

Faculté de droit et de criminologie

L'objectif de lutte contre l'évasion fiscale comme justification absolue à toute entrave au droit à la liberté d'établissement.

Les règles exit tax et les règles CFC dans la Directive ATAD et dans leur transposition en droit belge sont-elles conformes au droit à la liberté d'établissement et au bon fonctionnement du marché intérieur ?

Auteur :

Gabriel De Keyzer

Promoteur(s) :

Edoardo Traversa

Année académique 2020-2021

Master (120) en droit, à finalité Droit de l'entreprise

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

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

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

Nous tenons à remercier chaleureusement Monsieur le Professeur Edoardo Traversa, notre promoteur, pour son encadrement et ses précieux conseils.

Nous tenons à témoigner également toute notre reconnaissance à Madame Ilaria Gambardella, Monsieur Benjamin Bodson, Monsieur Emanuele Ceci et Monsieur Teymour Moyson, pour leurs conseils et leur soutien.

Table des matières

Introduction	6
Chapitre 1. – Le droit à la liberté d’établissement et la mobilité des sociétés : le problème des transformations transfrontalières	8
Section 1. Le droit à la liberté d’établissement confronté aux critères de rattachement en matière de mobilité des sociétés	8
Sous-section 1. Contexte historique.....	8
Sous-section 2. Le droit à la liberté d’établissement	9
Sous-section 3. La théorie de l’incorporation <i>versus</i> la théorie du siège réel en matière de mobilité des sociétés : une harmonisation européenne plus que souhaitable	11
§1 ^{er} . Il n’y a pas si longtemps s’appliquait la théorie du siège réel en Belgique	13
A. L’interprétation donnée à la notion de siège réel et à la notion d’établissement principal	13
B. Une théorie difficilement applicable	14
§2. L’application de la théorie de l’incorporation : la Belgique comme pays d’établissement plus attrayant au détriment d’une harmonisation des règles fiscales.....	16
Chapitre 2. Les règles exit tax face au droit à la liberté d’établissement : un mécanisme trop complexe pour être correctement mis en œuvre ?	17
Section 1. L’exit tax, une mise en œuvre conditionnée est nécessaire pour sa conformité au droit primaire de l’Union européenne	17
§1 ^{er} . « L’exit tax à la belge ».....	17
§2. La jurisprudence de la Cour comme fondement des règles exit tax, entre consécration, justification et limitations	21
Section 2. L’exit tax et le besoin croissant d’une intervention législative internationale et européenne.....	25
§1 ^{er} . Le plan « BEPS »	26
§2. La Directive « ATAD »	27
Section 3. Analyse du mécanisme des règles exit tax dans la Directive ATAD et dans la législation belge. Peut-on parler d’une réelle transposition en droit belge ?	28
§1 ^{er} . Analyse des règles exit tax dans la Directive et dans la législation belge	28
§2. La Directive ATAD en droit belge, une transposition réussie ?	35
Chapitre 3. Les règles CFC : le législateur européen et le législateur belge, un mariage presque parfait ?	37
Section 1. Provenance et origine	37

Section 2. Analyse des règles CFC dans la Directive ATAD et dans la législation belge : quand la Belgique se résigne presque parfaitement à adopter un tel régime.....	43
§1 ^{er} . Analyse des règles CFC dans la Directive et dans la législation belge	43
§2. Les règles CFC en droit belge, meilleure transposition que celle des règles exit tax ?	50
Chapitre 4. Les règles exit tax et CFC contenues dans la Directive ATAD et dans la transposition en droit belge sont-elles conformes au droit à la liberté d'établissement ?	52
Section 1. les règles exit tax	53
§1 ^{er} . Présomption de conformité de la Directive ATAD au droit à la liberté d'établissement	53
§2. Une conditionnalité trop rigide dans la transposition en droit belge	55
Section 2. Les règles CFC	60
§1 ^{er} . Présomption de conformité de la Directive ATAD au droit à la liberté d'établissement	61
§2. La lutte contre la fraude et l'évasion fiscale comme justification absolue à toute entrave au droit à la liberté d'établissement par la transposition en droit belge ?	63
§3. D'autres mécanismes pourraient-ils « remplacer » les règles CFC ?	65
Conclusion.....	70
Bibliographie	73

Introduction

« 72 milliards d’euros se sont envolés de la Belgique vers des paradis fiscaux en 2019¹ », Le Soir, 2020.

L’évasion fiscale prive notre pays de milliards d’euros chaque année² et constitue une des principales préoccupations de la communauté internationale. Étant donné que la lutte contre cette pratique se fait d’autant plus ressentir depuis les débuts de la pandémie de la covid-19 et de la crise économique qui en découle, il nous a paru nécessaire de consacrer notre mémoire à l’étude de certaines règles européennes luttant contre ce phénomène.

« Evasion fiscale n'est pas synonyme de fraude fiscale!³ », Trends Tendances, 2016.

Bien qu’elle ait mauvaise presse, l’évasion fiscale n’en est pas pour autant illégale, contrairement à la fraude fiscale. Elle consiste en l’usage de moyens légaux dans le but de réduire ou d’éviter le paiement de l’impôt.

« L'Europe offre toujours "beaucoup d'options aux multinationales qui veulent échapper à l'impôt"⁴ », Trends Tendances, 2015.

Depuis le scandale financier « Luxembourg Leaks ⁵», la lutte contre l’évasion s’est intensifiée en Europe afin d’éviter une perte de contrôle sur la concurrence fiscale à laquelle se livrent les Etats-membres dans le but d’attirer l’investisseur étranger.

Il n’est pas anodin de lire régulièrement ce type d’articles dans la presse quotidienne. C’est pourquoi notre étude se concentre sur l’analyse de deux règles européennes que sont les règles exit tax et les règles sociétés étrangères contrôlées (ci-après « CFC ») qui sont disciplinées par

¹ Article de presse : <https://plus.lesoir.be/283075/article/2020-02-27/172-milliards-deuros-se-sont-envoles-de-la-belgique-vers-des-paradis-fiscaux-en>

² Carte blanche « L’évasion fiscale prive la Belgique de 30 milliards par an » de ALEXIS DE BOE et CHARLES LEJEUNE dans le Vif : <https://www.levif.be/actualite/belgique/l-evasion-fiscale-prive-la-belgique-de-30-milliards-par-an-carte-blanche/article-opinion-1324499.html#:~:text=L'%C3%A9vasion%20fiscale%20engendre%20chaque,les%20caisses%20de%20l'%C3%89tat%20!&text=%C3%80%20titre%20de%20comparaison%2C%20le,%C3%A9tait%20de%201%2C45%20milliard.>

³ Article de presse : <https://trends.levif.be/economie/politique-economique/evasion-fiscale-n-est-pas-synonyme-de-fraude-fiscale/article-normal-486065.html>

⁴ Article de presse : <https://trends.levif.be/economie/politique-economique/l-europe-offre-toujours-beaucoup-d-options-aux-multinationales-qui-veulent-echapper-a-l-impot/article-normal-431535.html>

⁵ Accords fiscaux très avantageux conclus entre le Luxembourg et certaines multinationales.

la Directive anti-abus⁶ 2016/1164 (ci-après « Directive ATAD ») dont le but est de lutter contre l'évasion fiscale. Ces règles seront analysées à la lumière du droit à la liberté d'établissement, précisé aux articles 49 à 55 du TFUE⁷, qui consiste en le droit de créer et de gérer de manière durable et permanente une société sur le territoire de n'importe quel Etat-membre de l'Union européenne. Comme toute liberté, elle peut se voir entravée par différents obstacles juridiques. C'est pourquoi notre étude se donne pour objectif d'analyser le risque que présentent ces règles de porter ou non atteinte au droit à la liberté d'établissement. La méthodologie utilisée pour la rédaction de notre étude est le formalisme⁸. Il s'agit de présenter les normes juridiques telles qu'elles sont, de les décomposer analytiquement afin de tirer certaines conclusions pour espérer apporter des « solutions répondant à des idéaux de cohérence et de non-contradiction⁹ ». Pour satisfaire à ce but, nous analyserons, d'abord, le droit à la liberté d'établissement dans le cadre des transformations transfrontalières et les critères de rattachement en matière de mobilité des sociétés (Chap. 1). Ensuite, dans un objectif final de déterminer la compatibilité de ces règles au droit à la liberté d'établissement, nous analyserons le mécanisme des règles exit tax et celui des règles CFC tels qu'ils sont dans la Directive ATAD et dans leur transposition en droit belge et nous dresserons un comparatif afin de déterminer si dans les deux cas il s'agit ou non d'une véritable transposition (Chap. 2 et 3). Enfin, nous procéderons à une analyse binaire de ces deux règles afin de déterminer si elles sont conformes ou non au droit à la liberté d'établissement (Chap. 4).

⁶ Directive (UE) 2016/1164 du Conseil, du 12 juillet 2016, établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, *J.O.*, 2016, L 193, 19 juillet 2016.

⁷ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2ème édition, Paris, Dalloz, 2016.

⁹ *Ibid.*

Chapitre 1. – Le droit à la liberté d’établissement et la mobilité des sociétés : le problème des transformations transfrontalières

Section 1. Le droit à la liberté d’établissement confronté aux critères de rattachement en matière de mobilité des sociétés

Sous-section 1. Contexte historique

L’objectif du Traité de Rome¹⁰ du 25 mars 1957 était d’établir un marché commun permettant la liberté de circulation¹¹. Ce Traité a mis en place quatre piliers du marché européen dont l’un est la libre circulation des personnes. Ce pilier recouvre deux libertés, la liberté de circulation des travailleurs et la liberté d’établissement qui concerne les personnes morales¹². Dans notre étude nous nous intéressons principalement à la liberté d’établissement. Cette liberté garantit la libre mobilité au sein de l’Union européenne des entreprises et des titulaires de professions libérales. Au sein du marché intérieur, les prestataires et les sociétés ont commencé à bénéficier de ces libertés. Néanmoins, cette libre mobilité s’est rapidement confrontée à des obstacles nationaux et de nombreuses questions ont commencé à apparaître et à inonder la jurisprudence européenne¹³. De plus, au fil des années, la liberté d’établissement s’est vue transformée car les sociétés ont de plus en plus développé des activités transfrontalières et cela s’explique d’une part par l’expansion de l’Union européenne à d’autres pays, notamment la vague de 2004¹⁴ et d’autre part par un phénomène de globalisation des échanges qui a mené de nombreuses sociétés à se délocaliser totalement ou partiellement¹⁵. Dans cette étude, nous nous intéressons davantage à la liberté d’établissement des sociétés car bien que cette liberté s’applique aussi aux personnes physiques titulaires d’une profession libérale, différents aspects relatifs à son application envers les sociétés méritent notre attention.

¹⁰ Pays signataires : Allemagne, Belgique, France, Italie, Luxembourg, Pays-Bas.

¹¹ G. SANTORO, « L’évolution du principe de liberté d’établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l’arrêt *Cartesio* », in *Revue Internationale de droit économique*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2010/3, p. 352.

¹² M. VEKEMAN et K. MORBEE, « [Droit fiscal européen] Droit dérivé: la législation fiscale des U.E », in *Tiberghien Manuel de droit fiscal 2019-2020*, p. 2461.

¹³ G. SANTORO, « L’évolution du principe de liberté d’établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l’arrêt *Cartesio* », *op. cit.*, p. 353.

¹⁴ Dix pays principalement de l’est de l’Europe intègrent l’Union européenne.

¹⁵ G. SANTORO, « L’évolution du principe de liberté d’établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l’arrêt *Cartesio* », *op. cit.*, p. 353.

Sous-section 2. Le droit à la liberté d'établissement

La liberté d'établissement consiste en un droit qui permet à une personne morale ou physique de s'établir librement dans un Etat-membre de l'Union européenne et d'y exercer librement une activité de manière durable¹⁶. Dans le cadre de notre étude, nous nous intéressons à la liberté d'établissement des entreprises. Pour ce qui leur concerne, cette liberté leur permet de constituer des entreprises, des filiales ou des succursales dans n'importe quel Etat-membre¹⁷. Ce droit permet aux entreprises de développer des activités transfrontalières. Nous insistons sur le caractère durable des activités transfrontalières afin de les différencier des activités qui relèvent de la libre prestation de services qui ont un caractère temporaire¹⁸.

Ce droit est repris à l'article 54 du TFUE¹⁹ en ces termes :

« Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres ²⁰».

À la lecture de ces lignes, nous observons que les sociétés doivent remplir une double condition afin d'exercer leur droit à la liberté d'établissement²¹. D'une part, les sociétés doivent être constituées en conformité avec la législation d'un pays de l'Union européenne et d'autre part, les sociétés doivent avoir leur siège social, leur administration ou leur principal établissement sur le territoire de l'Union européenne. C'est à cette double condition seulement qu'une société pourra s'établir librement partout au sein de l'Union européenne²². Comme nous le voyons, l'accès à la liberté d'établissement nécessite un ancrage européen et une reconnaissance des sociétés par les Etats-membres. En effet, cette reconnaissance est une condition préalable au droit à la liberté de s'établir²³. Mais qu'est-ce que cette reconnaissance ? Il s'agit de

¹⁶ Site europa.eu : <https://www.europa.eu/factsheets/fr/sheet/40/la-liberte-d-etablissement-et-la-liberte-de-prestation-de-services>

¹⁷ G. SANTORO, « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio », *op. cit.*, p. 365.

¹⁸ A-L SIBONY et A. DEFOSSEZ, « Liberté d'établissement et libre prestation de services », in *RTD eur.* 2009/45, n°3, p. 515.

¹⁹ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 54.

²⁰ *Ibid.*, art. 54.

²¹ L. BROSENS, « Hoofdstuk III - Woonplaatsconflicten » in *Het fiscaal inwonerschap van vennootschappen in een globaliserende economie*, 1^{re} édition, Bruxelles, Intersentia, 2018, p. 341.

²² E.-J. NAVEZ, « 3 - Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE », in *Droit des groupes de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 94.

²³ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 3^e éd., Paris, Montchrestien, 2008/53, p. 55.

« l'admission sur le territoire national de l'existence et des effets d'une personnalité juridique étrangère ²⁴ ». La reconnaissance comporte deux éléments²⁵. Le premier est que la société soit un sujet de droit et le second consiste en ce que la société soit régie par un droit national, une *lex societatis*. Cela étant défini, la question est de savoir quel est le but de cette reconnaissance ? Son but est de créer un lien juridique entre la société et le droit auquel elle va se rapporter²⁶. La reconnaissance permet donc à la société de déterminer à quel ordre juridique elle va se rattacher en droit international privé et *de facto* connaître le droit qui va régir ses statuts, à savoir, sa *lex societatis*. Cette prérogative est laissée à la discrétion des Etats-membres car il n'existe aucun système commun de rattachement des sociétés²⁷.

Toutefois, il y a des obstacles à cette reconnaissance. Nous distinguons deux types d'obstacles. Tout d'abord, un obstacle à l'émigration des sociétés qui est la volonté d'empêcher une société de sortir de son Etat-membre d'origine et donc qu'elle cesse d'être un contribuable dans ce pays. Il y a un arrêt très connu en la matière qui est l'arrêt *Daily Mail*²⁸. Dans cet arrêt, la question était donc de savoir si un Etat-membre pouvait interdire à une société dotée de la personnalité morale et qui avait son siège de direction dans ce même Etat-membre de transférer ce siège dans un autre Etat-membre sans autorisation préalable²⁹. La Cour part du constat qu'une société est une fiction. Elle n'existe qu'au travers d'une législation nationale qui en détermine les modes de constitution et de fonctionnement et qui la reconnaît³⁰. Selon la Cour, puisque c'est le droit national qui permet à la société d'exister et d'exercer son activité, c'est aussi ce droit national qui peut décider si la société peut ou non changer de *lex societatis*³¹. Donc, la Cour estime qu'une société constituée en conformité de la législation d'un Etat membre et y ayant son siège statutaire, ne dispose pas du droit de transférer son siège de direction dans un autre Etat membre³². Selon nous, la Cour a donné une réponse très restrictive à la problématique de l'émigration des sociétés. En effet, en refusant à la société *Daily Mail* le droit de se prévaloir de la liberté d'établissement pour contester l'obligation d'avoir une autorisation

²⁴ L. LÉVY, *La nationalité des sociétés*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 51.

²⁵ E.-J. NAVEZ, « 3 - Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE », *op.cit.*, p. 94.

²⁶ G. SANTORO, « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio », *op. cit.*, p. 356.

²⁷ *Ibid.*, p. 356.

²⁸ CJUE, arrêt du 27 septembre 1988, *Daily Mail*, Affaire 81/87, EU:C:1988:456.

²⁹ *Ibid.*, point 9.

³⁰ G. SANTORO, « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio », *op. cit.*, p. 361.

³¹ CJUE, arrêt du 27 septembre 1988, *Daily Mail*, Affaire 81/87, EU:C:1988:456, point 19.

³² *Ibid.*, point 25.

préalable à transférer son siège de direction³³, la Cour a semble-t-il restreint encore plus la possibilité pour une société de se prévaloir de son droit à la liberté d'établissement.

Dans d'autres cas, ce frein à l'émigration se matérialise par une taxation à la sortie appelée exit tax qui est donc un impôt prélevé à une société qui décide de quitter le territoire d'un Etat-membre³⁴. Plus loin dans l'étude, nous nous intéressons à la question de savoir si cet impôt à la sortie est conforme au droit primaire de l'Union européenne et plus particulièrement au droit à la liberté d'établissement. Ensuite, nous avons aussi un obstacle à l'immigration des sociétés qui consiste dans le fait que certains pays refusent l'installation sur leur territoire de sociétés à faible capital social voire sans capital car ces sociétés sont soumises à des conditions de constitution plus flexibles que celles qui prévalent dans leur propre pays. Il y a donc un risque de concurrence déloyale³⁵. Or, en Belgique, depuis le premier janvier 2020, il est possible de créer des sociétés sans capital social, ce qui ne fait que renforcer les difficultés entre les Etats-membres par manque de coordination.

Pour pouvoir s'établir librement sur le territoire de n'importe quel Etat-membre et donc exercer son droit à la liberté d'établissement, une société doit respecter certaines règles particulières afin de s'établir sur le territoire d'un Etat. Ces règles sont déterminées par la *lex societatis* de la société qui elle-même sera déterminée en fonction des critères qui vont rattacher la société à tel ou tel ordre juridique.

Sous-section 3. La théorie de l'incorporation versus la théorie du siège réel en matière de mobilité des sociétés : une harmonisation européenne plus que souhaitable

La nationalité d'une société se réfère à sa *lex societatis*. Il s'agit de la loi du lieu sur le territoire duquel la société a son siège réel ou la loi du lieu sur le territoire duquel elle a été constituée³⁶. Comme précédemment évoqué, l'absence d'un critère de rattachement commun soulève un problème majeur qui consiste en la confrontation de deux théories de rattachement³⁷. La première consiste en la théorie de l'incorporation qui utilise un critère formel selon lequel une

³³ S. PEETERS, « Exitbelastingen op emigrerende vennootschappen: een moeilijk evenwicht na National Grid Indus », in *Corporate Mobility in België en Europa*, 1^e editie, Bruxelles, Intersentia, 2014, p. 110.

³⁴ I. Richelle, « Nomadisme fiscal et droit européen », in *J.D.F.*, 2018/5-6, p. 160.

³⁵ Cours du 30 septembre 2020, intervention de M. FYON.

³⁶ E.-J. Navez, « Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE. Examen en droit commercial et fiscal belge, à la lumière de l'influence européenne », in *Droit des groupes de sociétés*, Larcier, Bruxelles, 2013, p. 98.

³⁷ G. SANTORO, « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio », *op. cit.*, p. 354.

société a la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel elle a été constituée. Par cela, on entend l'Etat dans lequel elle est immatriculée ou encore l'Etat mentionné dans ses statuts³⁸. C'est ainsi qu'on parle aussi de siège statutaire ou de siège social. La seconde théorie est celle du siège réel qui fait usage d'un critère matériel consistant en le lieu où sont prises les décisions relatives à l'entreprise³⁹. Par exemple le lieu où l'organe d'administration délibère, il s'agit d'une question de fait. Donc, en vertu de la théorie de l'incorporation, la *lex societatis* d'une société est « en principe⁴⁰ » fixée pour toujours même dans l'hypothèse de mobilité de la société. Par contre, par la théorie du siège réel, la mobilité de la société entraînera *de facto* la mobilité de la *lex societatis* car dans cette hypothèse, la société changera de nationalité.

Chacune des deux théories a des avantages et des inconvénients. En effet, le rattachement par incorporation permet d'assurer une certaine sécurité juridique car il n'est pas nécessaire de regarder la situation par rapport aux faits afin de déterminer à quel ordre juridique se rattache la société. Il suffit de regarder dans ses statuts. Le rattachement par le siège réel, lui, permet à la société d'être rattaché à un ordre juridique cohérent avec ses objectifs économiques et sociaux dans l'Etat en question⁴¹.

En Belgique, c'est la théorie de l'incorporation qui est d'application depuis le 1^{er} janvier 2020. C'est donc le droit des sociétés de l'Etat sur le territoire duquel se trouve le siège statutaire qui régit la société. Mais pas de manière absolue car à l'impôt des sociétés, c'est la théorie du siège réel qui prime⁴². Le domaine fiscal fait donc exception en la matière. Entre les Etats-membres, il n'y a toujours pas d'harmonisation sur ce point et cette absence de coordination européenne sur le choix entre ces deux théories peut mener à deux hypothèses. La première est que nous pouvons avoir des sociétés binationales⁴³. Prenons l'exemple d'une société immatriculée dans un Etat-membre appliquant la théorie de l'incorporation. Toutefois, cette société a un siège de direction effectif et une administration concentrés dans un autre Etat-membre qui lui utilise la théorie du siège réel. Dans ce cas de figure, nous sommes confrontés à une société soumise au droit des sociétés de l'Etat sur le territoire duquel elle a été immatriculée et il s'agit aussi d'une

³⁸ G. SANTORO, « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio », *op. cit.*, p. 354.

³⁹ *Ibid.*, p. 355.

⁴⁰ Sauf hypothèse de dissolution.

⁴¹ G. SANTORO, « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio », *op. cit.*, p. 358.

⁴² Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *M.B.* 4 avril 2019.

⁴³ H. LAMON, « Emigration ou immigration de sociétés sous l'angle juridique belge et communautaire : tout est-il permis ? », in *Revue Générale de Fiscalité*, 2005/5, p. 4.

société sur le territoire duquel elle a son siège réel. Elle est soumise à deux *lex societatis*. La seconde hypothèse est celle des sociétés apatrides. Il s'agit du cas dans lequel une société est constituée sur le territoire d'un Etat-membre qui applique la théorie du siège réel mais elle a son siège réel dans un autre Etat-membre qui lui utilise la théorie de l'incorporation⁴⁴. Nous constatons qu'il y a non seulement un défaut de coordination au niveau européen par rapport au critère de rattachement mais aussi au niveau national car dans notre fonctionnement belge, le critère de rattachement est différent selon qu'on se trouve en droit des sociétés ou en droit fiscal.

Au regard de ces deux théories, on observe un certain paradoxe. Les critères de siège réel et de siège statutaire sont en amont une nécessité pour bénéficier de la liberté d'établissement mais paraissent aussi être une entrave à cette liberté à cause de l'absence d'harmonisation européenne sur ces critères. En effet, partant de cette idée, nous estimons qu'une réponse européenne permettant d'harmoniser cette matière en un seul critère de rattachement permettrait de supprimer ce paradoxe. Si nous pouvions déterminer un seul et même critère de rattachement pour les 27 Etats-membres, nous pourrions réduire les problèmes liés à l'émigration et à l'immigration des sociétés au regard du droit à la liberté d'établissement.

§1^{er}. Il n'y a pas si longtemps s'appliquait la théorie du siège réel en Belgique

Jusqu'au 1^{er} janvier 2020, en Belgique, une société acquérait la personnalité juridique si elle avait été créée conformément au droit du pays dans lequel elle avait son siège au moment de sa constitution. Donc, en Belgique, on reconnaissait la mobilité du siège réel et on la permettait⁴⁵.

A. L'interprétation donnée à la notion de siège réel et à la notion d'établissement principal

Toutefois, cela n'était pas sans problème car la question était de savoir où est localisé le siège en cas de transfert. En effet, il faut donner une interprétation à la notion de siège réel. Pour cela, on se référait au code de droit international privé et plus particulièrement à son article 110 ancienne version qui soutenait que la personne morale est régie par le droit de l'Etat sur le

⁴⁴ Cours du 30 septembre 2020, intervention de M. FYON.

⁴⁵ J. TERFVE et S. MAQUET, « La transformation transfrontalière après l'adoption du CSA: aspect de droit des sociétés et de droit fiscal », in *Le notariat à l'ère de la mondialisation*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2019, pp. 175-176.

territoire duquel son établissement principal est situé dès sa constitution⁴⁶. Donc, la notion de siège était interprétée comme étant le principal établissement de la société qu'il fallait définir afin de rattacher une société à sa *lex societatis*⁴⁷.

Une réponse est donnée à l'article 4 du code de droit international privé⁴⁸ et qui dit que : « Pour l'application de la présente loi, l'établissement principal d'une personne morale se détermine en tenant compte, en particulier, du centre de direction, ainsi que du centre des affaires ou des activités et, subsidiairement, du siège statutaire ⁴⁹ ». Toutefois, les termes de centre de direction qui était le critère d'application principale et d'affaires peuvent susciter diverses interprétations. C'est pourquoi on a longtemps considéré que l'établissement principal d'une société correspondait au lieu de réunion des organes sociaux tels que le conseil d'administration ou encore la réunion des assemblées générales⁵⁰. Toutefois, l'administration fiscale soutient la notion de substance. L'administration définit cela comme le fait qu'une société a son siège de direction en Belgique lorsque les lignes essentielles relatives à sa gestion sont définies en Belgique. Il s'agit donc d'une notion plus large que celle de la réunion des organes sociaux⁵¹. Donc, selon l'administration fiscale, une société a son siège réel en Belgique si elle a une substance en Belgique. Néanmoins, cette thèse n'est pas d'application car la Cour d'appel de Bruxelles l'a rejetée dans un arrêt du 23 novembre 2017⁵². Donc, jusqu'au 1^{er} janvier 2020, on appliquait la théorie du siège réel dont la notion de siège réel s'interprétait comme étant le principal établissement qui lui-même s'interprétait comme étant le lieu de réunion des organes sociaux de la société.

B. Une théorie difficilement applicable

L'application de cette théorie dans l'hypothèse de mobilité des sociétés a pour conséquence que puisque la nationalité d'une société est intangible, la société belge qui transfère son siège réel à l'étranger perd sa personnalité juridique en droit belge⁵³. De par ce transfert, la société sera

⁴⁶ H. LAMON, « Emigration ou immigration de sociétés sous l'angle juridique belge et communautaire : tout est-il permis ? », *op. cit.*, pp. 2 et s.

⁴⁷ E.-J. NAVEZ, « Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE. Examen en droit commercial et fiscal belge, à la lumière de l'influence européenne », *op. cit.*, p. 102.

⁴⁸ DIPE, art. 4, §3.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Cours du 30 septembre 2020, intervention de M. FYON.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Y. COOLS, Q. MASURE et B. VAN VLIJRDEN, « Siège réel d'une holding de droit étranger: la préparation est d'argent, la décision est d'or », in *Tiberghien*, 15 mars 2018 : <https://tiberghien.com/fr/1205/siege-reel-d-une-holding-de-droit-etrange-la-preparation-est-d-argent-la-decision-est-d-or>

⁵³ Cours du 30 septembre 2020, intervention de M. Fyon.

mise en liquidation en droit belge et cela entraîne des conséquences fiscales. Elle sera taxée sur les plus-values latentes, les associés seront imposés sur les éventuels bonis de liquidation⁵⁴ et elle devra payer les droits d'enregistrement si elle possède des immeubles. On peut donc observer que cette théorie se confrontait à deux freins majeurs ; la perte de la personnalité juridique et les conséquences fiscales. Fort heureusement, les tribunaux belges ont permis de résoudre ces problèmes.

En effet, tout d'abord, dans l'arrêt *Lamot* du 12 novembre 1965⁵⁵, hypothèse d'immigration de société, il s'agissait d'une société constituée en Angleterre où elle avait son principal établissement. Elle souhaitait transférer ce dernier en Belgique avec pour conséquence de devenir belge par l'établissement sur notre territoire mais sans pour autant perdre sa personnalité juridique anglaise, ce que la Cour de cassation a jugé possible⁵⁶. Selon elle, un transfert en Belgique du siège social d'une société étrangère est compatible avec le maintien de sa personnalité juridique et donc elle prolonge son statut de sujet de droit anglais sans liquidation mais cela sous trois conditions que la Cour de cassation énonce. Tout d'abord, la loi de l'Etat d'origine donc ici la loi anglaise doit permettre le transfert sans dissolution obligatoire de la société. Puis, la société doit avoir transféré son siège social de manière conforme aux conditions de transfert prévues par le droit de l'Etat d'origine. Enfin, la société doit évidemment modifier ses statuts afin qu'ils respectent le droit des sociétés belge⁵⁷. Cet arrêt trouve désormais sa source législative en l'article 112 du code de droit international privé.

Puis, nous avons l'arrêt *Vanneste* du 29 juin 1987⁵⁸ qui règle l'hypothèse d'une émigration de société. La société Vanneste est une société constituée en Belgique et elle désire transférer son siège réel en Hollande. Ce pays applique la théorie de l'incorporation et donc la société Vanneste risquerait de perdre sa qualité de société en droit belge et donc de devenir apatride. La réponse du Conseil d'Etat a été de permettre à une société créée en Belgique et qui a donc son siège réel en Belgique d'émigrer vers un autre Etat-membre à la condition que cette société remplisse les conditions pour être un sujet de droit dans cet Etat d'accueil au regard du droit de cet Etat et cela sans liquidation⁵⁹.

⁵⁴ CIR, art. 209.

⁵⁵ Cass. (1^{re} ch.), 12 novembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 336.

⁵⁶ E.-J. NAVEZ, « Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE. Examen en droit commercial et fiscal belge, à la lumière de l'influence européenne, *op. cit.*, p. 106.

⁵⁷ H. LAMON, « Emigration ou immigration de sociétés sous l'angle juridique belge et communautaire : tout est-il permis ? », *op. cit.*, p. 4.

⁵⁸ C.E., 29 juin 1987, *Pas.*, 1990, IV, p. 114.

⁵⁹ E.-J. NAVEZ, « Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE. Examen en droit commercial et fiscal belge, à la lumière de l'influence européenne, *op. cit.*, p. 107.

§2. L'application de la théorie de l'incorporation⁶⁰ : la Belgique comme pays d'établissement plus attrayant au détriment d'une harmonisation des règles fiscales

Par la loi du 23 mars 2019⁶¹, le Code des sociétés et associations introduit une réforme en profondeur en cette matière. Désormais, depuis le 1^{er} janvier 2020, on ne doit plus avoir recours à l'interprétation donnée à la notion de principal établissement car maintenant une société ou une association est régie par le droit des sociétés ou par le droit des associations qu'elle a inscrit dans ses statuts⁶². Cette transition a comme objectif de faciliter l'entrée sur le territoire belge et *de facto*, faciliter l'entrée sur le territoire européen⁶³. Si de nombreux changements ont vu le jour en droit des sociétés, il ne faut pas sous-estimer l'impact de cette réforme en droit fiscal. En effet, si, en droit des sociétés, le législateur a opté pour la théorie du siège statutaire comme critère de rattachement, le droit fiscal, lui, utilise encore la théorie du siège réel. Selon le droit des sociétés belge, depuis le 1^{er} janvier 2020, une société est soumise au droit des sociétés belge si elle a son siège statutaire en Belgique⁶⁴.

Cette réforme a créé une rupture dans la coordination du droit des sociétés et du droit fiscal. Lorsqu'il y a une réforme, il y a *de facto* un chamboulement de l'ordre interne de certaines matières et donc il faut adapter les autres matières pour qu'une réforme ne bouleverse pas trop l'harmonisation juridique entre celles-ci. Ce même problème se retrouve au niveau supranational car lorsque le législateur belge doit transposer une norme européenne, par exemple une directive, il s'agit de la transposer tout en essayant de garder l'ordre entre les règles nationales déjà existantes et éviter qu'il y ait des répétitions inutiles ou des contradictions. Le problème qu'on rencontre actuellement est qu'il y a déjà un manque d'harmonisation au niveau européen surtout en matière de fiscalité. Alors, si lors d'une réforme telle que celle en cause, on crée encore un autre déficit d'harmonisation mais au niveau national cette fois, on risque de complexifier d'avantage notre système et de voir l'horizon d'une coordination européenne en matière fiscale s'éloigner encore plus.

⁶⁰ L. HERVE et I. RICHELLE, *Incidences fiscales de la réforme du droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2019.

⁶¹ Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, M.B. 4 avril 2019.

⁶² G. SANTORO, « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio », *op. cit.*, p. 354.

⁶³ *Ibid.*, p. 358.

⁶⁴ Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *op. cit.*

Chapitre 2. Les règles exit tax face au droit à la liberté d'établissement : un mécanisme trop complexe pour être correctement mis en œuvre ?

Le droit à la liberté d'établissement fait partie du droit primaire européen qui est la source suprême de droit de l'Union européenne. Derrière ce droit se trouve toute une série de règles qui doivent être mise en œuvre conformément à cette source suprême. Après avoir analysé en quoi consistait le droit à la liberté d'établissement, nous analysons dans cette deuxième et troisième partie deux règles du droit dérivé européen que sont les règles exit tax et les règles CFC et la conséquence de leur mise en œuvre sur le droit à la liberté d'établissement.

Section 1. L'exit tax, une mise en œuvre conditionnée est nécessaire pour sa conformité au droit primaire de l'Union européenne

Dans cette partie, nous nous concentrons dans un premier temps sur les règles exit tax en droit belge. Bien que les diverses problématiques que ces règles soulèvent ne se limitent pas à la Belgique, nous avons néanmoins décidé de concentrer notre analyse au niveau belge. Dans un second temps, nous analyserons la jurisprudence européenne sur ces règles et comment l'Union européenne les a-t-elle adoptées et mises en œuvre ainsi que leur transposition en droit belge. Enfin, nous nous intéresserons aux conséquences sur le droit à la liberté d'établissement et sur le bon fonctionnement du marché intérieur.

§1^{er}. « L'exit tax à la belge⁶⁵ »

« L'exit tax à la belge⁶⁶ » est disciplinée dans l'article 210, §1^{er}, 4^o du CIR qui « reprend » la théorie des éléments essentiels en assimilant fictivement le transfert de résidence d'une société à une dissolution et une liquidation forcée⁶⁷. *De facto*, cette fiction engendre une imposition à la sortie. Il s'agit d'une sorte de « punition » à la volonté de la société de sortir du territoire

⁶⁵ E.-J. NAVEZ, « Le transfert transfrontalier du siège social en droit fiscal belge. Examen après l'adoption de la directive (UE) 2016/1164 du 12 juillet 2016 visant à lutter contre les pratiques d'évasion fiscale, et l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} décembre 2016 portant des dispositions fiscales », in *R.G.C.F.*, 2017/5-6, p. 401.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 401.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 401.

national. En effet, en transférant sa résidence fiscale, l'Etat-membre de départ perd son pouvoir d'imposition sur les plus-values latentes, perte qu'une exit tax tente de combler⁶⁸.

Les Etats ont développé ce qu'on appelle la théorie des éléments essentiels qui consiste à ce qu'une société désireuse d'émigrer se voit obligée à être dissoute avec les conséquences fiscales qui vont avec⁶⁹. Elle perdait donc sa personnalité juridique lors de son émigration. Lorsque le facteur de rattachement de la *lex societatis* est le siège réel de la société, ce qui était le cas en Belgique avant la réforme du droit des sociétés de 2019, l'émigration de ce siège réel à l'étranger remet en cause l'existence même de la société. Par cette théorie des éléments essentiels qui rendait intangible la *lex societatis*, les sociétés étaient vouées à un immobilisme complet⁷⁰. La jurisprudence belge a mis à mal la théorie des éléments essentiels à travers deux arrêts déjà explicités précédemment. Le premier, l'arrêt *Lamot*⁷¹, dans lequel la Cour de Cassation reconnaît le maintien de la personnalité juridique d'une société étrangère qui transfère en Belgique son principal établissement afin de devenir une société de droit belge, à condition toutefois que son droit national d'origine n'impose pas de dissolution et que cette société respecte les conditions du droit belge pour être considérée en Belgique comme une personne morale régulièrement constituée⁷². Le second, dans l'arrêt *Vanneste*, le Conseil d'état a affirmé qu'aucune disposition en droit belge ne fait perdre la personnalité juridique d'une société en raison du transfert de son siège à l'étranger⁷³. Par conséquent, il y a le maintien de la personnalité juridique de la société en cas de transfert transfrontalier du siège de cette dernière⁷⁴. Ces deux arrêts ont donc consacré l'idée que la *lex societatis* n'est plus un élément essentiel au point qu'elle pourrait être modifiée sans entraîner *de facto* la dissolution de la société⁷⁵. Que ce soit du point de vue de l'immigration ou de l'émigration, grâce à ces arrêts, le transfert vers ou hors de la Belgique du siège social d'une société étrangère ou belge peut se réaliser sans perte de la personnalité juridique. Ces arrêts ont été définitivement disciplinés à

⁶⁸ S. PEETERS, « Exit Taxation : From an internal Market Barrier to a tax avoidance prevention tool », in *EC Tax Review*, Netherlands, Kluwer Law International, 2017/26, n°3, p. 128.

⁶⁹ E.-J. NAVEZ, « Le transfert transfrontalier du siège social en droit fiscal belge. Examen après l'adoption de la directive (UE) 2016/1164 du 12 juillet 2016 visant à lutter contre les pratiques d'évasion fiscale, et l'entrée en vigueur de la loi du 1er décembre 2016 portant des dispositions fiscales », *op. cit.*, p. 401.

⁷⁰ H. LAMON, « Emigration ou immigration de sociétés sous l'angle juridique belge et communautaire : tout est-il permis ? », *op. cit.*, p. 3.

⁷¹ Cass. (1re ch.), 12 novembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 336.

⁷² H. LAMON, « Emigration ou immigration de sociétés sous l'angle juridique belge et communautaire : tout est-il permis ? », *op. cit.*, p. 4.

⁷³ C.E., 29 juin 1987, *Pas.*, 1990, IV.

⁷⁴ E.-J. NAVEZ, « Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE Examen en droit commercial et fiscal belge, à la lumière de l'influence européenne », *op. cit.*, p. 107.

⁷⁵ G. SANTORO, « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio », *op. cit.*

travers les articles 110 et 112 du CODIP⁷⁶. En ce qui concerne l'émigration, volet qui nous intéresse plus particulièrement, une société belge peut déplacer son siège social vers un autre Etat sans perte de sa personnalité juridique et donc sans dissolution à condition que ce soit le siège social qui soit transféré et que le droit national de l'Etat d'accueil accepte ce transfert sans en imposer une éventuelle dissolution⁷⁷.

Cet article 210, §1^{er}, 4^o du CIR se caractérise par une fiction à deux faces⁷⁸. La première consiste à ce que lors de l'évaluation des actifs à la date du transfert, on assimile la valeur de ces actifs à une somme répartie lors du partage de l'avoir social de la société migrante⁷⁹. Cette somme imposée est donc dite latente car le transfert n'engendre pas en lui-même un bénéfice⁸⁰. La seconde est la face temporelle de cette fiction. En effet, on considère que les actifs sociaux sont réalisés juste avant le transfert et *de facto* juste avant la perte, par la société qui émigre, de sa qualité de résidente belge⁸¹. Cette double fiction a fait l'objet de nombreuses critiques doctrinales et s'est vue « dédiabolisée » par la mise en place d'un régime de neutralité fiscal. Ce dernier est l'initiative de la Directive « Fusion », transposée en droit belge par la loi du 11 décembre 2008, et a été étendu à toutes les sociétés résidentes belges⁸² par la loi du 14 avril 2011. En vertu de la Directive « Fusion »⁸³, en cas d'opération de restructuration transfrontalière, il y a un report de l'imposition des plus-values si et seulement si les actifs transférés sont affectés à l'établissement étranger et que la valeur fiscale des éléments d'actifs est reprise par la société bénéficiaire⁸⁴. Ce régime de neutralité se trouve aujourd'hui à l'article 214bis du CIR et est calqué sur le principe applicable en cas d'absorption dans le cadre d'une fusion transfrontalière entre une société résidente belge et une société étrangère⁸⁵. Il implique qu'à certaines conditions, il n'y a pas d'application de l'imposition à la sortie visée à l'article

⁷⁶ E.-J NAVEZ, « Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE Examen en droit commercial et fiscal belge, à la lumière de l'influence européenne », *op. cit.*, p. 107.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 107.

⁷⁸ E.-J NAVEZ, « Le transfert transfrontalier du siège social en droit fiscal belge. Examen après l'adoption de la directive (UE) 2016/1164 du 12 juillet 2016 visant à lutter contre les pratiques d'évasion fiscale, et l'entrée en vigueur de la loi du 1er décembre 2016 portant des dispositions fiscales », *op. cit.*, p. 402.

⁷⁹ CIR, art. 210, §2.

⁸⁰ E.-J NAVEZ, « Le transfert transfrontalier du siège social en droit fiscal belge. Examen après l'adoption de la directive (UE) 2016/1164 du 12 juillet 2016 visant à lutter contre les pratiques d'évasion fiscale, et l'entrée en vigueur de la loi du 1er décembre 2016 portant des dispositions fiscales », *op. cit.*, p. 402.

⁸¹ *Ibid.*, p. 402.

⁸² CIR, art. 2, §1^{er}, 5^o, b).

⁸³ Directive 2009/133/CE du Conseil, du 19 octobre 2009, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'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.*, 2009, L 310, 25 novembre 2009, p. 34-46.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 34-46.

⁸⁵ E.-J NAVEZ, « Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE. Examen en droit commercial et fiscal belge, à la lumière de l'influence européenne *op. cit.*, p. 143.

210, §1^{er}, 4^o sur certains éléments de l'avoir social. En effet, les éléments qui sont maintenus de manière permanente dans un établissement belge de la société émigrante vers un autre pays de l'Union européenne⁸⁶ ne subissent pas cette imposition à condition que ces mêmes éléments contribuent à la réalisation des résultats de cet établissement belge et dans la mesure où les réserves exonérées de la société émigrante se retrouvent dans les capitaux propres de ce même établissement belge^{87, 88}.

Ce régime de neutralité n'engendre cette exonération que si les conditions y afférentes se réalisent avant le transfert de la résidence fiscale. En effet, il se pourrait qu'après le transfert, à un moment donné, certains actifs se voient transférés au nouveau siège social de la société⁸⁹. Dans ce cas, puisque ces actifs ne remplissent plus les conditions de l'article 214bis, ils subiront *ipso facto* l'imposition à la sortie sur leurs plus-values issues du transfert⁹⁰.

Par ces règles, le législateur respecte le principe territorial⁹¹. Toutefois, nous retrouvons des incohérences dans la mise en œuvre de ce principe au regard de l'émigration et de l'immigration des sociétés. En effet, ces deux facettes de la migration des sociétés sont disciplinées différemment. L'absence d'harmonisation dans les règles fiscales se caractérise par le fait qu'en matière d'émigration, on prenait en considération la valeur de marché des éléments transférés pour le calcul de la base imposable de cette imposition à la sortie. Par contre, autrefois, le législateur belge faisait application de la méthode dite de la continuité comptable qui était régie par l'ancien article 184ter, §2 du CIR qui consistait à évaluer les actifs à leur valeur comptable⁹². De ce fait, dans l'hypothèse d'immigration de société, c'était donc la valeur comptable qui était prise en compte au moment du transfert des éléments⁹³. Cette discordance entre l'article 210, §1^{er}, 4^o et l'ancien article 184ter, §2 du CIR était contraire à une résolution

⁸⁶ Le principe de neutralité est limité *ratione loci* au transfert vers un pays membre de l'Union européenne. B. PEETERS, « [Sortie et entrée] Les nouvelles règles en matière de transferts transfrontaliers d'actifs », in *Fiscologue* 2019, n°1598, pp. 6-10.

⁸⁷ CIR, art. 214bis.

⁸⁸ La Directive « mère-filiale » a également pour objectif de contrer les obstacles fiscaux présents dans les rapports entre sociétés liées en évitant une double imposition sur les dividendes reçus par la société mère.

⁸⁹ CIR, art. 228, 3^obis.

⁹⁰ E.-J. NAVEZ, « Le transfert transfrontalier du siège social en droit fiscal belge. Examen après l'adoption de la directive (UE) 2016/1164 du 12 juillet 2016 visant à lutter contre les pratiques d'évasion fiscale, et l'entrée en vigueur de la loi du 1er décembre 2016 portant des dispositions fiscales », *op. cit.*, p. 404.

⁹¹ Projet de loi du 24 juillet 2008, exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Chambre, 2007-2008, n° 1398/1, p. 16.

⁹² B. PEETERS, *Les nouvelles règles en matière de transferts transfrontaliers d'actifs*, in *Fiscologue* 2019, n° 1598, pp. 6-10.

⁹³ E.-J. NAVEZ, « Le transfert transfrontalier du siège social en droit fiscal belge. Examen après l'adoption de la directive (UE) 2016/1164 du 12 juillet 2016 visant à lutter contre les pratiques d'évasion fiscale, et l'entrée en vigueur de la loi du 1er décembre 2016 portant des dispositions fiscales », *op. cit.*, p. 406.

du Conseil du 2 décembre 2008⁹⁴ en vertu de laquelle l'Etat d'immigration doit retenir comme valeur des éléments transférés celle déterminée par l'Etat d'émigration⁹⁵.

§2. La jurisprudence de la Cour comme fondement des règles exit tax, entre consécration, justification et limitations

Le mécanisme des exit tax a été principalement consacré par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Toutefois, la Commission avait déjà soulevé les difficultés sous-jacentes à ce mécanisme. En effet, au regard des libertés fondamentales de circulation, est-il justifiable qu'un Etat-membre puisse prélever une taxe à la sortie sur les plus-values non réalisées du fait que la société exerce son droit à la liberté d'établissement en déménageant vers un autre Etat-membre alors qu'en cas de déménagement interne (national), cette imposition à la sortie n'est pas due⁹⁶ ? Dans une communication du 19 décembre 2006⁹⁷, la Commission affiche son souhait de coordonner les politiques fiscales des Etats-membres au sujet de l'imposition à la sortie. Selon elle, il y a une discrimination entre les contribuables qui, lors de l'exercice de leur droit à la liberté d'établissement, se voient donc imposés et les contribuables qui, n'exerçant pas un tel droit, restent résidents sur le territoire national et qui ne sont pas imposés⁹⁸.

Malgré les tentatives du Conseil et de la Commission afin d'arriver à un système harmonisé ou à tout le moins coordonné des exit tax, c'est principalement la Cour de justice de l'Union européenne qui a balisé cette matière à travers une jurisprudence évolutivement riche⁹⁹. L'ensemble de sa jurisprudence a mené à la rédaction des exit tax au sein de la Directive 2016/1164 dite « Directive ATAD¹⁰⁰ ».

⁹⁴ Résolution du Conseil du 2 décembre 2008 sur la coordination en matière de taxation à la sortie, 2008/C 323/01.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ S. PEETERS, « Exit Taxation : From an internal Market Barrier to a tax avoidance prevention tool », *op.cit.*, p. 122.

⁹⁷ Communication de la Commission du 19 décembre 2006 sur la coordination des systèmes de fiscalité directe des États membres, COM/2006/0823.

⁹⁸ E.-J Navez, « Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE. Examen en droit commercial et fiscal belge, à la lumière de l'influence européenne », *op. cit.*, pp. 124-125.

⁹⁹ E.-J NAVEZ, « Le transfert transfrontalier du siège social en droit fiscal belge. Examen après l'adoption de la directive (UE) 2016/1164 du 12 juillet 2016 visant à lutter contre les pratiques d'évasion fiscale, et l'entrée en vigueur de la loi du 1er décembre 2016 portant des dispositions fiscales », *op. cit.*, p. 408.

¹⁰⁰ Directive (UE) 2016/1164 du Conseil, du 12 juillet 2016, établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, *op. cit.*

C'est en 2011 que la Cour a véritablement consacré le mécanisme des exit tax dans son arrêt *National Grid Indus* du 29 novembre¹⁰¹. Il s'agissait de la société National Grid Indus qui était une société de droit hollandais et qui souhaitait déplacer son centre de direction au Royaume-Uni et ainsi être considérée comme société résidente du Royaume-Uni et être imposée par cet Etat-membre. Toutefois, le problème consistait en ce que l'administration fiscale hollandaise considérait ce transfert comme une liquidation et donc comme une sortie des Pays-Bas et qu'à l'occasion de cette sortie, la société National Grid Indus devait payer l'impôt relatif à la liquidation de la société. Ceci impliquait donc une taxation immédiate sur les plus-values latentes de cette société¹⁰².

La société National Grid Indus a alors contesté cette imposition immédiate sur les plus-values latentes due au transfert du siège de direction dans un autre Etat-membre en considérant qu'il s'agissait d'une différence de traitement par rapport à une société similaire qui maintiendrait son siège de direction aux Pays-Bas et qui ne verrait donc ses plus-values relatives aux actifs imposées que lorsqu'elles auraient été effectivement réalisées¹⁰³. C'est cette différence de traitement qui caractérise cette restriction à la liberté d'établissement¹⁰⁴. Dans sa justification, la Cour rappelle que « doivent être considérées comme des restrictions à la liberté d'établissement toutes les mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté »¹⁰⁵. Selon nous, ici, il n'était pas question de contester que la société ne puisse continuer d'exister car on « assimilait » ce transfert à une liquidation et donc *stricto sensu*, il n'y a pas de liquidation, il s'agit d'une sorte de sanction fiscale à l'émigration. En effet, dans l'arrêt *Cartesio*, la Cour a affirmé que la liberté d'établissement couvre la volonté qu'a une société de se soumettre à une nouvelle *lex societatis* d'un autre Etat-membre en prenant une forme juridique reconnue par cet Etat d'immigration tout en préservant la continuité de sa personnalité juridique^{106, 107}.

La Cour a considéré qu'il s'agissait d'une restriction au droit à la liberté d'établissement. Effectivement, bien que la mesure exit tax ait été justifiée par un intérêt général qui consistait

¹⁰¹ CJUE, arrêt du 29 novembre 2011, *National Grid Indus*, C-371/10, EU:C:2011:785.

¹⁰² K. PANTAZATOU, « National Grid Indus : the first case on companies exit taxation », in *European Business Law Review*, 2012/23, n°6, pp. 2 et s.

¹⁰³ CJUE, arrêt du 29 novembre 2011, *National Grid Indus*, *op. cit.*, point 37.

¹⁰⁴ E.-J. NAVEZ, « Le transfert transfrontalier du siège social en droit fiscal belge. Examen après l'adoption de la directive (UE) 2016/1164 du 12 juillet 2016 visant à lutter contre les pratiques d'évasion fiscale, et l'entrée en vigueur de la loi du 1er décembre 2016 portant des dispositions fiscales », *op. cit.*, p. 411.

¹⁰⁵ CJUE, arrêt du 29 novembre 2011, *National Grid Indus*, *op. cit.*, point 36.

¹⁰⁶ CJUE, arrêt du 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06, EU:C:2008:723, points 112 et 113.

¹⁰⁷ A.-L. SIBONY et A. DEFOSSEZ, « Liberté d'établissement et libre prestation de services », *op. cit.*, p. 536.

en l'objectif de garantir la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les Etats-membres à la lumière du principe de territorialité lié à une composante temporelle¹⁰⁸, elle n'était néanmoins pas proportionnée du fait que cette imposition fût immédiate, au moment du transfert du siège de la société sans qu'aucun mécanisme de paiement différé n'ait été proposé¹⁰⁹. C'est donc au stade du recouvrement de l'imposition et non au stade de l'établissement du montant de l'imposition que la mise en œuvre de cette imposition à la sortie a échoué au test de proportionnalité¹¹⁰.

Nous considérons que cet arrêt est un grand pas vers la consécration des exit tax dans le sens où la Cour n'a pas interdit les exit tax en elles-mêmes, elle a « seulement » dit que rendre l'imposition immédiatement exigible est exagéré et va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de garantir la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les Etats-membres¹¹¹. Malgré que la Cour ait dit pour droit que l'exit tax constitue en l'espèce une atteinte à la liberté d'établissement, nous comprenons qu'il ne s'agissait pas pour autant d'une atteinte qui soit inacceptable¹¹² car comme déjà évoqué précédemment, la Cour met particulièrement l'accent sur l'immédiateté de l'exigibilité de l'imposition. En effet, la Cour a même suggéré des alternatives¹¹³ qui permettraient de rendre cette imposition à la sortie conforme au droit primaire comme par exemple, permettre au contribuable de choisir entre un recouvrement immédiat de cette imposition et un recouvrement différé, éventuellement accompagné de garanties de paiement¹¹⁴. Dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour a reproposé ses alternatives permettant ainsi de combler certaines imprécisions issues de l'arrêt *National Grid Indus*. En effet, dans l'arrêt *DMC*, la Cour dit qu'est proportionnée, pour réaliser l'objectif de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les Etats-membres, la possibilité offerte au contribuable de pouvoir échelonner le paiement de l'impôt sur cinq années¹¹⁵ ou même sur dix années dans l'arrêt *Verder LabTec*¹¹⁶. En effet, l'exit tax dont le recouvrement est aménagé de cette manière est proportionnée du fait que le temps accroît le risque de non-recouvrement¹¹⁷.

¹⁰⁸ S. PEETERS, « Exit Taxation : From an internal Market Barrier to a tax avoidance prevention tool », *op. cit.*, p. 124.

¹⁰⁹ K. PANTAZATOU, « National Grid Indus : the first case on companies exit taxation », *op. cit.*, p. 20.

¹¹⁰ CJUE, arrêt du 29 novembre 2011, *National Grid Indus*, *op. cit.*, point 51.

¹¹¹ S. PEETERS, « Exit Taxation : From an internal Market Barrier to a tax avoidance prevention tool », *op. cit.*, p. 123.

¹¹² Cours du 30 septembre 2020, intervention de M. Fyon.

¹¹³ CJUE, arrêt du 29 novembre 2011, *National Grid Indus*, *op. cit.*, point 73.

¹¹⁴ S. PEETERS, « Exit Taxation : From an internal Market Barrier to a tax avoidance prevention tool », in *EC Tax Review, Netherlands, Kluwer Law International, 2017/26, n°3*, p. 126.

¹¹⁵ CJUE, arrêt du 23 janvier 2014, *DMC*, C-164/12, EU:C:2014:20, point 62.

¹¹⁶ CJUE, arrêt du 21 mai 2015, *Verder LabTec*, C-657/13, EU:C:2015:331, point 52.

¹¹⁷ S. PEETERS, « Exit Taxation : From an internal Market Barrier to a tax avoidance prevention tool », *op. cit.*, p. 125.

Toutefois, au regard de cet arrêt et de l'arrêt précédent, il serait intéressant de savoir quelle serait la durée minimum admise par la Cour de cet échelonnement de l'imposition¹¹⁸. Quant à l'incertitude qui résultait de l'immédiateté de l'imposition, déjà dans ses conclusions lors de l'affaire *Commission c. Portugal*, l'avocat général Mengozzi était d'avis qu'« une garantie peut être exigée que s'il existe un risque réel et sérieux de non-recouvrement de la créance fiscale¹¹⁹ ». Puis, la Cour a entériné cela en allant plus loin dans l'arrêt *DMC* en disant que cette imposition immédiate des plus-values latentes respecte l'objectif de répartition équilibrée du pouvoir d'imposition si et seulement si, en cas de risque *certain* de non-recouvrement, il y a l'obligation dans le chef du contribuable de constituer une garantie bancaire¹²⁰. Toutefois, on observe bien que la Cour insiste la subsidiarité de ces garanties en ce sens que pour qu'elles soient rendues obligatoires, il faut en amont une évaluation qui prouve le risque de non-recouvrement de l'exit tax¹²¹.

Ces arrêts témoignent d'une évolution qui tend à consacrer en définitive le régime exit tax. Bien que l'arrêt *Daily Mail*¹²² illustre l'immobilisme des personnes morales au sein de l'Union européenne, nous avons trouvé utile d'en parler dans cette partie pour ainsi comprendre d'où nous venons ; d'un moment où la Cour porte à travers cet arrêt une atteinte au droit à la liberté d'établissement et, qui plus est, autorise les droits nationaux à poser des entraves. À travers les arrêts *Lasteyrie du Saillant* et *National Grid Indus*, on remarque que le mécanisme des exit tax n'est pas interdit en soi par la Cour, les exit tax ne sont pas en elles-mêmes déclarées contraires au droit primaire de l'Union européenne et plus particulièrement au droit à la liberté d'établissement mais leur mise en œuvre constitue une entrave et est donc contraire au droit de l'Union européenne. En effet, dans l'affaire *Lasteyrie du Saillant*¹²³, l'imposition à la sortie du seul fait du déplacement de la résidence fiscale constituait une entrave mais pas le mécanisme de l'imposition à la sortie en lui-même. Dans l'arrêt *National Grid Indus*, la Cour n'a pas déclaré les exit tax incompatibles avec le droit de l'Union européenne mais, selon elle, leur imposition immédiate au moment du transfert du siège constitue néanmoins une entrave au droit à la liberté d'établissement et en cela, leur mise en œuvre est contraire au droit de l'Union européenne. Cette conclusion de la Cour s'est vue tempérée par les arrêts *DMC* et *Verder*

¹¹⁸ N. LENAERTS et W. OEPEN : « Verder LabTec : l'exit tax est définitivement confirmée (commentaire de CJUE 23 janvier 2014, C-164/12 et CJUE 21 mai 2015, C-657/13) », in *Fiscologue*, liv. 381, 2015, pp. 1-4.

¹¹⁹ Conclusions de l'Avocat Général Mengozzi, EU:C:2012:391, para. 82.

¹²⁰ CJUE, arrêt du 23 janvier 2014, *DMC*, *op. cit.*, points 65-69.

¹²¹ *Ibid.*, points 65-69.

¹²² CJUE, arrêt du 27 septembre 1988, *Daily Mail*, Affaire 81/87, EU:C:1988:456.

¹²³ CJUE, arrêt du 11 mars 2004, *Lasteyrie du Saillant*, C-9/02, EU:C:2004:138.

LabTec dans lesquels la Cour estime que l'imposition immédiate n'est pas une entrave dans la mesure où elle est couplée d'un mécanisme de recouvrement échelonné de l'imposition et que des éventuelles garanties bancaires puissent être imposées dans certains cas¹²⁴.

Donc, cette imposition à la sortie, bien qu'elle soit reconnue en tant que telle, est soumise à des conditions telles que les recouvrements échelonnés dans le temps afin d'être conforme au droit primaire européen, plus particulièrement au droit à la liberté d'établissement. Dans un même temps, cette conditionnalité entraîne, dans le chef des sociétés, des difficultés à se transformer, à se transférer, à s'organiser à travers la mise en place d'établissements, de succursales, etc. Ces difficultés vont de plus en plus s'accroître du fait de la globalisation toujours plus forte de notre monde actuel. Nous pouvons nous questionner à propos de savoir si cette conditionnalité entourant le mécanisme des exit tax ne pourrait-elle pas être en soi une entrave au droit à la liberté d'établissement. Sur cette approche, nous ne pouvons considérer cela car le mécanisme des exit tax est constitué de cette imposition à la sortie assortie de conditions telles qu'énoncées par la jurisprudence de la Cour. De ce fait, nous pouvons alors réfléchir sur la question de savoir si les conditions en elles-mêmes ne sont pas disproportionnées au regard de la liberté d'établissement et si tel est le cas, quelle serait la solution car le mécanisme des exit tax ne peut pas, selon nous, se dissocier des conditions qui lui sont afférentes.

Section 2. L'exit tax et le besoin croissant d'une intervention législative internationale et européenne

Ces enseignements jurisprudentiels ont été disciplinés à travers l'article 5 de la Directive ATAD 2016/1164 du 12 juillet 2016 qui rend donc obligatoire¹²⁵ le prélèvement de cette imposition à la sortie alors que la jurisprudence de la Cour n'avait qu'édicter les conditions dans lesquelles les Etats-membres pouvaient prélever l'impôt à la sortie tout en étant en conformité au droit primaire¹²⁶. En parallèle de l'objectif de la jurisprudence de la Cour qui est d'éviter toute entrave à l'exercice des libertés fondamentales, l'objectif de la Directive ATAD en rendant ainsi obligatoire cette imposition à la sortie est d'empêcher l'érosion de la base imposable en luttant contre la fraude et l'évasion fiscale et d'assurer l'imposition des sociétés là où elles

¹²⁴ E. NAVEZ, « Le transfert transfrontalier du siège social en droit fiscal belge. Examen après l'adoption de la directive (UE) 2016/1164 du 12 juillet 2016 visant à lutter contre les pratiques d'évasion fiscale, et l'entrée en vigueur de la loi du 1er décembre 2016 portant des dispositions fiscales », *op. cit.*, pp. 413-414.

¹²⁵ S. PEETERS, « Exit Taxation : From an internal Market Barrier to a tax avoidance prevention tool », *op. cit.*, p. 123.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 123.

gènèrent effectivement de la valeur¹²⁷. Toutes ces questions font déjà partie d'une réflexion plus globale qui est issue du plan « BEPS » qui est un plan plus général qui vise à éviter l'érosion de la base imposable et qui contient différents instruments dont la Directive ATAD.

§1^{er}. Le plan « BEPS »

Après les tentatives du Conseil et de la Commission et après une jurisprudence abondante, le développement de règles fiscales communes sur le traitement des plus-values lors d'un transfert de résidence ou d'actifs sont une aubaine pour l'intégration européenne. La Directive ATAD est l'aboutissement d'un ensemble de mesures qui trouvent leur origine au sein de l'OCDE. En septembre 2013, l'OCDE met en place un plan approuvé par le G20, le plan « BEPS »¹²⁸ qui recoupe 15 actions dont le but est de lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices, en anglais « *base erosion and profit shifting* »¹²⁹. Ce plan s'inscrit dans un contexte international marqué par la crise financière de 2008 et par un monde de plus en plus en mutation vers la globalisation, ce qui pousse les grandes entreprises et multinationales à mettre en place de la planification fiscale agressive entraînant la fuite des bénéfices et une érosion des bases imposables de ces entreprises. L'essence de ce plan est d'assurer une imposition sur les revenus là où il y a une création de valeur, là où il y a une substance¹³⁰. Ces 15 actions visent à promouvoir la mise en place de mesures coordonnées entre les Etats pour ainsi réduire les disparités entre les différents systèmes fiscaux nationaux et améliorer la transparence dans la communication et l'échange de l'information entre les Etats¹³¹. Ces actions ont donc vocation à régler des problèmes liés à la cohérence, à la transparence et à la substance¹³². En effet, sans coordination dans la mise en place de règles entre Etats nationaux, la menace d'être confronté à des problèmes de double ou de non-imposition se fait grande. De plus, l'échange d'informations entre les administrations fiscales des Etats est primordial afin de prévenir les abus de droit en amont de leur réalisation. Enfin, la mise en place de ces actions

¹²⁷ S. PEETERS, « Exit Taxation : From an internal Market Barrier to a tax avoidance prevention tool », *op. cit.*, p. 123.

¹²⁸ G. GALEA et S. MASSARO, « La mesure belge visant les 'CFC' : description et commentaires », in *R.G.F.C.P.* 2019/1, pp. 4-16.

¹²⁹ E. TRAVERSA, C. HERBAIN, et M. POSSOZ, « La mise en œuvre du plan d'action BEPS de l'OCDE par l'Union européenne : la lutte contre l'évasion fiscale internationale prend-elle le pas sur l'achèvement du marché intérieur ? », in *T.F.R.*, Bruxelles, Larcier, 2017/8, n° 520, p. 331.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 331.

¹³¹ *Ibid.*, p. 331.

¹³² E. TRAVERSA et M. POSSOZ, « Le plan d'action BEPS de l'OCDE et les développements récents en matière de lutte contre l'évasion fiscale internationale », in *Fiscalité des entreprises – Questions d'actualité*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 182.

dans un souci de coordination et de transparence servira à l'objectif principal du plan BEPS de taxer là où il y a une substance¹³³.

§2. La Directive « ATAD »

La mise en œuvre du plan BEPS au sein de l'Union européenne s'est faite à différents niveaux et à travers divers instruments dont la Directive 2016/1164 dite « ATAD ». Avant l'adoption de cette dernière, la Commission a mis sur la table européenne une proposition de Directive contenant six mesures dont le but est de mettre en œuvre les recommandations du plan BEPS afin de lutter efficacement contre les pratiques d'évasion fiscale¹³⁴. Parmi ces mesures, trois étaient issues du plan BEPS, comme celle des sociétés étrangères contrôlées dite « règles CFC » qui sera analysée plus loin dans l'étude et les trois autres étaient empruntées à la proposition « ACCIS¹³⁵ » dont l'exit tax¹³⁶.

La Directive ATAD instaure un niveau minimum de protection qui consiste en ce qu'elle édicte des règles générales de protection minimum en laissant ainsi le soin aux Etats-membres de prévoir des règles plus strictes lors de sa transposition et ainsi éviter de constituer des entraves aux libertés fondamentales garanties par le droit primaire¹³⁷. C'est ce qu'on appelle la clause d'harmonisation minimale qui est consacrée en son article 3¹³⁸. Toutefois, ces règles nationales plus strictes doivent aussi être conformes au droit primaire de l'Union¹³⁹.

La Directive s'applique à l'ensemble des contribuables qui sont soumis à l'impôt des sociétés dans un Etat-membre de l'Union européenne¹⁴⁰. Elle contient cinq mesures qu'on peut diviser en trois objectifs. Trois de ces mesures, dont celle des exit tax, visent à lutter contre l'érosion de la base imposable et à assurer une imposition là où s'est réalisé un enrichissement. La mesure imposant les sociétés étrangères contrôlées tend à décourager les sociétés à s'installer dans des Etats à faible fiscalité. La dernière consiste en une règle générale anti-abus¹⁴¹. Le mécanisme

¹³³ E. TRAVERSA et M. POSSOZ, « Le plan d'action BEPS de l'OCDE et les développements récents en matière de lutte contre l'évasion fiscale internationale *op. cit.*, p. 183.

¹³⁴ C. DOCCLO, « L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses Etats membres », in *Mélanges Pascal Minne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 228.

¹³⁵ Proposition de directive concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS), Commission, Bruxelles, COM(2011) 121/4.

¹³⁶ C. DOCCLO, « L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses Etats membres », *op. cit.*, p. 228.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 229.

¹³⁸ Directive (UE) 2016/1164, art. 3.

¹³⁹ S. PEETERS, « Exit Taxation : From an internal Market Barrier to a tax avoidance prevention tool », *op. cit.*, p. 124.

¹⁴⁰ Directive (UE) 2016/1164, art. 1^{er}.

¹⁴¹ C. DOCCLO, « L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses Etats membres », *op. cit.*, p. 233.

des exit tax, qui se retrouve à l'article 5 de la Directive ATAD, oblige les Etats-membres, à certaines conditions, à établir une imposition à la sortie dans quatre hypothèses de transferts de résidence, d'activités ou d'actifs¹⁴².

Une mise en œuvre européenne était nécessaire afin d'appréhender le plan BEPS de l'OCDE dans un cadre européen permettant ainsi aux Etats-membres de se coordonner dans la lutte contre l'évasion fiscale.

La Directive ATAD a été transposée à travers la loi du 25 décembre 2017 portant réforme de l'impôt des sociétés¹⁴³ et les dispositions ont été insérées dans le CIR et dont leur contenu tout comme celui de la Directive sont analysés ultérieurement dans notre étude.

Section 3. Analyse du mécanisme des règles exit tax dans la Directive ATAD et dans la législation belge. Peut-on parler d'une réelle transposition en droit belge ?

Une fois qu'une Directive est mise sur pied, les Etats-membres ont le devoir de la transposer dans leur arsenal législatif. Puisque la Directive ATAD a été transposée en droit belge, nous devons analyser à la fois les règles des exit tax de la Directive et la manière dont elles ont été transposées en droit national belge.

§1er. Analyse des règles exit tax dans la Directive et dans la législation belge

Bien que la Cour de justice de l'Union européenne ait considéré à quelques reprises que le mécanisme des exit tax constituait une restriction à la liberté d'établissement justifiée à certaines conditions telles qu'un recouvrement échelonné de l'imposition, il n'en demeure pas moins que le législateur européen, à travers l'article 5 de la Directive ATAD, oblige les Etats-membres à adopter ce mécanisme afin de décourager les contribuables de procéder à des transferts de résidences ou d'actifs dans un objectif d'évasion ou de planification fiscale agressive¹⁴⁴.

En son article premier, la Directive ATAD prévoit quatre hypothèses dans lesquelles une exit tax est requise au moment de l'opération de transfert des éléments d'actifs de la société ou de

¹⁴² B. PEETERS, « [Sortie et entrée] Les nouvelles règles en matière de transferts transfrontaliers d'actifs », *op. cit.*, pp. 6-10.

¹⁴³ Loi du 25 décembre 2017 portant réforme de l'impôt des sociétés, *M.B.*, 29 décembre 2017.

¹⁴⁴ A. RIGAUT, « Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons », in *European Taxation*, 2016, p. 58.

la résidence fiscale de celle-ci. Analysons ces différentes hypothèses prévues par la Directive et leur transposition en droit belge.

La *première hypothèse* consiste en le transfert d'actifs du siège d'une société vers un établissement stable situé dans un autre Etat-membre de l'UE ou dans un Etat tiers à condition que l'Etat-membre du siège ait perdu le droit d'imposer les actifs transférés par suite du transfert¹⁴⁵. Cette hypothèse fût parfaitement transposée en droit belge à travers l'article 185/1 du CIR par lequel le législateur va plus loin que la Directive en prévoyant que les plus-values latentes en cas de transfert d'un ou de plusieurs éléments d'actifs d'une société résidente à son établissement étranger « dont les bénéfices sont exonérés en Belgique en vertu d'une convention préventive de la double imposition » seront aussi imposées à l'impôt des sociétés¹⁴⁶. Cette condition s'explique par le fait qu'une société belge est imposée sur ses revenus mondiaux et en cas d'application de conventions préventives de la double imposition, la Belgique se voit perdre son pouvoir d'imposition sur les plus-values latentes relatives à des actifs qui sont transférés à un établissement stable étranger situé sur le territoire d'un Etat avec lequel la Belgique a conclu une convention préventive de la double imposition¹⁴⁷. Pour permettre à la Belgique de pallier cette perte d'imposition, le législateur belge a émis cette condition à l'article 185/1 du CIR¹⁴⁸.

Selon nous, l'article 413/1, §1^{er}, 4^o du CIR transpose l'imposition des plus-values telle que décrite dans la *deuxième hypothèse*¹⁴⁹ de la directive ATAD mais dans le cadre d'une opération de restructuration en prévoyant toutefois une double condition selon laquelle les « éléments transférés suite à l'opération (soient) affectés et maintenus au siège social d'une société ou dans un établissement étranger qui sont établis dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou un autre Etat membre de l'EEE ayant avec la Belgique une convention applicable prévoyant une assistance mutuelle au recouvrement ¹⁵⁰»¹⁵¹. On observe que dans la transposition en droit belge, contrairement à la Directive, le législateur a réduit le champ d'application *ratione loci* de cette hypothèse en la limitant aux Etats-membres de l'UE et aux Etats-membres de l'EEE¹⁵².

¹⁴⁵ Directive (UE) 2016/1164, art. 1^{er}, al. 1^{er}, a).

¹⁴⁶ CIR, art. 185/1, al. 1^{er}.

¹⁴⁷ B. PEETERS, « [Sortie et entrée] Les nouvelles règles en matière de transferts transfrontaliers d'actifs », *op. cit.*, pp. 6-10.

¹⁴⁸ J. COUGNON, « Réforme fiscale à l'impôt des sociétés et transposition des directives ATAD », *op. cit.*, p. 19.

¹⁴⁹ Directive (UE) 2016/1164, art. 1^{er}, al. 1^{er}, b) ; « la deuxième hypothèse de la Directive concerne le transfert d'actifs d'un établissement stable situé sur le territoire d'un Etat-membre de l'UE vers un siège ou un autre établissement stable situé sur le territoire d'un autre Etat-membre ou sur le territoire d'un Etat tiers pour autant que l'Etat-membre de l'établissement stable ait perdu le droit d'imposer les actifs transférés par suite du transfert ».

¹⁵⁰ CIR, art. 413/1, §1^{er}, 4^o.

¹⁵¹ J. COUGNON, « Imposition à la sortie : une transposition qui n'en est pas une », in *R.G.F.C.P.* 2017/3, p. 31.

¹⁵² *Ibid.*, p. 31.

Au 5° de ce même article est encore visée l'imposition des plus-values sur des éléments d'actifs d'un établissement belge mais en dehors de toute opération de restructuration cette fois-ci. S'ajoute dans ce cas une condition selon laquelle les éléments (transférés) ne doivent pas rester conservés dans l'établissement belge¹⁵³. Cette condition reste toutefois semblable à celle de la Directive et dispose de la même logique que celle issue de la Directive explicitant que l'imposition à la sortie est dans ce cas soumise à la condition que « que l'État-membre de l'établissement stable n'ait plus le droit d'imposer les actifs transférés par suite du transfert »¹⁵⁴.

La *troisième hypothèse* traite du transfert de la résidence fiscale d'une société vers un autre Etat-membre ou vers un Etat tiers en précisant qu'aucune exit tax n'est prélevée sur les éléments d'actifs qui restent effectivement rattachés à un établissement stable situé dans l'Etat-membre de départ¹⁵⁵. Nous retrouvons également cela en droit belge lors du transfert du siège réel. Dans cette hypothèse, l'article 210, §1^{er}, 4° assimile ce transfert à une dissolution suivie d'une liquidation forcée et donc à un partage de l'avoir social. Cela implique que les plus-values constatées ou réalisées sont imposées au titre de dividendes distribués¹⁵⁶. Toutefois, en vertu du principe de neutralité fiscale de l'article 214bis du CIR, il n'y a pas d'imposition sur les éléments d'actifs qui sont maintenus de manière permanente dans un établissement en Belgique et à condition que ces éléments contribuent à la réalisation des résultats taxables de cet établissement. Dans la transposition, le législateur belge a néanmoins ajouté la condition selon laquelle les éléments qui sont effectivement transférés doivent être affectés et maintenus dans l'Etat d'arrivée¹⁵⁷.

La *dernière hypothèse* de prélèvement d'une exit tax concerne le transfert de *l'activité exercée par l'établissement stable*¹⁵⁸ d'un État membre vers un autre État membre ou un Etat tiers avec la condition selon laquelle l'État membre de l'établissement stable ne doit plus avoir le droit d'imposer les actifs transférés par suite du transfert¹⁵⁹. Cette hypothèse n'a pas été transposée en droit belge car nous avons une exit tax (impôt des non-résidents) sur des plus-values constatées ou réalisées sur des *éléments d'actifs d'établissements belges* ou sur de tels

¹⁵³ CIR, art. 228, §2, 3°bis.

¹⁵⁴ J. COUGNON, « Imposition à la sortie : une transposition qui n'en est pas une », *op. cit.*, p. 32.

¹⁵⁵ Directive (UE) 2016/1164, art. 1^{er}, al. 1^{er}, c).

¹⁵⁶ CIR, art. 208-209.

¹⁵⁷ J. COUGNON, « Réforme fiscale à l'impôt des sociétés et transposition des directives ATAD », *op. cit.*, p. 20.

¹⁵⁸ Nous soulignons.

¹⁵⁹ Directive (UE) 2016/1164, art. 1^{er}, al. 1^{er}, d).

établissements en vertu des articles 228, §2, 3° et 233 du CIR. Le législateur belge n'a donc pas envisagé l'imposition sur le transfert de l'activité exercée¹⁶⁰.

D'autres éléments de la transposition de l'article 5 de la Directive ATAD méritent également notre attention. La transposition vise principalement à rendre le mécanisme des exit tax compatible avec le droit primaire européen, notamment en mettant en place des modalités de recouvrement conformes aux exigences de la jurisprudence de la Cour¹⁶¹. En effet, la Belgique disposait déjà de règles d'imposition à la sortie comme explicité¹⁶². La transposition de la Directive fût donc une occasion unique de rendre ces règles conformes au droit primaire et plus particulièrement au droit à la liberté d'établissement. Cette question est abordée dans une partie finale de notre étude.

Le paragraphe premier de l'article 5 de la Directive ATAD nous dit que la base imposable de cette imposition à la sortie se calcule par la différence entre la valeur de marché des éléments transférés au moment de l'opération de sortie des actifs et la valeur fiscale de ces mêmes actifs¹⁶³. La différence entre cette valeur de marché et la valeur comptable au moment de la sortie forme la base de calcul de l'impôt. Jusqu'à présent, le contribuable devait acquitter l'impôt intégralement et immédiatement après la déclaration de la plus-value qui est réputée réalisée à l'occasion de la sortie de la Belgique¹⁶⁴. Cette valeur de marché est définie au sixième paragraphe comme étant « le montant en contrepartie duquel un actif peut être échangé »¹⁶⁵. Selon ce premier paragraphe, la base imposable est donc composée des plus-values latentes qui ont été intégrées dans les actifs transférés¹⁶⁶. La directive exige qu'on fixe la valeur de marché au moment de la sortie des actifs sur la base du principe de pleine concurrence¹⁶⁷. C'est chose faite selon l'adage « ... sont déterminés sur la base de la valeur réelle qu'ils ont *au moment de l'opération* » en vertu de l'article 184ter du CIR. En vertu du paragraphe cinq, cette valeur de marché doit être reflétée dans la valeur des actifs telle que déterminée par l'Etat-membre de

¹⁶⁰ J. COUGNON, « Réforme fiscale à l'impôt des sociétés et transposition des directives ATAD », *op. cit.*, p. 20.

¹⁶¹ E.-J. NAVEZ, « Le transfert transfrontalier du siège social en droit fiscal belge. Examen après l'adoption de la directive (UE) 2016/1164 du 12 juillet 2016 visant à lutter contre les pratiques d'évasion fiscale, et l'entrée en vigueur de la loi du 1er décembre 2016 portant des dispositions fiscales », *op. cit.*, p. 417.

¹⁶² *Supra*, « L'exit tax à la belge ».

¹⁶³ Directive (UE) 2016/1164, art. 5, §1^{er}.

¹⁶⁴ N. LENAERTS, W. OEPEN et G. VAN DYCK : « Exit tax: directive UE (partiellement) transposée par un projet de loi belge (commentaire d'un projet de loi portant des dispositions fiscales, Doc. Parl., Chambre, 2015-2016, n° 54-2052 / 001) », in *Fiscologue*, n°1460, 2016, p. 1.

¹⁶⁵ Directive (UE) 2016/1164, art. 5, §6.

¹⁶⁶ J. COUGNON, « Imposition à la sortie : une transposition qui n'en est pas une », *op. cit.*, p. 26.

¹⁶⁷ 10^{ème} considérant de la Directive (UE) 2016/1164.

départ. L'Etat-membre de destination doit accepter cette valeur de départ comme valeur des actifs si et seulement si elle reflète la valeur de marché de ces actifs¹⁶⁸. Il s'agit du mécanisme de *step-up*¹⁶⁹. Le « *step-up* » permet donc à la société d'éviter un risque de double imposition en permettant à celle-ci de réévaluer ses actifs transférés à leur valeur réelle au moment de l'opération de transfert afin de déterminer les plus-values taxables lors de leur réalisation ultérieure¹⁷⁰. Toutefois, étant donné que ce mécanisme n'est nullement conditionné, par exemple par un niveau d'imposition minimal dans l'Etat d'origine, on risque peut-être de se retrouver face à des cas de double non-imposition car si l'Etat d'origine taxe très faiblement ou ne taxe pas les éléments transférés, cela irait à contre sens du risque que la Directive s'efforce d'éviter, à savoir, la double non-imposition¹⁷¹. Ce paragraphe cinq se retrouve en droit belge à l'article 184ter, §2, alinéas 1 à 3 qui explique qu'en cas d'immigration, la valeur des éléments transférés doit correspondre à leur valeur réelle au moment de l'opération de transfert. Avant la transposition de la Directive, comme expliqué précédemment, les actifs étaient évalués selon la méthode de la continuité comptable qui consiste à ce qu'on prenne en compte la valeur comptable des actifs transférés telle qu'elle figurait dans la comptabilité de la société avant le transfert¹⁷². De ce fait, aucune plus-value n'était exprimée. Cela explique le choix du législateur belge à travers l'article 184ter du CIR d'avoir mis en place le mécanisme du *step-up*¹⁷³ de la Directive ATAD en considérant que les actifs transférés doivent être évalués selon leur valeur réelle qu'ils ont au moment de l'opération de transfert. Mais il va plus loin en considérant que la valeur telle que déterminée par l'Etat-membre d'origine est présumée correspondre à la valeur réelle des actifs transférés s'il y a échange d'informations fiscales entre les deux Etats au travers d'un accord ou d'une convention¹⁷⁴. S'il n'y a pas d'échange d'informations fiscales entre les Etats concernés par le transfert, la valeur réelle est présumée correspondre à la valeur comptable d'origine, diminuée des réductions de valeur et des amortissements qui pourraient être actés conformément au CIR¹⁷⁵. On observe donc que le législateur belge va plus loin que

¹⁶⁸ B. PEETERS, « [Sortie et entrée] Les nouvelles règles en matière de transferts transfrontaliers d'actifs », *op. cit.*, pp. 6-10.

¹⁶⁹ J. COUGNON, « Imposition à la sortie : une transposition qui n'en est pas une », *op. cit.*, p. 26.

¹⁷⁰ B. PEETERS, « [Sortie et entrée] Les nouvelles règles en matière de transferts transfrontaliers d'actifs », *op. cit.*, pp. 6-10.

¹⁷¹ S. PEETERS, « Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool », *op. cit.*, p. 132.

¹⁷² B. PEETERS, « [Sortie et entrée] Les nouvelles règles en matière de transferts transfrontaliers d'actifs », *op. cit.*, pp. 6-10.

¹⁷³ CIR, art. 184ter, §2, al. 5.

¹⁷⁴ *Ibid.*, al. 5 et al. 6.

¹⁷⁵ *Ibid.*, al. 7.

la Directive en imposant cette condition d'échange d'informations fiscales entre les Etats¹⁷⁶. En cas d'immigration, il opère donc une distinction pour déterminer la valeur réelle des éléments d'actifs, selon que l'Etat d'origine ait ou non procédé à une imposition à la sortie et qu'il y ait conclu ou non avec la Belgique une convention permettant l'échange d'informations fiscales¹⁷⁷. En cas d'émigration cette fois, on taxe les plus-values latentes sur les éléments d'actifs transférés en vertu de l'article 184ter, §2, al. 4 du CIR qui rejoint le régime de l'article 185/1¹⁷⁸ du CIR déjà explicité¹⁷⁹ sans qu'il y ait de distinction opérée en fonction de la présence ou non d'une convention d'échange d'information fiscale¹⁸⁰.

Le deuxième paragraphe est très intéressant car il met en œuvre les enseignements de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que nous avons analysés précédemment¹⁸¹.¹⁸² Ce paragraphe traite du mécanisme de recouvrement échelonné de l'impôt sur une période de cinq années. Il offre la possibilité au contribuable d'étaler ou non le paiement de la dette d'imposition sur une durée de cinq années¹⁸³. Nous observons que ce mécanisme est applicable aux opérations purement intra Union européenne et aussi intra Espace économique européen (EEE) si et seulement si les Etats-membres de l'EEE ont conclu avec l'Etat d'origine un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement¹⁸⁴. Cette possibilité offerte au contribuable se retrouve aussi en droit belge à l'article 413/1 du CIR¹⁸⁵.¹⁸⁶ Par contre, le législateur belge a étendu cette possibilité à des Etats tiers qui ne font ni partie de l'UE ni de l'EEE¹⁸⁷. En effet, s'il y a une exit tax sur les plus-values latentes d'éléments transférés au sein d'Etats membres de l'UE ou de l'EEE, cette imposition peut être de suite acquittée ou recouvrée sur une période de cinq années conformément à la Directive et à la même condition qu'une convention d'assistance mutuelle au recouvrement ait été conclue entre l'Etat-membre de l'EEE et la Belgique (Etat d'origine)¹⁸⁸. Par contre, pour que cette même prérogative soit accordée en

¹⁷⁶ B. PEETERS, « [Sortie et entrée] Les nouvelles règles en matière de transferts transfrontaliers d'actifs », *op. cit.*, p. 9.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 9.

¹⁷⁸ CIR, art. 185/1, al. 2.

¹⁷⁹ *Supra*, note 144.

¹⁸⁰ B. PEETERS, « [Sortie et entrée] Les nouvelles règles en matière de transferts transfrontaliers d'actifs », *op. cit.*, p. 10.

¹⁸¹ CJUE, arrêt du 23 janvier 2014, *DMC*, *op. cit.*

¹⁸² *Supra*, pp. 20 et s.

¹⁸³ J. COUGNON, « Imposition à la sortie : une transposition qui n'en est pas une », *op. cit.*, p. 27.

¹⁸⁴ Directive (UE) 2016/1164, art. 5, §2, al. 2.

¹⁸⁵ CIR, art. 413/1, §2.

¹⁸⁶ J. COUGNON, « Imposition à la sortie : une transposition qui n'en est pas une », *op. cit.*, p. 28.

¹⁸⁷ *Ibid.*, pp. 27-28.

¹⁸⁸ CIR, art. 413/1, §1er, 2° et 4°.

cas de transferts qui ne sont pas limités à l'UE ou à l'EEE mais qui concernent aussi les pays tiers, l'Etat d'accueil des éléments transférés doit voir ses bénéfices exonérés d'imposition dans l'Etat d'origine (Belgique) en vertu d'une convention préventive de la double imposition conclue avec l'Etat d'origine¹⁸⁹.¹⁹⁰

Des intérêts peuvent¹⁹¹ être dus en vertu du troisième paragraphe lorsque le contribuable opte pour un recouvrement échelonné¹⁹². Le contribuable peut aussi devoir constituer des garanties en cas de risque de non-recouvrement de sa part lorsqu'il opte pour cette possibilité de report de l'impôt¹⁹³. Le législateur belge n'a pas transposé la possibilité de pouvoir exiger des intérêts dans le cas où le contribuable fait le choix d'étaler l'imposition¹⁹⁴. Nous approuvons dans le fond le choix du législateur belge car exiger le paiement d'intérêts pourrait, selon nous, constituer en une entrave au droit à la liberté d'établissement. De plus, à notre estime, cela créerait une différence de traitement non négligeable avec les opérations purement internes (nationales). En tout état de cause, il s'agit d'une possibilité offerte par la Directive, donc, d'un point de vue de la forme, il n'y a aucun problème au fait que cette option n'ait pas été transposée.

Le report du paiement de l'imposition à la sortie peut être interrompu et la dette fiscale devient alors immédiatement exigible dans certaines situations énoncées au paragraphe quatre¹⁹⁵.¹⁹⁶ On retrouve cela à l'article 413/1, §3 du CIR mais le législateur va encore une fois plus loin en ajoutant deux situations supplémentaires qui concernent les personnes physiques, ce qui explique que ces deux situations ne se retrouvent pas dans la Directive car le champ d'application *ratione personae*¹⁹⁷ de cette dernière concerne les sociétés¹⁹⁸.

¹⁸⁹ B. PEETERS, « [Sortie et entrée] Les nouvelles règles en matière de transferts transfrontaliers d'actifs », *op. cit.*, p. 7.

¹⁹⁰ CIR, art. 413/1, 1^o/1 et art. 185/1.

¹⁹¹ S. PEETERS, « Exit Taxation : From an internal Market Barrier to a tax avoidance prevention tool », *op. cit.*, p. 130.

¹⁹² Directive (UE) 2016/1164, art. 5, §3, al. 1^{er}.

¹⁹³ *Ibid.*, al. 2.

¹⁹⁴ J. COUGNON, « Imposition à la sortie : une transposition qui n'en est pas une », *op. cit.*, p. 32.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 27.

¹⁹⁶ Directive (UE) 2016/1164, art. 5, §4.

¹⁹⁷ L'ensemble des contribuables qui sont soumis à l'impôt des sociétés.

¹⁹⁸ J. COUGNON, « Imposition à la sortie : une transposition qui n'en est pas une », *op. cit.*, p. 33.

§2. La Directive ATAD en droit belge, une transposition réussie^{199 200}?

À la vue de ces différents éléments, soutenir qu'il s'agit d'une réelle transposition semble un peu utopique, voire naïf. La transposition de l'article 5 de la Directive ATAD en droit belge n'est que partielle en raison du fait que : le législateur ne transpose pas certains éléments ; parfois il transpose les dispositions de la Directive en y substituant ses propres conditions ; d'autres fois le législateur belge va beaucoup plus loin que le texte européen lui-même au risque de s'éloigner de l'objectif de la Directive qui est la lutte contre l'évasion fiscale.

En effet, tout d'abord, certains éléments de la Directive n'ont pas été transposés. Par exemple, on parle de valeur de marché pour l'évaluation des plus-values et cette notion de valeur de marché n'a pas été définie par le législateur belge. Ce dernier parle de valeur « réelle » qui, selon nous, transpose analogiquement la notion de valeur de marché. Autres exemples : le législateur belge n'a pas envisagé l'imposition à la sortie sur le transfert de l'activité exercée mais seulement sur les éléments relatifs à celle-ci ou sur les établissements.

Ensuite, le législateur belge a parfois dépassé légalement, en vertu de la clause minimale d'harmonisation, les minimaux accordés par la Directive par l'inclusion de nouvelles conditions mais qui font parfois de l'ombre à celles mises en place par le législateur européen. À titre d'exemple, concernant l'étalement du paiement de l'exit tax, le législateur belge a édicté la condition selon laquelle les éléments transférés doivent être affectés et maintenus dans l'Etat d'accueil. Bien que le législateur ait émis une condition différente de celle de la Directive qui consistait à ce que « le report de paiement est immédiatement interrompu et la dette fiscale devient exigible lorsque les actifs transférés ou l'activité exercée par l'établissement stable du contribuable sont vendus ou cédés d'une autre façon »²⁰¹, elle poursuit toutefois le même objectif. Pour ce qui concerne le mécanisme du *step-up*, le législateur considère que la valeur établie par l'Etat d'origine est présumée correspondre à la valeur réelle des actifs transférés si et seulement s'il y a échange d'informations fiscales entre les deux Etats²⁰². Autres exemples : en 2019, le législateur consacre l'article 185/1 édictant l'hypothèse de l'exit tax avec la condition selon laquelle l'Etat d'accueil doit avoir conclu avec la Belgique une convention préventive de la double imposition. Cette même condition se retrouve aussi dans la possibilité offerte au contribuable de recouvrer l'impôt à la sortie sur une période de 5 ans à condition que l'Etat tiers d'accueil des éléments transférés voit ses bénéfices exonérés d'imposition dans

¹⁹⁹ J. COUGNON, « Réforme fiscale à l'impôt des sociétés et transposition des directives ATAD », *op. cit.*

²⁰⁰ J. COUGNON, « Imposition à la sortie : une transposition qui n'en est pas une », *op. cit.*

²⁰¹ Directive (UE) 2016/1164, art. 5, §4.

²⁰² CIR, art. 184ter, §2, al. 5 et 6.

l'Etat d'origine (Belgique) en vertu d'une convention préventive de la double imposition conclue avec l'Etat d'origine.

Le législateur belge va aussi plus loin dans la transposition en distinguant le transfert d'actifs d'établissement stable vers le siège ou vers un autre établissement stable lors d'une opération de restructuration ou non. Dans une hypothèse de restructuration qui implique une société intra-européenne²⁰³, il ne reprend pas la condition de la Directive²⁰⁴ consistant à ce qu'il y ait une perte du pouvoir d'imposition dans le chef de l'Etat-membre de l'établissement stable. Au contraire, il soumet cette imposition à une double condition qui consiste à ce que les éléments transférés soient affectés et maintenus dans l'Etat d'accueil et que ce dernier soit un Etat-membre de l'UE ou de l'EEE avec lequel la Belgique a conclu une convention prévoyant une assistance mutuelle au recouvrement²⁰⁵. De plus, contrairement à la Directive, le législateur belge a réduit le champ d'application *ratione loci* de cette hypothèse en la limitant aux Etats-membres de l'UE et aux Etats-membres de l'EEE. Dans le cas d'un même transfert mais en dehors d'une opération de restructuration, nous retrouvons encore une fois à l'article 413/1, §1^{er}, 5° du CIR la condition selon laquelle les éléments transférés ne doivent pas être conservés dans l'établissement belge²⁰⁶. Le législateur belge ne se limite pas à distinguer l'hypothèse d'une restructuration et celle d'un « simple » transfert d'actifs d'un établissement belge vers le siège ou vers un autre établissement stable européen ou d'un Etat-membre de l'EEE, mais il ajoute en plus de cette distinction les deux conditions explicitées précédemment²⁰⁷.

On observe donc qu'il s'agit d'une transposition qui est incomplète car les deux derniers paragraphes de l'article 5 de la Directive n'ont pas du tout été transposés²⁰⁸, puis, le paragraphe premier concernant les hypothèses de transferts n'a pas été transposé *tel quel*, il faut en effet faire un travail de recherche dans le CIR pour déduire de certains articles une transposition, sans oublier que l'hypothèse du transfert d'activités ne se retrouve nulle part en droit belge. Le législateur belge a encore un travail de précision à fournir pour que la transposition soit véritablement conforme à la Directive.

²⁰³ CIR, art. 413/1, §1^{er}, 4°.

²⁰⁴ Directive (UE) 2016/1164, art. 5, §1^{er}, b).

²⁰⁵ CIR, art. 413/1, §1^{er}, 4°.

²⁰⁶ J. COUGNON, « Imposition à la sortie : une transposition qui n'en est pas une », *op. cit.*, pp. 30-31.

²⁰⁷ *Ibid.*, pp. 30-31.

²⁰⁸ B. PEETERS, « [Sortie et entrée] Les nouvelles règles en matière de transferts transfrontaliers d'actifs », *op. cit.*, pp. 6-10.

La différence qu'il y a entre le texte de la Directive et la transposition en droit belge soulève des interrogations à propos de la conformité des règles exit tax en droit belge au regard du droit primaire européen. En effet, bien que d'un côté, l'objectif du plan « BEPS » soit de lutter contre l'évasion fiscale, d'un autre, nous avons l'Union européenne dont le but est qu'il n'y ait pas d'entrave à son marché intérieur et que ce dernier puisse fonctionner correctement en parallèle de mécanismes visant à lutter contre l'évasion fiscale. Cette question est analysée plus en détail dans notre chapitre 4.

Chapitre 3. Les règles CFC : le législateur européen et le législateur belge, un mariage presque parfait ?

Dans cette partie, nous nous intéressons aux règles CFC. Ces dernières, tout comme les règles exit tax, ont été disciplinées par la Directive ATAD. Nous les analysons car la conformité de leur mise en œuvre au regard du droit à la liberté d'établissement a également fait l'objet d'une jurisprudence, certes, moins abondante que celle concernant les règles exit tax mais qui méritent toutefois notre attention.

Section 1. Provenance et origine

Les règles « sociétés étrangères contrôlées », dites règles « CFC », proviennent de l'action 3 du plan BEPS issu de l'OCDE²⁰⁹. Bien que ces règles ne soient pas nouvelles et contrairement aux règles relatives aux exit tax, la Belgique ne disposait pas de règles CFC avant leur rédaction au sein de la directive ATAD²¹⁰. En effet, la Belgique a toujours essayé tant bien que mal d'échapper à devoir insérer dans son ordre juridique des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées, considérant celles-ci comme étant susceptibles de mettre à mal la réputation de la Belgique comme terre d'investissements²¹¹. Toutefois, la pression internationale dans la lutte contre l'évasion fiscale et contre les transferts artificiels de bénéfices vers des Etats faiblement imposés a eu raison de la Belgique²¹². À travers cette troisième action, l'OCDE souhaite éviter une fuite des revenus d'une société vers une société étrangère qu'elle contrôle et qui se localise

²⁰⁹ E. TRAVERSA et M. POSSOZ, « 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 », *op. cit.*, p. 622.

²¹⁰ G. GALEA et S. MASSARO, « La mesure belge visant les 'CFC' : description et commentaires », *op. cit.*, pp. 4-16.

²¹¹ Proposition de loi portant réforme de l'impôt des sociétés, *Doc. Parl.*, Chambre, 2017, n°54-2864/001, p. 49.

²¹² A. DESFOSSES, « Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) : analyse du projet OCDE », in *R.G.C.F.* 2016, liv. 6, 455.

dans une juridiction qui impose faiblement voire pas du tout²¹³. Cette société étrangère contrôlée sera dans la plupart des cas une filiale de la société mère qui détient le contrôle. Le but de cette dernière est d'éroder sa base d'imposition dans son Etat de résidence en transférant des revenus vers sa filiale où ils seront faiblement taxés²¹⁴. Les règles CFC permettent donc à la société mère résidente d'un pays à taxation élevée d'être imposée sur les revenus réalisés par les sociétés qu'elles contrôlent qui sont établies dans des pays qui taxent faiblement²¹⁵.

L'OCDE, à travers sa troisième action, a émis six recommandations afin de satisfaire à cet objectif de lutte contre l'évasion fiscale tout en préservant le principe de pleine concurrence et en permettant la taxation de revenus étrangers²¹⁶.

Dans ces recommandations, nous trouvons d'abord la définition à donner à ces sociétés étrangères contrôlées. Selon l'OCDE, une société étrangère contrôlée peut être une société telle qu'elle peut se définir par les différents ordres juridiques nationaux et peut aussi être un établissement stable, à la condition que tous deux perçoivent des revenus taxables²¹⁷.

Comme nous l'avons évoqué, au minimum deux acteurs façonnent le jeu des règles CFC, une société qui contrôle et une société qui est contrôlée. Pour analyser s'il y a effectivement un contrôle, l'OCDE recommande un double contrôle, un qui soit juridique et un second qui soit économique²¹⁸. Le premier consiste en ce que lorsque la société résidente détient un pourcentage de droits de vote suffisant dans la société étrangère au regard de la part de capital social qu'elle détient, on considère alors que la société résidente exerce *ipso facto* un contrôle sur la société étrangère²¹⁹. Quant au second, le contrôle économique, il consiste en l'examen des droits « se rattachant au capital, bénéfices et actifs de la société étrangère dans l'hypothèse

²¹³ E. TRAVERSA et M. POSSOZ, « 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 », *op. cit.*, p. 622.

²¹⁴ A. DESFOSSES, « Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) : analyse du projet OCDE », *op. cit.*, p. 456.

²¹⁵ E. TRAVERSA, C. HERBAIN et M. POSSOZ, « La mise en œuvre du plan d'action BEPS de l'OCDE par l'Union européenne : la lutte contre l'évasion fiscale internationale prend-elle le pas sur l'achèvement du marché intérieur ? », *op. cit.*, p. 338.

²¹⁶ A. DESFOSSES, « Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) : analyse du projet OCDE », *op. cit.*, p. 457.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 457.

²¹⁸ E. TRAVERSA et M. POSSOZ, « 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 », *op. cit.*, p. 622.

²¹⁹ A. DESFOSSES, « Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) : analyse du projet OCDE », *op. cit.*, p. 458.

de dissolution ou d'une liquidation de celle-ci ²²⁰». Dans sa recommandation, l'OCDE vise un seuil minimum de contrôle de 50%²²¹.

L'OCDE recommande que la société contrôlée soit exonérée d'imposition lorsqu'elle est déjà suffisamment imposée²²². Cette notion de « suffisamment imposée » doit être analysée par rapport au taux d'imposition de la société résidente. En effet, si la société contrôlée est soumise à une imposition qui est proche de celle de la société résidente, alors, elle ne sera pas soumise à l'imposition en vertu des règles CFC²²³.

L'OCDE préconise d'utiliser les règles de la juridiction de la société résidente aux fins de calcul du revenu de la société étrangère contrôlée²²⁴.

Au regard de ces éléments, il est légitime de se demander si l'ensemble du revenu de la société étrangère contrôlée reviendra à la société résidente ou seulement une partie de ce revenu et le cas échéant, comment déterminer cette part ? Le projet de l'OCDE répond bien évidemment à ces interrogations. Tout d'abord, le seuil de contrôle doit être proportionnellement équivalent au seuil d'attribution du revenu. Ce dernier est donc déterminé par le seuil de contrôle. Puis, en ce qui concerne le montant du revenu à attribuer au détenteur du contrôle, ce montant est calculé sur base de la participation qu'a le détenteur dans la société contrôlée²²⁵. Ensuite, la manière dont le revenu est traité et déclaré relève de la discrétion de la juridiction de la société résidente afin que les règles CFC ne soient pas en contrariété avec la législation nationale en cause²²⁶. Ce renvoi à la discrétion des juridictions des Etats témoigne, une fois de plus, de l'absence de coordination en matière fiscale au niveau international et à tout le moins au niveau européen. Ce manquement regrettable se traduit par une impossibilité d'imposer ou de recommander fortement jusqu'à un certain point l'adoption de certaines mesures communes. Enfin, le taux d'imposition d'une société étrangère contrôlée selon les règles CFC doit correspondre au taux d'imposition en vigueur pour la société résidente²²⁷.

²²⁰ A. DESFOSSES, « Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) : analyse du projet OCDE », *op. cit.*, p. 458.

²²¹ E. TRAVERSA, C. HERBAIN et M. POSSOZ, « La mise en œuvre du plan d'action BEPS de l'OCDE par l'Union européenne : la lutte contre l'évasion fiscale internationale prend-elle le pas sur l'achèvement du marché intérieur ? », *op. cit.*, p. 338.

²²² G. GALEA et S. MASSARO, « La mesure belge visant les 'CFC' : description et commentaires », *op. cit.*, pp. 4-16.

²²³ OCDE (2015), *Concevoir des règles efficaces concernant les sociétés étrangères contrôlées, action 3 – rapport final 2015*, projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, édition OCDE, Paris, 2015, p. 35.

²²⁴ *Ibid.*, p. 59.

²²⁵ A. DESFOSSES, « Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) : analyse du projet OCDE », *op. cit.*, p. 458.

²²⁶ *Ibid.*, p. 458.

²²⁷ *Ibid.*, p. 459.

L'OCDE met toutefois en garde les Etats en mentionnant le fait qu'il existe des situations qui risquent de causer une double imposition²²⁸. Ce fût également un des arguments que la Belgique soutenait afin de retarder au maximum l'échéance de la transposition qu'elle a dû respecter. Ces situations de double imposition sont au nombre de trois et se retrouvent dans le projet²²⁹. Par exemple, un revenu issu de la société étrangère contrôlée peut aussi se voir imposer en vertu des législations nationales en vigueur dans la juridiction de cette société. En effet, si ce revenu est taxé à un taux bien inférieur à celui applicable dans la juridiction de la société résidente, ce revenu se verra imposé deux fois, une fois à titre de revenus selon la législation étrangère et une autre fois à titre de revenus issus d'une société étrangère contrôlée en application des règles CFC. On peut aussi se retrouver dans l'hypothèse selon laquelle un même revenu se verra imposer selon plusieurs règles CFC de plusieurs juridictions différentes. Finalement, s'il y a un versement de dividendes provenant d'un revenu qui a déjà été imposé selon les règles CFC, ici encore il y a une double imposition²³⁰.

Pour analyser la manière dont l'UE a mis en œuvre les règles CFC à travers la Directive ATAD, il faut d'abord analyser l'arrêt de la CJUE *Cadbury Schweppes* du 12 septembre 2006 afin de mettre en lumière les problèmes soulevés par la Cour dans cet arrêt, notamment celui relatif à la conformité des règles nationales CFC au droit primaire européen. Cette analyse nous permettra de mettre en lumière la manière dont l'UE a mis en place ces règles dans la Directive ATAD et comment la Belgique les a par la suite transposées et si cette transposition ainsi que les règles CFC dans la Directive sont conformes au droit primaire européen, plus particulièrement, au droit à la liberté d'établissement.

Dans cet arrêt, la société mère Cadbury Schweppes est en conflit avec l'administration fiscale britannique qui invoque une violation par cette société des règles nationales relatives aux CFC²³¹. En effet, dans les faits, la société mère Cadbury Schweppes détenait deux filiales établies en Irlande. Les filiales s'occupaient de lever des fonds pour financer le groupe²³². Les activités de financement étaient réalisées par les filiales de sorte qu'elles bénéficient de l'imposition favorable du système fiscal irlandais²³³. Pour éviter de devoir se soumettre à la législation britannique sur les CFC, la société Cadbury Schweppes devait réussir le test dit du « mobile ». Ce test consiste en ce que la diminution d'impôt qui résulte du transfert de bénéfices

²²⁸ A. Desfosses, « Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) : analyse du projet OCDE », *op. cit.*, p. 459.

²²⁹ *Ibid.*, p. 459.

²³⁰ *Ibid.*, p. 459.

²³¹ CJUE, arrêt du 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, EU:C:2006:544.

²³² *Ibid.*, point 15.

²³³ *Ibid.*, point 14.

ne dépasse pas un certain seuil par rapport à l'impôt tel qu'il aurait été acquitté en l'absence de tels transferts de bénéfices²³⁴. Donc, la société Cadbury Schweppes devait démontrer que la création de ses filiales sur le sol irlandais n'était pas motivée par un objectif unique de payer moins d'impôt par rapport à celui qu'elle aurait dû payer au Royaume-Uni si l'activité de prélèvement de fond y avait été exercée²³⁵. Ce faisant, elle éviterait d'être imposée en vertu de la législation britannique sur les CFC. Dans les faits, l'administration fiscale britannique a estimé que la société Cadbury Schweppes ne remplissait pas les conditions du test du « mobile » et lui réclamait donc un impôt indu par la société²³⁶. Cadbury Schweppes conteste cela en invoquant qu'elle a exercé sa liberté d'établissement conformément au droit européen et aux articles 49 et 43 du TFUE et que dès lors, la législation britannique sur les CFC est contraire au droit à la liberté d'établissement²³⁷. Il s'agissait donc de savoir si la législation britannique en cause pouvait trouver à se justifier par un objectif de lutte contre l'évasion fiscale²³⁸. Cet objectif supérieur de lutte contre l'évasion fiscale permettait-il au Royaume-Uni d'imposer ces filiales au titre des règles CFC ? La Cour répond par la négative en disant que créer une filiale dans un Etat-membre dans le but de bénéficier d'un régime fiscal plus avantageux que celui de la société mère ne rentre pas dans la notion d'évasion fiscale. Toutefois, la Cour ajoute que la loi britannique se justifie au regard de son objectif de lutte contre l'évasion fiscale si l'administration fiscale est en mesure de démontrer que cette opération de création de filiale est un montage purement artificiel ayant pour but de contourner la loi fiscale²³⁹. Pour la Cour, il y a montage purement artificiel que lorsque les activités de la filiale créée sont dépourvues de toute substance économique²⁴⁰. Lorsque la filiale constitue ce qu'on appelle une société boîte aux lettres²⁴¹. Une telle construction serait contraire à l'objectif de l'article 43 du TFUE car selon cet article, la liberté d'établissement visée à l'article 49 du TFUE implique qu'une activité économique soit effectivement réalisée à travers une installation stable pour une durée indéterminée²⁴². Cette activité économique effective peut se prouver par des éléments vérifiables dans les faits tels que la présence de personnel, de bâtiments, d'équipements, etc²⁴³. Nous remarquons ici qu'il y a un test de proportionnalité qui est effectué par la Cour. En effet,

²³⁴ CJUE, arrêt du 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, EU:C:2006:544, point 10.

²³⁵ K. LENAERTS, « Le juge de l'Union, promoteur de la lutte contre l'abus de droit en matière fiscale », in *R.G.C.F.*, 2019/6, p. 438 et s.

²³⁶ CJUE, arrêt du 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, *op. cit.*, points 19 et 20.

²³⁷ *Ibid.*, point 21.

²³⁸ *Ibid.*, point 48.

²³⁹ *Ibid.*, point 68.

²⁴⁰ CJUE, arrêt du 23 avril 2008, *Dividend GLO*, C-201/05, EU:C:2008:239, point 81 *a contrario*.

²⁴¹ CJUE, arrêt du 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, *op. cit.*, point 68.

²⁴² *Ibid.*, point 66.

²⁴³ *Ibid.*, point 67.

l'application des règles CFC doit se limiter aux situations dans lesquelles les filiales consistent en des montages purement artificiels²⁴⁴. S'il y a la présence d'une activité économique effective à travers des éléments objectifs et vérifiables, alors l'application des règles CFC n'est pas proportionnelle par rapport à l'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale²⁴⁵.

La Cour considère en l'espèce que la législation nationale britannique sur les règles CFC constitue une entrave au droit à la liberté d'établissement en obligeant le transfert des bénéfices des filiales vers la société mère pour l'unique raison que les filiales sont moins imposées que la société mère, à moins que ces filiales ne soient des montages purement artificiels créés dans le but d'éluder l'impôt national²⁴⁶. Dans ce cas, l'entrave au droit à la liberté d'établissement se voit justifiée par un intérêt supérieur de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale²⁴⁷. Toutefois, si des éléments objectifs et vérifiables tendent à prouver qu'il y a une activité économique effective qui est réalisée par ces filiales, les règles CFC ne doivent pas s'appliquer, nonobstant les motivations de nature fiscale²⁴⁸.

L'objectif des règles CFC est d'effectuer une différence de traitement entre la société mère qui détient ses filiales dans son Etat de résidence et la société mère qui détient ses filiales dans un autre Etat. Cette différence de traitement interroge sur la conformité des règles CFC avec le droit européen et plus spécifiquement avec le droit à la liberté d'établissement comme nous l'avons vu dans cet arrêt²⁴⁹. L'OCDE souligne cette difficulté dans son plan BEPS et dans son action 3 en disant que « lorsque des options sont offertes, les Etats membres de l'UE seront amenés à vérifier que la solution retenue est bien compatible avec le droit communautaire²⁵⁰ ». Donc, au regard de la jurisprudence de la CJUE, toute règle qui limite la possibilité offerte aux sociétés de pouvoir créer une filiale dans un autre Etat-membre dans le but de bénéficier d'une fiscalité plus avantageuse que celle de l'Etat de la société mère consiste en une entrave à la liberté d'établissement. Néanmoins, l'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale peut venir justifier cette restriction dans le sens où les entraves à la liberté d'établissement sont

²⁴⁴ CJUE, arrêt du 13 novembre 2014, *Commission / Royaume-Uni*, C-112/14, EU:C:2014:2369, point 25.

²⁴⁵ E. TRAVERSA, C. HERBAIN et M. POSSOZ, « La mise en œuvre du plan d'action BEPS de l'OCDE par l'Union européenne : la lutte contre l'évasion fiscale internationale prend-elle le pas sur l'achèvement du marché intérieur ? », *op. cit.*, p. 339.

²⁴⁶ K. LENAERTS, « Le juge de l'Union, promoteur de la lutte contre l'abus de droit en matière fiscale », *op. cit.*, pp. 438 et s.

²⁴⁷ A. SOOM, « Double taxation resulting from the ATAD : Is there relief ? », in *Intertax*, Netherlands, Kluwer Law International, Vol. 48, iss. 3, 2020, p. 35.

²⁴⁸ CJUE, arrêt du 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, *op. cit.*, point 75.

²⁴⁹ E. TRAVERSA, C. HERBAIN et M. POSSOZ, « La mise en œuvre du plan d'action BEPS de l'OCDE par l'Union européenne : la lutte contre l'évasion fiscale internationale prend-elle le pas sur l'achèvement du marché intérieur ? », *op. cit.*, p. 338.

²⁵⁰ OCDE, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3*, Paris, OCDE, 2015, p. 17.

admissibles si et seulement si elles visent à empêcher l'abus de droit au travers de montages purement artificiels²⁵¹. De plus, dans l'arrêt *Commission contre Portugal* du 7 avril 2011, la CJUE ajoute que cette restriction à la liberté d'établissement doit être la plus spécifique et la plus appropriée pour réaliser l'objectif en cause²⁵².

Section 2. Analyse des règles CFC dans la Directive ATAD et dans la législation belge : quand la Belgique se résigne presque parfaitement à adopter un tel régime

À l'instar des règles exit tax, les règles CFC sont très importantes dans la gestion des sociétés et par là, elles peuvent avoir un grand impact sur le droit à la liberté d'établissement.

§1er. Analyse des règles CFC dans la Directive et dans la législation belge

Dans cette partie nous analysons les articles 7 et 8 de la Directive relatifs aux règles CFC ainsi que l'article 185/2 du CIR qui transpose les règles CFC en droit belge.

La Belgique n'a jamais été séduite à l'idée d'adopter des règles CFC²⁵³. Toutefois, avec la Directive ATAD, elle a dû adopter lesdites règles dans son ordre juridique national. La réticence de la Belgique s'explique par les risques de double imposition qui s'attachent à ces règles et qui risquent donc de détériorer la réputation de la Belgique considérée comme une terre fertile pour les investissements²⁵⁴.

La législation CFC prône comme objectif la lutte contre les transferts de bénéfices vers des pays à faible taxation, voire aucune taxation²⁵⁵. La nouvelle disposition anti-fraude visée à l'article 185/2 du CIR offre la possibilité de taxer les bénéfices étrangers non versés d'une filiale contrôlée auprès de la société mère résidente belge qui est la société contrôlante²⁵⁶.

Par l'article 7 de la Directive, les Etats-membres doivent attribuer à leurs contribuables les revenus issus d'entités ou d'établissements stables que les contribuables contrôlent lorsque ces

²⁵¹ E. TRAVERSA, C. HERBAIN et M. POSSOZ, « La mise en œuvre du plan d'action BEPS de l'OCDE par l'Union européenne : la lutte contre l'évasion fiscale internationale prend-elle le pas sur l'achèvement du marché intérieur ? », *op. cit.*, p. 338.

²⁵² CJUE, arrêt du 7 avril 2011, *Commission / Portugal*, C-20/09, EU:C:2011:214, points 60 et 61.

²⁵³ G. GALEA et S. MASSARO, « La mesure belge visant les 'CFC' : description et commentaires », *op. cit.*, pp. 4-16.

²⁵⁴ Proposition de loi portant réforme de l'impôt des sociétés, *Doc. Parl.*, Chambre, 2017, n°54-2864/001, p. 49.

²⁵⁵ E. TRAVERSA, C. HERBAIN et M. POSSOZ, « La mise en œuvre du plan d'action BEPS de l'OCDE par l'Union européenne : la lutte contre l'évasion fiscale internationale prend-elle le pas sur l'achèvement du marché intérieur ? », *op. cit.*, p. 338.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 338.

entités ou établissements stables sont faiblement imposés voire pas du tout imposés²⁵⁷. Lors de la transposition de ces règles CFC, le législateur belge avait exclu du régime les établissements stables étrangers²⁵⁸. Toutefois, depuis l'adoption de la loi du 30 juillet 2018²⁵⁹ relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, le législateur a inclus dans le champ d'application des règles CFC visées à l'article 185/2 du CIR les établissements situés à l'étranger²⁶⁰.

Conformément à la Directive ATAD²⁶¹, dans l'article 185/2, §2, al. 2, le législateur belge mentionne également le fait que pour le calcul des bénéfices qui sont incorporés dans la base imposable du contribuable, on ne tient pas compte des bénéfices de la société étrangère contrôlée qui ont été réalisés par l'intermédiaire d'établissements étrangers dont les bénéfices sont exonérés en vertu d'une convention préventive de la double imposition²⁶².

La notion de contrôle comme déjà exprimée précédemment consiste en ce que le contribuable détient soit une participation de plus de 50% des droits de vote dans l'entité ou l'établissement stable, soit y possède plus de 50% du capital ou encore y reçoit plus de 50% des bénéfices²⁶³. Concernant l'imposition, l'entité (ou établissement stable) est dite contrôlée si elle n'est pas imposée ou si l'impôt payé sur ses bénéfices est inférieur à la différence entre l'impôt sur les sociétés qui aurait été effectivement supporté par l'entité si elle était soumise à l'impôt sur les sociétés de l'Etat sur le territoire duquel réside le contribuable et l'impôt réel sur les sociétés que paie effectivement cette entité²⁶⁴. Conformément à la Directive, le législateur belge soumet l'application des règles CFC à une double condition cumulative de participation et de taxation identique à celle de la Directive²⁶⁵. Toutefois, pour la condition de taxation, le législateur belge a préféré choisir une formulation plus claire et moins complexe que celle de la Directive ATAD en disant que la condition de taxation est remplie lorsque la société étrangère contrôlée « est soumise à un impôt sur les revenus qui s'élève à moins de la moitié de l'impôt des sociétés qui serait dû si cette société étrangère était établie en Belgique²⁶⁶ » et en y ajoutant l'hypothèse

²⁵⁷ 12^{ème} considérant de la Directive (UE) 2016/1164.

²⁵⁸ Proposition de loi portant réforme de l'impôt des sociétés, *Doc. Parl.*, Chambre, 2017, n°54-2864/001, pp. 46-47.

²⁵⁹ Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018.

²⁶⁰ Circulaire 2020/C/79 concernant l'introduction en droit belge d'une disposition CFC, point 36.

²⁶¹ Directive (UE) 2016/1164, art. 7, §1^{er}, al. 2.

²⁶² J. COUGNON, « Réforme fiscale à l'impôt des sociétés et transposition des directives ATAD », *op. cit.*, p. 38.

²⁶³ Directive (UE) 2016/1164, art. 7, §1^{er}, a).

²⁶⁴ *Ibid.*, b).

²⁶⁵ G. GALEA et S. MASSARO, « La mesure belge visant les 'CFC' : description et commentaires », *op. cit.*, pp. 4-16.

²⁶⁶ CIR, art. 185/2, § 2, al. 1^{er}, deuxième tiret.

dans laquelle la société étrangère contrôlée ne serait soumise à aucun impôt sur les revenus²⁶⁷. La double condition de participation et de taxation a donc correctement été transposée en droit belge.

Néanmoins, une interrogation persiste. Quelles sont les revenus qui doivent être attribués au contribuable et comment sont-ils intégrés dans sa base imposable ? La Directive offre aux Etats-membres le choix entre deux approches dans la manière d'inclure les revenus dans la base imposable du contribuable²⁶⁸.

La première consiste en ce que le contribuable soit imposé sur les revenus passifs non distribués de la filiale. En effet, le deuxième paragraphe de l'article 7 nous dit qu'il s'agit de certaines catégories de revenus non distribués de l'entité qui sont listés au sein de ce paragraphe²⁶⁹. En vertu de l'article 8, §1^{er} de la Directive, ces revenus sont calculés selon les règles de droit qui régissent l'impôt des sociétés de l'Etat-membre du contribuable²⁷⁰. Toutefois, ces revenus ne doivent pas être intégrés dans la base imposable du contribuable lorsqu'une activité économique substantielle est exercée au sein de l'entité contrôlée²⁷¹. Voici donc une exception à l'application des règles CFC conforme à la jurisprudence de la Cour²⁷². En effet, l'application de ces règles se limite aux entités qui n'exercent pas d'activité économique substantielle²⁷³. Cette exception trouve son fondement dans la volonté du législateur européen de ne pas constituer des entraves aux libertés fondamentales en remontant les revenus générés d'une entité dans la base imposable du contribuable alors que cette entité exerce bien une activité économique substantielle²⁷⁴. La notion d'activité économique substantielle se prouve par la présence, au sein de l'entité, de personnel, d'équipements, de biens, de locaux, etc²⁷⁵. Néanmoins, si cette entité contrôlée est située sur le territoire d'un Etat qui n'est pas un Etat partie à l'accord EEE, cette exception peut ne pas s'appliquer²⁷⁶ et dès lors, les Etats-membres peuvent tout de même appliquer les règles CFC à cette entité et donc intégrer les revenus de

²⁶⁷ CIR, art. 185/2, § 2, al. 1^{er}, deuxième tiret.

²⁶⁸ C. DOCCLO, « L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses États membres », *op. cit.*, p. 260.

²⁶⁹ Directive (UE) 2016/1164, art. 7, §2, a), al. 1^{er}.

²⁷⁰ *Ibid.*, art. 8, §1^{er}.

²⁷¹ C. DOCCLO, « L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses États membres », *op. cit.*, p. 261.

²⁷² CJUE, arrêt du 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, *op. cit.*, point 75.

²⁷³ C. DOCCLO, « L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses États membres », *op. cit.*, p. 261.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 261.

²⁷⁵ Directive (UE) 2016/1164, art. 7, §2, a), al. 2.

²⁷⁶ C. DOCCLO, « L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses États membres », *op. cit.*, p. 261.

celle-ci dans la base imposable du contribuable la contrôlant nonobstant le fait que cette entité exerce une activité économique substantielle²⁷⁷. Nous sommes d'avis qu'il semble non opportun d'exercer cette option dans la mesure où cela engendrerait un risque accru de double imposition qui ne serait en aucun cas justifié car si la société étrangère exerce effectivement une activité économique substantielle sur le territoire d'un Etat non partie à l'accord EEE, alors l'exercice des règles CFC à l'égard de cette société étrangère mettrait à mal certains principes tels que le droit à la non-discrimination, le principe d'évitement de la double imposition. En tout état de cause, cela ne concerne pas la transposition en droit belge car notre législateur a fait le choix de la seconde approche proposée par la Directive.

La seconde approche consiste en ce le contribuable soit imposé sur les revenus non distribués de l'entité qui proviennent de montages non authentiques qui ont été mis en place dans l'unique but d'obtenir un avantage fiscal^{278, 279}. Ces revenus sont ceux qui sont « générés par les actifs et les risques liés aux fonctions importantes assumées par la société exerçant le contrôle ²⁸⁰ ». En vertu de la législation belge sur les règles CFC, seuls sont visés les bénéfices étrangers non versés qui sont liés à des fonctions clés belges²⁸¹. En effet, la Directive ATAD offre aux Etats-membres le choix entre deux approches dans la manière d'inclure les revenus étrangers dans la base imposable du contribuable. La Belgique a fait le choix cette seconde approche, l'approche transactionnelle qui consiste à ne reprendre que « les bénéfices non distribués de la société étrangère qui proviennent de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal²⁸² ». Ainsi, le législateur belge respecte les dires du juge européen dans ses arrêts, notamment dans sa jurisprudence *Cadbury Schweppes*²⁸³, qui consistaient en ce que les règles CFC doivent se limiter aux situations dans lesquelles les filiales consistent en des montages purement artificiels²⁸⁴.

Quelle définition s'attache à la notion de « montage non authentique » ? L'article 7, §2, b) de la Directive ATAD dit qu'un montage est considéré comme non authentique lorsque la CFC « ne posséderait pas les actifs qui sont la source de tout ou partie de ses revenus ni n'aurait pris les risques qui y sont associés si elle n'était pas contrôlée par une société où les fonctions

²⁷⁷ Directive (UE) 2016/1164, art. 7, §2, a), al. 3.

²⁷⁸ C. Docclo, « L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses Etats membres », *op. cit.*, p. 262.

²⁷⁹ Directive (UE) 2016/1164, art. 7, §2, b), al. 1^{er}.

²⁸⁰ *Ibid.*, art. 8, §2.

²⁸¹ G. GALEA et S. MASSARO, « La mesure belge visant les 'CFC' : description et commentaires », *op. cit.*, p. 5.

²⁸² CIR, art. 185/2.

²⁸³ CJUE, arrêt du 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, *op. cit.*, point 51.

²⁸⁴ CJUE, arrêt du 13 novembre 2014, *Commission / Royaume-Uni*, C-112/14, EU:C:2014:2369, point 25.

importantes liées à ces actifs et risques sont assurées et jouent un rôle essentiel dans la création des revenus de la société contrôlée²⁸⁵ ». En droit belge, un montage est considéré comme non authentique dans la mesure où la société étrangère décrite au paragraphe 2, « ne posséderait pas les actifs ni n'aurait pas pris les risques qui sont la source de tout ou partie de ses revenus si cette société ou cet établissement n'était pas contrôlé par le contribuable où les fonctions importantes liées à ces actifs et risques sont assurées et jouent un rôle essentiel dans la création des revenus de la société étrangère ou de l'établissement étranger concerné²⁸⁶ ». Cette partie de la disposition reprend à l'identique le contenu de l'article 7, §2, b), alinéa 2 de la Directive ATAD²⁸⁷, contrairement à certaines notions clés des règles des exit tax qui elles n'ont pas été transposées par le législateur belge comme la notion de valeur de marché²⁸⁸. La notion d'« avantage » est pris dans un sens large car on vise tout avantage, de quelque nature qu'il soit²⁸⁹. Selon le considérant 12 de la Directive ATAD, les Etats-membres qui choisissent la seconde approche doivent impérativement cibler les situations dans lesquelles les fonctions clés ayant généré des revenus détournés au niveau de la filiale contrôlée ont été exercées dans l'Etat-membre de résidence²⁹⁰. La circulaire²⁹¹ qui commente l'article 185/2 du CIR confirme cela en disant que chaque flux de revenus doit être analysé afin de déterminer s'ils doivent ou non être inclus dans la base imposable du contribuable²⁹². Un montage non authentique peut se déterminer dans deux situations bien définies. Soit, la société résidente est propriétaire des actifs et elle prend aussi les décisions stratégiques qui les concernent²⁹³. Par exemple, une société belge a développé un nouveau logiciel permettant le développement synthétique d'anticorps relatifs à la Covid-19 et transfère les droits de propriété intellectuelle de ce logiciel à une filiale établie en Pologne. Néanmoins, ce logiciel est couramment mis à jour par les informaticiens travaillant au sein de la société belge. Les fonctions-clés se situent en Belgique et donc, les bénéfices réalisés par la société polonaise en cas de cession des licences de ce logiciel peuvent être taxés en Belgique en vertu des règles CFC. Soit, la société étrangère contrôlée supporte elle-même les risques mais les décisions stratégiques sont prises par la société résidente²⁹⁴. La

²⁸⁵ Directive (UE) 2016/1164, art. 7, §2, b).

²⁸⁶ CIR, art. 185/2, §1^{er}, al. 2.

²⁸⁷ Directive (UE) 2016/1164, art. 7, §2, b), al. 2.

²⁸⁸ *Supra*, « La Directive ATAD en droit belge, transposition réussie ? ».

²⁸⁹ Circulaire 2020/C/79 concernant l'introduction en droit belge d'une disposition CFC, point 18.

²⁹⁰ J. COUGNON, « Réforme fiscale à l'impôt des sociétés et transposition des directives ATAD », *op. cit.*, p. 37.

²⁹¹ Circulaire 2020/C/79 concernant l'introduction en droit belge d'une disposition CFC.

²⁹² *Ibid.*, point 31.

²⁹³ *Ibid.*, point 16.

²⁹⁴ *Ibid.*, point 16.

disposition belge vise bien les revenus étrangers non distribués qui sont générés par des fonctions clés exercées en Belgique, Etat du contribuable.

Cette seconde approche est donc axée sur le risque d'évasion fiscale, si bien que si certaines situations présentent un risque moins important d'évasion fiscale, les Etats-membres peuvent éviter d'appliquer les règles CFC à certaines entités²⁹⁵. En effet, cette possibilité concerne les entités dont les bénéfices comptables sont inférieurs à 750 000 euros et dont les revenus non commerciaux ne sont pas supérieurs à 75.000 euros ou encore les entités dont les bénéfices comptables ne dépassent pas 10% des coûts de fonctionnement pendant la période d'imposition²⁹⁶.²⁹⁷ Toutefois, le législateur belge n'a pas transposé cette possibilité offerte par la Directive.

Concernant le calcul des revenus à intégrer, peu importe l'approche suivie, ces derniers sont calculés au prorata de la participation du contribuable dans l'entité contrôlée conformément aux recommandations de l'OCDE²⁹⁸.²⁹⁹ Néanmoins, le fait d'inclure les revenus dans la base imposable du contribuable mais que sur base d'un prorata équivalent au degré de participation du contribuable dans la société contrôlée n'a pas été transposé en droit belge³⁰⁰. Le législateur belge justifie cela par le fait que l'approche belge vise uniquement les bénéfices provenant de montages non authentiques et dont les décisions stratégiques et les risques sont pris en Belgique³⁰¹. Cette justification peut tenir la route dans le sens que l'approche belge limite déjà la *recapture* uniquement aux bénéfices réalisés par des montages non authentiques et dont les décisions stratégiques et les risques sont pris en Belgique. Toutefois, l'absence de la notion de prorata dans la disposition belge relative aux règles CFC peut constituer en une erreur dans la transposition de la Directive car cette dernière dit *stricto sensu* que « les revenus à inclure dans la base d'imposition sont calculés au prorata de la participation du contribuable dans l'entité ³⁰²».

²⁹⁵ C. DOCCLO, « L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses États membres », *op. cit.*, p. 263.

²⁹⁶ E. TRAVERSA, C. HERBAIN et M. POSSOZ, « La mise en œuvre du plan d'action BEPS de l'OCDE par l'Union européenne : la lutte contre l'évasion fiscale internationale prend-elle le pas sur l'achèvement du marché intérieur ? », *op. cit.*, p. 339.

²⁹⁷ Directive (UE) 2016/1164, art. 7, §4.

²⁹⁸ A. DESFOSSES, « Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) : analyse du projet OCDE », *op. cit.*, p. 459.

²⁹⁹ Directive (UE) 2016/1164, art. 8, §3.

³⁰⁰ G. GALEA et S. MASSARO, « La mesure belge visant les 'CFC' : description et commentaires », *op. cit.*, pp. 4-16.

³⁰¹ Proposition de loi portant réforme de l'impôt des sociétés, *Doc. Parl.*, Chambre, 2017, n°54-2864/001, p. 50.

³⁰² Directive (UE) 2016/1164, art. 8, §3.

La Directive ATAD dit expressément que les revenus à inclure dans la base imposable du contribuable en vertu de la première approche (les revenus passifs) sont calculés selon les règles de l'Etat-membre du contribuable³⁰³ mais elle ne dit rien quant à l'approche choisie par la Belgique sur les revenus provenant de montages non authentiques. Toutefois, au sein du rapport OCDE « Sociétés étrangères contrôlées » se trouve une recommandation de l'OCDE qui indique d'appliquer les règles de l'Etat-membre du contribuable³⁰⁴.

La transposition de la Directive ATAD en droit belge ne mentionne pas la question relative aux pertes subies par la société étrangère contrôlée. Le législateur belge a omis cette question. Toutefois, dans la Directive ATAD cette question se retrouve uniquement à l'article 8 en son paragraphe premier qui concerne la première approche au sujet des revenus passifs. Le législateur a-t-il donc mal transposé la Directive en omettant la référence aux pertes subies par la société étrangère contrôlée ou alors est-ce une transposition littérale de la Directive au point de ne pas évoquer cette question ? A notre avis, il s'agit d'un manque de précision car à la lecture du premier alinéa de l'article 185/2, §1^{er}, il faut comprendre que seuls les bénéfices non distribués de l'entité étrangère provenant d'un montage non-authentique sont incorporés dans la base imposable du contribuable. Les pertes subies par la société contrôlée à travers son montage non-authentique ne peuvent *de facto* pas être imputées sur les bénéfices du contribuable. En effet, au regard de l'objectif qui est la lutte contre l'évasion fiscale, la base imposable du contribuable ne peut pas être diminuée suite à l'application des règles CFC³⁰⁵. Tout comme l'impôt payé par la société étrangère contrôlée ne peut pas être imputé sur l'impôt payé par le contribuable^{306 307}.

L'article 8, paragraphe 6 de la Directive ATAD qui dit que « lorsque le contribuable cède sa participation dans l'entité ou l'activité exercée par l'établissement stable, et que la part du produit afférent à cette cession a été incluse précédemment dans la base d'imposition au titre de l'article 7, ce montant est déduit de la base d'imposition lors du calcul du montant de l'impôt dû sur ce

³⁰³ Directive (UE) 2016/1164, art. 8. §1^{er}.

³⁰⁴ Rapport du projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, *Concevoir des règles efficaces concernant les sociétés étrangères contrôlées, action 3 – rapport final 2015*, édition OCDE, Paris, 2015, p. 59.

³⁰⁵ Circulaire 2020/C/79 concernant l'introduction en droit belge d'une disposition CFC, point 23.

³⁰⁶ *Ibid.*, point 34.

³⁰⁷ Projet de loi portant des dispositions diverses en matière d'impôts sur les revenus, *Doc. Parl.*, Chambre, session 2017-2018, n°54 3147/001, p. 21.

produit afin de garantir l'absence de double imposition³⁰⁸», n'a pas été transposé en droit belge³⁰⁹.

L'article 8, §7 de la Directive ATAD offre la possibilité pour le contribuable de déduire, selon les règles du droit national du contribuable, l'impôt payé par la société contrôlée de sa base imposable telle que calculée dans son Etat-membre de résidence³¹⁰. Ici aussi le législateur belge n'a pas pris en considération cette possibilité.

§2. Les règles CFC en droit belge, meilleure transposition que celle des règles exit tax ?

Contrairement aux règles exit tax, le législateur a, pour les règles CFC, dans l'ensemble correctement transposé les articles 7 et 8 de la Directive ATAD. Il est resté fidèle à la Directive et aux recommandations de l'OCDE. Toutefois, à défaut de mal transposer, le législateur belge n'a pas pris en compte certaines options qui lui étaient offertes par la Directive ATAD. Tout d'abord, la Belgique a fait le choix de la méthode dite transactionnelle en ne visant que certains revenus qui sont ceux ayant été générés par des montages purement authentiques. Ce choix pourrait restreindre la portée de l'objectif de la Belgique qui est de lutter contre l'évasion fiscale. En effet, limiter l'application des règles CFC aux seuls revenus générés par de telles structures pourrait ne pas remplir pleinement l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale au sens large, en ce compris tout type de moyens permettant l'évasion fiscale et non seulement ceux visant des montages non authentiques. Néanmoins, restreindre l'application de ces règles à ces revenus permet d'éviter que la mesure ne constitue une entrave au droit à la liberté d'établissement comme nous l'expliquons ultérieurement. Puis, l'obligation de calculer les revenus à inclure dans la base imposable du contribuable sur base d'un prorata n'a pas non plus été transposée en droit belge. À première vue, cela pourrait constituer en une entrave au droit à la liberté d'établissement ou en une erreur de transposition. La possibilité de pouvoir exempter des règles CFC certaines sociétés étrangères réalisant de faibles bénéfices n'a pas non plus été retenue par le législateur belge. Ce dernier ne permet pas non plus de pouvoir déduire de l'impôt payé par le contribuable l'impôt payé par la société étrangère telle que prévue par la Directive ATAD³¹¹. Cela se justifie par la volonté du législateur belge d'aller plus loin que la Directive

³⁰⁸ Directive (UE) 2016/1164, art. 8, §6.

³⁰⁹ J. COUGNON, « Réforme fiscale à l'impôt des sociétés et transposition des directives ATAD », *op. cit.*, p. 39.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 38.

³¹¹ Directive (UE) 2016/1164, art. 8, §7.

en vertu de la clause d'harmonisation minimale en ne permettant « aucune imputation de l'impôt payé par l'établissement stable étranger ou la société étrangère³¹² » car au regard de l'objectif des règles CFC qui est d'éviter le glissement artificiel de bénéfices vers d'autres pays qui sont faiblement imposés, il est logique de ne pas permettre la compensation de l'impôt payé par la société étrangère contrôlée³¹³. Enfin, le législateur belge ne prévoit en aucun cas ce qu'il advient lors d'une cession par le contribuable de sa part dans la société étrangère contrôlée. La Belgique n'a étonnamment pas toujours suivi certaines possibilités offertes par la Directive. En effet, celles-ci permettraient justement à la Belgique d'atténuer les effets défavorables qu'elle attache aux règles CFC et d'amoindrir l'impact néfaste des règles CFC sur le commerce international³¹⁴. Cela est très surprenant car la réticence de la Belgique aux règles CFC provient également du risque de double imposition que peut générer un régime CFC. En effet, si la société étrangère contrôlée, après que ses revenus aient été taxés en application des règles CFC, distribue des dividendes, elle verrait ces derniers également imposés³¹⁵. Cependant, en son article 8, §7, la Directive permet justement de remédier à ce risque en permettant cette déduction. Toutefois, ce qui n'a pas été transposé par le législateur belge ne constitue pas nécessairement en une erreur car certains mécanismes déjà présents dans l'ordre juridique belge permettent de combler ce qui n'a pas été transposé. Par exemple, une « bonne politique de prix de transfert permet d'atténuer la nécessité des règles CFC ³¹⁶ ». L'impact de ces règles sera moindre si les sociétés ont une politique de prix de transfert transparente et cohérente. En effet, les prix de transfert garantissent l'établissement d'un prix conforme au prix du marché pour les transactions entre sociétés liées qui, dans notre cas, impliquent une ou des prestations de services³¹⁷. Néanmoins, le danger est que les parties manipulent les prix de transfert afin d'en

³¹² Projet de loi portant des dispositions diverses en matière d'impôts sur les revenus, *Doc. Parl.*, Chambre, session 2017-2018, n°54 3147/001, p. 21.

³¹³ *Ibid.*, p. 21.

³¹⁴ J. COUGNON, « Réforme fiscale à l'impôt des sociétés et transposition des directives ATAD », *op. cit.*, p. 38.

³¹⁵ I. RICHELLE, « Nomadisme fiscal et droit européen », *op. cit.*, p. 159.

³¹⁶ Article de B. ONGENAERT, *Importance d'une bonne politique de prix de transfert lors de l'entrée en vigueur de la législation belge en matière de sociétés étrangères contrôlées (CFC)*, site Vandelanotte.be, 14 janvier 2019 : <https://www.vandelanotte.be/fr/actuel/actualites/625-importance-dune-bonne-politique-de-prix-de-transfert-lors-de-lentree-en-vigueur-de-la-legislation-belge-en-matiere-de-societes-etrangees-controlees-cfc>

³¹⁷ Législation sur les prix de transfert – Proposition d'approche juin 2011 de l'OCDE.

tirer un avantage fiscal³¹⁸. C'est pourquoi l'administration fiscale belge effectue des contrôles accrues sur les prix de transfert entre sociétés faisant partie d'un même groupe³¹⁹.

Le constat est que ce qui n'a pas été transposé par le législateur belge peut se justifier par des mécanismes qui existent déjà dans l'ordre juridique belge et qui permettent déjà de rejoindre l'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale. Ces mesures nationales sont déjà suffisamment proportionnelles et nécessaires pour réaliser cet objectif.

Nonobstant ces manquements qui peuvent se justifier par des mécanismes qui existent déjà dans l'arsenal du législateur belge, il s'agit toutefois d'une transposition correcte des articles 7 et 8 de la Directive ATAD. Le législateur belge a juste parfois mis de côté certaines possibilités offertes par la Directive. On pourrait ne pas s'en étonner en façade quand on sait que la Belgique n'a jamais été en faveur d'un régime CFC. Toutefois, les options qu'elle n'a pas retenues permettraient d'atténuer les effets contraignant des règles CFC et cela éviterait ainsi à la Belgique de craindre que le régime des règles CFC mette à mal sa réputation comme pays d'investissement.

La transposition réussie des règles CFC dans l'ordre juridique belge ne devrait, a priori, pas poser de problèmes relatifs au droit à la liberté d'établissement. Toutefois, on peut se questionner sur la nécessité d'un mécanisme aussi complexe que celui-ci et s'il existe d'autres mesures ou d'autres instruments qui réduiraient encore moins les risques d'entraves au droit à la liberté d'établissement. C'est ce que nous analysons dans le prochain et dernier chapitre.

Chapitre 4. Les règles exit tax et CFC contenues dans la Directive ATAD et dans la transposition en droit belge sont-elles conformes au droit à la liberté d'établissement ?

Après avoir analysé dans le détail les règles exit tax et les règles CFC et après avoir tiré des conclusions sur la manière dont elles ont été transposées en droit belge, il est maintenant temps d'analyser leur conformité au droit à la liberté d'établissement et les conséquences à tirer de leur éventuelle non-conformité au droit primaire européen sur le bon fonctionnement du marché intérieur et les pistes à envisager. Dans ce chapitre, nous analyserons tout d'abord la conformité

³¹⁸ Article de B. Ongenaert, *Importance d'une bonne politique de prix de transfert lors de l'entrée en vigueur de la législation belge en matière de sociétés étrangères contrôlées (CFC)*, site Vandelanotte.be, 14 janvier 2019 : <https://www.vandelanotte.be/fr/actuel/actualites/625-importance-dune-bonne-politique-de-prix-de-transfert-lors-de-lentree-en-vigueur-de-la-legislation-belge-en-matiere-de-societes-etrangees-controlees-cfc>

³¹⁹ P. DEBOBBELEER, « Les obligations de documentation prix de transfert en Belgique : impact des recommandations du plan BEPS de l'OCDE », in *R.G.C.F.*, 2017/3, p. 209-218.

des règles exit tax au droit à la liberté d'établissement pour certaines de ses composantes seulement et puis nous ferons la même analyse pour les règles CFC tout en allant plus loin en envisageant d'autres mesures permettant d'atteindre le même objectif que celui poursuivi par ces règles mais qui permettraient de réduire les risques d'entraves au droit primaire européen.

Section 1. les règles exit tax

Il est maintenant temps de s'interroger à propos de la conformité de la transposition des règles exit tax au droit primaire européen et plus particulièrement au droit à la liberté d'établissement qui garantit la mobilité des entreprises au sein de l'Union européenne³²⁰. L'approche utilisée pour cette question est binaire. Dans un premier temps, nous analysons si les règles exit tax de la Directive ATAD sont conformes ou non au droit à la liberté d'établissement. Puis, dans un second temps, nous nous questionnons sur la conformité de la transposition de ces règles en droit belge au droit à la liberté d'établissement. Notre méthodologie est la suivante ; tout d'abord nous identifions la liberté en cause, à savoir, la liberté d'établissement. Puis, nous identifions son entrave et sa justification. Enfin, nous analysons la proportionnalité de la justification de l'entrave au regard de l'objectif que poursuivent les règles en cause.

§1^{er}. Présomption de conformité de la Directive ATAD au droit à la liberté d'établissement

Nous avons vu que les règles exit tax n'étaient à l'origine pas du tout compatibles avec le droit à la liberté d'établissement tel que consacré par le TFUE en ses articles 49 à 55. Ces règles d'origine nationale souffraient de nombreuses lacunes et étaient le fruit de nombreuses discriminations. De plus, dans un souci de préservation des recettes fiscales, les pays ont mis en place des règles d'imposition à la sortie dont les justifications aux entraves qu'elles créaient étaient la plupart du temps disproportionnées par rapport aux objectifs des Etats de préserver leur pouvoir d'imposition et d'éviter des risques de fraude et d'évasion fiscale. Ces entraves au droit à la liberté de pouvoir s'établir librement sur le territoire d'un autre Etat consistaient

³²⁰ TFUE, art. 49-55.

principalement en des punitions à la volonté de certaines sociétés de vouloir quitter le territoire³²¹.

Toutefois, une jurisprudence abondante de la Cour de justice de l'Union a permis d'endiguer les prétentions des Etats de pouvoir empêcher une société de se mouvoir librement en dehors de leur territoire. Nous avons vu toute une série d'arrêts dont l'indispensable arrêt *National Grid Indus* qui consacre le mécanisme des exit tax. Tous ces nombreux arrêts ont permis à la Cour de pouvoir énoncer les conditions qui permettent aux exit tax d'être conformes à la liberté d'établissement. Toute cette jurisprudence a permis au législateur européen d'édicter des règles exit tax communes à travers la rédaction de la Directive ATAD³²² et d'avoir un socle minimum commun en la matière pour les pays européens. Dans un objectif de lutte contre l'érosion de la base imposable et d'assurer l'imposition des sociétés là où elles génèrent effectivement de la valeur, le législateur européen a parfaitement écrit en droit les conditions édictées par la CJUE à travers sa jurisprudence afin de rendre le mécanisme des exit tax conforme au droit à la liberté d'établissement.

Après avoir analysé la jurisprudence abondante en la matière et les conditions que doivent respecter les règles exit tax pour être conformes au droit primaire et après avoir analysé en détail la disposition exit tax de la Directive ATAD en son article 5, les règles exit tax de la Directive ATAD reflètent très bien la jurisprudence de la Cour et par là, sont conformes au droit primaire européen et plus particulièrement au droit à la liberté d'établissement. De plus, au regard de la hiérarchie des sources du droit de l'Union, comment une Directive pourrait-elle être en vigueur si cette dernière n'est pas conforme au droit primaire de l'Union qui se situe au sommet de la hiérarchie des sources de cette branche du droit car le but de l'ordre juridique de l'Union est bien de réaliser les objectifs des traités. La Directive ATAD bénéficie, à notre égard, donc d'une présomption de validité au droit primaire européen en raison de l'absence actuelle de recours à son encontre. Toutefois, certains auteurs ne partagent pas notre avis³²³. En effet, certains estiment que les règles des exit tax de la Directive sont disproportionnées par rapport à l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale car elles sont édictées de manière trop large et risquent de concerner des situations dans lesquelles il n'est pas clair s'il y a ou non évasion fiscale³²⁴. Toutefois, nous ne partageons pas cet avis car, dans un premier temps, la Directive a délimité

³²¹ S. PEETERS, « Exit Taxation : From an internal Market Barrier to a tax avoidance prevention tool », *op. cit.*, p. 128.

³²² Directive (UE) 2016/1164, art. 5.

³²³ I. LAZAROV et S. GOVIND, « Carpet-Bombing Tax Avoidance in Europe: Examining the Validity of the ATAD Under EU Law », in *EC Tax Review*, Netherlands, Kluwer Law International, 2019, Vol. 47, iss. 10.

³²⁴ *Ibid.*, p. 866.

quatre hypothèses bien précises et, dans un second temps, elle a édicté les conditions de la mise en œuvre de cette imposition à la sortie et ces conditions permettent principalement d'éviter toute entrave au droit primaire européen. C'est à travers la jurisprudence de la Cour de justice dans laquelle la Cour justifie certaines entraves au droit primaire que la Directive ATAD a élaboré les règles exit tax tout en laissant à la discrétion des Etats-membres l'organisation de celles-ci, se dégageant ainsi de toute responsabilité en cas de violation d'une norme de droit primaire par un Etat-membre lors de la transposition³²⁵. Certains remettent également en question la compétence de l'Union dans l'adoption de la Directive ATAD pour ce qui est de la subsidiarité car la clause d'harmonisation minimale prévue dans la Directive permet une mise en œuvre très hétérogène des règles³²⁶. Néanmoins, la mise en œuvre de ces règles est, selon nous, nécessaire afin de garantir un seuil minimal de protection dans la lutte contre l'évasion fiscale. Sans ce seuil minimal, la question d'une éventuelle harmonisation ne se poserait même pas. Certes, le manque total d'harmonisation est regrettable tout comme cette mise en œuvre hétérogène mais la nécessité d'avoir un socle commun est primordial.

§2. Une conditionnalité trop rigide dans la transposition en droit belge

Après avoir analysé la manière dont le législateur belge a transposé le mécanisme des exit tax de la Directive ATAD en droit belge, nous sommes arrivés à la conclusion qu'il ne s'agit pas d'une véritable transposition. Cette dernière est incomplète et souffre de nombreuses lacunes. Par voie de conclusion, il serait incorrect de soutenir que la transposition en droit belge des règles exit tax est parfaitement conforme au droit à la liberté d'établissement car il ne s'agit que d'une transposition partielle de la Directive. Qui plus est, soutenir que la transposition en droit belge n'est pas du tout conforme au droit à la liberté d'établissement semble à l'inverse également un peu audacieux. L'analyse est plus pointue et ambivalente que cela.

Malgré que les Etats soient souverains et que *de facto* ils puissent faire des lois et les appliquer en vertu de leurs compétences exclusives en matière législative, exécutive et judiciaire, il n'en demeure pas moins que les Etats-membres se trouvent dans un système auquel ils acceptent de déléguer une partie de leur souveraineté. En cela, lorsqu'une Directive est élaborée par l'Union,

³²⁵ C. Docclo, « L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses États membres », *op. cit.*, p. 267.

³²⁶ I. LAZAROV et S. GOVIND, « Carpet-Bombing Tax Avoidance in Europe: Examining the Validity of the ATAD Under EU Law », *op. cit.*, p. 864.

les Etats-membres doivent la transposer fidèlement dans leur législation nationale afin de garantir au maximum encore plus d'intégration et un renforcement du marché intérieur. La législation nationale des Etats-membres doit donc respecter le droit dérivé européen et *a fortiori* le droit primaire européen.

En effet, la transposition doit principalement viser à rendre le mécanisme des exit tax compatible avec le droit primaire européen et pour cela, il faut analyser si cette transposition partielle est proportionnée par rapport à son objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale. Pour cela, il faut analyser l'aptitude, la nécessité³²⁷ et la proportionnalité³²⁸ au sens stricte de la transposition par rapport à l'objectif supérieur qu'elle poursuit. Le cas échéant, la transposition sera compatible avec le droit à la liberté d'établissement³²⁹. En vertu de ces principes, les différences de traitement ne sont en elles-mêmes pas interdites. Toutefois, elles doivent poursuivre un but légitime et être proportionnées au regard de l'objectif qu'elles poursuivent. Pour cela, il faut analyser si les « déviations » par rapport au texte de la Directive sont aptes, nécessaires et proportionnelles par rapport à l'objectif qu'est la lutte contre l'évasion fiscale.

Pour qu'il y ait l'application d'une imposition à la sortie sur les plus-values latentes en cas de transfert d'actifs du siège d'une société vers un établissement stable situé dans un autre Etat-membre de l'UE ou dans un Etat tiers, le législateur belge prévoit qu'entre la Belgique et l'Etat d'accueil il doit y avoir une convention préventive de la double imposition qui exonère les bénéfices³³⁰. Le législateur belge justifie cela en disant que puisqu'une société belge est imposée sur ses revenus mondiaux, en cas de convention préventive de la double imposition, la Belgique perd son pouvoir d'imposition, et donc il faut pouvoir le récupérer à travers cette condition³³¹. En vertu de la clause d'harmonisation minimale³³², le législateur belge peut très bien aller plus loin que la Directive et prévoir des garanties supplémentaires. Toutefois, selon nous, cette condition ne répond pas aux exigences de proportionnalité et de nécessité car pour remplir l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale, le législateur met à mal le principe de convention-loi des parties, l'exigence va trop loin. Dans cette hypothèse, une convention préventive de la double imposition n'a plus de sens et est complètement éliminée au profit de

³²⁷ TUE, art. 5, §3.

³²⁸ *Ibid.*, §4.

³²⁹ Const., art. 10-11.

³³⁰ CIR, art. 185/1.

³³¹ Projet de loi portant des dispositions diverses en matière d'impôts sur les revenus, *Doc. Parl.*, Chambre, session 2017-2018, n°54 3147/001.

³³² Directive (UE) 2016/1164, art. 3.

la volonté de l'Etat de pouvoir récupérer son pouvoir d'imposition sur les plus-values issues des actifs transférés.

Une exit tax sur les plus-values latentes s'applique également en cas de transfert d'actifs d'un établissement stable situé sur le territoire d'un Etat-membre de l'UE vers un siège ou un autre établissement stable situé sur le territoire d'un autre Etat-membre ou sur le territoire d'un Etat tiers³³³. Toutefois, le législateur belge a réduit cette hypothèse aux Etats-membres de l'UE et aux Etats-membres de l'EEE³³⁴. Il s'agit d'une marge de manœuvre trop importante que s'est permis le législateur belge car il n'est pas concevable de réduire le champ d'application *ratione loci* d'une hypothèse visée par la Directive³³⁵. En vertu de leur souveraineté, les Etats ne peuvent qu'aller plus loin que ce que prévoit la Directive. Réduire le champ d'application spatiale de la Directive constitue en une entrave au droit à la liberté d'établissement et crée une discrimination entre les Etats-membres de l'Union et les Etats de l'EEE qui eux devront s'acquitter de cette imposition à la sortie.

En droit belge, s'il y a un transfert de la résidence fiscale d'une société vers un autre Etat-membre ou vers un Etat tiers, ce transfert est, en vertu de l'article 210, §1^{er} 4° du CIR, fictivement assimilé à une liquidation forcée et donc à un partage de l'avoir social entraînant pour conséquence la taxation des plus-values constatées ou réalisées³³⁶. Dans les arrêts *Polbud* et *Cartesio*, la Cour dit qu'est contraire au droit à la liberté d'établissement une disposition « qui subordonne la transformation transfrontalière à une dissolution ou à une liquidation préalable de la société »³³⁷³³⁸. Cette disposition est donc très clairement contraire au droit à la liberté d'établissement car en plus de constituer en une entrave au droit primaire européen, elle crée une discrimination envers les sociétés qui transfèrent leur résidence fiscale à l'intérieur même du Royaume car dans une telle hypothèse, le transfert n'est en aucun cas assimilé à une liquidation forcée³³⁹. De ce fait, l'assimilation d'une transformation transfrontalière à une dissolution ou à une liquidation forcée est disproportionnée aux fins de lutter contre l'évasion fiscale et constitue en une mesure qui n'est pas nécessaire pour remplir cet objectif. L'exigence qui consiste en cette assimilation va beaucoup trop loin au regard de l'objectif de lutte contre

³³³ Directive (UE) 2016/1164, art. 1^{er}, al. 1^{er}, b).

³³⁴ CIR, art. 413/1, §1^{er}, 4° et 5°.

³³⁵ J. COUGNON, « Imposition à la sortie : une transposition qui n'en est pas une », *op. cit.*, p. 31.

³³⁶ CIR, art. 208 et 209.

³³⁷ E.-J. NAVEZ et M. FALLON, « La transformation transfrontalière d'une société par transfert du siège statutaire après l'arrêt *Polbud* », *op. cit.*, p. 368.

³³⁸ CJUE, arrêt du 25 octobre 2017, *Polbud*, C-106/16, EU:C:2017:804, point 51 et CJUE, arrêt du 16 décembre 2008, *Cartesio*, *op. cit.*, point 112.

³³⁹ CJUE, arrêt du 25 octobre 2017, *Polbud*, *op. cit.*, point 43.

la fraude et l'évasion fiscale. En effet, l'utilisation de mécanismes de fiction n'est jamais le procédé le plus « élégant » pour remplir de manière proportionnée un tel objectif.

Dans la transposition en droit belge du mécanisme du step-up³⁴⁰, le législateur belge, en vertu de la clause d'harmonisation minimale, va plus loin en ajoutant la condition selon laquelle la valeur telle que déterminée par l'Etat-membre d'origine est présumée correspondre à la valeur réelle des actifs transférés s'il y a échange d'informations fiscales entre les deux Etats au travers d'un accord ou d'une convention³⁴¹. Dans le fond, notre législateur « facilite » la détermination de la valeur en créant une présomption qui se base sur un échange d'informations fiscales. La mesure est donc *a priori* apte à atteindre l'objectif en cause. Toutefois, dans la forme, on peut se demander si le fait de devoir conclure un accord ou une convention pour pouvoir présumer réfragablement la valeur réelle des actifs transférés n'est pas disproportionné au regard de l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale contrebalancé par le risque que cette importante conditionnalité et les démarches qu'elles entraînent puissent constituer une entrave au droit à la liberté d'établissement et *de facto* décourager les sociétés à se mouvoir. Cette condition n'est, selon nous, pas nécessaire pour réaliser cet objectif de lutte contre l'évasion fiscale. La condition de base énoncée dans la Directive ATAD qui consiste en ce que l'Etat d'accueil accepte la valeur telle que déterminée par l'Etat d'origine à moins que cette valeur ne soit manifestement contraire à la valeur de marché peut très bien se suffire à elle-même pour remplir cet objectif de lutte contre l'évasion fiscale.

La Directive ATAD permet de recouvrer l'impôt à la sortie sur une période de cinq ans³⁴². Cette possibilité est offerte aux opérations purement intra Union européenne et aussi intra Espace économique européen à condition qu'il y ait un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement entre les pays de l'EEE et l'Etat d'origine. Dans sa transposition³⁴³, le législateur belge élargit cette fois-ci le champ d'application territorial de cette possibilité aux pays tiers mais à la condition qu'entre la Belgique et le pays tiers en cause il y ait une convention préventive de la double imposition qui soit conclue. Ici encore, le législateur belge a été plus loin que la Directive en y ajoutant des conditions qui risquent de complexifier l'essence même des prérogatives offertes par la Directive au point que ces conditions risquent de décourager les

³⁴⁰ CIR, art. 184*ter*, §2, al. 5.

³⁴¹ *Ibid.*, al. 5 et al. 6.

³⁴² Directive (UE) 2016/1164, art. 5, §2.

³⁴³ CIR, article 413/1.

sociétés à vouloir se déplacer et en ce sens, cela peut être contraire au droit à la liberté d'établissement car cette condition ne serait même pas apte à remplir l'objectif en cause.

En analysant le champ d'application de la loi de transposition belge, on observe qu'elle s'applique également aux personnes physiques alors que la Directive ne s'applique qu'aux sociétés³⁴⁴. Par exemple, l'interruption de l'échelonnement de l'imposition à la sortie³⁴⁵ est soumise à des conditions concernant les personnes physiques. Le législateur a une fois de plus dépassé légitimement les minimaux requis par la Directive mais il sort aussi du cadre de la Directive, il ne respecte pas le champ d'application de cette dernière lors de la transposition.

Appliquer une imposition à la sortie n'est bien évidemment pas contraire au droit primaire européen mais la manière dont elle est mise en œuvre et les conditions qui l'entourent déterminent sa conformité au droit primaire. Comme déjà évoqué, les règles exit tax de la Directive ATAD sont présumées être conformes au droit à la liberté d'établissement. Au regard des éléments et réflexions qui viennent d'être énoncées, nous constatons que la transposition partielle réalisée par le législateur belge n'est pas tout à fait conforme au droit à la liberté d'établissement au regard des principes d'aptitude, de nécessité et de proportionnalité. En effet, le législateur s'est-il sans doute laisser emporter par une vive émotion, juste soit elle, de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale mais à quel prix ?³⁴⁶ Nous déplorons que l'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale ait pris les devants sur les objectifs initiaux et non des moindres d'intégration européenne et de renforcement du marché intérieur³⁴⁷. Ces objectifs sont réalisables que s'il y a une base commune suffisamment forte et une harmonisation suffisamment approfondie en matière fiscale, ce qui n'est pas encore le cas. De plus, la clause d'harmonisation minimum de la Directive³⁴⁸ compromet toute possibilité d'harmonisation dans la lutte contre les abus de droit³⁴⁹. La liberté du législateur national dans la transposition est la conséquence d'une absence d'une harmonisation entre les Etats-membres et cela risque de

³⁴⁴ Directive (UE) 2016/1164, art. 1^{er}.

³⁴⁵ CIR, art. 413/1, §3.

³⁴⁶ E. TRAVERSA, C. HERBAIN et M. POSSOZ, « La mise en œuvre du plan d'action BEPS de l'OCDE par l'Union européenne : la lutte contre l'évasion fiscale internationale prend-elle le pas sur l'achèvement du marché intérieur ? », *op. cit.*, p. 340.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 340.

³⁴⁸ Directive (UE) 2016/1164, art. 3.

³⁴⁹ I. Lazarov et S. Govind, « Carpet-Bombing Tax Avoidance in Europe: Examining the Validity of the ATAD Under EU Law », *op. cit.*, p. 860.

rendre moins efficace le fonctionnement du marché intérieur et de créer de nouveaux obstacles³⁵⁰.

Le but du droit européen est d'harmoniser afin de rendre les règles plus claires et plus accessibles. Néanmoins, ce n'est pas tout à fait le cas en ce qui concerne la transposition. En effet, tout d'abord, le constat est que pour retrouver les différentes dispositions qui transposent les règles des exit tax de la Directive ATAD, nous devons effectuer un travail herculéen de recherches et d'analyse minutieuse des différentes dispositions dispersées à différents endroits dans le code d'impôt sur les revenus. Cette difficulté à s'y retrouver risque de mettre à mal la sécurité juridique car s'il s'agit déjà d'un casse-tête pour des juristes, qu'en est-il pour des personnes n'ayant pas de formation juridique. Puis, les conditions supplémentaires mises en place par le législateur belge ne font, à notre estime, que complexifier la Directive. Dans un objectif de précision, le législateur belge a élaboré des conditions accompagnant les options offertes par la Directive. Toutefois, toute cette conditionnalité peut produire l'effet inverse et rendre flou l'application des règles des exit tax pour arriver à ce que leur application soit parfois contraire au droit à la liberté d'établissement. Il faut prôner des règles simples et générales afin d'avoir un cadre cohérent et harmonisé qui permettrait de pouvoir appliquer les règles des exit tax de manière tout à fait conforme au droit à la liberté d'établissement. La marge de manœuvre du législateur belge fut très large dans la manière de transposer les règles des exit tax. Il faut trouver un certain équilibre, un certain balancement entre rigidité et distanciation par rapport à la Directive. Même si au travers de la loi de transposition, l'objectif du législateur n'était pas de porter atteinte aux règles établissant l'imposition à la sortie mais seulement de modeler ces règles afin de les rendre conforme au droit primaire européen³⁵¹, il n'en demeure pas moins que le législateur a rendu ces règles encore plus complexes et plus floues, ce qui compromet la sécurité juridique et entraîne paradoxalement des risques d'entraves au droit à la liberté d'établissement.

Section 2. Les règles CFC

Dans cette partie, nous analysons de manière binaire la conformité des règles CFC contenues dans la Directive ATAD et celles des règles CFC transposées par le législateur belge au regard du droit à la liberté d'établissement. Notre objectif est de déterminer si, *in fine*, la manière dont

³⁵⁰ I. Lazarov et S. Govind, « Carpet-Bombing Tax Avoidance in Europe: Examining the Validity of the ATAD Under EU Law », *op. cit.*, p. 860.

³⁵¹ Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-2052/001, p. 12.

le législateur belge a transposé ces règles n'est pas contraire au droit primaire européen, plus particulièrement, au droit à la liberté d'établissement. Pour cela, nous analysons la proportionnalité de la transposition à travers les concepts d'aptitude, de nécessité et de proportionnalité au sens stricte des éléments transposés par le législateur belge au regard de l'objectif supérieur poursuivi qui est la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale.

§1^{er}. Présomption de conformité de la Directive ATAD au droit à la liberté d'établissement

Les règles CFC contenues dans la Directive ATAD n'ont pas fait l'objet d'une jurisprudence aussi abondante et fluctuante que celle des règles exit tax. Toutefois, la conformité au droit à la liberté d'établissement de ces règles se trouve dans la jurisprudence de la CJUE dans son arrêt *Cadbury Schweppes* du 12 septembre 2006. La Directive ATAD a parfaitement respecté les dires du juge européen afin que les règles CFC qu'il édicte puissent être conformes au droit primaire européen. En effet, dans sa deuxième approche qu'elle propose, la Directive impose le contribuable sur les revenus non distribués provenant de montages non authentiques mis en place dans un but unique d'obtenir un avantage fiscal et cela est conforme à la jurisprudence de la Cour³⁵² qui dit que cette imposition et donc cette limitation à la possibilité offerte aux sociétés de pouvoir créer des filiales dans d'autres Etats-membres est justifiée par un objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale au travers de montages purement artificiels. Cette restriction au droit à la liberté d'établissement est apte, nécessaire et proportionnée³⁵³ afin de réaliser l'objectif en cause car la Directive se limite à imposer le contribuable uniquement sur les revenus non distribués provenant de montages artificiels dont le caractère non-authentique est présumé par certains indices³⁵⁴.³⁵⁵ Certains auteurs estiment que cette présomption appartenant aux règles CFC dans la directive ATAD pourrait ne pas passer le test de proportionnalité car certains montages pourraient être qualifiés, à tort, de non-authentiques au regard de cette présomption³⁵⁶. Toutefois, de nombreux éléments peuvent être regroupés afin de prouver le contraire comme la présence de personnel, d'équipements, de structures permettant l'exercice

³⁵² CJUE, arrêt du 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, *op. cit.*

³⁵³ Dans l'arrêt *Commission contre Portugal* du 7 avril 2011, la CJUE ajoute que cette restriction à la liberté d'établissement doit être la plus spécifique et la plus appropriée pour réaliser l'objectif en cause.

³⁵⁴ Directive (UE) 2016/1164, art. 7, §2, b), al. 2.

³⁵⁵ CJUE, arrêt du 26 février 2019, *N Luxembourg 1*, C-115/16, EU:C:2019:134, points 127-132.

³⁵⁶ I. LAZAROV et S. GOVIND, « Carpet-Bombing Tax Avoidance in Europe: Examining the Validity of the ATAD Under EU Law », *op. cit.*, p. 867.

de l'activité. Cette restriction est donc, selon nous, proportionnée pour réaliser cet objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale.

Dans sa première approche, la Directive impose le contribuable sur toute une série de revenus passifs non distribués de la filiale mais conformément à la jurisprudence européenne³⁵⁷, elle limite l'application des règles CFC aux seules entités qui n'exercent effectivement pas d'activité économique substantielle. Cette approche est également apte, nécessaire et proportionnée pour réaliser l'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale car la Directive se limite ici aussi à imposer le contribuable sur des revenus qui ne sont pas issus d'une réelle activité économique au même titre que l'absence de montages authentiques dans la seconde approche. D'autres éléments témoignent de la conformité de la Directive ATAD au droit à la liberté d'établissement tel que le calcul des revenus à intégrer dans la base imposable du contribuable. Conformément aux recommandations de l'OCDE, qui veille également à ce que les règles CFC soient conformes au droit primaire européen, ces revenus sont calculés au prorata de la participation du contribuable dans l'entité contrôlée. Ce calcul au prorata est apte, nécessaire et proportionné pour rejoindre l'objectif en cause déjà évoqué car il est tout à fait juste d'imposer le contribuable proportionnellement à sa participation dans l'entité étrangère car si ce n'était pas le cas, cela créerait une discrimination entre le contribuable qui détient une participation de 90% et le contribuable qui détient une participation de 10% car ils seraient tous deux imposés sur l'ensemble des revenus de l'entité étrangère. Nous constatons que le législateur européen a suivi les recommandations de l'OCDE telles que décrites et il a également tenu compte des enseignements de la jurisprudence la Cour en cette matière. Bien que les règles CFC soient contraires au droit à la liberté d'établissement, elles sont toutefois justifiées par cet objectif supérieur qui est la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale et qui les rendent donc conformes au droit primaire européen et qui rend donc la Directive ATAD conforme au droit à la liberté d'établissement au travers de cet objectif supérieur que ces règles poursuivent. Leur justification s'analyse à travers le fait qu'elles sont aptes, nécessaires et proportionnées pour atteindre l'objectif en cause. De plus, puisqu'aucun recours n'est actuellement pendant à leur encontre, il y a ici aussi une présomption de validité de ces règles au regard au droit primaire européen.

³⁵⁷ CJUE, arrêt du 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, op. cit., point 75.

§2. La lutte contre la fraude et l'évasion fiscale comme justification absolue à toute entrave au droit à la liberté d'établissement par la transposition en droit belge ?

Lorsque nous avons analysé la transposition en droit belge des règles CFC, nous avons constaté qu'il s'agissait d'une correcte transposition contrairement à notre conclusion sur la transposition des règles exit tax. Le législateur belge, en ce qui concerne les règles CFC, est resté fidèle au texte de la Directive. Toutefois, certaines parties de la disposition sur les règles CFC de la Directive n'ont pas été transposées en droit belge et notre objectif dans cette partie est d'analyser si ces manquements peuvent constituer une entrave au droit à la liberté d'établissement et *de facto* entraîner la non-conformité de la transposition au droit primaire européen.

Tout d'abord, le choix de l'approche transactionnelle par le législateur belge pourrait à première vue restreindre la portée de l'objectif qui est la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale. Effectivement, la limitation de l'application des règles CFC uniquement aux revenus ayant été artificiellement détournés vers la filiale risque de compromettre la réalisation de l'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale compris dans un sens large, c'est-à-dire, contre tout type de moyens qui permettent d'obtenir un avantage fiscal quel qu'il soit et pas seulement contre des montages non-authentiques³⁵⁸. Toutefois, nous sommes d'avis que cette seconde approche proposée par la Directive est apte à lutter contre les phénomènes de fraude et d'évasion fiscale de manière proportionnée et nécessaire sans le risque que des discriminations surviennent et surtout sans créer d'entrave injustifiée au droit à la liberté d'établissement en mettant au premier plan cet objectif supérieur au détriment des libertés de circulation³⁵⁹, ce qui est par exemple le cas pour les règles des exit tax.

Puis, le calcul des revenus à inclure dans la base imposable du contribuable sur base d'un prorata n'a pas été transposé par le législateur belge³⁶⁰. En plus d'être une erreur de transposition, ce manquement peut aussi être constitutif d'une atteinte au droit à la liberté d'établissement car s'il n'est pas tenu compte de la participation du contribuable dans la société étrangère contrôlée, il risque une imposition plus élevée que son taux de participation et *de*

³⁵⁸ I. LAZAROV et S. GOVIND, « Carpet-Bombing Tax Avoidance in Europe: Examining the Validity of the ATAD Under EU Law », *op. cit.*

³⁵⁹ E. TRAVERSA, C. HERBAIN et M. POSSOZ, « La mise en œuvre du plan d'action BEPS de l'OCDE par l'Union européenne : la lutte contre l'évasion fiscale internationale prend-elle le pas sur l'achèvement du marché intérieur ? », *op. cit.*, p. 340.

³⁶⁰ G. GALEA et S. MASSARO, « La mesure belge visant les 'CFC' : description et commentaires », *op. cit.*, pp. 4-16.

facto cela est disproportionné par rapport à l'objectif qu'est la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale. Par conséquent, cette erreur de transposition peut constituer une entrave au droit à la liberté d'établissement³⁶¹ qui peut néanmoins se voir justifiée par une bonne politique de prix de transfert telle que déjà explicitée ultérieurement. Toutefois, le législateur belge justifie cette absence de transposition par le fait que les règles CFC ne sont déjà applicables qu'aux glissements artificiels d'actifs et de bénéfices provenant de montages non-authentiques. Il n'est donc pas nécessaire de devoir restreindre encore plus l'application des règles CFC³⁶². À travers le fait que la Belgique ait choisi la seconde approche, cette absence de transposition est donc apte à réaliser l'objectif supérieur en cause par les mécanismes qui s'y substituent qui sont suffisamment nécessaires et proportionnels.

Ensuite, le législateur belge n'a pas non plus transposé l'obligation de déduire de la base imposable du contribuable le montant de la participation de ce dernier lorsqu'il cède sa part dans la société étrangère contrôlée³⁶³. Cette erreur de transposition peut se justifier par le fait qu'en vertu des conventions préventives de la double imposition auxquelles est liée la Belgique, celles-ci permettent déjà d'arriver à un niveau satisfaisant d'évitement de la double imposition et en cela, il n'est donc pas nécessaire de devoir transposer cette partie de la disposition des règles CFC de la Directive afin de rejoindre l'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale. De ce fait, ce manquement n'entraîne pas de risque de double imposition et donc ne constitue pas une entrave au droit à la liberté d'établissement car la justification à cette absence de transposition est suffisamment apte, nécessaire et strictement proportionnée pour atteindre cet objectif supérieur.

Enfin, la possibilité pour le contribuable de déduire de sa base imposable l'impôt payé par la société étrangère contrôlée n'a pas non plus été transposée³⁶⁴. Le fait que le législateur belge ait souhaité offrir une protection plus élevée à travers la non transposition de cette mesure est apte, nécessaire et proportionnée afin de lutter efficacement contre la fraude et l'évasion fiscale et dès lors cette non transposition ne constitue pas une entrave au droit à la liberté d'établissement.

³⁶¹ S. PEETERS, « Exit Taxation : From an internal Market Barrier to a tax avoidance prevention tool », *op. cit.*, p. 130.

³⁶² Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 2052/001, p. 21.

³⁶³ J. COUGNON, « Réforme fiscale à l'impôt des sociétés et transposition des directives ATAD », *op. cit.*, p. 39.

³⁶⁴ G. GALEA et S. MASSARO, « La mesure belge visant les 'CFC' : description et commentaires », *op. cit.*, pp. 4-16.

Le constat est qu'il s'agit d'une transposition qui est conforme au droit à la liberté d'établissement car le législateur belge a transposé de manière correcte les dispositions de la Directive ATAD qui, comme nous l'avons analysé, sont parfaitement conformes au droit primaire européen. Qui plus est, pour les parties de la disposition qui n'ont pas été transposées en droit belge, nous avons observé qu'il s'agissait de mécanismes qui avaient déjà un équivalent dans l'ordre juridique belge. Néanmoins, les règles CFC restent toujours des mécanismes qui constituent une entrave mais qui est justifiée au regard de l'objectif supérieur qu'elles poursuivent car elles sont suffisamment aptes, nécessaires et proportionnelles pour le réaliser. La mise en œuvre de ces règles entraîne une charge administrative importante dans le chef des Etats et risquent de créer des situations de double imposition qu'il ne faut pas négliger³⁶⁵. Certes, la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale est une noble cause mais ne sommes-nous pas, dans un objectif de conformité absolue au droit primaire européen, en train d'encadrer de manière trop rigide ces règles en oubliant la nécessité constante d'aller vers plus d'intégration européenne ? Toute cette conditionnalité entourant les règles CFC risque de renforcer les frontières entre les Etats-membres au détriment de l'intégration européenne³⁶⁶. Il faut trouver un juste équilibre entre la dimension positive et la dimension négative de l'intégration européenne, c'est-à-dire, adopter de plus en plus de mécanismes afin d'harmoniser la matière fiscale européenne et à la fois trouver la manière de coordonner les règles nationales afin d'éviter que des entraves se créent lors de la transposition des normes européennes.

§3. D'autres mécanismes pourraient-ils « remplacer » les règles CFC ?

Nous nous rendons compte que dans l'analyse de la proportionnalité des justifications aux entraves au droit à la liberté d'établissement que créent les règles CFC, c'est au niveau du critère de la nécessité que le bât pourrait blesser. C'est pourquoi nous nous interrogeons sur l'existence d'autres mécanismes qui portent peut-être moins atteinte au droit à la liberté d'établissement. Quelles sont ces mesures similaires qui peuvent moins entraver le droit primaire européen ?

Tout d'abord, comme nous l'avons déjà évoqué, si un pays dispose d'une bonne politique des prix de transfert bien organisée, cohérente et transparente, la nécessité des règles CFC se fera moins ressentir. En effet, une politique des prix de transfert serait, à notre estime, moins

³⁶⁵ E. TRAVERSA, C. HERBAIN et M. POSSOZ, « La mise en œuvre du plan d'action BEPS de l'OCDE par l'Union européenne : la lutte contre l'évasion fiscale internationale prend-elle le pas sur l'achèvement du marché intérieur ? », *op. cit.*, p. 340.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 340.

entravante au droit à la liberté d'établissement car il s'agit de l'établissement de prix pour une prestation de service réalisée entre sociétés liées³⁶⁷. Les prix de transfert doivent être établis sur la base du principe de pleine concurrence pour ainsi protéger la base d'imposition des pays appliquant les prix de transfert et éviter des situations de double imposition qui mettent en péril la sécurité juridique en créant des entraves entre les Etats dans leurs échanges internationaux³⁶⁸. Toutefois, il y a un risque important que les sociétés fixent des prix de transfert pour leurs prestations de service de sorte à réduire les bénéfices imposables sur leur territoire. De ce fait, les administrations fiscales des pays appliquant les prix de transfert mettent en place des contrôles strictes sur les grandes sociétés afin d'éviter toute manipulation des prix de transfert de la part des multinationales et donc éviter toute fraude ou abus fiscal³⁶⁹.³⁷⁰ En janvier 2020, ont été approuvées de nouvelles instructions sur les prix de transfert par le cadre inclusif de l'OCDE/G20³⁷¹. Une circulaire belge³⁷² inclut les travaux récents réalisés par l'OCDE en matière de prix de transfert avec l'objectif d'aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur. L'objectif de ces nouvelles instructions est de renforcer la cohérence entre les pays dans l'interprétation donnée au principe de pleine concurrence pour déterminer les prix de transfert. Il faut que les bénéfices des sociétés multinationales soient conformes à la réalité de l'activité économique et à la création de valeur. Afin de bien contrôler que les parties liées ne manipulent pas les prix de transfert, la mise en place par les administrations nationales d'une documentation de prix de transfert est fortement recommandée afin d'opérer une analyse fonctionnelle de ces transferts entre sociétés liées, c'est-à-dire, une analyse du comportement réel des parties liées par rapport aux termes contractuels établis entre elles³⁷³. Sur base des recommandations de l'OCDE, la circulaire belge 2020/C/35³⁷⁴ dit que pour éviter des problèmes de double imposition, l'établissement des prix de transfert doit se faire en

³⁶⁷ Article de B. ONGENAERT, *Importance d'une bonne politique de prix de transfert lors de l'entrée en vigueur de la législation belge en matière de sociétés étrangères contrôlées (CFC)*, site Vandelanotte.be, 14 janvier 2019 : <https://www.vandelanotte.be/fr/actuel/actualites/625-importance-dune-bonne-politique-de-prix-de-transfert-lors-de-lentree-en-vigueur-de-la-legislation-belge-en-matiere-de-societes-etrangees-controlees-cfc>

³⁶⁸ Législation sur les prix de transfert – Proposition d'approche juin 2011 de l'OCDE.

³⁶⁹ L'obligation de documentation en matière de prix de transfert en 2016 par la Belgique.

³⁷⁰ P. DEBOBBELEER, « Les obligations de documentation prix de transfert en Belgique : impact des recommandations du plan BEPS de l'OCDE », *op. cit.*, pp. 209-218.

³⁷¹ Rapport du projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, *Instructions sur les prix de transfert relatives aux transactions financières, actions 4, 8-10- rapport février 2020*, édition OCDE, Paris, 2020.

³⁷² Circulaire 2020/C/35 concernant les directives en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales - Circulaires SPF Finances, 26/02/2020.

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ *Ibid.*

considérant les entités d'un même groupe comme étant non liées entre elles³⁷⁵, étant donc considérées comme concurrentes afin d'établir des prix de transfert correspondant au principe de pleine concurrence³⁷⁶. Les règles relatives au prix de transfert ne sont donc pas contraires au droit à la liberté d'établissement car elles sont tout à fait aptes, nécessaires et proportionnées à réaliser l'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale. Toutefois, les règles CFC peuvent apporter un « complément » aux règles relatives aux prix de transfert car les règles CFC remontent les bénéfices générés par l'entité étrangère contrôlée (par l'intermédiaire d'un montage non-authentique dans le cas de la Belgique) dans la base imposable de la société qui contrôle afin d'éviter l'érosion de sa base imposable entre ses différentes entités étrangères qu'elle contrôle et qui répondent aux conditions énoncées par la Directive ATAD.

Puis, dans le Cadre inclusif sur le plan BEPS de l'OCDE et du G20 2020 qui concerne les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie³⁷⁷, le deuxième pilier de ce programme propose l'instauration d'un impôt minimum pour les sociétés multinationales indépendamment de leur localisation et/ou de la création de valeur. La cause est l'augmentation croissante, surtout depuis le début de la crise de la Covid-19, de la numérisation de l'économie. Les sociétés travaillant en la matière sont les plus à risque de recourir à des montages d'optimisation fiscale se réalisant par des transferts de bénéfices car en ce domaine la création de valeur ne va pas de pair avec une composante territoriale d'imposition. En effet, ces sociétés ne sont pas imposées là où elles créent de la valeur. Cette solution serait moins contraignante que les règles CFC au regard du droit primaire européen car cet impôt minimum commun aux multinationales ne constituerait pas une entrave au droit à la liberté d'établissement (concernant les sociétés établies sur un territoire européen) car qu'importe où elles se seraient localisées, elles seraient redevables de cet impôt minimum. De ce fait, une multinationale ne serait pas découragée à s'établir dans telle ou telle juridiction car il y aurait une « égalité » d'imposition sur le territoire de n'importe quel Etat. Toutefois, ce n'est pas pour autant que les règles CFC disparaîtront et de ce fait, comment conjuguer ces règles avec cette imposition minimum ? Prenons l'exemple de la Belgique. Si une filiale d'une société mère belge est taxée à moins de la moitié du taux de l'imposition à l'impôt des sociétés belge que subit la société mère, alors il y a application des règles CFC à condition que les autres conditions soient remplies. S'agissant d'une multinationale, en appliquant cet impôt minimum on réhausse la très faible imposition des pays

³⁷⁵ A. PUGLISI, « Buitenlandse vennootschappen in handen van Belgische vennootschappen : een circulaire verduidelijkt het nieuwe CFC-stelsel en geeft het een ruime draagwijdte », *Fisc. Week.*, 2021/7, nr. 462, p. 4-5.

³⁷⁶ Cadre inclusif sur le BEPS de l'OCDE et du G20 : Rapport d'étape juillet 2019 – juillet 2020.

³⁷⁷ *Ibid.*

faiblement taxés. Du coup, si l'impôt auquel est soumise cette filiale étrangère se réhausse mais n'atteint toujours pas la moitié du taux de l'imposition à l'impôt des sociétés belges de la société mère, alors, il y aura application conjointe des règles CFC avec cet impôt minimum. En conclusion, cette mesure du second pilier de l'OCDE n'a pas la prétention de se substituer aux règles CFC mais juste de rehausser les taux d'imposition très faibles de certaines juridictions. Les États-Unis ont déjà adopté un impôt minimum sur le revenu de source étrangère des sociétés étrangères contrôlées (GILTI) dans le cadre de la loi Tax Cuts and Jobs Acts de 2017³⁷⁸. Nous sommes dans un monde en transformation et la crise de la Covid-19 n'a fait qu'accélérer la transformation numérique de l'économie et cela génère de plus en plus la nécessité d'apporter des réponses à cette problématique.

Enfin, depuis 2015³⁷⁹, le législateur belge a mis en place la taxe caïman³⁸⁰ qui prévoit que le contribuable belge, généralement le fondateur, soit imposé sur les revenus perçus par une construction juridique. Il faut toutefois prêter attention au champ d'application *ratione personae* de cette taxe qui ne s'applique qu'aux contribuables personnes physiques et pas aux sociétés. Il s'agit donc du pendant des règles CFC mais pour les personnes physiques.

Nous constatons donc que les règles CFC dans leur transposition en droit belge sont conformes au droit à la liberté d'établissement par le fait qu'elles poursuivent un objectif d'intérêt supérieur qui est la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale. Les entraves au droit à la liberté d'établissement qu'elles créent se trouvent justifiées par cet objectif. La Belgique qui a toujours été réticente envers ces règles a finalement été obligé de transposer ces règles issues de la Directive ATAD. Nous avons observé que d'autres mécanismes qui sont moins contraignants et moins entravants au droit à la liberté d'établissement existent et que ces derniers sont tout à fait proportionnés afin de réaliser l'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale. La mise en œuvre des règles CFC peut soulever des problèmes de double imposition et des problèmes liés à leur complexité de mise en œuvre. Malgré une compensation par d'autres mécanismes, il est regrettable de ne pas être confronté à une transposition totale mettant ainsi de côté les mécanismes équivalents nationaux. Certes, ces mécanismes risquent de moins porter atteinte au droit à la liberté d'établissement mais une transposition totale permettrait d'assurer une plus grande sécurité juridique et permettrait également de ne pas devoir piocher partout dans le code

³⁷⁸ M. HERZFELD, « Debate on the US Tax reform and the EU ATAD », in *Intertax*, Netherlands, Kluwer Law International, 2019, Vol. 47, iss. 5.

³⁷⁹ Loi-programme du 10 août 2015 portant dispositions diverses, *M.B.*, 18 août 2015.

³⁸⁰ Notification : Annulation de la taxe Caïman sur les distributions de trusts soumis à l'impôt. Arrêt de la Cour constitutionnelle belge du 28 janvier 2021.

d'impôt sur les revenus afin d'avoir une vue d'ensemble et concise sur les règles CFC belges. Pour s'y retrouver nous devons à la fois avoir recours à la transposition du législateur belge et aux mécanismes déjà présents dans son arsenal. Ce balancement entre d'un côté les règles issues de la Directive ATAD et de l'autre les règles nationales équivalentes à certaines parties de la disposition sur les règles CFC est la conséquence regrettable d'un manque d'harmonisation des règles fiscales au niveau européen. Tout comme pour les règles exit tax, nous sommes aujourd'hui arrivés à ce que les règles CFC soient à ce point précises et concises qu'on puisse dans une seconde phase avoir la prétention d'aller plus loin en la matière en exigeant toujours plus d'harmonisation et de coopération en matière fiscale afin d'arriver à un système clair et cohérent.

Conclusion

Même si la lutte contre l'évasion fiscale est primordiale afin de pouvoir combattre l'austérité et permettre d'affirmer avec plus de vigueur le principe d'égalité devant l'impôt, il est toutefois indispensable de veiller à ce que la réalisation de cet objectif ne compromette pas les droits et libertés fondamentaux.

Par l'analyse de la jurisprudence qui a consacré les règles des exit tax et les règles CFC, notre recherche a révélé que ces règles de la Directive ATAD sont présumées conformes au droit à la liberté d'établissement. Qui dit Directive dit rigueur dans la transposition de celle-ci dans les différents ordres juridiques nationaux. Ce n'est pas trop de le rappeler car la transposition des règles des exit tax est, selon nous, incomplète et erronée sur certains points, contrairement aux règles CFC, pour lesquelles le législateur belge a correctement respecté le texte de la Directive.

Les règles des exit tax souffrent d'un grand problème de clarté. Après une jurisprudence abondante et fluctuante, elles sont finalement disciplinées dans la Directive ATAD. Cette dernière prévoit diverses conditions leur permettant d'être conformes au droit primaire européen. Qui plus est, la transposition incomplète et partiellement erronée en droit belge n'est, sur certains points, pas tout à fait conforme au droit à la liberté d'établissement. Nous remarquons qu'une fois de plus, l'intérêt supérieur de lutte contre l'évasion fiscale permet de justifier cette inconformité au droit primaire européen. Bien que le législateur belge ait correctement transposé les règles CFC issues de la Directive, comme la Cour de justice dans sa jurisprudence le mentionnait déjà, ces règles ne sont pas en elles-mêmes conformes au droit à la liberté d'établissement mais elles sont justifiées par ce même objectif supérieur de lutte contre l'évasion fiscale. D'autres mécanismes existants permettent de pouvoir atténuer la nécessité de recourir aux règles CFC et ces mécanismes ne doivent pas être justifiés par un objectif supérieur pour être conformes au droit primaire européen. De plus, dans un souci de conformité au droit à la liberté d'établissement, une très grande et complexe conditionnalité entoure ces règles afin qu'elles ne doivent pas être constamment justifiées par cet objectif de lutte contre l'évasion fiscale. Toutefois, toutes les conditions auxquelles sont soumises ces règles rendent peu claire, peu transparente et plus complexe la manière avec laquelle elles trouvent à s'appliquer. Paradoxalement, nous pourrions penser que toute cette conditionnalité puisse contribuer à maintenir et renforcer la contrariété de ces règles au droit à la liberté d'établissement. En effet, toutes ces conditions peuvent influencer négativement la volonté des sociétés de se déplacer librement.

En tout état de cause, le constat est que la lutte contre l'évasion fiscale permet de justifier à « outrance » certaines entraves au droit à la liberté d'établissement. Pour éviter que cet objectif puisse justifier les entraves au droit primaire européen, parfois, au détriment de la construction européenne, il est indispensable de repenser les règles fiscales européennes et de repenser la coopération entre les Etats-membres en matière fiscale afin d'avoir des règles claires, précises et cohérentes. Ce constat s'explique par le fait que la règle de l'unanimité régit encore aujourd'hui la matière fiscale. Nous sommes dans une Europe plus grande et qui maintient avec succès son pari de départ d'avoir la paix sur son territoire. Néanmoins, au regard des crises qu'elle subit et malgré une souveraineté des Etats-membres encore très prononcée, elle reste ambitieuse et cela nous rend à l'évidence que complexifier les règles ne fera que détériorer la coopération entre Etats-membres. Ce n'est que lorsqu'on placera au cœur des débats le souci et le besoin vital de cohérence et d'harmonie dans l'élaboration des règles en matière fiscale qu'on pourra espérer appliquer des règles qui ne créent aucune entrave à nos droits et libertés fondamentaux. Et cela, sans qu'il y ait le besoin d'invoquer un objectif supérieur afin de justifier l'application de règles contraires au droit primaire européen.

Nous vivons depuis le début des années 2000 dans un monde globalisé. Ce monde se construit par des échanges, des investissements dans différents pays. À l'instar des personnes physiques, les sociétés se déplacent aussi plus facilement qu'avant et désirent avoir plusieurs « résidences ». Par voie de conséquence, il est indispensable d'adapter ces changements également dans la matière fiscale. Il faut tendre à harmoniser internationalement le cadre de la fiscalité directe.

Edgar Faure³⁸¹ disait - « La réforme fiscale, c'est quand vous promettez de réduire les impôts sur les choses qui étaient taxées depuis longtemps et que vous en créez de nouveaux sur celles qui ne l'étaient pas encore ». Par analogie, lorsqu'une nouvelle règle est promulguée, qu'elle soit européenne ou nationale, l'objectif est souvent de simplifier les règles déjà existantes. Toutefois, en ajoutant de nouvelles règles ou en les encadrant de nouvelles conditions, le résultat est souvent de complexifier davantage le système dans lequel nous nous trouvons et cela risque de créer de nouveaux problèmes, de nouvelles entraves en l'occurrence comme les risques de double imposition en ce qui concerne les règles CFC. Ces nouvelles entraves pourraient être liées à la conditionnalité trop rigide des règles fiscales européennes et à leur manque de clarté. De plus, nous constatons un manque flagrant de coordination entre les Etats-

³⁸¹ Homme d'Etat français 1908-1988.

membres dans l'application de certaines règles et de certains principes, comme c'est le cas en ce qui concerne les critères de rattachement en matière de mobilité des sociétés.

Nous plaignons pour concevoir la fiscalité européenne sur base de règles simples, claires et complètes afin de laisser moins de marge de manœuvre aux Etats-membres dans l'élaboration des conditions entourant ces règles. Il ne s'agit pas d'ajouter des règles pour intensifier la lutte contre l'évasion fiscale mais bien d'harmoniser le cadre européen dans cette lutte à travers l'élaboration de règles précises et sans ambiguïtés, et cela afin que les contribuables ne puissent pas en tirer profit au risque de voir se créer également des situations de double non-imposition³⁸². Il faut adopter une sorte de balancement entre une européanisation plus forte de la fiscalité directe et le danger de la multiplication des règles fiscales européennes. L'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale n'est réalisable que si les Etats-membres acceptent de déléguer bien plus de leur souveraineté que ce n'est le cas à l'heure actuelle en matière de fiscalité directe. Nous pourrions imaginer que l'Union abandonne la règle de l'unanimité en matière de fiscalité, ce qui serait déjà un pas vers une plus grande harmonisation des règles fiscales européennes. La lutte contre l'érosion de la base imposable risque de créer une érosion du marché intérieur et de son bon fonctionnement. Bien que la Directive ATAD soit utile et nécessaire afin de lutter contre les pratiques fiscales abusives, il n'en demeure pas moins que la mise en œuvre des règles analysées dans notre étude peut avoir une incidence négative sur le bon fonctionnement du marché intérieur.

³⁸² E. TRAVERSA et M. POSSOZ, « 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 », *op. cit.*

Bibliographie

Législation

Droit national

Constitution belge, articles 10 et 11.

Code de droit international privé, article 4.

Code des impôts sur les revenus, articles 2, 184^{ter}, 185/1, 185/2, 208, 209, 210, 214^{bis}, 228, 229, 413/1.

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

Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018.

Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *M.B.* 4 avril 2019.

Loi-programme du 10 août 2015 portant dispositions diverses, *M.B.*, 18 août 2015.

Projet de loi du 24 juillet 2008, exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Chambre, 2007-2008, n° 1398/1.

Projet de loi du 27 septembre 2016 portant des dispositions fiscales, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-2052/001.

Projet de loi portant des dispositions diverses en matière d'impôts sur les revenus, *Doc. Parl.*, Chambre, session 2017-2018, n°54 3147/001.

Projet de loi portant des modifications des mesures prises aux fins de la transposition des directives ATAD, *Doc.*, Ch., 2019, n°828/1.

Proposition de loi portant réforme de l'impôt des sociétés, *Doc. Parl.*, Chambre, 2017, n°54-2864/001.

Circulaire 2020/C/35 concernant les directives en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales - Circulaires SPF Finances, 26/02/2020.

Circulaire 2020/C/79 concernant l'introduction en droit belge d'une disposition CFC.

Droit européen

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, articles 49 à 55.

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

Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, *J.O.*, L 193, 19 juillet 2016, articles 1^{er}, 3, 5, 7, 8.

Considérant n°10 de la Directive (UE) 2016/1164.

Considérant n°12 de la Directive (UE) 2016/1164.

Proposition de directive concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS), Commission, Bruxelles, COM(2011) 121/4.

Communication de la Commission du 19 décembre 2006 sur la coordination des systèmes de fiscalité directe des États membres, COM/2006/0823.

Communication du 15 juillet 2020 de la Commission au Parlement européen et au Conseil : un plan d'action pour une fiscalité équitable et simplifiée à l'appui de la stratégie de relance, COM/2020/312 final.

Droit international

Rapport du projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, *Concevoir des règles efficaces concernant les sociétés étrangères contrôlées, action 3 - rapport final 2015*, édition OCDE, Paris, 2015.

Rapport du projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, *Instructions sur les prix de transfert relatives aux transactions financières, actions 4, 8-10-rapport février 2020*, édition OCDE, Paris, 2020.

Cadre inclusif sur le BEPS de l'OCDE et du G20 : Rapport d'étape juillet 2019 – juillet 2020.

Législation sur les prix de transfert – Proposition d'approche juin 2011 de l'OCDE.

Jurisprudence

Jurisprudence nationale

Cass. (1^{re} ch.), 12 novembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 336.

C.E., 29 juin 1987, *Pas.*, 1990, IV.

Jurisprudence européenne

CJUE, arrêt du 27 septembre 1988, *Daily Mail*, Affaire 81/87, EU:C:1988:456.

CJUE, arrêt du 11 mars 2004, *Lasteyrie du Saillant*, C-9/02, EU:C:2004:138.

CJUE, arrêt du 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, EU:C:2006:544.

CJUE, arrêt du 23 avril 2008, *Dividend GLO*, C-201/05, EU:C:2008:239.

CJUE, arrêt du 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06, EU:C:2008:723.

CJUE, arrêt du 7 avril 2011, *Commission / Portugal*, C-20/09, EU:C:2011:214.

CJUE, arrêt du 29 novembre 2011, *National Grid Indus*, C-371/10, EU:C:2011:785.

CJUE, arrêt du 23 janvier 2014, *DMC*, C-164/12, EU:C:2014:20.

CJUE, arrêt du 13 novembre 2014, *Commission / Royaume-Uni*, C-112/14, EU:C:2014:2369.

CJUE, arrêt du 21 mai 2015, *Verder LabTec*, C-657/13, EU:C:2015:331.

CJUE, arrêt du 25 octobre 2017, *Polbud*, C-106/16, EU:C:2017:804.

CJUE, arrêt du 26 février 2019, *N Luxembourg 1*, C-115/16, EU:C:2019:134.

Conclusions de l'Avocat Général Mengozzi, EU:C:2012:391, para. 82.

Doctrine

Livres

AYDOGDU, R., « Section 1 - Introduction », in *Incidences fiscales de la réforme du droit des sociétés*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2019.

BROSENS, L., « Hoofdstuk III - Woonplaatsconflicten », in *Het fiscaal inwonerschap van vennootschappen in een gemonialiseerde economie*, 1^e editie, Bruxelles, Intersentia, 2018.

CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2016.

COPPENS, P.-F., *Le contribuable belge face aux mesures fiscales anti-abus*, Limal, Anthémis, 2018.

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

HAGEMANN, T. et KAHLENBERG, C., *Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) – Kommentar*, Herne, NWB Verlag, 2018.

HERVE, L. et RICHELLE, I., *Incidences fiscales de la réforme du droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2019.

LÉVY, L., *La nationalité des sociétés*, Paris, L.G.D.J., 1984.

MALHERBE, P., « Chapitre 6 - Prévention de l'évasion fiscale », in *Introduction à la fiscalité internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 113-146.

MENJUCQ, M., *Droit international et européen des sociétés*, 3^e éd., Paris, Montchrestien, 2008/53.

NAVEZ, E., « Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE. Examen en droit commercial et fiscal belge, à la lumière de l'influence européenne », in *Droit des groupes de sociétés*, Larcier, Bruxelles, 2013.

NOLLET, A., « L'articulation avec le droit de l'UE : source d'encadrement, d'inspiration ou de contrainte ? », in *De l'« abus fiscal » ou Quand des actes juridiques du contribuable sont inopposables au fisc pour l'établissement de l'impôt*, Gand, Uitgeverij Larcier, 2019.

PARTSCH, P.-E., « Chapitre V. - La liberté d'établissement », in *Droit bancaire et financier européen*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016.

PEETERS, S., « Exitbelastingen op emigrerende vennootschappen: een moeilijk evenwicht na National Grid Indus » in *Corporate Mobility in België en Europa*, 1^e editie, Bruxelles, Intersentia, 2014.

RIGAUT, A., « Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons », in *European Taxation*, 2016.

TERFVE, J., et MAQUET, S., « La transformation transfrontalière après l'adoption du CSA: aspect de droit des sociétés et de droit fiscal », in *Le notariat à l'ère de la mondialisation*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2019.

TRAVERSA, E., et POSSOZ, M., « Le plan d'action BEPS de l'OCDE et les développements récents en matière de lutte contre l'évasion fiscale internationale », in *Fiscalité des entreprises – Questions d'actualité*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2015.

VEKEMAN, M., et MORBEE, K., « [Droit fiscal européen] Droit dérivé: la législation fiscale des U.E », in *Tiberghien Manuel de droit fiscal 2019-2020*, pp. 2536-2560.

VEKEMAN, M., et MORBEE, K., « [Droit fiscal européen] Droit des traités », in *Tiberghien Manuel de droit fiscal 2019-2020*, pp. 2455-2535.

Périodiques

BISSCHOP, N. et LEBRUN, L., « Fiscalité internationale. Développements récents en matière de l'exit tax », in *Act. fisc.*, 2018/14.

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

COUGNON, J., « Imposition à la sortie : une transposition qui n'en est pas une », in *R.G.F.C.P.* 2017/3, pp. 21-35.

DEDOBBELEER, P., « Les obligations de documentation prix de transfert en Belgique : impact des recommandations du plan BEPS de l'OCDE », in *R.G.C.F.*, 2017/3, pp. 209-218.

DESFOSSÉS, A., « Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) : analyse du projet OCDE », in *R.G.C.F.* 2016/6, pp. 455-474.

DOUVIER, P.-J., « Résidence de l'entreprise : l'établissement stable et la résidence des sociétés dans l'Union européenne », in *LPA*, 2002/97.

GALEA, G., et MASSARO, S., « La mesure belge visant les 'CFC' : description et commentaires », in *R.G.F.C.P.* 2019/1, pp. 4-16.

GOVIND, S. et LAZAROV I., « Carpet-Bombing tax avoidance in Europe : examining the validity of the ATAD under EU Law », in *Intertax*, Kluwer Law International, 2019/47, pp. 852-868.

HERZFELD, M., « Debate on the US Tax reform and the EU ATAD », in *Intertax*, Netherlands, Kluwer Law International, 2019/47, n°5.

LAMON, H., « Emigration ou immigration de sociétés sous l'angle juridique belge et communautaire : tout est-il permis ? », in *Revue Générale de Fiscalité*, 2005/5.

LENAERTS, K., « Le juge de l'Union, promoteur de la lutte contre l'abus de droit en matière fiscale », in *R.G.C.F.*, 2019/6.

LENAERTS, N., OEPEN, W. et VAN DYCK, G., « Exit tax: directive UE (partiellement) transposée par un projet de loi belge (commentaire d'un projet de loi portant des dispositions fiscales, *Doc. Parl.*, Chambre, 2015-2016 , n ° 54-2052 / 001) », in *Fiscologue*, 2016/1460.

LENAERTS, N. et OEPEN, W., « Verder LabTec : l'exit tax est définitivement confirmée (commentaire de CJUE 23 janvier 2014, C-164/12 et CJUE 21 mai 2015, C-657/13) », in *Fiscologue*, 2015/381.

LETIZIA, G., « The Recent Restrictive ECJ Approach to Exit Tax and the ATAD Implementation », in *EC Tax Review*, Kluwer Law International, 2020/29, n°1, pp. 33-37.

NAVEZ, E., « Le transfert transfrontalier du siège social en droit fiscal belge. Examen après l'adoption de la directive (UE) 2016/1164 du 12 juillet 2016 visant à lutter contre les pratiques d'évasion fiscale, et l'entrée en vigueur de la loi du 1er décembre 2016 portant des dispositions fiscales », in *R.G.C.F.*, 2017/5-6.

NAVEZ, E. et FALLON, M., « La transformation transfrontalière d'une société par transfert du siège statutaire après l'arrêt Polbud », in *RPS-TRV*, 2018/5.

PANIS, W., « Algemene anti-ontwikingsmaatregelen en toepassingsgebied – Algemene antimisbruikbepaling en andere regels. Belgisch rapport n.a.v. het 72^{ste} IFA-congres te Seoul, Zuid-Korea (2-6 september 2018) (Anti-avoidance measures of general nature and scope – GAAR and other rules) », in *T.F.R.*, 2019/11, n°. 563.

PANTAZATOU, K., « National Grid Indus : the first case on companies exit taxation », in *European Business Law Review*, 2012/23, n°6.

PASTEGGER, D., « Arrêt *Cartesio*: nouvelles précisions sur les modalités de transfert du siège social au regard de la liberté d'établissement », in *J.T.*, 2009/41, n° 6375.

PEETERS, B., « [Sortie et entrée] Les nouvelles règles en matière de transferts transfrontaliers d'actifs », in *Fiscologue*, 2019, n°1598, pp. 6-10.

PEETERS, S., « Exit Taxation : From an internal Market Barrier to a tax avoidance prevention tool », in *EC Tax Review*, Kluwer Law International, 2017/26, n°3.

PILOTIN, J. et HAMDI, B., « L'émergence de l'exit tax dans l'ordre juridique européen », in *R.E.I.D.F.*, 2019/2.

PUGLISI, A., « Buitenlandse vennootschappen in handen van Belgische vennootschappen : een circulaire verduidelijkt het nieuwe CFC-stelsel en geeft het een ruime draagwijdte », in *Fisc. Week.*, 2021/7, n°. 462.

RICHELLE, I., « Nomadisme fiscal et droit européen », in *J.D.F.*, 2018/5-6, p. 129-166.

SANTORO, G., « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt *Cartesio* », in *Revue Internationale de droit économique*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2010/3.

SIBONY, A-L et DEFOSSEZ, A., « Liberté d'établissement et libre prestation de services », in *RTD eur.* 2009/45, n°3.

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

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

WILLEMS, W., « L'impôt des sociétés belge a désormais aussi ses règles CFC », in *Fisco. Int.*, 11 octobre 2019.

Divers

Carte blanche « L'évasion fiscale prive la Belgique de 30 milliards par an » de Alexis De Boe et Charles Lejeune dans le Vif : <https://www.levif.be/actualite/belgique/l-evasion-fiscale-prive-la-belgique-de-30-milliards-par-an-carte-blanche/article-opinion->

[1324499.html#:~:text=L'%C3%A9vasion%20fiscale%20engendre%20chaque,les%20caisses%20de%20l'%C3%89tat%20!&text=%C3%80%20titre%20de%20comparaison%2C%20le,%C3%A9tait%20de%201%2C45%20milliard.](#)

Cours du 30 septembre 2020 (Structures de l'entreprise), intervention de M. Fyon.

COOLS, Y., MASURE, Q. et VAN VLIERDEN, B., « Siège réel d'une holding de droit étranger: la préparation est d'argent, la décision est d'or », in *Tiberghien*, 15 mars 2018 : <https://tiberghien.com/fr/1205/siege-reel-d-une-holding-de-droit-etranger-la-preparation-est-d-argent-la-decision-est-d-or>

ONGENAERT, B., *Importance d'une bonne politique de prix de transfert lors de l'entrée en vigueur de la législation belge en matière de sociétés étrangères contrôlées (CFC)*, site Vandelanotte.be, 14 janvier 2019 : <https://www.vandelanotte.be/fr/actuel/actualites/625-importance-d-une-bonne-politique-de-prix-de-transfert-lors-de-l-entree-en-vigueur-de-la-legislation-belge-en-matiere-de-societes-etrangeres-controlees-cfc>

Articles de presse :

<https://plus.lesoir.be/283075/article/2020-02-27/172-milliards-deuros-se-sont-envoles-de-la-belgique-vers-des-paradis-fiscaux-en>

<https://trends.levif.be/economie/politique-economique/evasion-fiscale-n-est-pas-synonyme-de-fraude-fiscale/article-normal-486065.html>

<https://trends.levif.be/economie/politique-economique/l-europe-offre-toujours-beaucoup-d-options-aux-multinationales-qui-veulent-echapper-a-l-impot/article-normal-431535.html>

