le site de l'OCDE à cette adresse : <http://www.oecd.org/fin/fiscalite/beps/actions-beps.htm>.

² Ces mesures n'ont en soit pas de valeur juridique contraignante mais elles seront appliquées par consensus dans les différents États partenaires du projet.

³ OECD, *Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Paris, OECD, 2015, p. 6 [les rapports sont disponibles sur le site internet de l'OCDE].

⁴ OECD, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 (Final report)*, Paris, OECD, 2015, p. 22 [nous renvoyons vers la version anglaise des rapports].

⁵ En ce qui concerne l'obligation pour les États membres de se conformer au droit européen, la Cour de justice de l'Union européenne a fréquemment rappelé que « *si la fiscalité directe relève de la compétence des États membres, il n'en reste pas moins que ces derniers doivent l'exercer dans le respect du droit communautaire* ». V. arrêt *Wielockx*, 11 août 1995, C-80/94, ECLI:EU:C:1995:271, point 16 ; arrêt *Imperial Chemical Industries*, 16 juillet 1998, C-264/96, ECLI:EU:C:1998:370, point 19 ; arrêt *De Baeck*, 8 juin 2004, C-268/03, ECLI:EU:C:2004:342, point 19. V. également E. KEMMEREN, « Where is EU law in the OECD BEPS discussion? », *EC Tax Review*, 2014/23, n° 4, p. 190.

⁶ Directive 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, *JOUE*, n° L 193, 19 juillet 2016, p. 1.

⁷ D'autres actions du projet BEPS soulèvent des questions quant à leur conformité avec le droit européen. En particulier, l'Action 5 qui propose une approche nexus en ce qui concerne les incitants fiscaux en faveur de la recherche et du développement (*patent boxes*). V. E. TRAVERSA, « Tax Incentives and Territoriality within the European Union: Balancing the Internal Market with the Tax Sovereignty of Member States », *World Tax Journal*, 2014/6, n° 3, pp. 315-340 ; R. DANON, « Tax incentives on Research and Development (R&D) – General Report », in *IFA Cahiers 2015/100*, La Haye, SDU Uitgevers, 2015, pp. 27 et s. ; J. ENGLISH, « BEPS Action 1 – Digital economy: EU law implications », *British Tax Review*, 2015/3, pp. 297-306.

⁸ Pour une analyse détaillée du rapport de l'OCDE sur les montages hybrides, v. E. TRAVERSA, M. POSSOZ, « L'action de l'OCDE en matière de lutte contre l'évasion fiscale internationale et d'échange de renseignements : développements récents », *RGCF*, 2015/1, pp. 5-25.

⁹ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 (Final report)*, Paris, OECD, 2015.

et propose des solutions pour que les disparités entre les systèmes fiscaux ne puissent plus être exploitées abusivement.

Les schémas permettant d'exploiter ces disparités sont nombreux¹⁰. Un exemple typique de montage hybride est l'instrument financier dont l'État source permet la déduction fiscale, alors que ce même paiement n'est pas taxé dans le pays du contribuable bénéficiaire. Ce montage est un schéma de type D/Ni (déduction/non-incorporation).

L'Action 2 vise les entités et les instruments financiers qui sont utilisés pour générer ces schémas et démontre que ceux-ci reposent sur les différences entre États de la qualification d'un même revenu¹¹ ou sur le caractère hybride d'une entité¹².

Le projet BEPS propose une solution simple pour lutter contre ces montages : ils doivent être rendus inutiles par la suppression de l'avantage fiscal qui pousse les contribuables à les mettre en place. L'OCDE ne propose donc pas une harmonisation de la qualification des montages hybrides mais en supprime les bénéfices fiscaux. L'OCDE préconise d'adopter des « *linking-rules* » dans les législations fiscales nationales et dans les conventions préventives de double imposition (« CPDI »). Selon ces règles, le régime fiscal dans l'État de la société bénéficiaire dépend du régime fiscal appliqué dans l'État de la source.

En pratique, en ce qui concerne les schémas de D/Ni, l'OCDE recommande l'adoption d'une règle principale et d'une règle défensive dans les législations fiscales nationales : « *the recommended primary rule is that countries*

deny the taxpayer's deduction for a payment to the extent that it is not included in the taxable income of the recipient in the counterparty jurisdiction or it is also deductible in the counterparty jurisdiction »¹³. La règle défensive, quant à elle, suppose que si l'État de la source accepte la déduction, alors même qu'il sait que le revenu n'est pas taxable dans l'État bénéficiaire, ce dernier doit s'adapter pour taxer ce revenu. Selon cette règle, l'État du contribuable bénéficiaire devra donc modifier la façon dont il appréhende fiscalement le revenu afin d'empêcher que le montage hybride ne puisse produire un avantage fiscal¹⁴.

Cette règle générale n'est pas applicable dans l'hypothèse où le montage hybride prend la forme d'un instrument financier qui qualifie d'intérêt déductible dans l'État de la source et de dividende non taxable dans l'État bénéficiaire. Dans ce cas-là, la règle principale est la règle défensive : « *in order to prevent [deduction/non-inclusion] outcomes from arising under a financial instrument, a dividend exemption that is provided for relief against economic double taxation should not be granted under domestic law to the extent the dividend payment is deductible by the payer* »¹⁵.

Rien n'interdit, pour l'instant, en droit européen, de tirer profit des disparités fiscales existant entre les États membres¹⁶. Certes, un tel comportement n'est pas explicitement encouragé non plus mais force est de constater que, sous réserve de la prohibition de l'abus de droit¹⁷, aucune interdiction européenne

¹⁰ Différentes formes de montages fiscaux existent. Certains visent la double déduction des intérêts. Par exemple, deux sociétés résidentes d'un même pays parviennent à déduire chacune un même paiement d'intérêt. L'Action 2 du projet BEPS propose de réduire la déduction des intérêts à un pourcentage des bénéfices de la société qui postule la déduction. Un autre exemple est la double déduction des pertes réalisées par un établissement stable étranger. Les pertes sont alors déduites tant dans l'État de la société, que dans celui de son établissement stable. Le projet BEPS propose de permettre la seule déduction dans le pays de l'établissement stable et impose à ce dernier de refuser la déduction si l'État de la société lui permet d'utiliser ces mêmes pertes. Mis à part cette règle protectrice, ce n'est que si l'État de la société taxe le bénéfice de l'établissement stable qu'il serait autorisé à permettre la déduction des intérêts supportés par cet établissement stable.

¹¹ Un revenu est dit hybride lorsqu'il est fiscalement déductible comme intérêt dans un État alors qu'il qualifie de distribution de bénéfices exemptée dans un autre.

¹² Une entité est dite hybride lorsqu'elle est fiscalement transparente dans un État et fiscalement opaque dans un autre.

¹³ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 (Final report)*, Paris, OECD, 2015, p. 12.

¹⁴ *Ibid.*, v. en particulier le chapitre I.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 46 et s.

¹⁶ Ceci a été accepté par la Cour de justice dans le domaine de la fiscalité harmonisée (TVA) : arrêt *RBS Deutschland Holding*, 22 décembre 2010, C-277/09, ECLI:EU:C:2010:810.

¹⁷ Sur la prohibition de l'abus de droit en fiscalité directe au sens de la CJUE, 12 septembre 2006, arrêt *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, EU:C:2006:544 ; 13 mars 2007, arrêt *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, EU:C:2007:161 ; 17 septembre 2009, arrêt *Glaxo Wellcome*, C-182/08, EU:C:2009:559. Pour un commentaire, D. WEBER, « Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 1 », *European Taxation*, 2013/53, n° 7, pp. 251-264 et D. WEBER, « Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 1 », *European Taxation*, 2013/53, n° 6, pp. 313-328 ; K. LENAERTS, « The concept of "abuse of law" in the case law of the European Court of justice on direct taxa-

n'existe en la matière. Si, d'un point de vue économique, l'allègement de la pression fiscale est reconnu comme un objectif légitime au sens du droit européen, la question de la compatibilité de l'Action 2 avec les objectifs du marché intérieur européen et les autres normes européennes de droit positif, comme la libre circulation entre les États membres, mérite d'être posée.

Dans sa jurisprudence, la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE ») analyse la compatibilité des législations fiscales nationales avec les libertés fondamentales européennes en prenant pour seule perspective celle de l'État membre qui a pris la mesure en cause. Elle se limite donc aux situations nationales et ne s'intéresse que dans des cas très spécifiques¹⁸ aux interactions pouvant exister entre différentes règles issues d'États membres différents¹⁹. Pour la CJUE, « *les États membres n'ont pas l'obligation d'adapter leur propre système fiscal aux différents systèmes de taxation des autres États membres, en vue d'éliminer la double imposition* »²⁰. En d'autres mots, l'élimination de la double imposition ne fait pas partie des objectifs du marché intérieur. Quant à l'élimination de la double non-imposition, la CJUE a similairement jugé que « *la nécessité de combler le vide fiscal* » n'était pas une justification valable pour justifier la non-conformité d'une règle fiscale nationale avec les libertés fondamentales²¹.

À l'encontre de cette jurisprudence, l'OCDE souligne que « *some of the domestic law recommendations to neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements (...) [whereby the hybrid nature of an instrument would require a Member State to tax or to disallow*

the deduction of a cross-border payment because the corresponding income remains untaxed in another Member State] may impact payments to non-residents more than they will impact payments to residents »²². Les recommandations de l'Action 2 entraînent nécessairement une différence de traitement entre des situations comparables puisqu'elles visent précisément à empêcher que des contribuables puissent déduire un paiement fait à des contribuables étrangers alors que ce même paiement pourrait en toute hypothèse être déduit s'il était fait à un contribuable résident dans le même État²³. Pour être compatible avec les libertés fondamentales, cette différence de traitement doit reposer sur une justification raisonnable et proportionnée. Cette justification, probablement la lutte contre l'évasion fiscale, sera d'autant plus acceptable que les recommandations de l'OCDE seront implémentées d'une manière harmonisée dans les différents États membres²⁴.

Une autre question concernant la compatibilité de l'Action 2 avec le droit européen est la question de savoir dans quelle mesure cette Action est conforme avec le test de proportionnalité appliqué par la CJUE dans l'analyse des dispositions anti-abus²⁵. En substance, par ce test, la CJUE requiert que les mesures anti-abus adoptées par les États membres n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour lutter contre ce qu'elle appelle « *les montages purement artificiels* »²⁶. L'Action 2 ne reprend pas, en tant que telle, ce critère de proportionnalité. L'OCDE se concentre uniquement sur l'avantage fiscal retiré de l'opération ; s'il

tion », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015/22, n° 3, pp. 329-351.

¹⁸ Pour des exemples, arrêt *Amurta*, 8 novembre 2007, C-379/05, ECLI:EU:C:2007:655, point 84 ; arrêt *Commission/Spain*, 3 juin 2010, C-487/08, EU:C:2010:310, point 59 ; arrêt *J. B. G. T. Miljoen, X and Société Générale SA*, 17 septembre 2015, C-10/14, C-14/14 et C-17/14, ECLI:EU:C:2015:608, points 79 et s.

¹⁹ C. PANAYI, *Advanced Issues in International and European Tax Law*, Bloomsbury Publishing, Kindle, 2015.

²⁰ Pour des exemples, arrêt *Block*, 12 février 2009, C-67/08, EU:C:2009:92, point 31 ; arrêt *EX*, 21 novembre 2013, C-302/12, EU:C:2013:756, point 29 ; arrêt *Damseaux*, 16 juillet 2009, C-128/08, EU:C:2009:471, points 33 et s.

²¹ Arrêt *Danner*, 3 octobre 2002, C-136/00, ECLI:EU:C:2002:558, points 55 et 56 ; arrêt *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs/Philips Electronics UK Ltd*, 6 septembre 2012, C-18/11, ECLI:EU:C:2012:532, point 28.

²² OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 (Final report)*, Paris, OECD, 2015, p. 148.

²³ Une interdiction générale de déduction des intérêts visant tous les intérêts d'emprunt et pas seulement ceux payés dans le cadre de montage purement artificiel causé par l'utilisation de montages hybrides est disproportionnée et ne peut pas être justifiée sur la base de la lutte contre les abus. A. RUST, « Neutralising Hybrid Mismatch Arrangements and Non-discrimination Provisions », *British Tax Review*, 2015/3, p. 313.

²⁴ A. RUST, « Neutralising Hybrid Mismatch Arrangements and Non-discrimination Provisions », *British Tax Review*, 2015/3, pp. 308 et s., et M. HELMINEN, « EU Law Compatibility of BEPS Action 2: Neutralising the effects of Hybrid mismatch arrangement », *British Tax Review*, 2015/3, pp. 325-339.

²⁵ Arrêt *Marks & Spencer*, 13 décembre 2005, C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763, point 35.

²⁶ Arrêt *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*, 12 septembre 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, point 51 ; M. COTRUT, L. GERZOVA, O. POPA, « CFE Forum 2014: Policies for a Sustainable Tax Future », *European Taxation*, 2014/54, n° 6, p. 265.

y a double non-imposition et que cette double non-imposition est le motif principal de l'opération, l'État de la source (règle primaire) ou l'État bénéficiaire (règle défensive) doit y remédier. Selon C. PANAYI, « *this mechanical nature of the test... does [not] satisfy the proportionality test developed by the Court of Justice* »²⁷. Quoi qu'il en soit, même hors cas d'abus, la CJUE a déjà accepté qu'une mesure nationale ne s'appliquant qu'à des situations transfrontalières puisse être justifiée par la nécessité de préserver la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres et le droit reconnu aux États de taxer les profits générés par les activités économiques réalisées sur leur territoire²⁸. Enfin, nous ne serions pas étonnés qu'à court ou moyen terme la CJUE accepte de faire de l'élimination de la double non-imposition une justification acceptable des restrictions aux libertés fondamentales garanties par le Traité.

B. Montages hybrides et droits dérivés de l'Union européenne : développements récents

À l'instar de l'OCDE, l'UE a pris des mesures pour empêcher la mise en place de montages hybrides entre les États membres. La directive en ligne de mire est la directive mère-filiale. Cette directive a été adoptée en 1990 pour mettre fin à la double imposition à laquelle étaient soumises les distributions de bénéfices entre sociétés liées établies dans différents États membres. Elle interdit les retenues à la source sur ces distributions et prévoit une exonération (ou un crédit d'impôt) dans le pays de la société bénéficiaire. Cette directive a parfois été utilisée abusivement pour créer des situations de double non-imposition. Ces situations sont rendues possibles par le

fait que la directive oblige les États à exonérer (ou à accorder un crédit d'impôt pour) les distributions de bénéfices entre sociétés liées, sans définir précisément la notion de « *bénéfices distribués* »²⁹. Il en résulte des asymétries qui ont permis le développement d'instruments financiers hybrides qui qualifient d'intérêt déductible dans l'État de la source et de dividende exempté dans l'État bénéficiaire. Face à ces montages, les États membres se trouvaient quelque peu démunis en ce que la directive, dans sa version originale de 1990, ne leur permettait pas de moduler l'exonération des « dividendes » distribués en fonction de la qualification donnée à ces « dividendes » dans l'(es) autre(s) État(s) membre(s).

La directive 2014/86/UE du Conseil³⁰ a donc amendé la directive mère-filiale pour lutter contre les montages hybrides en y ajoutant une disposition anti-abus générale. Les nouvelles mesures prévoient en substance que si un paiement a pu être déduit dans l'État de la source, l'État bénéficiaire ne peut pas accorder l'exemption (ou le crédit d'impôt) telle qu'elle est prévue par la directive. Ce dernier État a donc l'obligation de taxer le bénéfice distribué dans la mesure où il a été déduit dans l'État de la source.

Cette modification de la directive mère-filiale prouve que l'UE choisit les mêmes remèdes que l'OCDE en ce qui concerne la lutte contre les montages hybrides. Cette approche coordonnée au niveau de l'UE est efficace puisque l'UE peut imposer aux États membres de taxer les bénéfices déduits dans l'État de la source, alors que, en l'état actuel du droit fiscal international, l'OCDE n'a pas ce pouvoir.

Dans la directive anti-BEPS du 12 juillet 2016, les États membres ont adopté une règle générale visant à lutter contre les situations de double non-imposition causées par les montages hybrides. Cette règle, formulée en des termes étonnamment peu précis, prévoit que « *dans la mesure où un dispositif hybride en-*

²⁷ C. PANAYI, *Advanced Issues in International and European Tax Law*, Bloomsbury Publishing, 2015, 6987.

²⁸ Sur la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre États membres, arrêt *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, 12 septembre 2006, C-374/04, ECLI:EU:C:2006:773 ; arrêt *Oy AA*, 18 juillet 2007, C-231/05, ECLI:EU:C:2007:439 ; arrêt *X Holding BV*, 25 février 2010, C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89 ; arrêt *Felixstrowe*, 1^{er} avril 2014, C-80/12, ECLI:EU:C:2014:200. V. également E. TRAVERSA, A. PIRLOT, « Tax Sovereignty and Territoriality under Siege: How Far Should the EU Freedoms of Movement Impact on the Territorial Allocation of Taxing Powers between Member States? », GREIT series, IBFD, 2014, pp. 125-149.

²⁹ C. BROKELIND relève qu'il n'y a pas de jurisprudence de la CJUE concernant la notion de « *bénéfice distribué* » (C. BROKELIND, « Swedish Supreme Administrative Court Rejects Reference to ECJ Regarding Application of EC Parent-Subsidiary Directive », *European Taxation*, 2005/45, n° 8, p. 326).

³⁰ Directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, *JOUE*, n° L 219, 25 juillet 2014, pp. 40-41.

traîne une double déduction, la déduction est accordée uniquement dans l'État membre d'origine du paiement » et que « *dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une déduction sans prise en compte, l'État membre du contribuable refuse la déduction de ce paiement* ». En substance, dans le cas d'un montage hybride, la directive prévoit que seul le contribuable de l'État de la source peut déduire le paiement. Cette règle est toutefois nuancée par une deuxième règle : aucune déduction n'est accordée si le paiement n'est pas considéré comme taxable dans l'État de la société bénéficiaire. Cette deuxième règle, qui n'était pas dans la proposition initiale de directive de la Commission européenne, paraît conforme au projet BEPS. En ajoutant une mesure visant à lutter spécifiquement contre les situations de double non-imposition dans le droit dérivé de l'UE, il sera plus difficile à l'avenir pour la CJUE de déclarer les règles nationales poursuivant ce même objectif contraires aux libertés fondamentales.

Toutefois, bien que les règles proposées paraissent simples, leur application pratique soulèvera, à notre avis, de multiples interrogations. D'une part, elles nécessitent une coordination optimale pour être mises en place. Dans le cas d'un montage hybride, l'État de la source doit en effet d'abord refuser le paiement (article 9 de la directive anti-BEPS), sauf si le montage repose sur une qualification intérêt-dividende, auquel cas c'est l'État de la société bénéficiaire qui doit intervenir en taxant le « bénéfice » distribué (article 1^{er}, § 2, de la directive mère-filiale). Enfin, si le montage hybride entraîne une double déduction, seul l'État de la source doit accorder la déduction (article 9 de la directive anti-BEPS). Or, en cas de double déduction, le problème est précisément de déterminer quel est l'État de la source du paiement, ou son État d'origine. D'autre part, faire dépendre la qualification d'un paiement de sa qualification dans un autre État pose certaines questions de transposition en droit interne, qui débordent certainement les frontières du droit fiscal (le droit civil et comptable, en droit belge, nous semble ainsi particulièrement impliqué).

Même si le cadre juridique est différent, des critiques similaires peuvent être adressées à la

récente directive concernant les hybrides impliquant des États tiers (directive anti-BEPS 2³¹). Cette directive a été adoptée le 27 mai 2017.

II. | La déduction des intérêts

Un des moyens les plus utilisés pour éroder la base d'imposition et transférer des bénéfices serait la déduction excessive des intérêts. L'Action 4 du projet BEPS³² s'intéresse à l'abus que feraient les entreprises multinationales de leur ratio d'endettement par « *le recours à l'emprunt auprès d'une partie liée ou d'une tierce partie en vue de réaliser des déductions excessives d'intérêts ou de financer la production d'un revenu exonéré ou différé [pour obtenir une déduction d'intérêts alors que le revenu taxable ne sera taxé qu'à moyen ou long terme]* »³³. Les manipulations sont fréquemment liées aux montages hybrides et à la possibilité de jouer sur la qualification d'un même paiement entre l'État de la source et l'État bénéficiaire. Il en résulte que « *la déduction des intérêts [Action 4] est étroitement liée aux problèmes posés par les montages hybrides [Action 2]* »³⁴. L'Action 4 prévoit d'ailleurs que le travail sur l'Action 2 sera coordonné avec le travail sur les montages hybrides³⁵.

Dans la plupart des cas, l'intérêt fiscal de la déduction des intérêts est la possibilité de déduire un paiement dans un État à fiscalité élevée pour le soumettre à la taxation dans un État à fiscalité faible. Les bénéfices impossibles circulent ainsi d'une juridiction à une autre et échappent à l'impôt là où ils ont effectivement été réalisés. Il y a donc une véritable incitation à financer les entités établies dans des États à fiscalité élevée par de la dette plutôt que par des fonds propres.

³¹ Directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers, JOUE, n° L 144, 7 juin 2017, pp. 1-11.

³² OECD, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 (Final report)*, Paris, OECD, 2015.

³³ *Ibid.*, p. 17.

³⁴ E. TRAVERSA, « Interest Deductibility and the BEPS Action Plan: *nihil novi sub sole?* », *British Tax Review*, 2013/5, p. 609.

³⁵ OECD, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 (Final report)*, Paris, OECD, 2015, p. 17.

À l'heure actuelle, les États ne sont pas démunis face à cette situation. Si le taux de déduction des intérêts excède les conditions normales de marché, les règles en matière de prix de transfert permettent de rejeter la déduction des intérêts excessifs. Cependant, dans bien des cas, des règles anti-abus supplémentaires sont nécessaires. Ces règles prennent des formes diverses telles que les règles de « *thin-capitalisation* », d'« *anti-dépouillement des gains* » ou encore « *un plafonnement* » de la déduction des intérêts³⁶.

L'OCDE, dans son rapport sur l'Action 4, propose de limiter la déduction des intérêts payés entre deux sociétés résidentes d'États différents, qui appartiennent au même groupe. Cette limitation est basée sur un ratio qui est modulable en fonction de la situation du pays ou du groupe de sociétés concerné. Ce ratio est lié à l'activité économique réelle de la société qui postule la déduction. Cette activité économique est mesurée sur la base de l'EBITDA de la société (le bénéfice d'une société avant que n'y soient soustraits les intérêts, les impôts et taxes, les dotations aux amortissements et les provisions sur immobilisations)³⁷. Tout intérêt (ou autres paiements similaires à un intérêt) payé au-delà de ce ratio n'est pas déductible³⁸.

La directive anti-BEPS adopte une formule similaire à celle de l'OCDE. Elle propose, elle aussi, un ratio qui limiterait la déduction des intérêts d'emprunt. Elle fixe ce ratio à 30 % de l'EBITDA. Une règle de *minimis* est également prévue : les 3 premiers millions d'intérêts seraient toujours déductibles³⁹. Ce type de règle est déjà appliqué par certains États membres (notamment l'Allemagne, l'Espagne et l'Italie)⁴⁰.

En ce qui concerne leur conformité avec le droit européen, il faut souligner que, en prin-

cipe, les États membres sont souverains pour déterminer les conditions de déduction des intérêts des sociétés établies sur leurs territoires. L'important est que ces conditions ne soient pas contraires aux libertés fondamentales garanties par le Traité⁴¹, aux règles en matière d'aides d'États ou aux règles de droit dérivé. L'OCDE souligne d'ailleurs cette nécessité dans son rapport sur l'Action 4 – qui fait référence au droit européen pour proposer des règles de limitation de déduction des intérêts d'emprunt. Selon l'OCDE, sans conformité avec le droit européen « *il serait extrêmement difficile pour les États membres de l'Union européenne (UE) d'appliquer des retenues à la source sur les paiements d'intérêts effectués au sein de l'UE du fait de la directive sur les intérêts et redevances* »⁴².

La conformité de l'Action 4 avec la directive intérêts-redevances⁴³ mérite une attention particulière. Cette directive a pour objectif d'assurer que le traitement fiscal des intérêts (et redevances) payés entre sociétés du même groupe n'est ni plus favorable ni plus défavorable dans un contexte transfrontalier que dans un contexte domestique. En résumé, l'objectif est d'empêcher la double taxation de ces paiements dans l'État de la source et dans l'État bénéficiaire. Elle interdit donc, sous certaines conditions, l'État de la source d'opérer une retenue.

La limitation de la déduction des intérêts dans l'État de la source ne paraît pas contraire aux obligations mises à charge des États membres par la directive intérêts-redevances, même si elle mène à une double taxation des intérêts versés par une société européenne à une autre au-delà du plafond de 3 millions d'euros ou

³⁶ E. TRAVERSA, « Interest Deductibility and the BEPS Action Plan: *nihil novi sub sole?* », *British Tax Review*, 2013/5, p. 609.

³⁷ Il s'agit en fait d'un EBITDA corrigé, qui n'inclut pas les revenus exonérés (par exemple, les dividendes exonérés).

³⁸ OECD, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 (Final report)*, Paris, OECD, 2015, pp. 13 et s.

³⁹ Directive 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, art. 4.

⁴⁰ E. TRAVERSA, « Interest Deductibility and the BEPS Action Plan: *nihil novi sub sole?* », *British Tax Review*, 2013/5, p. 611. D'abord l'Allemagne (2008), puis l'Italie (2008), l'Espagne (2012), le Portugal (2013), la Finlande (2014) et enfin la Grèce.

⁴¹ Le principe selon lequel les mesures fiscales domestiques quant à la déduction des intérêts (qu'elles soient inspirées de l'OCDE ou non) doivent être conformes au droit européen a été relevé de nombreuses fois par la CJUE : arrêt *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, 13 mars 2007, C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161 ; arrêt *Lankhost-Hohorst*, 12 décembre 2002, C-324/00, ECLI:EU:C:2002:749 ; arrêt *Lasertec*, 10 mai 2007, C-492/04, ECLI:EU:C:2007:273 ; arrêt *NV Lammers & Van Cleeff*, 17 janvier 2008, C-105/07, ECLI:EU:C:2008:24 ; arrêt *Itelcar Automóveis*, 3 octobre 2013, C-282/12, ECLI:EU:C:2013:629.

⁴² OECD, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 (Final report)*, Paris, OECD, 2015, p. 20 et Annexe A, p. 85.

⁴³ Directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents, JOUE, n° L 157, 26 juin 2003, p. 49.

de 30 % de l'EBTDA. La Cour de justice a déjà souligné que la directive intérêts-redevances impose seulement que les intérêts (et redevances) payés par un résident d'un État membre à un résident d'un autre État ne soient soumis à aucune retenue à la source dans le premier État. Elle souligne que « *cette disposition concerne uniquement la situation fiscale du créancier des intérêts* »⁴⁴. La directive ne prévoit donc pas un régime général de déduction des intérêts⁴⁵.

En ce qui concerne la situation spécifique des établissements stables, la directive intérêts-redevances prévoit que l'interdiction de retenue à la source ne s'applique que si le paiement est fiscalement déductible pour l'établissement qui le paie. Par hypothèse, si le ratio prévu par l'OCDE dans l'Action 4 est dépassé, le paiement ne sera pas déductible et l'exemption de retenue à la source prévue par la directive ne sera pas applicable. À la question de savoir si un tel effet indirect du projet BEPS est compatible avec la directive intérêts-redevances, les États pourraient répondre que le projet BEPS ne s'intéresse qu'à la base imposable de l'agent payeur et que la seule circonstance qu'une législation a des conséquences sur les obligations mises à charge des États membres par la directive ne devrait pas avoir pour conséquence la non-conformité de cette législation avec la directive. Toutefois, la directive anti-BEPS aura bien pour conséquence de taxer à la source tout paiement d'intérêts qui dépasse un certain ratio, même pour les transactions parfaitement légitimes qui ne sont pas motivées par des raisons fiscales. La directive anti-BEPS, à cet égard, paraît faire fi du principe de proportionnalité et plus que la lutte contre les transferts de bénéfices, elle nous paraît ouvrir la voie à une harmonisa-

tion de la base imposable à l'impôt des sociétés en Europe.

Ensuite, la question de la conformité de la limitation des intérêts selon un ratio fixe de l'EBITDA avec les libertés fondamentales devra être tranchée. Bien qu'il puisse être soutenu qu'une telle limitation s'applique tant aux paiements transfrontaliers qu'aux paiements domestiques, notamment dans les pays qui connaissent la consolidation fiscale, ce critère s'annonce difficile à implémenter.

Enfin, la conformité de la limitation avec la prohibition des aides d'États retient également notre attention en ce que la directive anti-BEPS prévoit que les entreprises financières ne sont pas visées par la limitation de déduction des intérêts. Toutefois, cette exclusion est prévue par la Commission européenne dans sa proposition de directive et non, unilatéralement, par les États membres. Elle ne serait donc pas susceptible de tomber dans le champ d'application des aides d'États prohibées⁴⁶. La Commission n'entend de toute façon pas exclure purement et simplement les entreprises financières des règles de limitation de déduction des intérêts :

« Bien qu'il soit généralement admis que les entreprises financières, à savoir les institutions financières et les compagnies d'assurances, devraient aussi être soumises à des limitations de la déductibilité des intérêts, il est également reconnu que ces deux secteurs présentent des caractéristiques particulières qui requièrent une approche plus adaptée à leurs besoins. La principale raison en est que, contrairement à d'autres secteurs de l'économie, les entreprises financières perçoivent des revenus financiers ou supportent des coûts financiers dans le cadre de leurs activités commerciales de base. Étant donné que les discussions dans ce domaine ne sont pas encore assez concluantes au niveau international et de l'Union, il n'a pas encore été possible de prévoir des règles spécifiques dans les secteurs de la finance et des assurances. Il convient toutefois de préciser qu'en dépit de l'exclusion temporaire de ces entreprises financières, l'intention est de parvenir à terme à une règle de limitation des intérêts qui ait

⁴⁴ Arrêt *Scheuten Solar Technology GmbH*, 21 juillet 2011, C-397/09, ECLI:EU:C:2011:499, point 26 : « La règle énoncée à ladite disposition cherche à assurer que le bénéficiaire d'intérêts et de redevances générés dans un État membre autre que celui où il est établi soit exonéré de toute imposition dans l'État membre d'origine de ces derniers. Le libellé de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 2003/49, par la proposition subordonnée "lorsque", établit en effet un lien entre les paiements de tels intérêts et redevances dans un État membre et la réception desdits paiements par le bénéficiaire dans un autre État membre ».

⁴⁵ La CJUE a confirmé que la directive intérêts-redevances ne règle pas la base imposable des agents payeurs. V. arrêt *Scheuten Solar Technology GmbH*, 21 juillet 2011, C-397/09, ECLI:EU:C:2011:499, point 31.

⁴⁶ Arrêt *Deutsche Bahn*, 5 avril 2006, T-351/02, ECLI:EU:T:2006:104.

une large portée et ne soit pas assortie d'exceptions ».

En conséquence, les entreprises financières pourraient être visées prochainement par une règle limitant la déduction fiscale de leurs intérêts d'emprunt.

III. Empêcher l'octroi des avantages des conventions fiscales lorsqu'il est inapproprié d'accorder ces avantages

A. Le rapport final de l'OCDE concernant l'Action 6

Dans son rapport final concernant l'Action 6 du projet BEPS, l'OCDE recommande d'insérer de nouvelles règles dans les CPDI afin d'empêcher les abus. Le but est de combattre les manœuvres de « *treaty shopping* ». L'OCDE propose d'y insérer notamment une disposition anti-abus générale⁴⁷ et une clarification des objectifs des CPDI. Cette dernière prend la forme d'un ajout dans le préambule des CPDI : « *les CPDI ne sont pas destinées à être utilisées pour créer des situations de double non-imposition* »⁴⁸. L'interprétation des dispositions des CPDI devrait se faire en prenant en compte cet objectif, formulé en terme négatif⁴⁹.

Cet objectif, qui n'est qu'un objectif parmi d'autres (le principal restant la prévention de la double imposition), servirait de principe d'interprétation des CPDI mais aussi de « *best practices* » en matière de politique fiscale internationale. Un tel principe guide les États lorsqu'ils décident d'entamer des négociations avec un autre État pour conclure une CPDI⁵⁰.

D'un point de vue européen, les CPDI relèvent du droit national de chaque État membre. Elles doivent donc être conformes au droit européen. L'objectif de la lutte contre les si-

tuations de double non-imposition est poursuivi par la Commission européenne dans plusieurs propositions et communications visant à combattre la planification fiscale agressive et l'évasion fiscale⁵¹.

Comme mentionné *supra*, il faut toutefois rappeler que pour la CJUE la perte de recette fiscale, causée par des situations de double non-imposition (ou autres), ne peut pas être utilisée pour justifier des mesures anti-abus nationales qui discriminent les paiements (ou structures) transfrontaliers⁵² au sein de l'UE par rapport aux situations domestiques.

B. Disposition générale anti-abus

L'OCDE recommande l'insertion d'une clause anti-abus générale dans les CPDI. Cette disposition est basée sur un « *principal purpose test* » (PPT test) : « *a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention* »⁵³.

Ce test vise les transactions mises en place dans le seul but d'obtenir les « *avantages* » offerts par les CPDI. À moins que le contribuable ne puisse prouver que l'obtention de l'avantage est « *conforme à l'objet et à la finalité* » de la disposition de la CPDI en cause, le PPT test empêche que des opérations dont le seul but est fiscal puissent abuser de la CPDI.

⁴⁷ OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 (Final Report)*, Paris, OECD, 2015, pp. 20 et s.

⁴⁸ Des changements au commentaire OCDE de l'article 1 des CPDI avaient déjà été faits en 1977 et 2003 (v. OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 (Final Report)*, Paris, OECD, 2015, p. 91 et les références citées).

⁴⁹ *Ibid.*, p. 92.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 95-97.

⁵¹ Recommandation de la Commission du 6 décembre 2012 relative à la planification fiscale agressive, COM(2012) 722, et les annexes ; v. également communication de la Commission du 28 janvier 2016, « Paquet de mesures contre l'évasion fiscale : prochaines étapes pour assurer une imposition effective et davantage de transparence fiscale dans l'Union européenne », COM(2016)/023 ; proposition de directive du Conseil établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, COM(2016) 26 final.

⁵² Arrêt *Danner*, 3 octobre 2002, C-136/00, ECLI:EU:C:2002:558, points 55 et 56 ; arrêt *Skandia and Ramstedt*, 26 juin 2003, C-422/01, ECLI:EU:C:2003:380, point 51.

⁵³ OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 (Final Report)*, Paris, OECD, 2015, p. 66.

Quant à la conformité d'une telle disposition avec le droit européen, la CJUE a déjà reconnu que « la prévention de l'évasion fiscale et l'abus sont des objectifs reconnus par le droit européen »⁵⁴. Sur le plan législatif, la Commission européenne insiste, depuis 2012, pour insérer une disposition générale anti-abus dans les directives européennes, dans les systèmes fiscaux nationaux et plus récemment dans les CPDI conclues par les États membres⁵⁵. Depuis 2014, le Conseil envisage d'insérer ce type de disposition dans la directive intérêts-redevances⁵⁶. En 2015, la Commission européenne est finalement parvenue à convaincre les 28 États membres d'amender la directive mère-filiale pour inclure une disposition anti-abus générale⁵⁷, rédigée en ces termes :

« Les États membres n'accordent pas les avantages de la présente directive à un montage ou

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

Un montage peut comprendre plusieurs étapes ou parties.

Aux fins du paragraphe 2, un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique ».

La directive anti-BEPS du 12 juillet 2016 prévoit, quant à elle, une disposition anti-abus générale similaire selon laquelle « l'objet ou la finalité » est à chercher dans le droit interne. À première vue, le PPT test proposé dans l'Action 6 paraît conforme à la disposition anti-abus générale des directives mère-filiale ou anti-BEPS. Ces deux dispositions sont d'ailleurs inspirées de la jurisprudence *Cadbury Schweppes* de la CJUE⁵⁸. Cependant, une analyse plus poussée montre que des différences fondamentales existent entre l'approche de l'OCDE, de la Commission et de la CJUE. Ces différences s'expliquent par le cadre juridique qui entoure l'adoption de ces dispositions. Elles pourraient compromettre la conformité du PPT test avec le droit européen.

Le premier point d'attention concerne les notions d'« objet et de finalité » retenues par le PPT test. En adoptant ce genre de clause, les États contractant à une CPDI envoient un signal très ambigu aux contribuables : les avantages de la CPDI sont accessibles à moins que les contribuables ne cherchent à bénéficier de ces avantages. En d'autres mots, il y a une présomption réfragable que l'obtention de l'avantage est le motif déterminant de la mise en place des opérations. On suppose que ces « avantages » ne sont pas obtenus d'une manière conforme à l'objet et à la finalité de la(es) disposition(s) de la CPDI qui les prévoi(en)t. Or, à part réduire la charge fiscale des opérations entre deux États contrac-

⁵⁴ Arrêt *Hans Markus Kofoed*, 5 juillet 2007, C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408, point 38. Le principe de l'interdiction de l'abus de droit en TVA a été énoncé pour la première fois dans l'arrêt *Halifax* (arrêt *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd*, 21 février 2006, C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121 et arrêt *University of Huddersfield Higher Education Corporation*, 21 février 2006, C-223/03, ECLI:EU:C:2006:124). En impôt direct, v. arrêt *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*, 12 septembre 2006, C-196/04, EU:C:2006:544 ; arrêt *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, 13 mars 2007, C-524/04, EU:C:2007:161 ; arrêt *Glaxo Wellcome*, 17 septembre 2009, C-182/08, EU:C:2009:559. Pour la doctrine, v. T. O'SHEA, « Tax Avoidance and Abuse of EU Law », *EC Tax Journal*, 2011/11, p. 77 ; R. DE LA FERIA, « Prohibition of Abuse (Community) Law – The Creation of a New General Principle of EC Law Through Tax », *Common Market Law Review*, 2008/45, pp. 395-441 ; L. DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study under Domestic Law, Tax Treaties and EC Law in Relation to Conduit and Base Companies*, IBFD, 2008, pp. 755 et s. V. également A. ARNULL, « What are General Principles of EU Law? », in R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER, *Prohibition of Abuse of Law – A New General Principle of EU Law*, West Sussex, Hart Publishing, 2009, pp. 18-23 et K. SØRENSEN, « Abuse of rights in Community law: A principle of substance or merely rhetoric? », *Common Market Law Review*, 2006/43, n° 2, p. 423.

⁵⁵ Recommandation de la Commission du 6 décembre 2012 relative à la planification fiscale agressive, COM(2012) 722, et les annexes ; v. également communication de la Commission du 28 janvier 2016, « Paquet de mesures contre l'évasion fiscale : prochaines étapes pour assurer une imposition effective et davantage de transparence fiscale dans l'Union européenne », COM/2016/023 ; proposition de directive du Conseil établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, COM(2016) 26 final.

⁵⁶ Conseil de l'Union européenne, 5 décembre 2014, doc. n° 16435/14.FISC 221, ECOFIN 1157 – Interinstitutional File : 2013/0400 (CNS), point 8, b, I.

⁵⁷ Directive (UE) 2015/121 du Conseil du 27 janvier 2015 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et aux filiales d'États membres différents, JOUE, n° L 21, 28 janvier 2015, p. 1.

⁵⁸ Arrêt *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*, 12 septembre 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, point 62.

tants, il est très difficile d'établir avec certitude quelle est la finalité d'une CPDI ou de ses dispositions.

Un autre point d'attention est la marge de manœuvre laissée à l'administration et le manque de clarté qu'engendre un PPT test. Il repose sur une analyse ou une appréciation « *raisonnable* » de l'administration pour déterminer si telle ou telle opération a directement ou indirectement été poursuivie dans le seul but de bénéficier des avantages d'une CPDI. Face au principe de sécurité juridique, consacré par le droit européen, le PPT test paraît laisser trop de place à la libre appréciation de l'administration et créer un climat d'insécurité juridique⁵⁹. Dans ses arrêts *Siat* et *Itelcar*⁶⁰, la CJUE a souligné que la norme de droit, spécialement quand elle peut avoir des conséquences fiscales négatives pour les contribuables, doit être rédigée d'une manière claire, précise et prévisible. En l'état actuel, le PPT test ne paraît pas remplir ces conditions⁶¹. De plus, il ne paraît pas conforme à la jurisprudence de la CJUE en ce qu'il fait reposer la charge de la preuve sur le contribuable. Cette charge de la preuve semble disproportionnée : l'administration fiscale n'est pas « *tenue de fournir ne serait-ce qu'un commencement de preuve de fraude ou d'évasion fiscales* »⁶². Comment le contribuable peut-il, mieux que l'administration, connaître « *l'objet et la finalité* » des dispositions d'une CPDI ? Ensuite, ce PPT test semble s'écarter fondamentalement du principe européen d'abus de droit dans la jurisprudence de la CJUE qui, jusqu'à aujourd'hui, a fait de l'artificialité une condition nécessaire, mais pas suffisante, de l'existence d'abus. Le PPT test repose principalement sur l'intention du contribuable et ne prend pas suffisamment en compte la matérialité de l'opération.

Enfin, la notion même d'« *avantages* » d'une disposition d'une CPDI pose question. Ce n'est pas comme si l'application des règles négociées entre deux États était une « *faveur* »

ou un « *privilège* » accordé aux seuls contribuables vertueux. Dans l'espoir de renforcer la sécurité juridique au sein du marché intérieur et de dispenser les contribuables d'une telle *onus probandi*, la Commission européenne a demandé aux États membres de ne pas implémenter le PPT test proposé par l'OCDE. Elle leur propose de se limiter à refuser l'application des CPDI lorsque le contribuable ne peut pas prouver qu'il les utilise dans le cadre d'une activité économique réelle⁶³. Cette intervention de la Commission va dans le bon sens, mais il aurait, à notre avis, mieux valu appliquer plus strictement la jurisprudence de la CJUE en réclamant que la charge de la preuve repose sur l'administration fiscale. Cette dernière, pour refuser l'application d'une CPDI, devrait alors démontrer que le contribuable l'utilise, à l'encontre de sa finalité, dans le cadre d'un « *montage purement artificiel* », créé à des seules fins fiscales.

Les conséquences de cette non-conformité du PPT test avec la jurisprudence européenne sont difficiles à établir.

Dans les cas directement visés par le droit européen – opérations entre contribuables résidents dans des États membres différents ou opérations entre contribuable européen et établi dans un État tiers visé par la libre circulation des capitaux –, nous ne serions pas étonnés que la CJUE interprète le PPT test dans la continuité de sa jurisprudence antérieure concernant l'abus. Elle pourrait ainsi juger qu'une telle clause constitue une entrave aux libertés fondamentales, en ce qu'elle est susceptible de s'appliquer à des opérations qui n'auraient pas été jugées abusives au regard du principe européen de prohibition de l'abus de droit.

Dans les cas non visés par le droit européen (en ce compris les opérations purement internes aux États membres), aucune obligation ne paraît obliger le juge à interpréter le PPT test conformément à la jurisprudence de la CJUE. Toutefois, d'une part, il ne paraît pas souhaitable qu'une même clause soit interprétée différemment selon l'opération en cause. D'autre part, si tel était le cas, des principes généraux

⁵⁹ Arrêt *Klaus Biehl*, 8 mai 1990, C-175/88, ECLI:EU:C:1990:186, point 18.

⁶⁰ Arrêt *SIAT*, 5 juillet 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 ; arrêt *Itelcar*, 3 octobre 2013, C-282/12, ECLI:EU:C:2013:629, point 44.

⁶¹ C. PANAYI, *Advanced Issues in International and European Tax Law*, Bloomsbury Publishing, 2015, 830.

⁶² Arrêt *SIAT*, 5 juillet 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415, point 55.

⁶³ Recommandation de la Commission du 28 janvier 2016 concernant la mise en œuvre de mesures contre l'utilisation abusive des conventions fiscales, COM(2016) 271.

de droit interne (par exemple en Belgique le principe de non-discrimination) devraient être invoqués par les contribuables pour revendiquer une interprétation consistante de la disposition.

IV. Règles CFC

Les règles « sociétés étrangères contrôlées » (CFC) sont analysées par le rapport sur l'Action 3 de BEPS. Ces règles luttent contre le transfert des bénéfices, des pays à fiscalité élevée, dans lesquels ces règles sont adoptées, vers les pays à fiscalité faible. Ces règles prévoient qu'une société mère établie dans un pays à fiscalité élevée est taxée dans ce dernier pays sur les bénéfices réalisés par ses filiales établies dans les pays à fiscalité faible, même si ces bénéfices ne sont pas distribués à la société mère.

L'Action 3 du rapport BEPS énonce des recommandations pour l'adoption de ce type de règles. L'essentiel est une nouvelle définition des règles CFC et leur élargissement aux entités transparentes (trusts ou partnerships) ou aux établissements stables. Le rapport prévoit aussi une adaptation du niveau de contrôle requis pour que la règle CFC soit d'application. L'OCDE propose un test économique et un minimum de 50 % de contrôle direct ou indirect de la société mère sur sa filiale.

L'objet même des règles CFC est de traiter différemment les sociétés mères qui possèdent toutes ses filiales dans le même pays, de celles qui détiennent des entités étrangères. Le fait de soumettre à l'impôt dans le pays de la société mère des bénéfices qui ne sont pas rapatriés rend l'investissement transfrontalier moins attractif et peut même causer des situations de double imposition. En créant une distinction entre deux situations comparables et en limitant l'attrait des investissements extérieurs, les nouvelles règles proposées par l'OCDE peuvent avoir un impact non négligeable sur la circulation des capitaux ou des personnes morales au sein du marché intérieur. Or, cette circulation est garantie par les libertés fondamentales européennes. La question de la conformité des règles CFC avec le droit européen n'est donc pas une question anecdotique.

Le projet BEPS souligne d'ailleurs que la conformité des règles CFC avec le droit européen pose question. Selon l'OCDE, « *ce rapport a pour objectif de définir des recommandations en vue d'élaborer des règles relatives aux SEC qui soient efficaces et applicables dans toutes les juridictions. Lorsque des recommandations sont formulées, elles sont les mêmes pour toutes les juridictions, qu'elles soient, ou non, des États membres de l'UE. Cependant, lorsque des options sont offertes, les États membres de l'UE seront amenés à vérifier que la solution retenue est bien compatible avec le droit communautaire* »⁶⁴.

En l'état actuel de la jurisprudence de la CJUE, le fait pour une société mère d'ouvrir une filiale dans un autre État membre dans le seul but de bénéficier d'une fiscalité plus faible que celle à laquelle elle est soumise n'est pas constitutif d'un abus des libertés fondamentales de circulation garanties par le droit européen⁶⁵. En conséquence, les règles qui limitent cette possibilité sont une restriction à ces libertés.

Cependant, la CJUE a ouvert la porte à une justification de cette restriction. Cette justification est la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales. Elle suppose que les États puissent démontrer que la restriction en cause est la plus spécifique et la plus appropriée pour atteindre cet objectif⁶⁶.

Depuis le célèbre arrêt *Cadbury Schweppes* de la CJUE, il est établi que les restrictions aux libertés fondamentales sont possibles si elles visent à empêcher les abus prenant la forme de « *montages purement artificiels* »⁶⁷. Cette condition suppose une analyse objective des activités économiques réelles menées par le contribuable dans l'État membre où il est établi. Celle-ci doit être proportionnelle « *au degré d'existence physique en termes de lo-*

⁶⁴ OECD, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3, Paris, OECD, p. 17.

⁶⁵ Arrêt *Cadbury Schweppes*, 12 septembre 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, point 49.

⁶⁶ Arrêt *Commission/Portugal*, 7 avril 2011, C-20/09, EU:C:2011:214, points 60 et 61 et arrêt *Commission/Royaume-Uni*, 13 novembre 2014, C-112/14, ECLI:EU:C:2014:2369, point 24.

⁶⁷ Arrêt *Cadbury Schweppes*, 12 septembre 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, point 51 ; arrêt *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, 23 avril 2008, C-201/05, ECLI:EU:C:2008:239, point 86.

caux, de personnel et d'équipements »⁶⁸. La CJUE fait de ce test une condition de l'application éventuelle des règles CFC entre deux États membres⁶⁹.

Dans le domaine de la libre circulation des capitaux, la CJUE a jugé que des dispositions anti-abus spécifiques adoptées par les États membres – comme les règles CFC – doivent respecter ce principe de proportionnalité. En résumé, elles doivent se limiter aux « montages purement artificiels »⁷⁰. Bien que la jurisprudence semble se focaliser sur cet aspect, l'application de la notion de « montages purement artificiels » à des opérations de pur investissement financier pose question. Il n'est en effet pas facile de déterminer la substance requise pour ce type d'opérations⁷¹. La Cour de justice de l'association européenne de libre-échange a rendu un jugement intéressant sur cette question⁷². L'OCDE, dans son rapport sur les CFC, fait une référence explicite à l'arrêt *Cadbury Schweppes*. Elle recommande aux États membres de restreindre l'application de leurs règles CFC aux situations qui n'ont pas la substance requise (analyse basée sur l'activité économique réelle) ou d'appliquer ces règles tant aux situations domestiques que transfrontalières⁷³ – ce qui ne fait pas beaucoup de sens.

Les règles CFC sont aussi reprises dans la directive anti-BEPS de la Commission européenne⁷⁴. La règle prévoit qu'un État membre peut considérer une entité comme une société étrangère contrôlée si deux conditions sont remplies. Premièrement, un contribuable résident de cet État doit détenir « à lui seul ou avec ses entreprises associées, une participa-

tion directe ou indirecte de plus de 50 % des droits de vote, possède, directement ou indirectement, plus de 50 % du capital ou est en droit de recevoir plus de 50 % des bénéfices de cette entité »⁷⁵. Ensuite, « l'impôt réel sur les sociétés que l'entité ou l'établissement stable paye sur ses bénéfices [doit être] inférieur à la différence entre l'impôt sur les sociétés qui aurait été supporté par l'entité ou l'établissement stable dans le cadre du système d'imposition des sociétés applicable dans l'État membre du contribuable et l'impôt réel sur les sociétés que l'entité ou l'établissement stable paye sur ses bénéfices »⁷⁶.

La règle CFC de la directive anti-BEPS prévoit que l'État membre inclut dans la base d'imposition du contribuable « les revenus non distribués de l'entité qui relèvent des catégories » citées dans la directive (en substance les revenus financiers) ou uniquement « les revenus non distribués de l'entité ou de l'établissement stable provenant de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal »⁷⁷. Dans ce deuxième cas, une clause de *minimis* est prévue : l'État membre peut choisir d'exclure de la règle CFC une entité (i) « dont les bénéfices comptables ne sont pas supérieurs à 750 000 EUR et dont les revenus non commerciaux ne sont pas supérieurs à 75 000 EUR » ou (ii) « dont les bénéfices comptables ne dépassent pas 10 % des coûts de fonctionnement pendant la période d'imposition »⁷⁸. Quant au calcul de la base imposable, l'article 8 de la directive anti-BEPS précise la méthode à appliquer.

L'État membre peut enfin choisir « de ne pas considérer une entité ou un établissement stable comme une société étrangère contrôlée si (...) un tiers ou une proportion moins élevée des revenus générés par l'entité » relève d'une catégorie citée. L'État membre peut également choisir d'élargir cette tolérance pour ne pas prendre en compte dans le calcul d'un tiers que les revenus provenant « d'opérations effectuées avec le contribuable ou ses entreprises associées »⁷⁹.

⁶⁸ Arrêt *Cadbury Schweppes*, 12 septembre 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, points 67 et 75.

⁶⁹ A. P. DOURADO, « The role of CFC rules in the BEPS Initiative and in the EU », *British Tax Review*, 2015, n° 3, p. 359.

⁷⁰ Arrêt *Itelcar*, 3 octobre 2013, C-282/12, ECLI:EU:C:2013:629, point 34 ; arrêt *Commission/Royaume-Uni*, 13 novembre 2014, C-112/14, ECLI:EU:C:2014:2369, point 25.

⁷¹ Arrêt *Commission/Royaume-Uni*, C-112/14, ECLI:EU:C:2014:2369.

⁷² Affaires liées *Fred. Olsen and Others/the Norwegian State*, E-3/13 et E-20/13, points 166 et s.

⁷³ OECD, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3, Paris, OECD, p. 17. Pour une critique sur l'utilisation par l'OCDE du concept de montages purement artificiels, v. C. PANAYI, *Advanced Issues in International and European Tax Law*, Bloomsbury Publishing, 2015, 830, 7061-7072.

⁷⁴ Directive 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, JOUE, n° L 193, 19 juillet 2016, p. 1.

⁷⁵ *Ibid.*, art. 7, 1.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*, art. 7.2.

⁷⁸ *Ibid.*, art. 7, 4.

⁷⁹ *Ibid.*, art. 7, 3.

Conclusion

Comme expliqué ci-avant, la question de la conformité du projet BEPS avec le droit européen soulève quelques difficultés. Mis à part les difficultés techniques, c'est l'esprit général d'intégration fiscale européenne qui pourrait être chamboulé par la mise en œuvre des recommandations de l'OCDE formulées dans le projet BEPS.

La lutte contre l'évasion fiscale et la planification fiscale agressive est devenue un moteur de la politique fiscale européenne. L'intégration du marché intérieur semble avoir été reléguée au second plan. Le meilleur exemple de ce renversement est la proposition de directive ACCIS, qui a pour but de créer une base imposable commune (et consolidée) à l'impôt des sociétés dans les différents États membres. Après avoir été mise en pause pendant près de 4 ans⁸⁰, la Commission a annoncé qu'une mise en œuvre en deux étapes allait être envisagée : d'abord une base imposable harmonisée avec une possibilité de déduire les pertes supportées à l'étranger, et ce n'est qu'ensuite que sera intégrée la consolidation⁸¹. Les deux propositions ont été déposées en octobre 2016 sur la table du Conseil⁸². Avant même d'ouvrir les discussions publiques sur cette proposition, la Commission a publié une série de mesures visant à lutter contre l'évasion fiscale. Ces mesures sont présentées comme un préalable à l'adoption de l'ACCIS⁸³. Bien sûr, on

peut se poser la question de savoir si, à part les raisons politiques, il existe réellement un lien entre la mise en place du marché intérieur et des mesures destinées à lutter contre l'érosion de la base imposable des États membres. Certes, nous ne nions pas que « *l'adoption d'une approche commune par l'Union renforcera le marché unique dans son ensemble et le protégera de l'érosion de la base d'imposition* »⁸⁴. Cependant, il y a lieu de se demander si l'implémentation de nouvelles mesures anti-abus nationales n'aura pas pour effet contraire de fragmenter encore un peu plus le marché intérieur et d'entraver les opérations transfrontalières qu'un tel marché est supposé favoriser.

La question de la compétence de l'Union européenne pour harmoniser les règles anti-abus nationales dans les États membres mérite également d'être posée. Ceci d'autant plus que la Commission ne propose pas, en parallèle, une harmonisation des règles matérielles quant à la fiscalité directe dans le marché intérieur. Or, l'article 115 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que « *le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur* ». Ces directives doivent être conformes aux principes de subsidiarité et de proportionnalité prévus à l'article 5 du même Traité. Il est donc impératif de déterminer si la directive anti-BEPS permet réellement un meilleur fonctionnement du marché intérieur et elle est conforme à ces principes. Chaque mesure de la directive est concernée.

D'une part, certaines mesures ont pour objectif de remédier au manque d'harmonisation en matière de fiscalité directe (par ex. la lutte contre les montages hybrides ou le transfert de siège des sociétés entre États membres). Le manque de coordination risque en effet de pousser les contribuables à tirer profit de ces disparités pour obtenir des avantages (par ex.

⁸⁰ La proposition de base harmonisée à l'impôt des sociétés (ACCIS) date de 2011 : proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS), COM(2011)/0121.

⁸¹ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Un système d'imposition des sociétés juste et efficace au sein de l'Union européenne : cinq domaines d'action prioritaires », COM(2015) 302, p. 8.

⁸² Communication de la Commission du 2 octobre 2016, « Pour la mise en place d'un système d'imposition des sociétés équitable, compétitif et stable dans l'Union européenne », COM(2016) 682 final ; proposition de directive du 25 octobre 2016 concernant une assiette commune pour l'impôt sur les sociétés, COM(2016) 685 final ; proposition de directive concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS), COM(2016) 683 final.

⁸³ *Ibid.*, p. 8. « Une ACCIS en bonne et due forme contribuerait fortement au renforcement du lien entre l'imposition et le lieu où les bénéfices sont réalisés. En marge de l'élaboration de la nouvelle proposition, les travaux doivent se poursuivre dans le cadre de la proposition actuellement sur la table du Conseil en ce qui concerne certains aspects internationaux de l'assiette commune liés au projet BEPS (...) Le Conseil devrait parvenir à un consensus sur ces éléments dans un délai de 12 mois, et celui-ci

devrait avoir un caractère juridiquement contraignant avant qu'un accord ne soit dégagé sur l'ACCIS révisée ».

⁸⁴ *Ibid.*, p. 9.

une double non-imposition) qui ne sont voulus par aucun État. Une meilleure coordination permet une allocation optimale des ressources économiques dans les différents États membres. De plus, puisque ce sont des disparités entre législations nationales qui sont en cause, il paraît légitime que ce soit un niveau supranational, l'UE, qui impose les mesures d'harmonisation.

D'autre part, d'autres règles telles que les règles en matière de déduction des intérêts ou les règles CFC risquent d'avoir pour conséquence principale un alourdissement de la charge administrative et les situations de double imposition. Ces conséquences néfastes

sont un prix très (trop ?) lourd à payer pour la lutte contre l'évasion fiscale. Les activités économiques réelles risquent d'être injustement entravées.

En conclusion, on ne peut que se réjouir du dynamisme des institutions européennes en matière de fiscalité des sociétés, après des années de stagnation. Cependant, ces institutions doivent être prudentes dans la mise en œuvre de nouvelles mesures destinées à lutter contre l'évasion fiscale étant donné que ces mesures, si elles ne sont pas adéquates, pourraient renforcer les frontières fiscales entre États, à l'encontre de l'objectif poursuivi par l'intégration européenne.