

DROIT
FISCAL INTERNATIONAL

Précis de la Faculté de Droit
de l'Université Catholique de Louvain

**DROIT FISCAL
INTERNATIONAL**

IMPÔTS SUR LES REVENUS

**THÉORIE GÉNÉRALE
DROIT BELGE
ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ**

par

Jacques MALHERBE

*Professeur à l'Université
catholique de Louvain
Avocat
au barreau de Bruxelles*

Maison LARCIER, s.a.
39, rue des Minimes
1000 BRUXELLES

1994

D/1994/0031/42

ISBN du présent ouvrage : 2-8044-0128-6
ISBN de la collection « Précis de la Faculté de droit de l'U.C.L. » : 2-8044-0012-3

! Maison LARCIER, s.a., Bruxelles, 1994

Tous droits de reproduction, de traduction et d'adaptation, même partielles, sous quelque forme que ce soit, réservés pour tous pays.

Ed. resp. : D. VERCRUYSE, adm. dél., dir. gén.,
rue des Minimes 39, 1000 Bruxelles.

Les revenus de l'Etat sont une
portion que chaque citoyen donne
de son bien pour avoir la sûreté
de l'autre.

MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*.

AVANT-PROPOS

Ce livre est né de l'enseignement. Il est donc le fruit d'un dialogue avec des générations d'étudiants que je tiens à remercier pour leur patience, leurs remarques et leurs encouragements : étudiants de l'Université catholique de Louvain pour les droits belge et européen, étudiants des Universités de Paris I (Panthéon-Sorbonne), de Paris XII (Saint-Maur), de l'Université de Bourgogne et de l'École supérieure des sciences fiscales (ICHEC, Bruxelles) pour le droit comparé, étudiants des Facultés d'Anvers et de la Vlaamse Economische Hogeschool.

Remonter dans le passé, c'est me rappeler avec reconnaissance ceux qui m'ont introduit au droit fiscal. Mes parents, Maurice et Nadine Malherbe, pratiquant respectivement le droit civil et l'histoire ancienne, m'ont signalé l'érotisme attirant de cette discipline alors peu populaire. Mes patrons, John Maes et les bâtonniers Henri et Lucien Simont, ont guidé un stagiaire et collaborateur. Paul Sibille, à l'École supérieure des sciences fiscales, le doyen Pierre Coppens, qui m'accueille à Louvain comme son assistant, Marc Baltus, au Journal de droit fiscal, et, en France, Gilbert Tixier, Maurice Cozian, Guy Gest, Jean-Pierre Casimir et Bernard Castagnède m'ont aidé tout au long de la route universitaire.

L'enseignement de Paul Coart-Frésart à Louvain, d'Oliver O. Oldman, d'Erwin N. Griswold et de Stanley S. Surrey à Harvard m'a laissé le plus stimulant des souvenirs.

Leonard L. Silverstein et les membres du Tax Management International Forum ont animé une recherche comparative permanente.

Isabelle Heenen, ma femme, m'a aidé dans la première rédaction de ces textes et Philippe Malherbe, mon frère, partage depuis des années l'enseignement et la recherche qui en furent la base à l'École supérieure des sciences fiscales.

Christine Schotte, Olivier Bertin et Olivier Van Herstraeten, assistants à l'UCL, ont corrigé et amélioré les épreuves. Isabelle Van Cleemput a vérifié la bibliographie.

Viviane Taymans et Danielle Rykers ont revu avec équanimité des dactylographies successives.

Les erreurs et les imperfections sont ma seule responsabilité. L'évolution annuelle de la législation et les observations des lecteurs m'offriront sans doute l'occasion de les corriger.

Les notes renvoient au Code des impôts sur les revenus de 1992 et à l'arrêté royal d'exécution du Code de 1992. Le commentaire administratif cité se réfère encore aux articles du Code ancien. Les exemples ne tiennent pas compte de la contribution complémentaire de crise ajoutant trois centimes additionnels aux impôts et précomptes belges.

Jacques MALHERBE

INTRODUCTION

Si le droit fiscal est l'ensemble des règles de droit en vertu desquelles un Etat prélève des impôts, c'est-à-dire impose des contributions qui ne sont pas la rémunération d'une prestation déterminée, le droit fiscal international présente un rapport renforcé avec le concept de souveraineté nationale s'exerçant sur un territoire (1).

Les situations génératrices de la dette d'impôt présenteront souvent un aspect d'extranéité. Les Etats pourront ignorer celle-ci et prélever l'impôt. Ils réaliseront souvent qu'ils ont avantage à limiter cette perception, soit unilatéralement, souvent à charge de réciprocité, soit conventionnellement, en vertu de traités bilatéraux, voire multilatéraux.

Le droit fiscal international sera donc, au premier chef, l'ensemble des règles de droit interne ou international régissant la perception de l'impôt en rapport avec des faits générateurs comportant au moins un élément d'extranéité. Dans une perspective plus large, voire comparatiste, le droit fiscal international sera l'étude des techniques juridiques appliquées à l'imposition de situations transfrontalières (2).

Il s'agit là d'une problématique essentielle, notamment pour l'aménagement des systèmes d'imposition des sociétés dans une perspective d'efficacité et d'élimination des distorsions (3).

La source — loi interne ou traité international — importera peu, puisque les sources de droit proprement internationales n'ont d'effet dans les systèmes étatiques que par la réception de la règle internationale en droit positif interne.

En revanche, certaines règles supranationales peuvent avoir un effet direct en droit interne (4).

(1) Pour une vision politique : RUDING, « Fiscal Sovereignty in the Internal Market », *Intertax*, 1991, p. 249.

(2) *Rép. intern.*, v^o « Impôts », p. 138, n^o 5. Cfr G. JOSEPH, L. HINNEKENS, J. MALHERBE, J. VAN HOORN Jr., *Het Belgisch internationaal belastingrecht in ontwikkeling. Nieuwe wegen voor het Belgisch internationaal belastingrecht?*, 1993, spéc. L. HINNEKENS, « De territorialiteit van de inkomstenbelastingen op nieuwe wegen en grondslagen », pp. 3 et s.

(3) Voy. O.C.D.E., *L'imposition des bénéfiques dans une économie globale, Questions nationales et internationales*, Paris, 1991.

(4) Sur la théorie de l'effet direct, voy. not. C.J.C.E., 4 décembre 1974, aff. n^o 41/74, *Rec.*, 1974, p. 1337.

CHAPITRE PREMIER. — DOUBLE IMPOSITION

Section 1. — Définitions

L'État qui a instauré un système d'impôts sur les revenus est confronté à un double problème fiscal naissant des relations internationales des contribuables.

Il doit définir l'étendue de sa juridiction fiscale.

1. — Imposera-t-il les personnes domiciliées sur son territoire et les entreprises qui y ont leur siège sur leur revenu mondial, de source nationale et étrangère, ou se bornera-t-il à les imposer sur les revenus trouvant leur source dans le pays, laissant l'imposition des revenus étrangers aux pays où ces revenus sont nés ?

2. — Imposera-t-il les personnes et les entreprises non résidentes sur les revenus qui trouvent leur source dans le pays ?

Dans les deux cas, il faudra définir :

- la résidence des contribuables ;
- la source des revenus.

Très normalement, un État imposera ses résidents sur leur revenu mondial et les non-résidents sur le revenu qui trouve sa source dans le pays.

Cette imposition, pratiquée par plusieurs États, peut engendrer une double imposition juridique internationale : la même personne sera imposée sur le même revenu dans l'État de sa résidence et dans l'État de la source du revenu.

Il y aura encore double imposition :

- si deux États définissent différemment le critère d'assujettissement global à l'impôt, résidence ou nationalité : une même personne sera, par exemple, considérée comme résidente par deux États ;
- si deux États définissent différemment le critère d'assujettissement réel à l'impôt, à savoir la source du revenu.

La double imposition juridique doit être distinguée de la double imposition économique, par laquelle un même revenu est imposé à charge de deux sujets de droit différents : le bénéficiaire d'une société est,

par exemple, imposé d'abord dans le chef de celle-ci, puis à charge de l'actionnaire lorsqu'il lui est distribué.

La double imposition, nuisible aux relations économiques internationales, peut être éliminée unilatéralement par chaque État qui prend, à cette fin, les mesures appropriées.

Elle peut également être éliminée par des traités bilatéraux ou multilatéraux.

Section 2. — Méthodes de prévention de la double imposition

Deux méthodes permettent à un État, unilatéralement (1) ou par traité, d'éviter la double imposition du premier type envisagé.

1. *Exemption*

Un État renonce à imposer certains types de revenus.

L'État de la résidence n'impose pas certains revenus de source étrangère, voire même renonce à imposer tous les revenus de source étrangère : il applique, dans ce dernier cas, la taxation selon le principe de la source ou de la territorialité des revenus.

L'État de la source d'un revenu renonce à l'imposer.

Appliquée par l'État de la résidence, la méthode de l'exemption revêt deux formes.

Lorsqu'il pratique l'exemption intégrale, l'État de la résidence néglige complètement le revenu étranger exempté et n'établit l'impôt que sur les autres revenus du contribuable.

Lorsqu'il pratique l'exemption avec réserve de progressivité, il prend le revenu exempté en considération pour déterminer le taux progressif d'impôt applicable aux revenus non exemptés.

2. *Imputation*

L'État de la résidence permet à ses contribuables d'imputer sur l'impôt national l'impôt supporté à l'étranger sur leurs revenus de source étrangère.

(1) Voy. JUCH, Rapport général, XXXV^e Congrès international de droit financier et fiscal, Berlin, 1981, « Les mesures unilatérales pour éviter la double imposition », *Cah. dr. fisc. int.*, 1981, vol. LXVIb, p. 47.

L'imputation intégrale permet la déduction de l'impôt national de la totalité de l'impôt étranger.

L'imputation limitée ou ordinaire ne permet la déduction de l'impôt étranger que dans la mesure où il ne dépasse pas le montant de l'impôt national afférent au revenu étranger.

CHAPITRE II. — L'ÉVASION FISCALE INTERNATIONALE

La diversité des règles et le cloisonnement des systèmes nationaux permettent aux plus habiles ou aux moins honnêtes de se placer dans une situation de double non-imposition.

Le concept d'évasion fiscale (*tax avoidance*) vise les hypothèses de recherche de la voie la moins imposée par une utilisation anormale ou excessivement habile des définitions légales et de leurs lacunes. Certes, l'évasion fiscale se retrouve en droit interne, le législateur fiscal semblant ouvrir des échappatoires, presque intentionnellement. Mais elle est grandement facilitée par l'existence des frontières.

L'évasion se distingue de la fraude fiscale (*tax evasion*) qui, constitutive d'un délit, comportera, outre l'élément matériel, un élément intentionnel défini par la loi (dol général ou dol spécial).

Elle se distingue aussi — mais malaisément — de la simple stratégie fiscale (*tax planning*), qui consiste dans la recherche admissible de la voie la moins imposée (1).

L'évasion fiscale internationale est indissolublement liée à l'existence de paradis fiscaux (*tax havens* ou *Steueroasen*), pays territorialement exigus, politiquement stables et offrant des services bancaires et financiers aussi sophistiqués que discrets. Les « enfers fiscaux » suscitent ou entretiennent ces paradis, comme à dessein, souvent dans leur propre zone monétaire (2).

(1) Voy. KIRKPATRICK, « La liberté de la voie la moins imposée à la lumière de la jurisprudence récente », in *L'entreprise et le choix de la voie la moins imposée en droit fiscal belge*, 1988, p. 13 ; SAUNDERS, « Principles of International Tax Planning », *Tax Planning International Review*, 1991, n° 12, p. 22.

(2) Pour une approche pratique et corrosive, voy. CHAMBOST, *Guide des paradis fiscaux face à 1992, 1990-1991*. Cfr. aussi GORDON, *Tax Havens and their Use by United States Taxpayers — An Overview. A Report to the Commissioner of Internal Revenue, the Assistant Attorney General (Tax Division), and the Assistant Secretary of the Treasury (Tax Policy)*, 12 janvier 1981 ; CALDERWOOD, « International : Tax Havens : Concept, Magnitude of Problems and Methods Used », *Eur. Tax.*, 1988, p. 330 ; VALENDUC, « Tax Havens and Fiscal Degradation in the European Community », *E.C. Tax Review*, 1994, p. 20.

Le droit fiscal international s'efforce de lutter contre l'évasion et la fraude fiscales, soit par des mesures unilatérales édictées par les États, soit par la voie de la coopération bilatérale ou multilatérale entre États.

CHAPITRE III. — TRAITÉS

Lorsque deux pays, non contents de prendre des mesures unilatérales pour éviter la double imposition, concluent une convention fiscale dans ce but, l'adoption d'un instrument international permet d'abord d'assurer, mieux que par le droit interne, l'élimination de la double imposition entre État de la résidence et État de la source.

Les États décideront en effet conventionnellement :

- de partager entre eux la matière imposable, certains éléments du revenu n'étant taxables que dans l'un des deux pays ;
- d'adopter, pour les éléments qui peuvent être imposés dans les deux pays, une méthode de prévention de la double imposition.

Le contribuable sera ainsi protégé contre les variations ou l'asymétrie des législations internes.

En outre, le traité permettra l'édiction des définitions communes. Ainsi, en définissant la notion de résidence ou la source de certains revenus, il évitera les deux occasions supplémentaires de double imposition évoquées ci-dessus :

- la double résidence ;
- la localisation de la source d'un revenu dans deux pays.

Les traités ne s'appliquent qu'aux impôts qu'ils énumèrent. Ainsi, aux États-Unis, les traités ne couvrent que les impôts fédéraux et non ceux des États de l'Union (1).

Unitary taxation

Certains États de l'Union, tels la Californie, ont recouru, pour imposer les sociétés ayant une activité sur leur territoire, à l'application, non de la méthode directe, basée sur le bénéfice de l'établissement local, mais de la méthode proportionnelle : on impose une fraction du bénéfice global de l'entreprise, proportionnelle au chiffre d'affaires, aux actifs et aux rémunérations localisés dans l'État.

De plus, le bénéfice global comprend, dans le cas d'un groupe, le bénéfice de toutes les filiales engagées dans la même activité, même

(1) LAZEROW, « U.S. Taxes Covered by Income Tax Treaties », *International Tax Journal*, vol. 14, 1987-1988, pp. 253 et 363.

étrangères (*integrated economic unit*). La Californie a cependant récemment permis aux entreprises d'opter pour la limitation de l'assiette aux entités ayant une activité aux États-Unis (*water's edge*) (1).

Section 1. — Historique

§ 1^{er}. — SDN

Dès 1921, la Société des Nations, consciente des problèmes posés par la double imposition internationale, avait suscité des travaux destinés à y remédier. Ces travaux, poursuivis après 1929 par un Comité fiscal permanent, aboutirent à la rédaction de modèles de conventions fiscales bilatérales (modèles de Mexico, arrêtés en 1943, revus à Londres en 1946).

§ 2. — OCDE

Créé en 1956, le Comité fiscal de l'Organisation européenne de coopération économique (OECE), devenue en 1961, l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), établit en 1963 un premier projet de convention tendant à éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu et la fortune.

Le Comité, devenu en 1971 Comité des affaires fiscales, entreprit, en 1967, la révision de ce projet et aboutit en 1977 à la rédaction d'un nouveau modèle de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune, modifié en 1992 (2).

§ 3. — ONU

Ces modèles, s'ils étaient adaptés aux relations entre pays industriels, convenaient moins bien, à certains égards, aux rapports entre

(1) LEEGSTRA, EAGER et STOLTE, « The California Water's-Edge Election », *International Tax Journal*, vol. 14, 1987-1988, p. 101 ; PLANT, MILLER et CRAWFORD, « United States : California Unitary Taxation and Water's-Edge Election », *Eur. Tax.*, 1989, p. 211 ; BURGNER, « United States : International aspects of state and local taxation », *B.I.F.D.*, 1990, p. 112.

(2) HUND, « Towards a revised OECD-model tax treaty ? », *Intertax*, 1989, p. 212 ; LÜTHI, « The revision of the 1977 OECD model convention — An overview », *Intertax*, 1992, p. 653 ; MESSERE, « The 1992 OECD Model Treaty : The Precursors and Successors of the New OECD Model Tax Convention on Income and Capital », *Eur. Tax.*, 1993, p. 246.

pays développés et pays en développement (1). L'État de la source renonçait fréquemment à son droit d'imposition ou le limitait à une faible retenue. Or, les transferts de revenus entre pays en développement et États industriels ne sont généralement pas équilibrés par la réciprocité qu'entraînent des activités économiques comparables. Ils sont unilatéraux, allant des pays en développement vers les pays exportateurs de capitaux.

Pour encourager la conclusion de conventions fiscales entre pays en développement et pays développés, le Conseil économique et social de l'Organisation des Nations unies a, en 1967, prié le Secrétaire général de constituer un groupe de travail spécial.

Le Groupe spécial d'experts des conventions fiscales entre pays développés et pays en voie de développement, créé en 1968, a, en 1974, adopté avec son huitième rapport un modèle de convention des Nations unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement.

§ 4. — MODÈLES NATIONAUX

En outre, les États-Unis ont développé leur propre Traité modèle (1981), actuellement retiré pour révision. Les Pays-Bas ont fait de même (2).

La mondialisation de la fiscalité est reflétée dans un audacieux projet de code fiscal mondial, destiné aux pays en développement, y compris les pays de l'Est, récemment publié (3) et critiqué (4).

§ 5. — CEE

Le Traité instituant les Communautés économiques européennes contient également des dispositions fiscales.

(1) TOMSETT, « Tax Treaties Between Developing Countries of Asia and North America, Europe, Japan and Australia », *Tax Planning International Review*, 1985, vol. 12, n° 3, p. 9 ; DORNELLES, « The Relevance of Double Taxation Treaties for Developing Countries », *B.I.F.D.*, 1989, p. 383.

(2) VAN RAAD, « The Netherlands model income tax treaty », *Intertax*, 1988, p. 241.

(3) HUSSEY et LUBIK, *Basic World Tax Code and Commentary*, Tax Notes International, 1992, p. 1191.

(4) EDGAR, *The Tax Treatment of Interest under the Basic World Tax Code*, Tax Notes International, 1993, p. 347. Pour des vues prospectives, cfr WILLIAMS, *Trends in International Taxation*, 1991 ; GAMMIE et ROBINSON (ed.), *Beyond 1992 : A European Tax System, Proceedings of the fourth IFS Residential Conference, Oxford*, 1989.

Alors que l'harmonisation des impôts indirects a déjà abouti à certaines réalisations concrètes, l'harmonisation des impôts directs n'avait été envisagée par le Traité instituant la Communauté économique européenne, signé à Rome le 25 mars 1957, que de manière accessoire.

Seul l'article 220 du Traité envisage l'élimination de la double imposition à l'intérieur de la Communauté. Il laisse cependant aux États membres le soin d'engager entre eux des négociations à cette fin.

La Commission a toutefois élaboré différentes propositions de directives en matière d'harmonisation des impôts directs (1).

Elle s'était alors fondée sur l'article 100 du Traité, non spécifiquement fiscal, prévoyant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun.

Conformément à cet article, les directives doivent être prises à l'unanimité par le Conseil sur proposition de la Commission et après que le Parlement européen et le Comité économique et social aient été consultés.

Les orientations de la Commission ont évolué.

L'action de la Commission en matière d'harmonisation des impôts directs s'est concrétisée par l'élaboration de propositions de directives concernant les domaines suivants :

- régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions et apports d'actifs intervenant entre sociétés d'États membres différents ;
- régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents ;
- statut des sociétés anonymes européennes ;
- harmonisation des systèmes d'impôt des sociétés et des régimes de retenue à la source sur les dividendes ;

(1) THILMANY, *L'harmonisation des législations des États membres de la C.E.E. en matières d'impôts directs*, R.P.S., 1981, p. 173 ; SCRIVENER, « European Communities : Harmonization of Tax Law within the Community », *Eur. Tax.*, 1990, p. 355 ; HAMAEKERS, « The EC on the Brink of Full Corporate Tax Harmonization ? », *Eur. Tax.*, 1992, p. 102 ; TIMMERMANS, « Harmonization of corporate tax within the EC », *Inter-tax*, 1992, p. 21 ; RUDING, « Harmonization of Company Taxation in Europe », *E.C. Tax Review*, 1992, p. 68 ; VANISTENDAEL, « Some basic problems on the road to tax harmonization », *Eur. Tax.*, 1993, p. 22 ; MAVRAGANIS, « EC, Corporate Income Tax Harmonization in the Nineties », *B.I.F.D.*, 1993, p. 220 ; SASS, « Harmonization of Corporation Tax Systems in the EC », *E.C. Tax Review*, 1993, p. 77.

- élimination des doubles impositions dans le cas de correction des bénéfiques entre entreprises associées ;
- assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs ;
- harmonisation des dispositions relatives à l'imposition des revenus en relation avec la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté ;
- harmonisation des législations des États membres relatives au régime fiscal du report des pertes des entreprises ;
- régime fiscal du groupement européen d'intérêt économique ;
- harmonisation des règles déterminant le bénéfice imposable des entreprises (1).

La Commission considère toujours que toute forme d'imposition des entreprises est susceptible d'entraîner des distorsions économiques parce qu'elle peut donner lieu à des décisions relatives à la localisation, à la nature et au financement des investissements qui n'auraient pas été prises en d'autres circonstances.

Par conséquent, pour assurer une neutralité fiscale complète, une harmonisation totale des régimes nationaux d'imposition des entreprises devrait être envisagée.

Toutefois, la Commission souhaite aujourd'hui se montrer réservée sur cette harmonisation et laisser les États membres libres de déterminer leurs régimes d'imposition, sauf si ceux-ci entraînent des distorsions importantes.

Elle a donc renoncé à son projet d'établir un impôt uniforme des sociétés à l'intérieur des frontières européennes.

Entre-temps, elle a pris des mesures fiscales destinées à résoudre les problèmes fiscaux liés à l'achèvement du marché intérieur prévu pour 1993 (2).

(1) Cette proposition est demeurée officieuse. KUIPER, « European Communities : EC Commission Proposes a Directive on the Harmonization of Rules for the Determination of Taxable Profits of Enterprises », *Eur. Tax.*, 1988, p. 319.

(2) VAN THIEL, RATTRÄ et MEËR, « European Communities : Corporate Income Taxation and the Internal Market without Frontiers : Adoption of the Merger and Parent-Subsidiary Directives », *Eur. Tax.*, 1990, p. 326 ; LANGBEIN et ROSENBLOOM, « The direct investment tax initiatives of the European Community : a view from the United States », *Intertax*, 1990, p. 452 ; CAZIEUX, « Les récents développements du droit fiscal communautaire — État d'avancement des propositions fiscales en vue de l'achèvement du grand marché intérieur », *Fiscalité européenne Revue*, 1989, n° 2, p. 3 ; BURGIO, « Une avancée importante du droit fiscal européen : les textes adoptés et proposés en matière de fiscalité des entreprises en 1990 », *Fiscalité européenne Revue*, 1990, n° 4, p. 3 ; FOX, « European Community Tax Directives », *International Tax Journal*,

Les directives adoptées ont été mises en vigueur dans la plupart des États membres (1) et de nouvelles propositions sont formulées (2).

La collaboration fiscale avec les pays de l'Est a notamment donné naissance à un projet complet de code fiscal, œuvre du professeur Joachim Lang, qui représente en soi un effort d'harmonisation potentielle (3)

Section 2. — Rapports entre traités et droit interne

HÉRARCHIE DES NORMES

La question de la hiérarchie des normes entre traités et droit interne est classique en droit constitutionnel et international (4). Les pays anglo-saxons adoptent généralement une conception dualiste, dans laquelle les traités sont considérés comme régissant les relations entre États et n'appartiennent pas comme tels à l'ordre juridique interne. Ils y sont introduits par une loi qui n'est pas d'un rang supérieur à celui des autres dispositions législatives. Une loi postérieure peut donc y déroger même si l'État, ce faisant, viole ses obligations internationales.

Certains droits nuancent cette doctrine en faisant du traité une loi spéciale, à laquelle les lois ordinaires ne sont censées déroger que si elles l'indiquent expressément. Tel est le cas en Allemagne où cette règle est codifiée dans le § 2 de l'Abgabenordnung. La jurisprudence suisse admet la même solution (5).

vol. 17, 1990-1991, p. 45 ; DE HOSSON et VAN NOORDENNE, « Current Status of the Implementation of the Direct Tax Directives », *E.C. Tax Review*, 1992, p. 156.

(1) RABY, « National Implementation of the Parent-Subsidiary Directive : Some Problems and Opportunities Identified », *E.C. Tax Review*, 1992, p. 216 ; SASS, « Implementation of the EC Merger and Parent-Subsidiary Directives and the Arbitration Convention », *Tax Planning International Review*, 1993, vol. 20, n° 7, p. 3.

(2) THÖMMES, « The new EC Commission's proposals for directives on cross-border investments », *Intertax*, 1991, p. 158 ; SCHELPE, « Two New Proposals for a Directive Amending the 'Merger' and 'Parent-Subsidiary' Directives », *E.C. Tax Review*, 1993, p. 200.

(3) LANG, *Entwurf eines Steuergesetzbuchs im Auftrage der Bundesrepublik Deutschland vertreten durch den Bundesminister der Finanzen*, Schriftenreihe des Bundesministeriums der Finanzen, Heft 49, Bonn, 1993.

(4) LANGBEIN, « Double Taxation Agreements : caught in the conflict between National Law and International Law », *Intertax*, 1985, p. 145.

(5) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, p. 18.

§ 1^{er}. — DROIT COMPARÉ

A. États-Unis

Aux États-Unis, tant la Constitution et les lois des États-Unis que les traités conclus par ceux-ci forment le droit du pays (1). Les traités et les lois fédérales sont donc d'un rang législatif égal. En cas de conflit, la disposition la plus récente recevra application (2).

Code de 1954

Toutefois, il était admis qu'une loi ne serait considérée comme dérogeant à un traité que si l'intention d'y déroger résultait clairement du texte de la loi ou des travaux préparatoires (3). De plus, deux dispositions législatives particulières traitaient de ce problème.

La section 7852 (d) de l'Internal Revenue Code disposait qu'« aucune disposition du présent titre ne doit être appliquée dans tous les cas où son application serait contraire à une convention, conclue par les États-Unis, en vigueur à la date de la promulgation du présent titre ». Cette disposition donnait aux seuls traités conclus avant l'entrée en vigueur du Code de 1954 prééminence sur les dispositions de ce dernier. Lors de la réforme fiscale de 1986, qui aboutit à la promulgation du Code de 1986, les amendements prévus à cette disposition furent omis par erreur. L'application du texte voulait dès lors que tous les traités postérieurs à 1985 priment les dispositions du code.

Une autre disposition, la section 894 (a), prévoyait que « les revenus de toute nature, dans la mesure requise par une convention conclue par les États-Unis, ne doivent pas être inclus dans le revenu brut et doivent être exemptés d'impôts [...] ». Cette disposition assurait la prééminence de tous les traités sur la loi, mais seulement dans la mesure où ils prévoyaient une exonération.

Lois votées entre 1954 et 1986

Bien entendu, ces deux dispositions étaient elles-mêmes de nature législative et il pouvait y être dérogé. Ainsi, le Revenue Act de 1962, qui créait notamment les *controlled foreign corporations*, écartait l'ap-

(1) Constitution des États-Unis, art. VI, § 2.

(2) *Reid v. Covert*, 354 US 1 (1956).

(3) *Cook v. US*, 288 US 102 (1933).

plication de la section 7852 (d) pour les modifications qu'il apportait au Code (1).

Le Foreign Investors Tax Act de 1966 qui, supprimant notamment la force attractive de l'établissement stable, était généralement favorable au contribuable, assurait au contraire de façon générale la prééminence des traités en vigueur à sa date (2).

Le Foreign Investment in Real Property Tax Act de 1980 incluait au contraire une disposition écartant l'application des sections 894 (a) et 7852 (d) aux règles qu'il introduisait en vue de la taxation dans le chef des non-résidents des plus-values sur immeubles et sur parts de sociétés holdings immobilières américaines. Il prévoyait que les clauses contraires des conventions cesseraient de s'appliquer après le 1^{er} janvier 1985 (3). Le système américain de la prééminence des traités sur les lois a donc toujours été une prééminence temporaire (4).

Lois de 1988

Le Technical and Miscellaneous Revenue Act de 1988 (Tamra) modifie les sections 7852 (d) et 894 de façon à renforcer la prééminence des lois postérieures aux traités sur ceux-ci, tout en clarifiant le domaine des modifications apportées aux traités par la réforme fiscale de 1986.

Il est d'abord prévu, par un retour à la disposition du Code de 1954, que les traités antérieurs à celui-ci conservaient leur primauté (5). En revanche, toute disposition postérieure au Code de 1954 peut modifier ces traités.

Le texte confirme également la supériorité des lois postérieures sur les traités antérieurs, mais en prévoyant expressément que « pour déterminer la relation entre la disposition d'un traité et une loi fiscale des États-Unis, ni le traité ni la loi n'aura un statut préférentiel en raison de leur nature de traité ou de loi ». Il n'est donc plus nécessaire de prouver l'intention spéciale du Congrès de déroger à un traité. Au contraire, afin de faire prévaloir un traité sur une loi posté-

(1) § 31.

(2) § 110.

(3) Cons. MCDANIEL & AULT, *Introduction à la fiscalité internationale américaine*, 1982, p. 195.

(4) GEST, *L'imposition des bénéficiaires des sociétés françaises aux États-Unis*, 1979, p. 19.

(5) § 7852 (d) (2).

rieure, il faudrait fournir la preuve négative de l'intention du Congrès de ne pas déroger au traité lors du vote de la loi. Une telle preuve est pratiquement impossible (1).

D'autre part, la section 894 a été amendée pour spécifier qu'elle s'appliquerait « en ayant dûment égard » aux obligations des États-Unis résultant des traités applicables aux contribuables, avec référence à la section 7852 (d). Cette disposition perd ainsi tout effet propre (2). La loi précise quelles sont les dispositions de la réforme de 1986 qui dérogent aux traités : il s'agit des limitations à l'utilisation du crédit d'impôt étranger pour l'impôt ordinaire (3) et pour l'impôt alternatif minimum (4).

En revanche, la loi prévoit la prééminence des traités sur les dispositions suivantes de la réforme fiscale de 1986 :

- assujettissement à l'impôt de certaines bourses d'études (5) ;
- imposition d'une retenue à la source de 4 % sur certains revenus dérivés du transport et amendement des règles d'exonération réciproques applicables à certains revenus dérivés du transport par des non-résidents (6) ;
- amendements à l'exonération d'impôt applicable aux gouvernements étrangers (7) ;
- traitement comme revenu effectivement lié à une activité d'affaires américaine du gain résultant de la vente d'actifs utilisés dans une activité d'affaires américaine après sa cessation dans certaines circonstances (8) ;
- création de nouvelles règles de source concernant le revenu du transport (9) et les paiements effectués par les sociétés dites 80/20 (10), sauf toutefois dans la mesure où ces règles sont utilisées pour déterminer l'utilisation du crédit d'impôt étranger ;

(1) SANDERSON SCHADE, « Tax Treaty Overrides », in *The Technical and Miscellaneous Revenue Act of 1988*, B.I.F.D., 1989, p. 215.

(2) *Ibid.*, p. 216.

(3) *Tax Reform Act of 1986*, § 1201.

(4) § 701.

(5) § 123.

(6) § 1212 (b) et (c).

(7) § 1247.

(8) § 1242.

(9) § 1212 (a).

(10) § 1214.

- application de la *branch level interest tax* traitant comme revenu de source américaine l'excédent de l'intérêt payé par les succursales de sociétés étrangères sur l'intérêt déduit (1) ;
- réduction de la proportion de revenus américains entraînant la déduction d'une retenue à la source américaine sur les paiements de dividendes effectués par une société étrangère (2) ;
- définition de la source du revenu tiré de certaines ventes de biens immobiliers (3).

En raison de la complication de la situation ainsi créée, la loi oblige le contribuable qui considère, pour la rédaction de sa déclaration, qu'un traité écarte l'application d'une disposition de droit interne, à révéler cette prise de position dans sa déclaration ou, à défaut de déclaration, à en informer l'administration fiscale (4). Les règlements d'application peuvent déroger à cette disposition pour certaines catégories de situations.

Lois de réforme fiscale de 1986

La loi de réforme fiscale américaine de 1986 avait réglé elle-même un problème particulièrement important de conflit entre les dispositions nouvelles et les traités. Avant la loi, une retenue à la source de 30 % en principe était due sur les dividendes payés par une société étrangère dès lors que plus de la moitié de son revenu brut, pendant trois ans précédant l'année de paiement des dividendes, était effectivement liée à une activité d'affaires américaine. La retenue à la source s'appliquait à la portion des dividendes attribuable au revenu effectivement lié à l'activité d'affaires américaine.

La réforme substitue à cette *second level withholding tax* une taxe sur les profits des succursales américaines de sociétés étrangères (*branch profits tax*), applicable à la partie de ces profits qui est l'équivalent d'un dividende (*dividend equivalent amount*). Ce montant est égal aux gains et profits de la société étrangère effectivement liés à son activité d'affaires aux États-Unis, réduits par l'impôt sur ces gains et par toute augmentation d'actif net américain (*US net equity*) et augmentés par toute diminution d'actif net américain (5).

(1) § 1241 : IRC § 884 (f) (1) (A).

(2) IRC § 861 (a) (2) (B).

(3) § 1211 : IRC § 865.

(4) IRC § 6114.

(5) *Tax reform act of 1986*, § 1241 : IRC § 884.

La clause conventionnelle de non-discrimination interdisant de traiter les établissements stables d'une société de l'État cocontractant de façon moins favorable que les entreprises américaines, contenue, par exemple, dans le traité existant entre les États-Unis et la Belgique, interdit clairement le prélèvement d'une *branch tax*. Dans ce cas, la loi prévoit que la taxe ne sera pas appliquée.

Si le traité permet la perception d'une *second level withholding tax* sur les dividendes, elle s'appliquera. En droit commun, le seuil de revenus effectivement lié à une activité d'affaires américaine déclenchant le paiement de cette taxe a été abaissé à 25 %. Le cas échéant, le taux prévu par la convention se substituera au taux de droit interne. De même, la quotité déclenchant le paiement de la taxe sera celle qui est prévue par le traité.

Le traité ne sera pas appliqué dans les situations définies comme étant des situations de *treaty shopping*, c'est-à-dire quand plus de 50 % de la valeur des actions de la société étrangère sont détenus par des personnes qui ne sont pas des résidents de l'État cocontractant ou quand 50 % ou plus des revenus de la société étrangère sont utilisés pour couvrir des dettes vis-à-vis de personnes qui ne sont pas des résidents de l'État co-contractant. Une exception existe si les titres de la société sont cotés ou si les titres de sa société mère sont cotés. De même, un règlement d'application peut prévoir les cas où les actionnaires ne sont pas considérés comme pratiquant le *treaty shopping*.

Dans une situation de *treaty shopping*, si le traité prévoit l'application de la *second level withholding tax* sur les dividendes, celle-ci sera appliquée. Si son application n'est pas possible, par exemple parce que le seuil de profit conventionnel n'est pas atteint par l'établissement stable américain de la société étrangère, la *branch tax* s'appliquera.

Lorsqu'un traité permet l'application de la *branch tax*, mais en limite le taux, le taux réduit s'appliquera, sauf dans une situation de *treaty shopping*.

Si le traité ne prévoit pas expressément le prélèvement d'une *branch tax*, mais ne l'interdit pas davantage, la *branch tax* sera perçue au taux prévu pour les retenues à la source sur dividendes d'investissements directs. Le taux de 30 % sera toutefois appliqué en cas de

treaty shopping. Le traité conclu entre les États-Unis et le Grand-Duché de Luxembourg tombe dans cette dernière catégorie (1).

B. France et pays du Benelux

Lorsqu'un accord international ne peut constituer une source directe de droits et d'obligations pour les particuliers, l'ordre juridique interne et l'ordre international forment deux systèmes séparés (dualisme). Dans les autres cas, les deux ordres juridiques se trouvent dans une relation d'intégration (monisme).

Dans certains pays « monistes », la Constitution établit une priorité des traités sur les lois, parfois sous réserve de réciprocité. Telle est la règle de l'article 55 de la Constitution française de 1958. Pendant longtemps, le Conseil d'État s'est estimé incompétent pour examiner la conformité d'une loi à un traité antérieur, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs (2). Il considérait toutefois les traités fiscaux comme des lois spéciales par rapport à la plupart des lois votées par le Parlement français. Il n'y a donc pas d'exemple d'application de cette jurisprudence au contentieux fiscal (3).

En 1989, le Conseil d'État a abandonné sa jurisprudence ancienne (4).

Dans les pays du Benelux, seule la Constitution néerlandaise établit expressément la prééminence des traités internationaux sur les lois internes dans les termes suivants :

« Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing indien deze toepassing niet verenigbaar is meer eenieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties » (art. 94).

Au Grand-Duché, la Cour supérieure de justice reconnut dès 1954 la prééminence des dispositions d'un traité international sur celles d'une loi interne, même postérieure (5).

En Belgique, un arrêt de la Cour de cassation du 26 novembre 1925 est considéré comme confirmant, dans le conflit entre traités et lois postérieures, le principe *lex posterior priori derogat*. Alors que le

(1) Cfr DELTA, « New branch profits tax, chapter 62 » in *The Tax Reform Act of 1986*, vol. II, « Detailed analysis, Tax Management, 1987 », p. 62 : 1 à 7 ; FERRIGOLD et BERG, « Whither The Branches ? », *Tax Law Review*, vol. 44, p. 247.

(2) Cons. Ét. fr., 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoule de France*, *A.J.D.A.*, 1968, p. 235.

(3) GEST et TIXIER, *Droit fiscal international*, 2^e éd., 1990, p. 64.

(4) Cons. Ét. fr., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *R.J.F.*, 11/1989, n° 1266.

(5) Cour supérieure de justice du Grand-Duché de Luxembourg, 14 juillet 1954 et note P. DE VISSCHER, *R.C.D.I.P.*, 1955, p. 296.

Traité de Versailles excluait les ressortissants allemands qui pouvaient acquérir la nationalité d'une puissance alliée à l'issue d'un plébiscite des mesures relatives à la mise sous séquestres des biens ennemis, la loi belge du 17 novembre 1921 avait privé les Sarrois du bénéfice de cette disposition. La Cour de cassation estimait « qu'il appartient au législateur belge, lorsqu'il édicte des dispositions en exécution d'une convention internationale, d'apprécier la conformité des règles qu'il adopte avec les obligations liant la Belgique par traité ; que les tribunaux n'ont pas le droit de refuser d'appliquer une loi pour le motif qu'elle ne serait pas conforme, prétendument, à ces obligations » (1).

Un arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 1971, en cause *Fromagerie Franco-Suisse le Ski*, marqua, dans le sens d'une doctrine quasi unanime, un revirement complet par rapport à la jurisprudence ancienne. Une loi belge avait, en violation de l'article 12 du Traité de Rome, interdisant l'introduction de prélèvements équivalents à des droits de douane, établi des droits sur l'importation de produits laitiers. La Cour de cassation estima :

« Que, même lorsque l'assentiment à un traité, exigé par l'article 68, alinéa 2, de la Constitution, est donné dans la forme d'une loi, le pouvoir législatif, en accomplissant cet acte, n'exerce pas une fonction normative ;

que le conflit qui existe entre une norme de droit établie par un traité international et une norme établie par une loi postérieure, n'est pas un conflit entre deux lois ;

[...] que la règle d'après laquelle une loi abroge une loi antérieure dans la mesure où elle la contredit est sans application au cas où le conflit oppose un traité et une loi ;

[...] que, lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir ;

que la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel » (2).

(1) Cass., 26 novembre 1925, *Pas.*, 1926, I, 76.

(2) Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, I, 886, *J.T.*, 1971, p. 460 ; cfr SALMON, « Le conflit entre le traité international et la loi interne en Belgique à la suite de l'arrêt rendu le 27 mai 1971 par la Cour de cassation », *J.T.*, 1971, p. 509.

Quelques combattants d'arrière-garde proposèrent, en l'absence d'une cour constitutionnelle, de renvoyer les conflits entre lois et traités aux chambres législatives (1).

§ 2. — PRÉSERVATION DES AVANTAGES
DU DROIT INTERNE

L'impôt est perçu sur base des dispositions du droit interne. Les conventions fiscales internationales ont pour objet de limiter le droit des États à percevoir l'imposition prévue par leur loi nationale lorsque l'application de celle-ci conduirait à une double imposition. En présence d'un traité, il n'y a donc lieu à imposition que si, outre les conditions du droit interne, celles du traité sont réunies (2).

On déduit généralement de ces considérations un principe de subsidiarité des traités par rapport au droit interne.

Lorsque les moyens tirés de la loi nationale suffisent à résoudre le problème posé, il n'y a pas lieu d'examiner ceux qui sont déduits des conventions (3).

De ce principe se déduit celui de la non-aggravation de la situation du contribuable par les traités ou de la préservation des avantages accordés par la loi interne. Si le droit interne accorde une exonération là où le traité permet au pays concerné d'imposer, aucune imposition ne pourra résulter du seul traité.

Les États-Unis ont introduit en ce sens dans leur traité modèle une disposition reprise dans la plupart des conventions signées par eux : « Les dispositions de la présente convention ne restreindront en rien les exonérations, abattements, crédits ou autres déductions qui sont ou seront accordés :

- a) par les lois de l'un des États contractants ou
- b) par tout autre accord intervenu entre les États contractants (4) ».

(1) Proposition de loi de M. KEMPINAIRE, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1971-1972, n° 200/1, 27 avril 1972 ; cfr R. SENELLE, « De onschendbaarheid van de wet », *R.W.*, 1971-1972, 641 et la critique de J.-V. LOUIS, « Le droit belge et l'ordre juridique international », *J.T.*, 1972, p. 437.

(2) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, pp. 11-12.

(3) PLAGNET, *Droit fiscal international*, 1986, p. 44 ; GEST et TIXIER, *Droit fiscal international*, 2^e éd., 1990, p. 65 ; RIVIER, *Droit fiscal international*, p. 106 ; VOGEL, *op. cit.*, p. 75 ; Cons. Ét. fr., 19 décembre 1975, *Droit fiscal*, 1976, n° 27, Comm. 925, concl. FABRE ; Cons. Ét. fr., 1^{er} février 1978, *Droit fiscal*, 1978, n° 41, Comm. 1551, concl. RIVIER.

(4) Traité modèle américain, 16 juin 1981, art. 1.2. ; Convention belgo-américaine, art. 28 ; Convention entre les Pays-Bas et les États-Unis, art. 25.1.

Un texte du même genre se trouve dans les conventions signées par les États-Unis en matière de droits de succession. Ainsi, la convention du 15 juillet 1969 entre les Pays-Bas et les États-Unis, relative à la prévention de la double imposition en matière de droits de succession et donation prévoit : « Behoudens voor zover in deze Overeenkomst anders is bepaald, heft iedere Staat zijn belasting en verleent hij vrijstellingen, aftrekken, verrekeningen en andere tegemoetkomingen in overeenstemming met zijn wetgeving » (1).

La même convention prévoit toutefois (2) : « Verrekeningen : Verrekeningen die op grond van dit artikel worden verleend treden in plaats van, en worden niet verleend naast een verrekening die op grond van de onderscheidene wetgevingen van de Staten wordt verleend voor de belasting van de andere Staat ».

Ainsi, en exécution du traité existant entre le Canada et les États-Unis, le transporteur était exonéré d'impôt dans le pays de la source sur les revenus tirés de transports entre des points situés dans le pays de la source et dans le pays de sa résidence. En droit américain, les dépenses liées à des revenus exonérés n'étaient pas déductibles. Un transporteur canadien, disposant d'une succursale aux États-Unis, préféra déclarer son revenu tiré de transports, qui aurait normalement été exonéré, parce que ses dépenses dépassaient ses revenus. Il fut décidé, en application de la clause de préservation des avantages de droit interne figurant dans le traité, qu'il avait ce droit (3).

Aux États-Unis, cette conception est en conformité avec le droit constitutionnel : les mesures fiscales doivent trouver leur origine au Congrès, alors que les traités sont conclus par le Président avec le consentement du Sénat. Il serait donc critiquable qu'un traité puisse créer une aggravation d'impôt (4).

L'administration française est réticente à admettre une doctrine générale de la non-aggravation (5). Cette position s'explique sans doute par l'existence d'une disposition spéciale réservant à la France le droit de taxer tout revenu dont l'imposition lui est attribuée par une convention internationale relative aux doubles impositions (6).

(1) Art. 5.1.

(2) Art. 11.7.

(3) *Rev. Rul.*, 80-147, 1980, 23 IRB 16.

(4) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 1.44, p. 76.

(5) GEST et TIXIER, *Droit fiscal international*, 2^e éd., 1990, p. 67.

(6) C.G.I., art. 4bis, 2^o, 165bis et 209 i, introduit par l'art. III de la loi du 28 décembre 1959.

Cette disposition n'a qu'une portée limitée : elle ne s'appliquera pas en présence d'une exonération générale, mais jouera uniquement devant une exonération basée sur la localisation du revenu. Son but est en effet d'éviter les doubles exonérations. Elle ne s'appliquera pas si le droit d'imposer a été attribué expressément à la France, non *a contrario*, en raison de la non-attribution de ce droit à l'autre État contractant (1). Son application sera écartée par des clauses conventionnelles du type de celle qui est prévue par le traité modèle américain et qui est d'ailleurs reprise dans les conventions franco-américaines (2).

Une telle clause est nécessaire dans un pays qui, comme la France, applique à l'impôt des sociétés la règle de la territorialité, lorsqu'elle choisit le crédit d'impôt comme méthode d'élimination de la double imposition. Quand la France accorde un crédit d'impôt pour l'impôt payé à l'étranger par un établissement stable, il faut qu'elle taxe ce revenu, ce que son droit interne ne prévoit pas (3).

Saving clause

La clause permettant à un État contractant de taxer ses ressortissants ou ses résidents comme si la convention n'était pas en vigueur (4) légitime, dans ce cas, la prédominance de la loi interne sur le traité et restreint considérablement la portée de celui-ci.

Les États-Unis acceptent en général d'exclure de l'application de cette clause deux séries de dispositions conventionnelles. La première vise des dispositions concernant tant les nationaux que les étrangers résidant aux États-Unis : entreprises associées, pensions, prévention de la double imposition, non-discrimination et procédure amiable. La seconde concerne les seuls étrangers : fonctions publiques, étudiants, agents diplomatiques et consulaires (5), n'excluant de son application que les rémunérations publiques et les pensions. Le traité modèle américain veut inclure parmi les contribuables visés par la réserve de taxation nationale les citoyens qui ont perdu leur nationalité dans un but d'évasion fiscale, du moins pendant une période de dix ans.

(1) GEST et TIXIER, *Droit fiscal international*, 2^e éd., 1990, p. 67.

(2) Convention franco-américaine de 1967 concernant les impôts sur le revenu et la fortune, art. 22, § 3 ; convention franco-américaine de 1978 concernant les droits de succession et de donation, art. 12.

(3) Cfr par exemple Convention franco-turque de 1987, art. 7.1. et 23.

(4) Traité modèle américain, art. 1.3.

(5) Convention belgo-américaine, art. 23.1. ; Convention américano-néerlandaise, art. 19.1.

Le citoyen américain qui, résidant à l'étranger, perçoit un revenu exonéré par le traité, sera néanmoins taxé aux États-Unis sur base de sa nationalité. Il pourra alors se prévaloir du crédit d'impôt étranger qui est prévu par la convention.

§ 3. — INTERPRÉTATION DES TRAITÉS FISCAUX

Lorsque l'un des États parties à une convention fiscale applique l'équivalence entre traités et lois, son Parlement pourra déroger au traité. Il en résultera une situation claire de violation de celui-ci ou, le cas échéant, de dénonciation implicite.

Très fréquemment, le problème ne se posera pas sous la forme d'un conflit direct, mais mettra en jeu l'interprétation d'une disposition de droit interne qu'un contribuable estimera contraire au traité, alors que l'administration la jugera conforme à celui-ci.

Il s'agira alors d'interpréter le traité. Dans les pays du Benelux, les tribunaux se reconnaissent le pouvoir d'interpréter les traités. Le juge français, au contraire, surseoit en principe à statuer sur l'interprétation des traités en la renvoyant au ministre des Affaires étrangères. Cette règle a toutefois été fortement atténuée. Le juge administratif recourt fréquemment à la théorie de l'acte clair, lorsque la disposition conventionnelle à appliquer a un sens clair et certain. La Cour de cassation ne met d'exception à la compétence judiciaire que si la question d'interprétation pose un problème de droit international public qui risque de susciter un incident diplomatique. Il en sera ainsi des clauses d'immunité fiscale (1).

Les règles d'interprétation des conventions fiscales seront en premier lieu déduites, comme celles de tous traités internationaux, de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (2), dont on admet très largement qu'elle a codifié la pratique internationale existante. D'après l'article 31 de la Convention, un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

Le contexte comprend les accords conclus à l'occasion du traité et les instruments mutuellement acceptés ayant rapport à celui-ci.

(1) GEST et TIXIER, *Droit fiscal international*, 2^e éd., 1990, pp. 97-100.

(2) La Convention de Vienne du 23 mai 1969 a été ratifiée en Belgique par la loi du 10 juin 1992 (*M.B.*, 25 décembre 1993) ; elle s'applique à tous les traités conclus par la Belgique à partir du 1^{er} octobre 1992.

Outre le contexte, il sera tenu compte d'accords et pratiques ultérieurs appliquant ou interprétant le traité.

En revanche, il ne pourra être recouru à des moyens complémentaires d'interprétation, tels que les travaux préparatoires ou les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, que si l'interprétation reste ambiguë ou obscure ou conduit à un résultat absurde ou déraisonnable (art. 32).

Lorsqu'un traité existe en plusieurs langues et qu'une différence de sens apparaît dans les textes authentiques, l'on adoptera, à défaut d'une interprétation satisfaisante, le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux les textes (art. 33).

Les traités préventifs de la double imposition en matière d'impôts sur le revenu et la fortune, conclus selon le modèle de l'OCDE, contiennent toutefois une clause particulière selon laquelle, « pour l'application de la convention par un État contractant, toute expression qui n'y est pas définie a le sens que lui attribue le droit de cet État concernant les impôts auxquels s'applique la convention, à moins que le contexte n'exige une interprétation différente » (1).

La principale question que pose cette disposition est de savoir s'il faut se référer, pour l'interprétation du traité, à la législation interne en vigueur lors de la signature du traité (interprétation statique ou historique) ou s'il faut tenir compte des modifications ultérieures du droit interne des États contractants (interprétation évolutive).

Certains auteurs tiennent pour une interprétation strictement historique. Ils se fondent souvent sur l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada, en cause *Melford* (2). Une loi canadienne postérieure à la convention germano-canadienne avait inclu parmi les intérêts soumis à retenue à la source les commissions de garantie. La Cour suprême, tout en admettant le pouvoir du Parlement de modifier une loi introduisant un traité dans l'ordre juridique interne, a considéré que seule une loi dérogeant expressément à la convention internatio-

(1) Modèle OCDE, art. 3.2., version 1977. La version 1963 se référait au sens attribué aux termes par la « législation » de l'État. SHANNON, « United States income tax treaties : References to domestic law for the meaning of undefined terms », *Intertax*, 1989, p. 453. Sur le modèle 1992, cfr VAN REAAD, « 1992 additions to articles 3 (2) (interpretation) and 24 (non-discrimination) of the 1992 OECD model and commentary », *Intertax*, 1992, p. 671.

(2) *The Queen v. Melford Developments Inc.*, 1982, DTC 6281 ; BOIDMAN, « Canada : Supreme Court interprets Canada-Germany tax treaty » *Intertax*, 1983, p. 17 ; LANGBEIN, « The overriding of tax treaties by national legislation or : the Melford case revisited — A German view », *Intertax*, 1987, p. 4.

nale pouvait être interprétée dans le sens souhaité par l'administration. Interprétant la disposition du traité renvoyant au droit interne, la Cour a estimé que les dispositions comprenant une nouvelle définition des procédures et mécanismes de taxation concernant un revenu non taxable aux termes du traité n'étaient pas comprises dans le droit interne tel que visé par celui-ci. La Cour a ajouté que l'interprétation contraire reviendrait à autoriser la modification unilatérale du traité par chaque pays. Cette motivation peut se lire autrement que comme par une simple référence à l'interprétation historique des dispositions légales en vigueur à l'époque du traité.

Quoi qu'il en soit, la décision a été suivie d'une loi canadienne adoptant l'interprétation évolutive sous réserve du recours au contexte du traité.

La règle d'interprétation historique a été très clairement définie par M. Leenaerts : « In België [...] moet elke latere wijziging, hoe duidelijk ook, van een nationale rechtsterm geïncorporeerd in een dubbel belastingverdrag, buiten toepassing blijven m.b.t. de werking van dit verdrag : de historische interpretatie die in het licht van voorwerp en doel van het dubbel belastingverdrag als enig aanvaardbare moet worden weerhouden geniet na de receptie van het verdrag in de Belgische rechtsorde absolute voorrang totdat het verdrag op de daarin bepaalde wijze wordt beëindigd » (1).

La majorité des commentateurs se rallie à une interprétation évolutive des dispositions de droit interne dans le cadre de l'article 3.2. de la Convention modèle de l'OCDE. Les termes non définis par le traité seront pris dans le sens que leur donne la loi interne à l'époque où l'interprétation est nécessaire et non à l'époque de la signature du traité, sous une double réserve, expresse et implicite. D'après les termes du traité même, l'interprétation donnée par le droit interne peut être contraire au contexte de la convention, si celui-ci exige une interprétation différente. On y ajoute généralement une limitation implicite, selon laquelle une modification du droit interne ne pourrait altérer l'équilibre ou la substance du traité ou encore, comme certains traités le prévoient, lors du renvoi à un régime interne de crédit d'impôt, affecter le principe général qu'on souhaite appliquer. Il s'agirait donc, même en l'absence de textes, d'une interprétation évolutive limitée. Il est probable que, dans toutes les conventions qui limitent

(1) LEENAERTS, « De voorrang van de verdragen bij fiscale normenconflicten. Trefzeker uitgangspunt of toevallige uitkomst ? », *Fiskofoon*, 1984, p. 78.

le recours au droit interne par les existences du contexte, une limitation de l'interprétation évolutive peut se déduire d'une clause expresse sans recours à une restriction implicite (1).

La pratique démontre que l'application concrète de ces règles d'interprétation demeure extrêmement difficile. On en verra plus loin quelques exemples empruntés notamment aux modifications de la législation belge.

Nous examinerons ci-après :

- la définition de la résidence des personnes physiques et des sociétés ;
- l'imposition des différentes catégories de revenus lorsqu'ils sont soit d'origine étrangère, soit attribués à des non-résidents.

À cette occasion, les règles de source propres à chaque catégorie de revenus seront évoquées, ainsi que le mode de prévention de la double imposition généralement appliqué à ces revenus.

Compte tenu de l'œuvre commune qui résulte de l'application généralisée des conventions modèles, les principes de ces conventions seront exposés en premier lieu. Le droit interne de la Belgique sera examiné par une comparaison avec ces principes.

Des éléments de droit comparé seront ensuite évoqués.

(1) Dans le sens de l'interprétation évolutive, cfr l'étude approfondie d'AVERY JONES *et al.*, « The interpretation of tax treaties with particular reference to article 3.2. of the OECD model », *British Tax Review*, 1984, p. 13, à laquelle ont participé pour le Benelux, MM. DEPRET et ELLIS ; AVERY JONES, « Article 3 (2) of the OECD Model Convention and the Commentary to it : Treaty Interpretation », *Eur. tax.*, 1993, p. 252 ; dans le même sens, VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 3.67, pp. 138-139 ; GEST et TIXIER, *Droit fiscal international*, 2^e éd., 1990, p. 105 ; VAN RAAD, « Interpretatie van belastingverdragen », *MBB*, 1978, p. 49 ; PEETERS, « De interpretatie van dubbelbelastingovereenkomsten », *T.F.R.*, 1993, pp. 188-190.

PREMIÈRE PARTIE

**CONCEPTS
JURIDICTIONNELS**

TITRE PREMIER

RÉSIDENCE

SOUS-TITRE PREMIER

DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

CHAPITRE PREMIER. — PERSONNES PHYSIQUES

§ 1^{er}. — CRITÈRE PRINCIPAL

La Convention OCDE renvoie en principe au droit interne des États contractants pour définir la notion de résidence.

Le résident d'un État sera celui qui y est assujéti à l'impôt en raison de son domicile, de sa résidence ou d'un autre critère de nature analogue. Il y est assujéti intégralement à l'impôt, en raison d'un lien personnel avec l'État concerné.

Appliquant un critère analogue, un État pourrait par exemple assujéti à l'impôt celui qui y séjourne pendant un certain temps. La double imposition naîtra de la coexistence de définitions différentes de la résidence ou d'interprétations concurrentes de la même notion.

Le Traité modèle américain ajoute à ces critères la nationalité (1).

La Convention OCDE exclut des résidents d'un État les personnes qui n'y sont assujétiées à l'impôt que sur les revenus trouvant leurs source dans le pays. Tel sera parfois le cas des agents diplomatiques et consulaires étrangers.

(1) La nationalité est parfois utilisée comme critère anti-abus. Un citoyen néerlandais déplaçant son foyer d'habitation permanent dans la zone frontalière belge, mais travaillant dans la zone frontalière néerlandaise reste imposable aux Pays-Bas sur ses rémunérations (Protocole à la convention belgo-néerlandaise, point XI modalisant l'article 15, § 3, 1^o). Il n'y a là ni discrimination arbitraire, ni violation du principe d'égalité (C.A., 16 octobre 1991, *FJF*, n^o 91/211).

La Convention ONU ne reprend pas cette limitation, voulant conserver la qualité de résident aux contribuables d'un État lorsque celui-ci impose uniquement les revenus de source interne.

§ 2. — CRITÈRES SUBSIDIAIRES : PRÉVENTION
DE LA DOUBLE RÉSIDENCE

La double résidence sera évitée par l'application de critères subsidiaires l'un par rapport à l'autre (*tie-breakers*) (1) :

- la disposition d'un foyer d'habitation permanent, c'est-à-dire aménagé de façon durable ;
- la localisation du centre des intérêts vitaux, caractérisé par l'existence des liens personnels et économiques les plus étroits : relations familiales et sociales, occupations, activités politiques et culturelles, siège des affaires ; ce critère s'appliquera à la personne qui a un foyer d'habitation dans les deux États ;
- le lieu du séjour habituel : ce critère s'appliquera :
 - à la personne qui a un foyer d'habitation dans deux États et dont on ne peut déterminer le centre des intérêts vitaux ;
 - au double résident qui n'a de foyer d'habitation dans aucun des deux États ;
- la nationalité.

Si le double résident a la nationalité des deux États ou n'a la nationalité d'aucun d'eux, sa résidence sera déterminée par la voie de la procédure amiable.

(1) Avery JONES, « Dual residence of individuals : the meaning of the expression in the OECD model convention », *British Tax Review*, 1981, pp. 15 et 104 ; ID., « La double résidence des personnes physiques : l'interprétation de cette notion dans la convention modèle de l'OCDE », *Fiscalité européenne Revue*, 1981, n° 6 et 1982, n° 1 ; VAN RAAD, « International : Dual Residence », *Eur. Tax.*, 1988, p. 241.

CHAPITRE II. — PERSONNES MORALES ET GROUPEMENTS SANS PERSONNALITÉ JURIDIQUE

§ 1^{er}. — CRITÈRE PRINCIPAL

La Convention OCDE incluant parmi les « personnes » les personnes physiques, les sociétés et tous autres groupements de personnes, la résidence de ces deux derniers types de contribuables sera déterminée par leur assujettissement à l'impôt sur base de leur siège de direction ou d'un critère analogue.

Les États-Unis notamment y ajoutèrent le lieu d'enregistrement (*place of incorporation*).

§ 2. — CRITÈRES SUBSIDIAIRES

La Convention OCDE résout le conflit de résidence des personnes morales et groupements en faveur du pays du siège de direction effective (1).

Le Traité modèle américain lui préfère le pays d'enregistrement.

Les conventions fiscales internationales recourent à trois concepts.

Le terme « personne » comprend les personnes physiques, les sociétés et autres groupements de personnes (2).

Le terme « société » désigne toute personne morale ou toute entité qui est considérée comme une personne morale aux fins d'imposition (3).

Le terme « résident d'un État contractant » désigne, en dehors des personnes physiques, toute personne qui, en vertu de la législation de

(1) Voy. RIVIER, Rapport général, XLI^e Congrès international de droit financier et fiscal, Bruxelles, 1987, « La résidence fiscale des sociétés », *Cah. dr. fisc. int.*, 1987, vol. LXXIIa, pp. 38-39 ; VAN GENNEP, « Dual-Resident Companies : The Second Sentence of Article 4(1) of the OECD Model Convention of 1977 », *Eur. Tax.*, 1991, p. 141 ; EBENROTH et DAIBER, « Germany (Federal Republic) : Dual-Resident Companies under German Law », *Eur. Tax.*, 1990, p. 175 ; ID., « Germany (Federal Republic) : The 'Real Seat Theory' Revisited », *ibid.*, p. 323 ; BETTEN, « Netherlands : Dual-Resident Companies and the Netherlands Dividend Tax Again », *ibid.*, p. 257.

(2) Convention OCDE, art. 3.1.a.

(3) Convention OCDE, art. 3.1.b.

cet État, y est assujettie à l'impôt en raison de son siège de direction ou d'un critère de nature analogue (1).

La question de savoir si une entité ou un groupement est un sujet d'impôt distinct doit être résolue selon le droit interne de chaque État (2).

Que se passe-t-il quand un groupement est considéré comme un sujet d'impôt distinct dans un État et pas dans l'autre ?

S'il est sujet d'impôt dans le pays de son siège, mais que l'État de la source impose les associés directement, l'État de la source devra reconnaître aux associés le bénéfice du traité conclu avec le pays du siège, à peine de vider de sens le droit du groupement d'invoquer le traité (3).

Si le groupement est sujet d'impôt dans le pays de la source, mais non dans celui de son siège, l'application du traité ne pourrait être écartée au motif que le groupement ne serait pas résident du pays de son siège. À peine de ne donner aucun effet à la reconnaissance du groupement comme personne, il faut considérer comme résident tout groupement qui, s'il était imposable, serait imposable sur l'ensemble de ses revenus (4).

Cette interprétation audacieuse permettrait à une association belge sans personnalité juridique de revendiquer l'application d'une convention conclue par la Belgique avec un pays où elle serait traitée, pour son imposition à la source, comme un sujet d'impôt.

§ 3. — EXCLUSIONS

Parfois, afin de contrecarrer l'évasion fiscale, certaines sociétés résidentes de l'État cocontractant sont exclues du bénéfice de la convention ou des réductions de retenue à la source :

— les holdings luxembourgeoises ;

(1) Convention OCDE, art. 4.1.

(2) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 1/23, pp. 65-66.

(3) VOGEL, *op. cit.*, art. 1/24, p. 67. Vogel estime que, si les associés résident dans un autre pays lié par un traité au pays de la source, ils pourront invoquer le traité le plus favorable. Nous ne pouvons le suivre sur ce terrain. L'application juridiquement justifiée du traité conclu avec le pays du siège écarte la possibilité d'appliquer le traité conclu avec le pays des associés, si les deux traités sont rédigés en termes identiques.

(4) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 1/25, pp. 67-68.

- certaines sociétés suisses contrôlées par des personnes ne résidant pas en Suisse (1).

(1) Convention belgo-suisse, art. 22, conforme d'ailleurs à la législation interne suisse visant à prévenir l'abus des conventions.

SOUS-TITRE II

DROIT BELGE

CHAPITRE PREMIER. — PERSONNES PHYSIQUES

Section 1. — Droit interne

§ 1^{er}. — DÉFINITIONS

En droit interne belge, sont considérées comme habitants du royaume les personnes physiques qui ont établi en Belgique leur domicile ou le siège de leur fortune (1).

Sont soumis à l'impôt des non-résidents et non à l'impôt des personnes physiques ceux qui n'ont établi en Belgique ni leur domicile ni le siège de leur fortune.

La même définition est donnée par l'article 1^{er} du Code des droits de succession (2). Elle correspond à celle qui était donnée par l'article 37, § 2, des lois coordonnées relatives aux impôts sur les revenus pour l'application de l'impôt complémentaire personnel, issu lui-même de l'arrêté royal du 22 février 1935 (3). L'exposé des motifs précise, *sub* article 37, que les non-habitants du royaume sont ceux qui n'ont pas établi en Belgique leur domicile ou le siège de leur fortune (4).

MM. Schreuder (5) et Donnay (6) notamment ont démontré que cette définition trouvait son origine dans la loi du 27 décembre 1817 sur les droits de succession, adoptée sous le régime hollandais. Une première version de la loi voulait imposer la succession de l'habitant du royaume « sans distinction s'il est établi depuis peu ou depuis

(1) C.I.R., art. 3.

(2) A.R. 31 mars 1936.

(3) Exposé des motifs de la loi de réforme fiscale, *sub* art. 2, *Pasin.*, 1962, p. 1321.

(4) *Id.*, *Pasin.*, 1962, p. 1345.

(5) « L'habitant du royaume », *Ann. not. enr.*, 1967, pp. 6-33.

(6) Succession (Droit de), « L'habitant du royaume », *Rec. gén.*, 1975, n° 21936, p. 223.

longtemps sur le territoire du royaume, ni s'il a en même temps un domicile fixe en pays étranger ».

Ce texte fut repoussé par crainte de voir réapparaître l'ancien droit d'aubaine, susceptible d'attirer les représailles de pays étrangers. Une nouvelle définition fut cherchée dans un arrêté royal du 25 juin 1817 sur la milice, composant celle-ci des habitants du royaume, c'est-à-dire de ceux « qui ont établi dans le royaume leur domicile et le siège de leur fortune ». Le législateur substitua toutefois à la conjonction « et » la conjonction « ou ».

Cette définition a été appliquée par l'arrêt de la Cour de cassation du 7 septembre 1965 en cause Derks (1). Le pourvoi était dirigé contre un arrêt de la Cour d'appel de Liège qui avait relevé que le requérant, résidant à Monaco, était propriétaire d'immeubles situés en Belgique et de la quasi-totalité des titres de sociétés belges, étant l'administrateur-président de l'une de ces sociétés. La Cour de cassation rejeta le pourvoi, estimant :

« Que l'arrêt déduit légalement de ces constatations souveraines en fait que le demandeur, bien qu'ayant pris domicile à l'étranger, a le siège de sa fortune en Belgique ;

Qu'ainsi, par la constatation de l'existence de l'une des conditions alternativement prévue par l'article 37, § 2, des lois coordonnées, l'arrêt justifie légalement la qualité d'habitant du royaume du demandeur ».

Si l'unité du domicile fiscal est ainsi remise en cause (2), on ne peut toutefois identifier le siège de la fortune à la situation matérielle des biens, mais au lieu où ils sont administrés. Ce dernier coïncidera, sauf cas exceptionnels, avec le domicile.

Un arrêt plus récent de la Cour de cassation le démontre (3). Un redevable avait été considéré comme habitant du royaume aux seuls motifs qu'il y avait gardé une domiciliation administrative et un immeuble où résidaient sa femme et ses enfants, aux besoins desquels il subvenait par un compte en banque belge.

La Cour de cassation accueillit le pourvoi, considérant que :

« Aux termes de l'article 3 du Code des impôts sur les revenus, est un habitant du royaume celui qui a établi en Belgique son domicile ou le siège de sa fortune ;

(1) *Pas.* 1966, I, 34, *J.P.D.F.*, 1965, p. 327, obs. BALTUS, *Rec. gén.*, 1966, n° 20972, p. 354, obs. M.D.

(2) BALTUS, note *sub* arrêt précité, *J.P.D.F.*, p. 331.

(3) Cass., 7 février 1979, *Prade, Pas.*, I, 673, *J.D.F.*, 1979, p. 411. Comp. GARABEDIAN, « L'impôt successoral belge et l'extranéité », in VERWILGHEN et DE VALKENEER (éd.), *Relations familiales internationales*, 1993, p. 391.

Que si les éléments de fait permettant de déterminer l'existence de cette situation relèvent de l'appréciation souveraine du juge du fond, en revanche, leur qualification s'effectue sous le contrôle de la Cour ;

Que, au sens de la loi fiscale, le domicile est un domicile de fait, caractérisé nécessairement par une certaine permanence ou continuité, et le siège de la fortune, l'endroit, caractérisé naturellement par une certaine unité, d'où elle est gérée ;

Que les motifs que le moyen reproduit et sur lesquels l'arrêt se fonde pour affirmer la qualité d'habitant du royaume dans le chef du demandeur, ne justifient pas légalement cette décision ».

Cette position rejoint celle des juridictions de fond.

Une ancienne décision considérait déjà que « des absences temporaires plus ou moins longues d'un lieu déterminé ne sont pas exclusives de la conservation du domicile fiscal en ce lieu » et que « le Belge qui, pour une durée limitée, prend du service dans la Colonie, tout en gardant en Belgique sa demeure où il laisse sa femme et ses enfants, doit être considéré comme momentanément absent de son domicile belge » (1).

La Cour d'appel de Bruxelles eut à connaître du recours de l'employé d'une société belge, radié des registres belges de la population, mais propriétaire d'un appartement qui restait à sa disposition lors de ses retours de mission et titulaire d'un compte belge où ses fonds étaient déposés. Lorsqu'il n'était pas en mission, il exerçait ses fonctions en Belgique pour le même employeur. Pour la cour, « il faut en conclure que le requérant n'a jamais manifesté l'intention ou la volonté de transférer son domicile et le siège de sa fortune à l'étranger et qu'il a conservé en Belgique le centre de ses intérêts et y a conservé son domicile » (2).

De même, celui qui est envoyé par la société Solvay faire un séjour de formation de dix mois aux États-Unis sans rupture de son contrat d'emploi et alors que la société prend en charge ses frais de voyage et d'inscription aux cours et lui alloue une indemnité forfaitaire reste un habitant du royaume :

« Le requérant n'a pas eu l'intention de transporter à l'étranger le siège principal de ses affaires ;

(1) Déc. 12 décembre 1914, *Rec. gén.*, 1920, n° 15608, p. 19 ; DONNAY, Succession (Droit de), « L'habitant du royaume », *Rec. gén.*, 1975, n° 21936, p. 241, n° 9.

(2) Bruxelles, 21 octobre 1976, *J.D.F.*, 1977, p. 260.

Son séjour essentiellement temporaire aux États-Unis ne peut être considéré comme une installation permanente dans ce pays ;

Le siège de ses affaires est resté situé en Belgique » (1).

La notion de domicile fiscal a été l'objet de développements jurisprudentiels et doctrinaux récents.

Traditionnellement, le domicile d'une personne physique est le lieu où elle habite d'une manière effective et continue, où elle établit son foyer familial, ainsi que le siège de ses activités professionnelles et de ses intérêts patrimoniaux.

Face aux situations de plus en plus fréquentes où ces divers éléments constitutifs ne convergent pas vers un seul endroit, il s'est avéré nécessaire de leur octroyer une pondération selon leur importance relative afin de déterminer l'appartenance de la personne à une seule juridiction fiscale.

Ainsi l'habitation permanente est-elle un élément prépondérant : « Le domicile fiscal est un domicile de fait caractérisé par une certaine permanence ou continuité » (2).

La notion de permanence n'est cependant pas clairement définie.

La loi prévoit en effet qu'une personne peut être traitée comme non résidente alors qu'elle séjourne en Belgique pendant toute une période imposable (3).

L'examen de la jurisprudence ne permet pas de déterminer le temps que doit durer un séjour afin de répondre à l'exigence de permanence de l'habitation.

La Cour d'appel de Bruxelles a en effet conclu dans certains cas récents à la qualité de non-habitant du royaume pour des Belges ayant exercé une activité professionnelle à l'étranger pendant des périodes de deux à huit ans (4).

Il a par ailleurs été décidé qu'un séjour professionnel de trois ans à l'étranger n'avait pas suffi à faire d'une personne un non-résident (5). Le pourvoi contre cette dernière décision a été rejeté par l'arrêt précité du 15 novembre 1990 de la Cour de cassation.

(1) Liège, 2 mai 1972, *Rec. gén.*, 1974, n° 21774, p. 100.

(2) Cass., 30 juin 1983, *Pas.*, I, 1226, *F.J.F.*, n° 83/189 ; Cass., 15 novembre 1990, *Pas.*, 1991, I, 280, *R.G.F.*, 1991, p. 218.

(3) C.I.R., art. 244.

(4) Bruxelles, 13 mars 1990, 15 mai 1990 et 25 septembre 1990, *R.G.F.*, 1991, pp. 216 et s.

(5) Bruxelles, 21 mars 1989, *F.J.F.*, n° 89/167.

Le critère de la situation du foyer familial doit également être pris en considération.

À cet égard, s'il est à présent admis que la qualité d'habitant du royaume est déterminée pour les époux *ut singuli* et non plus de manière globale et commune, il convient d'examiner, au regard d'éléments de fait, si, quoiqu'ils aient des lieux d'habitation séparés, les époux n'en ont pas moins un domicile ou foyer familial commun.

Ainsi, lorsque la séparation s'explique par le fait que chacun d'entre eux exerce une profession ou par des raisons de santé ou d'éducation des enfants, il est admis qu'il n'y ait pas de foyer familial et, partant, que l'un des époux soit habitant du royaume et l'autre non (1).

Lorsque la séparation n'est pas ainsi justifiée, les deux époux seront rattachés à un domicile commun considéré comme leur foyer familial, nonobstant le fait que l'un d'entre eux habite effectivement à l'étranger (2).

Ainsi, si l'habitation effective, à condition qu'elle soit réellement durable et qu'elle n'apparaisse pas comme un séjour limité à une courte durée, forme un critère suffisant, le poids du foyer familial devient plus important dans l'appréciation du domicile de fait lorsque la durée de l'habitation personnelle dans une juridiction fiscale distincte diminue (3).

Le siège de la fortune apparaît dans le texte de la définition légale d'habitant du royaume comme un critère alternatif à celui de domicile. Cette notion ne désigne pas la situation matérielle des biens, mais plutôt le lieu d'où ils sont gérés, ce dernier coïncidant souvent avec le lieu de l'habitation effective et du foyer familial (4).

Dans l'état actuel de la jurisprudence, le siège de la fortune est retenu comme un élément suffisant en soi, indépendamment des autres critères évoqués ci-dessus.

Cette interprétation du texte légal est toutefois vivement critiquée.

(1) Mons, 14 mars 1984, *F.J.F.*, n° 84/189 ; Bruxelles, 13 mars 1990, 15 mai 1990 et 25 septembre 1990, *R.G.F.*, 1991, pp. 216 et s. ; Mons, 10 avril 1992, *R.G.F.*, 1993, p. 29, obs. L. HINNEKENS.

(2) Bruxelles, 21 mars 1989, *F.J.F.*, n° 89/167 ; cass., 15 juillet 1990, *R.G.F.*, 1991, p. 218.

(3) L. HINNEKENS, « Nouvelles tendances de la jurisprudence relative à la notion d'habitant du royaume », *R.G.F.*, 1991, p. 211.

(4) Cass., 28 octobre 1982, *F.J.F.*, n° 83/41 ; cass., 30 juin 1983, *F.J.F.*, n° 83/189 ; cass., 15 novembre 1990, *Pas.*, 1991, I, 280, *R.G.F.*, 1991, p. 218.

M. Hinnekens (1) considère notamment que le siège de la fortune ne peut conférer la qualité d'habitant du royaume que lorsque il est non seulement distinct, mais d'une importance telle qu'il doit nécessairement prévaloir sur le domicile effectif et le foyer familial.

L'inscription au registre national ne constitue qu'une présomption de qualité d'habitant du royaume qui peut être renversée par des éléments de fait, comme dit ci-dessus.

La nouvelle réglementation relative à l'inscription au registre de la population, qui prévoit que les administrations locales doivent vérifier le bien-fondé des demandes d'établissement d'une résidence principale, devra emporter une certaine unification de la notion de domicile en droit civil et en droit fiscal. La loi du 19 juillet 1991 relative aux registres de la population (2) définit la résidence civile principale comme étant « le lieu où vivent habituellement les membres d'un ménage composé de plusieurs personnes unies ou non par des liens de parenté » (3). L'arrêté royal d'exécution du 16 juillet 1992 (4) précise, quant à lui, en son article 16, § 1^{er}, que « la détermination de la résidence principale se fonde sur une situation de fait, c'est-à-dire la constatation d'un séjour effectif dans une commune pendant la plus grande partie de l'année.

» Cette constatation s'effectue sur la base de différents éléments, notamment le lieu que rejoint l'intéressé après ses occupations professionnelles, le lieu de fréquentation scolaire des enfants, le lieu de travail, les consommations énergétiques et les frais de téléphone, le séjour habituel du conjoint ou des autres membres du ménage ».

Il apparaît donc que la qualité d'habitant du royaume doit être établie au moyen d'une pondération des différents éléments constitutifs (domicile de fait, foyer familial, siège de la fortune, registre national) en accordant une préférence à l'habitation individuelle, à condition qu'elle soit suffisamment durable.

§ 2. — PRÉSOMPTION LÉGALE

La loi a introduit une présomption, selon laquelle sont considérés avoir établi en Belgique leur domicile ou le siège de leur fortune ceux

(1) L. HINNEKENS, « Nouvelles tendances de la jurisprudence relative à la notion d'habitant du royaume », *R.G.F.*, 1991, p. 214.

(2) *M.B.*, 3 septembre 1991.

(3) Art. 3.

(4) *M.B.*, 15 août 1992.

qui sont inscrits au registre national des personnes physiques (1). Ce registre reproduit les données figurant au registre de la population et au registre des étrangers tenus dans chaque commune ainsi que dans les registres tenus dans les missions diplomatiques et les consulats belges à l'étranger (2).

Cette présomption peut être renversée. La tâche de l'administration sera simplifiée, puisque celui qui affirme être non-résident, bien qu'inscrit au registre, devra communiquer à l'administration les circonstances de fait propres à son cas.

Le Conseil d'Etat est sans compétence pour se prononcer sur la contestation concernant la détermination du domicile fiscal. Comme ce dernier a une influence sur le montant de l'impôt, le contribuable doit suivre la voie de la réclamation portée devant le directeur des contributions (3).

§ 3. — AGENTS DIPLOMATIQUES ET CONSULAIRES

Les agents diplomatiques et consulaires belges accrédités à l'étranger sont considérés comme ayant la qualité d'habitants du royaume et sont donc soumis également à l'impôt des personnes physiques.

Sont exclus du champ d'application de l'impôt des personnes physiques et inclus dès lors, sous réserve des exonérations applicables, dans celui de l'impôt des non-résidents :

- 1° les diplomates et consuls de carrière étrangers accrédités en Belgique ;
- 2° sous condition de réciprocité, les autres membres du personnel de carrière de la mission diplomatique ou consulaire étrangère et s'ils ne sont pas Belges, les membres de leur famille vivant à leur foyer ;
- 3° sous condition de réciprocité, les agents d'États étrangers, de leurs subdivisions et d'établissements publics étrangers, s'ils ne sont pas Belges et n'exercent pas leur fonction dans le cadre d'une activité industrielle ou commerciale (4).

(1) C.I.R., art. 3, § 2.

(2) Loi du 8 août 1983 sur le registre national des personnes physiques, art. 2.

(3) Cons. Ét., 11 septembre 1985, n° 25.605, *F.J.F.*, n° 86/39.

(4) C.I.R., art. 4. Cfr VAN DEN EINDE, « Aperçu des privilèges diplomatiques, consulaires et internationaux en matière d'impôts sur les revenus et de taxe de circulation », *Bull. contr.*, 1988, 1^{re} partie : n° 677 spécial, p. 1 et 2^e partie : n° 688 spécial, p. 147.

Ces règles sont l'application des conventions internationales sur les relations diplomatiques et consulaires et d'autres conventions sur les privilèges et immunités.

Le législateur semble avoir oublié d'exclure les épouses et membres de la famille des diplomates et consuls eux-mêmes.

Section 2. — Droit conventionnel

Les conventions fiscales internationales suivront le modèle de l'OCDE, définissant le résident d'un État contractant comme toute personne qui, en vertu de la législation de cet État, y est assujettie à l'impôt en raison de son domicile, de sa résidence ou de tout autre critère de nature analogue (1).

Pour cette détermination, la Belgique pourra donc appliquer sa présomption légale.

Toutefois, un conflit de résidences sera résolu par l'application, l'un à défaut de l'autre, des critères conventionnels de rattachement qui s'appliqueront indépendamment de la présomption :

- foyer d'habitation permanent ;
- centre des intérêts vitaux, identifié aux liens personnels et économiques ;
- séjour habituel ;
- nationalité (2).

Les normes conventionnelles de solutions de conflit de résidences n'ont qu'un rôle limité : elles régissent la répartition entre les deux États contractants du droit d'imposer les revenus du contribuable.

Si la Belgique, conventionnellement, n'est pas l'État de la résidence, elle doit renoncer à imposer les revenus dont l'imposition est attribuée à l'État de la résidence et limiter conformément à la convention la taxation des revenus qu'elle peut taxer en tant qu'État de la source.

Toutefois, dès lors que le pouvoir de taxer un revenu lui est attribué par la convention, le droit interne belge retrouve son empire : le contribuable qui, pour l'application de la convention, est un résident de l'autre État, sera, sur ses revenus imposables en Belgique, taxé comme un habitant du royaume.

(1) Convention OCDE, art. 4.1.

(2) Convention OCDE, art. 4.1.

Il sera imposé à l'impôt des personnes physiques, non à l'impôt des non-résidents. Les revenus dont l'imposition est attribuée à l'autre État seront pris en considération pour fixer le taux de l'impôt belge.

Pour l'application d'autres conventions, conclues par exemple entre la Belgique et un État d'où le contribuable tirerait des revenus, il sera considéré comme un résident belge (1).

(1) Com. Conv., 4/02 ; VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 4/13, pp. 150-151.

CHAPITRE II. — SOCIÉTÉS

§ 1^{er}. — SOCIÉTÉS RÉSIDENTES

Une société, une association, un établissement ou un organisme quelconque possède son domicile fiscal en Belgique dès lors qu'il y a :

- soit son siège social ou son principal établissement ;
- soit, lorsqu'il s'agit d'une société qui n'a pas à proprement parler de siège social ou de principal établissement, son siège de direction ou d'administration (1).

Le siège qui est constitutif de domicile fiscal est donc un siège de fait et non un siège de droit, le lieu où s'exerce la direction de la société. Normalement, cette direction émanera du conseil d'administration et de l'assemblée générale et le lieu des réunions de ces organes sera indicatif du lieu où est établie la direction. Il n'en est toutefois pas nécessairement ainsi. Si le siège statutaire ne coïncide pas avec le principal établissement de la société, c'est ce dernier qui sera déterminant : l'indication d'un siège dans les statuts n'exprime en effet que l'intention d'une société d'établir son principal établissement en Belgique. Il faudra voir si elle s'est confirmée dans les faits.

Ont été considérées comme assujetties à l'impôt des sociétés en Belgique :

- une société belge ayant à l'étranger un siège administratif, même si elle y traitait presque toutes ses affaires, ce siège n'étant qu'un siège d'exploitation soumis au contrôle du siège social belge (2) ;
- une société de droit congolais ayant son siège social à Léopoldville, parce que les assemblées générales se tenaient au siège administratif de Bruxelles et que les administrateurs et administrateurs délégués y exerçaient leurs fonctions (3) ;
- une société luxembourgeoise dont la correspondance émanait d'une adresse belge, dont le fondé de pouvoir exerçait son activité

(1) C.I.R., art. 2, § 2, 2°. LAGAE, « De migratie van vennootschappen en de Belgische inkomstenbelastingen », in *Liber Amicorum E. Krings*, 1991, p. 1031.

(2) Bruxelles, 27 décembre 1937 et 11 juillet 1938, *Antwerpia III, Bull. contr.*, 144, pp. 372 et 139, p. 148.

(3) Cass., 16 décembre 1955, *Pas.*, 1956, I, 376.

principalement en Belgique, dont l'actionnaire était une banque luxembourgeoise spécialisée dans la création de holdings et dont l'activité principale consistait en la détention d'une créance sur une société belge (1) ; tel sera souvent le cas des sociétés boîtes aux lettres constituées dans les paradis fiscaux. La doctrine est toutefois divisée à ce sujet : si les organes sociaux se réunissent effectivement à l'étranger et se bornent à exécuter les instructions d'un résident belge, faut-il donner la priorité à la direction formelle ou à la direction effective (2) ?

- une société française dont l'adresse du siège social en France correspondait à une simple boîte aux lettres, qui n'exerçait aucune activité d'affaires en France, alors qu'elle était en relation d'affaires constante avec une société belge : les administrations fiscales belge et française étaient d'accord de considérer la société comme résidente de la Belgique (3). La conséquence, en l'espèce, était que la rémunération du gérant devenait taxable.

Souvent, le statut même des sociétés privilégiées établies dans certains paradis fiscaux implique qu'elles soient dirigées au départ d'un autre pays. Il sera alors difficile de prétendre qu'elles n'y ont pas leur principal établissement.

Dans le cas où une société formellement belge, concessionnaire de mines au Portugal, était en fait dirigée par l'administrateur-délégué établi dans ce pays, le conseil d'administration et l'assemblée générale qui se réunissaient à Bruxelles ne faisant qu'entériner les décisions de l'administrateur-délégué, il a été jugé que cette société n'était pas soumise à l'impôt sur les sociétés belges, n'étant pas dirigée à partir de la Belgique.

Pour la Cour, la présence du siège social statutaire en Belgique ne crée qu'une présomption ; la loi vise une situation réelle plutôt qu'une situation formelle ou fictive (4).

(1) Bruxelles, 9 avril 1963, *Perfita*, *Rev. fisc.*, 1964, p. 229.

(2) Pour la première solution, voy. AFSCHRIFT, « La constitution d'une personne morale de droit étranger dans l'unique but d'éviter l'impôt belge », *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, 1986, p. 39.

(3) Liège, 9 novembre 1988, *Bull. contr.*, 1991, n° 709, p. 2243.

(4) Bruxelles, 29 juin 1982, *Mines d'Aljustrel*, *F.J.F.*, n° 82/119.

§ 2. — SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES

A. Droit interne

Sont soumises à l'impôt des non-résidents les sociétés qui n'ont pas en Belgique soit leur siège social, soit leur principal établissement ou leur siège de direction ou d'administration et qui se livrent à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif autres que celles qui permettent à une association sans but lucratif d'échapper à l'impôt des sociétés.

Ces sociétés sont imposables dans deux hypothèses :

- lorsqu'elles ont la personnalité juridique ;
- lorsque, sans posséder la personnalité juridique, elles sont constituées sous une forme juridique analogue à celles que vise l'article 2, § 2, du Code. La loi vise donc toutes les sociétés et toutes les organisations de droit belge, régies par le Code de commerce — sociétés de capitaux et sociétés de personnes — ou par d'autres textes (société agricole, groupement d'intérêt économique, etc.) (1).

Si une société étrangère a la personnalité juridique, elle sera imposée comme telle à l'impôt des non-résidents, même si, dans le pays de son siège, elle est traitée comme fiscalement transparente et si l'impôt est établi à charge de ses associés.

Si une société étrangère n'a pas la personnalité juridique, encore faudra-t-il vérifier si elle n'est pas constituée sous une forme analogue à celle d'une société ou d'un organisme belge doté de la personnalité juridique.

Cette règle vise sans doute à éviter la difficulté que rencontre le taxateur lorsque le concept de personnalité juridique étranger diffère du concept belge. Elle permettrait, par exemple, d'imposer des sociétés en nom collectif étrangères sans devoir examiner le droit étranger qui leur confère la personnalité juridique.

On a évoqué :

- le *partnership* américain, qui constitue une entité à certaines fins et non à d'autres (2) ;

(1) C.I.R., art. 227, 2°.

(2) GHYSBRECHT, « Le régime des sociétés étrangères en Belgique », in *Le régime fiscal des sociétés en Belgique depuis les lois des 7 décembre 1988, 22 décembre 1989 et 22 février 1990*, 1990, p. 351.

— la société en commandite néerlandaise, qui n'a pas la personnalité juridique, mais serait plus proche d'une association en participation que d'une commandite belge (1).

Le groupement européen d'intérêt économique établi à l'étranger échappera à l'assimilation, puisque le règlement européen applicable impose de lui reconnaître la transparence fiscale (2).

B. Droit conventionnel

Une société n'ayant pas son domicile fiscal en Belgique pourra revendiquer le bénéfice du traité en vigueur entre la Belgique et l'État de son domicile, si elle est dotée de la personnalité morale ou si elle est « considérée comme une personne morale aux fins d'imposition ». La convention conclue avec la France ne contient pas de pareille définition, mais étend la qualité de résident aux sociétés de personnes et associations dépourvues de personnalité juridique.

Si le traité ne reconnaît pas aux sociétés non personnalisées la qualité de résident d'un des États contractants (3), l'on devra considérer que les revenus sont recueillis directement par les associés et que les conventions respectives entre la Belgique et les divers États de résidence de ceux-ci trouvent à s'appliquer.

En application des conventions, la Belgique considérerait que les associations sans personnalité juridique n'étaient pas des sujets d'impôt distincts (4), mais que les sociétés de personnes qui, jadis, pouvaient opter pour l'imposition dans le chef de leurs membres, demeuraient des sujets d'impôt, parce qu'elles conservaient leur personnalité

(1) Ph. HINNEKENS, « De hervorming van de belastingen der niet-verblijfhouders », in *De belastinghervorming*, 1989, Biblio-dossier Fiscaliteit — 12, 1990, pp. 150-151.

(2) Règlement CEE du 25 juillet 1985, art. 40.

(3) Selon M. LAGAE, même si le traité reconnaît la qualité de résident aux sociétés non personnifiées, les associés composant celles-ci pourraient revendiquer le bénéfice du traité liant la Belgique à leur propre État de résidence, si ce traité leur est plus favorable (« Personenvennootschappen en maatschappen in het Belgisch internationale belastingrecht », *Liber Amicorum Prof. Baron J. Van Houtte*, 1975, t. I, p. 592, n° 60). Cette thèse nous paraît trop absolue. Si le traité entre la Belgique et l'État de résidence de la société confère à la Belgique le pouvoir de taxer distinctement une société non personnifiée, cette solution nous semble devoir l'emporter sur les droits que tiendrait d'une autre convention l'associé qui a choisi de commercer avec la Belgique par le biais d'une société tombant sous le coup d'un traité qui lui serait, par hypothèse, moins favorable.

(4) Com. Conv., 4/114.

juridique et que tout leur revenu — belge et étranger — était imposable en Belgique, quel que fût le domicile de leurs associés (1).

Il nous paraît, sur base du même raisonnement, qu'un groupement d'intérêt économique ayant son siège en Belgique pourrait, nonobstant sa transparence fiscale, revendiquer l'application des conventions signées par la Belgique.

Conflit

Si une personne autre qu'une personne physique est un résident des deux États contractants, elle est considérée comme résident de l'État où est situé son siège de direction effective (2).

Comme pour les personnes physiques, le droit interne belge retrouvera son empire pour lui permettre de taxer à l'impôt des sociétés et non à l'impôt des non-résidents les revenus sur lesquels la convention lui attribue le pouvoir d'imposition.

Historique

Avant la loi du 22 décembre 1989, les organismes étrangers étaient assujettis comme tels à l'impôt des non-résidents, même s'ils n'avaient pas la personnalité juridique.

Une association d'avocats étrangers contesta ce régime en le considérant comme discriminatoire et contraire à la convention internationale applicable et au Traité de Rome (3).

Désormais, les associés étrangers d'associations sans personnalité juridique et sans analogie avec des sociétés ou organismes belges dotés de personnalité juridique seront imposés individuellement.

L'impôt ainsi établi sera souvent minime et difficile à enrôler si les bénéficiaires sont nombreux. C'est ce qui avait incité le législateur à taxer l'association comme telle.

§ 3. — POUVOIRS PUBLICS ET ASSOCIATIONS SANS BUT DE LUCRE

Seront imposés à l'impôt des non-résidents, selon des modalités différentes des sociétés lucratives (4) :

(1) Com. Conv., 4/113.

(2) Convention OCDE, art. 4.3.

(3) Bruxelles, 3 novembre 1987, *J.D.F.*, 1988, p. 159, *R.G.F.*, 1988, p. 198, obs. DASSESSE.

(4) C.I.R., art. 227, 3°.

1° les États étrangers et leurs subdivisions et

2° les sociétés et organismes ayant leur siège à l'étranger et ne se livrant pas à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif ou ne se livrant qu'à des opérations permettant à une association sans but lucratif belge d'échapper à l'impôt des sociétés, à savoir :

- les opérations isolées ou exceptionnelles ;
- le placement des fonds récoltés dans le cadre de leur mission ;
- une activité ne comportant qu'accessoirement des opérations industrielles, commerciales ou agricoles ou ne mettant pas en œuvre des méthodes industrielles ou commerciales.

L'impôt n'est pas ici étendu à des associations dénuées de personnalité juridique à l'étranger, mais constituées sous des formes analogues à celles d'associations belges.

Les associations étrangères dont les opérations lucratives dépassent les limites précitées ou qui se livrent à une exploitation seront assimilées à des sociétés, alors que des associations belges ne le seraient pas si leurs activités étaient de celles qui sont énumérées aux articles 180 et 181 du Code (syndicats professionnels, institutions d'enseignement, foires et expositions, etc.).

Si une convention fiscale s'applique, la clause de non-discrimination leur assurera un traitement identique à celui de leurs homologues belges.

SOUS-TITRE III

DROIT COMPARÉ

FRANCE

La loi du 27 décembre 1976 a modifié les règles de territorialité et les conditions d'imposition des personnes non domiciliées en France (1).

Sont considérés comme domiciliés en France :

- ceux qui ont en France leur foyer, c'est-à-dire le lieu où leur famille réside normalement, même si le chef de famille est détaché à l'étranger pour l'exercice de sa profession ;
- ceux qui ont en France le lieu de leur séjour principal.

Doivent être considérés comme tels :

- ceux qui y séjournent pendant plus de 183 jours au cours d'une année ;
- ceux qui y ont résidé pendant une durée nettement supérieure à celle des séjours effectués dans divers pays étrangers.

À ces deux critères d'ordre personnel s'ajoutent des critères matériels.

Selon un critère professionnel, est considéré comme domicilié en France celui qui y exerce une activité professionnelle, sauf s'il justifie que cette activité est exercée à titre accessoire.

Ce critère s'applique toutefois de façon différente aux salariés et aux non-salariés :

- pour les salariés, le domicile coïncide avec le lieu où s'exerce régulièrement leur activité professionnelle ;
- pour les non-salariés, il se manifeste par une base fixe, un établissement stable ou une exploitation.

Si le contribuable travaille dans plusieurs pays, l'activité principale se détermine sur base du temps passé et, à défaut, du revenu produit.

(1) Voy. aussi Instruction du 26 juillet 1977 de la Direction générale des impôts.

Selon un critère économique, est domicilié en France celui qui y a le centre de ses intérêts économiques (1), c'est-à-dire :

- soit le lieu où il a effectué ses principaux investissements ou le siège d'où il les administre ;
- soit le centre de ses activités professionnelles ou le lieu d'où il tire la majeure partie de ses revenus, à comparer avec le lieu de l'activité professionnelle principale.

Enfin, les agents de l'État, même s'ils exercent leur activité à l'étranger, sont considérés comme domiciliés en France s'ils ne sont pas soumis dans le pays où ils exercent leurs fonctions à un impôt personnel sur l'ensemble de leurs revenus. Il suffit que soit taxée à l'étranger leur rémunération, même si d'autres revenus de source française, fonciers ou mobiliers, par exemple, échappent à l'impôt étranger.

Parmi les personnes domiciliées hors de France, l'on fait un sort à part à celles qui y disposent d'une habitation à quelque titre que ce soit (propriétaire, locataire, usufruitier, associé de sociétés immobilières, etc.), directement ou par personne interposée (2).

(1) TIXIER et LAMULLE, « Transfert du domicile fiscal en France. Centre des intérêts économiques (Cons. Ét., 11 déc. 1987, req. n° 45.176) », *Dr. fisc.*, 1988, n° 15, comm. 745.

(2) C.G.I., art. 164c et 197 A-b.

ÉTATS-UNIS

NATIONALITÉ ET RÉSIDENCE

Les citoyens des États-Unis sont soumis à l'impôt sur le revenu mondial. La règle résulte implicitement de la combinaison de la section 1(a) de l'Internal Revenue Code, établissant un impôt sur le revenu taxable de tout individu, et des exceptions figurant dans le Code.

Les résidents des États-Unis sont également soumis à l'impôt sur leurs revenus mondiaux. Jadis, les mêmes critères déterminaient si un étranger était non-résident pour l'application de la section 871 (taxation des étrangers non résidents) et si un citoyen américain était ou non-résident d'un pays étranger pour l'application de la section 911 (traitement favorable du revenu gagné par certains citoyens américains et provenant de sources extérieures aux États-Unis).

Ces critères étaient subjectifs et se référaient aux intentions de la personne concernant la longueur et la nature de son séjour.

Actuellement, la loi a établi des critères objectifs de résidence, qui ne s'appliquent qu'aux étrangers et non aux citoyens américains. Un étranger sera considéré comme résident (1) s'il dispose d'un visa d'immigrant (*green card*) lui permettant de résider aux États-Unis (*lawful permanent resident*), qu'il y réside effectivement ou non, s'il opte pour la qualité de résident ou s'il remplit les conditions d'un test de présence substantielle aux États-Unis : le total pondéré des jours de présence de l'étranger, pendant l'année et pendant les deux années précédentes, atteint 183 jours. Les multiplicateurs sont :

- année en cours : 1
- an (-1) : 1/3
- an (-2) : 1/6.

Le test n'est appliqué que si l'intéressé est présent pendant 31 jours au moins durant l'année en cours.

(1) IRC § 7701 (b) ; BITTEL, « The New Definition of Resident Alien for US Income Tax Purposes », *Tax Planning International Review*, 1984, vol. 12, n° 1, p. 14 ; ROTH-SCHILD et MAGILLIGAN, « United States : The definition of residency for Federal income tax purposes — An analysis of the proposed regulations », *B.I.F.D.*, 1988, p. 324.

Cependant, l'étranger qui est présent pendant moins de 183 jours au cours de l'année ne sera pas considéré comme résident en vertu de sa présence au cours des années précédentes s'il a pendant l'année en cours un foyer fiscal (1) à l'étranger et a une relation plus étroite avec le pays étranger concerné qu'avec les États-Unis.

Dans le traité modèle américain, les États-Unis traitent comme résident toute personne qui est imposable aux États-Unis, même en raison de sa seule nationalité (2).

(1) *Tax home*, cfr IRC § 911 (d) (3).

(2) SHANNON, « Comparison of the OCDE and US Model Treaties », *International Tax Journal*, vol. 12, 1985-86, pp. 270-273 ; SCHREYER et COPE, « Imposition des étrangers disposant d'une double résidence : l'interaction de l'article 7710 (b) et des conventions fiscales conclues par les États-Unis », *Rev. dr. aff. intern.*, 1986, n° 1, p. 45 ; SHANNON, « The general definition of residence under United States income tax treaties », *Intertax*, 1988, p. 204.

ROYAUME-UNI

CHAPITRE PREMIER. — PERSONNES PHYSIQUES

Une personne qui a été physiquement présente au Royaume-Uni pendant six mois d'une année d'imposition est considérée comme résidente (1).

Une personne arrivant au Royaume-Uni le 2 juin 1947 à 14 h et en repartant le 2 décembre 1947 à 10 h n'est pas devenue résidente (2).

Elle sera aussi considérée comme résidente si elle a au Royaume-Uni un logement à sa disposition et visite le pays pendant l'année d'imposition (3).

Toutefois, si une personne travaille à temps plein à l'étranger, le maintien d'un logement au Royaume-Uni est sans incidence sur son statut de non-résident.

Pour déterminer si son travail à l'étranger est à temps plein, les devoirs accessoires qu'elle accomplirait au Royaume-Uni sont considérés comme accomplis à l'étranger (4). Elle peut donc s'arrêter dans un logement anglais pendant un séjour d'affaires ou y passer des vacances sans être considérée comme résidente.

Un pilote de la K.L.M. qui faisait occasionnellement escale au Royaume-Uni et y avait un logement a été considéré comme résident parce que les devoirs accomplis dans le pays étaient de même nature que ceux qu'il accomplissait à l'étranger (5).

Une personne sera également considérée comme résidente, même si elle n'a pas de logement à sa disposition, si ses visites dans le pays

(1) Arg. TA 1988, s. 336.

(2) *Wilkie v. IRC* (1952) 1 All ER 92 ; 32 TC 495.

(3) Peu importe qu'elle en soit elle-même propriétaire ou locataire : un résident belge fut considéré comme résident parce qu'il utilisait un pavillon de chasse anglais appartenant à la société (*Loewenstein v. de Salis* (1926) 10 TC 424).

(4) TA 1988, s. 335.

(5) *Robson v. Dixon* (1972) 48 TC 527, critiqué par SUMPTION, *Taxation of overseas income and gains*, 2^e éd., 1975, p. 18.

sont fréquentes : tel sera le cas si elles atteignent pendant quatre ans une moyenne de trois mois par an.

La personne qui demeure habituellement au Royaume-Uni en est résidente ordinaire, même si elle est non-résidente pendant une année déterminée. La résidence ordinaire est celle qui a été adoptée à titre de mode de vie pendant une certaine période, pour un motif constant (1).

Un résident ordinaire restera par exemple soumis à l'impôt sur les plus-values même s'il s'absente pendant l'année de réalisation du gain.

Le domicile est l'endroit où une personne a l'intention de résider de façon permanente. Il est nécessairement unique. Il est surtout important pour l'application de l'impôt sur les successions et donations.

(1) Un étudiant étranger peut être résident ordinaire et avoir de ce fait droit à une bourse (*Akbarali v. Great London Borough Council* (1983) 2 WCR, 16).

CHAPITRE II. — SOCIÉTÉS

Une société, quels que soient le lieu où elle a été constituée et son siège social statutaire, est résidente à l'endroit où sa direction et son contrôle central sont exercés (1). Comme les statuts confient généralement la direction de la société au conseil d'administration, il s'agira normalement du lieu où ce conseil se réunit.

L'administration fiscale, en pratique, procède comme suit : elle examine d'abord si les administrateurs assurent en fait la direction et le contrôle central de la société ; elle détermine alors où ils exercent cette direction ; s'ils ne l'assurent pas, elle recherche par qui et où la direction est exercée (2).

En outre, depuis le 15 mars 1988, une société constituée au Royaume-Uni y est résidente (3). C'est la fin des sociétés *off-shore*.

(1) *De Beers Consolidated Mines Ltd. v. Howe* (1906) AC 455, 458.

(2) Statement of practice 6/83.

(3) FA 1988, s. 66 [1] ; GAMMIE, « UK company residence : the new rules », *Inter-tax*, 1988, p. 416.

TITRE II

SOURCE DES REVENUS

Les règles de source déterminent quand un revenu est dérivé de source nationale, de source étrangère ou de source partiellement nationale et partiellement étrangère.

Par elles-mêmes, ces dispositions n'imposent aucun impôt et n'accordent aucune exemption. Elles ne reçoivent application que lorsqu'une autre disposition légale s'y réfère, par exemple :

- les dispositions taxant les revenus des étrangers non résidents et des sociétés étrangères ;
- l'exemption du revenu de source étrangère des résidents.

La Belgique, par exemple, ne définit la source des revenus que pour l'application de l'impôt des non-résidents.

Les non-résidents ne sont soumis à l'impôt en Belgique que sur les revenus produits ou recueillis en Belgique (1).

La loi donne de ces revenus une énumération, qui doit être considérée comme limitative (2).

Seul le Code américain tente de formuler des règles de source univoques (3).

Dans les autres législations, les règles de source seront, au mieux, différentes selon qu'il s'agit de l'imposition des résidents sur leurs revenus étrangers et des non-résidents sur leurs revenus nationaux.

Certains pays taxent les sociétés étrangères lorsqu'une certaine proportion de leurs revenus trouve sa source dans le pays.

Parfois, ils appliquent même une retenue à la source sur les dividendes distribués par ces sociétés.

Des auteurs admettent que les notions de nationalité ou de résidence ne conviennent pas pour déterminer l'imposabilité d'une société

(1) Cfr CLAEYS-BOUUAERT, Rapport belge, XXXIV^e Congrès international de droit financier et fiscal, Paris, 1980, « Les règles pour déterminer l'origine étrangère des revenus ou des charges », *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXV b, p. 277 ; ID., « Les règles pour déterminer l'origine étrangère des revenus ou des charges », *J.D.F.*, 1980, p. 193.

(2) C.I.R., art. 228.

(3) IRC, §§ 861 à 863.

dans un pays et qu'il n'y a lieu de s'attacher qu'à la source du revenu. Ils ajoutent toutefois que la source du revenu est celle du capital et du *know-how* qui ont permis la création de la société. Cette source coïncide généralement avec le lieu du siège de la société.

Généralement, les règles de source ne peuvent reconnaître une origine aussi lointaine et difficilement déterminable du revenu.

ÉTATS-UNIS

Le Code américain fournit le seul exemple cohérent de règles de source, dans les sections 861 à 863.

A. Intérêts

1. L'intérêt payé par un résident américain, particulier ou société, et le dividende payé par une société américaine ou par certaines sociétés étrangères engagées dans une activité d'affaires aux États-Unis sont de source américaine.

2. L'intérêt payé par une société créée aux États-Unis (*domestic corporation*) est de source américaine.

Une exception existe en faveur des sociétés américaines dérivant plus de 80 % de leur revenu de sources étrangères (1).

Jadis, les intérêts payés par ces sociétés étaient considérés comme de source étrangère. Maintenant, l'exception ne s'applique que si, depuis trois ans, la société dérive 80 % de son revenu d'un commerce actif à l'étranger, non d'investissements passifs, que ce soit directement ou à l'intervention de filiales américaines ou étrangères.

Le dividende payé par une telle société sera de source américaine, mais la retenue à la source américaine applicable à un actionnaire non résident ne sera perçue qu'en proportion du revenu de source américaine (2).

L'intérêt payé par une telle société sera considéré comme étant de source étrangère. Cependant, si le bénéficiaire est lié (*related*) à la société en cause, l'intérêt ne sera de source étrangère qu'en proportion du revenu actif d'affaires de la société réalisé à l'étranger.

3. L'intérêt payé par la succursale américaine d'une société étrangère est de source américaine.

L'intérêt est considéré comme étant de source américaine dès qu'il dépasse l'intérêt effectivement payé par la succursale, c'est-à-dire quand une portion de l'intérêt global payé par la société est déduite du revenu américain.

(1) 80/20 corporations, IRC §§ 861 (c), 871, 881, 1441 et 6049.

(2) IRC § 871 (i).

4. L'intérêt produit par un dépôt effectué auprès d'une banque américaine n'est pas considéré comme étant de source américaine. Le but est d'attirer les dépôts.

B. Dividendes

1. Le dividende payé par une société créée aux États-Unis (*domestic corporation*) est de source américaine.

2. Même le dividende payé par une société étrangère peut être traité comme étant de source américaine et subir ainsi une retenue à la source (*2nd tier withholding tax*), outre l'impôt sur le revenu américain déjà perçu sur les profits.

Le dividende payé par une société étrangère n'est pas de source américaine si moins de 25 % du revenu brut de cette société étrangère a, pendant les trois ans précédant l'année fiscale de la déclaration du dividende, été effectivement lié à une activité d'affaires aux États-Unis (1).

Une société engagée dans une activité d'affaires aux États-Unis y est résidente au sens du droit interne, non des conventions. Si une convention s'applique, seul l'intérêt supporté par un établissement stable sera considéré comme étant de source américaine.

Les conventions internationales dérogent souvent à la règle de source relative aux dividendes. Ainsi, le traité franco-américain, après avoir exigé le rattachement de 80 % du revenu d'une société française à un établissement stable américain au lieu de 25 % pour que son dividende soit considéré comme étant de source américaine (2), écarte maintenant la règle sans plus (3).

C. Rémunération de services

Le revenu rémunérant la prestation de services trouve sa source à l'endroit où les services ont été rendus.

Le fait que le cocontractant soit le gouvernement américain ou un résident des États-Unis, le lieu de conclusion du contrat et le lieu d'utilisation du résultat des services sont sans pertinence.

Par exemple, le revenu d'une station de radio émettant au Mexique à l'intention d'auditeurs américains a été considéré comme de source

(1) IRC § 861 (a) (2) (B).

(2) Art. 9-4-B et 13, anciens.

(3) Art. 9.4.

étrangère bien qu'il provienne en majeure partie des paiements d'annonceurs américains (1).

Le terme « service » s'applique à l'activité d'une société comme à celle d'un particulier, indépendant ou sous contrat de travail.

Un particulier peut fournir des services par l'intermédiaire d'un mandataire ou représentant.

Toutefois, le revenu rémunérant des services n'est pas considéré comme étant de source américaine, sans néanmoins être considéré comme étant de source étrangère, si les quatre conditions suivantes sont remplies (2) :

1) Les services sont rendus par une personne physique étrangère et non résidente, à l'exclusion d'une société ;

2) La personne est temporairement présente aux États-Unis pour une ou plusieurs périodes ne dépassant pas 90 jours pendant l'année fiscale, c'est-à-dire l'année pendant laquelle le revenu est gagné, qui n'est pas nécessairement l'année pendant laquelle il est payé ;

3) La rémunération ne dépasse pas \$ 3 000, dans lesquels ne sont pas compris les remboursements de dépenses ;

4) Les services sont rendus aux termes d'un contrat conclu avec :
 — un étranger non résident, une association étrangère ou une société étrangère non engagée dans une activité d'affaires aux États-Unis ;
 — un citoyen ou un résident des États-Unis, une association nationale si les services sont rendus pour un bureau ou lieu d'affaires établi à l'étranger.

Si les services sont rendus pour le bureau étranger d'une entité étrangère engagée dans une activité d'affaires aux États-Unis, l'exception ne s'applique pas. Il y a, à cet égard, discrimination entre les étrangers et les nationaux.

Traités

Dans les traités, les services personnels sont envisagés par différents articles :

- bénéfices des entreprises ;
- professions indépendantes ;
- professions dépendantes.

(1) *Com. v. Piedras Negras Broadcasting Co* , 127 F. 2nd 260 (5th Cir. 1942).

(2) IRC § 861 (a) (3).

D. Loyers et redevances

Les loyers ou redevances provenant de biens situés aux États-Unis ou d'un intérêt dans de tels biens sont de source américaine, y compris les redevances couvrant l'usage ou le droit d'utiliser aux États-Unis des brevets, droits d'auteurs, marques, procédés secrets, *goodwill* ou autres biens similaires (1).

Le lieu de conclusion du contrat, de paiement du loyer ou de la redevance, la loi nationale protégeant le bien, le lieu de création, ainsi que le lieu de résidence du débiteur sont sans importance.

Un engagement de non-concurrence est considéré comme une renonciation au droit de faire le commerce aux États-Unis (2).

Traités

Les conventions traitent sous des articles différents des :

- revenus de la location de biens mobiliers corporels : bénéfice des entreprises ;
- redevances afférentes aux films : *id.* ;
- redevances de droits d'auteurs et d'autres droits incorporels.

E. Vente de biens immobiliers

Le profit né de la vente d'un bien immobilier trouve sa source à l'endroit où ce bien est situé.

F. Vente de biens meubles (*personal property*)

1. Biens meubles et valeurs mobilières en général

Le revenu dérivé de la vente de *personal property*, telles des actions de société, trouve sa source au lieu de résidence du vendeur (3).

2. Stocks

Le revenu tiré de la vente de stocks (*inventory*) trouve sa source au lieu de la vente, qui est l'endroit où le titre de propriété est transféré (*title-passage rule*).

(1) IRC § 861 (a) (4).

(2) *Korfund C^o*, 1 TC 1180 (1943).

(3) IRC § 865 (a) ; LIEBMAN, « Sourcing Rules for Sales of Personal Property after the 1986 Tax Reform Act », *International Tax Journal*, vol. 15, 1988-89, n° 1, p. 13 ; GALLER, « Risk of Loss in Sourcing Profits from Sales of Personal Property », *ibid.*, vol. 17, 1990-91, n° 2, p. 77.

Dans le cas de biens produits aux États-Unis, sauf preuve d'un prix d'usine « indépendant », la moitié du revenu est censée y trouver sa source (1).

Il suffit donc de vendre CIF Le Havre et non FOB New York pour générer du revenu étranger, capable d'absorber des crédits d'impôt étranger excédentaires (cf. *infra*). Néanmoins, si une opération de vente est arrangée d'une manière particulière dans le but d'éviter l'impôt, la vente sera traitée comme si elle avait eu lieu à l'endroit où sa substance se retrouve.

3. *Biens amortissables*

La partie du gain réalisé lors de la vente de biens amortissables et correspondant aux amortissements antérieurs a la même source que le revenu dont les amortissements ont été déduits.

Le solde est rattaché au lieu de passage du titre de propriété.

4. *Droits intellectuels (intangibles)*

Conformément à la règle générale, le revenu dérivé de la cession de droits intellectuels est rattaché au lieu de résidence du vendeur (2).

Toutefois, si le paiement dépend de la productivité, de l'usage ou de la disposition du bien vendu, la règle de source applicable aux redevances, à savoir l'usage dans le pays, est substituée à celle qui régit la vente.

En toute hypothèse, le profit résultant de la vente d'un *goodwill* trouve sa source à l'endroit où celui-ci a été développé.

Rattachement des déductions

Avant 1977, les règles de rattachement des déductions aux revenus de source américaine ou de source étrangère étaient simples : chaque revenu était diminué des dépenses qui s'y rapportaient ; les autres dépenses étaient divisées proportionnellement entre le revenu de source américaine et le revenu de source étrangère.

Il existe une tendance à rattacher facilement les déductions au revenu de source américaine, avec la conséquence que ce revenu en est diminué, le revenu étranger augmenté et la limite du crédit d'impôt étranger augmentée également. En 1977, une réglementation complexe fut introduite en application de la section 861 du Code, dont le

(1) IRC § 863 (b).

(2) IRC § 865 (d).

principe était la déduction des dépenses du type de revenu qu'elles généraient.

Le Code de 1986 adopte une nouvelle perspective pour ventiler les dépenses qui ne sont pas directement imputables à une activité particulière génératrice de revenus : ce ne sera plus société par société, mais bien sur la base des actifs consolidés que s'effectuera la ventilation, comme si toute la partie américaine du groupe constituait un seul contribuable (1), donc en négligeant les participations au capital des filiales ou les créances intragroupe.

Par exemple, les appointements du président d'une société américaine qui a pour seul actif une société américaine à portefeuille, qui, à son tour, contrôle des filiales américaines et étrangères, seront, le cas échéant, ventilés entre les revenus respectifs de sources américaine et étrangère comme si les diverses sociétés américaines constituaient une seule entité.

Les charges d'intérêt méritent un traitement particulier, eu égard à la nature fongible de l'argent. La ventilation concernera tous les débiteurs, sauf exception, par exemple pour les financements *non recourse* ; elle s'effectuera au prorata des actifs dans les différents pays sur base consolidée. La ventilation en fonction du revenu brut n'est plus permise.

(1) IRC § 864 (e).

DEUXIÈME PARTIE

**IMPOSITION DES REVENUS
DE SOURCE ÉTRANGÈRE
DANS L'ÉTAT DE LA RÉSIDENCE**

TITRE PREMIER

DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

Une convention bilatérale tend à éviter la double imposition juridique qui peut se présenter lorsqu'une personne qui réside dans un État tire des revenus d'un autre État ou possède une fortune dans cet autre État et que les deux États imposent ces revenus ou cette fortune.

Dans ce cas, plusieurs articles de la convention confèrent le droit d'imposition soit à l'État de la résidence, soit à l'État de la source. Lorsque l'État de la source abandonne son droit d'imposition, l'article correspondant déclare que le revenu et la fortune en question « ne sont imposables que dans l'autre État ». Il ne se pose dès lors aucun problème de double imposition.

Par contre, lorsque l'État de la source ne renonce pas à l'impôt, il est prévu que l'État de la résidence doit accorder un allègement. L'article correspondant, dans ce cas, stipule que le revenu ou la fortune « sont imposables » dans l'État de la source. C'est donc, en principe, à l'État de la source que le droit d'imposition est accordé par priorité, l'État de la résidence ayant l'obligation d'éviter la double imposition.

Deux méthodes principales permettent d'éviter la double imposition : l'exemption et l'imputation (cfr *supra*). Rappelons que, dans le premier cas, l'État ne tient pas compte des revenus qui, normalement, devraient subir une double imposition dans le calcul de l'assiette de l'impôt sur le revenu qu'il doit percevoir. L'exemption peut être intégrale, le revenu en question n'étant même pas pris en considération dans le calcul du taux applicable, ou progressive, le revenu pouvant être pris en considération pour la fixation du taux de l'impôt.

Dans le second cas, l'État calcule l'impôt sur le montant total des revenus, mais déduit ensuite de l'impôt qui lui est dû celui qui est payé dans l'autre État. L'imputation peut être limitée à une fraction de l'impôt (imputation ordinaire) ou intégrale.

Parmi les pays membres de l'OCDE, certains étaient partisans de la première méthode, d'autres de la seconde. C'est pourquoi on a pré-

féré laisser subsister les deux systèmes, chaque État conservant toute liberté de choix.

CHAPITRE PREMIER. — EXEMPTION ET IMPUTATION (SYSTÈME MIXTE) (1)

Section 1. — Obligation incombant à l'État de la résidence d'accorder l'exemption

Lorsque les revenus sont imposables dans l'« autre État » (État de la source) en vertu des dispositions de la Convention, l'État de la résidence doit accorder l'exemption, que le revenu en question soit ou non imposé effectivement dans l'État de la source.

Exceptionnellement, il peut être dérogé à cette obligation absolue d'exemption, par exemple si la législation de l'État de la source ne lui permet pas d'user du droit d'imposition que lui confère la Convention.

Les auteurs de la Convention ont choisi la méthode de l'exemption progressive.

Section 2. — Régime spécial en cas de perte

Il peut être prévu par les États contractants que, lorsque l'État de la résidence déduit du revenu qu'il impose une perte subie dans l'autre État (2), il peut, lorsque des bénéficiaires sont acquis ultérieurement dans cet autre État, réduire de façon correspondante l'exonération pour les années suivantes.

Section 3. — Cas des dividendes, intérêts et redevances

En ce qui concerne ces revenus, la Convention prévoit le partage du droit d'imposition. Certains pays l'appliquent seulement en ce qui concerne les redevances.

(1) Convention OCDE, art. 23A.

(2) Voy. à ce propos la proposition de directive du Conseil relative à un régime de prise en compte par les entreprises des pertes subies par leurs établissements stables et filiales situés dans d'autres États membres, *J.O.C.E.* n° C 53 du 28 février 1991, p. 30.

Dans ce cas, en principe, il ne faut dès lors pas s'attendre à ce que l'État de la résidence pratique la méthode de l'exemption, quoiqu'il soit libre de le faire. Le paragraphe 2 de l'article 23A prévoit donc, pour ces revenus, l'application de la méthode de l'imputation ordinaire, la somme déduite ne pouvant excéder la fraction de l'impôt, calculé avant la déduction, correspondant aux revenus reçus de l'autre État contractant (1).

Section 4. — Dividendes de filiales

Particulièrement lorsqu'une filiale distribue un dividende à sa société mère, la double imposition juridique est moins importante que la double imposition économique du bénéfice distribué, taxé chez la filiale et éventuellement chez la mère (2).

§ 1^{er}. — CRÉDIT INDIRECT

Certains pays, tels les États-Unis et le Royaume-Uni, connaissent les crédits d'impôt direct et indirect. Une société percevant des dividendes étrangers imputerait non seulement la retenue à la source étrangère, mais encore l'impôt des sociétés étranger afférent au dividende (crédit indirect, *underlying foreign tax credit*).

§ 2. — EXONÉRATION

D'autres pays appliquent aux dividendes, du moins en cas de participation d'une certaine importance, la même exemption totale ou partielle qu'aux dividendes nationaux, visant à éviter la double imposition économique.

(1) Les États peuvent y substituer l'imputation intégrale qui est plus logique dans la mesure où généralement le taux d'imposition est plus élevé dans l'État de la résidence que dans celui de la source qui doit respecter certains taux d'imposition maximum.

(2) Cfr SATO, « International Aspects of Integration of the Corporate and Personal Income Taxes », *Georgia Journal of International & Comparative Law*, vol. 8, 1978, p. 779 ; VAN HOORN, « Élimination de la double imposition entre sociétés mères et leurs filiales sur le plan international. De quelle double imposition s'agit-il ? », in *Réflexions offertes à Paul Sibille*, 1981, p. 931 ; VAN HOORN, *Wat bedoelen wij eigenlijk met dubbele belastingen*, Nederlandse Federatie van Belastingconsultanten, 1980 ; AVI-YONAH, « The Treatment of Corporate Preference Items under an Integrated Tax System : A Comparative Analysis », *Tax Lawyer*, vol. 44, 1990-1991, p. 195 ; GAMMIE, « Reforming Corporate Taxation : An Evaluation of the United States Integration Proposals and other Corporate Tax Systems in an International Context », *British Tax Review*, 1992, pp. 148 et 243.

CHAPITRE II. — IMPUTATION (1)

C'est la méthode de l'imputation ordinaire qui a été choisie. La somme déduite ne peut excéder la fraction correspondante de l'impôt dans l'État de la résidence. Si le résident d'un État tire des revenus de différentes sortes de l'État de la source et si ce dernier n'impose que les revenus d'une certaine sorte, la déduction maximum que l'État de la résidence accorde est égale à la fraction de son impôt qui correspond uniquement à l'élément de revenu qui est imposé dans l'État de la source.

Par conséquent, en ce qui concerne l'impôt sur la fortune, par exemple, il ne peut y avoir d'imputation sur un impôt sur la fortune que si les deux États imposent les fortunes. Cependant, ceux-ci peuvent convenir par voie de conventions bilatérales qu'un impôt qualifié d'impôt sur la fortune sera traité comme un impôt sur le revenu et imputé à ce titre.

(1) Convention OCDE, art. 23B.

CHAPITRE III. — *TAX SPARING*

Dans certains cas, un État peut désirer, pour des raisons particulières, accorder des avantages fiscaux à certaines personnes (pensions d'invalides de guerre) ou à des catégories de revenus (pays en voie de développement devant encourager l'expansion industrielle).

Si cet État conclut une convention avec un autre pays pratiquant le système de l'imputation, le bénéfice du dégrèvement sera perdu pour le contribuable si cet État ne déduit que le montant de l'impôt perçu par l'État de la source.

Les États pourront, dans ce cas, prévoir une dérogation aux articles 23A, § 2, et 23B et pratiquer soit la méthode de l'exemption, soit celle de l'imputation par dégrèvement d'impôt. Selon cette méthode, l'État de la résidence déduit de son propre impôt un montant correspondant à l'impôt qui aurait été perçu dans l'État de la source si celui-ci n'avait pas consenti de dégrèvement.

Par exemple, la Chine insiste dans la négociation de tous ses traités, à l'exception de celui conclu avec les États-Unis, sur l'introduction d'une clause de *tax sparing* (1)

(1) EASSON et LI JINYAN, *Taxation of foreign investment in the People's Republic of China*, 1989, p. 165.

TITRE II

DROIT DE LA CEE

CHAPITRE PREMIER. — PROPOSITION DE DIRECTIVE

Deux propositions de directive n'ont plus qu'un intérêt historique (1).

Ces deux premières propositions de directive publiées en 1969 avaient pour but de favoriser les regroupements des sociétés d'États membres différents et de permettre aux entreprises de s'adapter aux exigences du marché commun, d'accroître leur productivité et de renforcer leur position concurrentielle sur le plan international.

§ 1^{er}. — PROPOSITION DE DIRECTIVE SUR LE RÉGIME FISCAL COMMUN APPLICABLE AUX SOCIÉTÉS MÈRES ET FILIALES D'ÉTATS MEMBRES DIFFÉRENTS (2)

Cette proposition de directive prévoyait un régime fiscal commun qui évitait que le bénéfice réalisé par une filiale, déjà taxé au niveau de cette société, soit à nouveau soumis à l'impôt sur les sociétés dans le chef de la société mère.

La qualité de société mère aurait été reconnue à toute société qui détient une participation minimum de 20 % d'une autre société ou à toute société qui a apporté à sa filiale l'ensemble de ses éléments d'actif ou une ou plusieurs branches d'activités, quelle que soit l'importance de sa participation.

Le régime fiscal était le suivant :

(1) Cfr BRYAN, « International and corporate double taxation problems in the light of European Economic Community proposals for the harmonization of company taxation », *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 1978, p. 833.

(2) Proposition de directive du Conseil concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents ; proposition présentée par la Commission le 16 janvier 1969, *COM. (69) 6 final* du 15 janvier 1969 et *J.O.C.E.*, n° C 39 du 22 mars 1969, p. 7 ; avis du C.E.S. du 26 juin 1968, *J.O.C.E.*, n° C 51 du 29 avril 1970, p. 7.

- les bénéfices que toute société mère tire de sa filiale ne feraient pas partie de son bénéfice imposable, à l'exception, éventuellement, d'un montant n'excédant pas 5 % ;
- ces bénéfices seraient exemptés de toute retenue à la source ;
- une société mère détenant une participation d'au moins 50 % pourra opter, pour une période minimum de cinq ans, pour le régime du bénéfice consolidé.

§ 2. — PROPOSITION DE DIRECTIVE D'HARMONISATION
DES SYSTÈMES D'IMPÔT DES SOCIÉTÉS ET DES RÉGIMES DE RETENUE
À LA SOURCE SUR LES DIVIDENDES (1)

Cette proposition de directive prévoyait que chaque État membre appliquerait aux bénéfices distribués ou non distribués des sociétés un seul taux d'impôt des sociétés qui devra se situer entre 45 % et 55 %. La Commission considère aujourd'hui que cette fourchette est trop élevée, eu égard à l'évolution récente et prévisible dans les États membres (2).

De plus, tout dividende distribué par une société d'un État membre donnerait droit à un crédit d'impôt unique sans distinguer selon que l'actionnaire est résident de cet État ou d'un autre État membre.

Le taux de ce crédit d'impôt se situerait entre 45 % et 55 % du montant de l'impôt des sociétés.

Dans la mesure où une société distribuera des dividendes provenant de bénéfices pour lesquels elle n'a pas supporté l'impôt des sociétés, un impôt compensatoire ou un acompte d'impôt des sociétés non remboursable pourrait être perçu de manière à neutraliser le crédit d'impôt attaché aux dividendes.

Aucune retenue à la source ne pourrait cependant être perçue sur les dividendes distribués par une société filiale à sa société mère résidente d'un État membre.

La retenue à la source serait imputée sur le montant de l'impôt dû par le bénéficiaire et éventuellement restituée dans la mesure où elle excéderait cet impôt.

(1) Proposition de directive du Conseil concernant l'harmonisation des systèmes d'impôt des sociétés et des régimes de retenue à la source sur les dividendes ; proposition présentée par la Commission le 1^{er} août 1975, *COM. (75) 2392 final* du 23 juillet 1975 et *J.O.C.E.*, n° C 253 du 5 novembre 1975, p. 2 ; avis du C.E.S. du 29 septembre 1976, *J.O.C.E.*, n° C 278 du 24 novembre 1976, p. 6.

(2) Communication de la Commission du 4 novembre 1987 sur la création d'un espace financier européen, *COM. (87) 550*.

La Commission des Communautés européennes estimait que ce crédit d'impôt harmonisé devait s'appliquer aussi aux organismes de placement collectif afin d'éliminer les obstacles fiscaux qui s'opposent aux investissements effectués sur le marché des actions par de moyens et petits épargnants (1).

Les participants d'un organisme de placement collectif auraient droit au crédit d'impôt afférent aux dividendes reçus par cet organisme de placement collectif et redistribués par lui.

La transmission du crédit d'impôt pourrait être réalisée par deux méthodes :

- soit en accordant effectivement aux participants d'un organisme de placement collectif le crédit d'impôt de l'État de la source ; les participants bénéficient alors d'un crédit d'impôt variable selon l'origine des dividendes dans la Communauté ;
- soit en accordant dans tous les cas aux participants le crédit d'impôt unique de l'État de l'organisme de placement collectif et en instituant un mécanisme de compensation au niveau de l'organisme de placement collectif pour aboutir au même résultat final.

Les États membres auraient la faculté d'appliquer l'une ou l'autre de ces deux méthodes.

(1) Proposition de directive du Conseil portant application, aux organismes de placement collectif, de la directive du Conseil concernant l'harmonisation des systèmes d'impôt sur les sociétés et des régimes de retenues à la source sur les dividendes.

CHAPITRE II. — DIRECTIVE SUR LE RÉGIME FISCAL COMMUN DES SOCIÉTÉS MÈRES ET FILIALES D'ÉTATS MEMBRES DIFFÉRENTS

Une directive du Conseil des Communautés économiques européennes du 23 juillet 1990 prévoit un régime fiscal commun qui évite que le bénéfice réalisé par une filiale, déjà taxé au niveau de cette société, soit à nouveau soumis à l'impôt sur les sociétés dans le chef de la société mère établie dans un autre État membre (1).

La qualité de société mère est en principe reconnue à toute société qui détient une participation minimum de 25 % d'une autre société.

Le régime fiscal commun est le suivant :

- Les bénéfices distribués par une filiale à sa société mère, autrement qu'à l'occasion de sa liquidation, ne seront pas imposés dans l'État de la société mère ou seront imposés moyennant déduction du montant de l'impôt de la fraction de l'impôt de la filiale afférent à ces bénéfices.

Il est permis aux États membres de prévoir que les charges se rapportant à la participation, sans que celles-ci puissent excéder 5 % des bénéfices distribués si elles sont évaluées forfaitairement, et les moins-values résultant de la distribution des bénéfices de la société filiale ne seront pas déductibles du bénéfice imposable de la société mère.

- Les bénéfices distribués seront exemptés de toute retenue à la source. Cette règle n'empêche toutefois pas le paiement anticipé ou préalable de l'impôt sur les sociétés à l'État membre où est située la filiale et ne doit pas affecter l'application des dispositions nationales ou conventionnelles visant à supprimer ou à atténuer la double imposition économique des dividendes.

(1) Directive n° 90/435/CEE, *J.O.C.E.* n° L 225 du 20 août 1990. Cfr not. DE HOSON, « The parent-subsidiary directive », *Intertax*, 1990, p. 414 ; BOON et LAMBOOIJ, « EC Parent-Subsidiary Directive Steps towards Harmonization of Direct Taxes », *Tax Planning International Review*, 1991, n° 4, p. 6 ; MCGREGOR, « European Communities : Implementation of the EC Parent-Subsidiary Directive in the Various Member States », *B.I.F.D.*, 1992, p. 340 ; RABY, « National Implementation of the Parent-Subsidiary Directive : Some Problems and Opportunities Identified », *E.C. Tax Review*, 1992, p. 216 ; VAN DER GELD, « Some General Problems in the Implementation of the Parent-Subsidiary Directive », *E.C. Tax Review*, 1992, p. 224.

La directive CEE concernant le régime fiscal commun des sociétés mères et filiales d'États membres différents élimine un obstacle important au libre flux des revenus transfrontaliers constitués par des dividendes couverts par la directive. Sa mise en application sous une forme élargie dans des États tels que la Belgique amplifie ce progrès, en l'étendant par exemple aux plus-values.

Le récent rapport déposé par le Comité de réflexion des experts indépendants sur la fiscalité des entreprises, présidé par M. Ruding, et au sein duquel le professeur Vanistendael représentait la Belgique, confirme qu'il ne s'agit là que d'un premier pas (1). Il est indiscutable qu'un certain nombre de distorsions fiscales sont susceptibles d'influencer défavorablement la structure d'investissements transfrontaliers au sein de la Communauté et qu'une action commune est nécessaire à cet égard pour permettre l'élargissement du champ d'application de la directive mères-filiales à toutes les entreprises assujetties à l'impôt des sociétés et, ultérieurement, à toutes les entreprises soumises à l'impôt sur les revenus. Le rapport propose que le seuil de 25 % de participation, définissant la société filiale, soit considérablement abaissé, comme l'ont déjà fait certains États membres, parmi lesquels la Belgique.

En dehors des cas d'application de la directive, le comité recommande d'ailleurs l'instauration d'une retenue à la source élevée sur dividendes, de 30 %, destinée à prévenir l'évasion fiscale.

Comparant, dans le chef de la société mère, le régime de l'exonération des dividendes et celui de l'imputation de l'impôt payé par la filiale, le comité ne tranche pas la question de principe, mais exprime, pour des raisons de simplicité administrative, une préférence pour la

(1) *Conclusions et recommandations du Comité de réflexion des experts indépendants sur la fiscalité des entreprises*, Bruxelles-Luxembourg, 1992. Cfr VANISTENDAEL, « Comments on the Ruding Committee Report », *E.C. Tax Review*, 1992, p. 3 ; MCLURE, Jr., « Coordinating Business Taxation in the Single European Market : the Ruding Committee Report », *ibid.*, 1992, p. 13 ; KNOBBE-KEUK, « The Ruding Committee Report — An impressive vision of European Company Taxation for the year 2000 », *ibid.*, 1992, p. 22 ; DAROLLES et TUCCI, « The Ruding Report : a business point of view », *ibid.*, 1992, p. 39 ; DEVEREUX, « The Impact of Taxation on International Business : Evidence from the Ruding Committee Survey », *ibid.*, 1992, p. 105 ; HINNEKENS, L. et VANISTENDAEL (Belgium) ; OVERGAARD (Denmark) ; TIXIER et BERLIN (France) ; WALSH (Ireland) ; FANTOZZI et MANGANELLI (Italy) ; ELVINGER (Luxembourg) ; ELLIOTT (United Kingdom), « National Responses to the Ruding Committee Report », *ibid.*, 1993, p. 16. Sur les réactions de la Commission européenne, cfr MESSERE, « A personal view on certain aspects of the Ruding Report and the EC Commission's reaction to it », *Eur. Tax.*, 1993, p. 2 ; DE BUTTLÉIR, « The Ruding Report and the EC Commission's reponse », *ibid.*, 1993, p. 15.

méthode de l'exonération, à condition qu'elle soit accompagnée de mesures empêchant une concurrence fiscale entre États membres (1). Parmi ces mesures figurerait une harmonisation des taux de l'impôt des sociétés, que le comité propose de fixer dans une fourchette de 30 à 40 %.

On enseigne traditionnellement que la méthode de l'imputation réalise la neutralité dans l'exportation des capitaux et la méthode de l'exemption la neutralité dans l'importation des capitaux (2). Musgrave (3) a toutefois démontré que ce calcul se place au point de vue de l'investisseur individuel. Du point de vue de l'efficacité nationale, il faut constater que, lorsque du capital est exporté, son rendement avant impôt est partagé entre l'investisseur et un État étranger alors que, s'il est investi dans le pays, son rendement avant impôt est partagé entre l'investisseur et l'État d'exportation.

L'application de la méthode de l'imputation de l'impôt étranger aboutit à ce qu'économiquement, l'investissement étranger soit poussé jusqu'au point où son rendement après impôt est égal à son rendement national après impôt, c'est-à-dire jusqu'au point où l'impôt étranger et l'impôt national sont égaux. En revanche, du point de vue de l'efficience nationale et non internationale, l'investissement devrait être effectué à l'étranger jusqu'au point où son rendement après impôt étranger est égal au rendement de l'investissement national avant impôt national. Ceci conduit à l'utilisation de la méthode de la déduction de l'impôt étranger. Ce type de raisonnement, s'il peut être défendu sur le plan international en général, ne peut bien entendu plus l'être dans un marché intérieur comme la Communauté européenne.

Le comité Ruding énumère d'autre part une série de mesures tendant à une harmonisation partielle de l'impôt des sociétés dans la CEE. Si l'on en arrivait, objectif improbable, à la création d'un système commun d'impôt des sociétés, la méthode du crédit d'impôt étranger perdrait sa raison d'être et la méthode de l'exonération pourrait être généralisée. C'est sans doute pourquoi la directive a

(1) Cfr sur le principe, AUTENNE, « Le régime fiscal applicable aux dividendes, plus-values, moins-values et réductions de valeur sur actions à la lumière de la directive sociétés mères-filles », *J.T.*, 1992, p. 234.

(2) Cfr not. VAN DER STOEL, *De moeder-dochter richtlijn, in Europees vennootschapsbelastingrecht, Pre-advies voor de 37ste jaarvergadering van de Nederlandse Orde van belastingadviseurs*, 1991, pp. 115-116 ; McDANIEL et AULT, *Introduction à la fiscalité internationale américaine*, 1982, pp. 94-96.

(3) *Public Finance in Theory and Practice*, 5^e éd., 1989, pp. 571-572.

prévu que la disposition laissant un choix entre les deux méthodes ne s'appliquerait que jusqu'à la mise en application effective d'un système commun d'impôt des sociétés (1).

En ce qui concerne les systèmes d'impôt compensatoire (précompte français, *advance corporation tax* anglais), le comité souhaite la disparition de la discrimination qui pénalise les redistributions de dividendes étrangers dans certains pays. Il serait souhaitable de permettre l'imputation sur l'impôt compensatoire de l'impôt des sociétés acquitté dans un autre État membre sur des bénéfices distribués par une filiale ou réalisés par un établissement stable.

La mise en œuvre de ce régime permettrait la coexistence des différents systèmes d'impôts des sociétés, qu'ils prennent ou ne prennent pas en considération la double imposition économique des bénéfices distribués.

(1) Directive, art. 4.3 ; cfr BERLIN, « La fiscalité directe dans le marché intérieur européen », in J. MALHERBE *et al.*, *Réformes fiscales belges (1988-1989)*, 1992, p. 69.

TITRE III

DROIT BELGE

La Belgique a conclu un grand nombre de conventions fiscales internationales (1). Ces conventions tendent à :

- éviter la double imposition d'un même revenu dans deux pays ;
- prévenir l'évasion fiscale internationale, c'est-à-dire la non-imposition d'un revenu.

Une double imposition se produirait par exemple si un même revenu était imposé dans le pays de la résidence du bénéficiaire et dans celui de la source du revenu : une entreprise ayant son siège principal à l'étranger et une succursale en Belgique serait imposée tant à l'étranger qu'en Belgique sur les revenus de sa succursale. À supposer un taux de 50 % dans les deux pays, il ne lui resterait rien.

Les conventions internationales visent à éviter cette situation (2).

D'abord, elles répartissent le droit d'imposer un revenu entre l'État de la source du revenu et celui de la résidence du bénéficiaire : le revenu d'un immeuble situé en Belgique, propriété d'un non-résident, sera imposable en Belgique, État de la source. La pension de salarié touchée par un retraité belge vivant à l'étranger ne sera imposable que dans l'État de résidence.

Ensuite, elles limitent le montant de l'impôt perçu par l'État de la source : le précompte mobilier belge sera par exemple réduit de 25 %

(1) L'administration en a publié un commentaire (cité Com. Conv.). Cfr également PEETERS, *Dubbelbelastingverdragen Commentaar*, 1991 ; VERSTRAETE, « Les conventions internationales préventives de la double imposition en matière d'impôts sur les revenus conclues par la Belgique », *Rev. dr. intern. et dr. comp.*, 1974, p. 61 ; CLAEYS-BOÛUAERT, « Verdragen ter voorkoming van de internationale dubbele belasting : hoofdtrekken en leemten », in *Liber Amicorum F. Dumon*, 1983, p. 1003 ; DEFOORT, « Overzicht van rechtspraak i.v.m. dubbelbelastingverdragen, 1976-1984 », *T.F.R.*, 1985, p. 68 ; DAUMERIE, « Principaux aspects juridiques et techniques des conventions préventives de la double imposition en matière d'impôts sur les revenus et sur la fortune », *Rev. b. sc. comm.*, 1986, p. 193 ; DEBLAUWE, « Overzicht van rechtspraak inzake dubbelbelastingverdragen, 1985-1989 », *T.F.R.*, 1989, p. 335.

(2) Cfr pour une étude des principes, L. HINNEKENS, « De algemene beginselen in recht en rede in ons internationaal belastingrecht 'anno 2000' », in *Fiskaliteit 2000, Krachtilijnen voor een nieuw fiscaal evenwicht*, 1991, p. 219.

à 15 % sur les dividendes perçus par des résidents de l'État contractant.

Enfin, elles prescrivent à l'État de la résidence d'éviter une double imposition du revenu qui a été taxé dans l'État de la source, qu'il ait été imposé au taux fixé par l'État de la source ou au taux limité fixé par la convention.

Les méthodes de prévention de la double imposition

Si l'État de la source doit, en vertu de la convention, renoncer à imposer le revenu (pension de salarié, par exemple), la double imposition est évitée *ipso facto* : le revenu n'est imposable que dans l'État de résidence.

Si un impôt est perçu dans l'État de la source, l'État de la résidence a un choix théorique entre deux méthodes :

Par l'exemption, il exonère le revenu de source étrangère. Celui-ci ne supporte donc que l'impôt perçu à l'étranger. Plusieurs pays européens du continent, dont la Belgique, appliquent cette méthode aux revenus des succursales étrangères de leurs entreprises.

Le cas échéant, le revenu étranger est pris en considération pour déterminer le taux progressif applicable aux autres revenus (exemption avec progressivité) : la Belgique applique cette règle à l'impôt des personnes physiques (1).

Par l'imputation ou crédit d'impôt étranger (*foreign tax credit*), l'État de la résidence impute sur l'impôt qui lui est dû le montant de l'impôt perçu dans l'État de la source. Cette méthode est prescrite par les conventions pour les revenus mobiliers (dividendes, intérêts) qui ne sont soumis dans l'État de la source qu'à une retenue limitée. Elle est appliquée par la Belgique, sous forme de l'imputation de la quantité dite forfaitaire d'impôt étranger (2). Les pays anglo-saxons l'utilisent pour tous les revenus, y compris les bénéfices des succursales étrangères de leurs entreprises : dans ce cas, l'impôt est toujours perçu au taux du pays de résidence ; s'il est plus élevé que le taux du pays de la source, l'impôt perçu par le pays de la source sera imputé et un supplément sera payable dans le pays de la résidence. En revanche, si le taux du pays de la source est plus élevé, le crédit d'im-

(1) C.I.R., art. 155. J. MALHERBE et P. FAES, « De technieken in het Belgisch fiscaal recht ter voorkoming van internationale dubbele belasting : vrijstelling versus verrekening », in G. JOSEPH, L. HINNEKENS, J. MALHERBE, J. VAN HOORN Jr., *Het Belgisch internationaal belastingrecht in ontwikkeling*, 1993, p. 465.

(2) C.I.R., art. 285 et 289, 2°.

pôt étranger est généralement limité au taux de l'État de la résidence : l'excédent d'impôt d'étranger sera perdu ou, parfois, reportable à d'autres exercices.

Exemple :

Une personne physique belge a un revenu belge de 100, imposé à 50 %. Si elle gagne 200, le taux applicable au revenu total sera de 60 %.

Une société belge est supposée imposée de 0 à 200 au taux proportionnel de 40 %. Elle a un revenu belge de 100.

Si ces deux redevables avaient perçu un revenu belge supplémentaire de 100, ils auraient payé :

l'individu : 120

la société : 80.

L'individu et la société perçoivent, outre leur revenu belge de 100, un revenu étranger de 100. L'impôt étranger est de 45 %.

a) La Belgique applique l'exemption sans progressivité :

L'individu paie $50 + 45 = 95$

La société paie $40 + 45 = 85$.

b) La Belgique applique l'exemption avec progressivité :

L'individu paie $60 + 45 = 105$

La société paie $40 + 45 = 85$.

c) La Belgique applique l'imputation intégrale :

L'individu paie $(120 - 45) + 45 = 120$

La société paie $(80 - 45) + 45 = 80$.

d) La Belgique applique l'imputation limitée :

L'individu paie 120

La société paie $(80 - 40) + 45 = 85$.

L'investisseur étranger considérera la combinaison de l'impôt belge et de l'impôt de son pays de résidence pour évaluer l'intérêt d'une opération en Belgique.

Les conventions, droit fiscal international

Le réseau des conventions signées par la Belgique est devenu si important qu'il couvre la quasi-totalité de ses échanges internatio-

naux. Le droit fiscal interne (1) est devenu, en cette matière, subsidiaire par rapport au droit fiscal conventionnel (2).

(1) Pour une description du régime fiscal de droit interne de l'« extranéité » (revenus d'origine étrangère et revenus attribués à des étrangers), voy. ZONDERVAN, *Les impôts sur les revenus et l'extranéité*, 1967 ; LAGAE, « Noties van internationaal fiscaal recht in verband met personen en ondernemingen », *T.P.R.*, 1982, pp. 171-213 ; KIRKPATRICK, « Le régime fiscal des entreprises multinationales en Belgique », *Rapports belges au IX^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Téhéran, 1974, Bruxelles, 1974, p. 489, *J.P.D.F.*, 1974, p. 5.

(2) Comp. GEST et TIXIER, *Droit fiscal international*, 2^e éd., 1990, p. 150.

SOUS-TITRE PREMIER
REVENUS IMMOBILIERS ET BÉNÉFICES
D'ÉTABLISSEMENTS ÉTRANGERS

CHAPITRE PREMIER. — PERSONNES
PHYSIQUES

§ 1^{er}. — RÈGLE GÉNÉRALE

La partie de l'impôt des personnes physiques qui correspond proportionnellement aux revenus d'origine étrangère repris à l'article 156 du Code est réduite de moitié.

Les revenus visés sont :

- les revenus d'immeubles situés à l'étranger ;
- les revenus professionnels réalisés et imposés à l'étranger ; on y ajoute certains revenus divers d'origine étrangère :
 - bénéfiques ou profits d'opérations occasionnelles, etc., réalisés et imposés à l'étranger ;
 - prix, subsides, etc., à charge de pouvoirs publics ou organismes officiels étrangers ;
 - rentes alimentaires à charge de non-résidents.

Les revenus mobiliers ne sont pas visés par cette mesure, sauf s'il s'agit de revenus provenant d'éléments mobiliers investis par le contribuable à l'étranger, pour l'exercice de son activité professionnelle, et qui acquièrent dès lors la nature de revenus professionnels d'origine étrangère. La double imposition internationale des revenus mobiliers est atténuée, normalement, par l'imputation d'une « quotité forfaitaire d'impôt étranger », s'il s'agit de revenus provenant de capitaux et de revenus mobiliers affectés à l'exercice d'une activité professionnelle en Belgique et soumis à l'impôt à l'étranger.

Les revenus effectivement imposés distinctement en vertu de l'article 171 ne bénéficient pas non plus de la réduction, l'article 171 dérogeant en effet expressément à l'article 156 (1).

(1) Com. I.R., 88/10. Voy. toutefois 93/36 et 93/42.8.

Pour les revenus professionnels et les bénéfiques ou profits d'opérations occasionnelles, etc., la réduction n'est accordée que si ces revenus sont réalisés et imposés à l'étranger. Un revenu est considéré comme imposé à l'étranger s'il a subi son régime fiscal propre dans le pays de la source. Cette condition sera considérée comme remplie même si la taxation du revenu à l'étranger est forfaitaire ou si certains éléments de revenu sont immunisés par la loi interne du pays d'origine (1).

Lorsque les revenus proviennent d'un pays avec lequel la Belgique a conclu une convention bilatérale préventive de la double imposition, l'exemption conventionnelle se substitue à l'article 156.

Les revenus exonérés en Belgique en vertu des conventions préventives de la double imposition sont toutefois pris en considération pour déterminer l'impôt, mais ce dernier sera réduit en proportion de la partie des revenus exonérés dans le total des revenus : c'est la règle dite de *réserve de progressivité* (2).

Pour bénéficier de la réduction de moitié de l'impôt, le revenu professionnel doit donc remplir deux et parfois trois conditions.

Le revenu doit avoir été réalisé à l'étranger. Un revenu est réalisé à l'étranger lorsqu'il est produit à l'étranger, c'est-à-dire lorsqu'il résulte de prestations ou de faits qui s'accomplissent exclusivement à l'étranger, sans intervention, décision ou activité belge.

S'agissant de l'intervention belge, il faut distinguer les interventions qui sont la source immédiate et celles qui sont la source médiate des revenus.

Lorsqu'il s'agit de ventes d'actions ou de marchandises, le bénéfice réalisé est la conséquence directe de l'intervention belge, à savoir la décision de vente. Le bénéfice est donc réalisé en Belgique (3).

En ce qui concerne les revenus mobiliers, l'intervention belge consiste dans le placement de capitaux belges à l'étranger.

Une fois ce placement accompli, le revenu mobilier en découle sans aucune autre intervention. Il est dès lors réalisé à l'étranger.

(1) Cass., 15 septembre 1970, *Sidro, Pas.*, 1971, I, p. 37, *J.T.*, 1970, p. 626 ; Com. I.R., 88/21.

(2) C.I.R., art. 155.

(3) Cass., 21 avril 1964, *Finadandi, Pas.*, I, 901, *J.P.D.F.*, 1964, p. 167 ; KIRKPATRICK, « Examen de jurisprudence (1968 à 1982). Les impôts sur les revenus et les sociétés », *R.C.J.B.*, 1988, p. 689. Comp. FEYE, « Notion et taxation des revenus d'origine étrangère dans le cadre de la loi d'impôt sur les revenus », in *Hommage à Victor Gothot*, Faculté de droit de Liège, Liège, 1962, p. 235.

Il en a été décidé ainsi en matière d'intérêts (1) et de redevances pour utilisation de procédés de fabrication (2).

La loi de réforme fiscale de 1962 a ajouté, en ce qui concerne ces revenus, une condition supplémentaire : ils ne bénéficieront du taux réduit qu'à la condition que les capitaux et biens les produisant ne soient pas investis dans des établissements belges, c'est-à-dire qu'ils soient investis dans des établissements étrangers.

Il paraît difficile de réconcilier ces arrêts avec celui qui a décidé qu'une plus-value sur biens immobiliers étrangers constituait un revenu réalisé à l'étranger, étant le produit de faits entièrement accomplis à l'étranger sans intervention belge (3).

§ 2. — REVENUS IMMOBILIERS

A. Loyers

Lorsqu'un immeuble situé à l'étranger est donné en location, le revenu imposable à ce titre équivaut au montant net du loyer et des charges locatives (4).

L'expression « loyer et charges locatives » (5) a été substituée, en 1979, à celle de « loyer et autres avantages retirés desdits biens » (6).

Comme pour les loyers imposables d'immeubles belges et comme pour la valeur locative des immeubles étrangers non donnés en location, le revenu net est déterminé en déduisant du loyer et des charges bruts 40 % pour les immeubles bâtis ainsi que pour le matériel et l'outillage qui est immeuble par nature ou par destination, et 10 % pour les immeubles non bâtis.

Ce revenu ne correspondra donc normalement pas au revenu taxable à l'impôt étranger dans le pays de situation du bien.

De plus, la notion d'immeuble est déterminée conformément au droit belge. Les revenus de parts de sociétés civiles immobilières fran-

(1) Cass., 21 avril 1964, *Bunge, Pas.*, I, 899, *J.P.D.F.*, 1964, p. 173, obs. J.W.

(2) Cass., 26 novembre 1963, *Union Chimique, Pas.*, 1964, I, 331 ; COART-FRÉSART, « La territorialité en matière d'impôt sur les revenus », *J.P.D.F.*, 1927, p. 301 ; obs. J.W. *sub* Cass., 21 avril 1964 précité, *J.P.D.F.*, 1964, p. 166.

(3) Cass., 29 juin 1965, *Sobelti, Pas.*, I, 1184.

(4) C.I.R., art. 7, § 1^{er}, 2^o, *d.*

(5) C.I.R., art. 13.

(6) C.I.R., art. 7, § 1^{er}, 2^o, *b* ancien.

çaises « transparentes », considérées en France comme revenus immobiliers, seront traités en Belgique comme des dividendes (1).

Comme le ministre l'a rappelé à propos de la taxation relative aux immeubles étrangers non donnés en location, le revenu imposable en principe ne sera pas taxé en Belgique s'il existe avec le pays de la situation du bien une convention préventive de la double imposition. Il n'entrera en ligne de compte que pour déterminer le taux applicable aux autres revenus du contribuable.

À défaut de convention, l'impôt correspondant à ce revenu serait réduit de moitié (2).

B. Revenus de la constitution ou de la cession de droits d'emphytéose ou de superficie

La loi a ajouté aux revenus fonciers une catégorie supplémentaire : les sommes obtenues à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un droit d'emphytéose ou de superficie portant sur un immeuble sis en Belgique ou à l'étranger (3).

Immeubles situés à l'étranger

Qu'entend le législateur par droits d'emphytéose ou de superficie constitués sur des immeubles sis à l'étranger ? S'agit-il d'un droit de ce type constitué en Belgique ? La référence à la loi de 1824, dont le but a été dénaturé par la pratique immobilière belge (4), la référence, pour l'évaluation des avantages recueillis, à la valeur qui leur est attribuée pour la perception des droits d'enregistrement (5), peuvent le faire supposer.

À défaut, comment apprécier si un droit réel créé par une législation étrangère constitue un droit d'emphytéose ou de superficie ? Faut-il se fonder sur une identité de terminologie ou sur l'analyse du fond du droit ?

(1) Com. Conv. 6/16 ; BUELINCKX, LEVY-MORELLE, VAN FRAEYENHOVEN et DE LONGUEVILLE, « Observations de la section belge du groupement belgo-luxembourgeois de l'association internationale de droit fiscal concernant certains points de la Convention franco-belge qui devraient, à son estime, faire l'objet d'une révision », *B.I.F.D.*, 1978, p. 502.

(2) C.I.R., art. 156, al. 1^{er}, 1^o.

(3) C.I.R., art. 7, § 1^{er}, 3^o.

(4) Projet de loi modifiant le Code des impôts sur les revenus et le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, en matière de fiscalité immobilière, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1979, n^o 126/1, p. 7.

(5) *Id.*, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr., 1979, n^o 126/10, p. 60.

CHAPITRE II. — SOCIÉTÉS

Section 1. — Réduction ou exonération

L'impôt des sociétés est réduit au quart, dans la mesure où il correspond proportionnellement aux revenus d'immeubles sis à l'étranger et aux bénéfices réalisés et imposés à l'étranger, à l'exception des revenus de capitaux et biens mobiliers investis dans des établissements dont la société dispose en Belgique (1).

Cette disposition, qui a pour but d'atténuer la double imposition internationale des bénéfices, ne s'applique qu'à défaut d'exonération prévue par une convention bilatérale préventive de la double imposition (2).

Donnent droit à la réduction :

- les revenus de biens immobiliers sis à l'étranger ;
- les bénéfices qui ont été réalisés et imposés à l'étranger, à l'exclusion de revenus et produits de capitaux et biens mobiliers que la société a affectés à l'exercice de son activité professionnelle dans les établissements dont elle dispose en Belgique.

Lorsque la société dispose d'un ou plusieurs établissements à l'étranger, l'on comprend parmi les « bénéfices réalisés à l'étranger » :

- ceux qui sont réalisés dans un établissement situé à l'étranger ;
- les produits nets de capitaux et de biens mobiliers investis dans cet établissement. Les revenus de valeurs mobilières étrangères investies au siège social belge ou dans un établissement belge, c'est-à-dire faisant partie du capital d'exploitation de ce siège, constituent des revenus professionnels belges ; ils ne donnent

(1) C.I.R., art. 217.

(2) Cfr A. BAILLEUX, *Rapport belge, XXXVII^e Congrès international de droit financier et fiscal*, Lausanne, 1973 ; ID., « L'imposition des entreprises ayant des établissements stables à l'étranger », *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LVIII a, p. 255 ; DENYS et TOUNICOURT, « Belgium », in *Branches and Subsidiaries in the Common Market, Legal and Tax aspects*, 2^e éd., 1976, p. 65 ; DE BROE, « Belgische vennootschappen met vaste inrichtingen in verdragslanden : vermijding van dubbele belasting ; compensatie van buitenlandse winsten met Belgische verliezen, dubbele verliescompensatie », *T.F.R.*, 1987, p. 220.

pas droit à la réduction d'impôt au quart, mais à une « quotité forfaitaire d'impôt étranger » (1).

Les dividendes provenant d'actions ou parts étrangères bénéficient, quant à eux, d'une immunisation à 95 % au titre de « revenus définitivement taxés », sauf les exceptions prévues par la loi. Ils ne bénéficient jamais de la quotité forfaitaire d'impôt étranger, même quand le régime des revenus définitivement taxés ne s'applique pas.

On y comprend aussi les revenus nets de biens immobiliers situés à l'étranger et investis dans un établissement qui y est situé.

Pour que les bénéfices réalisés à l'étranger donnent droit à la réduction au quart de l'impôt des sociétés qui y est proportionnellement afférent, il faut qu'ils aient été en outre imposés à l'étranger.

Cela signifie qu'il faut que ces bénéfices aient subi leur régime fiscal propre à l'étranger. Cette condition sera considérée comme remplie même si, par exemple, leur taxation est couverte par un forfait, ou si certains éléments de ces revenus sont immunisés par la loi interne du pays d'origine. L'administration belge, en pratique, n'exige pas la preuve de l'imposition à l'étranger des bénéfices provenant d'un établissement qui y est situé pourvu qu'une comptabilité distincte y soit tenue.

Exemples d'application de la réduction (2) :

1. Le bénéfice imposable d'une société anonyme s'élève à 18.000.000 F, dont 8.000.000 F proviennent d'un établissement étranger et ont été imposés à l'étranger.

Calcul de l'impôt :

10.000.000 F	x 39 % =	3.900.000 F
8.000.000 F	x 39 % =	<u>780.000 F</u>
	4	
Total		4.680.000 F

2. Le bénéfice imposable d'une société anonyme s'élève à 5.000.000 F, dont 2.000.000 F proviennent d'un établissement étranger et ont été imposés à l'étranger.

(1) Com. I.R., 128/4. Tel est aussi le cas par exemple, des profits de spéculations sur des valeurs étrangères détenues au siège belge d'une société.

(2) Les exemples ne tiennent pas compte de la cotisation complémentaire de crise instaurée par la loi du 22 juillet 1993, ajoutant trois centimes additionnels à l'impôt des sociétés (C.I.R., art. 463bis).

Si le bénéfice était entièrement d'origine belge, l'impôt des sociétés se serait élevé à (1) :

1.000.000 F x 28 % =	280.000 F
+ 2.600.000 F x 36 % =	936.000 F
+ 1.400.000 F x 41 % =	<u>574.000 F</u>
Total	1.790.000 F

Il faudra répartir comme suit ce montant :

a) partie de l'impôt proportionnellement afférente aux revenus d'origine belge :

$$1.790.000 \text{ F} \times \frac{3.000.000}{5.000.000} = 1.074.000$$

b) partie de l'impôt proportionnellement afférente aux revenus d'origine étrangère :

$$1.790.000 \text{ F} \times \frac{2.000.000}{5.000.000} = 716.000$$

L'impôt effectivement dû est :

• sur les revenus d'origine belge :	1.074.000 F
• sur les revenus d'origine étrangère :	
716.000 F x 1/4 =	<u>179.000 F</u>
TOTAL	1.253.000 F

Section 2. — Opérations techniques de détermination de la base imposable (2)

§ 1^{er}. — DEUXIÈME OPÉRATION

A. Objet de la deuxième opération

La deuxième opération ne doit être effectuée que par les sociétés, qui, outre des revenus d'origine belge, recueillent des revenus de source étrangère. Elle consiste à ventiler les revenus selon leur provenance.

L'on considère comme revenus de source étrangère :

— les revenus d'immeubles situés à l'étranger ;

(1) À supposer remplies les conditions d'application des taux réduits (C.I.R., art. 215).

(2) Sur l'ensemble de ces opérations, cfr *infra*.

- les bénéfices réalisés et imposés à l'étranger, y compris les revenus de capitaux et biens mobiliers lorsque les éléments productifs de ces revenus (actions, obligations, etc.), sont générés par un établissement dont la société bénéficiaire de ces revenus dispose à l'étranger.

Lorsque les revenus de source étrangère proviennent de pays avec lesquels la Belgique n'a pas conclu de convention préventive de la double imposition, l'impôt des sociétés dû sur ces revenus est réduit au quart de son montant (1).

Lorsqu'ils proviennent de pays avec lesquels la Belgique a conclu une convention préventive de la double imposition, ces revenus sont normalement exonérés de l'impôt belge des sociétés en vertu des dispositions de cette convention.

B. Processus de ventilation des bénéfices

L'article 75 de l'arrêté d'exécution du C.I.R. prescrit de ventiler les bénéfices de la période imposable réalisés par les différents établissements, belges et étrangers, de la société, en trois catégories :

- 1° les « bénéfices belges », c'est-à-dire réalisés en Belgique ;
- 2° les « bénéfices imposables au taux réduit », c'est-à-dire réalisés à l'étranger, mais non exonérés d'impôt en vertu d'une convention internationale ;
- 3° les « bénéfices exonérés par convention », c'est-à-dire réalisés à l'étranger et exonérés d'impôt en vertu de conventions préventives de la double imposition.

Avant cette ventilation, les pertes subies par un ou plusieurs établissements de la société seront imputées sur les bénéfices des autres établissements.

Les pertes subies pendant la période imposable dans les établissements étrangers et les sièges belges d'une société sont imputées par priorité sur les bénéfices de même nature.

Les pertes subies dans des pays avec convention sont imputées d'abord sur les bénéfices exonérés par convention, puis sur les bénéfices imposables au taux réduit, enfin sur les bénéfices belges.

Les pertes subies dans des pays sans convention sont imputées d'abord sur les bénéfices imposables au taux réduit, puis sur les bénéfices exonérés par convention, enfin sur les bénéfices belges.

(1) C.I.R., art. 217.

Les pertes subies en Belgique sont imputées d'abord sur les bénéfices belges, puis sur les bénéfices imposables au taux réduit, enfin sur les bénéfices exonérés par convention (1).

Tableau (2)

Perte subie : 1	La perte visée dans la Col. 1 s'impute sur les bénéfices indiqués au n° 1 ci-dessous et, en cas d'insuffisance de ceux-ci, sur les bénéfices indiqués au n° 2, et ainsi de suite. 2
Dans un établissement situé dans un pays A.C.	1. — Bénéfices réalisés dans d'autres établissements situés dans des pays A.C. 2. — Bénéfices (taxables au taux réduit) réalisés dans des établissements situés dans des pays S.C. 3. — Bénéfices réalisés en Belgique
Dans un établissement situé dans un pays S.C.	1. — Bénéfices (taxables au taux réduit) réalisés dans d'autres établissements situés dans des pays S.C. 2. — Bénéfices réalisés dans des établissements situés dans des pays A.C. 3. — Bénéfices réalisés en Belgique
Dans un établissement situé en Belgique	1. — Bénéfices réalisés dans d'autres établissements situés en Belgique 2. — Bénéfices (taxables au taux réduit) réalisés dans des établissements situés dans des pays S.C. 3. — Bénéfices réalisés dans des établissements situés dans des pays A.C.

Bien que les conventions conclues par la Belgique exonèrent les bénéfices d'un établissement stable situé dans l'État partenaire, cette exonération perd son effet économique dès lors que ce bénéfice reçoit

(1) A.R.-I.R., art. 75 ; Com. I.R., 110/13 ; HIMPLER, « Imposition des 'bénéfices des entreprises' dans le cadre des conventions fiscales conclues par la Belgique avec les États de la C.E.E., les États-Unis d'Amérique, le Japon et la Suisse », *J.D.F.*, 1982, p. 193 ; CLAEYS-BOUUAERT, « Verliesverrekening in het internationaal fiscaal recht », *T. Not.*, 1980, p. 225 ; JOSEPH, « Internationale verliesverrekening in België », in G. JOSEPH, L. HINNEKENS, J. MALHERBE, J. VAN HOORN Jr., *Het Belgisch internationaal belastingrecht in ontwikkeling*, 1993, p. 351.

(2) Cours administratif I. Soc., n° 138.

Abréviations utilisées :

- pays A.C. (avec convention) : pays avec lequel la Belgique a conclu une convention préventive de la double imposition ;
- pays S.C. (sans convention) : pays avec lequel la Belgique n'a pas conclu une telle convention.

l'imputation d'une perte subie dans un autre État ou en Belgique. Le contribuable aurait sans nul doute préféré jouir de l'exemption du bénéfice réalisé dans le pays avec convention et déduire la perte subie dans un autre État du bénéfice belge s'il en existe ou reporter le déficit — étranger ou belge — à un exercice ultérieur.

Certains estiment que l'imputation de pertes belges sur des bénéfices exonérés par convention viole le traité. La Cour de cassation (1) a estimé que le traité, s'il oblige la Belgique à exonérer le bénéfice étranger, lui laisse le droit de déterminer la base imposable de la société et donc le montant dont il y a lieu de réduire les pertes subies ailleurs, notamment par la prise en considération des bénéfices exonérés. Le bénéfice exonéré par traité ne sera jamais taxé : le montant des pertes reportables aux exercices suivants sera diminué (2).

C. Prévention de la double compensation des pertes

Les pertes subies dans des pays avec convention sont, on l'a vu, déductibles des bénéfices imposables en Belgique bien que les bénéfices réalisés dans ces pays n'y soient pas imposables. Si ces pertes sont, dans le pays étranger, reportables à d'autres exercices, elles seraient susceptibles d'être déduites deux fois, en Belgique d'abord et à l'étranger ensuite.

La Belgique se réserve donc conventionnellement le droit d'imposer le bénéfice réalisé dans l'État partenaire au cours d'un autre exercice dans la mesure où il est compensé avec la perte effectivement déduite en Belgique.

L'État étranger détermine la perte selon les règles locales alors que la Belgique y aura appliqué la loi fiscale belge : le montant de la perte compensée à l'étranger peut donc être différent de celui de la perte déduite en Belgique.

Le Commentaire administratif des conventions prévoit que les bénéfices qui n'ont pu être immunisés en Belgique en vertu de la

(1) Cass., 29 juin 1984, *Pas.*, I, 1321, *R.G.F.*, 1985, p. 27 ; voy. néanmoins le commentaire de L. HINNEKENS, « Velasquez, l'arrêt de la chance manquée. Réflexions sur la compensation des bénéfices étrangers exonérés et sur l'interprétation d'une convention préventive de la double imposition », *R.G.F.*, 1985, p. 8 ; dans le même sens, Mons, 15 mai 1986, *F.J.F.*, 86/191.

(2) SIEBENS, « Some Special Aspects of Foreign Source Profits and Losses in Corporate Income Taxation », *B.I.F.D.*, 1987, p. 394.

clause de prévention de la double compensation des pertes, sont imposables au taux plein (1).

À une question parlementaire posée par le sénateur Cooreman, le ministre des Finances a répondu que ces bénéfices étaient imposables au quart de l'impôt des sociétés (2).

Si le pays étranger applique le régime du *carry back* des pertes (3), l'impôt belge doit être revu pour la période antérieure à laquelle se rattache le bénéfice exonéré qui est compensé par la perte. Le délai d'enrôlement belge sera peut-être expiré. Le contribuable aura alors intérêt à exposer les modalités de compensation des pertes intervenues : à défaut, le fisc belge interrogera l'administration étrangère et se prévaudra du délai spécial d'imposition lui permettant de taxer les revenus des cinq années précédant celle de la communication des renseignements (4).

§ 2. — TROISIÈME OPÉRATION

Dans la mesure où la deuxième opération laisse encore apparaître un bénéfice, les éléments suivants vont pouvoir être déduits de ce dernier (5) :

- 1° Les bénéfices exonérés par convention internationale ;
- 2° Puis, globalement, les éléments suivants :
 - a) 100.000 F (111.000 F pour l'exercice 1994) par unité de personnel supplémentaire affecté à la recherche scientifique en Belgique (6) ;
 - b) les libéralités immunisées (c'est-à-dire celles qui sont faites aux institutions agréées et ne dépassent ni 5 % du bénéfice obtenu à la première opération, ni 20.000.000 F) (7) ;
 - c) les autres éléments non imposables compris dans les bénéfices sociaux.

Les éléments repris au 2° ci-dessus doivent être déduits par priorité des bénéfices belges de la période imposable et à concurrence de ceux-

(1) Com. Conv., 23/118.

(2) *Bull. Q.R.*, Sén., sess. ord. 1988-1989, question n° 70 du 21 décembre 1988 (M. Cooreman), p. 913.

(3) Allemagne, Canada, États-Unis, Grande-Bretagne, Irlande, Japon, Norvège, Pays-Bas, Suisse.

(4) C.I.R., art. 358, § 1^{er}, 2° ; Com. Conv. 23/119.

(5) A.R.-I.R., art. 76, al. 1^{er}.

(6) C.I.R., art. 67 ; A.R.-I.R., art. 44 et suivants.

(7) C.I.R., art. 200.

ci. L'excédent éventuel est imputé sur les bénéfices provenant d'établissements situés dans des pays « sans convention » (1).

§ 3. — CINQUIÈME OPÉRATION

La cinquième opération consiste à déduire des bénéfices qui subsisteraient après la quatrième opération les éventuelles pertes professionnelles éprouvées au cours des périodes imposables antérieures, qui n'ont pas pu être déduites antérieurement ou imputées antérieurement sur des bénéfices exonérés par une convention préventive de la double imposition.

Sont déductibles des bénéfices de la période imposable les pertes professionnelles éprouvées au cours des périodes imposables antérieures (2).

La déduction s'opère successivement sur les bénéfices de chacune des périodes imposables qui suivent celle où la perte est subie (3).

Les pertes antérieures se déduisent suivant les mêmes modalités que celles prévues pour la récupération des pertes de l'exercice (4). Les pertes subies, à l'issue d'une période imposable donnée, dans des établissements situés dans des pays liés à la Belgique par une convention de double imposition, ne sont toutefois reportées à un exercice ultérieur que dans la mesure où elles n'ont pas pu être épongées par des bénéfices à la deuxième opération (5).

L'exemption conventionnelle peut, à ce titre encore, être rendue économiquement inopérante.

Ensuite, l'imputation s'opère comme dit ci-avant (6), à l'exclusion toutefois d'une autre imputation sur des bénéfices exonérés par convention, puisqu'ils ont été déduits des bénéfices imposables lors d'une précédente opération.

(1) A.R.-I.R., art. 76, al. 2.

(2) C.I.R., art. 206. La déduction ne peut dépasser, par période imposable, 20 millions de francs ou, lorsque le montant des bénéfices subsistant avant la cinquième opération dépasse 40 millions de francs, la moitié de ces bénéfices.

(3) Com. I.R., n° 110/62. Lorsqu'un exercice est bénéficiaire, la société ne peut différer la récupération de pertes antérieures.

(4) Voy. le tableau ci-dessus.

(5) A.R.-C.I.R., art. 78 ; Cons. CLAEYS-BOÚAERT, « Verliesverrekening in het internationaal fiscaal recht », *T. Not.*, 1983, p. 225.

(6) A.R.-I.R., art. 78 ; Com. I.R., 110/64.

Dès lors, les pertes antérieures, subies dans des pays avec convention, ne sont déduites que dans la mesure où elles dépassent les bénéfices exonérés par convention (1).

Historique

Jadis, s'il existait des pertes récupérables sans limitation de temps et d'autres qui n'étaient récupérables que pendant cinq exercices et étaient donc déduites par priorité (2), ces dernières étaient censées se retrouver en premier lieu dans les pertes subies dans des pays avec convention, en second lieu dans les pertes subies dans des pays sans convention, enfin seulement dans les pertes subies en Belgique (3).

(1) A.R.-I.R., art. 78, al. 2.

(2) Com. I.R., 110/62.

(3) Com. I.R., 110/63.

SOUS-TITRE II RÉMUNÉRATIONS

CHAPITRE PREMIER. — RÉMUNÉRATIONS DES PROFESSIONS DÉPENDANTES

Le salarié, résident belge, qui exerce son activité partiellement en Belgique et partiellement à l'étranger, verra normalement sa rémunération payée et imposée à l'étranger, dans la mesure des prestations étrangères (1).

Il peut y trouver un avantage. Le total de l'imposition belge et des impositions étrangères (2) sera en effet généralement inférieur à ce

(1) DILLEY, « Belgium : Taxation of Foreign Source Employment Income : High Relief Potential for the Itinerant Executive », *T.M.I.J.*, 1981, p. 8 ; « Using CIR Article 88 to Reduce the Belgian Taxes Payable by Itinerant Executives », in *Réflexions offertes à Paul Sibille*, Bruxelles, 1981, p. 451 ; LIEBMAN, « Taxation of Employees Working Abroad, Belgium », *T.M.I.F.*, 1982, n° 2, p. 3 ; L. HINNEKENS, « Het fiscaal statuut van Belgen tewerkgesteld in het buitenland en van buitenlanders tewerkgesteld in België », in M. RIGAUX (éd.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 1987, p. 135 ; Ph. HINNEKENS, « Belgische fiscale aspecten van internationale tewerkstelling », in VAN HOOGENBEMT (éd.), *Werken zonder grenzen*, 1991, p. 47.

(2) Pour des comparaisons internationales, cfr par exemple DELOITTE, HASKINS & SELLS, *Taxation of International Executives*, 1985 ; VAN DER BEEK et BONTE (ERNST & WHINNEY), *Taxes on Salaries*, 1982. Il faudra tenir compte non seulement des impôts, mais encore des charges sociales étrangères. Au sein de la CEE, le règlement 1408/71 (*J.O.C.E.*, n° C 325 du 10 décembre 1992, p. 1) évitera aux ressortissants des États membres un double assujettissement : seul le régime de sécurité sociale de l'État de résidence s'appliquera à celui qui est salarié en Belgique et à l'étranger (art. 14, 2, b, i). En revanche, la sécurité sociale des salariés du pays d'accueil s'appliquerait à celui qui serait indépendant en Belgique et salarié à l'étranger (art. 14^{quater}, 2, b, et annexe VII du règlement). Cfr GOSSERIES, « La libre circulation des travailleurs et les règlements CEE n°s 1408/71 et 1612/68 : champ d'application matériel et personnel », *J.T.T.*, 1993, p. 265.

Les conventions bilatérales conclues par la Belgique en matière de sécurité sociale trouveront également à s'appliquer (cons. WILLEMS, Rapport belge, XXXVIII^e Congrès international de droit financier et fiscal, Buenos Aires, 1984, « Les prélèvements sociaux, élément de la charge fiscale pesant sur les entreprises engagées dans des activités internationales », *Cah. dr. fisc. intern.*, 1984, pp. 233-235 ; VAN HOUTTE, « Sociale zekerheid en internationaal privaatrecht », dans *Raakvlakken tussen sociale zekerheid en administratief recht...*, 1979, p. 106).

Elles laisseront généralement subsister un double assujettissement en cas d'exercice habituel d'une activité dans les deux États (B. HANOTIAU, *Les problèmes de sécurité sociale des travailleurs migrants*, 1973, p. 109).

qu'aurait été l'imposition belge au taux normal sur tout le revenu. La répartition du revenu (*income splitting*) aboutit à atténuer la progressivité de l'impôt.

Le résultat atteint est différent selon qu'intervient ou non un traité fiscal susceptible d'exonérer en Belgique le revenu étranger (1).

Section 1. — Droit interne

§ 1^{er}. — RÉGIME GÉNÉRAL

En application de l'article 156 du Code des impôts sur les revenus, la partie de l'impôt qui correspond proportionnellement aux revenus professionnels qui ont été réalisés et imposés à l'étranger est réduite de moitié.

La réduction ne s'applique qu'aux revenus imposables globalement, à l'exclusion de ceux qui seraient effectivement imposés distinctement aux taux prévus par l'article 171 du Code. Toutefois, les indemnités de dédit et arriérés de rémunération litigieux, imposables au taux moyen de la dernière année d'activité professionnelle normale, peuvent bénéficier de la réduction de taux (2). Il en est de même du pécule de vacances de départ, qui est taxable au taux afférent à l'ensemble des autres revenus imposables (3).

Revenu réalisé à l'étranger

Un revenu professionnel peut être considéré comme réalisé à l'étranger si l'activité qu'il rémunère y est exercée (4). Il n'est pas requis qu'en outre le revenu soit payé par un employeur étranger. La preuve de la nature étrangère des rémunérations sera toutefois facilitée si elles sont payées par une filiale ou une succursale étrangère (5).

L'article 156 ne définit pas le revenu réalisé à l'étranger. Toutefois, il précise, en ce qui concerne les rémunérations d'administrateurs et d'associés actifs, que la réduction ne leur sera applicable que « dans

(1) Cfr exposé in *Fiscaal compendium*, pp. A 9/053 à /061.

(2) C.I.R., art. 171, § 1^{er}, 5° ; Com. I.R., 88/10 et 93/36.

(3) C.I.R., art. 171, § 1^{er}, 6° ; Com. I.R., 93/42.8.

(4) Com. I.R., 88/15 et 16.

(5) SIBILLE, Rapport belge, XXVIII^e Congrès international de droit financier et fiscal, « Problèmes fiscaux posés par l'activité temporaire à l'étranger des employés des entreprises à vocation internationale », *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LIX b, 1974, p. II/73, *J.P.D.F.*, 1974, pp. 19-20.

la mesure où ces revenus sont imputés sur les résultats d'établissements situés à l'étranger, en raison de l'activité exercée par les bénéficiaires au profit de ces établissements ». *A contrario*, si cette condition n'est pas exigée pour les rémunérations, on ne voit pas d'autre critère de leur réalisation à l'étranger que l'exercice à l'étranger de l'activité correspondante (1), encore qu'accessoirement, le lieu de paiement des revenus ou celui de la situation du débiteur des revenus puisse contribuer à caractériser une réalisation à l'étranger (2).

De plus, si le Code définit, dans le cas d'un non-habitant du Royaume, les revenus professionnels produits ou recueillis en Belgique comme comprenant les rémunérations à charge d'un habitant du Royaume, d'une société belge ou de l'établissement belge d'un non-résident (3), il en excepte les rémunérations de salariés versées par les deux premières catégories de débiteurs et les rémunérations d'administrateurs ou d'associés actifs dans la mesure où elles rémunèrent une activité exercée à l'étranger et où elles sont imputées sur les résultats d'établissements étrangers, en raison d'une activité exercée au profit de ces établissements (4).

Avant la loi du 22 décembre 1989, l'article 141, 2°, ancien excluait des revenus de source belge des non-résidents :

- les rémunérations à charge de débiteurs belges dans la mesure où elles rémunéraient une activité exercée à l'étranger ;
- les rémunérations d'administrateur ou d'associé actif payées par des débiteurs belges dans la mesure où elles étaient imputées sur les résultats d'établissements situés à l'étranger en raison de l'activité exercée par les bénéficiaires au profit de ces établissements.

(1) DEFOORT, « Verkenning naar de grenzen van het toepassingsgebied van artikel 88 W.I.B. inzake bezoldigingen », *Fiskofoon*, 1982, p. 102.

(2) ZONDERVAN, *Les impôts sur les revenus et l'extranéité*, p. 214 ; comp. VANISTENDAELE, Rapport belge, XXXV^e Congrès international de droit financier et fiscal, Berlin, 1981, « Unilateral measures to prevent double taxation », *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXVI b, 1981, p. 217, insistant, à propos des revenus professionnels en général, sur la nécessité d'avoir un établissement à l'étranger.

(3) C.I.R., art. 228, § 2, 6°.

(4) C.I.R., art. 230, 3°.

En raison de la rédaction des textes, on ne peut considérer que l'article 230 complète la définition des revenus produits ou recueillis en Belgique. Il constitue une exception à cette définition (à propos de l'article 141, 2°, modifié par la loi du 22 décembre 1989 et ayant fait l'objet l'objet de l'article 142, § 1^{er}, 3°, puis de l'article 230, 3° : Cass., 5 mars 1979, *Pas.*, 1979, I, 790, *J.D.F.*, p. 276 ; L. HINNEKENS, *De territorialiteit van de Belgische belastingen in het algemeen en op de inkomsten in het bijzonder*, pp. 107-109 ; AFSCHRIFT, « Exemption vaut impôt, principe général de droit en matière d'impôts sur les revenus ? », *J.D.F.*, 1980, pp. 69-70).

La source, belge ou étrangère, des revenus de salariés n'est donc plus définie de la même façon pour les revenus d'habitants du Royaume et les revenus de non-résidents.

Il reste toutefois logique, comme sous le régime antérieur, de définir par la référence au lieu d'activité, commune aux articles 156 et 230, § 1^{er}, 3^o, les rémunérations réalisées à l'étranger pour l'application de l'article 156 (1).

Revenu imposé à l'étranger

Un revenu professionnel doit être considéré comme imposé à l'étranger s'il y a subi son régime fiscal, fût-il l'exonération (2) : il suffit donc que le revenu soit imposable en principe à l'étranger, même s'il est exempté d'impôt.

Si la rémunération est versée à l'étranger par un employeur qui y est établi, l'administration ne demandera pas la preuve d'une imposition à l'étranger (3).

Si l'activité est exercée dans un pays extra-européen avec lequel la Belgique n'a pas conclu de convention, il peut être admis, même si le salarié est payé par un employeur belge, que tout ou partie de sa rémunération, diminuée des charges sociales obligatoires belges et étrangères, a été imposé à l'étranger (4).

(1) CLAEYS-BOÚUAERT, Rapport belge, XXXIV^e Congrès international de droit financier et fiscal, Paris, 1980, « Les règles pour déterminer l'origine nationale ou étrangère des revenus et des charges », *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXV b, 1980, pp. 282-283 ; *Id.*, « Les règles pour déterminer l'origine étrangère des revenus et des charges », *J.D.F.*, 1980, p. 201.

(2) ZONDERVAN, *Les impôts sur les revenus et l'extranéité*, p. 216 ; Cass., 15 septembre 1970, *Pas.*, 1971, I, 37, *J.T.*, 1970, p. 626, *Bull. contr.*, 1971, n^o 489, p. 1618, à propos d'une plus-value sur titres non imposée au Canada ; Com. I.R., 88/21 ; COPPENS et BAILLEUX, *Droit fiscal, Les impôts sur les revenus*, 1985, p. 270.

Pour M. AFSCHRIFT, cette interprétation est contraire à la loi. Le principe « exemption vaut impôt » n'est en effet pas un principe général de droit. L'article 88 requiert l'imposition à l'étranger (« Exemption vaut impôt, principe général de droit en matière d'impôts sur les revenus ? », *J.D.F.*, 1980, p. 79 ; cfr également, à propos de l'interprétation de la convention préventive de double imposition entre la Belgique et les États-Unis, Bruxelles, 8 mars 1988, *F.J.F.*, 88/113).

(3) Com. I.R., 88/22.

(4) Cfr *infra*.

Revenu net. Déduction de l'impôt étranger

Le revenu imposable en Belgique est le revenu net, l'impôt étranger étant considéré comme une charge (1), au même titre que les charges sociales obligatoires étrangères (2) : le contribuable belge bénéficie simultanément, au titre de l'imposition étrangère, d'une déduction et d'une réduction de taux.

Le montant des revenus nets étrangers doit être fixé en tenant compte de toutes les règles applicables pour la détermination de la base de l'impôt belge des personnes physiques.

Le contribuable devra opter soit pour la formule des charges professionnelles forfaitaires — les impôts étrangers étant déduits des revenus professionnels étrangers avant l'application du forfait qui est imputé proportionnellement sur les revenus belges et étrangers (3), soit pour la déduction de ses dépenses professionnelles réelles moyennant justification du montant et de la réalité de celles-ci (4).

Les impôts étrangers relatifs aux rémunérations perçues de l'étranger, versés postérieurement à la cessation de l'activité à l'étranger, devraient être déductibles en Belgique comme charges professionnelles, éventuellement en sus du forfait légal (5).

L'impôt étranger doit être légalement établi (6). Il ne suffirait pas de payer à tort un impôt étranger indu pour que le revenu soit considéré comme imposé à l'étranger et que cet impôt soit déductible. En revanche, dès lors qu'un impôt est établi à l'étranger, le contribuable a le droit de ne pas le contester, sans que l'administration puisse substituer sa propre appréciation à celle du redevable (7).

Si le résident belge est citoyen d'un pays qui, comme les États-Unis, taxe ses ressortissants sur base de la nationalité, la condition d'imposition à l'étranger sera toujours remplie. L'article 156 n'exige

(1) ZONDERVAN, *Les impôts sur le revenu et l'extranéité*, p. 202 ; comp. Com. I.R., 44/430.

(2) Com. I.R., 44/419.1.

(3) C.I.R., art. 51 ; Com. I.R., 51/11.

(4) C.I.R., art. 49 ; *Bull. Q.R.*, Sén., sess. ord. 1988-89, question n° 164 du 22 mars 1989 (M. Van Hooland), p. 1477 ; Com. I.R., 88/30.

(5) Com. I.R., 51/12.

(6) Cass., 28 mai 1968, *Pas.*, 1968, I, 1118, *J.P.D.F.*, p. 242, obs. critiques BALTUS ; Anvers, 22 novembre 1988, *FJF*, n° 89/30.

(7) BALTUS, obs. précitées, *J.P.D.F.*, 1968, p. 245.

pas que l'imposition soit le fait de l'État étranger où l'activité est exercée (1).

Le fisc belge n'a en effet pas à déterminer la source du revenu imposé à l'étranger (2).

Impôt à répartir

L'impôt à répartir entre revenu belge et revenu étranger est l'impôt de base, réduit par l'application notamment des réductions pour charges de famille. La répartition s'opère entre revenus nets imposables globalement (immobiliers, mobiliers, professionnels (3) et, le cas échéant, divers), avant déduction des dépenses et charges visées à l'article 104 du Code déductibles du total des revenus nets (4).

Le « principal » de l'impôt est la quotité de l'impôt de base réduit qui, après déduction de la réduction pour revenu d'origine étrangère, est effectivement due par le contribuable.

§ 2. — DÉTACHEMENT DANS LES PAYS EXTRA-EUROPEËNS

De plus, un régime spécial a été créé, par voie administrative, en faveur des salariés exerçant une activité pendant un minimum d'un mois ininterrompu dans un pays extra-européen, y compris Chypre, avec lequel la Belgique n'a pas conclu de convention fiscale (5).

(1) DILLEY, « Taxation of Foreign Source Employment Income : High Relief Potential for the Itinerant Executive », *T.M.I.J.*, 1981, p. 12.

(2) Chypre perçoit un impôt au dixième du taux normal sur les rémunérations payées par un employeur chypriote. Certains employeurs détachant du personnel au Moyen-Orient l'ont engagé à l'intervention d'une société chypriote. Aux Pays-Bas, il en résultait une exemption totale du revenu imposé à Chypre. Le fisc néerlandais a réagi en exigeant un lien effectif entre l'impôt et l'activité y donnant lieu (VAN HAAREN, « End of the 'Cyprus route' for Dutch employees assigned abroad », *Strategy in international taxation*, 1985, p. 122).

(3) Pour la répartition des charges professionnelles entre revenus belges et étrangers et l'imputation de pertes éventuelles, cfr A.R.-I.R., art. 6 à 11.

(4) Cfr par exemple Circ. Ci. RH. 331/403.252 du 31 mai 1989, Notice relative au calcul des cotisations à l'I.P.P. pour l'exercice d'imposition 1989, n^{os} 119 à 121 ; Cours adm. I.P.P., n^{os} 944 à 950.

(5) Circulaire n^o Ci. RH. 241/424.903 du 5 mars 1992, *Bull. contr.*, 1992, n^o 715, p. 1104. Ce régime est réservé aux Belges. L'étranger, habitant du Royaume, ne peut y prétendre que s'il exerce l'activité dans un pays dont il n'a pas la nationalité. Cette restriction semble contraire aux clauses de non-discrimination des conventions signées par la Belgique. Ce régime spécial est également accordé aux coopérants rémunérés par l'AGCD, qui travaillent dans un pays non européen avec lequel la Belgique a conclu une convention internationale.

D'abord, diverses indemnités seront exclues de la rémunération imposable (frais médicaux, indemnité de logement, frais de voyage aller et retour et de voyage sur place, frais scolaires spéciaux).

Ensuite, ces contribuables bénéficieront des déductions forfaitaires suivantes dans la mesure où ils n'entendent pas déduire leurs frais réels :

- le montant brut de leurs revenus professionnels forfaitaires est réduit des cotisations sociales obligatoires (belges ou étrangères) et des impôts payés éventuellement à l'étranger sur les rémunérations ;
- la déduction des frais forfaitaires ordinaires s'applique ;
- un forfait supplémentaire de 30 % avec un maximum de 450.000 FB peut être appliqué pour les frais professionnels spéciaux qu'engendre l'occupation à l'étranger. Ce forfait spécial est appliqué sur la même base que le forfait ordinaire, c'est-à-dire après déduction des cotisations sociales obligatoires et de l'impôt étranger.

Ces déductions s'appliquent tant aux travailleurs qui resteraient habitants du royaume qu'à ceux qui, en tant que non-résidents, seraient imposables en Belgique parce qu'ils perçoivent des rémunérations à charge d'une entreprise belge sans imputation sur les résultats d'un établissement situé à l'étranger (1) ou à charge de l'État belge ou d'une de ses subdivisions politiques.

Les revenus ainsi perçus sont pour l'application de l'impôt belge présumés imposés à l'étranger selon les modalités suivantes.

Les coopérants de l'AGCD et les membres du corps belge de la coopération technique militaire avec le Zaïre, le Rwanda et le Burundi bénéficient d'une présomption d'imposition à l'étranger du montant intégral de leur rémunération payée en monnaie locale.

Pour les coopérants rémunérés par la VVOB ou l'APEFE, ou encore par une ONG, la présomption porte soit sur 30 % de la rémunération brute imposable totale (la base étant la rémunération brute diminuée des charges sociales belges et étrangères et de l'impôt payé à l'étranger), soit, s'il est supérieur, sur le montant total des rémunérations, diminué des charges sociales et impôts, payées par le service (public) étranger avec lequel un contrat de travail a été conclu.

(1) C.I.R., art. 230, 3°.

Pour les autres travailleurs, la présomption porte également sur 30 % des rémunérations brutes imposables, la base étant ici aussi le montant brut diminué des charges sociales belges et étrangères et des impôts payés à l'étranger.

Il est toujours possible de prouver qu'une partie plus importante de la rémunération a été imposée à l'étranger.

Section 2. — Droit conventionnel

§ 1^{er}. — RÉGIME GÉNÉRAL

Les traités conclus par la Belgique font en règle générale passer les rémunérations d'origine étrangère du régime de l'imposition au taux réduit à celui de l'exonération avec réserve de progressivité.

Aux termes de l'article 15 de la Convention modèle de l'OCDE, les salaires, traitements et autres rémunérations similaires reçus par le résident d'un État contractant (1) ne sont imposables que dans l'État contractant où réside le salarié, sauf si l'activité est exercée dans l'autre État. Dans ce cas, la rémunération y est imposable, à titre non exclusif.

Il y a lieu alors d'appliquer la disposition conventionnelle relative à la prévention des doubles impositions (2).

Les conventions conclues par la Belgique appliquent pour les revenus autres que mobiliers la méthode de l'exemption avec progressivité : en tant qu'État de la résidence, la Belgique exempte le revenu imposé à l'étranger, mais peut, pour calculer le montant de ses impôts sur le reste du revenu de son résident, appliquer le même taux que si les revenus en question n'avaient pas été exemptés.

L'impôt belge sera donc réduit proportionnellement à la partie des revenus exonérés dans le total des revenus (3).

Un revenu qui serait imposable distinctement s'il était d'origine belge, tel qu'une indemnité de dédit, sera pris en considération pour

(1) Ce régime ne s'applique qu'aux personnes physiques.

(2) Convention modèle OCDE, art. 23.

(3) C.I.R., art. 155 ; *Bull. Q.R.*, Sén., sess. 1983-84, question n° 266 du 8 juin 1984 (M. de Clippele), p. 1718, *Bull. contr.*, 1984, n° 634, p. 3096. Ces revenus seront mentionnés dans la déclaration à l'impôt des personnes physiques, après déduction des impôts étrangers.

déterminer le taux de l'impôt applicable à l'ensemble des revenus s'il est d'origine étrangère et exonéré par traité (1).

§ 2. — FRONTALIERS

Une première exception à ce régime résulte du régime des travailleurs frontaliers applicable dans les rapports avec l'Allemagne (2), la France (3) et les Pays-Bas (4). Les travailleurs frontaliers restent exclusivement imposables dans le pays de leur résidence (5).

La zone frontalière est définie, dans les rapports avec l'Allemagne et la France, par un espace de 20 kilomètres au-delà de la frontière et, dans les rapports avec les Pays-Bas, par une énumération géographique aux Pays-Bas et une « ligne idéale » en Belgique.

Les citoyens néerlandais qui ont transféré leur domicile en Belgique, directement ou via un État tiers, ne peuvent être considérés comme frontaliers.

§ 3. — RÈGLE DES 183 JOURS

Une seconde exception à l'imposition au lieu d'exercice de l'activité résulte de la règle des « 183 jours » (6). Si le titulaire du revenu séjourne dans le pays d'accueil pendant une période n'excédant pas 183 jours (7) au cours de l'année fiscale considérée, s'il est payé par un employeur qui n'est pas un résident du pays d'accueil ou pour le compte d'un tel employeur et si la charge des rémunérations n'est pas supportée par un établissement stable de l'employeur dans le pays d'accueil, le revenu ne sera taxable que dans l'État de la résidence.

L'exemption dans l'État de la source ne s'appliquera pas si la rémunération est facturée par l'employeur étranger à une société établie dans l'État de la source (8).

(1) Liège, 21 avril 1982, *F.J.F.*, 82/175, p. 125, *J.D.F.*, 1983, p. 225, obs. critiques R.V.

(2) Convention avec l'Allemagne, art. 15, § 3, 1.

(3) Convention avec la France, art. 11, § 2, c.

(4) Convention avec les Pays-Bas, art. 15, § 3, 1.

(5) Com. Conv., 15/31 et suiv.

(6) Convention OCDE, art. 15.2.

(7) 182 selon la convention belgo-américaine.

(8) Com. Conv. 15/16.

Sur la distinction entre paiement et prise en charge, cfr HIMPLER, « Interprétation de l'article 15 de la Convention modèle OCDE et de l'article 140, § 2, 4°, C.I.R. », *R.G.F.*, 1979, pp. 141-142.

Ce régime est susceptible de s'appliquer si le travailleur est, à l'étranger, au service d'un employeur belge.

Il ne pourra, bien entendu, obtenir la réduction de moitié de l'impôt belge, le revenu rémunérant son activité étrangère n'étant pas imposable à l'étranger.

Les conventions visent indifféremment la durée du « séjour » ou des « activités » du bénéficiaire. Dans les deux cas, l'administration considère que la durée est calculée en incluant les interruptions normales de travail, telles que week-ends, jours fériés, congés, même si, pendant la durée de ces interruptions, le travailleur concerné quitte l'État où il exerce son emploi (1).

Selon certains auteurs, lorsque la convention se réfère au nombre de jours de séjour, il y aurait lieu de ne prendre en considération pour le calcul de la période des 183 jours que le nombre de jours que le travailleur a effectivement passés dans l'État où il exerce ses activités, même lorsque ceux-ci ne sont pas en rapport avec l'emploi existant, à l'exclusion des périodes d'interruption normales de travail au cours desquelles le travailleur n'a pas séjourné dans l'État où il exerce son emploi (2).

Quant au salaire imposable dans l'État où s'exerce l'emploi, celui-ci, dans l'hypothèse où un salaire unique recouvrant les prestations en Belgique et à l'étranger est payé, doit se calculer en multipliant le salaire total par une fraction dont le numérateur correspond au nombre de jours de travail prestés dans l'État où s'exerce l'emploi et dont le dénominateur indique le nombre total de jours de travail (3).

Lorsqu'un salarié, résident belge, travaille à l'étranger, il est fréquent que son travail bénéficie en fait à une société apparentée à celle qui l'emploie en Belgique ou à un établissement étranger de la société belge.

Il est dès lors normal que sa rémunération soit payée par l'employeur étranger à qui profite le travail presté. Cette division de la rémunération sera favorable au travailleur dans les cas où le cumul

Il faut considérer que le paiement implique, dans le langage des conventions, la prise en charge (DEFOORT, « Gevallen van niet-belasting voor niet-inwoners die in België een dienstbetrekking uitoefenen », *Fiskofoon*, 1980, p. 44). Cfr aussi L. HINNEKENS, « De 183-dagenregeling », *T.F.R.*, 1987, p. 137.

(1) Com. Conv. 15/15.

(2) VAN GENNEP, « Artikel 15 van OCDE — Model van verdrag van 1977 », II, *W.F.R.*, 1989, p. 1173.

(3) VAN GENNEP, *op. cit.*, p. 1115.

de l'imposition étrangère sur le revenu étranger et de l'imposition belge sur le revenu belge (au taux qui se serait appliqué au revenu total) est plus avantageux que l'imposition en Belgique du revenu total.

Afin d'obtenir le bénéfice du *split rate*, il suffit que la rémunération soit payée par un employeur établi dans l'autre État contractant.

Si elle est payée par un employeur établi dans l'État de résidence, en l'espèce en Belgique, elle pourra néanmoins être exonérée si la règle des 183 jours ne s'applique pas, notamment parce que la rémunération est payée par un établissement stable de la société belge sis à l'étranger.

Diverses particularités de texte permettent d'éviter l'application de la règle des 183 jours.

Année

Les traités visent l'année civile, l'année fiscale ou la période imposable. Dans certains pays, l'année fiscale ne coïncide pas avec l'année civile : au Royaume-Uni et en Irlande, elle court du 6 avril au 5 avril de l'année suivante, la durée de séjour devant être calculée entre ces deux dates (1). La nouvelle convention belgo-britannique du 1^{er} juin 1987 prévoit que les 183 jours peuvent se situer au cours de toute période de 12 mois.

Parfois, les 183 jours se calculent à l'intérieur d'une période ininterrompue de 12 mois, même chevauchant deux exercices (2).

Pour certaines conventions, l'employeur doit être non seulement extérieur au pays d'accueil, mais aussi être résident du même État que le travailleur (3) ou, au moins, constituer un établissement stable dans cet État (4).

Établissement stable

La charge des rémunérations ne peut être supportée par un établissement stable situé dans le pays d'accueil. Généralement, seule la récupération directe de la charge est visée, qu'il y ait paiement par l'établissement ou paiement par le siège central et imputation fiscale à l'établissement.

(1) Com. Conv. 15/15.

(2) Conventions avec l'Indonésie et la Malaisie.

(3) États-Unis, France, Singapour, Thaïlande.

(4) États-Unis. Cfr Com. Conv. 15/16.

Même si l'établissement impute fiscalement une quote-part des dépenses du siège central, comprenant la rémunération en question, la règle des 183 jours s'appliquera (1).

Certaines conventions prévoient que la charge ne peut être supportée « comme telle » (2) ou « directement » (3).

En revanche, si la convention adopte le texte de l'OCDE sans modification (4), toute récupération, même indirecte, de la rémunération à charge d'un établissement situé dans le pays d'accueil exclura l'application de la règle des 183 jours.

Le résident belge qui exerce une activité salariée à l'étranger sera donc exonéré — avec réserve de progressivité — si son employeur est une société étrangère ou si, s'agissant d'un employeur belge, le séjour à l'étranger dépasse 183 jours ou si la rémunération est supportée par un établissement stable de l'employeur belge dans l'État d'exercice de l'activité.

(1) Com. Conv. 15/17.

(2) Allemagne, Autriche, Danemark, Espagne, États-Unis, Grèce, Irlande, Israël, Italie, Malaisie, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Tunisie.

(3) Canada, Luxembourg, Royaume-Uni, Singapour, Suède.

Certaines conventions exigent que les rémunérations ne soient pas déductibles lors de la détermination des bénéficiaires imposables d'un établissement stable que l'employeur a dans l'autre État (Australie, Inde, Thaïlande). La convention avec l'Inde exige en outre que les rémunérations soient imposables dans l'État de résidence du salarié.

(4) Brésil, Chine, Corée, Côte-d'Ivoire, Finlande, Hongrie, Indonésie, Japon, Malte, Maroc, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Philippines, Pologne, Roumanie, Sri Lanka, Suisse, Tchécoslovaquie, Yougoslavie.

CHAPITRE II. — RÉMUNÉRATIONS DES ADMINISTRATEURS DE SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

Section 1. — Droit interne

Les rémunérations d'administrateurs, commissaires, liquidateurs ou autres personnes exerçant des mandats ou fonctions analogues dans des sociétés belges ou étrangères ainsi que les rémunérations d'associés actifs dans des sociétés belges autres que des sociétés par actions ou dans des sociétés étrangères assimilables à ces sociétés ne peuvent bénéficier de la réduction de moitié du taux de l'impôt que si ces revenus, réalisés et imposés à l'étranger, sont en outre imputés sur les résultats d'établissements étrangers en raison de l'activité exercée par les bénéficiaires au profit de ces établissements (1).

Les tantièmes de sociétés belges, attachés à la seule fonction de membre d'un conseil ou collège, sont toujours considérés comme rémunérant l'activité exercée au siège social (2). Les tantièmes de sociétés étrangères bénéficieront du taux réduit de moitié s'ils rémunèrent une activité exercée à l'étranger et ne sont pas imputés sur les résultats d'un établissement belge de la société étrangère.

En ce qui concerne les rémunérations de fonctions exercées à l'étranger, elles seront imposées au taux réduit de moitié si leur montant n'est pas imputé sur les résultats du siège social de la société belge ou d'un établissement belge de la société étrangère.

(1) C.I.R., art. 156, 2°. En application du règlement CEE 1408/71, la sécurité sociale belge des indépendants sera seule applicable au ressortissant de la CEE, résidant en Belgique et exerçant une activité d'indépendant dans plusieurs États membres (art. 14*bis*, 2). La même solution résulterait, par exemple de la Convention belgo-américaine sur la sécurité sociale du 19 février 1982, approuvée par la loi du 3 mai 1984 (art. 5.3). En revanche, les anciennes cotisations de solidarité (A.R. n° 186 du 30 décembre 1982) ou de modération (A.R. n° 289 du 31 mars 1984) des indépendants n'étaient, elles, dues que sur les revenus professionnels acquis en Belgique (question parlementaire, M. VAN GOEY-MERCX, n° 55 du 9 juillet 1986, *Bull. Q.R.*, Ch. repr., sess. 1985-1986, p. 3413, *Bull. contr.*, 1987, n° 658, p. 385). Comme l'administration des contributions directes communiquait globalement à l'INASTI l'ensemble des revenus d'indépendant, l'intéressé devait écrire à l'INASTI en mentionnant les revenus professionnels acquis à l'étranger.

(2) Com. I.R., 88/18.

Section 2. — Droit conventionnel

La rédaction des traités amène à distinguer :

- les tantièmes, jetons de présence et autres rétributions similaires reçus en qualité de membre du conseil d'administration ou de surveillance d'une société ;
- les autres rémunérations, rétribuant par exemple des fonctions de gestion journalière ou des activités techniques.

§ 1^{er}. — TANTIÈMES

Les tantièmes, au sens large, payés à un résident d'un État contractant par une société résidente de l'autre État contractant, ne sont imposables que dans l'État de résidence de la société (1). Il n'y a pas lieu d'examiner si l'activité de l'administrateur est exercée à l'étranger ou non, cette détermination étant souvent difficile (2).

Alors que les conventions visent en général toutes rétributions de la fonction, la convention belgo-américaine ne couvre que les « tantièmes [...] qui ne sont pas déductibles au titre de charges professionnelles dans le chef de la société, mais sont traités, dans l'État de résidence de la société, comme des bénéfices distribués » (3).

Cette disposition n'est plus susceptible d'application ni aux États-Unis, où toutes les rémunérations d'administrateur sont déductibles (4), ni en Belgique où elles le sont depuis l'entrée en vigueur de la loi du 22 décembre 1989.

Les conventions conclues par la Belgique contiennent certaines variantes quant aux mandataires et aux sociétés visés.

(1) Convention OCDE, art. 16.

(2) Comm., OCDE, art. 16.1. HUYGHE, « Fiscale aspecten van een cross-border tewerkstelling als bestuurder », *T.F.R.*, 1992, p. 5.

(3) Art. 16.

(4) DILLEY, « Belgium : Taxation of Foreign Source Employment Income High Relief Potential for the Itinerant Executive », *T.M.I.J.*, 1981, p. 17 et note 49. Le traité ne prévoit pas quelle disposition s'appliquera à défaut de l'article 16 relatif aux tantièmes (professions dépendantes ou indépendantes, disposition résiduelle relative aux revenus non désignés ailleurs).

Mandataires

Les conventions visent les membres d'un conseil d'administration ou de surveillance, conformément au modèle de l'OCDE (1). Parfois, elles y ajoutent les membres d'un organe quelconque, éventuellement qualifié de similaire (2).

D'autres conventions visent uniquement les membres d'un conseil d'administration (3) ou de direction (4) et parfois ceux d'un organe analogue à un conseil d'administration (5).

Certaines conventions, enfin, énumèrent les fonctions visées. La convention franco-belge, par exemple, vise les administrateurs, commissaires, liquidateurs, associés gérants et autres mandataires analogues ; la convention belgo-néerlandaise les *commissarissen* et *bestuurders* (6).

Le texte s'applique aussi aux fonctions exercées par des personnes morales, dans la mesure où le droit des sociétés de l'État du siège le permet. La convention belgo-américaine ne couvre que les personnes physiques.

Sociétés

Certaines conventions visent, comme la convention modèle, toutes les sociétés (7). Ce terme est défini par la convention.

D'autres traités ne couvrent que les sociétés par actions (8) ou les sociétés par actions et autres sociétés de capitaux (9).

Une énumération est parfois donnée :

(1) Australie, Inde, Irlande, Israël, Japon, Maroc, Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni, Singapour, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie, Tunisie.

(2) Allemagne, Autriche, Brésil, Canada, Chine, Corée, Côte-d'Ivoire, Danemark, Espagne, Finlande, Grèce, Hongrie, Italie, Luxembourg, Malte, Philippines, Pologne, Portugal, Roumanie, Thaïlande.

(3) Malaisie, Sri Lanka.

(4) Yougoslavie.

(5) Pakistan.

(6) Indonésie : *pengurus* ou *Kommissaris*. La convention belgo-pakistanaise s'étend aux rétributions reçues par un employé d'une société occupant une fonction élevée de direction et qui exerce en fait des fonctions de nature analogue.

(7) Australie, Corée, Danemark, États-Unis, Finlande, Inde, Indonésie, Irlande, Israël, Japon, Malaisie, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Royaume-Uni, Singapour, Sri Lanka, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie, Thaïlande, Yougoslavie.

(8) Brésil, Canada, Chine, Côte-d'Ivoire, Espagne, Grèce, Hongrie, Italie, Malte, Maroc, Norvège, Philippines, Pologne, Roumanie, Tunisie.

(9) Allemagne, Autriche, Luxembourg.

- France : sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions, sociétés coopératives, sociétés à responsabilité limitée ;
- Pays-Bas : sociétés anonymes, y compris les *besloten vennootschappen* ;
- Portugal : sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions et sociétés *por quotes*.

Certaines conventions contiennent des extensions expresses (1), d'autres des exclusions, écartant par exemple les sociétés holding luxembourgeoises (2) et les corporations de placement canadiennes appartenant à des non-résidents.

§ 2. — RÉMUNÉRATIONS DE FONCTIONS SPÉCIALES

Les rémunérations de fonctions que le droit belge appelait, avant la réforme fiscale du 22 décembre 1989, « réelles et permanentes » ou « spéciales » subissent un régime conventionnel différent selon les traités. Trois groupes de conventions peuvent être distingués.

Dans un premier groupe de dispositions, les rémunérations relatives à une activité journalière sont, si elles sont supportées par un établissement stable situé dans l'État autre que celui de la résidence de la société, imposables dans ce dernier État (3). Le résident belge, administrateur d'une société allemande, mais rémunéré pour une activité journalière au service de l'établissement belge de cette société, serait donc imposable en Belgique. À défaut, il ne sera imposable qu'en Allemagne.

L'exercice de fonctions réelles et permanentes par un administrateur dans un État y donne naissance à un établissement stable de la

(1) — Rémunérations perçues par les « associés-gérants majoritaires de sociétés à responsabilité limitée » : Maroc et Tunisie ;

— rémunérations d'un associé commandité d'une société en commandite par actions : Italie, Tunisie ;

— rémunérations d'un membre du conseil de direction ou d'un gérant d'une société de capitaux (y compris GmbH) : Allemagne ;

— rémunérations des administrateurs et commissaires des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés coopératives : Italie.

(2) En ce qui concerne le Grand-Duché de Luxembourg, conformément à la circulaire du 6 octobre 1989, il a été convenu entre le Luxembourg et la Belgique que les règles de la convention préventive de la double imposition s'appliqueront dorénavant aux rémunérations et tantièmes attribués par une société holding luxembourgeoise à des résidents belges (*Bull. contr.*, 1989, p. 2216).

(3) Allemagne, Autriche, Danemark, Grèce, Norvège, Pays-Bas, Sri Lanka.

société, puisque cette notion recouvre notamment les sièges de direction effective (1).

Encore faut-il, pour que la rémunération y soit taxable, qu'elle soit supportée par l'établissement.

Un deuxième groupe de dispositions assimile les rémunérations perçues en raison d'une activité journalière de direction ou de caractère technique aux traitements et salaires, visés par l'article relatif aux revenus de professions dépendantes (2).

Pour rappel, ces rémunérations seront taxables au lieu où l'activité est exercée, sauf séjour de moins de 183 jours et paiement par l'employeur étranger, sans prise en charge par un établissement stable dans le pays d'exercice.

L'administrateur belge d'une société étrangère, chargé de fonctions permanentes, qu'il n'exercerait pas à l'étranger, mais en Belgique, y créera par le fait même un établissement stable de cette société. Toutefois, il sera imposable même si la rémunération n'est pas prise en charge par l'établissement.

Un troisième groupe de conventions renvoie, pour les rémunérations que le mandataire reçoit « en une autre qualité », au régime des professions dépendantes ou indépendantes selon les cas (3).

Cette dernière qualification viserait celui qui, en étant administrateur, exercerait des fonctions de conseiller, d'avocat, d'architecte, etc.

(1) *Place of management*. Tel sera le cas même en l'absence d'un bureau (Com. OCDE, art. 5/12). Cfr Com. Conv. 16/23.

(2) Convention modèle de l'OCDE, art. 15. Cfr *supra*. Australie, Corée, Côte-d'Ivoire, États-Unis, Finlande, Hongrie, Indonésie, Irlande, Israël, Japon, Malaisie, Malte, Nouvelle-Zélande, Philippines, Pologne, Roumanie, Royaume-Uni, Singapour, Suède, Thaïlande, Yougoslavie.

Généralement, le traité précise que l'article visant les salariés est appliqué « comme s'il s'agissait de rémunérations qu'un employé tire d'un emploi salarié et comme si l'employeur était la société ».

Le traité belgo-américain exclut des tantièmes les revenus qu'un mandataire perçoit en raison de fonctions dirigeantes, mais les cite dans la disposition visant les salaires.

(3) Brésil, Canada, Espagne, France, Italie, Luxembourg, Maroc, Portugal, Suisse, Tchécoslovaquie, Tunisie.

La convention belgo-indienne prévoit expressément que la clause concernant les « tantièmes » n'est pas applicable « aux rémunérations allouées pour l'exercice d'une activité journalière de direction ou de caractère technique », mais aucun texte spécifique ne vise ces rémunérations. Il n'y a pas non plus de clause dite « résiduelle » s'appliquant aux revenus qui ne sont pas expressément mentionnés dans d'autres articles. Dès lors, chaque État conserve le droit d'imposer ces revenus selon les dispositions de sa législation interne en appliquant, le cas échéant, les dispositions de la convention applicable aux revenus auxquels ils sont assimilés.

Il sera imposable à l'étranger s'il y dispose d'une base fixe. À défaut, il reste imposable dans son pays de résidence.

En pratique, seront donc imposés à l'étranger soit des tantièmes de société étrangère (1), sans condition d'exercice à l'étranger d'une activité, soit d'autres rémunérations d'administrateur ; dans ce dernier cas, si la convention applicable ne les assimile pas aux tantièmes, mais aux traitements et salaires, l'activité correspondante devra être exercée à l'étranger. Si elles sont assimilées aux tantièmes, il suffira qu'elles ne grèvent pas les résultats d'un établissement stable belge, étant entendu que le seul exercice de l'activité en Belgique y créera un tel établissement.

(1) Le ministre des Finances des Pays-Bas a toutefois annoncé, dans une communication du 20 février 1990, que serait examinée la situation où un directeur d'une société néerlandaise reçoit des rémunérations d'administrateur d'une société étrangère ainsi que la situation inverse (directeur étranger exerçant un mandat aux Pays-Bas) afin de vérifier dans chaque cas le contenu de la fonction exercée ainsi que la nature des activités que l'intéressé a effectivement prestées pour la société dont il est le mandataire.

En pratique, ces dispositions ne devraient pas avoir de conséquence pour les personnes physiques et les sociétés résidant en Belgique : l'article 16 de la convention entre les Pays-Bas et la Belgique précise en effet que toutes les rémunérations reçues par un membre d'un conseil d'administration d'une société par actions sont imposables dans le pays de résidence de ladite société.

SOUS-TITRE III
REVENUS MOBILIERS

**CHAPITRE PREMIER. — DIVIDENDES
ET DISTRIBUTIONS DE LIQUIDATION**

SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DIVIDENDES

Section 1. — Personnes physiques

Les dividendes d'origine étrangère ne peuvent plus, d'après le droit interne belge, bénéficier de la quotité forfaitaire d'impôt étranger. Elle a été supprimée pour ces revenus en même temps que le crédit d'impôt pour les distributions belges de bénéfices.

La compatibilité de cette exclusion avec les conventions fiscales internationales est douteuse (1).

L'administration belge n'exigeait aucune preuve d'imposition en ce qui concerne les dividendes étrangers, dont il était admis sans plus qu'ils avaient été imposés à l'étranger.

La Belgique a toujours refusé d'étendre, même par convention, le crédit d'impôt aux non-résidents, invoquant comme motifs que :

— le crédit d'impôt belge existait même si aucun impôt des sociétés n'avait été perçu dans le chef de la société mère et ne s'accompagnait pas, dans ce cas, d'une taxe compensatoire analogue au précompte français ;

— le crédit d'impôt belge ne donnait jamais lieu à remboursement.

Section 2. — Sociétés

SOUS-SECTION 1. — DROIT INTERNE

La directive CEE du 23 juillet 1990 (2) relative au régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales imposait à tous les

(1) Cfr *infra*.

(2) *J.O.C.E.*, n° L 225 du 20 août 1990, p. 6.

État membres, dont la Belgique, de modifier leur législation interne avant le 1^{er} janvier 1992. Le gouvernement belge a donné effet à cette directive par la loi du 23 octobre 1991 (1).

Le Code des impôts sur les revenus a fait l'objet d'une nouvelle coordination par arrêté royal du 10 avril 1992, confirmé par la loi du 12 juin 1992.

Les lois du 28 juillet 1992 et du 28 décembre 1992 portant des dispositions fiscales et financières en ont modifié diverses dispositions, dont certaines concernant le régime des dividendes.

La directive (2) laisse à l'État de la société mère le choix entre deux méthodes de traitement des bénéfices distribués par la société filiale :

— l'exemption : l'État de la société mère s'abstient d'imposer ces bénéfices ;

— l'imputation : l'État de la société mère impose les bénéfices distribués, mais autorise la société mère à déduire du montant de son impôt la fraction de l'impôt de la filiale afférente à ces bénéfices.

La Belgique opte pour la première méthode, à laquelle elle ajoute la déduction de la retenue à la source étrangère lorsque celle-ci subsiste : elle prend en effet en considération le dividende net.

La Belgique maintient son régime des revenus définitivement taxés : les dividendes et les revenus assimilés à ceux-ci demeurent déductibles des bénéfices de la période imposable, dans la mesure où ils s'y retrouvent, à concurrence d'un pourcentage qui est porté à 95 %, en remplacement des anciens pourcentages de 85 ou 90 %.

Elle a modifié sa législation interne de sorte que le même régime s'applique entre sociétés belges et entre une société mère belge et une société filiale étrangère.

(1) J. MALHERBE, « Le nouveau régime fiscal belge des dividendes et plus-values recueillis par des sociétés et la directive CEE relative au régime fiscal des sociétés mères et filiales d'États membres différents », *J.D.F.*, 1992, p. 124 ; AUTENNE, « Le régime fiscal applicable aux dividendes, plus-values, moins-values et réductions de valeur sur actions à la lumière de la directive sociétés mères-filiales », *J.T.*, 1992, p. 232 ; KLEY-NEN, « Le nouveau régime fiscal des dividendes et résultats sur actions dans le chef des sociétés », *R.G.F.*, 1992, p. 39 ; S. CLAES, « Enkele aspecten van de Belgische wetgeving inzake winstuitkeringen in relatie tot de Moeder-Dochter-Richtlijn », *T.F.R.*, 1993, p. 223 ; VAN HEUVERSWYN, « Het belastingregime over dividenden ontvangen door Belgische moedermaatschappijen na de implementatie van de Moeder-Dochter-Richtlijn », *T.F.R.*, 1993, p. 3.

(2) Art. 4.

§ 1^{er}. — MODE DE DÉDUCTION
DES REVENUS DÉFINITIVEMENT TAXÉS

Le mode de déduction des revenus définitivement taxés est inchangé.

Lors de la première opération tendant à la détermination du bénéfice imposable, une ventilation est faite entre bénéfices réservés, dépenses non admises et dividendes.

La détermination des bénéfices réservés se fait après déduction des pertes de la période imposable, mais en y comprenant les bénéfices de la période affectés à l'apurement comptable de pertes antérieures (1).

À la deuxième opération, les bénéfices sont ventilés en bénéfices belges, bénéfices étrangers imposables au taux réduit et bénéfices étrangers exonérés par convention.

Les pertes éprouvées dans les établissements belges et étrangers sont imputées sur les bénéfices belges et étrangers dans l'ordre prévu par la loi (2).

À la troisième opération, sont déduits les bénéfices exonérés par convention, les bénéfices immunisés (personnel affecté à la recherche scientifique) et les libéralités immunisées ainsi que les autres éléments non imposables (3).

Ce n'est qu'à la quatrième opération que sont déduits les revenus définitivement taxés, par priorité du montant des bénéfices dans lesquels ils sont compris (4).

Aux cinquième et sixième opérations s'effectueront les déductions des pertes des exercices antérieurs et de la déduction pour investissement (5). Il en résulte que les dividendes reçus sont compensés avec les pertes de l'exercice, voire avec les bénéfices exonérés par convention, puisqu'ils ne sont déductibles du bénéfice qu'après la déduction de ces pertes et de ces revenus exonérés par convention.

Il ne s'agit donc plus, dans cette mesure, d'une exonération effective des dividendes reçus, d'autant plus que la déduction pour revenus définitivement taxés n'est pas reportable à un exercice suivant.

(1) A.R.-I.R., art. 74.

(2) A.R.-I.R., art. 75.

(3) A.R.-I.R., art. 76.

(4) A.R.-I.R., art. 77.

(5) A.R.-I.R., art. 78 et 79.

Exemple :

— Pertes de l'exercice :	-50 ;
— Dividendes reçus d'une filiale :	100 ;
— Résultats de la société mère :	+50 ;
— Déduction des revenus définitivement taxés :	
95, limitée à 50 :	-50 ;
— Imposable :	0.

Cette méthode est-elle compatible avec la directive qui prévoit que l'État de la société mère, lorsqu'il applique la méthode de l'exemption, s'abstient d'imposer les bénéfices distribués par la filiale ?

L'incompatibilité aurait été claire avec l'article 4 de la proposition originelle de directive du 16 juin 1969, qui prévoyait que le bénéfice distribué qu'une société mère reçoit à titre d'associée de sa société filiale, même en cas de liquidation de celle-ci, ne fait pas partie de son bénéfice imposable.

L'article 4 de la directive du 23 juillet 1990 prévoit seulement que l'État de la société mère doit s'abstenir d'imposer le bénéfice.

Devant la Commission des Finances du Sénat, le ministre du Budget a abordé le problème. Il a souligné la différence de technique : dans une véritable immunisation, les revenus ne sont pas repris dans le résultat ; si l'on applique une déduction, les dividendes sont d'abord repris dans le résultat pour en être ensuite déduits, à condition qu'il subsiste un solde après les opérations précédentes de déduction (1). Le ministre a fait remarquer à juste titre que dans l'autre méthode de prévention de la double imposition économique autorisée par la directive, à savoir l'imputation, le résultat est le même : il n'y a d'imputation de l'impôt payé par la filiale que si un impôt est dû par la société mère, ce qui ne sera pas le cas si le dividende est absorbé, par exemple, par des pertes de l'exercice. La directive n'impose pas le report de l'excédent de crédit d'impôt à un exercice suivant.

Le gouvernement a dès lors estimé « qu'il était prudent de maintenir le système actuel et d'examiner l'attitude qu'adopteraient les autres États » (2). Les représentants du gouvernement ont été encore

(1) Projet de loi transposant en droit belge la directive du Conseil des Communautés européennes du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1991-1992, n° 1454/2, p. 2.

(2) *Ibid.*

plus affirmatifs pour faire rejeter les amendements tendant à modifier le système de déduction. Le ministre des Finances, devant la Commission du Budget de la Chambre, et le ministre du Budget devant la Commission des Finances du Sénat, ont affirmé que, d'après le gouvernement, la directive européenne n'imposait pas le report des excédents de revenus définitivement taxés aux exercices ultérieurs (1).

D'après le gouvernement, l'excédent de revenus définitivement taxés s'explique souvent par des charges importantes supportées pour financer l'acquisition des participations générant les dividendes déductibles. La limitation aux résultats subsistants de la déduction des revenus définitivement taxés est une sorte de compensation de ce libéralisme (2).

D'autre part, le gouvernement ne souhaite pas que les sociétés constituent des stocks de déductions reportables, ce qui rend difficiles les prévisions de rendement de l'impôt des sociétés (3).

Pour les auteurs des amendements, la disposition de l'article 205, § 2, du Code, qui limite la déduction au montant des bénéfices de la période imposable, après application de l'article 199 relatif à la déduction préalable des revenus exonérés ou immunisés, « risque d'entraîner la Belgique dans des recours devant la Cour européenne dont l'issue ne fait aucun doute » (4).

Comparaison

Le même problème s'est posé, en application des conventions préventives de la double imposition, à propos de la déduction des pertes éprouvées en Belgique des bénéfices exonérés par convention. La disposition conventionnelle applicable, en l'espèce l'article 7 de la convention conclue entre la Belgique et les Pays-Bas, prévoit que les bénéfices d'un établissement stable situé dans le pays cocontractant « sont exemptés d'impôts en Belgique ». La Cour de cassation a estimé que la convention, imposant à la Belgique d'appliquer une

(1) *Id.*, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1991-1992, n° 1784/3, p. 16 ; *Id.*, Rapport précité, Sén., p. 15.

(2) *Id.*, Rapport Sén., précité, p. 15.

(3) Projet de loi transposant en droit belge la directive du Conseil des Communautés européennes du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mère et filiales, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1991-1992, n° 1784/3, p. 17.

(4) *Id.*, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1991-1992, n° 1454/2, p. 15 ; dans le même sens, Rapport Ch. repr., précité, p. 16. *Contra*, SIEBENS, « De deelneming in een nieuw kledje met Europese kleuren », *A.F.T.*, 1991, p. 328.

exemption d'impôts, n'empêchait pas « l'État belge de tenir compte, lors de la détermination de la base imposable, en Belgique, des bénéfices obtenus aux Pays-Bas et, dès lors, de les inclure dans le montant dont seront déduites les pertes subies et de ne déduire les pertes professionnelles éprouvées en Belgique au cours des années antérieures des bénéfices ultérieurs que dans la mesure où elles n'ont pas déjà été couvertes auparavant par les bénéfices exonérés par la Convention » (1).

Exclusion des dépenses non admises de l'assiette de la déduction

La loi du 28 juillet 1992 a encore limité le bénéfice dont les revenus définitivement taxés peuvent être déduits : on ne peut y comprendre les dépenses non admises, à l'exception des impôts et de leurs accessoires, des réductions de valeur et moins-values sur actions et parts et des libéralités exonérées (2).

La quotité rejetée des frais de réception et de restaurant (50 %) ou de voiture (25 %) et des avantages sociaux restera donc taxable, nonobstant l'existence de revenus définitivement taxés.

Certains ont mis en doute la compatibilité de cette restriction avec la directive européenne (3).

§ 2. — LIMITATION DE LA DÉDUCTION

DES REVENUS DÉFINITIVEMENT TAXÉS À 95 % DE LEUR MONTANT

La législation ancienne prévoyait que les revenus définitivement taxés étaient censés se retrouver dans les bénéfices de la période imposable à concurrence de 85 ou 90 % de leur montant selon que la société bénéficiaire était ou non une société dite financière (4).

La loi nouvelle, pour se conformer à la directive, porte le pourcentage déductible à 95 %.

(1) Cass., 29 juin 1984, *Pas.*, I, 1321, *R.G.F.*, 1985, p. 27, cassant Anvers, 6 juin 1983, *R.G.F.*, 1983, p. 238 ; cfr L. HINNEKENS, « Velasquez. L'arrêt de la chance manquée. Réflexions sur la compensation des bénéfices étrangers exonérés et sur l'interprétation d'une convention préventive de la double imposition », *R.G.F.*, 1985, p. 8. Cfr *supra*.

(2) C.I.R., art. 205, § 2, nouveau. La limitation ne s'applique pas aux avantages anormaux et bénévoles, qui, bien qu'étant repris en dépenses non admises, n'ont pas vraiment la nature de frais.

(3) Projet de loi transposant en droit belge la directive du Conseil des Communautés européennes du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1991-1992, n° 444/9, p. 154.

(4) C.I.R., art. 113, ancien ; loi du 7 décembre 1988, art. 30.

La directive prévoit qu'un État membre garde la faculté de prévoir que des charges se rapportant à la participation et des moins-values (1) résultant de la distribution des bénéfices de la filiale ne sont pas déductibles du bénéfice imposable de la société mère.

La Belgique n'a pas fait usage de cette faculté en ce qui concerne les charges (2).

Or, la directive prévoit que c'est dans le cas où un État membre fait usage de la faculté qui lui est réservée que les frais de gestion se rapportant à la participation peuvent être fixés forfaitairement, à condition que le montant forfaitaire n'excède pas 5 % des bénéfices distribués.

On pourrait dès lors considérer que la Belgique, n'ayant pas fait usage de la faculté de déclarer non déductibles des charges se rapportant à la participation ni de son droit de fixer les frais de gestion forfaitairement, doit accorder une déduction de 100 % du revenu définitivement taxé. À défaut, il faut lire la nouvelle disposition de l'article 204 comme comprenant un rejet de charges liées à la participation et une fixation forfaitaire des charges rejetées à 5 % du montant du dividende.

Encore faut-il constater que, puisqu'il y a fixation forfaitaire du montant rejeté, le forfait ne pouvait s'appliquer qu'aux frais de gestion.

L'exposé des motifs (3) rappelle que le forfait couvre les charges financières et les frais généraux d'administration qui sont censés grever les revenus définitivement taxés. D'après le même exposé, la disposition nouvelle a pour objet de ramener le forfait de frais de gestion uniformément à 5 %. Or, il vient d'être rappelé que le forfait couvre tant les charges financières que les frais de gestion.

§ 3. — CALCUL DE LA DÉDUCTION

A. Dividendes belges

Le montant déductible pour les revenus définitivement taxés de source belge est le suivant :

(1) Dans le texte anglais, « any charges » [...] and « any losses ».

(2) Cfr ci-après pour les moins-values.

(3) Projet de loi transposant en droit belge la directive du Conseil des Communautés européennes du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1991-1992, n° 1784/1, p. 4.

95 % (montant recueilli + précompte mobilier retenu)

Comme on le verra ci-après, il pourra dans certains cas être renoncé à la retenue du précompte.

Le précompte mobilier retenu est en principe égal à 25/75 du montant net recueilli.

Exemples (1) :

Une S.A. recueille un montant de 300.000 F de dividendes provenant d'une participation permanente qu'elle détient dans une autre société belge.

Le montant déductible au titre de revenus définitivement taxés est égal à :

$$(300.000 \text{ F} + 100.000 \text{ F}) \times 95 \% = 380.000 \text{ F}$$

La société reste imposée sur :

$$400.000 \text{ F} - 380.000 \text{ F} = 20.000 \text{ F}$$

Exemple n° 1 (Dividende + 61)

<i>Société mère belge</i>	<i>Précompte retenu</i>	<i>Précompte non retenu</i>
<i>Filiale belge</i>		
Bénéfice avant impôt	100	100
Impôt des sociétés	39	39
Dividende brut	61	61
Précompte mobilier 25 %	15,25	0
Dividende net 61-15,25	45,75	61
Imposable en principe	61	61
Revenu définitivement taxé 61×95 %	57,95	57,95
Imposable	3,05	3,05
Impôt des sociétés 39 %	1,1895	1,1895
Imputation PM 15,25	15,25	—
À imputer ou à restituer	14,0605	—

(1) Les exemples ne tiennent pas compte de la cotisation complémentaire de crise instaurée par la loi du 22 juillet 1993, ajoutant trois centimes additionnels à l'impôt des sociétés et au précompte immobilier (C.I.R., art. 463bis).

Exemple n° 2 (Dividende + 100)

<i>Société mère belge</i>	<i>Précompte retenu</i>	<i>Précompte non retenu</i>
<i>Filiale belge</i>		
Bénéfice avant impôt	163,9344	163,9344
Impôt des sociétés 39 %	63,9344	63,9344
Dividende brut	100	100
Précompte mobilier	25	0
Dividende net	75	100
Imposable en principe	100	100
Revenu définitivement taxé 95 %	95	95
Imposable	5	5
Impôt des sociétés 39 %	1,95	1,95
Imputation PM 25	25	—
À imputer ou à restituer	23,05	—

L'imputation du précompte mobilier sera refusée dans la mesure où la société bénéficiaire du dividende acte une réduction de valeur des actions à l'occasion de la distribution (1).

B. Dividendes étrangers

On appliquera le régime des revenus définitivement taxés aux dividendes d'origine étrangère.

Les revenus provenant de valeurs investies dans des établissements dont la société dispose à l'étranger et dont les bénéfices sont exonérés en vertu de conventions internationales préventives de la double imposition sont écartés du champ d'application du régime des revenus définitivement taxés (2). Ils sont en effet déductibles à la précédente opération.

Le précompte mobilier n'est plus, en principe, retenu sur les dividendes étrangers perçus par un contribuable soumis à l'impôt des sociétés (3). L'on ne devra donc en principe pas, pour le calcul des 95 % exonérés, ajouter de précompte au « net perçu ».

(1) C.I.R., art. 282.

(2) C.I.R., art. 205, § 1^{er}.

(3) Voy. l'art. 106, § 1^{er}, de l'A.R.-I.R.

<i>Société mère belge</i>	<i>Retenue étrangère</i>	<i>Pas de retenue étrangère</i>
<i>Filiale étrangère</i>		
Dividende brut	100	100
Retenue source étrangère 15 %	15	—
Dividende net	85	100
Imposable en principe	85	100
Revenu définitivement taxé 95 %	80,75	95
Imposable	4,25	5
Impôt des sociétés 39 %	1,6575	1,95

§ 4. — CHAMP D'APPLICATION

A. Champ d'application *ratione personae*

La Belgique n'introduit aucune limitation du champ d'application *ratione personae* quant aux bénéficiaires du régime des revenus définitivement taxés. Il s'applique donc aux sociétés de capitaux, comprenant les sociétés anonymes et en commandite par actions, les sociétés constituées en Belgique sous une forme non prévue par le Code de commerce et les sociétés constituées à l'étranger dès lors que, possédant la personnalité juridique, elles ont en Belgique leur siège social, leur principal établissement ou leur siège de direction ou d'administration et que leur forme peut être assimilée à celle des sociétés belges précédentes.

Le régime s'applique également aux sociétés de personnes, comprenant les sociétés constituées conformément au Code de commerce sous une forme autre que celle des sociétés de capitaux et aux sociétés de droit étranger y assimilables, résidentes en Belgique (1).

Une comparaison avec le champ d'application de la directive est utile. Celui-ci étant plus restrictif, certaines sociétés belges ne pourront, à l'égard d'autres États membres, se prévaloir de la directive. Cette restriction concerne essentiellement l'application de la retenue à la source étrangère.

(1) C.I.R., art. 2, § 2, 3° et 4°.

La directive n'est applicable qu'aux sociétés revêtant une des formes énoncées à l'annexe, à savoir, pour la Belgique, aux sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions, sociétés privées à responsabilité limitée et entités de droit public qui opèrent sous le régime du droit privé.

Toutefois, s'il s'agit d'une société étrangère constituée dans un État membre, mais ayant son principal établissement dans un autre État membre, la directive sera également applicable (1), mais il faudra avoir égard aux formes de sociétés étrangères visées par l'annexe en ce qui concerne le pays de sa constitution.

La directive ne s'applique qu'à une société ayant son domicile fiscal dans un État membre conformément à la législation fiscale de cet État. Le texte se réfère à la législation fiscale et non à la législation sur les sociétés. Une société étrangère revêtant l'une des formes prévues par la directive et ayant son siège en Belgique serait donc couverte par la directive (2).

De plus, la société ne peut être considérée, aux termes d'une convention en matière de double imposition, comme ayant son domicile fiscal hors de la Communauté. Le cas visé ici serait celui d'une société à double résidence, que la législation nationale belge et une législation nationale extracommunautaire considèrent toutes deux comme résidente et qui, en application de la règle de *tie-breaker* de l'article 4, § 3, de la convention OCDE, serait considérée comme ayant son siège de direction effective dans le pays extracommunautaire.

La règle de l'article 4 des traités, limitée par ceux-ci à l'application du traité, est donc étendue par référence à celle de la directive.

L'exclusion ne s'appliquera pas si le domicile fiscal extranational est attribué par le traité à un autre pays de la Communauté.

Elle ne s'appliquera pas davantage si le domicile extracommunautaire résulte de l'application d'une loi étrangère, non d'un traité. Une société holding étrangère pourrait donc être tentée de se faire considé-

(1) BOON et LAMBOOU, « EC Parent-Subsidiary Directive : Steps towards harmonization of direct taxes », *Tax Planning International Review*, avril 1991, p. 7 ; VAN BAAL *et al.*, « Nog enige Kanttekeningen bij de moeder-dochter richtlijn », *W.F.R.*, 1991, p. 1516.

(2) Comp. VAN DEN HURK, « Enige Kanttekeningen bij de moeder-dochter richtlijn », *W.F.R.*, 1991, p. 1268 ; DIBOUT, « La directive communautaire du 23 juillet 1990 relative au régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, *Droit fiscal*, 1991, p. 478.

rer comme résidente dans un État de la Communauté si elle touche des dividendes en provenance de pays communautaires. Si le pays de son siège n'a pas de traité avec, par exemple, la Belgique, seule la législation nationale belge déterminera si le principal établissement est situé en Belgique, sans recours possible à une règle conventionnelle de *tie-breaker* (1).

Application

Si une société néerlandaise, filiale d'une société mère belge, a son siège de direction effective en Belgique, à savoir dans le même État que sa société mère, la directive ne sera pas applicable à la distribution de dividendes par la filiale à la mère. En effet, la directive ne s'applique qu'aux distributions reçues par une société d'un État et provenant de sa filiale établie dans un autre État membre. Or, comme une société d'un État membre est celle qui y a son domicile fiscal, les deux sociétés auront en l'espèce leur domicile fiscal en Belgique.

La non-application de la directive sera sans conséquence pratique : le régime des revenus définitivement taxés de droit national est plus avantageux que celui de la directive ; la renonciation à la perception du précompte mobilier sur les dividendes aura lieu en application de l'article 106, § 6, A.R.-I.R., applicable aux distributions de société belge à société belge, et non de l'article 106, § 5, applicable aux distributions de société belge à société étrangère (2).

La directive n'est applicable qu'aux sociétés assujetties aux impôts qu'elle énumère, à savoir pour la Belgique, l'impôt des sociétés, sans possibilité d'option et sans exonération.

L'assujettissement visé est un assujettissement subjectif, selon lequel la société est soumise à l'impôt, même s'il n'est pas objectif, à savoir même si le revenu n'est pas effectivement soumis à l'impôt (3). En Belgique, les centres de coordination, les sociétés établies dans les zones d'emploi, les sociétés novatrices et de reconversion, etc., entraient donc dans le champ d'application de la directive (4).

(1) PEETERS, « De Europese moeder-dochter richtlijn van 23 juni 1990 », in *Dividenden zonder grenzen*, 1991, p. 73.

(2) Cfr PEETERS, « De Europese moeder-dochter richtlijn van 23 juni 1990 », in *Dividenden zonder grenzen*, 1991, p. 73.

(3) VAN NOORDENNE, « De Europese moeder-dochter richtlijn, *W.F.R.*, 1991, p. 445.

(4) SCHONEWILLE, « Some questions on the parent-subsidiary directive and the merger directive », *Intertax*, 1992, p. 16.

Cette conséquence peut être difficile à concilier avec l'interprétation téléologique que la Cour de justice donne des dispositions communautaires : le but de la directive est en effet d'éviter qu'un bénéficiaire réalisé et distribué dans la Communauté soit imposé deux fois. Si le revenu de la société bénéficiaire, consistant notamment dans le revenu distribué, ne subit pas d'imposition, on peut se demander si l'exonération de retenue à la source étrangère se justifie, alors qu'elle ne serait pas accordée si la distribution avait lieu, par exemple, en faveur d'une association sans but lucratif non imposable à l'impôt des sociétés (1). Il semble que le Conseil des ministres ait voulu exclure des sociétés qui, bien qu'assujetties subjectivement à l'impôt des sociétés, en sont totalement exonérées, par exemple les *belegging-sinstellingen* de droit néerlandais (2). Sont également exclues les sociétés fiscalement transparentes et les sociétés qui sont en fait exonérées si leurs bénéficiaires sont imposés dans le chef de leurs associés.

L'option des sociétés de personnes a été supprimée en droit belge à partir de 1987.

La directive n'impose pas que l'impôt des sociétés soit dû dans le pays du siège de la société. Une société pourra donc invoquer la directive, si, bien qu'exonérée dans l'État de son siège, elle est soumise à l'impôt des sociétés dans un autre État de la Communauté. Littéralement, il n'en serait pas ainsi d'une société étrangère ayant un établissement stable en Belgique, puisque l'impôt dû en Belgique ne sera pas l'impôt des sociétés, mais celui des non-résidents.

Restriction générale en droit belge

La seule restriction édictée par le droit belge ne concerne pas la société bénéficiaire mais la société distributrice. Il doit s'agir d'une société soumise à l'impôt des sociétés ou, si elle est étrangère, à un impôt analogue à l'impôt des sociétés (3).

(1) PEETERS, « De Europese moeder-dochter richtlijn », in *Dividenden zonder grenzen*, p. 75 et note 101.

(2) Loi d'impôt des sociétés, 1969, art. 28 ; DE HOSSON, « The parent-subsidiary directive », in *The direct investment tax initiatives of the European Community*, Deventer, 1990, p. 35. Comp. VAN DER GELD, « Het Wetsvoorstel tot implementatie van de E.G.-moeder-dochterrichtlijn », *W.F.R.*, 1991, pp. 1638-1639, également publié dans *Intertax*, 1990, p. 414.

(3) C.I.R., art. 203, al. 1^{er}. Les dividendes distribués par des intercommunales, qui ne sont pas soumises à l'impôt des sociétés, peuvent toutefois bénéficier du régime des revenus définitivement taxés (C.I.R., art. 203, al. 3). Pour les sociétés étrangères exclues du régime des revenus définitivement taxés, voy. l'annexe I.

La condition d'assujettissement de la société distributrice à l'impôt des sociétés, introduite par la loi du 22 décembre 1989 pour éviter l'usage impropre du régime des revenus définitivement taxés, est également une condition d'assujettissement subjective et non objective. Il suffit que la société distributrice soit assujettie en principe à l'impôt, même si le revenu qu'elle distribue n'a pas été taxé, par exemple parce qu'il s'agit d'une redistribution de dividendes bénéficiant de l'exemption de participation.

Une société holding luxembourgeoise soumise à la loi de 1929 ne remplit pas la condition, tandis qu'une société holding luxembourgeoise de droit commun ou une société holding néerlandaise la remplissent (1).

Les autres dispositions de droit belge excluant certaines distributions étrangères du régime des revenus définitivement taxés constituent des mesures spécifiques, qui seront examinées ci-après.

B. Champ d'application *ratione materiae*

La Belgique applique le régime des revenus définitivement taxés :

- aux dividendes distribués par des sociétés de capitaux, tant aux actions de capital qu'aux parts bénéficiaires, ou par des sociétés de personnes ;
- aux distributions de liquidation, c'est-à-dire à l'excédent des sommes réparties sur la valeur d'investissement ou de revient des actions ou parts de la société liquidée ;
- aux bonis de rachat, c'est-à-dire à l'excédent obtenu, en cas d'achat par une société de ses propres actions, par rapport à la valeur d'investissement ou de revient des parts achetées ;
- aux bonis de partage partiel, c'est-à-dire à l'excédent obtenu, en cas de partage partiel de l'avoir social d'une société par suite du décès, de la démission ou de l'exclusion d'un associé, par rapport à la valeur d'investissement ou de revient des parts de l'associé (2).

La loi étendait jadis ce régime aux intérêts d'avances faites aux sociétés de personnes assujetties à l'impôt sur les revenus (*sic*) en Bel-

(1) LAGAE, « Les revenus d'actions et de parts de sociétés belges et étrangères », in *Le régime fiscal des sociétés en Belgique depuis les lois des 7 décembre 1988, 22 décembre 1989 et 22 février 1990*, 1990, pp. 115-118. Comp. également cass., 15 septembre 1970, *Sidro, Pas.*, I, 37 : pour l'application de l'article 156 C.I.R. aux revenus réalisés et imposés à l'étranger, il suffit qu'ils aient subi leur régime fiscal propre, même en cas d'exonération.

(2) C.I.R., art. 202, 1° et 2°.

gique par un associé, à l'exclusion des avances faites aux sociétés coopératives agréées par le Conseil national de la coopération.

1. *Dividendes*

La directive oblige une société mère à appliquer un régime de prévention de la double imposition économique aux bénéfices distribués reçus par elle « à titre d'associée de sa société filiale » autrement qu'à l'occasion de la liquidation de celle-ci.

2. *Distributions déguisées de bénéfices*

On peut se demander si les transferts occultes de bénéfices par une société filiale à sa société mère, par exemple à l'occasion de l'application de prix de transfert autres que des prix *arm's length*, constituent des bénéfices distribués reçus par la société mère à titre d'associée de sa filiale (1).

Bien que la convention modèle de l'OCDE ne règle pas la question (2), son commentaire s'exprime en ce sens : des paiements considérés comme dividendes peuvent inclure non seulement des distributions de profits décidées par l'assemblée générale, mais également d'autres avantages, y compris les actions de bonus, les bénéfices de liquidation et les distributions déguisées de profits (3).

Le commentaire belge des conventions adopte un libellé prudent : « Dans de nombreux États cocontractants, les transferts abusifs de bénéfices sont traités comme des dividendes [...] Lorsque les bénéfices ainsi transférés à une entreprise belge peuvent aussi être considérés en Belgique comme des dividendes, les dispositions préventives de la double imposition des dividendes doivent être appliquées dans le chef de l'entreprise belge qui a bénéficié des avantages [...] » (4).

Le Conseil d'État français a toujours refusé de considérer les revenus réputés distribués au sens de l'article 109, 1, 1°, du C.G.I. comme des dividendes pour l'application des conventions (5). Le juge fiscal

(1) En ce sens, LAMBOOL, « De moeder-dochter richtlijn en de Nederlandse wetgeving », *F.E.D.*, 1991, p. 478.

(2) SASS, « Die Fusionsrichtlinie und die Mutter-Tochterrichtlinie », *Der Betrieb*, 1990, p. 2346.

(3) Comm. OCDE, art. 10/28.

(4) Com. Conv., 9/8.

(5) Cfr pour les avantages procurés à un associé italien, Cons. Ét. fr., 10 juin 1983, n° 27391, *Droit fiscal*, 1984, n° 10, Com. 489, concl. BISSARA ; pour les avantages procurés à une société belge, C.A.A. Paris, 22 mai 1990, *Laboratoires U.C.B.*, *Droit fiscal*, 1990, n° 51, Com., 2387, *R.J.F.*, 8 septembre 1990, n° 1022.

français se fondait sur la définition du terme « dividendes » à l'article 10 de la convention modèle, désignant « les revenus provenant d'actions [...] ainsi que les revenus d'autres parts sociales soumis au même régime fiscal que les revenus d'actions par la législation de l'État dont la société distributrice est un résident ». Il en concluait que, pour qu'il puisse être question de dividendes, il fallait non seulement que le bénéficiaire de la distribution soit un associé, mais également que l'avantage lui soit procuré en raison de la détention de parts sociales (1).

Une récente instruction administrative française considère en revanche que les distributions occultes de bénéfices faites à des associés constituent des dividendes au sens conventionnel (2).

3. *Bonis de liquidation*

Le législateur belge étend le régime des revenus définitivement taxés aux plus-values de liquidation, à condition que l'article 209 du Code des impôts sur les revenus ou des dispositions analogues de droit étranger aient été appliqués. La directive permet aux États membres d'exclure du régime de prévention de la double imposition économique des dividendes les bénéfices distribués à l'occasion de la liquidation d'une filiale. La Belgique n'a pas fait usage de cette faculté.

En revanche, l'article 5 de la directive, relatif à l'exemption de retenue à la source, couvre les bénéfices distribués sans exception. Pour certains, l'article 5, lorsqu'il vise les « bénéfices distribués », se réfère aux bénéfices distribués tels qu'ils sont définis par l'article 4, à l'exclusion donc des distributions de liquidation (3).

Pour d'autres, les distributions de liquidation sont effectivement visées par l'exonération de retenue à la source de la directive (4). L'explication de cette absence de parallélisme pourrait être la suivante : dans le pays de la résidence, le bénéfice de liquidation reçu sera généralement considéré comme une plus-value. Dans le pays de

(1) GEST, « La qualification des revenus réputés distribués au regard des conventions fiscales internationales. Commentaires de l'instruction administrative du 2 juillet 1991 », *Droit fiscal*, 1991, p. 1714.

(2) Instruction du 2 juillet 1991, *B.O.I.* 41J-2-91, *Droit fiscal*, 1991, n° 40, *ID* 10418.

(3) PEETERS, « De Europese moeder-dochter richtlijn », in *Dividenden zonder grenzen*, 1991, pp. 101-102.

(4) LAMBOIJ, « De moeder-dochter richtlijn in de Nederlandse wetgeving », *F.E.D.*, p. 482.

la source, il est en revanche traité le plus souvent comme un dividende.

La directive a voulu le viser dans ce seul cas, en l'exonérant de retenue à la source, mais n'a pas réglé son traitement dans l'État de la résidence (1).

De toute façon, en droit belge, la distribution d'un boni de liquidation sera expressément exonérée de retenue à la source (2), bien que, sans mettre un point final à la controverse portant sur la qualification de cette distribution, le ministre des Finances la considère comme un revenu mobilier (3).

La coordination du Code vient, sans habilitation législative, appuyer cette interprétation en précisant que le boni de liquidation, de rachat d'actions ou de partage partiel bénéficie du régime des revenus définitivement taxés « dans la mesure où il constitue un dividende » auquel s'appliquent les articles du Code qui assimilent ces excédents à des dividendes pour l'application de l'impôt des sociétés (4).

4. *Rachat par une société de ses propres actions et partage partiel d'avoir social*

Le droit belge étend le régime des revenus définitivement taxés à ces deux hypothèses. Il ne semble pas possible de considérer qu'elles donnent lieu à distribution de bénéfices au sens de la directive. Leur nature juridique est différente. Il est vrai que l'acquisition par une société de ses propres actions ne peut avoir lieu qu'au moyen de bénéfices susceptibles d'être distribués (5). On ne peut toutefois en déduire que le rachat par une société de ses propres actions constitue

(1) PEETERS, *op. cit.*, p. 102 ; VAN FRAEYENHOVEN, Rapport général, XLI^e Congrès international de droit financier et fiscal, Bruxelles, 1987, « Régime de liquidation des sociétés », *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXIIb, 1987, p. 15.

(2) C.I.R., art. 264, al. 1^{er}, 2^o.

(3) Projet de loi transposant en droit belge la directive du Conseil des Communautés européennes du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1991-1992, n^o 1784/3, Rapport, p. 5.

(4) C.I.R., art. 202, 2^o.

(5) Deuxième directive Sociétés du 13 décembre 1976, art. 19-22 ; en droit belge, L. coord. soc. comm., art. 52bis, § 1^{er} ; art. 128bis, § 1^{er}.

une distribution de bénéfices (1). La jurisprudence fiscale belge a clairement rejeté cette assimilation (2).

5. Réduction de capital

La réduction de capital imputée sur les réserves incorporées au capital sera, en Belgique, considérée fiscalement comme une distribution de dividendes alors qu'il ne s'agirait pas d'une distribution de bénéfices au sens de la directive. En effet, juridiquement, il s'agit d'une réduction de capital. Dans un certain nombre de pays, l'incorporation des réserves au capital est d'ailleurs assimilée à une distribution au moment de l'incorporation même (3).

6. Intérêts d'avances consenties à des sociétés de personnes par des associés

Régime ancien

En droit belge, ces intérêts étaient assimilés à des dividendes, appelés à l'époque revenus de capitaux investis (4). Il en résultait que les intérêts payés à une société mère belge par une société filiale étrangère assimilable à une société de personnes devaient être traités comme des revenus définitivement taxés, même lorsqu'en application de la législation étrangère ils constituaient des intérêts déductibles dans le pays de la source (5).

La loi du 23 octobre 1991 a limité l'application du régime des revenus définitivement taxés aux intérêts d'avances faites à une société assujettie à l'impôt sur les revenus en Belgique (6).

Littéralement, une société de personnes étrangère soumise à l'impôt des non-résidents, qui est un impôt sur les revenus, était donc visée. La disposition légale ne se référait en effet pas à l'impôt des sociétés.

Dès lors, une société belge consentant des avances à une société de personnes étrangère ayant un établissement stable en Belgique, assu-

(1) *Contra*, PEETERS, « De Europese moeder-dochter richtlijn », in *Dividenden zonder grenzen*, 1991, p. 89.

(2) Cass., 6 octobre 1959, *Pas.*, 1960, I, 160, *R.C.J.B.*, 1960, p. 309, obs. VAN RYN et VAN OMMESLAGHE, *R.P.S.*, 1960, p. 65, avec avis av. gén. MAHAUX.

(3) PEETERS, « De Europese moeder-dochter richtlijn », in *Dividenden zonder grenzen*, 1991, p. 89.

(4) C.I.R., art. 15, 2°, ancien.

(5) J. MALHERBE, « Le régime fiscal des dividendes et des distributions de liquidation d'origine étrangère reçus par des sociétés belges : droit interne, traités et projets de réforme », *J.D.F.*, 1988, pp. 196 et 204.

(6) C.I.R., art. 111, § 1^{er}, 3°.

jettie de par ce fait à l'impôt sur les revenus en Belgique, pouvait déduire les intérêts au titre de revenus définitivement taxés.

La coordination du Code a modifié le texte en prévoyant que les dividendes étaient déductibles au titre de revenus définitivement taxés, à l'exception des intérêts d'avances faites à une société étrangère, ce qui a restreint le champ d'application de la disposition.

Les conventions fiscales conclues par la Belgique contiennent généralement une assimilation expresse à des dividendes des « revenus — même attribués sous la forme d'intérêts — imposables au titre de revenus de capitaux investis par les associés dans les sociétés autres que les sociétés par actions, résidentes de la Belgique » (1). Cette disposition ne vise que les revenus de capitaux investis sortant de Belgique, non ceux qui y entrent.

La Belgique ne s'estime jamais liée par la qualification étrangère de dividende appliquée à certaines répartitions. Il en est ainsi des plus-values recueillies lors des répartitions de liquidation, de rachats par une société de ses propres actions ou de distributions gratuites d'actions (2). Avant leur assimilation actuelle à des revenus mobiliers, les distributions de liquidation et les plus-values recueillies lors du rachat d'actions propres, d'origine étrangère, étaient en effet traitées comme donnant lieu à plus-values.

La qualification étrangère de dividende, qui serait éventuellement appliquée à l'intérêt payé par une société de personnes étrangère, n'aurait pas davantage été retenue. Lorsque la convention définit dans l'article 10 du modèle OCDE le terme dividende « employé dans le présent article », il ne vise que la réduction de retenue à la source traitée par l'article et non la prévention de la double imposition, traitée ailleurs (3).

Régime nouveau

La loi du 28 juillet 1992 a supprimé l'assimilation aux dividendes des intérêts d'avances faites aux sociétés de personnes.

Toute différence entre le régime des sociétés de personnes et celui des sociétés de capitaux est supprimée. À partir du 27 mars 1992, seront traités comme dividendes les intérêts de créances d'associés de sociétés de personnes ou d'administrateurs de sociétés de capitaux, de

(1) Com. Conv. 10/321.

(2) Com. Conv. 23/126.

(3) BAX, « De uitvoering van de Europese moder-dochter richtlijn in de Belgische fiscale wetgeving », in *Dividenden zonder grenzen*, 1991, p. 146.

leurs conjoint ou enfants, lorsque le taux de l'intérêt dépasse le taux pratiqué sur le marché (1) ou lorsque le total des avances productives d'intérêt dépasse le capital libéré augmenté des réserves taxées (2).

L'exclusion du régime des revenus définitivement taxés des intérêts d'avances faites à une société étrangère a été supprimée (3), car la requalification d'intérêts en dividendes n'est pas susceptible de s'appliquer à des créances détenues par des sociétés résidentes (4).

L'exclusion n'a, curieusement, pas été étendue aux établissements en Belgique de sociétés étrangères.

§ 5. — CONDITIONS SUPPLÉMENTAIRES

A. Minimum de participation

À l'origine, le droit belge ne soumettait l'octroi du régime des revenus définitivement taxés à aucune condition relative à un minimum de participation de la société mère dans la filiale. La directive n'impose de reconnaître la qualité de société mère qu'aux sociétés qui détiennent au moins 25 % du capital de leur filiale, en permettant aux États membres de remplacer, par voie d'accord bilatéral, le critère de participation dans le capital par celui de détention des droits de vote (5).

La directive ne vise que la détention directe, non la détention indirecte.

Depuis l'exercice fiscal 1994, le régime des revenus définitivement taxés est réservé aux participations atteignant au moins 5 % du capital de la filiale ou cinquante millions de francs en valeur d'investissement (6).

(1) C.I.R., art. 55, al. 1^{er}.

(2) C.I.R., art. 18, 3^o, nouveau.

(3) Loi du 28 juillet 1992, art. 19, modifiant l'art. 202, 1^o, C.I.R.

(4) C.I.R., art. 18, 3^o, al. 2, 3^o.

(5) Direct., art. 3, 1 et 2.

(6) Cette condition ne s'applique ni aux établissements de crédit ni aux entreprises belges d'assurances et établissements belges d'entreprises d'assurances étrangères.

Une circulaire considère que, pour déterminer si le seuil de 5 % est atteint, il ne faut tenir compte que des actions représentatives du capital social, à l'exclusion donc des parts de fondateur ou des parts bénéficiaires, même si les dividendes de ces parts bénéficiaires sont déductibles au titre de R.D.T., et que la valeur d'investissement s'appréhende au moment où elle est comptabilisée dans les comptes, lors de la souscription, de l'acquisition directe, d'un apport en société, etc., c'est-à-dire qu'il s'agit du prix d'acquisition historique avant toute réduction de valeur ou réévaluation (circ. n^o Ci. RH 421/457.271 du 23 février 1994).

Détention : pleine propriété ou usufruit ?

La loi belge lie la déduction des revenus définitivement taxés à la perception des revenus y donnant droit, sans plus imposer aucune condition quant à la propriété des actions. La loi du 22 décembre 1989 avait, par réaction contre une jurisprudence admettant la déduction des dividendes de participations détenues en usufruit, requis que la société actionnaire ait la pleine propriété des actions pour bénéficier du régime. Cette règle était toutefois insérée dans la disposition légale imposant également une certaine permanence de la participation (1). Cette disposition ayant été abrogée, la condition de détention en pleine propriété l'a été avec elle.

La directive vise la simple détention d'une participation, couvrant donc la pleine propriété, l'usufruit et toutes autres formes de détention. Il ne serait pas possible, sans heurter la directive, d'ajouter à ces critères purement formels un critère matériel relatif à la nature des droits de l'actionnaire ou au but économique de sa détention.

Cette façon de voir est confirmée par la possibilité, offerte par la directive, de remplacer le critère de participation par celui de détention des droits de vote, assurément purement formel, même si certains pays lient le droit de vote à la propriété (2).

B. Permanence de la participation

La Belgique n'applique plus, pour l'octroi du régime des revenus définitivement taxés, aucune condition relative à la durée de détention de la participation. En revanche, cette condition subsiste pour la renonciation à la perception du précompte mobilier sur les dividendes payés par une société belge à une autre société belge ou à une société établie dans un État membre de la CEE, en même temps d'ailleurs que la condition de participation minimale. Il ne sera renoncé au précompte mobilier que si la société mère a conservé pendant une période ininterrompue d'au moins un an au moment de l'attribution des revenus une participation minimale de 25 % dans le capital de la filiale (3).

(1) C.I.R., art. 112, ancien, cfr *infra*.

(2) L. coord. belges soc., art. 200, 1^o ; cfr en ce sens LAMBOOIJ, « De moeder-dochter richtlijn en de Nederlandse wetgeving », *F.E.D.*, 1991, pp. 476-477 ; PEETERS, « De Europese moeder-dochter richtlijn », in *Dividenden zonder grenzen*, 1991, p. 81.

(3) Cfr ci-après.

La directive permet d'imposer une condition de détention durant deux ans (1). L'arrêté royal et la directive emploient, pour définir la condition de participation minimum et la condition de permanence, le même terme de « conservation de la participation ». On ne peut donc en déduire aucune conséquence quant à la nature juridique de la détention.

§ 6. — DISPOSITIONS ANTI-ABUS

Indépendamment de la condition générale d'assujettissement de la société distributrice à l'impôt des sociétés ou à un impôt étranger analogue, la loi belge exclut du régime des revenus définitivement taxés les revenus distribués par certains types de sociétés.

1. Sociétés établies dans un pays dont les dispositions du droit commun en matière d'impôt sont notablement plus avantageuses qu'en Belgique.

L'exclusion vise les sociétés établies dans les paradis fiscaux dont la législation fiscale générale est caractéristique de ce type de pays (2). Le critère permettant de déterminer si un pays est un paradis fiscal au sens de cette disposition est objectif : il vise le droit commun de cet État, indépendamment du traitement particulier de la société distributrice.

En revanche, dans les articles 26, 54 et 344 du Code, avec lesquels le ministre a comparé le nouveau régime (3), les avantages anormaux ou bénévoles seront ajoutés aux bénéficiaires de l'entreprise belge, les intérêts, redevances ou rémunérations ne seront pas admis en charges professionnelles ou le transfert à une société étrangère de certains droits ne sera pas opposable à l'administration si la société étrangère cocontractante n'est pas soumise à un impôt sur le revenu ou est soumise, en vertu des dispositions de la législation du pays où elle est établie, à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui auquel est soumise l'entreprise établie en Belgique.

L'approche est là subjective et implique l'appréciation des éléments de fait propres à la société étrangère concernée (4). Le régime de

(1) Direct., art. 3.

(2) Voy. liste publiée par le ministère des Finances, *M.B.*, 24 août 1991, p. 18431, II. J. MALHERBE, « Anti-Avoidance Measures against Abuse of the Belgian Holding Regime », *International Tax Journal*, vol. 18, 1991-1992, n° 4, p. 74.

(3) Projet de loi portant des dispositions fiscales, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1989-1990, n° 806/3, p. 84.

(4) Com. I.R., 24/19.

taxation de la société étrangère peut résulter soit du droit commun, soit de dispositions particulières (1).

Le ministre a précisé que la législation ne visait certainement pas les pays en développement qui adaptent leur régime fiscal dans un sens favorable aux investisseurs étrangers (2). Il a en revanche demandé et obtenu le retrait d'amendements prévoyant qu'un régime fiscal avantageux n'entraînerait pas un rejet de la déduction dans les cas suivants :

- régime ayant pour but de corriger des risques politiques et économiques, de relancer l'investissement ou de compenser des conditions désavantageuses d'exploitation ;
- régime applicable dans des pays où les sociétés exercent leur activité professionnelle dans des conditions qui ne sont pas sensiblement équivalentes à celles qui existent en Belgique ;
- revenus alloués par une société qui se livre exclusivement ou principalement à une activité industrielle, y compris la commercialisation des produits qu'elle fabrique, à l'exclusion de la prestation de services financiers (3).

Le ministre a affirmé qu'il ne s'agissait pas de décourager les stratégies d'internationalisation des entreprises. Il a également souligné qu'il ne souhaitait pas, comme en France, établir un pourcentage minimum permettant de considérer que l'impôt étranger atteignait un niveau satisfaisant. Il a signalé, à titre d'exemple, que l'impôt de 3 % perçu aux Antilles néerlandaises ne permettait pas aux revenus en provenance de ce pays de bénéficier du régime des revenus définitivement taxés (4).

2. Sociétés holdings ou de financement bénéficiant dans le pays où elles sont établies d'un régime fiscal exorbitant du droit commun (5).

Les notions de sociétés holdings et de sociétés de financement ne sont pas définies par la loi.

(1) LAGAE, « Les revenus d'actions et de parts de sociétés belges et étrangères », in *Le régime fiscal des sociétés en Belgique depuis les lois des 7 décembre 1988, 22 décembre 1989 et 22 février 1990*, 1990, p. 119.

(2) Projet de loi portant des dispositions fiscales, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1989-1990, n° 806/3, p. 84 ; *Id.*, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1026/5, pp. 76-77.

(3) Projet de loi portant des dispositions fiscales, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1989-1990, n° 806/3, pp. 85-87.

(4) Projet de loi portant des dispositions fiscales, Rapport Sén., précité, p. 80.

(5) Liste précitée, III.

Le commentaire administratif traitant de l'ancien article 46 du Code a donné une définition particulièrement large et peu satisfaisante de la société holding, puisqu'elle couvre :

- les sociétés qui en contrôlent d'autres au moyen de participations (holdings économiques) ;
- les sociétés qui, sans but de contrôle, recherchent des investissements pour un groupe anonyme ou limité (holdings financières) ;
- les sociétés qui souscrivent des titres d'entreprises en formation ou en développement pour les répandre dans le public (holdings de promotion) ;
- les sociétés détentrices de brevets et licences (1).

En fait le législateur, compte tenu de ses intentions de l'époque, visait les holdings luxembourgeoises soumises à un régime spécial.

La société de financement, concept neuf, recouvre sans doute toute entreprise dont l'activité principale est d'accorder à d'autres des moyens financiers, notamment des prêts (2).

Le régime fiscal de la société holding ou de financement sera exorbitant du droit commun si ses profits ne sont pas taxés ou ne subissent qu'une imposition dérisoire par rapport au régime normal prévu pour la généralité des contribuables (3).

Il n'en sera pas ainsi si une société bénéficie, en droit commun, d'un régime d'exonération générale applicable par exemple aux sociétés détenues par des non-résidents ou d'un régime permettant l'exonération des dividendes reçus, tel que l'exemption de participation applicable aux sociétés néerlandaises.

Ne seront donc visés que les pays dans lesquels le régime appliqué aux holdings ou aux sociétés de financement est réservé à ces sociétés et applicable en raison de leur statut de holding ou de société de financement (4).

(1) Com. I.R., 44/64.

(2) LAGAE, « Les revenus d'actions et de parts de sociétés belges et étrangères », in *Le régime fiscal des sociétés en Belgique depuis les lois des 7 décembre 1988, 22 décembre 1989 et 22 février 1990*, 1990, p. 122.

La circulaire commentant le régime des revenus définitivement taxés, tel qu'il a été modifié par la loi du 22 décembre 1989, considère qu'on entend par « société de financement » celle dont l'activité principale consiste en l'octroi de prêts à des sociétés affiliées au même groupe (circ. Ci. D. 19/416.334 I.Soc. du 9 septembre 1992, II/469).

(3) Com. I.R., 44/66.

(4) GLINEUR et AFSCHRIFT, « Les impôts sur les revenus et la loi du 22 décembre 1989 », *J.T.*, 1990, p. 379.

Les exceptions visées *sub* 1 et 2 ne sont susceptibles de s'appliquer qu'à des sociétés étrangères. Les dividendes distribués, par exemple, par un centre de coordination ou de distribution belge, ne pourraient pas être considérés comme des revenus distribués par une société de financement soumise à un régime exorbitant du droit commun (1).

Avant comme après la loi nouvelle, le texte français a visé les sociétés qui bénéficiaient d'un régime exorbitant ; le texte néerlandais qui visait les sociétés *onderworpen* à un tel régime vise maintenant les sociétés qui bénéficient (*geniet*) du régime.

L'application effective du régime est donc requise.

3. Sociétés d'investissement (*beleggingsvennootschappen*, remplaçant le terme *investeringsvennootschappen*).

L'article 36 ancien du Code des impôts sur les revenus, relatif à l'immunisation des plus-values sur actions et parts sous condition de emploi, excluant le emploi en actions ou parts de sociétés d'investissement, définissait comme des sociétés d'investissement « les sociétés dont le but exclusif ou principal consiste en placement collectif de valeurs mobilières, de devises et de liquidités ».

Entre-temps, la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers a également utilisé le terme de « sociétés d'investissement » en définissant le régime fiscal de ces sociétés (2). Elle se réfère aux sociétés d'investissement à capital variable (3) et aux sociétés d'investissement à capital fixe (4). Toutes deux sont des organismes de placement.

Sont définis comme organismes de placement :

- les organismes de placement collectif belges dont l'objet est le placement collectif de capitaux recueillis auprès du public, en Belgique ou à l'étranger ;
- les organismes de placement étrangers dont l'objet est le placement collectif de capitaux recueillis auprès du public, lorsque leurs parts font l'objet d'une émission publique en Belgique ou sont commercialisées en Belgique (5). La loi sur les marchés financiers

(1) BAX, « De uitvoering van de Europese moeder-dochter richtlijn in de Belgische fiscale wetgeving », in *Dividenden zonder grenzen*, 1991, pp. 122-123 ; l'administration belge n'a d'ailleurs pas mentionné la Belgique dans la rubrique III de la liste des sociétés visées par son avis.

(2) Art. 143.

(3) Art. 114.

(4) Art. 118.

(5) Art. 105.

ayant un objet clair de protection du public, les organismes de placement se caractérisent par les critères suivants :

- le placement collectif de capitaux ;
- la récolte de capitaux auprès du public (1).

Il est permis de penser que les sociétés d'investissement dont les distributions sont exclues du régime de revenus définitivement taxés s'identifient aux sociétés d'investissement belges ou étrangères définies par la loi sur les marchés financiers (2).

Règle de transparence (look through)

Si des sociétés holdings ou de financement ou des sociétés d'investissements redistribuent des revenus provenant de sociétés dont les dividendes auraient bénéficié du régime des revenus définitivement taxés en cas de distribution directe, le régime sera applicable.

Seul le texte néerlandais de cette disposition a un sens, excluant le refus d'application du régime des R.D.T. « voor zover het bewijs wordt geleverd dat de inkomsten voortkomen van door die vennootschappen verkregen inkomsten die zelf aan de voor aftrek gestelde voorwaarden voldoen ».

Encore aurait-il dû renvoyer à des revenus visés par l'article 202, 1° et 2°, du Code. Le législateur n'a bien entendu pas voulu viser la distribution de dividendes provenant de bénéficiaires d'exploitation ou d'intérêts.

L'hypothèse couverte ici est celle où une société holding étrangère redistribuerait à une société belge des dividendes encaissés en provenance d'une société américaine.

Il sera difficile de prouver l'origine du revenu redistribué. Il avait été suggéré d'instaurer une règle d'attribution, prévoyant que les revenus distribués par une société holding étrangère provenaient en priorité des revenus encaissés par cette société en provenance de sociétés dont les revenus ne sont pas sujets à exclusion du régime des revenus définitivement taxés. Cette suggestion a été rejetée, au motif que le contribuable doit prouver l'origine des revenus. S'il rapporte la

(1) DUPLAT, « Les organismes de placement, les gérants de fortune et les conseillers en placements », in *Le nouveau droit belge des marchés financiers*, 1992, p. 184.

(2) Cfr implicitement, VALENDUC, « Fiscalité et modernisation des marchés financiers », *Bull. Doc. Min. Fin.*, 1990, annexe, « La loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers ».

La circulaire du 9 septembre 1992 relative au régime des revenus définitivement taxés se réfère explicitement à la loi du 4 décembre 1990 (circ. Ci. D. 19/416.334 I.Soc., II/472).

preuve d'une origine non « teintée » des revenus, la déduction sera applicable (1).

L'on considère que les revenus de la société holding, de financement ou d'investissement doivent être ventilés en :

- revenus autres que des dividendes (intérêts, *royalties*, indemnités pour assistance technique, etc.) ;
- dividendes :
 - qui sont incontestablement exclus de la déduction à titre de revenus définitivement taxés ou pour lesquels il n'est pas prouvé que le régime est applicable ;
 - qui ne sont pas incontestablement exclus de la déduction au titre de revenus définitivement taxés ;
 - qui ne sont en aucune façon exclus de la déduction.

Les revenus des sociétés précitées sont censés provenir proportionnellement de ces différents revenus.

En ce qui concerne les revenus censés provenir de revenus qui ne sont pas incontestablement exclus de la déduction à titre de revenus définitivement taxés, vu que la règle de la transparence peut être appliquée en cascade, le contribuable peut apporter la preuve que ces revenus ou une partie d'entre eux ne sont pas exclus de la déduction. En pareil cas, la règle évoquée ci-avant est à nouveau d'application (2).

4. Sociétés étrangères distribuant des revenus qui ne satisfont pas aux conditions de déduction.

La loi du 23 octobre 1991 a déjoué une manœuvre assez simple, qui consistait à faire transiter par une société étrangère « normale » les dividendes en provenance de sociétés étrangères qui, en cas de distribution directe, n'auraient pu bénéficier du régime des revenus définitivement taxés. La loi nouvelle met hors circuit ces sociétés écrans (3).

Le ministre semble viser l'hypothèse où des intérêts seraient requalifiés en dividendes par la législation interne du pays où est établie la société écran (4). L'hypothèse visée est sans doute plus complexe : c'est dans le paradis fiscal où se trouve une première société que les intérêts ne sont pas taxés ; le bénéfice ainsi réalisé par la société éta-

(1) Projet de loi portant des dispositions fiscales, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1989-1990, n° 806/3, pp. 88-89.

(2) Circulaire, 32^e livraison, Dispositions fiscales 1989, du 9 septembre 1992, Ci. D. 19/416.334 I.Soc., II/475 et 476.

(3) *Id.*, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1026/5, p. 13.

(4) *Ibid.*

blie dans le paradis fiscal est distribué à titre de dividende à la société écran qui, à son tour, distribue des dividendes à la société belge (1).

Les dividendes d'une telle société, provenant par exemple de bénéfices d'exploitation imposés, cesseront-ils de bénéficier de la déduction au titre de revenus définitivement taxés dès lors que la société redistribue ainsi des dividendes « teintés » ?

Se posera à nouveau le problème de détermination de l'origine des dividendes.

Dans la rigueur du texte, la déduction serait refusée dès que la société étrangère distribue des revenus qui n'auraient pu bénéficier chez elle du régime des revenus définitivement taxés. Toute distribution de bénéfice autre que des dividendes de « bonnes » filiales serait exclue. Tel ne peut être le but de la loi (2).

Une circulaire récente commentant cette disposition introduite par la loi du 23 octobre 1991 considère que le texte a pour but d'écarter les revenus alloués ou attribués par la société écran provenant de dividendes qu'elle a recueillis elle-même et qui, s'ils avaient été obtenus directement par la société belge, n'auraient pas été susceptibles d'être déduits à titre de revenus définitivement taxés.

Par conséquent, les revenus recueillis par une société écran, autres que des dividendes (bénéfices d'exploitation, intérêts, *royalties*, etc.) entrent en ligne de compte pour la déduction, de même que les dividendes recueillis par elle et qui, s'ils avaient été obtenus directement par la société belge, seraient susceptibles d'être déduits.

Dès lors, il y a lieu ici aussi d'appliquer la règle proportionnelle (3)

L'exception décrite *sub* 4 n'est également susceptible de viser que des sociétés étrangères, alors que l'exception visée *sub* 3 peut couvrir des sociétés d'investissement belges ou étrangères.

Rapport des mesures anti-abus avec la non-opposabilité de la propriété des actions par une société étrangère

Aux termes de l'article 344, § 2, du Code des impôts sur les revenus, la cession ou l'apport d'actions à un contribuable étranger non soumis à un impôt sur le revenu ou soumis à un régime de taxation

(1) Effet de creuset, *crucible effect*.

(2) Comp. BEHAEGHE *et al.*, « Aperçu des dispositions fiscales de l'année 1991 », *Courrier fiscal*, 1992, 92/35.

(3) Circulaire n° Ci. RH. 421/446.265 du 30 mars 1993, *Bull. contr.*, 1993, n° 727, p. 1160.

notablement plus avantageux que le régime belge sur les revenus produits par les actions n'est pas opposable à l'administration des contributions directes.

Les revenus des actions restent donc imposables dans le chef de la société cédante, sauf si le contribuable prouve que l'opération répond à des besoins légitimes de caractère financier ou économique ou qu'il a reçu une contrepartie réelle, productive de revenus subissant en Belgique une charge fiscale normale par rapport à l'imposition qui aurait été due si l'opération n'avait pas eu lieu.

La loi du 28 juillet 1992 a étendu le champ d'application de cette disposition aux apports d'espèces, qui peuvent être suivis d'investissements en actions par la société étrangère.

Si la propriété par la société étrangère n'est pas opposable au fisc belge, la société belge sera imposée directement sur les dividendes ou plus-values de la société étrangère, qui bénéficieront le cas échéant du régime des revenus définitivement taxés ou de l'exonération des plus-values (1). La distribution de dividendes par la société étrangère n'aura pas de conséquence fiscale. La cession de ses titres serait considérée comme une cession de ses actifs, y compris les actions qu'elle posséderait (2).

Incidences des traités

De nombreux traités contiennent une clause d'assimilation des dividendes étrangers en provenance du pays cocontractant aux dividendes belges, rédigée de la façon suivante : lorsqu'une société résidente de la Belgique a la propriété d'actions d'une société par actions, résidente des Pays-Bas, les dividendes qui lui sont attribués par cette dernière société et auxquels s'applique l'article 10, § 2, sont exemptés de l'impôt des sociétés en Belgique dans la mesure où une exemption serait accordée si les deux sociétés étaient résidentes de la Belgique. Parfois, la clause est limitée à l'hypothèse où la société du pays cocontractant est soumise à l'impôt (convention belgo-portugaise : impôt industriel ; convention belgo-grecque : impôt sur le revenu des personnes morales).

L'exclusion des dividendes de sociétés d'investissement peut certainement sortir ses effets, puisqu'elle vise tant des sociétés belges que

(1) Cfr *infra*.

(2) Comp. SPRUYT, « *Base companies* » : *fiscaaljuridische analyse*, Bruxelles, 1986, p. 273.

des sociétés étrangères. Il n'est pas exclu qu'une société holding ou de financement soit en même temps une société d'investissement. On doit toutefois considérer qu'une société qui se borne à faire des investissements pour un groupe n'est pas une société d'investissement (1).

L'assimilation devra jouer en ce qui concerne les sociétés de financement qui remplissent le même rôle qu'un centre de coordination. Les dividendes distribués par les centres de coordination bénéficient en effet du régime des revenus définitivement taxés (2).

La clause d'assimilation jouera de façon générale à l'égard de sociétés écrans ou intermédiaires puisqu'une société belge pourrait redistribuer, sans les voir exclure du régime des revenus définitivement taxés chez ses actionnaires, des dividendes en provenance de paradis fiscaux (3).

Les modifications précitées du droit interne belge sont de celles qu'autorise une interprétation évolutive des conventions fiscales. Il ne s'agit pas des premières modifications du régime des revenus définitivement taxés. En 1973, le législateur a restreint la déduction à l'assiette de l'impôt des sociétés, alors que jadis elle s'appliquait aussi à celle de l'impôt de distribution. En contrepartie, il attachait aux dividendes étrangers l'imputation d'un précompte mobilier fictif qui a été supprimé en 1984. Ces modifications n'ont pas été considérées comme contraires aux conventions internationales (4).

Il en est de même des modifications de la quotité des dividendes exclus des bénéfices de la société qui les reçoit, ramenée en 1988 de 95 ou 90 % à 90 ou 85 % (5).

Une condition de permanence, imposant la détention de la participation pendant tout l'exercice des distributions des dividendes, avait également été introduite en 1973 (6). Il est douteux que des conditions requérant une durée de détention d'une participation, la possession

(1) Cfr *supra* : GLINEUR et AFSCHRIFT, « Les impôts sur les revenus et la loi du 22 décembre 1989 », *J.T.*, 1990, p. 380.

(2) BAX, « De uitvoering van de Europese moeder-dochter richtlijn in de Belgische fiscale wetgeving », in *Dividenden zonder grenzen*, 1991, p. 135.

(3) PEETERS, « Directive sociétés mères-filiales : l'adaptation de la déduction des R.D.T. », *Fiscologue international*, 91.11.572, p. 4.

(4) J. MALHERBE, « Le régime fiscal des dividendes et des distributions de liquidation d'origine étrangère reçus par des sociétés belges : droit interne, traités et projets de réforme », *J.D.F.*, 1988, pp. 226-227.

(5) Loi du 7 décembre 1988, art. 30.

(6) Comp., sur le régime allemand qui prévoit une durée de détention pour les dividendes internes, mais ne l'impose pas dans les traités, VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 23.105, p. 1032.

d'un certain pourcentage des actions de la société distributrice, l'assujettissement à l'impôt des sociétés et, *a fortiori*, excluant certains types de sociétés d'après leur régime fiscal ou la nature de leur activité puissent, en l'absence d'une disposition conventionnelle, être considérées comme relevant de la discrétion du législateur interne quant à la définition du dividende.

Il s'agit en effet de conditions qui sont fréquemment précisées dans les traités à propos, soit de la réduction de retenue à la source applicable aux dividendes ou aux dividendes de participations importantes, soit de la prévention de la double imposition des dividendes.

Compatibilité des mesures anti-abus belges avec la directive

La directive ne fait pas obstacle à l'application des dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires afin d'éviter les fraudes et abus (1). Les mesures nationales anti-abus devront répondre au critère de proportionnalité dégagé par la jurisprudence de la Cour européenne de justice et devront être en relation avec le but poursuivi. Tel semble être le cas des mesures belges précitées.

Cas particuliers

Luxembourg

Sont exclues de l'application du traité belgo-luxembourgeois les sociétés holdings résidentes du Luxembourg qui jouissent d'avantages fiscaux particuliers en vertu de la loi luxembourgeoise du 31 juillet 1929 et de l'arrêté-loi du 27 décembre 1937 ou de toute autre loi similaire qui entrerait en vigueur au Luxembourg. C'est donc à tort que l'avis de l'administration des contributions directes vise toutes les sociétés holdings luxembourgeoises. On ne peut exclure les dividendes distribués notamment par les sociétés de participations financières qui sont soumises à une imposition normale.

Portugal

Les sociétés établies à Madère sont exclues du régime des revenus définitivement taxés pour leurs distributions en vertu de l'avis précité. La convention belgo-portugaise suppose effectivement un assujettissement à l'impôt industriel. Les sociétés de la zone franche de Madère sont, pour leurs activités industrielles, bancaires, *off-shore* et même de

(1) Direct., art. 1.2.

services internationaux, exonérées d'impôts jusqu'en 2011 (1). L'administration semble appliquer ici une règle d'assujettissement objective et non subjective et ne pas suivre la déclaration ministérielle relative aux pays en développement.

Rescrits (*rulings*)

L'article 345 du C.I.R., introduit par la loi du 20 juillet 1991, permet d'obtenir l'accord préalable de l'administration des contributions directes dans diverses situations auxquelles la loi du 23 octobre 1991 a ajouté la possibilité de déterminer si des revenus d'actions ou parts répondent aux conditions de déduction. Il ne pourra pas s'agir d'un *ruling contra legem*. Aucun *ruling* ne sera donné en ce qui concerne les sociétés des pays figurant sur les listes publiées par l'administration (2). Ce régime a été organisé par arrêté royal du 9 novembre 1992 portant création d'une commission des accords fiscaux préalables.

§ 7. — RÉGIME DES REVENUS DÉFINITIVEMENT TAXÉS ET RÉDUCTIONS DE VALEUR

L'application du régime des revenus définitivement taxés ne sera plus exclue lorsque l'attribution du dividende entraîne une réduction de valeur des actions ou parts auxquelles il se rapporte. Une telle exclusion aurait été contraire à la directive.

En revanche, toutes les réductions de valeur sur actions et parts perdent désormais leur caractère déductible (cfr ci-après).

Il n'est rien changé à la règle selon laquelle le précompte mobilier — comme jadis, la quotité forfaitaire d'impôt étranger — ne peut être imputé en raison de revenus d'actions ou parts dans la mesure où leur attribution entraîne une réduction de valeur ou une moins-value des actions ou parts auxquelles ils se rapportent (3).

L'application du régime des revenus définitivement taxés avait été exclue par la loi du 22 décembre 1989 lorsque l'attribution du divi-

(1) Cfr TIRARD, *La fiscalité des sociétés dans la CEE, 1991-1992*, p. 252 ; CONNEELY et CUNNINGHAM, « Madeira : A New Offshore Center Emerges », *Tax Planning International Review*, 1989, vol. 16, n° 4, p. 25 ; WIGGIN, « Portugal : Madeira Free Zone : Tax Exemptions and Financial Incentives », *Eur. Tax.*, 1990, p. 91.

(2) Projet de loi transposant en droit belge la directive du Conseil des Communautés européennes du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1991-1992, n° 1784/1, p. 5.

(3) C.I.R., art. 282.

dende entraînait une réduction de valeur des actions ou parts auxquelles il se rapporte (1).

Il semblait résulter d'une inadvertance du législateur que les dividendes exclus du régime des revenus définitivement taxés ne pouvaient pas davantage bénéficier du crédit d'impôt s'ils étaient d'origine belge ou de la quotité forfaitaire d'impôt étranger s'ils étaient d'origine étrangère. Étaient en effet exclus du bénéfice de ces imputations, les revenus d'actions et de capitaux investis susceptibles d'être déduits au titre de revenus définitivement taxés (2). Cette exclusion visait les revenus susceptibles de bénéficier de la déduction, même s'ils en étaient exclus sur base des règles nouvelles (3).

Le crédit d'impôt et la quotité forfaitaire d'impôt étranger n'étaient pas ajoutés à la base imposable : la loi excluait ce « brutage » pour les revenus « déduits de bénéfices » en vertu du régime des revenus définitivement taxés (4).

§ 8. — ABROGATION DU CRÉDIT D'IMPÔT ET DE LA QUOTITÉ FORFAITAIRE D'IMPÔT ÉTRANGER

Le crédit d'impôt est abrogé, puisque tous les dividendes de sociétés belges atteignant le seuil requis de participation peuvent désormais bénéficier du régime des revenus définitivement taxés. La situation des personnes physiques détenant des actions à titre professionnel n'est pas jugée suffisamment intéressante pour le maintenir, depuis que même les agents de change doivent nécessairement constituer des sociétés de bourse.

La quotité forfaitaire d'impôt étranger est également abrogée, même pour les dividendes étrangers qui ne peuvent pas bénéficier du régime des revenus définitivement taxés. Dans certains cas, les traités existants imposeront le maintien de la QFIE. Ils seront renégociés.

(1) C.I.R., art. 111, § 3, ancien. Sur la différence entre réduction de valeur, acte d'évaluation comptable et moins-value constatée lors d'une réalisation, cfr LAGAE, « Les revenus d'actions et de parts de sociétés belges et étrangères », in *Le régime fiscal des sociétés en Belgique depuis les lois des 7 décembre 1988, 22 décembre 1989 et 22 février 1990*, 1990, pp. 140-141.

(2) C.I.R., art. 192, al. 1^{er}, et 196, 2^o, ancien.

(3) LAGAE, « Les revenus d'actions et de parts de sociétés belges et étrangères », in *Le régime fiscal des sociétés en Belgique depuis les lois des 7 décembre 1988, 22 décembre 1989 et 22 février 1990*, 1990, p. 137 ; D.W., « RDT et QFIE : anomalies dans la réforme fiscale », *Fiscal. intern.*, 1990, n^o 74, pp. 1-2.

(4) Loi du 7 décembre 1988, art. 29, § 2.

Compatibilité avec les conventions fiscales internationales conclues par la Belgique

Les conventions conclues par la Belgique prévoient un système alternatif de prévention de la double imposition des dividendes :

- les dividendes payés par une société de l'État contractant sont exemptés de l'impôt des sociétés en Belgique « dans la mesure où cette exemption serait accordée s'il s'agissait de deux sociétés belges » ;
- à défaut d'une telle exemption, les dividendes bénéficient de la quotité forfaitaire d'impôt étranger, selon le même texte que celui qui s'applique aux intérêts et redevances.

Le langage renvoyant au régime des sociétés belges ne se retrouve pas dans les clauses conventionnelles accordant aux dividendes ne bénéficiant pas du régime des revenus définitivement taxés le droit à l'imputation d'une quotité forfaitaire d'impôt étranger. Le refus de cette imputation semble contraire à toutes les conventions conclues par la Belgique, tant lorsqu'il affecte les revenus définitivement taxés, mais ne bénéficiant pas effectivement de ce régime, que lorsqu'il était refusé si la distribution du dividende s'accompagnait d'une réduction de valeur ou d'une moins-value. Il s'agit d'une suppression pure et simple du mécanisme préventif de la double imposition prévu par un traité.

SOUS-SECTION 2. — DROIT CONVENTIONNEL

Les conventions signées par la Belgique confirment la règle de droit interne applicable aux dividendes de source étrangère. Ils sont réputés avoir subi l'impôt à l'étranger et, lorsqu'ils sont perçus par une société soumise à l'impôt des sociétés, ils donnent droit soit à l'immunisation au titre de revenus définitivement taxés, soit à l'imputation d'une quotité forfaitaire d'impôt étranger selon qu'ils se rattachent ou non à une participation permanente au sens du droit interne ancien (1). Les traités devront être renégociés pour supprimer la référence à la quotité forfaitaire d'impôt étranger.

Certaines conventions dérogent parfois au droit commun et accordent l'imputation à 20 %, soit lorsque le dividende a été effectivement soumis à l'impôt dans le pays d'origine (Brésil, Corée), soit lorsqu'il

(1) HIMPLER, « Imposition des dividendes et conventions internationales », *R.G.F.*, 1983, p. 215.

a été exonéré d'impôt en vertu de certaines législations de faveur (Inde, Indonésie).

Par application des conventions, la société belge, bénéficiaire de dividendes provenant d'un État partenaire, peut obtenir la limitation, généralement à 15 %, de l'impôt prélevé par l'État partenaire en introduisant une demande de réduction ou de remboursement.

Si la société reçoit une restitution de retenue à la source étrangère, ce remboursement sera traité comme un dividende supplémentaire de l'année de paiement. Il ne bénéficiait donc, dans le régime ancien, du régime des revenus définitivement taxés que si la participation était encore permanente pendant cet exercice (1).

Rien n'empêchait toutefois l'entreprise de comptabiliser ce montant au moment où elle introduisait sa demande de restitution auprès de l'État étranger. La condition de permanence s'appréciait alors pendant l'exercice de comptabilisation de la créance de remboursement et du produit correspondant. Cet exercice coïncidait normalement avec celui de la comptabilisation du dividende.

Notion conventionnelle de dividende

Pour l'application de la limitation de retenue à la source prévue à l'article 10 de la convention modèle de l'OCDE, la notion de dividende est définie et comprend les distributions de bénéfices auxquelles donnent droit les actions, c'est-à-dire les participations dans les sociétés de capitaux, ainsi que les revenus des titres soumis par la législation du pays de la source au même régime fiscal que les actions (titres de sociétés à responsabilité limitée et des sociétés coopératives) (2).

La Belgique, si elle a soin d'inclure conventionnellement parmi les dividendes les revenus de capitaux investis dans les sociétés de personnes belges, y compris les intérêts des avances des associés, ne prend pas en général position dans ses conventions quant aux sociétés de personnes étrangères.

Certaines conventions incluent expressément parmi les dividendes, pour l'application de l'article 10, des revenus qui seront traités comme tels dans le pays de la source, mais seront imposés en Bel-

(1) Com. I.R., 110/43.

(2) Comm. OCDE, art. 10 /24.

gique selon leur nature réelle. Il en est ainsi de certains intérêts attribués par des sociétés résidentes de la Grande-Bretagne (1).

Une convention peut également attribuer à un revenu considéré en Belgique comme un dividende une autre nature pour l'imposition dans le pays de la source. Il en est ainsi des revenus de certaines sociétés immobilières françaises, traités en France comme des revenus immobiliers, imposables sans limitation dans le chef des associés, mais imposables en Belgique comme dividendes au motif que ces sociétés ont la personnalité juridique (2).

Conditions conventionnelles mises à la déduction

Certaines conventions exigent, pour que s'applique la déduction au titre de revenus définitivement taxés, que la société de l'État contractant soit une société par actions (Danemark, Norvège, Italie, par exemple), ou une société de capitaux (Allemagne, Autriche, Luxembourg) ou encore que la société soit soumise à l'impôt sur les bénéfices dans l'État partenaire (Danemark, États-Unis, Suisse, par exemple). La convention conclue avec l'Irlande assimile à l'imposition l'exonération temporaire (3).

Dans la mesure où ces conditions sont plus restrictives que celles du Code, la société belge bénéficiaire des dividendes non visés par la convention peut se prévaloir de la loi (4).

Sociétés de personnes

Les dividendes de sociétés étrangères assimilables à des sociétés de personnes sont donc susceptibles d'être déduits au titre de revenus définitivement taxés, tandis que les revenus d'associés actifs jouiront, s'ils sont imputés sur les résultats de l'établissement sis dans l'État

(1) Ancienne convention entre la Belgique et le Royaume-Uni du 29 août 1967, art. 11 (5) et (6) et 12 (4); Com. Conv., 10/311.

(2) Convention entre la Belgique et la France du 10 mars 1964, Protocole, n° 2; Com. Conv. 10/312 et 23/125; Bruxelles, 4 juin 1974, *J.P.D.F.*, 1975, p. 82; BUE-LINCKX, LÉVY-MORELLE, VAN FRAEYENHOVEN et DE LONGUEVILLE, « Observations de la section belge du groupement belgo-luxembourgeois de l'association internationale de droit fiscal concernant certains points de la Convention franco-belge qui devraient, à son estime, faire l'objet d'une révision », *B.I.F.D.*, 1978, pp. 502-503.

(3) Com. Conv., 23/172.

(4) La convention franco-belge du 10 mars 1964 soumet la déduction à la perception sur les dividendes français du précompte mobilier belge. Cette condition est également sans objet depuis que la Belgique ne perçoit plus de précompte sur les dividendes étrangers payés à des sociétés (Com. Conv., 23/174).

cocontractant (1) ou dans un autre État partenaire de la Belgique, de l'exonération conventionnelle des bénéfices d'exploitation.

Allemagne, Autriche, Luxembourg

Les conventions conclues avec la République fédérale, l'Autriche et le Grand-Duché prévoient que l'exemption applicable aux revenus autres que les dividendes et les intérêts ne s'applique aux associés, lorsque le résident de l'État cocontractant est une société civile, une société en nom collectif ou une société en commandite simple, que dans la mesure où les associés sont imposables dans cet État sur le revenu qu'ils tirent de la société.

Dans ces pays, les revenus des sociétés de personnes sont imposables dans le chef des associés au titre de bénéfices d'exploitation (2). Certains bénéfices peuvent être exonérés, par exemple en application d'une convention préventive de la double imposition conclue par le pays du siège de la société. Dans ce cas, pourvu que les revenus y soient imposables en principe, la Belgique appliquera à l'associé résidant en Belgique l'exemption prévue par la convention conclue avec le pays de l'établissement stable générateur des bénéfices ou, en l'absence de convention, la réduction de l'impôt des sociétés au quart (3).

Cette conclusion est exacte si la société n'a pas, à l'égard de la loi commerciale, la personnalité juridique. En revanche, si elle est dotée de la personnalité juridique par la loi commerciale, bien qu'étant fiscalement « transparente », il y a lieu de retenir la nature donnée à la distribution par le droit commercial étranger, indépendamment de son traitement fiscal dans le pays étranger (4).

Si une société de personnes étrangère, ayant la personnalité juridique, distribue des dividendes, ces revenus doivent être considérés comme tels en Belgique, en application du droit interne belge et de l'assimilation aux revenus belges de même nature déposée jadis expressément dans l'article 16 du Code ancien, même si la loi fiscale

(1) Com. Conv., 23/148.

(2) Le commentaire administratif (Com. Conv., 23/149) énonce que les sociétés de personnes ne possèdent pas, dans ces pays, la personnalité juridique, ce qui n'est pas exact pour toutes les sociétés visées.

(3) Com. Conv., 23/149, précité.

(4) Le droit fiscal allemand adoptera d'ailleurs une règle parallèle pour le traitement en Allemagne des distributions de sociétés de personnes étrangères : elle les considérera comme des bénéfices des associés, même si le droit étranger reconnaît à la société la personnalité fiscale. La loi (§ 15 Abs. 1, Nr. 2, E.St.G) ne distingue pas entre société allemande et étrangère (KLUGE, *Das deutsche Internationale Steuerrecht*, 3^e éd., 1992, pp. 126-127 et réf. citées).

étrangère les impose au titre de bénéfices d'exploitation dans le chef des associés.

Ne doivent être traitées comme bénéfices d'exploitation que les rémunérations d'associé actif ou les attributions faites par la société étrangère au titre de bénéfices d'exploitation.

Généralement, l'assimilation aux bénéfices d'exploitation sera, si un traité s'applique, plus favorable à l'associé belge que le régime des dividendes, puisque le traitement comme bénéfice emportera exonération intégrale. Il n'en sera pas ainsi si l'associé ne bénéficie en l'absence d'application d'un traité que de la réduction de l'impôt au quart ou se voit refuser l'exemption parce que le bénéfice distribué n'est pas imposable dans l'État de résidence de la société.

À notre avis, si l'exemption est refusée, l'associé pourra se rabattre sur le régime des dividendes si les revenus distribués se sont vu attribuer cette nature par la société distributrice en exécution de la loi commerciale du pays et des statuts.

Stille Gesellschaft allemande — Bailleur de fonds luxembourgeois

Dans la *Stille Gesellschaft* « typique » de droit allemand, les revenus de l'associé passif, qui ne participe pas au patrimoine de l'entreprise, sont traités comme des dividendes, bien qu'ils soient déductibles du bénéfice de l'entreprise (1). Le traité belgo-allemand englobe ces revenus dans la définition conventionnelle des dividendes, mais leur traitement fiscal en Belgique sera celui des intérêts de créances (2).

Cette solution était discutable si l'on considérait l'assimilation ancienne, par le droit fiscal interne belge, des intérêts d'avances faites par les associés d'une société de personnes à des revenus de capitaux investis.

Le même régime s'applique à la part de bénéfices touchée par le bailleur de fonds rémunéré en proportion du bénéfice en raison de sa mise de fonds dans une entreprise luxembourgeoise (3).

(1) Convention du 11 avril 1967 entre la Belgique et l'Allemagne, art. 10 (5), al. 2, 2.

(2) Com. Conv., 23/51.

(3) Convention du 17 septembre 1970 entre la Belgique et le Luxembourg, art. 10, § 3, al. 2, 2 ; Com. Conv., 23/151, précité.

Réduction de retenue à la source pour participations importantes

Conformément au droit interne, et à l'encontre d'une pratique fréquente à l'étranger, les conventions conclues par la Belgique ne font généralement pas de distinction suivant que la société bénéficiaire possède ou non une participation minimale déterminée dans le capital de la société distributrice.

En revanche, cette distinction apparaît pour limiter la retenue à la source étrangère ou belge. Indépendamment de la directive CEE (cfr *supra*), certains pays prévoient des taux inférieurs de retenue à la source étrangère (1) pour les dividendes de participations, tandis que la convention avec l'Allemagne autorise celle-ci à percevoir un impôt plus élevé (25 % au lieu de 15 %) lorsqu'une société belge par actions ou une société privée à responsabilité limitée détient directement ou indirectement une participation importante, égale à 25 % des parts assorties d'un droit de vote, dans une société de capitaux résidente de la République fédérale, tant que le taux de l'impôt allemand sur les revenus distribués est inférieur de 20 points au moins au taux de l'impôt sur les revenus non distribués (2). Cette situation a disparu avec l'abaissement des taux allemands.

La réduction de la retenue à la source est exclue, aux termes de la convention belgo-néerlandaise, si le dividende est soumis à l'impôt sur un autre montant que celui qui représente les frais déductibles des sociétés en Belgique afférents à la participation : elle ne s'appliquait donc jadis qu'aux dividendes de participations permanentes (3).

La réduction de l'impôt luxembourgeois ne s'applique pas si la société distributrice ou la société bénéficiaire revêtent la forme de société civile, société en nom collectif, société en commandite simple ou société coopérative. En revanche, elle s'applique si différentes sociétés belges possèdent la participation minimale requise, dès lors

(1) 10 % : Finlande, Suisse, Yougoslavie (participations de 25 %) ; France (participation de 10 %) ; Luxembourg (participation de 25 % ou 250 millions de francs) ; 5 % : Pays-Bas et Royaume-Uni (participation de 25 %) ; États-Unis (participation de 10 %) ; 15 % au lieu de 20 % : Thaïlande (participation de 25 %) ; les dividendes de sociétés non industrielles ne se rapportant pas à des participations importantes détenues par des sociétés sont imposables sans limite [Com. Conv. 10/297].

(2) Convention belgo-allemande, art. 10 (3).

(3) Protocole, IV, *ad* article 10 ; Com. Conv., 10/269. La même condition régit la réduction de la retenue à la source des Philippines de 20 à 15 %.

que l'une des sociétés bénéficiaires détient depuis le début de l'exercice plus de la moitié du capital des autres (1).

La législation canadienne réduit la retenue à la source de 5 points lorsque 25 % des actions assorties d'un droit de vote appartiennent à des résidents du Canada (2).

Remboursements de taxes compensatoires

La France accorde aux actionnaires, résidents français, de sociétés françaises soumises à l'impôt des sociétés, un avoir fiscal égal à la moitié des sommes distribuées, imputable sur l'impôt et le cas échéant restituable. Si la distribution provient de bénéfices qui n'ont pas été soumis à l'impôt des sociétés au taux normal ou de bénéfices d'exercices clos depuis plus de cinq ans, la société distributrice doit acquitter un précompte mobilier égal au montant de l'avoir fiscal, c'est-à-dire à 50 % du dividende net distribué (3).

Ce précompte est remboursable aux résidents de pays ayant conclu une convention avec la France, pour autant que le bénéfice de l'avoir fiscal ne leur soit pas étendu (4). Comme seules les personnes physiques résidentes de la Belgique peuvent bénéficier d'un remboursement au titre de l'avoir fiscal français, les sociétés belges, actionnaires de sociétés françaises, pourront obtenir le remboursement du précompte, sous déduction de la retenue à la source française au taux conventionnel sur le montant du précompte (5).

En Angleterre, le dividende distribué à un résident anglais est assorti d'un crédit d'impôt correspondant à l'application du taux de base de l'impôt à l'ensemble formé par le dividende et le crédit. Si le taux de base est de 20 %, le crédit d'impôt est de 20/80 du dividende. Comme l'avoir fiscal français, le crédit est imputable sur l'impôt de l'actionnaire et, le cas échéant, remboursable. Lors de la distribution, la société paie, à titre d'avances sur son propre impôt, un montant d'*advance corporation tax* (ACT) qui est égal au crédit.

En vertu de la nouvelle convention belgo-britannique, signée le 1^{er} juin 1987, le remboursement du crédit d'impôt est, sous déduction

(1) Convention entre la Belgique et le Luxembourg du 17 septembre 1970, art. 10, § 2 ; Com. Conv., 10/274.

(2) Com. Conv., 10/287.

(3) CGI, art. 223sexies et 1679ter ; GEST et TIXIER, *Manuel de droit fiscal*, 4^e éd., 1986, p. 508.

(4) *Juriscl., Droit fiscal international*, fasc. 354-G, n^{os} 85-91.

(5) Convention entre la Belgique et la France du 10 mars 1964, art. 15.4.

d'une retenue à la source de 10 %, étendu aux résidents belges, y compris les sociétés, pourvu que la société soit un investisseur de portefeuille et non une société mère, c'est-à-dire qu'elle ne détienne pas plus de 10 % du pouvoir votal de la société anglaise distributrice des dividendes.

Conformément à la pratique adoptée dans certaines autres conventions, la Grande-Bretagne a toutefois accepté de faire bénéficier de la moitié du crédit d'impôt normal les sociétés mères, c'est-à-dire les sociétés qui, directement ou indirectement, le cas échéant avec d'autres sociétés associées, détiennent 10 % ou plus du pouvoir votal de la société distributrice des dividendes.

Deux sociétés sont considérées comme associées si l'une contrôle directement ou indirectement plus de 50 % du pouvoir votal existant dans l'autre société ou si une tierce société contrôle plus de 50 % du pouvoir votal existant dans les deux autres.

La retenue à la source est réduite de 10 % à 5 % lorsque le bénéficiaire d'un dividende est une société qui contrôle directement ou indirectement 25 % au moins du pouvoir votal de la société distributrice. Cette retenue à la source s'appliquera au remboursement de crédit d'impôt comme aux dividendes (1).

Dans un effort dirigé contre le *treaty shopping* (2), la convention écarte le remboursement du crédit d'impôt si le bénéficiaire du dividende ne peut établir qu'il a acquis les actions donnant droit à la distribution pour des motifs commerciaux de bonne foi ou dans le cours ordinaire de la réalisation de la gestion d'investissements et que l'octroi du crédit d'impôt n'était pas le but principal ou l'un des buts principaux de l'acquisition.

Double résidence

Un problème particulier se pose si la société bénéficiaire des dividendes a une « double résidence ». Supposons une société constituée aux Pays-Bas où elle a son siège social nominal, mais ayant son siège de direction effective en Belgique. Le droit interne néerlandais exonère de retenue à la source des dividendes payés par une société néerlandaise à une autre société néerlandaise qui jouit de l'exemption de participation sur les dividendes (3).

(1) Convention entre la Belgique et la Grande-Bretagne du 1^{er} juin 1987, art. 10.

(2) Comp. DODD, « United Kingdom », in *Treaty Shopping, Intertax*, 1987, p. 288.

(3) Wet Div. 1965, art. 4, al. 2 et WVpb, 1969, art. 13.

Le traité permet la perception d'une retenue de 5 ou 15 %. Faut-il considérer que la société, restée contribuable néerlandais, en fonction du droit interne néerlandais, même si le traité (1) attribue le droit d'imposition à la Belgique, bénéficie de l'exonération de retenue à la source applicable en droit interne ?

Il semble plutôt que, puisque le bénéfice imposable aux Pays-Bas ne comprend, en l'absence d'établissement stable dans ce pays, ni le dividende ni aucun autre élément, il ne peut être question d'exemption de participation ou d'exonération de retenue à la source. Seule la limitation conventionnelle s'appliquera (2).

SOUS-SECTION 3. — HISTORIQUE

§ 1^{er}. — RÉGIME ANCIEN DES PARTICIPATIONS PERMANENTES ET NON PERMANENTES

A. Participations permanentes

Les revenus d'actions ou parts d'origine étrangère étaient en principe de même nature que les revenus belges correspondants et comme ceux-ci, susceptibles d'être déduits des bénéfices imposables au titre de « revenus définitivement taxés » pour autant qu'ils eussent été produits par une participation permanente (3).

Pas plus que dans l'ordre interne, cette déduction n'était réservée aux sociétés qui font partie d'un groupe : contrairement à la plupart des législations étrangères, la loi belge ne subordonnait pas la déduction à la détention par la société mère d'un certain pourcentage du capital de la filiale distributrice.

La condition de permanence tendait, à l'égard de filiales étrangères comme de filiales belges, à faire obstacle à des manœuvres concevables au sein de groupes, déplaçant les participations afin de diriger le dividende vers la société susceptible d'utiliser effectivement la déduction.

(1) Art. 4, § 4.

(2) *Nederlandse Belasting-jurisprudentie op vier internationale gebieden*, p. 25 et réf. citées.

(3) C.I.R. ancien, art. 111-113. À l'étranger, lorsque le *Schachtelprivileg* existe sur le plan interne, il n'est pas toujours étendu aux dividendes étrangers (BÜHLER, *Prinzipien des internationalen Steuerrechts*, 1964, p. 99). Cfr J. MALHERBE, « Le régime fiscal des dividendes et des distributions de liquidation d'origine étrangère reçus par des sociétés belges : droit interne, traités et projets de réforme », *J.D.F.*, 1988, p. 193.

Rien n'interdisait toutefois d'interposer entre la société mère belge et ses filiales étrangères une société étrangère intermédiaire dont les parts étaient détenues en permanence par la société belge, mais qui acquérait ou alinéait selon les besoins du groupe des participations productrices de dividendes.

Ce système a notamment été utilisé dans les pays pratiquant le crédit d'impôt étranger avec limitation par pays d'origine du revenu pour faire masse des crédits et les soumettre en fait à une limitation globale.

Il fallait éviter, sur le plan international, que ces opérations entraînaient des déperditions fiscales au niveau notamment des retenues à la source.

La déduction s'appliquait aux revenus distribués tant par une société par actions étrangère que par une société autre que par actions, souvent désignée par les termes « société de personnes (1) ». Étaient assimilés aux distributions de sociétés par actions les revenus distribués par une société constituée sous une forme non prévue par le Code de commerce belge, par exemple une société agricole.

Les revenus de valeurs mobilières étrangères et de créances sur l'étranger étaient, en vertu de l'article 16 ancien du Code, les mêmes que ceux spécifiés relativement aux valeurs mobilières belges et aux créances belges par les articles 12 à 15 anciens. Il en résultait qu'un dividende de société par actions étrangère était traité comme un dividende, tandis que les revenus distribués par une société de personnes étaient traités, non selon leur nature en droit étranger, mais selon le traitement qui leur aurait été appliqué si la société de personnes étrangère avait été belge (2).

Lorsqu'elles avaient leur siège en Belgique, les sociétés constituées à l'étranger étaient également assimilées soit à des sociétés par actions ou à des sociétés constituées en Belgique sous d'autres formes que celles du Code de commerce (3), soit à des sociétés autres que celles-ci.

(1) Com. I.R., 110/27.

(2) LAGAE, « Personenvennootschappen en Maatschappen in het Belgische Internationale Belastingrecht », *Liber Amicorum Prof. Baron J. Van Houtte*, t. I, p. 574 ; J. et Ph. MALHERBE, « Fiscalité internationale des sociétés de personnes en Belgique », *Rev. dr. aff. intern.*, 1986, pp. 141-142.

(3) C.I.R. ancien, art. 102.

Une société étrangère entraine nécessairement dans l'une de ces catégories puisque la seconde était résiduelle (1).

Étaient donc traités comme des revenus de capitaux investis, susceptibles d'être déduits si la société belge possédait une participation permanente dans la société de personnes étrangère, les revenus du capital tels qu'ils étaient définis par l'article 15 ancien du Code, à savoir ceux des capitaux investis par les associés non actifs et la partie des revenus des associés actifs qui rémunère leur capital, à l'exclusion de celle qui rémunère leur activité. Si les statuts ou la convention ne faisaient pas cette distinction, la rémunération du capital des associés actifs était égale à celle du capital des associés non actifs, ou, si tous les associés étaient actifs, à 6 % du capital.

Il fallait également comprendre parmi les revenus de capitaux investis les intérêts des avances faites par les associés à la société de personnes étrangère. Si l'associé possédait dans cette société une participation permanente, les intérêts étaient exclus des bénéfices imposables de la société belge associée au titre de revenus définitivement taxés, même s'ils avaient été déduits des bénéfices de la société de personnes étrangère.

Ce paradoxe, que le commentaire administratif n'énonçait pas expressément, résultait de l'assimilation des revenus de valeurs et de créances étrangères aux revenus de valeurs et de créances belges et de l'assimilation, qui en découlait nécessairement, des sociétés étrangères à des sociétés par actions ou à des sociétés de personnes.

Quant aux rémunérations d'associés actifs, elles étaient traitées comme des bénéfices d'exploitation et soumises à l'impôt des sociétés réduit au quart si elles étaient réalisées au siège étranger ou dans un établissement étranger et imposées à l'étranger. Les rémunérations d'associés actifs étaient, depuis la loi du 25 juin 1973, censées avoir leur source au siège de la société, sauf si elles étaient imputées sur les résultats d'un établissement étranger de la société. Avant cette loi, les rémunérations étaient considérées comme ayant la même source que les revenus de la société (2).

La seule condition qu'une société de personnes étrangère devait remplir pour que ses distributions pussent être traitées comme des

(1) *Contra*, LÉVY-MORELLE, Rapport belge, XLI^e Congrès international de droit financier et fiscal, Bruxelles, 1987, « La résidence fiscale des sociétés », *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXIIa, p. 235.

(2) LAGAE, « Personenvennootschappen en Maatschappen in het Belgisch Internationale Belastingrecht » in *Liber Amicorum Prof. Baron J. Van Houtte*, t. I, p. 565.

revenus de capitaux investis était donc d'avoir la personnalité juridique. Si elle ne l'avait pas, les revenus recueillis par ses associés avaient en totalité la nature de bénéfices d'exploitation (1).

Les « revenus définitivement taxés » produits par les participations étrangères étaient déduits globalement avec les revenus belges de même nature à concurrence de 95 ou de 90 % du revenu recueilli (2).

Il était renoncé à la perception du précompte mobilier sur les dividendes et revenus de capitaux investis de source étrangère, encaissés ou recueillis en cours d'exploitation par une société belge, autres que ceux qui sont encaissés au profit d'un fonds commun de placement belge et dont pourrait bénéficier une société (3).

Le dividende étranger pris en considération était le dividende net, après perception de la retenue à la source étrangère, mais avant déduction des frais d'encaissement supportés en Belgique ou à l'étranger (4).

Si un précompte mobilier avait été retenu, soit sans avoir égard à la renonciation de l'ancien article 88 de l'arrêté d'exécution du Code, soit sur les revenus d'un fonds commun de placement, ce précompte était ajouté au dividende pour déterminer le montant qui, à concurrence de 95 % ou 90 % du total ainsi formé, était censé se retrouver dans le revenu imposable (5). Ce précompte constituait, dans la mesure où il était pris en charge, une dépense non admise. Il était imputé sur l'impôt dû, l'excédent éventuel étant restituable.

La déduction s'effectuait, comme pour les dividendes belges, lors de la quatrième opération qui concourt à la détermination du bénéfice imposable d'une société, après que la société eût :

- 1° déterminé son bénéfice de l'exercice ;
- 2° ventilé ce bénéfice selon sa provenance géographique (Belgique, pays sans convention et pays avec convention), en imputant notamment

(1) Comp. Com. Conv., 23/148. Il nous semble qu'il faut s'attacher à la reconnaissance de la personnalité par la loi commerciale et non par la loi fiscale. Ainsi, aux Pays-Bas, les sociétés de personnes (société civile, société en nom collectif, société en commandite et copropriété de navires) sont dépourvues de personnalité juridique. Néanmoins, la loi fiscale leur refuse la transparence si leur capital est réparti en actions cessibles sans l'accord de tous les associés (GERAERTS, « Les sociétés de personnes en droit fiscal international néerlandais », *Rev. dr. aff. intern.*, 1986, pp. 470-472). Même si elle est soumise à l'impôt néerlandais sur les sociétés, une telle société ne pourra être considérée en Belgique comme dotée de la personnalité morale.

(2) C.I.R. ancien, art. 113, §§ 1^{er} et 2.

(3) A.R.-I.R. ancien, art. 88, § 1^{er}.

(4) Com. I.R., 110/28.

(5) C.I.R. ancien, art. 113, § 1^{er}, al. 1^{er}, et 97, al. 1^{er} ; Com. I.R. 97/6 et 77/5.

les pertes dans l'ordre prévu par la loi, y compris l'imputation des pertes belges sur les bénéfices étrangers exonérés par convention ;
3° déduit du bénéfice demeurant après imputation des pertes les bénéfices exonérés par convention subsistant après l'imputation précitée.

Les pertes reportables des exercices antérieurs — ainsi que la déduction pour investissements — ne s'imputent qu'après les revenus définitivement taxés. Les pertes antérieures subies dans des pays avec convention ne sont déduites que dans la mesure où elles excèdent les bénéfices exonérés par convention de la période imposable.

Les dividendes étrangers de participations investies en Belgique sont donc mieux traités à cet égard que les bénéfices d'établissements stables étrangers, puisqu'ils sont déduits sans subir l'imputation de pertes étrangères antérieures.

Filiale étrangère, participation permanente

Dividende brut	100	100	100	100
Retenue source étrangère (supposée de 25 %/15 %/10 %/5 %)	-25	-15	-10	-5
Dividende net encaissé à la frontière	75	85	90	95
Société actionnaire belge :				
Dividende net	75	85	90	95
Revenu déjà taxé (95 %)	-71,24	-80,75	-85,5	-90,25
Imposable à l'impôt des sociétés	3,75	4,25	4,5	4,75
Impôt des sociétés (43 %)	1,6125	1,8275	1,935	2,0425
Imputation de la quotité forfaitaire d'impôt étranger (75 x 15 %)				
Impôt dû	1,6125	1,8275	1,935	2,0425
Sociétés par actions belges :				
La société actionnaire belge pourra donc à son tour distribuer le				
Dividende net moins l'impôt dû	75 1,6125	85 1,8275	90 1,935	95 2,0425
Dividende brut de la société actionnaire	73,3875	83,1725	88,065	92,9575
Précompte mobilier (25 %)	18,5	21	22	23,5
Dividende net touché par l'actionnaire final de la société actionnaire	54,88	62,1725	66,065	69,4575

B. Participations non permanentes

Les dividendes produits par des participations non permanentes donnaient droit à l'imputation d'une quotité forfaitaire d'impôt étranger de 15 % du revenu recueilli.

La comparaison entre le régime des revenus définitivement taxés d'origine étrangère et celui de la quotité forfaitaire d'impôt étranger montre combien le premier était fiscalement plus intéressant.

**Dividendes étrangers,
participation non permanente**

Dividende brut	100	100	100	100
Retenue source étrangère (supposée de 25 %/15 %/10 %/5 %)	25	15	10	5
Dividende net frontière	75	85	90	95
Précompte mobilier belge 25 %/18,75	21,25	22,5	23,75	
Dividende net	56,25	63,75	67,5	71,25
Imposable à l'impôt des sociétés	75	85	90	95
Impôt des sociétés	32,25	36,55	38,7	40,85
moins QFIE (15 %)	11,25	12,75	13,5	14,25
	21	23,8	25,2	26,6
Moins PM	18,75	21,25	22,5	23,75
	2,25	21,25	22,5	23,75
Plus précompte mobilier imputable	18,75	21,25	22,5	23,75
Charge fiscale totale	21	23,8	25,2	26,6
Dividende but de la société actionnaire	54	61,2	64,8	68,4

La situation d'une distribution de dividendes belges était, par comparaison, la suivante :

Société mère belge — filiale belge

	<i>Participation permanente</i>	<i>Participation non permanente</i>
Dividende brut	100	100
Précompte mobilier -25	-25	-25
Dividende net		
Société actionnaire :	75	75
Dividende net	75	75
Précompte mobilier 25 %	+ 25	+ 25
Crédit d'impôt (75 x 50 %)		+ 37,5
Revenu brut	100	137,5
Revenu déjà taxé (95 %)	-95	
Imposable à l'impôt des sociétés	5	137,5
Taux de l'impôt des sociétés	x 43 %	x 43 %
Montant de l'impôt des sociétés	2,15	58,125
Imputation du précompte mobilier	-25	-25
Imputation du crédit d'impôt		-37,5
Total des imputations	25	62,5
Impôt à restituer (-) ou dû (+)	-22,85	-3,375
La société actionnaire pourra donc à son tour distribuer le :		
Dividende net	75	75
+ ou - l'impôt à restituer ou dû	+ 22,85	+ 3,375
Dividende brut de la société actionnaire	97,85	78,375
Précompte mobilier (25 %)	-24,46	-19,59
Dividende net touché par l'actionnaire final de la société	73,39	58,78

Sur base des nouveaux taux, la comparaison était la suivante :

Société mère belge
(avant la loi du 22 décembre 1989)

<i>Filiale étrangère</i>	<i>Participation permanente</i>	<i>Participation non permanente</i>
Dividende brut	100	100
Retenue source étrangère 15 %	15	15
Dividende net	85	85
Quotité forfaitaire d'impôt étranger $85 \times 15/85$	—	15
Imposable en principe	85	100
Revenu définitivement taxé 90 %	76,5	—
Imposable 8,5	100	
Impôt des sociétés 43 %	3,655	43
Imputation QFIE	—	15
Impôt dû	3,655	28

§ 2. — RÉGIME ANCIEN
DU PRÉCOMPTE MOBILIER FICTIF

Si la Belgique, pour les dividendes de participations permanentes étrangères, éliminait, dans la même mesure que pour les dividendes belges afférents à de telles participations, la double imposition économique des bénéfices distribués, elle ne remédiait que partiellement à la double imposition juridique qui subsistait en raison du cumul de la retenue à la source étrangère, de l'impôt des sociétés afférent à la partie imposable du dividende (5 ou 10 %) et de l'impôt éventuel dû lors de la redistribution par l'actionnaire, qui ne pouvait tenir compte de la retenue à la source étrangère (1).

Comme la retenue à la source étrangère n'est pas ajoutée au dividende pris en considération en Belgique, la société bénéficiaire du dividende peut en fait la déduire comme s'il s'agissait d'une charge.

(1) En revanche, l'actionnaire belge bénéficiait du crédit d'impôt belge, quel que soit le taux d'impôt des sociétés perçu en Belgique et à l'étranger.

A. Comparaison internationale

Cette situation, qui peut appeler une critique théorique, est conforme à la pratique internationale. Le modèle de convention de l'OCDE traite de la double imposition juridique des dividendes : il préconise une réduction de la retenue à la source sur dividendes de 15 à 5 % lorsque la société bénéficiaire du dividende détient une participation de 25 % au moins dans la société distributrice. La Belgique a formulé une réserve à propos de cette disposition.

Pour prévenir en général la double imposition juridique du même revenu dans le chef du même bénéficiaire, la convention laisse le choix entre deux méthodes classiques, l'exemption et le crédit (1). Toutefois, dans les deux cas, elle prévoit l'imputation d'un crédit d'impôt en ce qui concerne l'impôt retenu à la source sur les dividendes comme sur les intérêts.

La convention modèle ne couvre pas la prévention de la double imposition économique des dividendes distribués par une société à une autre. Le comité des affaires fiscales de l'OCDE a suggéré diverses solutions (2) :

- l'État de la société bénéficiaire exempté, avec réserve de progressivité, les dividendes reçus ;
- il accorde un crédit d'impôt non seulement pour la retenue à la source étrangère, mais également pour l'impôt des sociétés étranger payé par la filiale et correspondant aux bénéfices distribués ;
- il assimile les dividendes étrangers à des dividendes intérieurs.

La Belgique a inséré dans ses conventions une clause du troisième type et applique une exonération partielle des dividendes étrangers comme des dividendes nationaux.

Jusqu'à l'exercice fiscal 1984, elle accordait en outre, par son pré-compte mobilier fictif de droit interne, un crédit d'impôt destiné à tenir partiellement compte de la retenue à la source étrangère. Cette disposition n'était pas contraire à la logique, le crédit remédiant à la double imposition juridique et l'exemption à la double imposition économique. Un tel cumul est toutefois inusité.

Les systèmes fiscaux modernes se divisent entre ceux qui, pratiquant l'exonération des dividendes inter-sociétés sur le plan interne, l'étendent au plan international et ceux qui, bien que pratiquant cette

(1) Art. 23 B.

(2) Comm. OCDE, 1992, art. 23 A et 23 B. 52.

exonération sur le plan interne, y substituent la méthode du crédit sur le plan international : ils accordent alors un crédit direct, correspondant à la retenue à la source étrangère, et un crédit indirect, correspondant à l'impôt étranger des sociétés afférent au dividende.

Les deux méthodes sont équivalentes si l'impôt étranger augmenté de la retenue à la source est égal à l'impôt national (1). Si les impôts étrangers sont inférieurs à l'impôt national, l'exemption est plus favorable. Si les impôts étrangers sont supérieurs à l'impôt national, le crédit d'impôt étranger sera généralement limité au montant de l'impôt national correspondant au dividende.

Le principal désavantage de la méthode d'exemption pratiquée par la Belgique réside dans la limitation de la déduction des revenus définitivement taxés aux bénéficiaires de la période imposable, alors que, dans les pays qui accordent le crédit d'impôt étranger, celui-ci est généralement reportable aux exercices ultérieurs. Le système belge défavorise les entreprises déficitaires ou celles dont les bénéficiaires sont trop réduits pour absorber la déduction (2).

La loi du 29 décembre 1984 a supprimé le précompte mobilier fictif de 5 % qui était octroyé aux sociétés belges percevant des dividendes de source étrangère susceptibles d'être déduits au titre de revenus définitivement taxés (3).

Ce précompte ne peut s'expliquer sans un rappel historique.

B. Evolution

Lois coordonnées

Sous le régime des lois coordonnées relatives aux impôts sur les revenus, les revenus déjà taxés, comprenant essentiellement les dividendes, étaient déduits du montant des revenus soumis aux impôts

(1) VAN HOORN, « Élimination de la double imposition entre sociétés mères et leurs filiales sur le plan international — De quelle double imposition s'agit-il ? », *Réflexions offertes à Paul Sibille*, p. 938.

(2) DELWAIDE et MALHERBE, Rapport belge, XXXVIII^e Congrès International de droit financier et fiscal, Buenos Aires, 1984, « Obstacles fiscaux aux mouvements de capitaux entre une société mère et ses filiales étrangères », *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXIXa, p. 269. Le même reproche peut être adressé à la QFIE, qui n'est ni reportable, ni remboursable.

(3) Art. 21 abrogeant l'art. 191, al. 1^{er}, 5^o, C.I.R. Cfr J. MALHERBE, « Modifications du régime des revenus mobiliers étrangers par la loi du 27 décembre 1984 — Restrictions à l'imputation de la quotité forfaitaire étrangère — Suppression du précompte mobilier fictif », in *Obstacles et stimulants fiscaux à l'investissement et à l'emploi*, Louvain-la-Neuve, 1985, XVII.

cédulaires si un impôt avait déjà été perçu au cours du même exercice (1). Un dividende qui avait subi la taxe mobilière de 30 % (2) pour les dividendes belges et de 10 % (3) pour les revenus étrangers était ainsi déduit de la base imposable à la taxe professionnelle qui frappait les bénéfices réservés (4) ou à la taxe mobilière (5) qui frappait les bénéfices distribués. Les dividendes reçus s'imputaient d'abord sur les bénéfices réservés, puis sur les bénéfices distribués.

À cette déduction « revenus de revenus » se substituait une déduction « impôt d'impôt » si une distribution provenait de bénéfices réservés au cours d'exercices écoulés (revenus « provisoirement taxés »). La taxe professionnelle antérieurement perçue était imputée sur la contribution nationale de crise, puis sur la taxe mobilière afférente au revenu distribué. Les distributions étaient imputées proportionnellement sur les revenus déjà taxés et les revenus provisoirement taxés (6).

Un dividende étranger « traversait » donc une holding belge en subissant une imposition belge limitée à un peu plus de 10 % (7). Cette réduction unilatérale de taux tenait compte d'une imposition étrangère perçue éventuellement à la source. Certaines conventions fiscales consentaient des allègements supplémentaires : par la conven-

(1) L. coord., art. 52. Les revenus déjà taxés étaient diminués des charges financières qui les grevaient et d'un forfait de 5 % représentant les frais généraux les concernant (art. 52, § 5).

(2) Les dividendes supportaient également une contribution nationale de crise de 20 %, qui n'était pas déductible de l'assiette de la taxe professionnelle.

(3) Portés à 12 % par application des deux décimes additionnels.

(4) À un taux allant de 25 à 40 %, dont l'incidence était réduite par la déductibilité de la taxe. La « loi unique » de 1961 avait augmenté la taxe mobilière et la taxe professionnelle d'un demi-décime (5 %).

(5) Ainsi qu'à la contribution nationale de crise.

(6) Pour une description de ce régime, voy. par ex., SIBILLE, Rapport belge, Congrès international de fiscalité, « Le poids de la double taxation des bénéfices réalisés et répartis par les sociétés de capitaux », Amsterdam, 1955, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. XIX, pp. 178-194 ; BUBLOT, « La 'double imposition économique' des dividendes — Régimes belges et étrangers », *Bull. contr.*, 1962, pp. 148-177 et 326-351.

(7) Augmentée de la contribution nationale de crise due lors de la redistribution. Si le dividende ne bénéficiait pas du régime de l'article 52, par exemple à défaut de permanence de la participation, il conservait sa nature étrangère lors de sa redistribution et ne supportait les impôts cédulaires qu'au taux réduit (T.M. 12 %, C.N.C. 20/5 = 4 %).

L'administration considérait qu'un dividende n'était un revenu réalisé à l'étranger, bénéficiant de la réduction, que si le bénéficiaire possédait une participation d'au moins 50 % dans la société étrangère. Cette thèse fut rejetée par la jurisprudence (FEYE, « Notion et taxation des revenus d'origine étrangère dans le cadre de la loi d'impôts sur les revenus », in *En hommage à Victor Gothot*, 1962, p. 236 et réf. citées).

tion franco-belge, il était renoncé à la perception de la taxe mobilière sur les revenus de source française (1).

Réforme fiscale

La réforme fiscale de 1962, en créant un impôt des sociétés, a allégé la double imposition économique des dividendes de source belge par l'octroi à l'actionnaire, personne physique, d'un crédit d'impôt égal à la moitié de l'impôt des sociétés. Elle a maintenu, au bénéfice des sociétés percevant des dividendes de source belge ou étrangère, la déduction des revenus « définitivement taxés », mais a instauré la perception d'un précompte mobilier, de 15 % à l'époque, sur les revenus mobiliers et notamment sur les dividendes, qu'ils soient de source belge (2) ou étrangère. Le dividende belge « entrant » dans une société subissait une perception de 15 % au lieu de 30 %, mais le dividende étranger une perception de 15 % au lieu de 10 %.

Dans les deux cas, le précompte n'était ni imputable, ni restituable, même si les dividendes ne pouvaient être effectivement déduits des bénéficiaires parce qu'ils dépassaient le montant de ceux-ci (3).

Le précompte était à nouveau dû à la sortie, lors de la redistribution aux actionnaires, personnes physiques, ceux-ci pouvant l'imputer sur leur impôt s'ils étaient assujettis à l'impôt en Belgique. Les revenus « définitivement taxés » étaient toutefois déduits (4) non seulement de la base imposable à l'impôt des sociétés, mais également du montant soumis au précompte mobilier lors de la redistribution.

Il n'en restait pas moins que l'imposition d'un dividende étranger était comparativement aggravée par rapport à celle d'un dividende

(1) Rapport belge, XIII^e Congrès international de droit fiscal, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. XXXIX, pp. 368-372 et VAN ROLLEGHEM, Rapport belge, *id.*, « Mesures unilatérales tendant à éviter les doubles impositions », *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. XL, p. 608.

(2) Pour les dividendes de source belge, le précompte mobilier était perçu sur le dividende augmenté du crédit d'impôt, c'est-à-dire sur 85/70 du dividende, ce qui portait son taux effectif à 18,2 % du dividende (C.I.R., art. 173).

(3) Voir la critique de KIRKPATRICK, « Examen de jurisprudence (1968 à 1982), Les impôts sur les revenus et les sociétés », *R.C.J.B.*, 1985, p. 668.

(4) Pour leur montant net de précompte. La déduction des charges financières et la condition de permanence, c'est-à-dire de détention des titres pendant toute la période imposable, prévues par les lois coordonnées, furent abandonnées. La déduction portait sur 85 % (portés à 90 % en 1966) pour les holdings et sur 95 % des dividendes pour les autres sociétés. Le solde représentait forfaitairement les frais généraux liés à la gestion de la participation.

belge, si l'on se reporte à la situation antérieure à la réforme fiscale (1).

Le taux de précompte mobilier applicable aux dividendes étrangers fut donc réduit à 10 % et demeura tel, même lorsque le taux général du précompte fut porté à 20 % (2).

Le régime des dividendes d'origine étrangère perçus par une société était donc légèrement plus favorable que celui des dividendes d'origine belge, mais uniquement si l'on faisait abstraction de l'impôt étranger (3).

Loi du 25 juin 1973

La loi du 25 juin 1973 modifia le régime des revenus définitivement taxés : ceux-ci ne sont désormais déductibles que de la base de l'impôt des sociétés (4), non de celle du précompte dû lors de la redistribution du revenu ; le précompte est dû à chaque distribution, mais la société qui a perçu les dividendes et les redistribue peut imputer sur son impôt le précompte perçu à l'« entrée » du dividende, l'excédent éventuel étant remboursé.

À nouveau, cette réforme aggravait comparativement le sort des dividendes étrangers recueillis et redistribués par une société belge : alors qu'ils ne supportaient qu'un précompte unique de 10 % à l'entrée, ils seraient désormais frappés à la sortie d'un précompte de 20 %, indépendamment du précompte de 20 % dû à l'entrée, lequel était imputable et restituable.

(1) Rapport Sén. sur la loi de réforme fiscale, *Pasin.*, 1962, p. 1754, Col. 1 ; KIRKPATRICK, *L'imposition des revenus des sociétés belges par actions*, p. 39.

(2) Applicables au dividende, qui ne devait plus être augmenté du crédit d'impôt (loi du 15 juillet 1966).

(3) BALTUS, Rapport belge, XXIV^e Congrès international de droit financier et fiscal, Bruxelles, 1979, « La charge multiple supportée par les dividendes et les actions du fait de l'imposition des revenus et du patrimoine dans le chef des sociétés comme des actionnaires : possibilités de modifications », *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LVa, II, p. 113.

(4) La condition de permanence fut rétablie : la déduction n'était accordée que si la participation avait été détenue pendant toute la période imposable. À défaut, la société pouvait imputer le crédit d'impôt pour les dividendes belges ou la quotité forfaitaire d'impôt étranger pour les dividendes étrangers.

Afin de ne pas rompre « brusquement » l'équilibre entre les charges fiscales grevant ces deux sources de dividendes (1), la loi du 25 juin 1973 accorda aux sociétés percevant des dividendes étrangers susceptibles d'être déduits de ses bénéfices au titre de revenus définitivement taxés un précompte mobilier fictif de 5 % du dividende net recueilli, imputable et le cas échéant remboursable.

Au contraire de la quotité forfaitaire d'impôt étranger, ce précompte devait être ajouté au montant imposable en principe, qui était porté à 105/100 du dividende net encaissé.

De ce montant, 10 ou 5 %, à savoir la quote-part représentant forfaitairement les frais afférents à la participation, étaient imposables selon que la société était ou non une société financière.

L'avantage comparatif accordé au dividende étranger, approximativement de 20 % avant 1962, ramené à quelque 5 puis 10 % par rapport à un précompte de 15, puis de 20 %, était ainsi fixé à un peu moins de 5 %. Arithmétiquement, il se traduisait par une faible restitution d'impôt des sociétés puisque cet impôt, applicable à 10 ou 5 % du dividende multiplié par 105 %, était inférieur à 5 % de ce même dividende. Toutefois, l'État y gagnait la perception certaine d'un précompte mobilier dû en toute hypothèse, même lorsque la personne physique bénéficiaire du dividende redistribué n'était pas assujettie à l'impôt en Belgique. Ce précompte fut porté de 20 à 25 % par la loi du 28 décembre 1983.

Loi du 27 décembre 1984

La loi du 27 décembre 1984 a supprimé le précompte mobilier fictif et la majoration correspondante de la base imposable de la société percevant un dividende étranger.

C. Conventions fiscales internationales

La suppression du précompte mobilier fictif ne contrevenait pas aux dispositions des conventions fiscales signées par la Belgique. Aux

(1) Projet de loi modifiant le Code des impôts sur les revenus, en ce qui concerne, notamment, la taxation des plus-values, l'assiette et le calcul de l'impôt des sociétés et de l'impôt des non-résidents, ainsi que la répression de certaines formes de fraude et d'évasion fiscale, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1972-1973, n° 521/1, n° 67, 4°, *Pasin.*, 1973, p. 653 ; *Id.*, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1972-1973, n° 521/7, *Pasin.*, 1973, p. 682 ; VERSTRAETE, *La réforme du Code des impôts sur les revenus. Commentaire de la loi du 25 juin 1973*, p. 152 ; AUTENNE, « Analyse des modifications essentielles apportées au Code des impôts sur les revenus par la loi du 25 juin 1973 », *Rép. fisc.*, 1973, p. 210.

termes de ces conventions, la Belgique s'engage à remédier à la double imposition, en ce qui concerne les dividendes de source étrangère reçus par une société belge et imposables à l'étranger en les exemptant de l'impôt des sociétés dans la mesure où cette exemption serait accordée si les deux sociétés étaient résidentes de la Belgique (1).

Parfois, le prélèvement du précompte mobilier belge est expressément réservé (2).

Dans les autres cas, la Belgique accorde sur l'impôt afférent au montant net des dividendes de source étrangère une déduction correspondant à la quotité forfaitaire d'impôt étranger.

§ 3. — PROPOSITIONS DE RÉFORME DE L'IMPÔT DES SOCIÉTÉS

Un groupe de travail constitué au sein du Conseil supérieur des finances a proposé (3) de remplacer le système du crédit d'impôt partiel et des revenus définitivement taxés par l'octroi à l'actionnaire, personne physique ou société, d'un crédit d'impôt égal à 100 % de l'impôt des sociétés afférent au dividende (4).

L'impôt des sociétés serait perçu à un taux réduit (33 % au lieu de 43 % à l'époque) sur les bénéfices distribués.

Afin d'assurer que le crédit corresponde à un impôt des sociétés effectivement payé au taux de 33 %, une retenue compensatoire serait perçue lors de la distribution du dividende, égale à la différence entre 33 % de celui-ci et le taux effectivement perçu compte tenu des réductions de base imposable et de taux dont a bénéficié la société distributrice.

(1) Voy. par exemple Convention entre la Belgique et l'Italie, du 11 octobre 1970, art. 23, § 5.

(2) Voy. par exemple Convention entre la Belgique et les Pays-Bas, du 19 octobre 1970, art. 24, § 2, 3°.

(3) « Rapport sur l'impôt des sociétés ; Rapport complémentaire sur l'impôt des sociétés », *Bull. doc. min. Fin.*, 1988, pp. 51 et suiv. ; DELAHAYE, « L'incidence sur le choix de la voie la moins imposée des projets de réforme de l'imposition des sociétés et de leurs associés », dans *L'entreprise et le choix de la voie la moins imposée en droit fiscal belge*, 1988, p. 246.

(4) M. LAGAE avait déjà formulé cette proposition, mais accompagnée de la suppression du précompte mobilier et sans modification du régime des revenus définitivement taxés (« Incitants fiscaux tendant à stimuler l'investissement de l'épargne dans les entreprises et l'économie : régime du capital à risque et des emprunts », in *Fiscalité et Stimulation de l'économie*, *Ann. dr. Louvain*, 1981, p. 297).

On aperçoit la complexité de ce système : pour calculer la taxe compensatoire due lors de la distribution d'un dividende, il faudrait déterminer l'origine du revenu distribué : revenu soumis au taux plein, au taux réduit des plus-values à long terme, etc.

Pour les revenus étrangers, le système de prévention de la double imposition (taux réduit, exemption, revenus définitivement taxés, quotité forfaitaire d'impôt étranger) serait remplacé par l'octroi d'un crédit d'impôt égal à l'impôt payé à l'étranger. Lors de la perception d'un dividende étranger par une société belge, le crédit comprendrait non seulement la retenue à la source étrangère, mais aussi l'impôt des sociétés étranger correspondant au dividende. Le crédit serait limité au montant de l'impôt belge afférent au revenu.

Le remplacement, dans le domaine international, de notre régime axé sur l'exonération par un régime d'imputation avait déjà été suggéré.

M. Colla, dans un amendement présenté lors de la discussion de la loi du 27 décembre 1984, avait proposé de remplacer l'exonération par un crédit, sans même prévoir de crédit indirect (1).

M. Willockx a formulé la même proposition (2). Le crédit serait réduit à 50 % pour les revenus issus de pays non liés à la Belgique par une convention fiscale.

Toutefois, le régime des revenus définitivement taxés serait maintenu pour les dividendes de participations étrangères nécessaires pour assurer l'approvisionnement d'une société belge ou l'écoulement de ses produits (3).

Ces propositions semblent abandonnées.

(1) Projet de loi portant des dispositions fiscales, Amendement n° 46 de M. COLLA, *ad art. 24* (art. 28 de la loi), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1984-85, n° 1010/7, pp. 2-8 ; *Id.*, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1984-1985, n° 1013/13, pp. 65-72 ; *Id.*, Amendement n° 10 de MM. DE SMEYTER et crts *ad art. 28 et 29*, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1984-1985, n° 780/10 ; *Id.*, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1984-1985, n° 780/2, pp. 78-86.

(2) Proposition de loi modifiant le Code des impôts sur les revenus en vue d'une perception plus juste, plus simple et plus efficace de l'impôt, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1986-1987, n° 992/1, art. 30, pp. 43-44.

(3) Proposition de loi modifiant le Code des impôts sur les revenus en vue d'une perception plus juste, plus simple et plus efficace de l'impôt, déposée par MM. Willockx et consorts, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1986-1987, n° 992/1, art. 20, p. 34.

SOUS-SECTION 4. — APPRÉCIATION CRITIQUE

L'évaluation critique du régime fiscal que la Belgique applique aux revenus étrangers et en particulier aux dividendes nécessite le rappel de quelques postulats simples et la fixation d'objectifs économiques.

Postulats

Un impôt est un impôt : l'impôt étranger est l'équivalent de l'impôt belge. Il ne constitue pas une charge déductible, mais la perception définitive d'une partie du revenu net.

La double imposition juridique internationale doit être évitée : le revenu d'un contribuable doit être soumis une fois à l'impôt et non deux fois.

L'impôt, quel qu'il soit, doit être perçu sur un revenu effectivement réalisé dans le temps et non selon les hasards d'exercices successifs : à cette fin, les pertes doivent être reportables.

Objectifs économiques

Traditionnellement, en aménageant sa fiscalité internationale, un pays peut poursuivre deux objectifs :

- la neutralité de l'exportation du capital et du travail : le contribuable sera imposé de façon équivalente, qu'il investisse ou travaille dans le pays ou à l'étranger ; ce résultat sera atteint s'il peut imputer sur l'impôt du pays de sa résidence l'impôt perçu dans le pays de la source du revenu (méthode de l'imputation ou du crédit d'impôt étranger) ;
- la neutralité de l'importation du capital et du travail : tous ceux qui investissent et travaillent dans un pays étranger doivent être imposés selon les règles de ce pays. Leurs revenus étrangers seront exonérés dans l'État de leur résidence (méthode de l'exonération) (1).

(1) P. MUSGRAVE, *United States taxation of foreign investment income, issues and arguments*, 1982, pp. 119-124 ; MC DANIEL et AULT, *Introduction à la fiscalité internationale américaine*, pp. 94-96 ; JACOBS, *Internationale Unternehmensbesteuerung*, 1983, pp. 29-31 ; ROMYN, *Overzicht van het internationaal belastingrecht in Nederland*, 1986, p. 56 ; SATO, « International aspects of integration of the corporate and personal income taxes », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, 1978, pp. 788-794.

La Commission des Communautés économiques européennes a marqué sa préférence pour l'exonération des revenus étrangers, notamment dans sa proposition de directive (1).

La Belgique est orientée vers la même méthode, qui tend à favoriser les capacités de concurrence et d'implantation à l'étranger des agents économiques nationaux.

Le système belge doit être examiné à deux points de vue : applique-t-il de façon cohérente la méthode choisie (logique interne) ? Y a-t-il lieu de changer de méthode et, le cas échéant, pourquoi (logique externe) ?

Un parallèle doit être établi entre les dividendes étrangers et les revenus de succursales étrangères, la filiale et la succursale constituant deux formes alternatives d'établissement à l'étranger.

Logique interne

Les traités fiscaux internationaux signés par la Belgique constituent, vu leur nombre et l'étendue des relations commerciales qu'ils couvrent, le droit fiscal international général de la Belgique, le droit interne ne conservant qu'un caractère résiduel.

Dans ses traités, la Belgique exonère les revenus tirés d'établissements stables à l'étranger, avec réserve de progressivité pour les personnes physiques, sans cette réserve pour les sociétés.

En l'absence de traité, ces revenus sont soumis à un taux réduit, à 50 % pour les personnes physiques et au quart pour les sociétés, l'impôt étranger étant en outre admis comme charge déductible.

Le régime de droit interne n'a plus d'autre justification que de donner prétendument à la Belgique une arme dans la négociation des traités.

Comme le monde entier s'accorde pour attribuer au pays de situation d'un établissement le droit de taxer ses revenus, cette arme est illusoire. Le régime du Code devrait être aligné sur celui des traités.

Vainement objecterait-on que la généralisation de l'exonération susciterait la création de succursales dans des paradis fiscaux. Cette tentation existe aussi en régime de taux réduit.

(1) BIRD, « Corporate-personal tax integration », in CNOSEN, ed., *Tax coordination in the European Community*, 1987, p. 133 ; BRYAN, « International and corporate double taxation problems in the light of European Economic Community proposals for the harmonization of company taxation », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, 1978, p. 835.

En outre, il est aussi facile de créer à l'étranger des filiales que des succursales. La prévention de l'évasion fiscale internationale doit être recherchée par d'autres voies (1).

La Belgique applique aux dividendes étrangers de participations permanentes détenues par des sociétés le même régime qu'aux dividendes belges : exclusion du revenu imposable, au titre de revenus définitivement taxés, à concurrence de 95 %.

Le législateur a donc considéré que la double imposition économique devait être évitée sur le plan international comme sur le plan interne et de la même façon, l'impôt des sociétés n'étant perçu qu'au niveau de la société distributrice.

La société mère n'est imposée que sur une quote-part du dividende censée représenter les frais liés à la participation.

Rien n'impose de traiter les dividendes étrangers comme des dividendes belges. Leur exonération de fait peut aussi être justifiée par l'égalité de traitement souhaitable entre une filiale et une succursale étrangères : si les bénéficiaires de la succursale sont exonérés, il est logique d'exonérer les dividendes de la filiale.

Dans la conception belge d'assimilation des dividendes étrangers aux dividendes nationaux, il faut remarquer que, si la double imposition économique est évitée, la double imposition juridique ne l'est plus depuis la suppression du précompte mobilier fictif de 5 % qui s'attachait à un dividende étranger de participation permanente : la retenue à la source étrangère sur dividendes est toutefois déductible dans la faible proportion où le dividende est taxable, puisque seul le dividende net est soumis au régime des revenus définitivement taxés.

Si l'on assimile, comme nous le suggérons, bénéficiaire de succursale et dividende de filiale, il est normal qu'en régime d'exonération, la retenue à la source étrangère constitue une perception définitive, au même titre que la *branch tax* appliquée dans certains pays.

Les pertes subies dans des établissements stables étrangers sont déductibles non seulement des bénéficiaires étrangers, mais aussi des bénéficiaires belges. En cas de récupération de ces pertes à l'étranger, par report déficitaire local, le revenu étranger correspondant sera taxable en Belgique pendant l'exercice de récupération, par dérogation au principe de l'exonération.

(1) L'Allemagne, qui applique par traité la méthode de l'exonération, la réserve aux succursales exerçant une activité réelle (*Aktivitätsklausel*). À défaut, la méthode interne de l'imputation demeure applicable.

Il ne serait pas illogique de refuser en Belgique l'imputation de pertes étrangères si les revenus étrangers sont exonérés.

Objectera-t-on que les déductions liées à des opérations malheureuses à l'étranger sont un stimulant nécessaire de ces opérations ? Elles peuvent alors être maintenues, mais avec une claire conscience de leur nature d'incitant et de dépense fiscale, comme les provisions pour implantations à l'étranger du droit français et du droit allemand.

Les pertes belges sont déduites des revenus étrangers exonérés au lieu d'être reportables pour réduire les revenus belges d'exercices ultérieurs. Cette anomalie devrait être supprimée.

De même, les dividendes étrangers exonérés devraient être déduits des bénéfices avant les pertes belges de l'exercice, celles-ci demeurant reportables.

L'exonération des bénéfices et dividendes étrangers est justifiée par la perception d'un impôt étranger. Le report des pertes belges reste justifié par l'absence de bénéfice dont l'imposition revient à la Belgique : en les imputant sur un bénéfice étranger, on crée une double imposition : l'impôt étranger dû sur ce bénéfice s'ajoute à l'impôt belge perçu sur le bénéfice de l'exercice ultérieur, qui aurait normalement été annulé par le report de la perte belge.

Les bonis de liquidation d'origine étrangère, qui étaient, au contraire des bonis de liquidation belges, traités comme des plus-values imposables, sont maintenant exonérés dans les mêmes limites que les dividendes. Ils ont généralement subi un impôt à l'étranger.

D'ailleurs, de nombreux traités prévoyaient leur exonération, soit en leur étendant le régime des dividendes, soit en stipulant l'exonération des revenus soumis à l'impôt dans l'État de la source, autres que les dividendes, intérêts et redevances.

Logique externe

Faut-il remplacer le système belge par un régime généralisé de crédit d'impôt — direct et indirect — que le titulaire de revenus étrangers pourrait imputer sur l'impôt étranger ? Une société percevant des dividendes étrangers imputerait non seulement la retenue à la source étrangère, mais encore l'impôt des sociétés étranger afférent au dividende (crédit indirect, *underlying foreign tax credit*).

Cette réforme représenterait un changement radical d'objectif économique, passant de la neutralité d'importation du capital à la neutralité d'exportation du capital.

Si la méthode de l'imputation généralisée est pratiquée par les pays « impériaux » (États-Unis, Royaume-Uni, Japon, Allemagne en l'absence de traités), qui modèlent largement les conditions de concurrence des opérateurs économiques mondiaux, les États plus modestes (France, Belgique, Pays-Bas, Suisse), en restant attachés à la méthode de l'exonération, reconnaissent que leurs agents économiques à l'étranger doivent, pour être concurrentiels, être imposés selon les conditions locales.

Même l'Allemagne fédérale, qui applique la méthode de l'imputation en droit interne, se rallie dans ses traités à la méthode de l'exonération.

Pour être équitable et efficace, une méthode d'imputation des impôts étrangers doit être extraordinairement complexe (1). La législation américaine en fournit le meilleur exemple. Son exégète le plus averti, Miss Elisabeth Owens (2), mérite de rejoindre les glossateurs au Panthéon juridique.

Si la méthode de l'imputation est adoptée, faut-il limiter le crédit d'impôt étranger à l'impôt national afférent au revenu étranger ?

Dans l'affirmative, faut-il préférer une limitation par pays ou une limitation globale ?

La nécessité de limiter l'imputation n'est pas évidente dans un pays qui applique des taux plus élevés que la plupart des autres nations. La limitation est en effet génératrice de complications techniques considérables.

Si une limitation est instaurée, divers arguments militent pour une limitation globale :

- elle réduit les reports de crédit et est donc simplificatrice ;
- elle respecte l'objectif de la limitation, qui est de préserver l'impôt national sur le revenu national : il est fait masse des impôts étrangers.

(1) BÜHLER, *Prinzipien des Internationalen Steuerrechts*, 1964, p. 195.

(2) OWENS, *Foreign tax credit*, 1961 ; OWENS et BALL, *The indirect credit*, 2 vol., 1975 et 1979. Pour un historique des difficultés législatives anglaises, cfr CHOWN, « Imputation systems, an overview », *Strategy in International Taxation*, vol. 4, 1988, pp. 1 et suiv.

On objectera la crainte de voir déplacer à l'étranger des éléments générateurs de revenus mobiliers soumis à un faible impôt étranger pour absorber des excédents d'impôts étrangers élevés. Le remède se trouve dans une limitation, à l'américaine, par « corbeille » de revenus, et non par pays.

Tant la limitation globale que la limitation par pays ont été en vigueur aux États-Unis. De 1969 à 1975, le contribuable pouvait choisir entre les deux méthodes. Le législateur de 1976 ne laissa subsister que la limitation globale. La limitation par pays, si elle ne permet pas de faire une moyenne entre les taux d'impôt étranger supérieurs et inférieurs au taux national, autorise la déduction du revenu national de pertes étrangères subies dans un pays, tout en permettant l'imputation future du crédit pour l'impôt que lèverait ultérieurement le pays concerné s'il n'accorde pas de report déficitaire.

Le président Reagan avait, dans ses propositions de réforme fiscale de 1985, suggéré le retour à la limitation par pays (1). Il ne fut pas suivi par le Congrès (2). Afin d'éviter les manipulations tendant à faire moyenne de taux étrangers élevés et bas, au moment même où le taux américain était substantiellement réduit et où des excédents de crédit d'impôt étranger devaient en résulter, le législateur multiplia les limitations de crédit séparées s'appliquant notamment aux revenus passifs.

En conservant un système d'exonération des dividendes étrangers, épuré de ses anomalies, la Belgique évitera de s'engager dans la voie d'une législation inutilement complexe.

(1) President REAGAN, « Tax proposals to the Congress for fairness, growth and simplicity » and accompanying message to Congress, released May 29, 1985, ch. 15.01, *BNA Daily Tax Report*, 1985, n° 104, Special Supplement, p. 5.147.

(2) General explanation of the Tax Reform Act of 1986 prepared by the Staff of the Joint Committee on Taxation, *CCH*, 1987, p. 855 ; House Report, p. 330, ed. Tax Management Portfolio, *The Tax Reform Act of 1986*, vol. I, *Legislative History*, p. 986 ; HAELTERMAN, « De Amerikaanse belastingshervorming en haar internationale gevolgen », *Biblio-dossier fiscaliteit* — 4, p. 24.

SOUS-CHAPITRE II. — REVENUS D'ASSOCIÉS DE SOCIÉTÉS DE PERSONNES

Section 1. — Droit interne

Les revenus distribués à ses associés par une société de personnes non-résidente seront, aux yeux du fisc belge, considérés tantôt comme mobiliers, tantôt comme professionnels ; l'on sait que les revenus mobiliers et les revenus professionnels connaissent des régimes fiscaux différents. Le Code définit les revenus mobiliers d'origine étrangère par renvoi aux définitions applicables aux revenus analogues d'origine belge ; la distinction entre revenus mobiliers et professionnels s'opérera dès lors en vertu des critères du droit belge et sans avoir égard aux classifications prévues par la loi nationale de la société.

Les revenus de capitaux investis par les associés seront qualifiés de mobiliers ; les revenus rétribuant l'activité des associés actifs seront qualifiés de professionnels, au titre de rémunérations. Pour la perception de l'impôt belge, les revenus, même distribués par une société étrangère, doivent en effet être qualifiés conformément au droit fiscal belge (1).

Section 2. — Droit conventionnel

§ 1^{er}. — RÉMUNÉRATIONS D'ASSOCIÉ ACTIF

En l'absence de dispositions conventionnelles expresses, les rémunérations d'associés actifs sont, comme les bénéfices de la société elle-même, rangées pour l'application des traités parmi les bénéfices d'en-

(1) LAGAE, « Personenvennootschappen en Maatschappen in het Belgisch Internationaal Belastingrecht », in *Liber Amicorum Pr. Baron J. Van Houtte*, 1975, t. 1^{er}, n° 27 ; J. et Ph. MALHERBE, « Fiscalité internationale des sociétés de personnes en Belgique », *Rev. dr. aff. intern.*, 1986, p. 437 ; DENYS, « Fiscale kwalificatie van inkomsten uit verenigingen in het Belgisch en internationaal fiscaal recht », in *Liber Amicorum E. Krings*, 1991, p. 959.

treprises nonobstant l'utilisation en droit interne du terme « rémunérations » pour les qualifier (1).

Cette rédaction conventionnelle — souvent implicite — s'explique par l'ancienne qualification de ces rémunérations en droit fiscal belge.

Les associés sont considérés comme disposant personnellement d'un établissement stable (2). Cette ancienne fiction, devenue inutile en droit interne, est toujours utilisée pour l'application des conventions.

Les rémunérations d'associés actifs ne seront considérées comme étant de source étrangère que si elles sont imputées sur les revenus d'un établissement étranger en raison de l'activité qui y est exercée par l'associé (3).

Dans ce cas, l'associé est considéré comme ayant un établissement stable à l'étranger, dans l'établissement étranger de la société. La rémunération, constituant un bénéfice attribuable à son établissement stable étranger, est exonérée d'impôt en Belgique, avec réserve de progressivité en ce qui concerne les personnes physiques (4).

Certaines conventions confirment ce régime en y apportant une restriction en cas de non-imposabilité dans l'État étranger.

Elles prévoient que l'exemption — qui s'applique pour les résidents de la Belgique à tous les éléments de revenus provenant de l'État étranger autres que les revenus mobiliers — s'applique aussi, lorsque le résident de la Belgique est une société autre qu'une société par actions, aux associés de cette société, qu'ils soient ou non résidents de la Belgique, dans la mesure où les revenus qui sont imposables dans l'État étranger en vertu de la convention sont également imposables en Belgique autrement qu'au titre de dividendes (5) en vertu de la législation belge (6).

Cette exemption ne s'applique pas aux revenus d'un résident de la Belgique, associé d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite simple, résidente de l'État étranger, lorsque ces revenus

(1) Com. Conv. 7/601.

(2) Com. Conv. 7/601.

(3) C.I.R., art. 156, 2°.

(4) Com. Conv. 7/612 et 23/143.

(5) C'est-à-dire au titre de rémunération d'associé actif.

(6) Cfr par exemple protocole à la Convention entre la Belgique et l'Allemagne du 11 avril 1967 (13), B, 1, a ; protocole à la Convention entre la Belgique et le Luxembourg du 17 septembre 1970, § 6, 2), a ; Com. Conv. 23/142 ; LAGAE, « *Personenvennootschappen en Maatschappen in het Belgisch Internationale Belastingrecht* », in *Liber Amicorum Prof. Baron J. Van Houtte*, 1975, t. I^{er}, n° 36.

ne constituent pas des revenus imposables dans ce dernier État en vertu de sa législation (1).

D'autres conventions aboutissent au même résultat en précisant que « les revenus imposables, conformément à la législation belge, au titre de bénéfices d'exploitation (2) dans le chef d'associés ou membres de sociétés et groupements de personnes sont traités comme s'ils étaient des bénéfices provenant d'une entreprise exploitée par les associés ou membres eux-mêmes pour leur propre compte » (3). L'exemption s'applique donc aux associés qui perçoivent ces revenus dès lors qu'ils sont imposables dans l'État contractant.

L'associé non-résident de la Belgique et résident d'un État contractant ne sera pas imposé en Belgique sur la rémunération que lui attribue une société de personnes belge par prélèvement sur les bénéfices d'un établissement étranger : à suivre la fiction de l'établissement de l'associé dans la société, on constatera que, comme ses revenus sont produits par un établissement stable étranger de l'associé, ils ne peuvent être imposés en Belgique parce que, même si leur bénéficiaire y dispose d'un établissement stable au siège de la société, s'il y exerce une activité, les revenus en question ne sont pas attribuables à cet établissement stable, mais à un établissement étranger.

Ce détour conventionnel peut être évité par une simple référence au droit interne : dès lors que la rémunération d'associé actif est imputée sur les résultats d'un établissement étranger, elle est exclue des revenus de source belge et immunisée (4).

§ 2. — BÉNÉFICES DISTRIBUÉS

Les bénéfices distribués tombent sous le régime applicable aux dividendes (5). De nombreuses conventions disposent expressément que le terme « dividendes » désigne également les revenus imposables au

(1) Cfr par exemple protocole à la Convention précitée entre la Belgique et l'Allemagne (13), B, 2 ; protocole à la Convention précitée entre la Belgique et le Luxembourg, § 6, 2°, b.

(2) À comprendre aujourd'hui comme visant les rémunérations d'associé actif.

(3) Cfr par exemple ancienne convention entre la Belgique et le Royaume-Uni du 29 août 1967, art. 23, 2, b, ii.

(4) C.I.R., art. 230, 3°. L'administration, dans son commentaire, se borne d'ailleurs à dire que, si les revenus sont imposables dans l'État partenaire, l'exemption s'applique aux associés qui ne sont pas résidents de la Belgique sur base du principe suivant lequel les non-résidents ne sont imposables que sur leurs seuls revenus de source belge (Com. Conv. 23/141).

(5) Com. Conv. 10/321.

titre de revenus de capitaux investis par les associés dans les sociétés autres que les sociétés par actions, résidentes de la Belgique.

Lorsqu'un taux réduit de retenue à la source est prévu en faveur de sociétés associées détenant une certaine proportion du capital de la société de personnes distributrice (1), les sociétés de personnes sont souvent exclues du bénéfice de cette disposition. Dans les relations avec le Luxembourg, les sociétés civiles, ainsi que les sociétés en nom collectif, en commandite simple et coopératives sont écartées, qu'elles soient distributrices ou bénéficiaires (2). Dans les relations avec les Pays-Bas, la société fermée est toutefois assimilée à la société par actions (3).

Pour le calcul du pourcentage de participation de l'associé, aucune convention n'assimile les avances à du capital, même si les revenus des avances sont assimilés à des dividendes. Cette pratique est contraire à la recommandation de l'OCDE (4). La Belgique a fait une réserve sur la définition des dividendes, lui permettant d'y assimiler les intérêts attribués aux associés des sociétés belges de personnes (5).

§ 3. — RÉMUNÉRATIONS DE SALARIÉ

Lorsque les rémunérations — du travail et du capital — d'un salarié devenu associé peu important de la société sont traitées, par assimilation administrative, comme des revenus du travail, la disposition conventionnelle relative aux professions dépendantes (6) s'appliquera (7) : imposition au lieu de l'exercice du travail, sauf « détachement » pour 183 jours au plus par la société belge, qui supporte la charge des rémunérations. Le travailleur résident belge sera donc imposé en Belgique ou à l'étranger selon cette distinction, avec réserve de progressivité en Belgique dans le cas de l'imposition à l'étranger.

Le travailleur non-résident ne sera imposé en Belgique que sur la partie de sa rémunération qui rémunère l'activité exercée en Belgique.

(1) Luxembourg : 25 % ou 250 millions de francs ; Pays-Bas : 25 %.

(2) Convention entre la Belgique et le Luxembourg du 17 septembre 1970, art. 10, § 2.

(3) *Besloten vennootschap*. Pays-Bas, Com. Conv. 10/222.15.

(4) Comm. OCDE, art. 10.15, *d*.

(5) Comm. OCDE, art. 10.78.

(6) Convention OCDE, art. 15.

(7) Com. Conv. 7/613.

Dans la mesure où même la partie de la rémunération qui constitue un revenu du capital investi est traitée comme un revenu de salarié, ce régime, qui est contraire à la loi, nous paraît aussi contraire aux conventions internationales. L'associé, résident ou non-résident, pourrait revendiquer l'application à cette fraction du revenu du régime des dividendes.

§ 4. — CONVENTION FRANCO-BELGE

La convention franco-belge du 10 mars 1964 déroge au régime usuel des conventions conclues par la Belgique.

Les participations aux bénéfices commerciaux d'une société en nom collectif et la participation d'un commandité dans les bénéfices d'une société en commandite simple ne sont imposables que dans l'État où l'entreprise possède un établissement stable, proportionnellement à l'importance des droits de l'associé dans les bénéfices de l'établissement (1).

Les rémunérations des gérants de sociétés coopératives et de sociétés privées à responsabilité limitée ne sont imposables que dans l'État dont la société est résidente.

La Commission mixte prévue par la convention avait dégagé une interprétation relative à l'imposition des revenus d'associés de sociétés de personnes (2). À la suite des modifications législatives belges qui ont notamment assimilé les attributions aux associés actifs à des rémunérations déductibles, cette interprétation a été supprimée des directives administratives dans l'attente d'une nouvelle concertation (3).

En attendant cette concertation, les rémunérations d'associés actifs ne sont exonérées que si elles sont imputées sur les résultats d'un établissement étranger (4).

Les bénéfices distribués par une société privée à responsabilité limitée ou une société coopérative belge tombent sous le régime des dividendes (5).

(1) Convention entre la Belgique et la France du 10 mars 1964, art. 4.

(2) Instruction concernant l'application de la Convention franco-belge du 10 mars 1964, Circ. 920, 3^e *addendum* du 10 octobre 1968, n^{os} 25 à 29, *Bull. contr.*, 1968, n^o 457, pp. 1683-1689.

(3) Com. Conv. 7/631, 10/332 et 23/152.

(4) Com. Conv. 23/152 et 23/143.

(5) Com. Conv. 10/333.

À suivre le texte de la convention, éclairé par l'ancienne interprétation administrative, il faut distinguer deux groupes de sociétés. Dans les sociétés en nom collectif, et, à l'égard des commandités, dans les sociétés en commandite simple, tous les revenus attribués aux associés, qu'il s'agisse de rémunérations d'associé actif ou de dividendes, sont imposables exclusivement en Belgique ou en France selon qu'ils proviennent des bénéfices du siège belge ou d'un établissement stable français. La Belgique perd le droit de percevoir à charge des résidents français une retenue à la source sur les dividendes prélevés sur les résultats français et d'imposer ses résidents sur de tels revenus.

Dans le cas de la société privée à responsabilité limitée, de la coopérative et, à l'égard des commanditaires, de la société en commandite simple, les distributions suivent, comme en droit commun, le régime des dividendes, qu'ils proviennent de bénéfices belges ou français.

En revanche, les rémunérations d'associé actif, qui sont normalement exonérées en Belgique si elles sont à charge d'un établissement étranger, pourraient conventionnellement y être imposées si l'associé est gérant d'une société privée à responsabilité limitée ou d'une coopérative belge. La fiction selon laquelle l'associé actif dispose d'un établissement dans l'établissement étranger de la société imposerait l'exonération du résident belge sur base de l'article 5.1 de la convention applicable aux bénéfices commerciaux, si l'article 9 n'attribuait à la Belgique le droit exclusif de les imposer. Dès lors, ne bénéficient-ils que de la réduction à la moitié de l'impôt des personnes physiques et au quart de l'impôt des sociétés ? La question n'est pas résolue. L'interprétation ancienne imposerait l'exonération (1).

Toutefois, si l'associé actif est résident français, l'article 230, 3°, du Code, en précisant que son revenu imputé sur les résultats de l'établissement étranger est de source étrangère et donc exonéré, empêche la Belgique d'exercer le droit d'imposition que lui reconnaît la convention.

(1) Instruction concernant l'application de la Convention franco-belge du 10 mars 1964, Circ. 920, 3° *addendum* du 10 octobre 1968, n° 27, *Bull. contr.*, 1968, n° 457, p. 1687.

SOUS-CHAPITRE III. — DISTRIBUTIONS DE LIQUIDATION ET ASSIMILÉES

Section 1. — Personnes physiques

§ 1^{er}. — ACTIONS OU PARTS RATTACHÉES AU PATRIMOINE PRIVÉ

Le boni de liquidation versé à l'associé personne physique, investisseur privé, ne sera plus soumis, en l'absence de précompte mobilier, à aucune imposition.

Si l'on considère que le boni de liquidation n'est pas repris dans la liste des revenus mobiliers imposables de l'article 17, il ne doit pas être déclaré à défaut de texte.

Si on l'assimile à un revenu mobilier, il est, au titre de dividende, exempté de déclaration par l'article 313 du Code (exemption devenue explicite dans la loi du 28 juillet 1992).

Les bonis de liquidation provenant de sociétés étrangères sont expressément exclus de la catégorie des revenus mobiliers (1).

§ 2. — ACTIONS OU PARTS AFFECTÉES À L'EXERCICE DE L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE

La plus-value de liquidation perçue par la personne physique qui détient les parts à titre professionnel est imposable, soit au titre de revenus professionnels en général, soit, si on l'assimile à un dividende, au titre de revenus mobiliers assimilés aux revenus professionnels par l'article 37, alinéa 1^{er}, du Code.

L'imputation d'un crédit d'impôt ou, pour les revenus d'actions étrangères, d'une quotité forfaitaire d'impôt étranger ayant été supprimée par la loi du 23 octobre 1991, la plus-value de liquidation sera imposable au taux plein comme le serait d'ailleurs un dividende perçu par un tel contribuable. La double imposition économique n'est pas atténuée dans ce cas, considéré comme exceptionnel depuis que les agents de change, seuls professionnels détenant habituellement des

(1) C.I.R., art. 21, 2^o.

actions, sont tenus d'exercer leur activité à l'intervention de sociétés de bourse (1).

Ces contribuables pourront déduire les moins-values qu'ils subiraient si la répartition reçue était inférieure à la valeur d'acquisition ou de revient de leurs parts.

Section 2. — Sociétés

§ 1^{er}. — RÉGIME ACTUEL

Les excédents perçus en cas de partage d'avoir social ou de rachat d'actions propres sont les plus-values qu'une société peut réaliser sur les actions ou parts qu'elle détient dans une autre société belge dans l'une des hypothèses suivantes :

- achat, par cette dernière société, de ses propres actions (2) ;
- « partage » partiel ou, en cas de liquidation, total de l'avoir social de cette société (3) ;
- échange des parts contre d'autres par suite d'une fusion, absorption, scission de cette société ou réunion de toutes ses actions en une seule main, lorsque cette opération n'a pas elle-même fait l'objet d'une exemption d'impôt sur base de l'article 211 (4) (cfr *infra*).

Dans ces différentes hypothèses, l'on aurait pu théoriquement concevoir que le revenu de l'actionnaire soit considéré comme une plus-value et non comme un dividende.

Le boni de liquidation ou l'excédent du même type sera, dans le chef de la société qui le recueille, traité comme un dividende.

Les modalités d'application de cette exonération sont semblables à celles des revenus définitivement taxés, hormis la particularité suivante. Le montant à exonérer à concurrence de 95 % se calcule comme la différence entre :

- a) soit le prix de rachat des actions par la société émettrice, soit les sommes obtenues en remboursement des actions ou parts lors du par-

(1) Projet de loi transposant en droit belge la directive du Conseil des Communautés européennes du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1991-1992, n° 1784/1, p. 11.

(2) C.I.R., art. 186.

(3) C.I.R., art. 187 et 209.

(4) C.I.R., art. 210.

tage total ou partiel de l'avoir social de la société émettrice, soit la valeur des actions ou parts reçues en échange ensuite de la fusion, de l'absorption ou de la scission

et

b) la valeur d'investissement ou de revient des actions ou parts rachetées, remboursées ou échangées par la société qui les avait émises. Cette valeur d'investissement ou de revient est éventuellement majorée des plus-values qui y sont afférentes et qui ont été taxées antérieurement.

Pour une société bénéficiaire d'une répartition de liquidation, la plus-value de liquidation, c'est-à-dire l'excédent des sommes obtenues sur la valeur d'investissement ou de revient des actions ou parts, est traitée comme un revenu définitivement taxé et déduite des bénéfices imposables à concurrence de 95 % de son montant (1).

Aucune condition de durée de détention des parts n'est prescrite.

La déduction sera refusée dans les mêmes cas que la déduction des revenus définitivement taxés applicable aux dividendes.

Sous ces réserves, elle s'applique aux bonis de liquidation distribués par des sociétés étrangères, dès lors qu'une disposition de droit étranger analogue à l'article 209 s'applique : il faut sans doute entendre par là une disposition assimilant la répartition de liquidation à un bénéfice distribué au sens large, c'est-à-dire à un revenu de l'associé, dividende ou plus-value. L'article 209 doit donc se lire dans le sens qu'il n'a pas en droit belge, où il ne concerne que la société distributrice. Dans cette acception, sa transposition en droit étranger n'aurait aucun sens si le pays étranger n'applique pas la technique belge de détermination de l'assiette de l'impôt.

À l'opposé des moins-values sur actions et parts qui ne sont pas déductibles dès lors que les plus-values sur les mêmes biens ne sont pas imposables, les moins-values actées à l'occasion du partage total de l'avoir social d'une société restent déductibles à concurrence du capital social réellement libéré représenté par les actions ou parts détenues (2).

Dès lors, en cas de rachat par une société de ses propres actions, la moins-value réalisée par la société actionnaire ne sera pas déductible.

(1) C.I.R., art. 202, 2°, et 204, al. 2.

(2) C.I.R., art. 198, 7°.

Par contre, il nous semble qu'étant donné que la fusion est toujours considérée au niveau fiscal comme un partage de l'avoir social au sens de l'article 210 du Code des impôts sur les revenus, la perte de fusion devrait être déductible dans les limites de l'article 198, 7°, du même Code (1).

Si la société qui a souscrit le capital de la société dissoute reçoit une répartition inférieure à ce capital, elle déduira la moins-value.

Si la société qui a acheté les parts de la société dissoute reçoit une répartition inférieure à son prix d'acquisition, elle ne pourra déduire la moins-value qu'à concurrence du capital de la société dissoute représenté par les parts acquises.

Cette thèse n'est pas suivie par l'administration, qui considère que seule la partie de la moins-value correspondant à la perte de capital libéré peut être déduite (2).

Toutefois, il nous semble que le texte fiscal est clair : la loi ne dit pas que seule la perte en capital est déductible, mais que la moins-value n'est déductible qu'à concurrence du capital libéré représenté par ces actions.

Cette opinion est partagée par certains auteurs (3).

Pour ne pas défavoriser les sociétés qui, conformément à la loi comptable, ont acté des réductions de valeur antérieurement non admises, l'administration admet que lors du partage total de l'avoir social, ces réductions de valeur soient ajoutées à la situation du début des réserves, dans la mesure où elles correspondent à une perte de capital libéré (4).

§ 2. — HISTORIQUE

A. Droit interne

Avant 1989, les répartitions de liquidation et les plus-values recueillies lors du rachat par une société étrangère de ses propres actions n'étaient pas considérées comme des dividendes pour l'imposition en Belgique, même si ces revenus avaient subi à l'étranger une taxation

(1) Voy. en ce sens, BLOCKERYE, *Réorganisations de sociétés anonymes belges*, 1994, p. 280.

(2) *Bull. Q.R.*, Ch. repr., 1993-1994, n° 87, p. 8367.

(3) Voy. not. BLOCKERYE, *op. cit.*, p. 283, qui exclut toutefois de la déduction, lors de fusions immunisées, les actionnaires autres que la société absorbante, dans l'hypothèse où l'article 45 du Code s'appliquerait à une plus-value qu'ils réaliseraient.

(4) Circ. n° C.I.R. H 421/419.105 du 27 septembre 1993.

similaire à l'impôt perçu en Belgique et y étaient traités fiscalement comme des dividendes.

Ces revenus n'étaient donc pas exonérés de l'impôt des sociétés, mais étaient imposables suivant le régime applicable en droit commun aux plus-values (1). Les plus-values étaient considérées comme réalisées en Belgique, sauf si la participation qui les produisait était investie dans un établissement étranger de la société (2).

Ce régime défavorisait les distributions de liquidation d'origine étrangère par rapport à celles de sociétés belges. Du point de vue belge, il était plus avantageux de distribuer les réserves d'une filiale étrangère, avant sa liquidation, sous forme de dividendes.

B. Droit conventionnel

En cas d'application d'une convention, les répartitions de liquidation et les distributions analogues en cas de rachat d'actions ou de retrait d'un associé restaient imposables en Belgique dans le chef de la société bénéficiaire suivant les règles applicables aux plus-values, même si l'État partenaire considérait les revenus comme des dividendes donnant droit à la limitation de l'impôt à la source.

Toutefois, l'administration belge visait le formulaire qui, pour l'obtention à l'étranger de la réduction de l'impôt à la source, désignait ces revenus comme des dividendes (3).

Certaines conventions (Luxembourg, Norvège, Suède) assimilent, pour l'application conventionnelle de l'exemption d'impôt des distributions faites par une société à une autre, les répartitions de liquidation à des dividendes. L'exemption est accordée dans la mesure où elle le serait si les deux sociétés étaient résidentes de la Belgique. Il semble donc qu'il y avait renvoi au régime ancien des revenus mobiliers exonérés, en ce compris l'application du précompte mobilier fictif, et non à celui des revenus définitivement taxés.

L'administration admettait que la société belge optât pour le droit commun lorsque l'exemption qu'il assurait ou l'imposition au taux des plus-values étaient plus avantageuses que le régime conventionnel (4).

(1) ZONDERVAN, *Les impôts sur les revenus et l'extranéité*, p. 229 ; Com. I.R., 34/43.

(2) Com. I.R., 128/4 ; Arg. Com. I.R. 110/50 ; cfr discussion dans ZONDERVAN, *ibid.*

(3) Com. Conv. 10/313.

(4) Com. Conv. 23/175, al. 1.

Dans les relations conventionnelles avec d'autres pays, il fallait tenir compte de la disposition préventive de la double imposition selon laquelle les revenus — autres que les dividendes, intérêts et redevances — imposables dans l'État contractant, étaient exemptés d'impôt en Belgique. Certaines conventions exigent que le revenu ait été effectivement imposé dans l'État contractant.

Les bonis de liquidation en provenance de ces pays étaient donc, dès que ces conditions étaient remplies, exemptés d'impôt en Belgique (1).

En revanche, les produits de liquidation d'origine étrangère ne donnaient jamais droit à l'application de la quotité forfaitaire d'impôt étranger (2).

(1) DEFOORT, Rapport belge, XLI^e Congrès international de droit financier et fiscal, Bruxelles, 1987, « Régime de liquidation des sociétés », *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXII b, p. 217 ; comp. Com. Conv. 23/113, dern. al.

(2) DEFOORT, *ibid.*, p. 217.

CHAPITRE II. — INTÉRÊTS ET REDEVANCES

Section 1. — La quotité forfaitaire d'impôt étranger : régime actuel

Pour remédier à la double imposition internationale des revenus mobiliers et des revenus divers assimilés aux revenus mobiliers, la loi belge permet, depuis la réforme fiscale de 1962, l'imputation sur l'impôt belge d'une quotité forfaitaire de l'impôt étranger (QFIE), fixée à l'époque à 15 % du montant net recueilli, après déduction de l'impôt étranger (1).

Actuellement la quotité forfaitaire d'impôt étranger imputable est fixée à 15/85 du montant net recueilli, après déduction de l'impôt étranger (2).

Seuls les revenus qui ont été soumis à l'étranger à un impôt analogue à l'impôt des personnes physiques, à l'impôt des sociétés ou à l'impôt des non-résidents bénéficient de ce régime lorsque les capitaux et biens sont affectés à l'exercice d'une activité professionnelle. Généralement, ces revenus auront été soumis à une retenue à la source étrangère. La preuve de l'imposition doit être fournie (3).

Le forfait imputable était toujours de 15/85 du revenu net de retenue étrangère, quel que soit le taux de cette retenue, inférieur ou supérieur à l'avantage fiscal retiré en Belgique de l'imputation. Pour une retenue étrangère de 15 %, cet avantage est de $85 \times 15/85 = 15 \%$ de revenu brut.

Depuis l'exercice d'imposition 1992, cette quotité n'est plus, en ce qui concerne les intérêts, forfaitaire, c'est-à-dire indépendante du montant réel de la retenue à la source étrangère. Pour les seuls intérêts, la quotité déductible est égale à la fraction :

(1) C.I.R. ancien, art. 187 et 195 ; cfr L. HINNEKENS, « Les prêts internationaux et la QFIE », *R.G.F.*, 1986, pp. 8 et 59 ; ASSOCIATION BELGE DES BANQUES, *Le régime fiscal des intérêts récoltés à l'étranger, La quotité forfaitaire d'impôt étranger, Aspects et documents*, 65, 1987.

(2) C.I.R., art. 285 à 289.

(3) Com. I.R., 186/30.

$$\frac{\text{impôt étranger en \% du revenu}}{100 - \text{impôt étranger en \% du revenu}}$$

avec un maximum de 15 %.

Si l'impôt étranger est de 10 %, la quotité est de :

$$\frac{10}{90}$$

Depuis la loi du 22 juillet 1993, la quotité forfaitaire d'impôt étranger n'est toutefois imputable sur l'impôt d'une société qu'après déduction de la quote-part des charges financières globales qui grève le revenu étranger donnant droit à l'imputation (1).

À cette fin, la quotité obtenue par l'application de la première fraction est multipliée par une seconde fraction.

Le numérateur de cette dernière est la différence entre, d'une part, le total des revenus diminués des plus-values et, d'autre part, les charges financières, définies comme le montant total des revenus mobiliers payés par la société, à l'exclusion des dividendes.

Le dénominateur de la fraction est le revenu total diminué des plus-values.

Ce coefficient peut être obtenu à l'aide de la formule suivante :

$$\frac{[A + (B - C)] - [D - E]}{A + (B - C)} > 0$$

A = le montant total des revenus de biens immobiliers et de capitaux et biens mobiliers de la période imposable,

B = le montant brut total des revenus professionnels,

C = les plus-values réalisées ou non,

D = le montant total des revenus de capitaux et biens mobiliers que la société a supportés, à titre des frais, pendant la période imposable,

E = le montant des dividendes distribués.

La QFIE, comme jadis le crédit d'impôt, est ajoutée au revenu imposable.

L'imputation n'est pas limitée à l'impôt belge correspondant au revenu étranger concerné.

La quotité forfaitaire n'est pas remboursable, mais elle s'impute avant les précomptes remboursables.

(1) C.I.R., art. 287.

La QFIE n'est pas accordée lorsque les revenus mobiliers perçus bénéficient d'un autre régime d'allègement de la double imposition : les revenus de sommes investies dans un établissement étranger sont soumis à un taux réduit à la moitié pour l'impôt des personnes physiques et au quart pour l'impôt des sociétés et sont même exonérés par les conventions internationales, avec réserve de progressivité pour les personnes physiques.

Les traités signés par la Belgique confirment sans plus que la double imposition est évitée pour les revenus mobiliers soit par l'imputation de la quotité forfaitaire d'impôt étranger, soit par la déduction des revenus définitivement taxés.

La loi peut-elle dès lors, lorsqu'un traité s'applique, limiter l'imputation de la quotité forfaitaire d'impôt étranger ?

« *Channeling* »

Le prêteur belge qui se finance à l'étranger ne soumet à l'impôt belge que la marge entre l'intérêt perçu et l'intérêt payé, tandis qu'il impute un pourcentage de l'intérêt perçu. D'où la tentation de « canaliser » par la Belgique des prêts internationaux pour utiliser les caractéristiques du système belge (1).

La loi du 27 décembre 1984 a restreint l'application de la quotité forfaitaire d'impôt étranger de façon à éviter qu'un créancier belge serve de simple conduit entre un créancier étranger et un débiteur étranger (*channeling*). Le créancier belge se contente d'une faible rémunération. Il peut non seulement payer au créancier étranger un intérêt pratiquement égal à l'intérêt net payé par le débiteur étranger, mais encore rétrocéder au créancier étranger une partie de l'avantage fiscal que représente l'imputation, sur l'impôt afférent à tous ses revenus, de la quotité forfaitaire d'impôt étranger.

De telles opérations passeront généralement par l'intermédiaire d'une banque belge, au bénéfice d'une banque étrangère, agissant elle-même le cas échéant pour un créancier étranger. Or, il est renoncé à la perception du précompte mobilier sur les intérêts de créances et prêts alloués par des banques établies en Belgique à des banques établies à l'étranger (2).

(1) Voy. DEFRAITEUR, « Du bon usage de la quotité forfaitaire d'impôt étranger », in *Réflexions offertes à Paul Sibille*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 389.

(2) A.R.-I.R., art. 107, § 2, 5^o, a.

L'avantage peut être accru par un traité signé entre la Belgique et le pays du débiteur et prévoyant le *tax sparing* dans des conditions n'existant pas entre le pays du débiteur et le pays du créancier originaire.

L'imputation de la QFIE sera refusée, pour les intérêts constituant des revenus professionnels, lorsque le créancier belge, bien qu'ayant contracté en nom propre, a agi en réalité pour compte de tiers qui lui ont fourni les fonds nécessaires au financement de l'opération et en assument les risques en tout ou en partie (1).

La compréhension du régime de la quotité forfaitaire d'impôt étranger nécessite un rappel historique, qui révèle les contradictions du régime actuel de droit interne avec les conventions.

Section 2. — Historique

§ 1^{er}. — RÉGIME INITIAL

Le forfait imputable était initialement de 15 % du revenu net de retenue étrangère, quel que soit le taux de cette retenue, inférieur ou supérieur à l'avantage fiscal retiré en Belgique de l'imputation. Pour une retenue étrangère de 15 %, cet avantage était de $85 \times 15 \% = 12,75 \%$ du revenu brut, auquel s'ajoutait l'impôt correspondant à la déduction accordée pour l'impôt étranger, soit, au taux général de l'impôt des sociétés de 45 % à l'époque : $15 \times 45 \% = 6,75 \%$.

L'avantage fiscal total était de 19,50 %.

L'imputation n'était pas limitée à l'impôt belge correspondant au revenu étranger concerné : elle se pratiquait sur l'impôt belge des personnes physiques proportionnellement afférent aux revenus mobiliers s'il s'agissait de revenus privés, aux revenus professionnels si les revenus mobiliers étaient de nature professionnelle (2). En ce qui concerne l'impôt des sociétés ou l'impôt des non-résidents applicable aux sociétés, l'imputation n'avait pas de limite (3).

La quotité forfaitaire n'est pas remboursable, mais elle s'impute avant les précomptes, remboursables (4).

(1) C.I.R., art. 289, 2°.

(2) C.I.R. ancien, art. 197.

(3) C.I.R. ancien, art. 198.

(4) « Préalablement » (C.I.R. ancien, art. 187).

Son imputation n'était pas accordée lorsque les revenus mobiliers perçus bénéficiaient d'un autre régime d'allègement de la double imposition (1) :

- les revenus de capitaux mobiliers investis dans un établissement étranger sont soumis à un taux réduit à la moitié pour l'impôt des personnes physiques et au quart pour l'impôt des sociétés et sont exonérés par les conventions internationales, avec réserve de progressivité pour les personnes physiques ;
- les dividendes de sociétés par actions et les revenus de capitaux investis dans les sociétés de personnes étaient susceptibles d'être déduits des bénéfices de la société qui les reçoit, à concurrence de 85 ou 90 %, au titre de revenus définitivement taxés, à la seule condition que la participation correspondante ait été détenue pendant tout l'exercice comptable.

§ 2. — CONVENTIONS FISCALES INTERNATIONALES CONCLUES PAR LA BELGIQUE

Il y a lieu d'étudier la compatibilité des modifications législatives affectant la QFIE relative aux intérêts étrangers avec les conventions fiscales internationales conclues par la Belgique (2).

Seule la convention fiscale belgo-américaine contient une disposition, réciproque, selon laquelle un État contractant peut imposer ses résidents comme si la Convention n'existait pas (*saving clause*) (3). Elle ne s'applique toutefois pas aux dispositions préventives de la double imposition.

Les conventions fiscales conclues par la Belgique peuvent, selon les modalités de prévention de la double imposition applicables aux intérêts perçus par des résidents belges, être classées en groupes.

(1) C.I.R. ancien, art. 196.

(2) J. MALHERBE, « Traités fiscaux et droit interne : l'exemple des revenus mobiliers et des rémunérations d'associés actifs », *J.D.F.*, 1992, p. 21 ; L. HINNEKENS, « Les prêts internationaux et la Q.F.I.E. », *R.G.F.*, 1986, p. 61 ; BUELINCKX, « Conventions préventives de la double imposition internationale et imposition des dividendes et intérêts encaissés par une société soumise en Belgique à l'impôt des sociétés », *J.D.F.*, 1991, p. 129.

(3) Art. 23.1.

Une première série de conventions stipule l'imputation de la QFIE prévue par la législation belge, dans les conditions et au taux prévus par cette législation (1).

Un second groupe de conventions prévoit l'imputation sur l'impôt afférent au montant net des revenus provenant de l'État cocontractant de la QFIE prévue par la législation belge en vigueur à la date de la convention, compte tenu de toute modification ultérieure n'en affectant pas le principe (2).

Un troisième groupe de conventions accorde sur l'impôt dû sur les revenus imposés dans l'autre État contractant une imputation égale ou égale au minimum à un pourcentage (15 %, parfois 20 %) du montant des revenus qui est compris dans la base imposable au nom du résident (3) ou, parfois, du revenu net de retenue à la source étrangère.

Un quatrième groupe de conventions prévoit l'imputation de la QFIE déterminée dans les conditions et au taux prévus par la législation belge, le taux de cette quotité ne pouvant être inférieur au taux de l'impôt perçu conformément à la convention dans les pays partenaires sur les revenus visés (4).

Un cinquième groupe comprend les traités prévoyant un *tax sparing*, parfois sous forme de l'imputation d'un pourcentage fixe du revenu, arrêté à 15 ou 20 % (5).

(1) Allemagne, Autriche, Bulgarie, Canada, Danemark, Finlande, Grande-Bretagne (nouvelle convention du 1^{er} juin 1987), Grèce, Luxembourg, Malte, Maroc, Nouvelle-Zélande, Norvège, Pakistan, Pays-Bas, Pologne, Roumanie, Sri Lanka, Suède (traité dénoncé et nouvelle convention), Suisse, Thaïlande, ex-Tchécoslovaquie, URSS, Yougoslavie.

(2) États-Unis, Grande-Bretagne (ancienne convention), Irlande, Japon.

(3) 1°) Sur le montant imposable : 15 % : Brésil (en cas de réduction de la retenue à la source à moins de 14 %, disposition actuellement non applicable), Côte — d'Ivoire, Inde, Indonésie, Israël, Italie (ancienne convention), Philippines, Singapour, Tunisie ; 20 % : Brésil, Malaisie, Philippines (entreprises enregistrées) ; 2°) sur le montant net : 15 % : Chine, France.

(4) Australie (10 %), Espagne, Hongrie, Italie (nouvelle convention du 29 avril 1983), Portugal (15 %).

(5) 1°) 20 % : Brésil, en cas d'exemption temporaire actuellement non applicable, Corée (interprétation administrative), Inde, Indonésie, Malaisie (imputation prévue par la Convention hors le cas de *tax sparing*), Philippines (entreprises enregistrées) (interprétation administrative, imputation prévue par la Convention hors le cas de *tax sparing*) ; 2°) 5 % : Brésil, en cas d'exemption générale (actuellement non applicable) ; imputation prévue par la convention : Chine, Espagne, Grèce, Malte, Maroc, Pakistan, Philippines (interprétation administrative), Portugal, Singapour.

§ 3. — MODIFICATIONS
DU DROIT INTERNE BELGE

A. Suppression de l'imputation de la QFIE pour les personnes physiques n'ayant pas affecté les biens productifs de revenus mobiliers à leur activité professionnelle

La loi du 28 décembre 1983 a rendu, sous réserve d'une cotisation spéciale applicable à partir de certains seuils de revenus, le précompte mobilier libératoire pour les titulaires de revenus mobiliers de nature privée.

Le contribuable a été dispensé de déclarer à l'impôt des personnes physiques ses revenus mobiliers belges et les revenus mobiliers étrangers encaissés ou recueillis à l'intervention d'un intermédiaire belge, tenu de retenir le précompte mobilier, porté d'ailleurs de 20 à 25 % (1).

Le contribuable conservait la faculté de déclarer ces revenus. Il pouvait y avoir avantage, les intérêts de dettes contractées pour acquérir ou conserver un revenu immobilier ou mobilier étant à l'époque déductibles de l'ensemble des revenus nets des différentes catégories.

Si l'imposition globale était favorable au contribuable, elle était appliquée. À défaut, l'impôt, même en cas de déclaration, était égal au précompte mobilier augmenté, pour les revenus y donnant droit, du crédit d'impôt attaché aux dividendes belges ou de la quotité forfaitaire d'impôt étranger (2).

Ce premier texte refusait donc aux bénéficiaires de revenus mobiliers étrangers l'imputation de la QFIE sur le précompte mobilier belge tenant lieu d'impôt des personnes physiques.

Si un revenu étranger était encaissé directement à l'étranger et n'était donc pas soumis au précompte mobilier belge, il devait être déclaré à l'impôt des personnes physiques et subissait l'imposition globale si elle était favorable et, dans le cas contraire, une imposition distincte au taux de 25 % (3).

(1) C.I.R. ancien, art. 220*bis*.

(2) C.I.R. ancien, art. 93, § 1^{er}, 5°.

(3) C.I.R. ancien, art. 93, § 1^{er}, 1° *bis*, *d*.

En l'absence d'exclusion expresse, les commentateurs considéraient que la QFIE pouvait dans ce cas être imputée sur l'imposition distincte (1).

La loi du 27 décembre 1984 supprima rétroactivement cette possibilité. Applicable, comme la loi du 28 décembre 1983, à partir de l'exercice fiscal (année 1984), elle exclut l'imputation de la QFIE en cas d'imposition distincte du revenu mobilier étranger (2).

La suppression de l'imputation de la QFIE paraît contraire à tous les types de conventions fiscales internationales analysées ci-dessus. Même si l'on applique l'interprétation évolutive des traités et si la convention se borne à prévoir l'imputation de la quotité forfaitaire d'impôt étranger prévue par la législation belge, le législateur ne peut purement et simplement supprimer le mécanisme préventif de la double imposition (3). Il en est ainsi même si la convention est entrée en vigueur postérieurement à la loi, puisqu'elle crée une norme supérieure à celle-ci, d'où résulte l'obligation de prévenir la double imposition.

Le ministre des Finances a justifié sa position en avançant que la qualité de résident entraîne généralement une obligation fiscale illimitée dans l'État de résidence. Dès lors, la prévention de la double imposition par imputation de l'impôt étranger ne serait pas requise si l'État de la résidence se borne à une imposition limitée du revenu (4).

Cette réponse, qui n'exclut d'ailleurs pas la possibilité de contestations, ne peut convaincre. Le droit d'imputation de la convention ne peut être exclu par la circonstance que l'impôt est limité à 25 %, somme à laquelle s'ajoutait d'ailleurs à l'époque une cotisation spéciale portant l'impôt à un taux comparable aux taux d'impôt généralement pratiqués.

(1) *Fiscal. intern.*, 84.06.035.

(2) C.I.R. ancien, art. 187, al. 1^{er}.

(3) *Fiscal. intern.*, 84.12.074 ; J. MALHERBE, « Modifications du régime des revenus mobiliers étrangers par la loi du 27 décembre 1984 », dans *Obstacles et stimulants fiscaux et sociaux à l'investissement et à l'emploi*, Louvain-la-Neuve, 1985, Col. 2, XVII, p. 27 ; GEUBEL, « La réforme et les revenus mobiliers », dans *La réforme fiscale de 1988*, X. PARENT, éd., 1989, pp. 90-91 ; KLEYNEN, « Les revenus de titres à revenus fixes, prêts et dépôts depuis la réduction du précompte mobilier à 10 % », dans *Le régime fiscal des sociétés en Belgique depuis les lois des 7 décembre 1988, 22 décembre 1989 et 22 février 1990*, 1990, pp. 53-54.

(4) *Bull. Q.R.*, Ch. repr., sess. ord. 1984-85, question du 19 avril 1985 (M. Colla), p. 3016, *Bull. contr.*, 1985, p. 2766.

La loi du 7 décembre 1988 a parachevé l'œuvre législative : elle a exclu en toutes hypothèses, même celle d'une globalisation, l'imputation de la QFIE pour les créanciers qui n'ont pas affecté à leur activité professionnelle les biens productifs de revenus mobiliers (1).

Il est vrai qu'elle avait supprimé la possibilité de déduire les intérêts de dettes contractées pour acquérir ou conserver des revenus mobiliers (2).

B. Refus d'imputation de la QFIE en cas de *channeling*

La loi du 27 décembre 1984, déjà citée, écarte l'imputation de la QFIE par un créancier agissant à titre professionnel si, bien qu'effectuant l'opération en son nom propre, il agit en réalité pour compte de tiers qui lui ont fourni les fonds nécessaires et assument les risques de l'opération en tout ou en partie (3).

Les conventions internationales ne sont pas violées si la loi interne déjoue une simulation. Peut-être ne le seraient-elles pas si elles réservaient l'imputation, comme la réduction du taux de retenue à la source, aux créanciers qui sont les « bénéficiaires effectifs » du revenu. Tel n'est en général pas le cas des conventions conclues par la Belgique.

En refusant au titulaire contractuel d'un revenu étranger l'imputation de la QFIE, la loi belge se heurterait à tous les types de conventions analysées ci-dessus (4).

Certaines conventions soumettent l'octroi d'une réduction d'impôt à la source ou d'un crédit d'impôt dans l'État de résidence à la condition que l'actif générateur de revenu ait été acquis pour des motifs commerciaux de bonne foi et non pour tirer avantage du traité (5). Cette clause ne se retrouve pas dans les conventions conclues par la Belgique.

(1) Art. 28, al. 2.

(2) Art. 35, § 1^{er}, 13^o abrogeant les art. 71, § 1^{er}, 1^o et 2^o du C.I.R. ancien.

(3) C.I.R. ancien, art. 187, al. 2.

(4) Comp. *Fiscal. intern.* 84.12.074 ; *contra*, HINNEKENS, « Les prêts internationaux et la QFIE », *R.G.F.*, 1986, p. 62.

(5) Cfr exemple dans GEST et TIXIER, *Droit fiscal international*, 2^e éd., 1990, p. 545.

C. Brutage de la QFIE

La loi belge accordait en fait au bénéficiaire de revenus mobiliers étrangers une déduction et une imputation au titre de l'impôt étranger.

En effet, le montant net des revenus mobiliers était défini comme le montant encaissé ou recueilli, avant déduction des frais d'encaissement et de garde et des précomptes mobiliers (1). Le revenu imposable était donc le revenu encaissé après déduction de la retenue à la source étrangère.

La QFIE était fixée à 15 % « du montant des revenus recueillis, avant déduction du précompte mobilier » (2).

La loi du 7 décembre 1988 a voulu mettre fin à cette anomalie. Au lieu de prévoir d'emblée l'inclusion dans l'assiette de l'impôt de la retenue à la source réellement perçue à l'étranger et l'imputation de cette retenue, elle a augmenté le taux de la QFIE, le portant de 15/100 à 15/85, mais a prévu que le revenu net de capitaux mobiliers s'entendait comme comprenant non seulement le précompte mobilier, mais aussi la QFIE (3).

Ce *grossing up* d'un genre particulier est-il contraire aux conventions internationales conclues par la Belgique ?

L'administration estime qu'il modifie les modalités de détermination de l'assiette de l'impôt sans heurter les dispositions conventionnelles (4).

Conformément à une interprétation évolutive des traités, le législateur peut modifier les notions et mécanismes de droit interne visés par le traité.

Le brutage de la QFIE ne serait donc pas contraire aux conventions du premier groupe, renvoyant à la législation belge.

Les conventions du second groupe, se ralliant à une méthode d'interprétation évolutive expressément limitée, permettent les modifications de la QFIE, à l'exclusion des modifications en affectant le principe.

(1) C.I.R. ancien, art. 18, al. 1^{er}.

(2) C.I.R. ancien, art. 195.

(3) Art. 29.

(4) Circ. du 16 mars 1990, « Incidence de l'article 29 de la loi du 7 décembre 1988 sur certaines dispositions conventionnelles relatives à la prévention de la double imposition des revenus mobiliers », *Bull. contr.*, 1990, n° 694, p. 1338.

La Cour de cassation a établi, dans un arrêt au demeurant critiqué, que le législateur belge restait maître de la détermination de l'assiette de l'impôt nonobstant les dispositions conventionnelles exonérant certains revenus (1).

La même liberté existerait en face de dispositions conventionnelles prévoyant une imputation.

Le calcul de la QFIE sur un revenu net relève-t-il de la détermination de l'assiette de l'impôt ou de la définition du mécanisme d'imputation légal, incorporé par référence aux traités ?

La déduction de l'impôt étranger aurait indiscutablement constitué une question d'assiette si le législateur s'était borné à définir la QFIE imputable comme les précomptes imputables, par l'énoncé d'un taux applicable à un revenu, défini ailleurs.

Dès lors que le Code répétait, dans la définition même de la QFIE imputable, que celle-ci se montait à un pourcentage du revenu recueilli, avant déduction du seul précompte mobilier, il liait le taux et l'assiette dans le mécanisme de l'imputation. L'État partenaire pouvait s'attendre à ce que l'imputation effective soit supérieure à l'application du taux nominal au revenu mobilier brut.

Il nous semble donc que le calcul de la QFIE sur un revenu net était par là incorporé au principe de l'imputation. Les traités interdisant d'y porter atteinte s'opposeraient donc au brutage. Ces traités sont en effet antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 7 décembre 1988.

Sans doute la déduction de l'impôt étranger n'est-elle pas formellement remise en cause, puisque c'est la QFIE elle-même qui est ajoutée au revenu net de retenue à la source étrangère. La loi belge prévoyait, au titre de principe de la QFIE, que celle-ci s'appliquait au montant net recueilli. Le principe excluait donc tout brutage (2).

Les conventions du troisième groupe prévoient l'imputation d'un pourcentage fixe, par exemple 15 %, du montant des revenus mobiliers visés aux articles 10, 11 et 12 de la convention et qui sont inclus dans la base imposable du résident.

(1) Cass., 29 juin 1984, *Pas.*, I, 1321, *R.G.F.*, 1985, p. 27 ; cfr HINNEKENS, « Velasquez. L'arrêt de la chance manquée », *R.G.F.*, 1985, p. 8.

(2) Dans le même sens, WYNTIN, « La QFIE et les conventions fiscales : une autre optique », *Fiscal. intern.*, 1989, n° 63, pp. 11-12 ; comp. HAELTERMAN, *Fiscal. intern.*, 88.11.374.

L'imputation conventionnelle n'est pas définie ici par référence à la QFIE de droit interne. Rien n'interdirait donc à la Belgique de modifier sa loi et d'élargir la base imposable de ses résidents, par exemple en y incluant le crédit d'impôt étranger accordé.

La loi du 7 décembre 1988 ne semble toutefois pas atteindre ce résultat. Elle se borne en effet à inclure dans le revenu net des biens mobiliers la quotité forfaitaire d'impôt étranger prévue à l'article 187 ancien du Code des impôts sur les revenus. Or, les conventions examinées ici accordent aux résidents belges une imputation autonome, sans référence à la QFIE de droit interne. Il nous semble donc que cette imputation ne doit pas faire l'objet d'un brutage.

L'administration manifeste par ses commentaires qu'elle est d'un avis différent. Nous examinerons donc, sous réserve, la compatibilité de la loi telle qu'elle l'interprète avec les conventions du troisième groupe. Leur conclusion est antérieure à l'entrée en vigueur de la loi, mais le même raisonnement s'appliquerait à toute convention future rédigée en des termes identiques.

La loi ne pourrait, par ce détour, réduire à moins de 15 % l'imputation effective dont bénéficie le contribuable.

Tel serait le cas si le revenu net recueilli était augmenté de la QFIE de droit interne de 15/85, alors que la retenue à la source étrangère serait inférieure à 15 %, et si l'imputation était calculée sur le revenu brut réel.

Exemple :

— intérêt :	100
— retenue à la source étrangère	10
— intérêt net :	90
— QFIE de droit interne :	
$90 \times 15/85 =$	15,88
— revenu brut taxable :	
$90 + 15,88 =$	105,88
— application du taux conventionnel au revenu brut réellement perçu : $100 \times 15 \% =$	15
— perte de QFIE par majoration d'impôt : $5,88 \times 39 \% =$	2,29
— QFIE réelle $15 - 2,29 =$	12,71

L'interprétation correcte de la convention a toutefois amené l'administration à appliquer le taux conventionnel au montant compris

dans la base imposable, à savoir le revenu net majoré de la QFIE de droit interne (1).

Dans notre exemple, l'imputation sera donc de :

$$105,88 \times 15 \% = 15,88.$$

L'imputation ne sera dès lors jamais inférieure à l'augmentation de base imposable.

Il n'en reste pas moins vrai que le revenu mobilier du redevable est accru d'un montant fictif et dépasse son revenu brut réel. Ce curieux procédé reste toutefois dans les limites de la libre détermination de la base imposable par l'État de résidence, dès lors que la double imposition est évitée de la manière conventionnellement prévue.

Si le redevable est en situation de perte, cette perte s'imputera sur un revenu fictivement majoré, alors qu'aucun crédit ne pourra être compensé avec l'impôt, le crédit d'impôt étranger n'étant pas reportable à d'autres exercices.

Cette conséquence dommageable demeure dans le cadre fixé par l'arrêt précité de la Cour de cassation.

Lorsque la convention prévoit que l'imputation atteint un pourcentage (15 %) du revenu net, la même méthode devra être appliquée, à peine de réduire indirectement le taux conventionnel d'imputation, dans une mesure moindre, il est vrai, que lorsque le pourcentage s'applique au revenu brut.

Par exemple, pour un revenu net de 90 après retenue à la source de 10, l'imputation conventionnelle est de :

$$90 \times 15 \% = 13,5.$$

Comme on l'a vu, l'imputation réelle serait réduite à 12,71 si le brutage incluait la QFIE de droit interne et si le pourcentage conventionnel était appliqué au revenu brut réel.

S'il est appliqué au revenu brut inclus dans la base imposable, l'imputation de 15,88 dépasse le taux conventionnel.

Dans le quatrième groupe de conventions, prévoyant une imputation au moins égale au taux de la retenue à la source étrangère, qui ne peut dépasser 10 ou 15 % selon les cas, le minimum requis sera toujours atteint, même après brutage.

(1) Circ. du 16 mars 1990, « Incidence de l'article 29 de la loi du 7 décembre 1988 sur certaines dispositions conventionnelles relatives à la prévention de la double imposition des revenus mobiliers », *Bull. contr.*, 1990, n° 694, p. 1339.

Le cinquième groupe de conventions, prévoyant un *tax sparing*, constitue une variante du troisième groupe : l'imputation, définie par un pourcentage fixe applicable au revenu inclus dans la base imposable, est accordée même si le revenu étranger est exonéré d'impôt à la source.

Sans doute l'État partenaire peut-il être désagréablement surpris en constatant que l'avantage recueilli par l'investisseur belge en contrepartie du sacrifice fiscal matérialisé par l'absence de retenue à la source décroît en valeur absolue. La convention ne l'interdirait toutefois pas, dès lors que la méthode de calcul prédécrite est appliquée de façon à ce que l'imputation ne soit pas inférieure à l'accroissement de la base imposable.

Nous avons toutefois vu que la portée de la loi du 7 décembre 1988 ne semblait pas pouvoir être étendue aux imputations conventionnelles autonomes ne se référant pas à la QFIE de droit interne. Dans ce cas, contrairement à la position que paraît adopter l'administration, aucun brutage ne devrait avoir lieu.

L'administration a adopté récemment une position qui va à l'encontre de ce qu'elle avait préconisé dans sa circulaire du 16 mars 1990. Elle estime en effet qu'en présence d'une clause de *tax sparing*, la QFIE qui doit, selon elle, être incorporée à la base imposable est la QFIE régie par le droit conventionnel (1)

D. Proratisation de l'imputabilité de la QFIE

Au terme d'un processus législatif assez tortueux (2), il a été établi que, s'il y avait aliénation d'un titre à revenu fixe entre deux échéances d'intérêt, le revenu était imposable dans le chef de chaque propriétaire en proportion de la période de détention du titre (3). De

(1) Circ. du 8 avril 1993, Instructions concernant l'intégration de la QFIE à la base imposable (système de « brutage ») lorsque des conventions préventives de la double imposition prévoient l'imputation d'impôts non effectivement perçus à l'étranger, *Bull. contr.*, 1993, n° 728, p. 1477.

(2) Cfr. DASSESSE, « Les revenus de titres à revenus fixes, prêts et dépôts depuis la réduction du précompte mobilier à 10 % », in *Le régime fiscal des sociétés en Belgique depuis les lois des 7 décembre 1988, 22 décembre 1989 et 22 février 1990*, 1990, pp. 56-68 et 74-78 ; KLEYNEN, « Le traitement comptable et fiscal des revenus fixes d'obligations avant et après la loi de réforme fiscale du 22 décembre 1989 », *J.D.F.*, 1989, p. 321.

(3) C.I.R. ancien, art. 11bis modifié par la loi du 22 décembre 1989, art. 253.

même, le précompte mobilier (1) et la QFIE ne sont imputables par chacun qu'en proportion de la période de détention du titre (2).

Cette modification vise à éviter qu'un contribuable ne pouvant bénéficier de l'imputation, par exemple une personne physique soumise au précompte mobilier libératoire, revende un titre productif d'intérêt peu avant son échéance à un contribuable pouvant en bénéficier, moyennant un prix comprenant le prorata d'intérêt couru. Le vendeur transformait un intérêt taxable en plus-value non taxable. L'acheteur percevait sans doute l'intérêt, mais son bénéfice imposable s'entendait sous déduction du prorata compris dans la somme payée au vendeur. Il pouvait néanmoins imputer la totalité du précompte ou de la QFIE.

Pour profiter plus spécialement du mécanisme de la QFIE, une société acquérait peu avant l'échéance des obligations étrangères dont les intérêts étaient soumis à une faible retenue à la source. Elle percevait l'intérêt, imputait la QFIE, supérieure à l'impôt étranger, et revendait le titre à perte, neutralisant en grande partie le bénéfice réalisé.

Le texte nouveau ne semble pas contredire les conventions internationales (3). La Belgique se borne à définir l'assiette de l'impôt et à limiter le crédit d'impôt étranger accordé en proportion de cette assiette.

Une difficulté pratique devra être surmontée : la retenue à la source étrangère n'est perçue que lors de l'attribution des intérêts et le certificat prouvant cette retenue n'est délivré qu'au dernier détenteur du titre.

Une circulaire administrative considère que si le contribuable peut apporter la preuve formelle que, lorsque les titres seront présentés à l'échéance à l'émetteur, ils seront réellement soumis à l'étranger à un impôt analogue, il pourra bénéficier de l'imputation au prorata de la détention du titre (4).

(1) Loi du 7 décembre 1988, art. 31.

(2) Loi du 7 décembre 1988, art. 31, modifié par la loi du 22 décembre 1989, art. 308. Actuellement, C.I.R., art. 288.

(3) C.I.R., art. 288 : la QFIE n'est imputée qu'à concurrence de la quote-part qui se rapporte aux revenus qui sont imposables proportionnellement à la période au cours de laquelle le contribuable a eu la pleine propriété des titres.

(4) Circ. Ci. D. 19/416.334 du 30 août 1993, Commentaire de l'art. 253, L. 22 déc. 1989 portant des dispositions fiscales : régime de taxation des titres à revenu fixe ; détermination des revenus mobiliers ; précomptes, *Bull. contr.*, 1993, n° 731, p. 2744, II, 61.

E. Passage d'une quotité forfaitaire d'impôt étranger à un crédit réel d'impôt étranger

Le régime de la quotité forfaitaire d'impôt étranger « brutée » n'aura, pour les intérêts, été en vigueur que pendant les exercices d'imposition 1990 et 1991.

La loi-programme du 28 décembre 1990 (1) a concrétisé, en ce qui concerne les seuls intérêts, à l'exclusion des dividendes et des redevances, la décision du gouvernement « de remplacer la QFIE par l'imputation de l'impôt étranger réellement retenu » (2). Le principe du brutage est inchangé. Le maximum de l'imputation est fixé à 15 %.

La formulation légale du principe est étrange. L'article 29, § 3, de la loi du 7 décembre 1988, non coordonné avec le Code des impôts sur les revenus, relatif à la quotité forfaitaire d'impôt étranger déductible en vertu de l'article 187 du Code, est enrichi d'un alinéa prévoyant que, pour les intérêts, « la quotité déductible est [...] déterminée suivant une fraction dont le numérateur est égal à l'impôt étranger effectivement retenu exprimé en pour cent du revenu auquel il se rapporte, sans pouvoir excéder 15 % de ce revenu, et dont le dénominateur est égal à cent diminué du chiffre du numérateur ».

Pour un intérêt brut de 100, subissant une retenue à la source de 10 %, la fraction est de :

$$\frac{10}{(100 - 10)} = \frac{10}{90}$$

Son application au revenu net donne :

$$90 \times \frac{10}{90} = 10$$

Le résultat est donc bien l'imputation de l'impôt étranger réellement perçu. La formulation retenue est nécessaire parce que la loi maintient le calcul de la QFIE sur un revenu net, le brutage résultant de l'addition de la QFIE elle-même. Il aurait été plus simple de dire, en ce qui concerne les intérêts, qu'ils étaient inclus dans le revenu

(1) Loi du 7 décembre 1988, art. 29, modifié par la loi du 28 décembre 1990, art. 23.

(2) Projet de loi relative à diverses dispositions fiscales et non fiscales, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1990-1991, n° 1366/l, p. 13.

imposable pour leur montant brut, avant déduction de la retenue à la source étrangère, et que celle-ci était imputable.

Il est évident que le plafond de 15 % ne peut s'appliquer que si une convention ne prévoit pas une imputation plus élevée. La limitation ne tend qu'à donner à la Belgique une arme lors de la négociation de conventions internationales.

Le ministre a par ailleurs admis que le nouveau système était contraire à un certain nombre de conventions internationales conclues par la Belgique, qu'il y aurait lieu de renégocier. Il semble ne voir une contradiction de la loi qu'avec les conventions des deuxième et troisième groupes, y compris les conventions de *tax sparing* qui se rattachent à ce dernier et dont nous avons fait un cinquième groupe (1).

Le nouveau système substitue l'imputation réelle à l'imputation forfaitaire. Un commentateur dénomme à juste titre le nouveau crédit : quotité effective d'impôt étranger (QEIE) (2). Il est donc incompatible avec les conventions antérieures à l'entrée en vigueur de la loi, renvoyant à la QFIE prévue par le droit belge en vigueur lors de la signature, sous réserve des modifications n'en affectant pas le principe.

Il est vrai que le respect du principe de la quotité forfaitaire n'empêcherait pas d'en changer le taux, mais il paraît difficile d'admettre que ce taux ne soit pas forfaitaire.

Il est aussi incompatible avec les conventions prévoyant l'imputation d'un pourcentage fixe ou minimum qui serait supérieur à celui de la retenue à la source étrangère.

Le système d'imputation de l'impôt étranger réellement perçu est-il compatible avec les conventions du premier et du quatrième groupes, prévoyant que la double imposition est évitée par l'imputation de la quotité d'impôt étranger ou de la quotité forfaitaire d'impôt étranger prévue par la législation belge, dans les conditions et aux taux prévus par cette législation ?

Sans doute les conventions du quatrième groupe prévoient-elles que le taux de la quotité d'impôt étranger ne peut être inférieur au

(1) Projet de loi relative à diverses dispositions fiscales et non fiscales, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1990-91, n° 1366/6, p. 19.

(2) WYNTIN, « Le nouveau système de la Q.(F.)I.E., et les traités préventifs de la double imposition », *Fiscal. intern.*, 1991, n° 86, p. 9.

taux de l'impôt perçu dans le pays partenaire. Par définition, cette condition sera remplie.

Si l'on admet que la quotité forfaitaire d'impôt étranger doit recevoir, pour l'application de ce traité, la définition qu'en donne le droit interne belge, faut-il considérer que la substance du traité est fondamentalement altérée par la substitution d'une quotité réelle d'impôt étranger à une quotité forfaitaire ou encore que, selon l'article 3, § 2, du modèle OCDE, le contexte exige une interprétation différente et impose de conserver à la quotité imputable son caractère forfaitaire ? Nous ne le pensons pas.

Le but de la disposition conventionnelle est d'éviter la double imposition. Le mécanisme de l'imputation du crédit d'impôt réel réalise cet objectif. Les négociateurs des traités ne prévoyant pas une clause de *tax sparing* n'ont pu attacher une importance particulière au fait que le crédit d'impôt étranger était, en droit belge, forfaitaire. Ils ont accepté le renvoi à la législation belge pour la facilité de la partie contractante belge, mais certainement pas pour lui interdire de remplacer l'imputation forfaitaire de l'impôt étranger par une imputation réelle.

Le mécanisme de la quotité forfaitaire d'impôt étranger est d'ailleurs prévu dans le chapitre II — « Imputation des précomptes » — du titre VI du Code des impôts sur les revenus — « Dispositions communes aux quatre impôts ».

Dans ce chapitre, en ce qui concerne les intérêts, le principe est l'imputation d'une retenue à la source réellement perçue.

La méthode d'interprétation évolutive des traités assure ainsi à une modification justifiée de la législation belge un effet que lui refuserait une méthode d'interprétation strictement historique.

On peut également se poser la question de la compatibilité de la dernière restriction que la loi du 22 juillet 1993 a apportée à la QFIE, à savoir qu'en ce qui concerne les intérêts, la quotité « réelle » d'impôt étranger est limitée à une fraction qui est fonction du financement de la société par l'emprunt.

Si cette nouvelle restriction n'est pas contraire au premier groupe de conventions, elle l'est très certainement aux conventions des deuxième et troisième groupes et même à celles du quatrième groupe où le taux d'imputation ne peut être inférieur au taux de la retenue à la source étrangère réelle.

En ce qui concerne les conventions prévoyant un *tax sparing*, il y aurait lieu de faire une distinction entre celles qui ne prévoient pas de taux fixe et auxquelles la restriction pourrait s'appliquer, si toutefois elle est appliquée au taux en vigueur avant l'instauration de la quotité réelle d'impôt étranger, et celles qui prévoient un taux fixe, auxquelles la restriction apportée par la loi du 22 juillet 1993 serait inapplicable.

CHAPITRE III. — PLUS-VALUES MOBILIÈRES

Les plus-values mobilières de source étrangère seront en principe imposées normalement, sauf si elles sont rattachées à un établissement étranger.

Le régime d'exonération des plus-values sur actions et parts fait pendant à celui des revenus définitivement taxés et s'applique aux plus-values sur titres étrangers.

Section 1. — Régime des plus-values sur actions et parts

Les plus-values réalisées sur actions et parts sont désormais intégralement immunisées dans le chef des seules sociétés dès lors qu'il s'agit d'actions ou parts dont les revenus sont susceptibles de bénéficier du régime des revenus définitivement taxés (1).

L'exonération des plus-values sur actions et parts n'est pas prévue par la directive. Le législateur belge l'a introduite pour répondre à la même motivation que l'exonération des dividendes reçus par une société d'une autre. Il s'agit d'« éviter une double imposition économique de ces revenus ; ces derniers ont en effet déjà été soumis à l'impôt sur les revenus lors de la mise en réserve des bénéfices réalisés par la société dont les titres sont vendus » (2).

L'immunisation est applicable aux seules plus-values réalisées, mais à toutes les plus-values réalisées.

L'ancien article 36 du Code, abrogé, prévoyait un régime d'immunisation sous condition de emploi des plus-values réalisées sur actions et parts, affectées à l'exercice de l'activité professionnelle depuis plus de cinq ans avant leur réalisation. Il ne s'appliquait pas

(1) C.I.R., art. 192, al. 1^{er}.

(2) Projet de loi transposant en droit belge la directive du Conseil des Communautés européennes du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1991-1992, n° 1784/1, p. 7.

aux plus-values constatées à l'occasion d'un échange, d'une donation ou d'un apport en société (1).

Le nouveau régime s'applique en cas d'échange ou d'apport. Il n'est pas subordonné, comme les immunisations visées à l'article 190, à une condition d'intangibilité des plus-values réalisées.

L'immunisation est applicable aux seules actions et parts, c'est-à-dire aux actions de capital proprement dites ainsi qu'à toutes les actions ou parts dont les revenus sont considérés comme des dividendes.

Les plus-values réalisées sur des droits de souscription, warrants, obligations convertibles et options sur actions sont donc exclues du régime (2).

Conditions

L'article 192 vise les plus-values réalisées sur des actions ou parts dont les revenus éventuels sont susceptibles d'être déduits des bénéfices en vertu des dispositions des articles 202 et 203, alinéas 1^{er}, 1^o, 2, 4 et 5.

Les conditions relatives à la déductibilité au titre de revenus définitivement taxés doivent être satisfaites, à l'exception de celle qui prévoit une détention minimale dans le capital de la société distributrice.

Il semble que, dès lors que certains des revenus de la participation ne peuvent bénéficier du régime des revenus définitivement taxés, l'immunisation de la plus-value soit exclue. Il n'y aurait pas lieu, à défaut de texte, d'appliquer une règle de prorata (3). Il serait d'ailleurs difficile de fournir l'une des preuves contraires prévues par l'article 203, dès lors qu'il peut s'agir d'une société qui ne distribue pas de revenus et qui est exclue de l'application de l'article 192 parce que ses revenus éventuels ne satisferaient pas à la condition.

L'exposé des motifs vise les plus-values réalisées sur des actions ou parts « dont les revenus sont susceptibles de bénéficier du régime des

(1) Pour une description du régime en son dernier état, cfr J. MALHERBE et J. AUTENNE, « L'imposition des plus-values après la réforme fiscale belge de 1989 », in *Réformes fiscales belges (1988-1989)*, 1992, p. 138.

(2) Circ. du 27 septembre 1993, *Bull. contr.*, 1993, n° 732, p. 3037.

(3) Cfr PEETERS, « Immunisation des plus-values et non-déductibilité des moins-values sur actions », *Fiscal. intern.*, 91.11.573.

revenus définitivement taxés » (1). Devant la Commission des Finances du Sénat, le ministre du Budget s'est exprimé en termes d'exclusion générale : « Ne répondent pas à la condition de taxation les titres de sociétés établies dans un paradis fiscal, de sociétés holdings ou de sociétés d'investissement et de sociétés écrans déjà évoquées ci-avant » (2).

Une récente circulaire administrative exprime la nécessité que la totalité des revenus qui sont attribués à ces actions ou qui pourraient être attribués puisse être portée en déduction au titre de revenus définitivement taxés (3).

Pour apprécier si les conditions du régime des revenus définitivement taxés sont remplies, il faut se placer au moment de la réalisation des actions ou parts (4).

Traités

Les traités n'offriront aucune protection aux contribuables. Les clauses d'assimilation conventionnelles ne visent en effet que les dividendes et les revenus de capitaux investis, non les plus-values.

Rapport entre les articles 192 et 190

L'article 190 reste applicable à certaines plus-values, dont ne sont pas exclues expressément les plus-values sur titres :

- les plus-values simplement exprimées (5) ;
- les plus-values résultant de l'échange de titres à l'occasion d'une fusion ou scission immunisée de sociétés belges ou ayant leur siège dans la CEE, qui sont considérées comme des plus-values non réalisées lorsqu'il s'agit d'une fusion ou scission immunisée par les articles 211 à 214 ou par des dispositions analogues de droit étranger (6) ;

(1) Projet de loi transposant en droit belge la directive du Conseil des Communautés européennes du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1991-1992, n° 1784/1, pp. 6 et 7.

(2) *Id.*, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1991-1992, n° 1454/2, p. 4.

(3) Circ. n° Ci. RH 421/439.105, Commentaire des art. 3, D et E, et 10, § 2, L. 23 oct. 1991 transposant en droit belge la directive du Conseil des Communautés européennes du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales : plus-values, réductions de valeur et moins-values sur actions et parts, *Bull. contr.*, 1993, n° 732, p. 3042, n° II.

(4) Exposé des motifs, précité, p. 7 ; Rapport Sén., précité, p. 4.

(5) C.I.R., art. 44, § 1^{er}, 1^o.

(6) C.I.R., art. 45.

— les plus-values constatées à l'occasion d'un apport de branches d'activité ou de l'universalité des biens à une société belge ou ayant son siège dans la CEE, temporairement immunisée (1).

L'article 45 du Code, relatif aux plus-values obtenues ou constatées à l'occasion d'une fusion, scission ou transformation immunisée, prévoit que ces plus-values sont considérées comme non réalisées. L'article 190 leur demeure donc applicable.

Lors d'apports immunisés d'actions ou parts, visés par l'article 46, l'immunisation de l'article 192 se substitue à celle de l'article 190 puisque ces opérations constituent des réalisations et que le régime de l'article 192 est plus favorable.

L'immunisation de l'article 190 ne serait plus susceptible d'être appliquée que dans les hypothèses où celle de l'article 192 est exclue, parce que les revenus des titres ne bénéficieraient pas du régime des revenus définitivement taxés.

Lorsque la condition d'immunisation de l'article 190 cesse d'être remplie, la plus-value, considérée comme réalisée, bénéficierait de l'immunisation de l'article 192 si ces conditions d'application sont réunies.

Le ministre a développé cette conception de façon trop générale devant la Commission du budget de la Chambre : lorsque les titres obtenus à la suite d'un apport, d'une fusion ou d'une scission sont cédés, la plus-value, qui était antérieurement immunisée sous condition d'intangibilité, est immunisée sans condition. L'immunité de l'article 190 devient « définitive et inconditionnelle par la réalisation de la plus-value au sens de l'article 105bis [lire 192] ».

« L'article 105bis [lire 192] se substitue [...] à l'article 105 [lire 190] lorsque sont cédés les titres [...] » (2).

Cette conception est curieuse puisque, d'après l'exposé des motifs, l'article 192 [...] « s'applique à toutes les plus-values réalisées sur [...] titres, y compris celles qui sont obtenues ou constatées à l'occasion

(1) C.I.R., art. 46, § 1^{er}, 2^o.

(2) Projet de loi transposant en droit belge la directive du Conseil des Communautés européennes du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mère et filiales, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1991-1992, n° 1784/3, p. 17. La circulaire administrative considère de même que les dispositions de l'article 192 ne sont applicables en ce qui concerne les plus-values obtenues en raison de l'échange d'actions à l'occasion de fusions ou scissions immunisées que lorsque les actions reçues en échange sont réalisées. Selon cette circulaire, il en va de même lors de la réalisation des actions, reçues en rémunération des apports exemptés visés par l'article 46 C.I.R. (circ. du 27 septembre 1993, *Bull. contr.*, 1993, n° 732, p. 3037).

d'un échange, d'une donation ou d'un apport en société ». Or, l'apport de branche d'activité ou d'universalité constitue un apport.

En revanche, le raisonnement ministériel est correct en ce qui concerne la plus-value simplement exprimée antérieurement. Elle n'est en effet pas réalisée.

Ce raisonnement s'applique également à l'échange des titres anciens contre des titres nouveaux en cas de fusion ou de scission bien qu'il constitue un échange, puisque la plus-value est réputée non réalisée.

Section 2. — Régime des réductions de valeur et moins-values sur actions et parts

Les réductions de valeur et moins-values sur actions ou parts cessent d'être déductibles (1). Il en sera ainsi même si les réductions de valeur ou moins-values concernent des actions ou parts dont la réalisation aurait donné lieu à plus-value imposable à défaut de réalisation de la condition d'immunisation. Le législateur justifie le parallélisme du régime des réductions de valeur et moins-values et du régime des plus-values comme suit : « [...] une réduction de valeur ou une moins-value est le reflet d'une détérioration du résultat de la filiale et donc, généralement, de pertes. Ces pertes sont récupérables dans le chef de la filiale lorsque sa situation s'améliore. La perte ne doit donc dès lors pas être prise en charge deux fois : au niveau de la filiale et au niveau de la société mère. Il s'agit ici aussi d'appliquer de manière conséquente le principe du *non bis in idem* » (2).

Le rapporteur perd de vue que la déduction des réductions de valeur sur titres était un substitut imparfait à l'absence de consolidation fiscale. Les pertes n'étaient pas susceptibles d'être prises en considération deux fois puisque les plus-values non réalisées sur titres étaient imposables dans la mesure des réductions de valeurs antérieures (3).

Les plus-values sur actions et parts restent d'ailleurs imposables dans la mesure où elles n'excèdent pas les réductions de valeur antérieures.

(1) C.I.R., art. 198, 7°.

(2) Projet de loi transposant en droit belge la directive du Conseil des Communautés européennes du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mère et filiales, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1991-1992, n° 1784/3, p. 5.

(3) C.I.R., art. 24, al. 1^{er}, 3°.

rieurement admises, diminuées des plus-values déjà imposées en vertu de l'article 24 du Code (1).

Les sociétés seront donc incitées à recourir à d'autres moyens de prise en compte de la situation de leurs filiales, par exemple à des abandons de créances, dans la mesure où ils ne constituent pas des avantages anormaux ou bénévoles consentis à des sociétés étrangères.

Les moins-values restent admissibles lorsqu'elles sont actées à l'occasion du partage total de l'avoir social de la société émettrice, à concurrence du capital social réellement libéré représenté par les actions ou parts de cette société. La récupération de la mise de fonds de la société mère est jugée logique, puisque la filiale dissoute ne récupérera plus jamais les pertes accumulées (2). Le raisonnement aurait pu être étendu à la valeur d'investissement des actions ou parts au lieu d'être limité au capital social réellement libéré.

La moins-value est déductible à concurrence du capital représenté par ces actions.

Pour certains, la perte déductible peut dépasser la perte de capital proprement dite ; la loi ne fait que plafonner le montant déductible de la moins-value à hauteur du capital libéré. Pour l'administration, seule la perte en capital libéré est déductible (3).

La déduction ne peut être effectuée qu'après le partage final, au moment où il ne reste plus rien à partager : elle porte en effet sur une moins-value, non sur une réduction de valeur.

(1) C.I.R., art. 192, al. 2.

(2) Projet de loi transposant en droit belge la directive du Conseil des Communautés européennes du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1991-1992, n° 1784/3, pp. 5 et 6. Si, conformément à la loi comptable, des réductions de valeur justifiées, mais imposées en vertu de l'article 198, 7°, C.I.R., ont réduit la valeur résiduelle des actions à un montant inférieur au capital réellement libéré représenté par ces actions, lors du partage de l'avoir social, la perte en capital sera inférieure à ce qu'elle aurait été si les réductions de valeur n'avaient pas été actées. Afin de ne pas léser les sociétés ayant respecté la loi comptable, les réductions de valeur doivent être ajoutées à la situation de départ des réserves lors du partage total, dans la mesure où elles correspondent à une perte de capital libéré (circ. 27 septembre 1993, *Bull. contr.*, 1993, n° 732, p. 3037).

(3) *Bull. Q.R.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, question n° 851 du 24 décembre 1993 (M. Kempinaire), p. 9216.

Encore y aura-t-il lieu de vérifier si le capital social n'a pas été surfait, par exemple par surévaluation de biens apportés en nature (1).

Si la société concernée est une filiale étrangère qui ne connaît pas le même régime juridique de liquidation qu'en Belgique, il faudra établir le caractère définitif de la cessation d'activité et la répartition de la totalité de l'avoir social net (2).

Le ministre a mentionné que l'article 53, 15°, du Code autorisait la prise en charge de pertes de filiales par l'associé actif ou l'administrateur de celles-ci. Cette disposition vise toutefois des contribuables taxés en vertu de l'article 23, 4°, c'est-à-dire des personnes physiques (3).

Il est exact qu'un administrateur de la société mère, également administrateur de la filiale, pourrait prendre en charge la perte de la filiale et toucher ensuite, sans conséquences fiscales, une rémunération de la société mère.

Le régime extrêmement libéral que la Belgique applique aux dividendes et plus-values sur titres, tout en autorisant la déduction des charges liées à l'acquisition d'une participation, lui permet de se comparer aux Pays-Bas ou au Luxembourg comme centre de localisation de sociétés holdings (4).

(1) Projet de loi transposant en droit belge la directive du Conseil des Communautés européennes du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1991-1992, n° 1784/3, p. 18.

(2) Projet de loi transposant en droit belge la directive du Conseil des Communautés européennes du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1991-1992, n° 1784/1, p. 8 ; *Id.*, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1991-1992, n° 1454/2, p. 5.

(3) Cfr *id.*, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1991-1992, n° 1784/3, p. 18.

(4) KELLEY, « Belgium completes implementation of EEC parent-subsidiary directive », *Tax Notes Intern.*, 1992, n° 1, p. 8 ; SHELTON et DE PETTER, « Implementation of the parent-subsidiary directive in Belgian domestic law », *Tax Planning International Review*, 1992, p. 6 ; *Id.*, *A five country survey of the parent-subsidiary and mergers directives* ; VAN DIJCK et ROUWERS, « Benelux adopts case-by-case approach », *International Tax Review*, mars 1992, p. 14.

TITRE IV

DROIT COMPARÉ

FRANCE

Section 1. — Personnes physiques

Les contribuables domiciliés en France sont imposables sur l'ensemble de leurs revenus de sources française et étrangère.

Les revenus de source étrangère se voient donc appliquer, comme les revenus de source française, auxquels ils sont adjoints, le droit commun de l'impôt sous réserve de quelques règles qui leur sont particulières.

Pour éviter les doubles impositions, le législateur français avait cependant prévu pour les étrangers domiciliés en France la possibilité d'exclure du revenu imposable les revenus de source étrangère à raison desquels les intéressés justifiaient avoir été soumis à un impôt personnel sur le revenu global dans les pays d'où ils étaient originaires (1). Cette exonération a été supprimée à partir de 1974 en raison de la multiplication des conventions préventives de la double imposition.

§ 1^{er}. — DROIT INTERNE

A. Régime général

Les personnes physiques domiciliées en France sont notamment imposables sur le revenu de leurs exploitations étrangères, au contraire des sociétés.

Les impôts étrangers acquittés à raison des revenus de source étrangère sont déductibles.

(1) Art. 164 ancien, C.G.I.

Pour les bénéficiaires industriels et commerciaux (B.I.C.), seul le régime du bénéfice réel est d'application (1).

B. Salariés français détachés à l'étranger

Les salariés de nationalité française envoyés à l'étranger, mais conservant leur domicile fiscal en France, bénéficient d'une exonération totale ou partielle de leurs rémunérations (2).

L'exonération est totale :

- si les rémunérations sont soumises à l'étranger à un impôt sur le revenu égal au moins aux deux tiers de l'impôt qui aurait été dû en France ; ou
- si l'activité à l'étranger a couvert plus de 183 jours au cours d'une période de 12 mois consécutifs, mais uniquement s'il s'agit de certaines activités : chantiers de construction ou de montage, installation, mise en route et exploitation d'ensembles industriels ; recherche ou extraction de ressources naturelles ; prospection de marchés commerciaux de sociétés françaises à l'étranger.

L'exonération est partielle dans les autres cas : elle s'applique aux suppléments de rémunération liés à l'expatriation.

Les autres revenus restent imposés aux taux qui auraient été applicables en l'absence d'exonération (3).

La fortune située hors de France est imposable, sauf l'imputation de l'impôt étranger sur des biens situés hors de France et non exonérés en France en raison de leur nature. L'imputation est limitée à la fraction de l'impôt français afférente aux biens étrangers.

§ 2. — TRAITÉS

A. Exonération et taux effectif

Quand les revenus de source étrangère sont exonérés par convention, ils sont pris en considération pour fixer le taux de l'impôt applicable au revenu imposable en France (« taux effectif »).

(1) C.G.I., art. 158-1, al. 2.

(2) C.G.I., art. 81 A et 197 C.

(3) C.G.I., art. 197 C.

B. Crédit d'impôt

Les retenues à la source étrangère sont imputées sur l'impôt français, dans la limite de l'impôt français applicable au revenu étranger donnant lieu à crédit.

Vis-à-vis de certains pays en développement avec lesquels elle a conclu un traité, la France accorde :

- un crédit forfaitaire calculé à un taux supérieur au taux de droit commun (*matching credit*) ;
- un crédit fictif alors que l'impôt étranger n'a pas été perçu (*tax sparing credit*), possibilité réduite récemment à l'impôt réellement perçu pour certains pays ;
- le choix entre le crédit forfaitaire et le crédit réel si celui-ci est plus élevé (États africains d'expression française) :

$$\text{Crédit forfaitaire : } \frac{100 - (t + 25)}{2}$$

où t = retenue africaine.

Section 2. — Sociétés

§ 1^{er}. — TERRITORIALITÉ

L'article 209 du C.G.I. dispose que les bénéfices passibles de l'impôt des sociétés sont déterminés « en tenant compte uniquement des bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France » et des bénéfices « dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions ».

L'assujettissement est donc régi par le « principe de territorialité », critiqué parce qu'il ne tient aucun compte des impôts ni des pertes subies à l'étranger (1).

A. Bénéfices imposables en France

Contrairement aux entreprises individuelles, qui sont taxées sur le montant cumulé des bénéfices réalisés en France et à l'étranger, les sociétés ne sont imposables que sur leurs exploitations situées en France.

(1) GEST et TIXIER, *Droit fiscal international*, 2^e éd., 1990, p. 310.

Ne sont par conséquent pas imposables en France les opérations lucratives qu'une société française justifie avoir réalisées à l'étranger soit par un établissement qu'elle y possède, soit par l'accomplissement à l'étranger d'un cycle commercial complet. Rappelons à cet égard qu'il n'est pas nécessaire que le cycle entier se déroule dans le même pays.

Sont par contre assujettis à l'impôt français les bénéfices de source étrangère d'une société française qui ne proviennent ni de l'exploitation d'un de ses établissements, ni de l'accomplissement d'un cycle commercial complet, tels les loyers, dividendes, intérêts, redevances, plus-values non liés à un établissement étranger.

B. Déduction des frais d'investissement

Normalement, seules les dépenses affectées à un établissement en France peuvent être déduites. En vue d'encourager les exportations et les investissements à l'étranger, le législateur a apporté certains aménagements à cette règle (1).

1. *Implantation commerciale*

Les entreprises françaises qui investissent à l'étranger en vue de l'installation d'un établissement ou d'une filiale dont elles détiennent 33,33 % au moins, peuvent constituer en franchise d'impôt une provision égale aux pertes subies au cours des cinq premières années d'exploitation de leur établissement ou de leur filiale. Le montant de cette provision ne peut excéder celui des sommes investies en capital au cours des mêmes années.

2. *Implantation de services*

Les mêmes règles s'appliquent, à deux exceptions près :

- d'une part, le régime est soumis à un agrément ;
- d'autre part, le montant d'investissement maximum pouvant être retenu est de 10 millions de francs français.

3. *Implantation industrielle*

La même règle s'applique aux créations d'établissements et de filiales détenues à hauteur d'au moins 10 %, mais la provision ne

(1) C.G.I., art. 39octies A.

peut excéder la moitié des sommes investies en capital et est subordonnée à un agrément ministériel.

Dans les deux cas, ces provisions doivent être rapportées, par fractions égales, aux bénéfices de cinq exercices consécutifs, à partir du sixième suivant celui du premier investissement.

§ 2. — RÉGIMES DU BÉNÉFICE MONDIAL ET DU BÉNÉFICE CONSOLIDÉ

A. Bénéfice mondial (1)

Le régime du bénéfice mondial permet à une entreprise de soumettre à l'impôt français l'ensemble de ses bénéfices provenant d'établissements situés à l'étranger, c'est-à-dire des exploitations directes.

Les impôts supportés à l'étranger s'imputent alors sur le montant de l'impôt français. Ce régime suppose un agrément préalable du ministre des Finances. Il n'est naturellement avantageux que si les exploitations à l'étranger sont déficitaires.

B. Bénéfice consolidé

Le bénéfice consolidé relève de la même technique que le bénéfice mondial, mais s'applique aux filiales (exploitations indirectes) d'une société française à condition que la participation dans celles-ci soit au moins de 50 % des droits de vote. Il suppose également un agrément dont ont bénéficié un nombre limité d'entreprises de grande taille.

Pour la détermination de ce pourcentage, il est tenu compte non seulement de la participation de la société agréée, mais aussi de celle des autres filiales dont la société agréée détient le contrôle dans les mêmes conditions.

Il peut être dérogé dans certains cas à la règle du pourcentage minimal, par exemple si le pays de la filiale ne permet pas de participation de plus de 50 %.

C. Règles communes aux deux régimes

L'application de l'un ou l'autre régime est en principe irrévocable pendant toute la durée de validité de la décision d'agrément. On peut

(1) C.G.I., art. 209quinquies et annexe II, art. 103-134.

toutefois passer du régime du bénéfice mondial à celui du bénéfice consolidé.

Sauf disposition contraire de la décision d'agrément, tous les établissements ou filiales remplissant les conditions requises doivent obligatoirement être pris en compte pour la détermination, selon les cas, du bénéfice mondial ou consolidé.

Les bénéfices ou déficits réalisés à l'étranger sont calculés, sous réserve de quelques dispositions particulières, selon les règles du C.G.I.

Les déficits constatés à l'étranger ne sont pas reportables sur les résultats des établissements ou des filiales d'où ils proviennent pour la détermination du résultat mondial ou du résultat consolidé des exercices suivants.

Lorsque le résultat global de la société ou du groupe est déficitaire, ce déficit est reportable pendant les cinq ans sur les résultats de la société agréée.

Les seuls impôts étrangers imputables sont ceux qui correspondent à l'impôt sur les sociétés en France. La décision d'agrément en fixe la liste.

L'imputation de l'impôt étranger est limitée au montant de l'impôt français qui frapperait le bénéfice étranger reconstitué selon les règles du droit français.

Les filiales françaises demeurent personnellement redevables de l'impôt, mais leur quote-part est imputée sur l'impôt dû par la société agréée. L'excédent est restituable.

Etant donné que, par application de ces deux régimes, les bénéfices réalisés à l'étranger sont inclus dans les bénéfices imposables en France, ils ne subissent pas le précompte en cas de distribution de dividendes.

§ 3. — RÉGIME DES DISTRIBUTIONS

A. Notion de revenus distribués

Constituent des revenus mobiliers les bénéfices qui sont distribués par des sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés, à savoir les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés par actions simplifiées et les sociétés à responsabilité limitée.

Les sociétés de personnes ne sont pas soumises à l'impôt des sociétés, l'imposition s'effectuant au nom de leurs associés en propor-

tion de leurs droits, dans la mesure où il s'agit notamment d'associés de sociétés en nom collectif, d'associés commandités des sociétés en commandite simple et de membres des sociétés en participation qui sont indéfiniment responsables et qui ont révélé leur identité.

Les sociétés précitées peuvent toutefois opter pour leur assujettissement à l'impôt des sociétés.

L'impôt des sociétés s'applique de toute façon à la part des commanditaires dans les sociétés en commandite simple et, dans les sociétés en participation, à la part des associés qui ne sont pas indéfiniment responsables ou dont l'identité n'a pas été révélée.

Outre les dividendes régulièrement décrétés, la loi appréhende des revenus censés distribués.

Sont considérés comme revenus distribués tous les bénéfices qui ne sont pas mis en réserve ou incorporés au capital et qui ne demeurent donc pas investis dans l'entreprise (1).

Il en est ainsi de recettes non déclarées ou encore d'une charge abusivement supportée au bénéfice soit d'un associé, soit même d'un tiers, la qualité d'associé n'étant pas requise pour qu'il y ait présomption de distribution.

En revanche, le rejet d'une charge non monétaire, telle un amortissement ou une provision, n'entraîne pas de présomption de distribution.

Sont également considérées comme distribuées les sommes ou valeurs mises à la disposition des associés et non prélevées sur les bénéfices (2).

La preuve de l'appréhension des montants par un associé doit être fournie.

Toutefois, les avances faites à des associés sont présumées expressément constituer des revenus distribués, la preuve contraire pouvant toutefois être apportée (3).

Les distributions occultes entraînent l'application d'une pénalité de 100 % du montant versé, réduite à 75 % si la société indique dans sa déclaration le montant versé (4).

(1) C.G.I., art. 109, 1, 1^o.

(2) C.G.I., art. 109, 1, 2^o.

(3) C.G.I., art. 111, *a*.

(4) C.G.I., art. 1763 A.

Cette pénalité s'applique d'ailleurs tant aux distributions occultes, telles des recettes non comptabilisées, qu'aux rémunérations occultes, versées à des tiers dont la société ne révèle pas l'identité.

B. Avoir fiscal (1)

Afin d'éviter la double imposition du bénéfice distribué, la loi accorde à l'actionnaire un avoir fiscal égal à la moitié des sommes distribuées.

Le taux de l'impôt des sociétés ayant été ramené, par des réductions successives, à 33 1/3 %, sans que le montant de l'avoir fiscal soit réduit, la double imposition économique est en principe totalement éliminée.

Exemple

	F
Bénéfice social	99
Impôt des sociétés (33 1/3 %)	33
Distribution	66
Avoir fiscal	33
Revenu imposable	99
Impôt sur le revenu supposé	40
À déduire	33
Solde d'impôt sur le revenu à payer	7

L'avoir fiscal n'est attaché qu'aux distributions régulières de sociétés ayant leur siège en France.

Il est accessible tant aux personnes physiques qu'aux sociétés, les sociétés mères pouvant toutefois opter pour un régime spécial (2).

Pour les personnes physiques, l'avoir fiscal est imputable sur l'impôt, l'excédent éventuel étant restituable.

Pour les sociétés, l'avoir fiscal est imputable, mais sans possibilité de restitution de l'excédent.

C. Précompte

Les distributions de dividendes en faveur de résidents français ne sont pas soumises à une retenue à la source.

(1) C.G.I., art. 158bis, *ter* et *quater*.

(2) Cfr *infra*.

En revanche, un impôt spécial, dénommé précompte, sera dû lorsque la distribution provient de bénéfices qui n'ont pas été soumis à l'impôt sur les sociétés au taux normal.

Tel sera le cas notamment :

- des bénéfices réalisés à l'étranger, dans les entreprises qui sont exploitées par des sociétés et qui échappent à l'impôt français en raison de la territorialité de celui-ci (1) ;
- des bénéfices taxés à un taux réduit, notamment les plus-values à long terme taxables à 18 % ;
- des bénéfices d'entreprises nouvelles, bénéficiant d'une exonération dégressive de 100 %, 75 %, 50 % et 25 % de leurs bénéfices au cours de leurs cinq premières années d'activité (2).

On constatera que, si la France exonère les bénéfices des entreprises exploitées hors de France par des sociétés françaises et confirme cette exonération dans ses conventions préventives de la double imposition, cette exonération est rendue illusoire lors de la redistribution du bénéfice, en raison de la perception du précompte.

Le précompte est également dû lorsque la distribution est prélevée sur des résultats provenant d'un exercice clos depuis plus de cinq ans, même si ces résultats ont été soumis à l'impôt au taux normal.

Le précompte est égal au montant de l'avoir fiscal, c'est-à-dire à 50 % de la somme effectivement distribuée.

Exemple

Distribution d'un bénéfice exonéré	100
Avoir fiscal	50
Imposable chez l'actionnaire	150
Précompte à verser par la société	50

En cas de distribution prélevée sur la réserve des plus values à long terme, le taux du précompte est plafonné de façon à ne correspondre qu'au complément dû pour amener l'imposition au taux normal de l'impôt des sociétés (3).

Un ordre d'imputation fiscale des sommes distribuées est obligatoire.

(1) C.G.I., art. 209, I.

(2) C.G.I., art. 44*sexies*.

(3) C.G.I., art. 223*sexies* et 1679*ter*.

Les distributions n'ouvrant pas droit à l'avoir fiscal sont imputées en premier lieu sur les postes de résultats de la dernière période d'imposition, au choix, et, en cas d'insuffisance, sur les postes de même nature des exercices antérieurs les plus récents.

Les distributions ouvrant droit à l'avoir fiscal sont imputées d'abord sur le solde disponible des bénéfices imposés au taux normal du dernier exercice clos, puis sur le solde disponible des bénéfices imposés au taux normal des exercices clos depuis cinq ans au plus, sans ordre de priorité.

La société a bien entendu intérêt à pratiquer d'abord l'imputation sur les résultats des exercices les plus anciens ; en cas d'insuffisance de tels bénéfices, l'excédent de distribution est imputé sur n'importe quel autre poste, mais le précompte devient exigible.

D. Régime des sociétés mères et filiales

Les sociétés soumises à l'impôt des sociétés, percevant des dividendes d'origine française ou étrangère, peuvent opter pour un régime d'exonération des produits d'actions de leurs filiales (1).

L'exonération est aujourd'hui totale alors que, jadis, elle laissait subsister l'imposition d'une quote-part de frais et charges égale à 5 % du dividende, avoir fiscal ou crédit d'impôt étranger compris.

Le bénéfice du régime des sociétés mères et filiales est soumis à des conditions de pourcentage de participation et de durée de détention.

La société mère doit détenir 10 % du capital de sa filiale. Le régime ne s'applique pas au produit des titres sans droit de vote (2).

Aucun pourcentage minimal n'est requis si le prix de revient de la participation est au moins de 150 millions de francs français.

Les titres doivent avoir été souscrits dès l'origine, lors de la constitution de la société ou d'une augmentation de capital ou, à défaut, faire l'objet d'un engagement de conservation pendant deux ans au moins.

Dans une situation normale, le régime des sociétés mères et filiales ne sera pas plus avantageux que celui de l'imputation de l'avoir fiscal, qui élimine totalement la double imposition économique.

Il est toutefois plus favorable dans deux hypothèses.

(1) C.G.I., art. 145.

(2) En France, actions à dividendes prioritaires sans droit de vote, certificats d'investissement.

Si la société bénéficiaire du dividende est déficitaire, le déficit sera imputé sur le dividende perçu, réduisant la perte reportable, et l'avoir fiscal sera perdu. Lorsque le dividende est exonéré dans le cadre du régime des sociétés mères et filiales, il ne subit pas l'imputation du déficit et les avoirs fiscaux seront conservés pour imputation sur le précompte (1) lors de distributions ultérieures.

Lorsque la société mère perçoit des dividendes de source étrangère, elle a intérêt à opter pour leur exonération, puisque ces dividendes ne sont pas accompagnés d'un avoir fiscal qui permettrait de compenser l'impôt sur les sociétés dû.

L'exonération ne s'applique qu'aux distributions régulières de dividendes (2).

Toutefois, *contra legem*, l'administration admet au bénéfice de l'exonération, outre les dividendes (3) :

- les distributions issues de réserves, du boni de liquidation ou d'un prix de rachat d'actions propres ;
- les avances assimilées à des revenus distribués ;
- les intérêts excédentaires de comptes courants d'associés (4).

Comme le dividende n'a pas été soumis à l'impôt, la société mère qui le redistribue devra le précompte. Elle pourra toutefois imputer sur celui-ci :

- l'avoir fiscal afférent aux dividendes de filiales françaises ;
- le crédit d'impôt étranger correspondant aux retenues à la source sur dividendes provenant de pays unis à la France par une convention préventive de la double imposition (5).

Une société mère est autorisée à imputer ses distributions par priorité sur les produits de filiales encaissés au cours des cinq derniers exercices, de façon à utiliser, en acquit du précompte, les avoirs fiscaux et crédits d'impôt correspondants.

(1) Cfr *infra*.

(2) Cons. Ét. fr., 6 juin 1984, *R.J.F.*, 1984, p. 466.

(3) Doc. adm., 4 H-2113.

(4) La détermination des intérêts excédentaires à réintégrer dans les bénéfices résulte de l'application de trois limitations (C.G.I., art. 39, 1, 3^o, et 212). Les intérêts versés à des associés ne sont pas admis en déduction si le capital de la société n'est pas entièrement libéré. Le taux maximum de ces intérêts est égal à la moyenne annuelle des taux de rendement des obligations des sociétés privées. Les associés dirigeants ou majoritaires, autres toutefois que les sociétés mères, ne peuvent avancer comme montant générateur d'intérêts déductibles qu'une fois et demie le montant du capital.

(5) C.G.I., art. 146.

Une retenue à la source de 25 %, réduite par les conventions internationales, est applicable aux dividendes distribués par des sociétés françaises à des actionnaires non résidents.

On verra que les crédits d'impôt étranger attachés aux produits de filiales sont imputables non seulement sur le précompte, mais également sur cette retenue à la source pour la quote-part revenant aux actionnaires étrangers.

E. Holdings de participations étrangères

Les sociétés holdings françaises qui ont pour objet principal la gestion de participations étrangères peuvent redistribuer les dividendes étrangers qu'elles reçoivent en exonération de précompte sans que les distributions ouvrent, dans ce cas, le droit à l'avoir fiscal.

Les conditions d'application de ce régime sont les suivantes :

- les deux tiers au moins de l'actif immobilisé de la société doivent être composés de participations étrangères ouvrant droit au régime des sociétés mères et filiales ;
- la société doit tirer au moins les deux tiers de son bénéfice comptable hors plus-values des revenus de ses participations étrangères ;
- l'activité exclusive de la société doit être la gestion d'un portefeuille de titres de participation.

Ces conditions doivent être remplies tant à la date de distribution du dividende qu'à la date de clôture de l'exercice dont les résultats sont distribués.

Si la distribution porte sur des dividendes de participations françaises et sur des dividendes de participations étrangères, l'exonération de précompte ne s'applique que pour la quotité de la distribution qui provient de participations étrangères ouvrant droit au régime des sociétés mères.

Les crédits d'impôt auxquels ont donné lieu les produits de participations étrangères sont transférés aux actionnaires de la société holding de participation. Si ces actionnaires sont non résidents, ils pourront donc les imputer sur la retenue à la source due sur la distribution du dividende.

La retenue à la source, dont le taux de droit commun est de 25 %, est portée à 50 % pour les dividendes exonérés de précompte lorsque la distribution est faite à une personne dont le domicile fiscal ou le siège est situé dans un pays n'ayant pas conclu de convention fiscale avec la France.

La majoration de retenue à la source assure l'équivalence des régimes anciens et nouveaux dans le cas d'un actionnaire et résident d'un pays sans convention.

Régime ordinaire

Distribution	99
Précompte (1/3)	33
À distribuer	66
Retenue à la source (25 %)	16,5
Dividende net	49,5

Régime des holdings de participations étrangères

Distribution	99
Précompte	—
Retenue à la source (50 %)	49,5
Dividende net	49,5

Le dividende net perçu par le non-résident est donc le même dans les deux cas. Le régime a essentiellement l'avantage de supprimer les formalités liées au remboursement du précompte ou au paiement de l'avoir fiscal et d'éviter, en trésorerie, le préfinancement de sommes ultérieurement remboursables.

ÉTATS-UNIS

Assujettissement

Avant de voir comment l'impôt sera aménagé pour prévenir la double imposition, il convient de voir dans le chef de qui il sera perçu si plusieurs personnes, notamment américaines, s'associent pour générer des revenus à l'étranger.

L'impôt des sociétés s'applique aux *corporations* ainsi qu'aux *associations* (1) qui au regard d'une série de critères ressemblent plus à des *corporations* qu'à des *partnerships* ou à des *trusts*.

Selon les Regulations (2), les critères sont (1) l'existence d'associés, (2) le but d'exercer une activité et de partager les bénéfices, (3) la continuité d'existence, (4) la centralisation de la gestion, (5) la limitation de la responsabilité au patrimoine social et (6) la libre cessibilité des parts.

Les sociétés en nom collectif (*partnerships*) sont fiscalement transparentes, les associés étant imposés directement (3).

Imposition

Trois règles de base gouvernent l'imposition des citoyens et résidents américains sur leurs revenus de source étrangère :

- Les citoyens américains, les étrangers résidant aux États-Unis, les sociétés, *trusts* et successions américains sont imposés sur tous leurs revenus, de source américaine ou étrangère.
- Ces contribuables bénéficient d'un crédit d'impôt étranger leur permettant, à certaines conditions et dans certaines limites, d'imputer sur l'impôt dû aux États-Unis l'impôt payé à l'étranger.
- Le revenu des filiales étrangères de sociétés américaines n'est en principe taxé que lorsqu'il est rapatrié sous forme de dividende. Jusqu'à ce moment, l'imposition est différée (*tax deferral*).

(1) IRC § 7701, (a), (3).

(2) § 301.7701-2, (a), (1).

(3) IRC § 701.

**CHAPITRE PREMIER. — CRÉDIT
D'IMPÔT ÉTRANGER
(FOREIGN TAX CREDIT)**

§ 1^{er}. — PRINCIPE — ORIGINE

A. Principe

Pour chaque exercice fiscal, le contribuable a le choix de déduire les taxes étrangères au titre de dépenses professionnelles (1) ou de les créditer (2), en imputant l'impôt étranger sur l'impôt américain.

Le crédit est généralement plus avantageux que la déduction. Le crédit réduit l'impôt américain d'un montant égal à celui de l'impôt étranger, tandis que la déduction ne le réduit que d'un montant égal au taux marginal d'impôt américain.

Exemple

	Revenu étranger 100
	Taux étranger 25 %
	Taux américain 28 %
Déduction	Crédit
Revenu net 75	Revenu net 100
Impôt américain 21	Impôt américain 28 – 25 = 3
Impôt total 46	Impôt total 28

En fait, de par le crédit, le revenu est imposé au plus élevé des deux taux, américain ou étranger.

B. Origine

De 1913, date de l'introduction de l'impôt sur le revenu, à 1918, les taxes étrangères étaient déductibles comme celles payées aux États de l'Union. Les Américains commerçant à l'étranger se plaindrent d'un désavantage concurrentiel par rapport aux entreprises locales, soumises au seul impôt étranger. Ils demandèrent l'exemption des revenus étrangers. Le Congrès leur accorda le crédit d'impôt.

Celui-ci avait été appliqué aux Pays-Bas dès 1892 en faveur des commerçants tirant leurs revenus des Indes néerlandaises et dans le

(1) IRC § 164.

(2) IRC § 901-908.

Royaume-Uni en 1916 en faveur des commerçants ayant payé des taxes à d'autres territoires de l'Empire.

Les États-Unis furent le premier pays à établir un crédit d'impôt étranger sur une base mondiale.

§ 2. — OBJECTIFS ET CRITIQUES

Le crédit d'impôt atteint un double objectif :

- L'équité fiscale : le contribuable américain qui tire des revenus de l'étranger ne sera pas taxé plus lourdement que celui qui a des revenus de source américaine, du moins si l'impôt étranger ne dépasse pas l'impôt américain qui serait dû sur le même montant de revenus ;
- La neutralité fiscale à l'égard de l'exportation de capital : pour autant que l'impôt étranger ne soit pas supérieur à l'impôt américain, le contribuable investira indifféremment à l'étranger ou aux États-Unis.

À diverses reprises, le bien-fondé du *deferral*, report de la taxation des bénéficiaires de sociétés étrangères contrôlées par des Américains jusqu'au moment de la distribution de leurs profits, a été mis en question. Il a été proposé de taxer les sociétés filiales comme des succursales, en accordant un crédit d'impôt général pour tous les impôts étrangers qu'elles auraient payés.

Le report de l'impôt américain à l'égard des sociétés filiales réalise l'objectif de neutralité fiscale du point de vue de l'importation de capital dans le pays étranger d'implantation (*capital import neutrality*). Il fait en sorte que la société filiale ne subisse pas de désavantage concurrentiel sur le marché étranger par rapport à ses concurrents locaux.

Ce dernier objectif est réalisé de façon générale, tant pour les succursales que pour les filiales, par les pays, essentiellement européens, qui appliquent la méthode de l'exemption des revenus d'établissements étrangers. Toutefois, cette dernière méthode ne réalise ni l'égalité de traitement entre contribuables nationaux percevant des revenus de sources nationale et étrangère, ni la neutralité fiscale entre les décisions d'investissement à l'étranger et dans le pays.

§ 3. — IMPÔTS ÉTRANGERS
SUSCEPTIBLES DE CRÉDIT

A. Impôts sur le revenu, les profits de guerre et les excédents de profits

Règle

L'assiette de l'impôt étranger doit être le revenu ou un élément du revenu et non le patrimoine, le chiffre d'affaires ou la production.

L'impôt sur la fortune, les cotisations de sécurité sociale, les taxes à la production, ne peuvent être crédités.

L'impôt levé sur la valeur locative d'une résidence, en l'absence de revenu, n'est pas considéré comme un impôt sur le revenu. Le pré-compte immobilier belge, par exemple, n'est pas considéré comme un impôt sur le revenu donnant ouverture au crédit, même pour sa partie imputable en droit belge sur l'impôt global : en effet, cette partie n'est pas assise sur une base distincte (1).

L'impôt russe sur les profits peut être considéré comme un impôt sur le revenu net bien qu'il rejette certaines déductions, notamment les intérêts sur d'autres prêts que ceux contractés auprès de banques russes et les rémunérations dépassant quatre fois le salaire minimum du secteur. Les restrictions à la déductibilité des intérêts et des rémunérations existent en effet dans d'autres systèmes (2).

Exclusions expresses : revenus pétroliers

Certains paiements relatifs à l'achat et à la vente de pétrole ou de gaz extraits à l'étranger ne pourront être considérés comme des impôts, même si l'État étranger accepte, souvent à la demande du contribuable, de les désigner comme tels. Ces paiements seront en fait traités comme un supplément de prix du pétrole ou du gaz lorsque le contribuable n'a pas d'intérêt économique dans le pétrole ou le gaz en question et que l'achat ou la vente s'effectue à un prix qui ne correspond pas à la valeur vénale (3).

(1) *Technical advice memorandum* 8524009.

(2) TRINKLEIN, « The US-Russia Tax Treaty : Has the Foreign Tax Credit Issue been Resolved ? », *Tax Notes International*, 1992, p. 699.

(3) IRC § 901, (f).

B. Taxes payées au lieu d'un impôt sur le revenu

En 1942, l'interprétation restrictive de l'administration quant à la notion d'impôt étranger sur le revenu susceptible de crédit amena le législateur à étendre celui-ci à l'impôt étranger levé au lieu d'un impôt sur le revenu (1). Cette disposition devait permettre de créditer les taxes sur les recettes brutes et autres impôts analogues établis en raison des difficultés administratives liées à la perception d'un impôt sur le revenu.

L'administration subordonne toutefois l'octroi de ce crédit aux trois conditions suivantes :

- une loi générale d'impôts sur le revenu est en vigueur dans le pays étranger ;
- le contribuable y serait soumis en l'absence de la disposition spéciale qui lui est applicable ;
- le contribuable n'est pas soumis à l'impôt général sur le revenu (2).

Les provinces canadiennes levaient des taxes basées sur les primes perçues par les compagnies d'assurance sur la vie depuis le 19^e siècle, avant même l'instauration des impôts sur le revenu. Ces taxes basées sur les primes brutes ont été considérées comme des impôts levés au lieu d'impôts sur le revenu, bien qu'elles soient historiquement antérieures, dès lors que les compagnies d'assurances étaient exonérées de l'impôt des sociétés.

Une taxe analogue payée par une compagnie d'assurances-accidents a été exclue du bénéfice du crédit parce que la société était également soumise à l'impôt sur le revenu.

§ 4. — CONTRIBUTABLE AYANT DROIT AU CRÉDIT

A. Crédit direct

Peuvent prétendre au crédit d'impôt étranger les citoyens et résidents des États-Unis, les sociétés américaines, les membres d'une association ou les bénéficiaires d'une succession ou d'un *trust* en ce qui concerne leur part des impôts étrangers payés par l'association ou la succession.

(1) IRC § 903.

(2) Reg. § 1.903-1.

En dehors de l'hypothèse du crédit d'impôt indirect, seul le redevable lui-même a droit au crédit.

B. Crédit indirect (*Deemed paid credit*)

Par exception à la règle que seul peut créditer l'impôt étranger celui qui l'a payé, les sociétés américaines sont autorisées à créditer l'impôt payé par une société filiale dont elles possèdent au moins 10 % des actions bénéficiant du droit de vote (1).

Ce crédit est étendu aux impôts étrangers payés par une filiale au second ou au troisième degré, remplissant la même condition de détention par sa société mère de 10 % au moins des actions disposant du droit de vote, à la condition supplémentaire que la société dispose indirectement de la propriété de 5 % au moins du capital des filiales du second et troisième degrés. En d'autres termes, le pourcentage d'actions disposant du droit de vote détenu par la société américaine dans la première filiale étrangère, multiplié par le pourcentage du même capital détenu par la première filiale étrangère dans la seconde filiale étrangère, doit atteindre 5 % au moins. Le cas échéant, ce pourcentage, multiplié par le pourcentage du même capital détenu par la seconde filiale étrangère dans la troisième filiale étrangère doit atteindre également 5 %.

Par exemple, une société mère détenant 40 % des actions d'une filiale, qui elle-même possède 10 % du capital d'une sous-filiale, ne pourra bénéficier du crédit d'impôt pour les taxes étrangères payées par la sous-filiale : son intérêt indirect dans la sous-filiale n'est que de 4 %.

Le but du crédit indirect est de ne pas soumettre à une charge fiscale plus élevée la société qui opère à l'étranger par l'intermédiaire d'une filiale et celle qui y opère par l'intermédiaire de succursales.

Exemple

Revenu étranger	1.000
Impôt étranger	300
Taux d'impôt américain	35 %

(1) IRC § 902.

Succursales		Filiales (sans crédit indirect)	
Impôt américain	350	Revenu distribué	700
crédit d'impôt (-300)			
Impôt américain		700 × 35 %	245
solde	50		
Charge fiscale totale :		Charge fiscale totale :	
300 + 50 =	350	300 + 245 =	545

Le crédit indirect est accordé lorsqu'un dividende est distribué à la société mère américaine. Celle-ci est censée avoir payé une proportion de l'impôt étranger égale au rapport entre les dividendes distribués pendant l'exercice et les profits accumulés de la société étrangère, diminués de l'impôt étranger payé.

Le crédit est calculé comme suit :

$$\frac{\text{Impôt étranger relatif aux profits accumulés} \times \text{dividende}}{\text{profit accumulés} - \text{impôt étranger}}$$

Le montant de l'impôt étranger créditable est ajouté au dividende net pour constituer le revenu taxable (1).

Exemple : la filiale européenne d'une société américaine a payé un impôt de 30 % sur un profit de 100 \$, soit 30 \$.

Elle distribue un dividende de 35 \$, soit la moitié du profit restant après impôt (70 \$). Le crédit d'impôt étranger est de :

$$30 \$ \times \frac{35 \$}{70 \$} = 15 \$$$

Le revenu taxable est : 35 \$ (dividende) + 15 \$ (crédit) = 50 \$.

De plus, les profits de tous les exercices postérieurs à 1986 sont groupés en un *pool* (*pooling of earnings and profits*) : on évite ainsi que le contribuable programme la distribution du dividende pendant l'année où il paie un impôt étranger élevé par rapport à un profit faible. Les anciennes règles restent applicables aux distributions de réserves antérieures (2).

(1) IRC § 78 ; *grossing-up*.

(2) KRAMER et MCGILL, « The Indirect Foreign Tax Credit after the Tax Reform Act of 1986 », *International Tax Journal*, vol. 14, 1987-1988, p. 5.

Exemple

Année	Profits avant impôt étranger	Impôt étranger	Profits après impôt étranger	Distribution
1987	100	—	100	—
1988	100	50	50	50

Si la distribution est traitée comme provenant des revenus de l'exercice 1988, le crédit est de :

$$50 \times \frac{50}{50} = 50$$

S'il y a *pooling*, il est de :

$$50 \times \frac{50}{150} = 17$$

§ 5. — LIMITATION DU MONTANT DU CRÉDIT

A. Limitation globale

Le montant du crédit d'impôt étranger est limité afin d'éviter qu'il dépasse le montant de l'impôt américain dû sur le revenu étranger (1). Le contribuable doit appliquer une limitation globale.

En application de la limitation globale, le crédit d'impôt étranger ne peut dépasser le montant suivant :

$$\frac{\text{Impôt américain sur revenu imposable total} \times \text{Revenu imposable de sources extérieures aux États-Unis}}{\text{Revenu imposable total}}$$

En application de la limitation par pays, abrogée en 1976, le crédit d'impôt étranger ne pouvait dépasser le montant suivant :

$$\frac{\text{Impôt américain sur revenu imposable total} \times \text{Revenu tirant sa source du pays étranger considéré}}{\text{Revenu imposable total}}$$

(1) IRC § 904 ; HUSSEY II, PALMER et ZUCKER, « The Foreign Tax Credit : An Historical Perspective », *Tax Planning International Review*, 1985, vol. 12, n° 7, p. 5 ; GIBSON, « United States : Limitations on the Foreign Tax Credit », *B.I.F.D.*, 1989, p. 423.

La limitation globale est plus avantageuse si le taux de certains impôts étrangers excède le taux américain. Elle permet de faire une moyenne avec les taux d'impôts qui lui sont inférieurs.

La limitation par pays était préférable si des pertes étaient encourues dans un pays. La perte ne réduisait pas la limitation applicable à l'impôt perçu dans un autre pays étranger, à condition que la perte n'excède pas le revenu de source américaine. La limitation globale, au contraire, réduira le crédit quand existe une perte étrangère.

Exemple

Société X :

— revenu français	1.000 ;	impôt français : 60 % =	600
— revenu belge	1.000 ;	impôt belge : 30 % =	300
— revenu américain	1.000 ;	impôt américain : 35 % =	350

Limitation par pays :

Impôt normal US : chaque fois

$$1050 \times \frac{1000}{3000} = 350$$

Excédent de crédit d'impôt français = 600 - 350 = 250

Excédent de limitation belge = 300 - 350 = -50

Limitation globale :

Impôt normal US = 3000 × 35 % = 1050

$$\text{Limitation} = 1050 \times \frac{2000}{3000} = 700$$

Excédent de crédit d'impôt étranger : (600 + 300) - 700 = 200

Le montant du revenu imposable est déterminé conformément aux règles fiscales américaines.

L'excédent d'impôt étranger, montant dépassant la limitation, peut être reporté aux deux années précédentes et aux cinq années suivantes, à concurrence de l'excédent de limitation disponible pendant ces années.

Le résultat de la limitation est la perception de l'impôt sur le revenu étranger au plus élevé des deux taux, américain ou étranger.

B. Limitation par paniers

En 1986, le Congrès a été soucieux de limiter les compensations entre taux plus élevés et moins élevés que le taux américain : compte tenu de l'abaissement de celui-ci, les contribuables auraient pu générer artificiellement des revenus étrangers peu taxés, par exemple en plaçant leurs fonds à l'étranger, pour utiliser pleinement le crédit correspondant à l'impôt étranger dû sur leurs revenus commerciaux. Au lieu de revenir à la limitation par pays, le législateur a multiplié les limitations distinctes.

À côté du « panier » général (*overall basket*), des « paniers » distincts sont créés pour divers types de revenus. Dans chacun d'eux, la limite du crédit doit être calculée séparément (1).

1. Revenus passifs

Les revenus passifs comprennent notamment les dividendes, intérêts, loyers et redevances, certaines plus-values et bénéfices de change, ainsi que les revenus censés distribués par des sociétés étrangères contrôlées à plus de 50 %.

Exceptions

- les dividendes, intérêts, loyers et redevances attribués ou les revenus censés distribués par une société étrangère contrôlée ne constituent pas un revenu passif en soi, mais conservent la nature qu'ils avaient dans le chef de la filiale (*look-through rule*) ;
- les loyers et redevances reçus de personnes indépendantes dans un commerce actif sont exclus du panier ;
- il en est de même de l'intérêt perçu dans le financement d'exportations ;
- le revenu passif soumis à un taux étranger supérieur au taux américain est enlevé du panier des revenus passifs et placé dans le panier général (*High-tax kick-out rule*). Le calcul se fait sur base du revenu net, après déduction des dépenses qui s'y rapportent.

2. Intérêts à retenue à la source élevée

L'intérêt soumis à une retenue à la source étrangère élevée (*high withholding tax interest*), c'est-à-dire supérieure à 5 %, est également placé dans un panier distinct.

(1) IRC § 904, (d).

3. *Revenu de services financiers*

Le revenu de services financiers, tels la banque ou l'assurance, constitue un panier séparé. Si cette activité est l'activité prédominante du contribuable, le revenu passif de la première catégorie y est rattaché.

4. *Revenu de la navigation (shipping income)*

Le revenu de la navigation maritime ou aérienne est aussi considéré séparément.

5. *Revenu de sociétés étrangères non contrôlées*

Les dividendes de filiales dont la société mère détient de 10 % — seuil pour le crédit indirect — à 50 % des actions font l'objet, pour chaque filiale, d'un panier séparé.

6. *Revenus liés au pétrole*

La séparation des revenus pétroliers est ancienne. Le but est d'éviter que l'augmentation du prix du pétrole étranger soit déguisée dans les pays producteurs sous forme d'impôts énormes, qui élimineraient, par le mécanisme du crédit, l'impôt américain.

De plus, en ce qui concerne le revenu même de l'extraction du pétrole et du gaz, le montant du crédit ne pourra dépasser, en ce qui concerne les sociétés, le taux maximum de l'impôt américain (1).

C. Pertes

1. *Pertes étrangères*

Les pertes étrangères sont, si elles ont été déduites du revenu américain, récupérées ultérieurement en traitant comme revenu de source américaine le revenu étranger ultérieur du contribuable, sans dépasser toutefois 50 % de ce revenu de source étrangère pendant un exercice ultérieur (2). Compte tenu de la limitation par panier, la perte étrangère subie dans un panier réduira d'abord proportionnellement le revenu étranger de tous les autres paniers. L'excédent éventuel réduira le revenu de source américaine.

(1) IRC § 907, (c).

(2) IRC § 904, (F), (1).

Ultérieurement, quand un revenu de source étrangère sera réalisé dans le panier où a été subie la perte, il sera requalifié de façon à compenser la perte déduite antérieurement dans les autres paniers.

2. Pertes américaines

Une perte américaine réduit proportionnellement le revenu étranger dans les différents paniers. Aucune requalification du revenu de source américaine en revenu de source étrangère n'a lieu ultérieurement, la perte de crédit d'impôt étranger étant permanente.

CHAPITRE II. — EXEMPTION DU REVENU GAGNÉ À L'ÉTRANGER

Comme les États-Unis sont l'un des seuls pays à imposer leurs ressortissants sur base de la nationalité, les Américains vivant à l'étranger ont réclamé une exonération applicable au moins à leurs rémunérations.

Leurs employeurs, les sociétés multinationales, les ont soutenus, car ils assument généralement les charges fiscales supplémentaires résultant de l'expatriation de leur personnel.

Peuvent prétendre à l'exonération (1) :

- les citoyens américains résidant à l'étranger ;
- les citoyens ou résidents américains présents à l'étranger pendant 330 jours (\pm 11 mois) au cours de 12 mois consécutifs.

Le montant exclu du revenu gagné (*foreign earned income*) est de 70.000 \$ qui sont soustraits des tranches supérieures du revenu, sans qu'il en soit tenu compte pour déterminer le taux progressif applicable aux autres revenus. Une seconde exclusion s'applique aux frais de logement remboursés par l'employeur et dépassant un montant de base.

Les déductions pour frais professionnels et le crédit d'impôt étranger sont refusés dans la proportion du revenu exclu.

(1) IRC § 911.

PAYS-BAS

CHAPITRE PREMIER. — REVENUS D'IMMEUBLES ET D'ÉTABLISSEMENTS ÉTRANGERS

Le revenu d'établissements stables et d'immeubles situés à l'étranger est exonéré d'impôts si le contribuable est soumis à l'impôt à l'étranger.

L'exemption se calcule par réduction de l'impôt proportionnelle au rapport entre ce revenu et le revenu total :

$$\begin{array}{rcc} & \text{Réduction} & \\ \text{Impôt néerlandais dû en} & & \text{Revenu de succursales} \\ \text{principe sur revenu mondial} & \times & \text{étrangères} \\ & & \hline & & \text{revenu mondial} \end{array}$$

Cette disposition de droit interne est confirmée par les traités.

Les pertes étrangères doivent d'abord être déduites du revenu étranger, quelle que soit son origine. Certains traités (France) s'y opposent et exonèrent le profit, même si une perte existe dans un autre pays.

Pour une personne physique, la réserve de progressivité impliquée par la formule aura pour résultat que l'impôt au revenu néerlandais sera plus élevé en raison de l'existence du revenu étranger.

La formule implique aussi que les pertes étrangères sont déduites du revenu néerlandais. Elles seront ensuite, s'il s'agit de pertes supportées pendant les huit années précédentes, déduites du revenu étranger constituant le numérateur de la fraction. À défaut, elles seraient déduites deux fois.

Exemple

année 1 ^{er} :	
revenu néerlandais	200.000 fl
perte étrangère	100.000 fl
revenu imposable	100.000 fl

impôt 100.000 fl \times 40 % = 40.000 fl

année 2 :

revenu néerlandais 200.000 fl

revenu étranger 200.000 fl

revenu imposable 400.000 fl

impôt avant réduction : 400.000 fl \times 40 % = 160.000 fl

$$\text{Réduction } \frac{(200.000 - 100.000)}{400.000} \times 160.000 =$$

$$\frac{100.000}{400.000} \times 160.000 = 40.000$$

Impôt après réduction : 160.000 - 40.000 = 120.000 fl.

Pendant les deux années, l'impôt perçu aura été de 40.000 + 120.000 = 160.000, soit l'impôt afférent au revenu néerlandais des deux années ou 200.000 + 200.000 = 400.000.

Si le contribuable a une perte aux Pays-Bas et un bénéfice à l'étranger, la réduction est égale à l'impôt néerlandais sur le revenu net. L'excédent du revenu étranger sur la perte néerlandaise peut être reporté pendant huit ans.

CHAPITRE II. — REVENUS MOBILIERS EN GÉNÉRAL

§ 1^{er}. — SOCIÉTÉS RÉSIDENTES

Les dividendes, intérêts et redevances de source étrangère sont imposables sur leur montant net de retenue étrangère. Une imputation de l'impôt étranger sur l'impôt néerlandais n'existe que lorsque les dividendes, intérêts ou redevances proviennent de pays en développement ou lorsqu'un traité la prévoit.

Le crédit n'est accordé que si le revenu est soumis à un impôt étranger et est limité à une proportion de l'impôt hollandais équivalente au rapport entre le revenu en question et le revenu total. Pour le crédit de droit interne, le calcul se fait globalement et, pour le crédit conventionnel, par pays.

L'excédent de crédit peut être reporté pendant huit ans.

Les dividendes de source étrangère ne donnent droit à une imputation d'impôt étranger que si l'exemption de participation ne s'applique pas.

CHAPITRE III. — DIVIDENDES ET PLUS-VALUES SUR ACTIONS

§ 1^{er}. — EXEMPTION DE PARTICIPATION

L'exemption de participation aboutit à l'exonération des dividendes produits par une participation et des plus-values réalisées sur une participation par une société néerlandaise (1).

Les conditions d'application du régime sont liées au pourcentage et à la nature de la participation, certaines conditions ne s'appliquant en outre qu'aux participations dans des sociétés étrangères.

1. La société mère doit détenir une participation de 5 % au moins du capital nominal libéré de la filiale si celle-ci est une société par actions. Les parts bénéficiaires (*winstbewijzen*) sont assimilées à une participation.

L'exemption s'applique également si la société mère est membre d'une coopérative ou d'une association sur base coopérative, sans qu'un minimum de participation soit ici prévu.

2. La participation ne peut pas être détenue à titre de stock (*voorraad*). Il s'agit de participations dues en vue de la revente dans des sociétés de trésorerie (*kasgeld* — *BV's*), sociétés qui ne détiennent que des liquidités et dont des banques ou des banques ou des institutions financières se rendent maîtresses en vue de les revendre. La plus-value sur les titres de semblables sociétés est plutôt assimilable à une commission qu'à une plus-value sur titres.

Cette disposition ne vise pas les sociétés qui exploitent une véritable entreprise ou possèdent des immeubles.

3. Si la participation est détenue dans une société ou entité étrangère, elle ne peut consister dans un simple placement (*belegging*).

En effet, l'exemption de participation n'est pas applicable à une participation détenue dans une institution de placement (*belegging*-

(1) Wet Vpb, art. 13. BROOD, « Netherlands : The participation exemption : present and future », *B.I.F.D.*, 1988, p. 369 ; VAN BRUNSCHOT et VAN WEEGHEL, « Netherlands : participation exemption revised », *Eur. Tax.*, 1990, p. 234 ; BOON, « The Holding Regime in the Netherlands », *International Tax Journal*, vol. 18, 1991-1992, n° 4, p. 48.

sinstelling). Le législateur a dès lors voulu exclure également les participations dans les organismes de placement étrangers.

De façon surprenante, un arrêt du Hoge Raad a confirmé le refus de l'exemption de participation à une société holding néerlandaise au motif qu'il n'existait pas de liens entre les activités de la société mère et de la filiale : la participation s'analysait donc, d'après la Cour, en un simple placement (1).

Afin de limiter les effets de la doctrine erronée de cet arrêt, le secrétaire d'État aux Finances a émis une résolution aux termes de laquelle il ne peut être question de placement si la société mère exerce une fonction essentielle au service du groupe dont elle fait partie, soit au sommet, soit à un stade intermédiaire.

Dans le cas d'une holding intermédiaire, cette condition est remplie par la seule existence de son rôle de liaison entre l'activité de la société mère et celle de la sous-filiale. Dans le cas d'une holding de tête, la fonction essentielle s'identifie notamment avec les activités de la société mère sur le plan de l'administration, de la gestion ou des finances (2).

4. Si la participation est détenue dans une société ou entité étrangère, celle-ci doit être soumise à un impôt sur le bénéfice. Il doit s'agir d'un impôt perçu au niveau national et non pas de l'impôt d'un pouvoir régional ou local. L'impôt doit être levé sur le bénéfice et non sur certaines sources de revenus.

Cette condition s'explique par l'utilisation de l'exemption de participation comme mesure préventive de la double imposition. Il n'est de double imposition à éviter que si un impôt est perçu sur les bénéfices après déduction des frais.

Les frais liés à la participation ne sont déductibles que s'ils ont produit un bénéfice taxable aux Pays-Bas. Il résulte de cette disposition générale que les frais liés à une participation néerlandaise seront déductibles. Les frais liés à une participation étrangère dont les revenus sont exonérés ne le seront pas.

En ce qui concerne une participation dans une société étrangère dont les revenus seraient en principe imposables, il est toutefois précisé que les frais n'en seront déductibles que dans la mesure des revenus imposables produits par la participation.

(1) H.R., 7 novembre 1973, *B.N.B.*, 1974, 2.

(2) Résolution du 15 octobre 1974, n° B74/21516, *B.N.B.*, 1975/11.

Les frais non déduits sont reportables indéfiniment (1).

§ 2. — PERTES DE LIQUIDATION

Par exception, les pertes de liquidation sont déductibles (2). En effet, il serait inéquitable que la perte ne puisse être déduite ni par la société filiale en raison de sa liquidation, ni par la société mère, alors que ces deux sociétés sont considérées comme formant une unité économique. Les bénéfices ne sont pris en compte qu'une fois. Il est logique que les pertes soient prises en compte au moins une fois.

Le montant de la perte déductible est égal au montant « sacrifié » (*opgeofferd*) diminué des distributions de liquidation reçues. Pour déterminer le montant sacrifié, à savoir la valeur d'acquisition de la participation, il faut tenir compte non seulement des augmentations et réductions du capital par remboursement aux actionnaires, mais également des dividendes afférents aux réserves, exprimées ou occultes, qui existaient au moment de l'acquisition de la participation et ont donc été achetés (*meegekocht*) avec celle-ci. Les réserves acquises et ultérieurement distribuées doivent être déduites du prix payé pour déterminer la valeur d'acquisition.

Sont assimilés aux distributions de liquidation :

- les revenus générés par la participation pendant les cinq ans précédant l'arrêt de l'entreprise et pendant les années suivant cet arrêt ;
- si, entre la sixième et la dixième année précédant l'arrêt des activités, la filiale a enregistré une perte comptable (non fiscale), les revenus tirés de la participation pendant l'année en question (3).

Il est donc supposé que les distributions précédant la liquidation d'une société en perte auront vraisemblablement été faites au moyen des fonds originellement investis et donc du montant sacrifié, qu'il y a lieu de réduire à due concurrence. Le législateur a voulu réagir contre la pratique suivante : une société mère finance un investissement risqué dans une filiale par un prêt plutôt que par du capital. Elle peut éventuellement acter une réduction de valeur sur sa créance en cas de difficultés de la filiale empêchant le remboursement. Ulté-

(1) Vpb, art. 13a.

(2) Certaines conditions particulières sont toutefois exigées en cas de liquidation d'une filiale établie à l'étranger (participation d'au moins 25 %, détention des titres durant cinq ans, etc.).

(3) Wet Vpb, art. 13 d.

riurement, si les affaires se redressent, elle pourrait convertir sa créance en capital sans conséquences fiscales puisque la valeur des parts émises serait à ce moment-là nulle (1). L'exemption de participation s'appliquerait aux plus-values ou aux dividendes ultérieurs produits par les actions.

Une réduction de valeur sur créances est dès lors ajoutée aux bénéfices de la société mère dans les cas suivants :

- la créance est transformée en capital, parts bénéficiaires ou autres droits sociaux ;
- la créance est aliénée en faveur d'un contribuable apparenté ;
- la créance est aliénée en faveur d'un contribuable étranger ou de l'établissement étranger exonéré d'une entreprise néerlandaise, exonéré en raison de mesures préventives de la double imposition.

Le lien entre entreprises se détermine par la possession d'un intérêt d'un tiers détenu par l'une dans l'autre ou par une tierce entreprise dans les deux.

En cas d'aliénation à une entreprise apparentée néerlandaise, le ministre des Finances peut accorder une dérogation moyennant observation de conditions proposées à cette occasion.

L'inclusion dans le bénéfice a également lieu :

- s'il est renoncé à la créance ;
- si l'entreprise débitrice est cédée à une entreprise affiliée (2).

§ 3. — TRANSFORMATION D'UN ÉTABLISSEMENT STABLE EN FILIALE

Si les pertes d'un établissement stable étranger ont été déduites du bénéfice néerlandais, elles font l'objet d'une reprise si l'établissement stable est ultérieurement transformé en filiale : les revenus produits par la participation seront taxables à concurrence des pertes antérieurement déduites pendant les huit années précédentes au titre de l'établissement stable.

La taxation a lieu immédiatement dans les circonstances suivantes :

- aliénation de la participation à une entité liée ;
- aliénation par la filiale de son entreprise ou d'une partie de son entreprise à une autre entité liée à la société mère ;

(1) H.R., 26 avril 1978, *B.N.B.*, 1978, 140.

(2) Wet Vpb, art. 13b.

- diminution de la part de la société mère dans les produits de la participation en raison de l'acquisition d'un intérêt par une entité étrangère liée ;
- transfert de la participation à une entreprise étrangère exonérée en vertu d'une réglementation préventive de la double imposition.

L'addition du revenu à celui de l'entreprise n'entraîne pas la déductibilité des frais relatifs à la participation : il n'est pas, à cette fin, considéré comme un revenu imposable aux Pays-Bas (1).

§ 4. — MISE EN VIGUEUR DE LA DIRECTIVE CEE MÈRES-FILIALES

Le législateur néerlandais se borne bien entendu à introduire les modifications qui permettent de rendre, selon lui, la législation néerlandaise, qui anticipait déjà très largement sur le régime de la directive, pleinement conforme à celle-ci.

L'exemption de participation est rendue applicable même si la participation s'analyse en un placement dès lors qu'elle représente 25 % au moins du capital nominal libéré d'une société établie dans la CEE et qu'il est satisfait aux conditions suivantes :

- la société filiale est soumise, sans possibilité de choix, sans exonération et sans application d'un régime particulier à un impôt sur les sociétés dans le pays de son siège ;
- la société mère et la société filiale revêtent l'une des formes sociales prévues par la directive en son annexe ;
- la société mère et la société filiale ne sont pas considérées, en exécution d'un traité préventif de la double imposition, comme ayant leur siège en dehors de la CEE.

Dans ces hypothèses, l'exemption de participation s'applique non seulement aux dividendes, mais également aux plus-values.

La législation néerlandaise va donc à cet égard au-delà de la directive.

Cette extension est particulièrement importante, car la loi néerlandaise exige, en ce qui concerne les participations dans des sociétés dont 90 % des actifs consistent en investissements, une réévaluation annuelle de la participation à sa valeur vénale (2).

(1) Wet Vpb, art. 13c.

(2) Wet Vpb, art. 28b.

La loi néerlandaise substitue en outre le critère d'une détention de 25 % des droits de vote au critère de détention de 25 % du capital libéré lorsqu'un traité préventif de la double imposition conclu par les Pays-Bas subordonne la réduction de la retenue à la source sur dividende à la détention d'un pourcentage de participation défini par rapport au droit de vote.

Tel est le cas du traité conclu avec le Royaume-Uni. Toutefois ce traité prend en considération les participations directes ou indirectes auxquelles sont attachés 25 % des droits de vote. La législation nouvelle ne vise que les participations directes.

En ce qui concerne les traités conclus avec l'Allemagne et l'Italie, leur référence au droit de vote ou au capital n'est pas claire car elle vise un pourcentage des actions dotées du droit de vote.

On peut se demander si l'exigence que l'impôt sur les sociétés soit perçu dans le pays où la société est établie est conforme à la directive qui semble prendre en considération l'impôt qui serait perçu dans tout pays de la CEE et pas seulement dans celui du siège. Certains considèrent qu'il pourrait s'agir d'une disposition préventive des fraudes ou abus, conforme à l'article 1.2 de la directive (1).

Il est également douteux que la directive permette d'exclure les filiales qui sont soumises à un régime particulier. Le ministre considère à nouveau qu'il s'agit d'une disposition préventive des fraudes ou abus. Cette thèse est douteuse dès lors que la directive définit elle-même le critère d'assujettissement à l'impôt des sociétés comme excluant seulement les sociétés qui peuvent opter pour l'imposition des personnes physiques ou qui sont exonérées de l'impôt des sociétés.

Les actions détenues à titre de stock seront toujours exclues de l'exemption de participation, le ministre considérant à nouveau qu'il s'agit d'une disposition préventive des fraudes et abus. Cette thèse est également douteuse dès lors que les Pays-Bas n'ont pas fait usage de la faculté de soumettre le bénéficiaire de la directive à une condition de durée de détention des titres. Ils venaient en effet d'abroger la condition de détention depuis le début de l'exercice prévue dans leur droit interne pour l'application de l'exemption de participation. Dès lors que la directive prévoit la faculté d'imposer une condition de détention de deux ans, on peut se demander si elle n'a pas réglé de cette

(1) VAN DER GELD, « De EEG moeder-dochter richtlijn », *Fiscaal Ondernemingsrecht*, 1992, p. 101.

façon-là, à l'exclusion de toute autre, le cas des actions détenues à titre de stock.

Une dernière pratique de droit néerlandais qui est peut-être contraire à la directive est la compartementalisation, en vertu de laquelle les plus-values réalisées sur les actions sont soumises au régime applicable à l'époque où les bénéfices distribués ont été gagnés et non au régime applicable au moment de la distribution ou de la réalisation des profits dans le chef de la société mère.

LUXEMBOURG

CHAPITRE PREMIER. — RÈGLES GÉNÉRALES

En l'absence de traité, le Grand-Duché de Luxembourg impose ses résidents sur base mondiale en accordant un crédit pour impôts étrangers (1). Le crédit ne peut excéder l'impôt luxembourgeois calculé sur les revenus de source étrangère. La limite d'imputation est calculée pays par pays.

Pour les revenus mobiliers, le contribuable peut opter pour un calcul du crédit sur base mondiale (2). Dans ce cas, les taux étrangers imputables ne peuvent dépasser 25 % et le crédit accordé ne peut dépasser 20 % de l'impôt total avant l'imputation du crédit (3).

Il semble que, même en cas d'application du régime des sociétés mères et filiales, la retenue à la source étrangère puisse donner lieu à imputation.

L'excédent de crédit non imputable est déductible comme charge. Les traités appliquent généralement aux établissements stables étrangers la méthode de l'exemption.

Les salariés étrangers de banques bénéficient d'un régime privilégié, assorti d'une déduction spéciale.

(1) L.I.R., art. 134bis. Cfr circ. adm. n° 77 du 18 juillet 1980.

(2) DIERCKX, « La double imposition des banques luxembourgeoises et les conventions préventives de doubles impositions conclues par le Luxembourg », in *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, 1994, t. I^{er}, pp. 374-377.

(3) Règlement grand-ducal du 26 mai 1979. Si une convention internationale prévoit le *tax sparing*, seule la retenue à la source réelle pourra être comprise dans l'imputation globale.

CHAPITRE II. — RÉGIME DES SOCIÉTÉS MÈRES ET FILIALES

Section 1. — Impôt sur le revenu des collectivités

§ 1^{er}. — DIVIDENDES

Les dividendes distribués par une société filiale, luxembourgeoise ou étrangère, à une société mère luxembourgeoise sont exonérés d'impôt sur le revenu des collectivités et d'impôt commercial communal dans le chef de cette dernière (1).

L'exonération ne s'applique qu'aux dividendes distribués par une société dont le capital est divisé en actions à une autre société dont le capital est divisé en actions (société anonyme, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée).

La loi se référant à la définition du dividende pour l'impôt des sociétés (2) et non pour l'impôt sur le revenu (3), les distributions de liquidation sont expressément assimilées à des dividendes.

La notion de dividende recouvre toutes les distributions dépendant des profits de la filiale, y compris les distributions occultes et les revenus d'obligations participantes.

Pour bénéficier de l'exemption, la société mère doit détenir dans le capital de sa filiale une participation atteignant 10 % de ce capital ou ayant une valeur de 50 millions de francs luxembourgeois (4).

Si la participation est détenue dans une société luxembourgeoise, la détention doit être directe.

Si elle est détenue dans une société étrangère, elle peut être indirecte : l'exemption s'applique également lorsque plusieurs sociétés résidentes détiennent dans une société non-résidente au moins 10 % du capital ou une participation de 50 millions de francs et que l'une des sociétés résidentes détient au moins 50 % des parts des autres sociétés résidentes.

(1) L.I.R., art. 166.

(2) L.I.R., art. 164 (2).

(3) L.I.R., art. 97 (1) (1).

(4) Décrets grand-ducaux du 22 avril 1986 et du 27 mai 1988, pris en application de l'article 166 L.I.R., réduisant l'exigence initiale d'une participation de 25 %.

L'exemption est soumise à une condition de détention précédant et suivant la distribution du dividende.

L'exonération ne s'applique que si la participation a été détenue par la société mère depuis le début de son exercice comptable et n'est maintenue que pour la participation conservée pendant une période de 12 mois au moins précédant la clôture de son exercice.

Si donc une société mère détient 10 % d'une filiale du 1^{er} janvier au 15 juin, date de distribution du dividende, et en aliène ensuite 5 %, l'exemption ne s'appliquera qu'à 5 % du dividende.

L'exemption n'est accordée que si la société filiale est une société luxembourgeoise soumise pleinement à l'impôt, à l'exclusion donc des sociétés holdings et des organismes de placement collectif, ou une société étrangère pleinement soumise à un impôt correspondant à l'impôt luxembourgeois.

L'établissement stable luxembourgeois d'une société étrangère ne pourra bénéficier de l'exemption, car il n'est pas soumis à l'impôt « pleinement », c'est-à-dire sur son revenu mondial.

Un impôt étranger de 15 % au minimum sera considéré comme correspondant à l'impôt luxembourgeois.

L'exemption des dividendes entraîne la non-déductibilité des dépenses d'exploitation (1) et notamment des intérêts. Toutefois, si ces dépenses dépassent les dividendes exonérés perçus pendant le même exercice, l'excédent sera déductible.

Si une moins-value de liquidation est actée sur la filiale, l'exonération ne s'applique pas.

§ 2. — PLUS-VALUES

À partir du 1^{er} janvier 1991, l'exonération des sociétés mères a été étendue aux plus-values réalisées par elles sur les participations détenues dans leurs filiales (2). L'exemption sera accordée si la société mère a dans sa filiale une participation dépassant 25 % du capital

(1) L.I.R. art. 45, al. 2.

(2) Règlement grand-ducal du 24 décembre 1990 pris en application de l'article 166.5 L.I.R. ; E. BRUIN, « The New Holding Company, Modern Fashion of an Older Principle », *Eur. Tax*, 1991, p. 99 ; FELTGEN, MOLITOR et QUAGHEBEUR, « De financiële participatievennootschappen in het Groot-Hertogdom Luxemburg », *T.F.R.*, 1992, p. 43 ; WINANDY, « Holding of Participations by Luxembourg Companies », *Tax Planning International Review*, 1992, n° 1, p. 15.

social ou dont le prix d'acquisition dépasse 250 millions de francs luxembourgeois.

Il est requis que la participation ait été détenue pendant une durée de douze mois précédant le début de l'exercice au cours duquel se situe l'aliénation.

L'exonération ne s'applique pas dans la mesure où la plus-value correspond à une moins-value antérieurement actée sur la participation ou à une réduction fiscale de son prix d'acquisition, quand l'acquisition de la participation a servi au remploi du prix de vente d'un autre immobilisé réalisé avec plus-value et a abouti ainsi à exonérer cette plus-value (1).

L'exemption d'une plus-value sur participation moyennant réinvestissement n'est pas soumise aux mêmes conditions de détention que l'exonération générale. Il s'agit toutefois d'un report d'imposition plutôt que d'une exonération.

L'exonération sera également refusée dans la mesure où des moins-values ont été actées sur des créances résultant de prêts à la filiale.

Comme aux Pays-Bas, le législateur a voulu éviter qu'une filiale soit financée par des prêts pendant les années difficiles et, après amortissement des créances, par du capital pendant les années prospères, avec la conséquence que la plus-value sur titres serait exonérée. Le raisonnement n'a pas été étendu, comme aux Pays-Bas, aux dividendes.

Il semble que, si la participation est vendue, l'acquéreur ne doit pas faire taxer la plus-value à concurrence de la réduction de valeur sur participation ou sur créance actée par l'ancien propriétaire, contrairement à ce que prévoit la législation néerlandaise.

Nonobstant l'exonération des plus-values, les moins-values et réductions de valeur sur participations restent déductibles.

Traités

La convention franco-luxembourgeoise prévoit le transfert de l'avoir fiscal aux actionnaires luxembourgeois autres que des sociétés mères, sous déduction de la retenue à la source de 15 % sur le dividende et l'avoir fiscal, et le remboursement du précompte français aux résidents luxembourgeois qui ne peuvent bénéficier de l'avoir fiscal, le remboursement du précompte étant également considéré

(1) L.I.R., art. 53-54.

comme un dividende et soumis à retenue à la source au taux de 15 % en France.

Section 2. — Impôt sur la fortune

Les participations répondant aux conditions de détention prévues pour l'exonération de l'impôt sur les revenus des collectivités sont également exclues de la base des impôts sur la fortune, nationale et municipale (1), à savoir l'impôt sur la fortune et l'impôt commercial communal sur le capital d'exploitation.

La société filiale doit être soumise à l'impôt dans son pays de résidence, mais il ne doit pas s'agir d'un impôt sur la fortune : un assujettissement à l'impôt sur le revenu est suffisant.

La période de détention requise est définie de façon spéciale : elle commence avec l'exercice fiscal précédant l'année en cours ou douze mois avant la date d'établissement de l'impôt, se situant au 1^{er} janvier de l'année en cours, si ce second calcul remonte à une date antérieure à celle qui résulte du premier calcul. La période de référence se calcule par rapport à la date d'établissement de l'impôt.

De plus, seules les actions qui ont été détenues de façon continue pendant une période de douze mois au moins précédant la date d'établissement de l'impôt donnent droit à l'exemption (2). Toutefois, il a été prévu que l'exigence de détention pendant l'exercice précédant l'année en cours ne s'appliquait pas aux participations acquises pendant l'année au cours de laquelle la société mère devenait assujettie à l'impôt au Luxembourg, soit parce qu'elle y était constituée, soit parce qu'elle perdait son statut de société holding privilégié.

L'exonération s'appliquera donc pendant l'année suivant la première année d'existence de la société (3).

Les dettes relatives à l'acquisition de la participation sont également exclues pour le calcul de la valeur.

(1) Loi sur l'évaluation, art. 60.

(2) Décret d'exécution de la loi d'évaluation, art. 52.

(3) Loi d'évaluation, art. 60, § 1^{er}, a, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1991. Toutefois, en raison d'une différence de rédaction, l'exemption ne s'appliquera pas à la taxe communale sur la fortune. Cette taxe est due non pas, comme l'impôt national, au 1^{er} janvier de l'année suivant l'assujettissement à l'impôt, mais pour le premier mois suivant cet assujettissement.

Pour le seul impôt commercial communal sur le capital d'exploitation, les participations dans les sociétés de capitaux résidentes sont à déduire du capital d'exploitation sans condition de durée de détention (1).

(1) Loi sur l'impôt commercial, § 12 (3), 3.

ROYAUME-UNI

CHAPITRE PREMIER. — PRÉVENTION DE LA DOUBLE IMPOSITION ÉCONOMIQUE

§ 1^{er}. — ADVANCE CORPORATION TAX

A. Historique et description

Avant 1965

Il n'existait pas d'impôt des sociétés comme tel. Les bénéfices des sociétés étaient soumis à :

- l'*income tax* au taux standard ;
- un impôt supplémentaire applicable aux sociétés, la *profits tax*.

Quand une société distribuait un dividende, elle retenait l'impôt au taux standard (en 1963-64, 38,75 %) et pouvait déduire le montant ainsi retenu de l'impôt qu'elle devait elle-même.

L'actionnaire était considéré comme ayant reçu le dividende augmenté de l'impôt au taux standard, mais il était aussi considéré comme ayant acquitté l'impôt au taux standard. S'il était encore redevable de la *surtax*, il la payait. S'il devait payer moins que le taux standard, il recevait un remboursement.

La société supportait en fait la *profits tax* (en 1963-64, 15 %) sur l'ensemble de ses bénéfices, mais l'*income tax* sur ses seuls bénéfices réservés. Sur les bénéfices distribués, l'*income tax* au taux standard n'était supportée qu'une seule fois, par l'actionnaire.

1965-1973

En 1965, un système classique d'impôt des sociétés fut adopté. La *corporation tax* était due à un taux qui varia entre 40 et 45 %. L'actionnaire était soumis sans allègement à l'impôt sur le revenu qui lui était distribué. La société retenait l'impôt de l'actionnaire au taux standard lors de la distribution, mais devait le verser au Trésor au lieu de le conserver comme jadis. L'actionnaire avait droit à un crédit

de ce montant. Une société qui distribuait tous ses bénéfices les voyait donc soumis à un impôt total de :

impôt des sociétés : $100 \times 40 \%$	40,00 %
retenue de l'impôt sur le revenu au taux standard :	
$60 \times 38,75 \%$	<u>23,25 %</u>

Le système devait encourager la mise en réserve des bénéfices. Il incitait au financement par emprunt de préférence à l'émission d'actions.

1973

En 1973, un système d'imputation fut introduit. Le dividende est assorti d'un crédit d'impôt correspondant à l'application du taux de base de l'impôt à l'ensemble formé par le dividende et le crédit.

Crédit = taux de base de l'impôt \times (dividende + impôt au taux de base).

Si le taux de base est de 25 %, le crédit d'impôt est de :

$25 \% \times (75 \times 25) = 25 \%$ du dividende brut ou $25/75$ du dividende net.

L'actionnaire individuel est imposable sur le total composé du dividende et du crédit. Il impute le crédit sur son impôt. L'excédent éventuel lui est remboursé.

Puisque le crédit de l'actionnaire est la compensation d'un impôt payé par la société, le fisc doit s'assurer que cet impôt est payé.

Ainsi, en France, où un avoir fiscal de 50 % du dividende est accordé à l'actionnaire, un précompte égal au montant de l'avoir fiscal ($1/3$ du bénéfice) est dû si la distribution s'opère au moyen de bénéfices qui n'ont pas subi l'impôt des sociétés.

Comme l'impôt des sociétés est payable en cours d'exercice, le précompte n'est qu'un complément.

Le problème est plus aigu en Angleterre, car l'impôt des sociétés n'est pas payable anticipativement en cours d'exercice, mais neuf mois après la clôture de l'exercice.

Les dividendes sont donc distribués — et le crédit d'impôt est utilisé par l'actionnaire — avant le paiement de l'impôt des sociétés.

La société doit donc, lors de la distribution, payer au Trésor un montant égal au crédit : l'*advance corporation tax* (ACT) (1). L'ACT est le « gage » du crédit attaché aux dividendes.

La société peut déduire l'ACT de l'impôt final qu'elle doit sur ses profits. L'impôt restant dû après cette déduction est la *mainstream corporation tax* (MCT).

Le total du dividende (*qualifying distribution*) et de l'ACT est un *franked payment*.

L'utilisation de l'ACT est double.

L'actionnaire — personne physique ou société — peut imputer l'ACT sur l'impôt qu'il doit ; l'excédent est remboursable pour les personnes physiques (2), reportable pour les sociétés (3).

Exemple

Une société déclare un dividende de 80

Profit de la société	100
À déduire : ACT $80 \times 20/80$	20
Dividende net payé à l'actionnaire	80
Crédit d'impôt égal au dividende net multiplié par le taux d'ACT : $80 \times 20/80$	20
Revenu imposable	100

Si l'actionnaire n'est taxable qu'au taux de base, son impôt est couvert.

La société distributrice peut imputer l'ACT sur l'impôt des sociétés dont elle est redevable :

Bénéfice	100
Impôt des sociétés	33
À déduire : ACT	<u>20</u>
<i>Mainstream corporation tax</i>	13

On voit donc que l'impôt des sociétés reste inchangé, l'allègement de la double imposition du dividende étant transféré à l'actionnaire sous forme de crédit d'impôt. Au contraire, dans le système du double taux, par exemple en Allemagne, l'allègement se fait au niveau de la société, qui est taxée à un taux réduit sur le revenu distribué ; l'actionnaire demeure taxable sur la totalité du dividende.

(1) TA 1988, § 14.

(2) TA 1988, s. 231.

(3) TA 1988, s. 241.

Exemple

Bénéfice social	100.000
Dividende	45.000
ACT $45.000 \times 20/80$	11.250
Impôt des sociétés :	
$100.000 \times 33 \%$	33.000
Moins ACT	<u>-11.250</u>
<i>Mainstream Corporation Tax</i>	21.750

Dividende reçu par un actionnaire bénéficiaire d'1/1000 du dividende :

	45
ACT	<u>11,25</u>
Revenu taxable de l'actionnaire	33,75
Si son taux d'impôt est de 40 %, il paie :	
Impôt $33,75 \times 40 \%$ =	13,5
Solde	<u>-11,25</u>
Solde	2,25

S'il n'est pas soumis à l'impôt, le fisc lui rembourse 11,25.

Si société veut refinancer au moyen de son seul bénéfice de 100 la distribution et les 33 % d'impôt englobant l'ACT et la MCT, elle pourra distribuer un dividende de 67.

L'ACT sera de :

$$\frac{67 \times 20}{75} = 16,75$$

La MCT sera de $33 - 16,75 = 16,25$.

B. Limites de la déduction de l'ACT de l'impôt des sociétés

L'ACT imputable sur l'impôt des sociétés est limitée de façon à ce que le total de l'ACT et de la distribution ne dépasse pas le bénéfice de l'exercice. En d'autres mots, le montant maximum d'ACT imputable est celui qui aurait été payable si la société avait fait un *franked payment* égal à tout son bénéfice taxable.

La limite joue lorsque la société distribue, outre son bénéfice de l'exercice, des bénéfices mis en réserve lors d'exercices précédents ou lorsqu'elle distribue des bénéfices annulés fiscalement par des *capital allowances*.

L'autre limite, résultant de ce que l'ACT n'était pas imputable sur la partie de l'impôt assise sur les gains en capital, a disparu avec l'unification des taux.

Le maximum d'ACT imputable sera de 20 % et le minimum de *mainstream corporation tax* dû de $33 - 20 = 13$ %.

Exemple

Bénéfice imposable	100.000
Dividende	140.000
ACT $140.000 \times 20/80$	35.000
Limite 100.000×20 %	20.000

En effet, une distribution de 80.000 entraînant une ACT de 20.000 absorberait le bénéfice de 100.000.

Impôt des sociétés	33.000
Moins ACT limitée	<u>-20.000</u>

L'ACT non imputée peut être reportée sur les six exercices précédents, avec remboursements de l'impôt des sociétés de ces exercices, puis, si un excédent subsiste, sur les exercices suivants sans limitation de temps (1).

Dans le domaine interne, la non-imputation d'ACT résulte essentiellement de la différence entre bénéfice comptable ou bénéfice distribuable, incluant les réserves d'années antérieures, et bénéfices imposables de l'exercice. Le report dans le passé reconnaît le fait que des dividendes sont distribués au moyen de bénéfices antérieurs, qui ont déjà subi l'impôt : il est normal que l'ACT réduise cet impôt et que celui-ci soit donc remboursé.

Le report dans l'avenir reconnaît le fait que, si le revenu imposable de l'exercice est inférieur au revenu comptable, l'impôt n'est vraisemblablement que différé et sera payé ultérieurement. Il est donc normal qu'au moment de son paiement, il soit diminué de l'ACT payée au cours de l'exercice de distribution.

§ 2. — FRANKED INVESTMENT INCOME (FII)

Les dividendes payés par une société britannique à une autre ne sont plus soumis à l'impôt des sociétés dans le chef de la société qui les reçoit : le dividende plus l'ACT constituent du *franked investment income*. L'ACT correspondante ne peut être remboursée à la société

(1) TA 1988, s. 239.

qui reçoit le dividende, mais elle peut être déduite de l'ACT due sur la redistribution (1).

L'actionnaire ultime bénéficiera du crédit d'impôt correspondant à l'ACT.

L'ACT ne doit être payée par la société redistributrice que dans la mesure où le dividende distribué, majoré de l'ACT (*franked payment*), dépasse le *franked investment income*. Le *franked investment income* est donc utilisé pour dispenser (*to frank*) les distributions faites par la société.

Cette situation peut être comparée à l'imputation sur le précompte français de l'avoir fiscal attachée aux dividendes de filiales.

Si la société a un surplus de *franked investment income*, elle peut le reporter aux exercices ultérieurs et l'imputer sur de futurs *franked payments* ou imputer sur ce surplus, traité alors comme un profit, une perte de l'exercice. L'ACT attachée à ce surplus est alors remboursée (2).

La perte ne serait donc utilisée fiscalement qu'au taux de base de l'impôt sur le revenu qui est celui de l'ACT, et non au taux de l'impôt des sociétés. Cependant, si la situation se modifie au cours des exercices ultérieurs, elle pourra être rétablie par une compensation en sens inverse :

- lors d'un exercice bénéficiaire, accompagné d'une distribution, l'ACT remboursée sera déduite de l'ACT qui peut être imputée sur l'impôt des sociétés ;
- si les *franked payments* de la société dépassent son *franked investment income*, la partie de la perte qui a été traitée comme revenu au cours de l'exercice précédent sera, à concurrence du surplus des *franked payments*, considérée à nouveau comme perte et déduite du bénéfice soumis à l'impôt des sociétés (3).

(1) TA 1988, s. 2308 et 238.

(2) TA 1988, s. 242.

(3) TA 1988, s. 242.

Exemple (1)

Exercice 1	
Perte	140.000
Excédent de FII	<u>-20.000</u>
Perte reportée	120.000
Remboursement d'ACT $20.000 \times 25 \%$	5.000
Exercice 2	
Profit	240.000
Moins : perte reportée	<u>-120.000</u>
	120.000
Excédent de <i>franked payments</i>	40.000
À déduire du profit	-20.000
Profit imposable	100.000
ACT $40.000 \times 25 \%$	10.000
ACT imputable sur MCT	10.000
Moins : crédit d'impôt exercice 1	<u>5.000</u>
	5.000
Impôt 100.000×15	33.000
Moins ACT	<u>5.000</u>
MCT	28.000

§ 3. — FISCALITÉ DE GROUPE

A. Définition

Un groupe se définit, selon les cas, par 50, 70 ou 90 % de détention, directe ou indirecte, du capital d'une filiale.

Dans un consortium, plusieurs sociétés détiennent chacune 5 % et ensemble 75 % du capital d'une autre.

B. Group income

Une filiale à 51 % ou une société détenue par un consortium à 75 % peut choisir de payer des dividendes à sa société mère (ou à une société dont la société mère est aussi une filiale à 51 %) sans retenue d'ACT (2). L'exemption ne s'applique pas si les actions détenues sont

(1) Taux ancien d'ACT : 25 %.

(2) TA 1988, s. 247.

des actifs commerciaux, dont la vente donnerait lieu à profit commercial et non à plus-value.

Le dividende constitue alors du *group income* et non du *franked investment income*. L'ACT est due lors de sa redistribution. Aucun crédit n'est attaché au premier dividende. Cela évite à la société distributrice de préfinancer l'ACT.

Exemple

	<i>FII</i>	<i>Groupe income</i>
Dividende payé par la société A à la société B	80.000	100.000
ACT	20.000	—
Impôt des sociétés	—	—
Redistribution par la société B à ses actionnaires individuels	80.000	80.000
ACT		20.000
Crédit d'impôt des actionnaires individuels	20.000	20.000

C. Transfert d'ACT

Il peut arriver qu'une société mère doive payer de l'ACT et n'ait pas de profit, tandis que sa filiale a réalisé un profit, mais ne doit pas, faute de distribution, payer d'ACT.

La loi a prévu qu'une société mère peut transférer (*to surrender*) l'ACT qu'elle a payée à une filiale à 51 %. Ce transfert peut avoir lieu qu'il y ait excédent d'ACT sur l'impôt des sociétés ou non.

La filiale pourra l'imputer sur son propre impôt des sociétés ou la reporter à des exercices futurs, mais non à des exercices antérieurs. Elle ne pourra elle-même la transférer (1).

La filiale peut effectuer un paiement à sa société mère, égal au montant de l'ACT transférée. Le paiement est sans influence sur le bénéfice tant de la filiale que de la mère.

Cette possibilité existe au sein d'un groupe, non d'un consortium.

(1) TA 1988, s. 240.

§ 4. — CLOSE COMPANIES

Une société est une *close company* si elle est sous le contrôle de cinq participants ou sous celui de ses administrateurs ou si plus de la moitié de ses bénéfices est ou devrait être distribuée à cinq participants ou à ses administrateurs (1).

Le régime qui élargissait la base taxable, considérait les réserves comme des dividendes et assujettissait à l'ACT les prêts aux participants, a largement perdu sa raison d'être avec l'abaissement généralisé des taux d'impôt et l'élargissement de l'imposition des gains en capital.

À compter du 1^{er} mars 1989, seul subsiste un régime particulier pour les *close investment holding companies* (2). La définition subsiste, mais elle est assortie d'exceptions excluant en fait les sociétés commerciales et les sociétés d'investissement s'intégrant dans les activités d'un groupe (3).

Les sociétés visées ne bénéficient pas des taux réduits d'impôt et voient tous leurs bénéfices taxés à 33 %.

En principe, l'ACT est imputable, en tout cas s'il n'existait qu'une catégorie d'actions et que personne n'a renoncé aux dividendes qui lui revenaient. Mais si les distributions ont été manipulées, par exemple de façon à acheminer les dividendes vers des bénéficiaires non imposables, l'inspecteur des contributions pourra imposer une ACT complémentaire et en limiter l'imputation (4).

§ 5. — GROUP RELIEF : TRANSFERTS DE CHARGES ET D'ACTIFS

Le droit à certaines déductions fiscales (*relief*) (déficits commerciaux, *capital allowances*, *charges on income*) peut être transféré (5) par une société (*surrendering company*) à une autre (*the claimant company*) :

- dans un groupe à 75 % : de mère à filiale, de filiale à mère et entre sociétés sœurs,
- dans un consortium : de la filiale aux membres du consortium au prorata de leurs droits.

(1) TA 1988, s. 414 (i).

(2) TA 1988, s. 414 (2) — (2D) nouvelle.

(3) TA 1988, s. 13A, nouvelle.

(4) TA 1988, s. 231.

(5) TA 1988, s. 402.

Les actifs peuvent être cédés dans un groupe à 75 % sans reconnaissance de gain ou de perte.

En revanche, les pertes en capital ne peuvent être transférées d'une société à une autre. Dès lors, il peut être judicieux que le groupe charge une société de détenir tous les actifs immobilisés du groupe, de façon à pouvoir compenser gains et pertes en capital.

Les immobilisés peuvent cependant être transférés entre sociétés du groupe en franchise d'impôt, même en vue de la vente à une société tierce.

Le transfert d'une perte peut s'accompagner d'un paiement correspondant, qui n'est pas pris en compte sur le plan fiscal.

Le *group relief* n'est possible qu'entre sociétés résidentes. Il est parfois soutenu, dans ce cadre, qu'une société étrangère est dirigée et contrôlée au Royaume-Uni : elle peut alors bénéficier du *group relief*.

Les pertes commerciales résultant d'activités étrangères (cédule D, catégorie V) ne peuvent se voir appliquer le *group relief*.

CHAPITRE II. — IMPOSITION DES REVENUS DE SOURCE ÉTRANGÈRE

§ 1^{er}. — PRINCIPE

Les résidents anglais sont imposables sur leurs revenus de source étrangère :

Cédule C : titres émis par les États étrangers ;

Cédule D :

catégorie IV : autres titres étrangers

catégorie V : possessions extérieures au Royaume-Uni

catégorie VI : plus-values sur intérêts substantiels dans des *offshore funds* ;

Cédule E : rémunération d'origine étrangère.

L'impôt des sociétés est levé sur tous les revenus couverts par la Cédule D, catégories I à VI.

§ 2. — CRÉDIT D'IMPÔT ÉTRANGER

Les impôts étrangers sont imputables sur l'impôt britannique, dans la limite de l'impôt britannique dû sur le même revenu. Le crédit s'applique notamment aux impôts locaux (1).

Le calcul est fait par pays d'origine et par source de revenu dans le pays.

L'excédent est reportable.

Un crédit pour impôts sous-jacents (*underlying tax*) ayant frappé les bénéficiaires de la société distributrice est accordé à la société anglaise qui en reçoit des dividendes et possède 10 % des droits de vote.

Le même crédit s'applique pour les sous-filiales, en chaîne.

Il n'est pas requis, comme aux États-Unis, que la première société mère ait un pourcentage de participation directe ou indirecte minimum dans la dernière filiale.

Le système produit deux phénomènes qui peuvent être qualifiés d'*overspill* :

(1) TA 1988, s. 790.

1. La limitation par pays et par source ne permet pas, comme la limitation globale, de faire une moyenne entre les impôts étrangers dont les taux sont supérieurs et inférieurs au taux britannique. Il en résulte une perte de crédit dès qu'un taux étranger est supérieur au taux britannique.

La solution consiste à créer une filiale étrangère, par exemple aux Pays-Bas, qui recevra les revenus de source étrangère et les transformera en un revenu de source unique.

2. Deux imputations doivent être faites sur l'impôt des sociétés :

— l'ACT

— le crédit d'impôt étranger (*double tax relief* — DTR).

Jadis, l'ACT était imputée en premier lieu. Il en résultait fréquemment une perte de crédit d'impôt étranger pour les sociétés ayant des revenus étrangers.

Actuellement, le crédit d'impôt étranger peut être imputé par priorité à l'ACT sur la partie de l'impôt des sociétés qui correspond au revenu étranger.

Si l'impôt étranger dépasse la limite de l'ACT imputable sur l'impôt des sociétés (25 %), l'imputation d'ACT sera limitée à la portion de l'impôt des sociétés excédant le crédit d'impôt étranger. L'excédent d'ACT est reportable (1).

(1) GAMMIE, « Imputation Systems and Foreign Income, The UK Surplus Act Problem and its Relationship to European Corporate Tax Harmonisation », *Intertax*, 1991, p. 545 ; *Id.*, « Solutions to the UK Surplus Advance Corporation Tax Problem ? », *Intertax*, 1993, p. 340 ; McMELLON et HICKS, « Surplus Advance Corporation Tax in the UK — A Domestic and An International Problem », *Tax Planning International Review*, 1993, n° 3, p. 16.

Exemple

	<i>Revenu britannique</i> 300	<i>Revenu étranger</i> 100	<i>Revenu total</i> 400
Impôt des sociétés 35 % (1)	105	35	140
Crédit d'impôt étranger	_____	25	25
Impôt restant dû après C.I. étranger	105	10	115
ACT limitée à 30 % du revenu	60		60
ACT limitée à l'impôt des sociétés restant après C.I. étranger	_____	10	_____
Impôt des sociétés dû après ACT	45	0	45

Une société ne recevant que du revenu étranger et le redistribuant sera en situation d'excédent d'ACT permanent.

Exemple

Revenu d'une filiale étrangère

100 – Impôt étranger	30
Retenue à la source étrangère 5 %	–3,5
Dividende net	66,5
<i>Corporation tax</i> due $100 \times 33 \% =$	33
Excédent de crédit d'impôt étranger perdu	
$30 + 3,5 - 33 =$	0,5
Redistribution de 66,5 :	
ACT $\frac{66,5 \times 20}{80} =$	16,62
Dividende $66,5 - 16,62 =$	49,88

Les impôts étrangers peuvent également être déduits, par exemple si le crédit n'est pas possible.

(1) Ancien taux.

§ 3. — FOREIGN INCOME DIVIDENDS (FID)

Depuis le 1^{er} juillet 1994, un palliatif a été introduit pour éviter l'accumulation d'ACT excédentaire (1).

Si une société paie un dividende au moyen de revenus distribuables provenant de revenus étrangers donnant droit à un crédit d'impôt étranger, elle devra sans doute verser l'ACT au Trésor, mais cette ACT sera non seulement imputable sur l'impôt des sociétés, mais aussi remboursable dans la mesure où le bénéficiaire distribué a subi un impôt à l'étranger. Si l'impôt étranger est égal à l'impôt britannique, le remboursement sera total.

Pour un dividende étranger de 100 ayant subi dans le chef de la société étrangère distributrice un impôt de 33, la société mère anglaise peut distribuer un FID de 67, égal à son bénéficiaire distribuable et récupérer totalement l'ACT de 20 due lors de la redistribution.

La compensation sera également permise entre le dividende distribué par une société et le revenu étranger d'une de ses filiales détenue à 51 %.

L'actionnaire final ne bénéficiera pas d'un crédit d'impôt, mais sera dispensé de payer l'impôt au taux de base ou au taux inférieur.

La société pourra augmenter son dividende du montant de l'ACT et payer 100 % là où elle aurait payé 80 % et 20 % d'ACT.

Pour une société actionnaire, le dividende ne constituera pas du *franked investment income*.

§ 4. — INTERNATIONAL HEADQUARTERS COMPANIES (IHCs)

Si une société anglaise peut être qualifiée d'*International Headquarter company*, elle pourra distribuer un *Foreign Income Dividend* sans obligation de verser l'ACT (2).

L'ACT sera toutefois due s'il apparaît ensuite que le dividende ne peut être compensé avec du revenu étranger.

Trois critères permettent à une société de revendiquer le statut d'IHC.

(1) GAMMIE, « Solutions to the UK Surplus Advance Corporation Tax Problems ? Budget Changes and Proposals for Foreign Income Dividends », *Intertax*, 1993, p. 340 ; TODD, « UK improves recovery of ACT », *International Tax Review*, mai 1994, p. 8.

(2) TOMSETT, « United Kingdom : Holding Companies Regime », *B.I.F.D.*, 1993, p. 599.

a) La société britannique sera une IHC si elle est détenue à 100 % par une société détenue à l'étranger.

Une société est détenue à l'étranger si 80 % au moins de son pouvoir vital sont détenus par des non-résidents ou si elle est détenue à 100 % par une société répondant à cette condition.

Une condition supplémentaire de propriété finale s'applique : les titres ne peuvent, au travers d'une chaîne de sociétés, être pour plus de 20 % la propriété ultime de résidents britanniques.

b) Une société britannique peut aussi obtenir le statut d'IHC si elle est détenue à 100 % par une société mère cotée sur une bourse étrangère reconnue, même si la détention est indirecte.

c) Enfin, une société bénéficiera du statut si chaque actionnaire détient 5 % de son pouvoir vital au moins et si au moins 80 % de son pouvoir vital sont aux mains de sociétés détenues à l'étranger ou d'individus non résidents.

La condition de propriété finale doit également être remplie.

§ 5. — EXEMPTION EN CAS DE TRAVAIL À L'ÉTRANGER

Le résident britannique qui séjourne à l'étranger pour y travailler pendant une période continue de 365 jours, coïncidant ou non avec l'année fiscale, voit ses émoluments entièrement exonérés.

§ 6. — CAPITAL GAINS TAX

Les plus-values réalisées par des personnes qui ne sont pas domiciliées au Royaume-Uni, bien que résidents ou résidents ordinaires, ne sont imposées que si elles sont rapatriées (*remittance basis*).

Les personnes qui ne sont ni résidents ni résidents ordinaires ne sont taxées que sur les plus-values concernant des biens qui font partie d'une succursale située au Royaume-Uni.

ALLEMAGNE

Les personnes physiques et les sociétés assujetties à l'obligation fiscale illimitée voient l'impôt assis sur leurs revenus mondiaux. La double imposition internationale découlant de cette règle est, en droit interne, évitée par l'octroi d'un crédit d'impôt. Cependant, les conventions internationales conclues par l'Allemagne adoptent généralement la méthode de l'exemption.

CHAPITRE PREMIER. — DROIT INTERNE

§ 1^{er}. — CRÉDIT D'IMPÔT ÉTRANGER

L'obligation fiscale illimitée sur le revenu mondial a pour corollaire l'imputation (*Anrechnung*) sur l'impôt allemand de l'impôt étranger correspondant au revenu d'origine étrangère (1). La logique de ce système a été partiellement étendue à l'impôt sous-jacent aux revenus d'actions étrangères, ainsi qu'à l'impôt étranger frappant des revenus recueillis en Allemagne par des contribuables soumis à l'obligation fiscale limitée.

A. Crédit direct

L'impôt payé à l'étranger est imputé d'office sur l'impôt dû en Allemagne. L'imputation de l'impôt étranger n'est permise que si celui-ci est assis sur des revenus considérés en Allemagne comme étant de source étrangère et correspond dans son principe à l'impôt allemand sur le revenu ou sur les sociétés.

L'imputation connaît diverses limites :

- le crédit ne peut excéder la quotité de l'impôt allemand correspondant au revenu ayant sa source dans le pays étranger consi-

(1) EStG § 34c ; KStG § 26 I.

- déré (1) ; ce plafond est calculé pays par pays (2) ; le revenu étranger est reconstruit selon les règles du droit fiscal allemand (3) ;
- seul l'impôt effectivement payé à l'étranger peut être imputé : un crédit d'impôt fictif (*tax sparing credit*) n'est pas accordé en considération des réductions d'impôt consenties par l'État étranger ;
 - le crédit n'est utilisable que si un impôt est dû en Allemagne : si les pertes subies en Allemagne excèdent le revenu étranger, l'imputation ne sera pas possible et le crédit ne pourra être reporté à d'autres exercices.

B. Crédit indirect

Au titre de crédit direct, les sociétés allemandes peuvent imputer la retenue à la source opérée à l'étranger sur les dividendes distribués par leurs filiales. Elles peuvent en outre imputer l'impôt des sociétés étranger supporté par la filiale sur leur part proportionnelle (*Einkunstteil*) (4).

La double imposition économique est donc évitée, plutôt que par une exemption des dividendes distribués de société à société, par un mécanisme de crédit d'impôt indirect.

L'imputation n'est permise que si la société mère est soumise à l'obligation fiscale illimitée en Allemagne et détient au moins 10 % du capital de la filiale, et ce depuis au moins douze mois avant la fin de l'exercice au cours duquel le dividende est distribué.

L'imputation ne concerne que les filiales « actives » au sens du § 8 I (1)-(6) et II AStG et non les sociétés-relais. Le résultat brut de la filiale devra provenir exclusivement ou presque exclusivement soit de son exploitation personnelle, soit de dividendes reçus de filiales actives dans lesquelles elle détient une participation de 25 % au moins.

L'imputation est accordée à concurrence de l'impôt étranger, proportionnellement, d'une part, à la participation de la société mère au

(1) Pour les sociétés, le calcul s'effectue sur base du taux d'imposition le plus élevé. La répartition des revenus d'actions étrangères entre les différentes catégories de « capital distribuable » (*verwendbares Eigenkapital*) est soumise à des règles assez complexes.

(2) EStDV § 68a, 2° al.

(3) Ainsi, ne sera pas pris en considération l'impôt étranger sur un revenu exonéré en Allemagne, telle une plus-value à long terme réalisée par un particulier sur une vente de terrain (WILKE, *Lehrbuch des internationalen Steuerrechts*, 2° éd., 1985, p. 35).

(4) KStG § 26.

capital de la filiale et, d'autre part, au rapport entre le dividende reçu et le bénéfice distribuable de la filiale ; le montant imputable ne peut excéder l'impôt allemand correspondant.

La société doit établir par pièces tant le montant de l'impôt payé à l'étranger par sa filiale que celui du bénéfice distribuable de celle-ci.

Le montant imputable est ajouté au revenu taxable en Allemagne (*Aufstockungsbetrag*) : à défaut il en résulterait pour la société mère un double avantage, puisque l'impôt étranger serait à la fois déduit du montant imposable en Allemagne et imputable sur l'impôt dû dans ce pays.

Lorsque la filiale est établie dans un pays en voie de développement, il est présumé que l'impôt étranger imputable est égal à l'impôt dû en Allemagne au titre des dividendes (1). Ces dividendes sont donc, en fait, exonérés en Allemagne.

Si une sous-filiale distribue un dividende à une filiale qui le redistribue à la société mère allemande, celle-ci pourra imputer sa part de l'impôt étranger subi par la sous-filiale comme si le dividende lui avait été distribué directement. Le bénéfice de ce régime est subordonné à la double condition que la participation immédiate comporte au moins 10 % du capital de la sous-filiale et que celle-ci soit une société « active ».

Le crédit indirect est imputé après le crédit direct.

Plus-values sur participations étrangères

Les plus-values sur participations étrangères de 10 % au moins sont exonérées si les dividendes de la participation ont pu bénéficier soit du crédit indirect de droit interne, soit de l'exonération prévue par le traité applicable. Ces plus-values sont toutefois taxables à concurrence des moins-values ou réductions de valeurs actées antérieurement à la réalisation de la plus-value.

Les pertes en capital demeurent déductibles.

Les intérêts encourus en relation avec le revenu exonéré, dividende ou plus-value, ne sont pas déductibles.

(1) KStG § 26 III.

§ 2. — DIVIDENDES PROVENANT DE PARTICIPATIONS
ÉTRANGÈRES

Les dividendes perçus par les sociétés allemandes qui proviennent d'une participation dans une société étrangère et qui ont été taxés peuvent être redistribués en exemption d'impôt par les sociétés allemandes. La moins-value éventuelle résultant de l'attribution de ces dividendes n'est pas déductible. Ce régime d'exemption, qui a été introduit par la réforme fiscale du 9 juillet 1993 (Standortsicherungs-gesetz), est entré en vigueur à partir du 1^{er} janvier 1994.

§ 3. — DÉDUCTION DES IMPÔTS ÉTRANGERS

Si l'imputation de l'impôt étranger n'est pas permise ou si le contribuable le demande, l'impôt prélevé à l'étranger sera déduit du revenu imposable en Allemagne (1).

§ 4. — REMISE D'IMPÔT
ET IMPOSITION FORFAITAIRE

Lorsque des motifs économiques le justifient ou que l'imputation de l'impôt étranger est particulièrement difficile, l'administration peut remettre l'impôt en tout ou en partie ou l'établir forfaitairement (*Pauschalierung*) (2).

Les contribuables résidents, imposables de façon illimitée sur leur patrimoine mondial, peuvent imputer les impôts étrangers sur la fortune, dans la limite de l'impôt allemand correspondant à la fortune étrangère (3).

(1) EStG § 34c (2).

(2) EStG § 34c (5).

(3) VStG 11.

CHAPITRE II. — TRAITÉS

Les conventions fiscales conclues par l'Allemagne adoptent généralement les principes suivants :

- les revenus obtenus à l'intervention d'un établissement stable étranger sont exonérés, et ne donnent donc pas lieu à crédit d'impôt ;
- les retenues à la source étrangères donnent lieu à imputation dans les conditions du droit interne ;
- en cas de participation importante (en général, 25 % au moins), la retenue à la source est réduite, voire supprimée et l'imposition en Allemagne exclue (réapparition du *Schachtelprivileg*, disparu en droit interne) ; des conditions supplémentaires sont parfois prévues pour priver de cet avantage les dividendes de sociétés-relais (1) ;
- le crédit d'impôt fictif (*tax sparing credit*) est accordé dans les relations avec les pays en voie de développement.

Aux termes de la convention avec la Suisse, les salariés sont imposés dans leur pays de résidence. Eu égard à la politique suisse en matière d'immigration, l'Allemagne ne doit pas craindre une grande perte de matière imposable.

Déduction des pertes étrangères d'établissements stables

En vertu du principe d'exonération généralement adopté par les conventions fiscales, les pertes subies dans un établissement stable situé dans un pays à convention ne devraient pas être prises en compte en Allemagne. La déduction de ces pertes est cependant permise, sur demande du contribuable (2).

Ces pertes doivent être réintégrées au bénéfice allemand :

- lorsque le résultat de l'établissement étranger redevient positif, sauf si l'établissement ne peut se prévaloir localement d'un report déficitaire ;

(1) Belgique, article 23, 1(H) 3° ; Suisse, article 24 (i), i, b.

(2) EStg § 2a, III, IV.

- lorsque l'établissement étranger est transformé en filiale, sauf si la filiale ne peut — ce qui sera généralement le cas — se prévaloir localement des pertes de l'établissement auquel elle succède.

SUISSE

§ 1^{er}. — ÉTABLISSEMENTS STABLES À L'ÉTRANGER

Le revenu d'établissement stables étrangers est exempté (1), comme le revenu d'établissements situés dans d'autres cantons que celui du siège est exonéré d'impôts cantonaux dans le canton de l'assujettissement illimité (2).

Il en est de même des revenus d'immeubles situés hors du pays ou du canton en cas de concours de juridictions cantonales.

L'exemption ne dépend pas, sur le plan fédéral et dans la plupart des cantons, d'une imposition effective à l'étranger.

La Suisse applique pour répartir le profit entre siège central et établissements la méthode indirecte (partage proportionnel du résultat global) et non la méthode directe (détermination des résultats attribuables à chaque établissement). Un *préciput (Voraus)* de 10 à 30 % du bénéfice net est attribué au siège central pour rémunérer l'activité de direction.

La méthode indirecte résout le problème de l'imputation des pertes étrangères. L'imposition part du revenu global net, dont les pertes étrangères ont déjà été déduites. Même si, l'année suivante, l'établissement étranger réalise un bénéfice, déterminé toujours par la méthode indirecte, la Suisse ne cherchera pas à le taxer pour compenser la perte dont elle a autorisé indirectement l'imputation sur les revenus du siège central.

Si l'État étranger où est situé l'établissement autorise le report des pertes, il en résulte un double dégrèvement (3).

§ 2. — SOCIÉTÉS DOMICILIÉES

Les sociétés qui ont leur siège social en Suisse, mais n'y ont ni bureaux, ni activités, sont également exonérées d'impôts cantonaux

(1) LIFD, art. 52.

(2) Art. 46, al. 2, de la Constitution fédérale.

(3) Voy. TORRIONE, « Switzerland : Losses sustained by the foreign permanent establishment of a Swiss company », *Eur. Tax.*, 1990, p. 191.

dans la plupart des cantons, à l'exception notamment de Zurich. Elles sont soumises à un impôt cantonal réduit sur le capital. Elles restent soumises à l'impôt fédéral.

Ce privilège est fondé sur la prévention de la double imposition. Il est critiqué comme substituant un principe de territorialité au principe d'universalité et ne se retrouve pas dans le projet de loi harmonisée sur les impôts des cantons et des communes.

Le canton a un intérêt fiscal à l'établissement de telles sociétés, puisqu'il conserve 30 % de l'impôt de défense nationale et 12 % de l'impôt anticipé.

Sociétés mixtes ou auxiliaires

De rares cantons limitent leur imposition au revenu de source suisse de sociétés qui ne sont pas exclusivement des holdings ou des sociétés domiciliées, à condition que la plus grande partie de leur revenu provienne de sources étrangères ; le revenu de source étrangère est donc exonéré ou, parfois, soumis à un taux réduit.

L'impôt fédéral reste applicable.

Ces sociétés ont des bureaux et un certain personnel.

Sociétés de base

Plusieurs cantons accordent des réductions de taux ou de base imposable aux sociétés dépendant de groupes étrangers, dotées de bureaux, mais dont l'activité produit son impact à l'étranger (quartiers généraux, gestion d'un patrimoine financier, etc.). Leurs profits sont considérés comme partiellement extraterritoriaux, comme ceux d'établissements stables étrangers.

§ 3. — SOCIÉTÉS HOLDINGS

En cas de détention d'une participation représentant au moins 20 % du capital ou 2.000.000 FS en valeur vénale, l'impôt fédéral est réduit en proportion du rapport entre le rendement net des participations et le bénéfice net total (1).

Le rendement net est constitué par le revenu, diminué des frais de financement et d'une contribution de 5 % au titre de frais d'administration, ainsi que d'une éventuelle réduction liée à la distribution du

(1) LIFD, art. 69.

bénéfice. Les bénéfiques en capital ne font pas partie du rendement des participations (1).

Les sociétés dont le but statutaire principal est de gérer durablement des participations sont exonérées d'impôts sur le revenu dans la plupart des cantons, mais restent soumises à l'impôt fédéral, sauf application de la réduction pour participation.

L'exemption s'applique aux dividendes et plus-values sur titres et s'étend également aux revenus accessoires (intérêts, redevances).

Certains cantons exigent :

- que la participation représente une certaine proportion des actifs ;
- que le revenu des participations représente une certaine proportion des revenus totaux ;
- que la participation soit significative (20 % ou 2.000.000 FS).

La loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes prévoit (i) la réduction de l'impôt (2) sur les rendements nets des participations et (ii) l'exonération des holdings pures, mais exige que les participations ou leur rendement représentent au moins deux tiers des actifs ou des recettes (3).

L'exercice d'une activité commerciale ou industrielle est incompatible avec le régime des holdings pures, mais non avec celui des holdings mixtes.

La holding pure reste soumise à l'impôt cantonal sur le capital, généralement à un taux réduit (0,3-4,8 %).

(1) LIFD, art. 70.

(2) LHID, art. 28.1.

(3) LHID, art. 28.2.

TROISIÈME PARTIE

**IMPOSITION DES REVENUS
DANS L'ÉTAT DE LA SOURCE**

L'impôt sur les revenus de source belge

La Belgique impose à l'impôt des personnes physiques les habitants du royaume, à l'impôt des sociétés les sociétés qui ont en Belgique leur siège social ou leur principal établissement et à l'impôt des personnes morales les entités dotées de la personnalité juridique, ne se livrant pas à une activité lucrative, et qui ont leur siège social ou leur principal établissement en Belgique. Elle impose donc les personnes et les sociétés ou entités selon le principe de la résidence ou du siège principal.

Comme la plupart des États, la Belgique impose également les revenus de source belge des personnes ou des sociétés n'ayant pas en Belgique leur résidence ou leur siège principal : elle appelle cette imposition « impôt des non-résidents », bien que les revenus imposables soient déterminés comme en matière d'impôt des personnes physiques, d'impôt des sociétés ou d'impôt des personnes morales, selon l'identité du bénéficiaire des revenus.

Parfois, cet impôt sera établi sur l'ensemble des revenus, à un taux progressif (INR des personnes physiques) ou proportionnel (INR-Soc.). Parfois, il sera limité à une retenue à la source, c'est-à-dire à un précompte.

Plutôt que de parler d'un impôt des non-résidents, on pourrait qualifier cet impôt d'impôt sur les revenus de source belge (1).

(1) L. HINNEKENS, *De territorialiteit van de Belgische belastingen in het algemeen en op de inkomsten in het bijzonder*, p. 99. Cfr outre l'ouvrage précité : LAGAE, « La réforme de l'impôt des non-résidents », in J. MALHERBE *et al.*, *Réformes fiscales belges (1988-1989)*, 1992, p. 481 ; J. GHYSBRECHT, « Le régime des sociétés étrangères en Belgique », in *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, 1990, p. 349 ; L. HINNEKENS, « La réforme de l'impôt des non-résidents organisé par la loi du 22 décembre 1989 », *R.G.F.*, 1990, p. 133.

TITRE PREMIER

BÉNÉFICES ET PROFITS

CHAPITRE PREMIER. — BÉNÉFICES DES ENTREPRISES

SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

Section 1. — Définitions

§ 1^{er}. — ÉTABLISSEMENT STABLE

Constitue un établissement stable toute installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle l'entreprise exerce son activité (1).

Les auteurs de la Convention OCDE n'ont voulu retenir ni le critère de productivité ni celui de profitabilité.

Le premier de ces critères a été considéré comme inutile dans la mesure où il est évident que, dans une entreprise commerciale bien administrée, chaque élément de l'entreprise contribue à la productivité de l'ensemble.

La notion de profitabilité, quant à elle, a paru peu opportune. Un établissement stable qui fait des bénéfices une année peut, en effet, ne pas en faire l'année suivante et il serait fâcheux que la qualité d'établissement stable soit reconnue une année et refusée ensuite à certaines activités commerciales en raison de fluctuations de la profitabilité. En outre, même une succursale dont la gestion se solde par des

(1) Convention OCDE, art. 5.1. ZAGARIS, « Permanent Establishment Provisions », *B.I.F.D.*, 1992, p. 331 ; VAN RAAD, « The 1977 OECD Model convention and commentary — Selected suggestions for amendment of the articles 7 and 5 », *Intertax*, 1991, p. 497 ; sur le modèle 1992, cf FINK, « Taxation of the permanent establishment (Articles 5 and 7), associated enterprises (Article 9) and the mutual agreement procedure (Article 25) », *Intertax*, 1992, p. 676. Comp. NITIKMAN, « The Meaning of Permanent Establishment in the 1981 US Model Income Tax Treaty : Part 1 », *International Tax Journal*, vol. 15, 1988-1989, pp. 159 et 257.

pertes chaque année peut néanmoins, dans le cadre général de l'entreprise, contribuer aux gains de celle-ci.

La formule retenue par les auteurs de la convention, ne faisant appel qu'à la notion d'installation fixe d'affaires, a été considérée comme plus claire et plus facile à appliquer.

Constitueront des établissements stables un siège, un bureau, une usine, une mine, etc.

Il en sera de même d'un chantier de construction ou de montage, si sa durée dépasse douze mois (Convention OCDE) ou six mois (Convention ONU).

La Convention ONU assimile au chantier l'exercice sur le chantier d'activités de surveillance.

Elle traite également comme constitutive d'un établissement stable la fourniture de services, y compris le conseil, à l'intervention de personnel engagé par l'entreprise à cette fin, si cette activité dépasse six mois au total au cours d'une période de douze mois.

À défaut d'un tel établissement, les activités de l'entreprise étrangère ne sont pas jugées suffisamment localisées dans le pays pour y justifier une taxation : des ventes isolées, effectuées depuis l'étranger, ne donnent pas lieu à bénéfice taxable dans le pays de destination.

En outre, certains types d'installations sont exclus de la notion d'établissement stable parce que l'activité qui y est exercée est trop éloignée de la réalisation du bénéfice pour être imposable.

Il en sera ainsi :

- des installations destinées à des activités de caractère préparatoire ou auxiliaire : publicité, fourniture d'informations, etc. ;
- des installations de stockage, d'exposition ou de livraison et des marchandises entreposées à ces fins ou aux fins de transformation par une autre entreprise ;
- des bureaux d'achat ou de rassemblement d'informations (journaux, par exemple).

Le caractère préparatoire ou auxiliaire de l'activité doit s'apprécier de manière restrictive et l'on sortirait du cadre de l'exception si les résultats des recherches de laboratoire, par exemple, étaient non seulement utilisés par l'entreprise, mais encore vendus à un tiers.

§ 2. — SUCCURSALE ET FILIALE

La notion est différente de celle de succursale au sens du droit commercial de nombreux pays, qui requiert un siège d'activité et la présence d'un mandataire capable d'engager l'entreprise à l'égard des tiers.

Bien entendu, une filiale, c'est-à-dire une société contrôlée par une société étrangère, ne constitue pas en soi un établissement de ladite société : elle est imposable, en tant que société locale, sur ses propres bénéfices.

Le choix entre la succursale et la filiale pour l'exercice d'une activité à l'étranger est un problème classique d'organisation fiscale (1).

Cependant, la filiale qui exerce pour le compte de la société mère une activité constitutive d'un établissement stable sera considérée comme un tel établissement et la société mère sera passible de l'impôt sur les bénéfices résultant des ventes effectuées en son nom par sa filiale. La filiale sera en outre imposée séparément sur les bénéfices qu'elle a réalisés elle-même.

§ 3. — AGENTS ET REPRÉSENTANTS

Même en l'absence d'une installation fixe, un agent « dépendant » de l'entreprise étrangère, employé ou non, constituera un établissement stable dès qu'il a le pouvoir de conclure des contrats au nom de l'entreprise et exerce habituellement ce pouvoir (2). Un agent ne constitue pas un établissement stable si ses pouvoirs ne dépassent pas le cadre d'activités préparatoires ou auxiliaires exclues elles-mêmes de la notion d'établissement stable. Par exemple, puisqu'une installation sans autre objet que l'achat de marchandises ne constitue pas un établissement stable, il convient de ne pas considérer une personne comme un tel établissement dans le cas où ses pouvoirs sont limités à la conclusion de tels contrats.

(1) BECKER, « The renaissance of the permanent establishments within the EC », *Intertax*, 1991, p. 202 ; DE HOSSON, « A Europe crowded with branches », *Intertax*, 1991, p. 352 ; MASEK, « Foreign Branch or Foreign Subsidiary ? », *International Tax Journal*, vol. 17, 1990-1991, n° 3, p. 28.

(2) WILLIAMS et HUSTON, « Agency Permanent Establishments : The Black Hole of Tax Treaties », *Tax Planning International Review*, 1992, n° 10, p. 19 et n° 11, p. 25 ; AVERY JONES et WARD, « Agents as Permanent Establishments under the OECD Model Tax Convention », *Eur. Tax.*, 1993, p. 154 ; ROBERTS, « The Agency Element of Permanent Establishment : The OECD Commentaries from the Civil Law View », *Intertax*, 1993, pp. 396 et 488.

Le pouvoir doit être exercé dans des relations externes à l'entreprise. L'engagement de personnel interne ne suffirait pas.

D'après le modèle de Convention ONU, l'agent, même s'il ne dispose pas du pouvoir de contracter, constitue un établissement stable s'il conserve dans le pays un stock sur lequel il prélève régulièrement.

Ce modèle prévoit aussi une exception applicable aux entreprises d'assurances représentées par un agent dépendant : même si cet agent n'a pas le pouvoir de signer les polices, ce qui est généralement le cas, l'entreprise aura un établissement stable dès qu'elle perçoit des primes ou assure des risques dans le pays.

En revanche, un agent dépendant, par exemple un concessionnaire de vente, ne constitue pas un établissement stable de l'entreprise étrangère dont il vend les produits tant qu'il agit dans le cadre ordinaire de son activité : il sortirait de ce cadre, par exemple, en concluant des contrats au nom de l'entreprise.

Le modèle ONU considère comme établissement stable l'agent indépendant qui agit exclusivement ou presque exclusivement pour une seule entreprise.

§ 4. — BÉNÉFICE

La Convention modèle ne définit pas le terme « bénéfice ». Le paragraphe 7 de l'article 7 précise simplement que cet article n'est pas applicable aux revenus visés par d'autres dispositions de la Convention. C'est ainsi que les dividendes, intérêts, redevances sont soumis à un régime propre (cfr *infra*), sauf lorsque la participation, la créance, le droit ou le bien générateur de ces produits peuvent « se rattacher effectivement à un établissement stable » (articles 10, § 4, 11, § 4, 12, § 3). Cette condition est remplie, par exemple, lorsqu'un emprunt a été souscrit pour les besoins d'un établissement stable et que ce dernier assume la charge des intérêts.

Les gains en capital qui proviennent de l'aliénation de biens mobiliers ne sont imposables au titre de bénéfices industriels et commerciaux que dans la mesure où ces biens dépendent de l'actif d'un établissement stable, par dérogation à la règle qui attribue le droit d'imposition à l'État dont le bénéficiaire est résident.

Section 2. — Source du revenu

Une entreprise étrangère autre qu'une entreprise immobilière n'est imposable dans l'État où elle exerce ses activités, considéré comme l'État de la source, que si elle y possède un établissement stable.

Seuls sont imposables les bénéfices réalisés par l'entreprise étrangère dans le cadre de son établissement (1) : si elle disposait de participations dans des sociétés locales, de créances sur des débiteurs établis dans le pays, de brevets y concédés, générateurs de dividendes, d'intérêts ou de redevances, mais non investis dans son établissement, les revenus de ces éléments ne pourraient être imposés globalement avec les autres revenus de l'établissement. Ils subiraient le traitement propre des dividendes, intérêts ou redevances recueillis par des non-résidents : perception d'une retenue à la source ou exonération. Se trouve ainsi écarté le régime de la « force attractive » de l'établissement, aux termes duquel l'établissement attirerait à lui tous les revenus de source locale de l'entreprise concernée.

En revanche, si la participation, la créance ou le droit incorporel se rattachent effectivement à l'établissement, les revenus qu'ils produisent sont imposables avec les autres revenus de l'établissement (2).

Ces bénéfices sont ceux que l'établissement réaliserait s'il constituait une entreprise distincte, traitant en toute indépendance avec son siège central (3). S'il transfère de façon anormale des bénéfices à ce siège, par exemple en lui fournissant des marchandises à des prix trop élevés (4), le bénéfice déplacé sera ajouté au résultat de l'établissement (5).

(1) Convention OCDE, art. 7. OCDE, « Modèle de convention fiscale : attribution de revenus aux établissements stables », *Questions de fiscalité internationale*, n° 5, 1994.

(2) Convention OCDE, art. 10, § 4, 11, § 4 et 12, § 3.

(3) BIERLAAGH, « Permanent establishments, the separate enterprise fiction : is it a fact ? », *Intertax*, 1992, p. 156.

(4) Comp. Convention OCDE, art. 9 pour les sociétés associées (sociétés mères et filiales, sociétés sœurs, etc.).

(5) On ne peut à proprement parler considérer ces fournitures comme des achats et des ventes puisque l'entreprise étrangère et son établissement ne constituent pas des personnalités juridiques distinctes.

Section 3. — Imposition dans l'État de la source

§ 1^{er}. — DÉDUCTIONS

Toutes les dépenses réellement exposées au profit de l'établissement stable sont admises en déduction, à savoir :

- les dépenses exposées par l'établissement stable lui-même pour ses besoins propres ;
- les dépenses exposées par le siège central étranger pour les besoins de l'établissement stable ;
- une quote-part des dépenses générales du siège central, calculée, par exemple, sur base des chiffres d'affaires respectifs.

Souvent, dans le cadre d'un établissement local défini en droit interne, seules les dépenses se rapportant exclusivement à l'établissement sont déductibles, à l'exclusion de toute participation aux dépenses générales de l'entreprise (1).

Un établissement ne peut, à défaut de personnalité juridique distincte, déduire ni intérêts sur les sommes mises à sa disposition par le siège central, ni loyers ou redevances sur des biens « loués » ou « concédés » par ce siège.

Le refus de ces déductions constitue une dérogation à la règle qui veut que l'établissement soit assimilé à une entreprise indépendante, traitant comme telle avec son siège central (2).

Si une telle déduction est souhaitée, l'entreprise étrangère créera une filiale.

La déduction est toutefois admise par le Commentaire OCDE si les paiements constituent des opérations étroitement liées à l'activité ordinaire de l'entreprise. Il en sera ainsi des versements d'intérêts effectués entre différentes parties d'une même entreprise financière ou bancaire.

En revanche, un établissement peut déduire les intérêts des sommes empruntées à des tiers, banques par exemple, à son intervention ou à celle du siège central pour les besoins de l'établissement.

Le transfert de marchandises par l'établissement à son siège donnera lieu à constatation d'un revenu, le transfert par le siège à l'établissement permettra la constatation d'une charge, avant même que les marchandises soient vendues, donc que l'entreprise au sens juridi-

(1) Par exemple, C.I.R. belge, art. 237.

(2) Com. Conv. 7/312, précité.

que ait réalisé un produit. L'établissement constate donc fiscalement un produit ou une charge qui n'existe pas commercialement.

De même, un établissement est imposable sur son bénéfice, même si l'entreprise a globalement subi une perte.

La logique devrait permettre la déduction d'intérêts ou de redevances même si ces charges ne sont pas constatées comptablement au niveau de la société prise dans son ensemble, puisqu'elles ne sont pas payées à des tiers (1).

§ 2. — MÉTHODE DE DÉTERMINATION DU BÉNÉFICE

Normalement, le bénéfice de l'établissement sera déterminé sur base de sa comptabilité séparée.

Cette règle n'exclut pas l'utilisation d'autres méthodes en vue d'établir les bénéfices d'un établissement stable, lorsque la méthode préconisée s'avère impraticable. Par exemple, on appliquera aux entreprises d'assurances des coefficients appropriés aux primes brutes versées par les titulaires de polices dans le pays considéré.

En outre, quoique la Convention soit basée sur le principe de la tenue d'une comptabilité distincte pour l'établissement stable, le commentaire ne rejette pas la méthode consistant à calculer les bénéfices de l'établissement stable non sur base d'une comptabilité séparée, mais simplement en répartissant les bénéfices totaux de l'entreprise selon diverses formules. Un État contractant peut continuer à employer une telle méthode si elle y est couramment adoptée, à condition que l'on puisse équitablement considérer que le résultat obtenu est conforme aux principes d'imposition des établissements stables.

Parfois, les pays en développement demanderont, lors de l'exécution d'un contrat clefs en mains, à imposer le bénéfice des prestations d'études, même antérieures à la création de l'établissement.

(1) SANTINI, *Le régime fiscal des sociétés étrangères en droit comparé*, 1985, pp. 247 et 256.

SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE

Section 1. — Définitions

§ 1^{er}. — ÉTABLISSEMENT BELGE

En l'absence de convention, une entreprise étrangère est imposable dès qu'elle dispose d'un établissement belge, défini depuis 1990 (1) dans les mêmes termes que le concept conventionnel.

Jadis, en droit interne, l'établissement belge se définissait comme toute installation fixe de caractère productif (2), réunissant donc les conditions de stabilité, productivité et dépendance.

Les conventions fiscales définissent l'établissement stable comme toute installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle l'entreprise exerce tout ou partie de son activité, que celle-ci soit productive ou non.

La définition conventionnelle ne différerait pas dans ses effets de la définition belge. La condition de productivité, propre à la législation belge, était omise de la définition conventionnelle parce qu'elle est supposée remplie dans toute entreprise bien organisée (3).

Un bureau de coordination ou de contrôle était jugé productif même s'il ne portait pas en compte ses activités. La jurisprudence belge a refusé d'interpréter la condition de productivité comme s'appliquant à l'établissement, isolé de l'ensemble de l'entreprise (4).

Celui qui voit mettre un local à sa disposition par un client à qui il donne des conseils « dispose » d'un établissement stable. Il n'est pas nécessaire qu'il ait un droit contractuel lui permettant, d'utiliser le local librement et à toutes fins (5).

(1) C.I.R., art. 229, § 1^{er}.

(2) C.I.R., ancien, art. 140, § 3, ancien ; cfr VAN FRAEYENHOVEN, « L'évolution dans les différents pays du concept d'établissement stable », Rapport belge, Congrès IFA, Stockholm, 1967, *Rev. fisc.*, 1967, p. 423.

(3) Comm. OCDE, art. 5, 3.

(4) L. HINNEKENS, *De territorialiteit van de Belgische belastingen [...]*, pp. 131-132 et réf. citées.

(5) Cass., 30 novembre 1978, *Pas.*, 1979, I, 371 et concl. contr. de M. le Procureur général Dumon.

La notion d'établissement belge est plus large que celle d'établissement stable, notamment en ce qu'elle ne prévoit pas les mêmes exceptions : un bureau d'achat, par exemple, constituerait un établissement belge, pas un établissement stable (1).

En revanche, dès qu'il y a établissement stable au sens conventionnel, il y a nécessairement établissement belge (2).

Un appartement privé peut constituer un établissement stable. En l'espèce, il était occupé par le fils des associés d'une société étrangère, dont le nom était mentionné sur la carte de visite de la société. Il y recevait les clients belges et y concluait les contrats (3).

§ 2. — SUCCURSALE

Les deux notions sont différentes de celle de succursale au sens du droit commercial (4), qui requiert un siège d'activité et la présence d'un mandataire capable d'engager l'entreprise à l'égard des tiers.

§ 3. — AGENTS ET REPRÉSENTANTS

Même en l'absence d'une installation fixe, un agent « dépendant » de l'entreprise étrangère constituera un établissement stable s'il a le pouvoir de conclure des contrats au nom de l'entreprise et l'exerce habituellement (5) dans des relations externes à l'entreprise (6).

En l'absence de convention internationale, un agent traitant des opérations au nom de l'entreprise constituera un établissement belge même s'il n'a pas le pouvoir de l'engager (7).

En revanche, un agent indépendant ne constitue pas un établissement stable de l'entreprise étrangère s'il demeure dans le cadre nor-

(1) Com. I.R., 140/22.

(2) Bruxelles, 24 mars 1987, *J.D.F.*, 1988, p. 5, obs.

(3) Bruxelles, 18 février 1992, *R.G.F.*, 1992, p. 268, obs. E. MOUREAUX (p. 270).

(4) L. coord. soc., art. 98 ; RIGAUX, « La notion de succursale d'une société étrangère en droit belge », *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, 1966, p. 815. Les succursales doivent tenir une comptabilité conforme à la loi belge pour leurs opérations (loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises, art. 1^{er}, al. 2).

(5) Sauf dans le cadre d'activités préparatoires ou auxiliaires exclues de la notion d'établissement stable. Convention OCDE, art. 5.5.

(6) L'engagement de personnel interne ne suffirait pas.

(7) C.I.R., art. 229, § 2 ; Com. I.R., 140/20. Toutefois, toujours en droit interne, les bénéfices réalisés à l'intervention d'un simple collecteur de commandes, qui se borne à transmettre à l'étranger les ordres de la clientèle, sont exonérés sous condition de réciprocité (C.I.R., art. 231, 3^o).

mal de son activité : il en sortirait, par exemple, en concluant des contrats au nom de l'entreprise (1).

§ 4. — CHANTIERS

Un chantier de construction ou de montage constitue un établissement stable au sens de la Convention OCDE si sa durée dépasse douze mois et un établissement belge au sens du droit interne si elle dépasse une durée ininterrompue de trente jours.

Des interruptions temporaires ou saisonnières sont à inclure dans la durée caractérisant l'établissement stable. Il en est de même des travaux laissés à des sous-traitants (2).

Encore faut-il que l'entrepreneur principal ait disposé d'installations en Belgique. S'il agit à l'intervention de sous-traitants et si son personnel de surveillance se déplace en voiture et regagne chaque jour un hôtel situé à l'étranger, il ne dispose pas d'un établissement stable (3).

Le déplacement d'un chantier, routier par exemple, ne fait pas commencer une nouvelle période.

Des commandes successives s'inscrivant dans le cadre d'un contrat global ne peuvent être scindées (4).

Des travaux sans lien entre eux ne peuvent en revanche être totalisés, même s'ils sont exécutés au départ de la même adresse en Belgique (5).

De même, une entreprise n'a pas un établissement stable dans un pays dès lors qu'elle se borne à y prêter du personnel à un autre entrepreneur (6).

Un local mis à la disposition d'une société d'engineering italienne, qui supervise la construction d'une usine chimique en Belgique, par le maître de l'ouvrage, ne constitue pas un chantier dès lors que la

(1) Convention OCDE, art. 5.6. ; C.I.R., art. 229, § 2.

(2) Comm. OCDE, art. 5.18. Le sous-traitant lui-même disposera d'un établissement stable si la durée de son propre chantier atteint la période fixée par la convention ou la loi.

(3) Mons, 28 avril 1976, *J.D.F.*, 1977, p. 155, obs. BELLSTEDT et MALHERBE, « L'établissement mobile est-il un établissement stable ? ».

(4) Bruxelles, 24 mars 1987, *J.D.F.*, 1988, p. 5, obs., *R.G.F.*, 1987, p. 265 ; L. HINNEKENS, « Quand un chantier constitue-t-il un établissement stable ? », *R.G.F.*, 1987, p. 260.

(5) Cass., 24 mai 1991, *Pas.*, I, 835, *Bull. contr.*, 1992, n° 721, p. 2863, cassant Bruxelles, 6 février 1990, *F.J.F.*, n° 91/2.

(6) Anvers, 4 septembre 1992, *F.J.F.*, n° 93/10.

société étrangère n'en a pas l'usage exclusif et que les clés restent en possession du maître de l'ouvrage. Peu importe qu'il s'agisse d'un bureau plutôt que d'une baraque de chantier : la différence résulte de la nature des prestations, en l'espèce intellectuelles et non manuelles (1).

Dès lors que la qualification de travaux de construction n'est pas contestable, peu importe qu'il s'agisse de travaux principaux ou accessoires, d'entretien par exemple (2).

§ 5. — ASSUREURS ÉTRANGERS

Pour les assureurs étrangers, constituent des revenus imposables produits ou recueillis en Belgique les bénéfices résultant de leurs opérations en Belgique, même en l'absence d'un établissement, dès qu'ils y recueillent habituellement des contrats autres que des contrats de réassurance (3).

Le débiteur de la prime doit retenir un précompte professionnel (4), qui constituera, à défaut d'établissement, la seule imposition due.

Cette imposition sera écartée par les conventions internationales conclues par la Belgique, sous réserve de leur libellé dérogeant fréquemment au modèle de l'OCDE.

Section 2. — Imposition dans l'État de la source

§ 1^{er}. — DÉDUCTIONS

Dans le cadre d'un établissement belge interne, seules les dépenses se rapportant exclusivement à l'établissement belge sont déductibles, à l'exclusion de toute participation aux dépenses générales de l'entreprise (5).

(1) Bruxelles, 4 février 1992, *F.J.F.*, n° 92/153, *R.G.F.*, 1992, p. 271, obs. MOUREAU.

(2) *Id.*

(3) C.I.R., art. 228, § 2, 3°, *b.*

(4) A.R.-I.R., art. 87, 5°, *c.* Taux : 4, 3 % de la prime brute (A.R.-I.R., Annexe III, chap. IX, n° 62, *c.*)

(5) C.I.R., art. 237.

§ 2. — MÉTHODE DE DÉTERMINATION
DU BÉNÉFICE

Le bénéfice de l'établissement est déterminé en principe sur base de sa comptabilité (1).

Minima de bénéfices

À défaut de comptabilité probante, le bénéfice pourra être déterminé par comparaison.

Dans ce cadre, en raison de la difficulté de trouver des points de comparaison applicables à des entreprises étrangères, des minima de bénéfices imposables à charge de ces entreprises ont été fixés (2).

Le minimum général est fixé par rapport aux recettes (10 % du chiffre d'affaires) et, en tous cas, par rapport au personnel (300.000 F par membre du personnel), avec un minimum absolu de 400.000 F.

Il existe également des minima applicables à certaines catégories d'entreprises.

Bureaux et centres de coordination

Ce système a connu une généralisation remarquable par son application aux bureaux et centres de coordination (quartiers généraux, *regional headquarters*) ouverts par les multinationales pour le contrôle de leurs filiales.

Les activités exercées par ces bureaux dépassaient le cadre des activités auxiliaires puisqu'elles relevaient de la gestion. Ils étaient donc imposables comme établissements stables.

Il était difficile de leur attribuer un bénéfice puisque, ne facturant généralement rien, ils ne constituaient pas des « centres de profit » (*profit centers*). Leurs recettes se limitaient aux fonds versés périodiquement par le siège central pour couvrir leurs frais.

La Belgique, désireuse, comme tous les pays, d'attirer ces succursales génératrices d'emploi, a transformé en fait le bénéfice minimum en bénéfice forfaitaire.

(1) Sur la taxation des établissements stables, cfr DEBLAUWE, « De grondslag van de belasting », in G. JOSEPH, L. HINNEKENS, J. MALHERBE et J. VAN HOORN, Jr., *Het Belgisch internationaal belastingrecht in ontwikkeling*, 1993, p. 243.

(2) A.R.-I.R., art. 182.

§ 3. — TAUX DE L'IMPÔT

L'impôt des non-résidents à charge des établissements de sociétés étrangères est en principe perçu au taux de 43 %, plus élevé que le taux maximum de 39 % applicable aux sociétés belges (1).

La clause de non-discrimination des conventions signées par la Belgique prévoit l'égalité de traitement entre établissements stables d'entreprises étrangères et entreprises belges, en réservant généralement à la Belgique le droit d'imposer les établissements stables au taux maximal applicable à l'ensemble ou à une fraction des bénéfices des sociétés belges (2).

La Belgique peut donc appliquer le taux ordinaire de l'impôt des sociétés (39 %). Les taux réduits seront réservés aux sociétés belges.

Certaines conventions (France, Luxembourg, Pays-Bas) prévoient un taux maximum égal aux impôts belges qui s'appliqueraient aux bénéfices (INR-Soc) et aux revenus distribués (précompte mobilier), en supposant une affectation conforme à l'affectation globale des bénéfices sociaux. Toutefois, le calcul est rendu forfaitaire : le supplément d'impôt est de 10 % sur la moitié du bénéfice de l'établissement après impôt belge, soit actuellement 3,05 % (3). La convention conclue avec la Tunisie prévoit au même titre un impôt de 15 % sur la totalité du bénéfice. Le taux de 43 % reste donc d'application.

Il en est de même :

- à l'égard de l'Irlande, la convention permettant l'application d'un taux dépassant de cinq points le taux applicable aux sociétés belges ;
- à l'égard du Canada, de la Finlande, de la Pologne, du Sri Lanka et de la Norvège, les conventions autorisant la Belgique à appliquer, nonobstant la clause de non-discrimination, le taux prévu par sa législation interne ;
- à l'égard de la Nouvelle-Zélande et de l'ex-Yougoslavie, la convention ne contenant pas de clause de non-discrimination.

(1) Ces taux sont à augmenter de la contribution complémentaire de crise ajoutant trois centimes additionnels à l'impôt.

(2) Certaines conventions visent le taux maximum applicable aux bénéfices non distribués. Même lorsque la réserve n'est pas formulée (Japon), la même interprétation de la clause de non-discrimination est donnée (Com. Conv., 24/23).

(3) Com. Conv. 24/23.

§ 4. — COMPARAISON ENTRE SUCCURSALE
ET FILIALE

Les principales différences entre la filiale et l'établissement sont, sur le plan international, les suivantes.

L'établissement se verra parfois imposé à un taux plus élevé qu'une filiale. En revanche, le rapatriement de ses bénéfices ne donne pas lieu à retenue de la source alors que la distribution de dividendes par une filiale entraîne la perception d'une telle retenue. Une double imposition du bénéfice de l'établissement subsiste si le pays du siège n'admet, comme la Belgique en droit interne, qu'une réduction de taux et non une exonération ou un crédit d'impôt.

La filiale peut déduire toutes ses charges, y compris les intérêts et redevances payés à la société mère. L'établissement ne peut déduire les intérêts ou redevances attribués au siège central de l'entreprise dont il fait partie.

Les pertes de l'établissement sont déductibles du bénéfice de l'entreprise dans son ensemble, alors que les pertes d'une filiale ne peuvent être prises en considération que par l'enregistrement d'une réduction de valeur, admise fiscalement, à l'occasion de la liquidation de la filiale.

En revanche, une perte du siège central peut, en Belgique, être compensée avec le bénéfice d'un établissement étranger, rendant inopérante l'exemption conventionnelle de ce bénéfice.

L'établissement subit, en Belgique, une imposition discriminatoire sur ses dividendes, puisqu'il ne peut imputer le précompte mobilier y afférent.

La liquidation d'une filiale entraîne en Belgique la perception d'un impôt sur les plus-values latentes auquel n'est pas soumise la cessation d'activité d'un établissement.

Un établissement ne peut en principe se prévaloir des conventions internationales conclues par le pays d'accueil. En revanche, il peut invoquer les conventions conclues par le pays du siège central de l'entreprise.

Le recouvrement des impôts dus par l'établissement peut, si la convention applicable prévoit une assistance administrative suffisamment large, être poursuivi sur tous les biens de l'entreprise alors que les impôts dus par la filiale ne pourront normalement être recouvrés que sur les biens de celle-ci.

SOUS-CHAPITRE III. — DROIT COMPARÉ FRANCE

Section unique. — Imposition dans l'État de la source

§ 1^{er}. — DROIT INTERNE

La nécessité de soumettre les sociétés étrangères à un régime spécial avait déjà été perçue par le législateur français en application de la loi du 29 juin 1872 établissant une taxe annuelle sur les intérêts et dividendes. On distinguait les sociétés étrangères abonnées et non abonnées (1). Les sociétés abonnées payaient l'impôt sur une quotité de leurs titres, arrêtée par le ministre des Finances, censée représenter les titres circulant en France. Les sociétés non abonnées le payait sur la quotité de leurs titres correspondant aux biens employés en France pour les besoins de leur commerce et de leur industrie, à l'exclusion des simples placements de fonds.

Si la société n'était pas abonnée, l'impôt était dû une seconde fois sur les dividendes et intérêts payés en France ou touchés à l'étranger par des personnes domiciliées en France. La double imposition n'était pas évitée (2).

Les sociétés de capitaux étrangères exerçant une activité en France sont passibles non seulement de l'impôt français sur les sociétés, mais aussi d'un impôt sur les distributions provenant des bénéfices réalisés en France (3).

La loi présume à cet égard que les bénéfices et plus-values réalisés en France sont intégralement distribués par la société étrangère. L'assiette de l'impôt sur la distribution est dès lors égale au montant total des bénéfices réalisés en France — imposables ou exonérés — sous déduction de l'impôt des sociétés applicable.

La loi présume aussi que les bénéficiaires de la distribution sont domiciliés à l'étranger. La distribution se voit dès lors appliquer le

(1) Loi du 31 juillet 1929, art. 5.

(2) HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 1935, p. 615, note 4.

(3) CGI, art. 115quinquies.

régime fiscal des distributions à des non-résidents : absence d'avoir fiscal et par conséquent de précompte, mais retenue à la source de 25 % par la société distributrice.

Ces deux présomptions peuvent cependant être renversées et la société peut obtenir une révision de l'impôt payé si elle prouve :

- que les distributions effectives sont inférieures aux bénéfices d'origine étrangère, d'où suit une réduction de l'assiette de l'impôt sur la distribution ;
- ou que tout ou partie des distributions bénéficient à des personnes domiciliées en France, d'où inapplicabilité de la retenue de 25 % à cette partie des bénéfices.

§ 2. — DROIT CONVENTIONNEL

Les conventions internationales réduisent souvent la base ou le taux de l'impôt de distribution.

L'article 17.1 de la Convention avec la Belgique prévoit une retenue de 10 % sur une base réduite de moitié. En contrepartie, l'impôt belge sur les bénéfices de succursales de sociétés françaises est réduit de façon analogue (1).

(1) Art. 17.3.

ÉTATS-UNIS

Section 1. — Définitions

Activité d'affaires aux États-Unis

Le concept de base est l'activité d'affaires aux États-Unis (*trade or business in the United States*).

Une activité commerciale continue aux États-Unis, telle l'exploitation d'une usine ou d'un supermarché, constituera bien entendu une telle activité. En revanche, la simple perception de revenus d'investissements passifs (dividendes, intérêts), ne constituera pas une activité d'affaires. Entre ces extrêmes, il reste un grand nombre d'activités à classer.

À défaut de définition légale, une importante jurisprudence a précisé le concept.

L'existence d'une activité d'affaires aux États-Unis requiert d'une part la continuité des activités et d'autre part la poursuite active d'un profit.

Quelques opérations isolées ne constitueront pas une activité d'affaires, sauf s'il s'agit, par exemple, de la vente d'une installation complète par une entreprise qui n'effectue que quelques ventes par an. L'existence d'un bureau indique une activité d'affaires, sauf si les activités de ce bureau n'impliquent la prise d'aucune décision et constituent un simple secrétariat.

La poursuite active d'un profit s'oppose à la détention passive d'investissements.

Un contribuable peut être engagé dans une activité d'affaires aux États-Unis même s'il n'agit que par l'intermédiaire d'un mandataire ou représentant.

Le fait d'être considéré comme engagé dans une activité d'affaires aux États-Unis sera parfois avantageux et parfois désavantageux pour le contribuable.

A. Prestation de services

En rendant des services personnels, un contribuable, personne physique ou société, s'engage dans une activité d'affaires.

L'administrateur d'une société, qui perçoit des appointements sans exercer d'activité est toutefois engagé dans une activité d'affaires, sa rémunération assurant sa disponibilité pour la société (1).

Sont exceptés les services rendus à un étranger non résident, une association ou une société étrangère non engagée dans une activité d'affaires aux États-Unis ou au bureau ou lieu d'affaires étranger d'un citoyen ou résident américain ou d'une association ou société américaine par un étranger non résident qui n'est pas présent aux États-Unis pendant plus de 90 jours au cours de l'exercice fiscal et qui perçoit une rémunération ne dépassant pas 3.000 (2).

B. Vente de marchandises

La vente régulière de marchandises aux États-Unis constitue une activité d'affaires dans ce pays, par opposition à des ventes occasionnelles.

Le vendeur étranger est considéré comme réalisant des affaires aux États-Unis, même s'il agit par l'intermédiaire d'un agent mandataire, subordonné ou indépendant (3).

La récolte régulière et active de commandes suffit (4), par opposition à des ventes non sollicitées ou à des ventes par correspondance.

C. Achat de marchandises

Le maintien d'un bureau d'achat aux États-Unis constitue une activité d'affaires. Il n'a pas été décidé clairement si la présence d'un agent acheteur constituait une telle activité. L'activité d'achat suffit à engager un contribuable dans une activité d'affaires, même si la vente n'a pas lieu aux États-Unis et si le redevable n'a pas de revenus de source américaine.

(1) *Van der Elst v. Com*, 223 F.2nd 1972 (2nd Cir. 1955).

(2) IRC § 864 (b) (1).

(3) *Handfield*, 23 TC 633 (1955).

(4) *Rev. rul.* 56-165, 1956-1 CB 849.

Section 2. — Source du revenu

Revenus effectivement liés à une activité d'affaires aux États-Unis

À supposer qu'existe une activité d'affaires, encore faut-il que les revenus en cause lui soient effectivement liés (*effectively connected*).

Avant 1966, dès qu'un étranger était engagé dans une activité d'affaires aux États-Unis, tous ses revenus de source américaine, même s'il s'agissait de simples revenus d'investissement, étaient imposés au taux ordinaire de l'impôt américain : c'est ce qu'on appelle la force attractive de l'activité d'affaires.

Bien entendu, en cas d'application d'un traité conforme au modèle de l'OCDE, les étrangers n'étaient imposables sur leurs revenus d'affaires aux États-Unis que s'ils y avaient un établissement stable. Seuls les revenus se rattachant à cet établissement étaient alors imposés au taux ordinaire. Il y avait rejet de la force attractive de l'établissement stable. Les revenus d'investissement subissaient leur propre régime : taxation illimitée pour les revenus immobiliers dans le pays de la source ; taxation limitée pour les dividendes, les intérêts et les redevances. Les revenus d'affaires non attribuables à un établissement stable sont en principe, en cas d'application d'un traité, imposables dans le pays de la résidence.

En 1966, les États-Unis ont rapproché leur législation du système prévu par les traités (*Foreign Investors Tax Act*).

Même en l'absence de traité, seul le revenu effectivement lié à la conduite d'une activité d'affaires aux États-Unis sera soumis aux taux ordinaires. Le revenu d'investissements subira son régime propre. Toutefois, les autres revenus d'affaires de source américaine continueront à subir l'attraction de l'activité d'affaires exercée par ailleurs et à être soumis aux taux ordinaires, sauf si un traité s'applique.

Il a donc fallu définir les revenus effectivement liés à une activité d'affaires.

Tout revenu de source américaine est en principe considéré comme effectivement lié à l'activité d'affaires du contribuable.

A. Gains en capital et revenus périodiques

Toutefois, les gains nets en capital et les revenus fixes ou déterminables, annuels ou périodiques, ne sont pas considérés comme effectivement liés à l'activité d'affaires si deux conditions sont remplies (1).

1. Critère d'utilisation de l'actif (asset use test)

Il est d'abord requis que le revenu ne soit pas dérivé d'actifs utilisés dans la conduite de l'activité d'affaires. Ce critère s'applique principalement aux revenus d'investissements passifs, dividendes ou intérêts.

Un actif sera considéré comme utilisé dans la conduite de l'activité d'affaires si l'une des trois conditions suivantes est réalisée :

a) le bien est détenu pour assurer la conduite présente d'une activité aux États-Unis ;

Exemple :

Le contribuable détient les actions de sociétés américaines productrices de bois afin de s'assurer des sources d'approvisionnement pour ses activités de fabrication de papier aux États-Unis. Les dividendes de ses actions sont effectivement liés à son activité.

b) le bien est acquis et détenu dans le cours ordinaire des affaires traitées aux États-Unis.

Exemple :

Les intérêts dus sur des promesses remises en représentation de ventes américaines constituent des revenus effectivement liés à l'activité américaine même s'ils sont en fait versés au siège social étranger du contribuable.

c) le bien est détenu d'une autre façon en relation directe avec l'activité d'affaires américaine. Une relation directe existe si le bien est actuellement nécessaire à l'activité.

Exemple :

Une succursale américaine a un besoin permanent de liquidités. Elle les investit en valeurs à court terme. Le revenu de ces valeurs est effectivement lié à l'activité américaine. En revanche, si les liquidités

(1) IRC § 864, (c)(2). Cfr MC DANIEL et AULT, *Introduction to United States International Taxation*, 3^e éd., 1989, p. 60 ; THE AMERICAN TAX INSTITUTE IN EUROPE, *Fiscalité américaine. L'impôt fédéral sur le revenu*, 1986, p. 127 ; ISENBERGH, *International Taxation. US Taxation of Foreign Taxpayers and Foreign Income*, vol. I, 1990, p. 319.

sont détenues en vue d'une expansion future, le revenu de leur investissement n'est pas effectivement lié à l'activité américaine.

Il existe une présomption de relation directe entre le bien et l'activité d'affaires si le bien a été acquis au moyen de fonds produits par l'activité d'affaires américaine, si le revenu du bien est conservé dans l'affaire et si le personnel américain assure une gestion et un contrôle significatif de l'investissement.

Cette présomption peut être renversée.

2. *Critère des activités d'affaires* (business activities test)

Il est ensuite requis que les activités d'affaires n'aient pas été un facteur substantiel (*material*) dans la réalisation du revenu.

B. Autres revenus

Les autres revenus de source américaine demeurent effectivement liés à l'activité d'affaires même s'ils n'ont pas avec elle de rapport de fait (1).

Exemple :

Si une société étrangère a une activité d'affaires aux États-Unis pour vendre un type de produit, le revenu de la vente isolée d'un autre produit, effectuée indépendamment de son bureau américain, sera néanmoins considéré comme effectivement lié à celui-ci.

Dans cette mesure, le principe de la force attractive est donc maintenu, sauf application de traités.

Section 3. — Imposition des revenus effectivement liés à une activité d'affaires aux États-Unis

L'examen du régime fiscal américain des revenus des étrangers, personnes physiques étrangères non résidentes et sociétés étrangères, nécessite la réponse à trois questions préalables :

- quelles sont la nature et la source du revenu en cause ?
- l'étranger est-il engagé dans une activité d'affaires aux États-Unis ?

(1) IRC § 864 (c)(3).

— son revenu est-il effectivement lié à ses activités d'affaires exercées aux États-Unis ?

Le traitement fiscal des revenus tirés de sources américaines par des étrangers sera différent selon que ces revenus sont ou ne sont pas effectivement liés à une activité d'affaires exercée aux États-Unis.

Un contribuable étranger qui développe aux États-Unis une activité industrielle ou commerciale est partie prenante à la vie économique du pays et y est taxé en conséquence.

Les revenus liés à l'activité d'affaires américaine sont imposés au taux normal applicable aux personnes physiques ou aux sociétés américaines avec, le cas échéant, perception de l'impôt sur les profits de succursale.

Si le revenu n'est pas lié à une activité d'affaires, seuls peuvent être taxés :

- les revenus fixes et périodiques (dividendes, intérêts, redevances, etc.) : au taux de 30 %, par voie de retenue à la source (1) ;
- les gains en capital, uniquement dans le chef de personnes physiques présentes aux États-Unis pendant 183 jours au moins au cours de l'année (2). Ces gains ne sont pas taxables dans le chef d'une société.

Les traités substituent le concept d'établissement stable à celui d'activité d'affaires et réduisent le taux de la retenue à la source.

Impôt sur les profits de succursales (branch profits tax)

En 1986, le Congrès américain a voulu soumettre au même régime les investisseurs étrangers, qu'ils opèrent à l'intervention d'une succursale ou d'une filiale.

Certes, les profits de succursales de sociétés étrangères sont, tout comme ceux des filiales constituées comme sociétés américaines, soumis à l'impôt des sociétés. Dans certains cas, ces profits américains distribués sous forme de dividendes par la société étrangère seront soumis à la retenue à la source américaine (*2nd tier withholding tax*) au taux de 30 %.

(1) IRC § 871 (a) et 881.

(2) IRC § 871 (b).

De façon à généraliser cette perception, un impôt fut établi au même taux de 30 % sur le profit après impôt des succursales de sociétés étrangères (1).

L'impôt frappe les sociétés étrangères engagées dans une activité d'affaires aux États-Unis, sur un « montant équivalent à un dividende » (*dividend equivalent amount*), égal à ses profits liés à l'activité d'affaires (*effectively connected earnings and profits — ECE & P*), ajustés notamment par déduction de l'impôt fédéral, réduits du réinvestissement dans la succursale (*increase in US net equity*), et augmentés du désinvestissement de la succursale (*decrease in US net equity*). La retenue à la source secondaire est alors supprimée.

Les traités s'opposent souvent à l'imposition de cette taxe, par le jeu de la clause de non-discrimination. Si le traité permet l'imposition de la taxe sur les profits de succursale, elle sera perçue au taux conventionnel applicable aux dividendes (souvent 5 %). Si le traité s'oppose à la taxe, elle ne sera pas appliquée, sauf si le contribuable se livre au *treaty shopping* : la société doit être un « résident qualifié » de l'État partenaire, ce qui ne sera pas le cas — sauf pour les sociétés cotées en bourse dans l'État partenaire et leurs filiales à 100 % :

- si plus de 50 % des titres de la société étrangère sont détenus par des personnes qui, sans être citoyens ou résidents américains, ne résident pas dans l'État partenaire ; ou
- si plus de 50 % du revenu de la société sont utilisés pour couvrir les dettes de personnes qui ne résident ni dans l'État partenaire, ni aux États-Unis (2).

Il faut se rappeler qu'aux États-Unis, la loi peut abroger le traité, le dernier texte prévalant.

Si le traité applicable prohibe la taxe, la retenue à la source « secondaire » (*2nd tier withholding tax*) sur les dividendes distribués

(1) IRC § 884. STERNLICHT, « Inequality after the Branch Profits Tax », *International Tax Journal*, vol. 14, 1987-1988, p. 245 ; TUCKER et MERTENS, « Le régime fiscal américain des revenus de succursales », *R.G.F.*, 1988, p. 59 ; LIEBMAN et KUNZE, « Taxes on Branch Profits and Interest Payments under the Tax Reform Act of 1986 », *Journal of Corporate Taxation*, vol. 15, 1988, p. 147 ; MASEK, « Avoiding Branch Profits and Dividend Withholding », *International Tax Journal*, vol. 15, 1988-1989, p. 141 ; SKILLING, « New IRS Rules on Taxation of US Branches of Foreign Firms », *Tax Planning International Review*, 1988, p. 19.

(2) IRC § 884 (e). DOERNBERG, « Legislative Override of Income Tax Treaties : The Branch Profits Tax and Congressional Arrogation of Authority », *Tax Lawyer*, vol. 42, 1989-1990, p. 173.

par la société étrangère s'appliquera dans la mesure autorisée par le traité.

L'impôt est également perçu sur les intérêts payés par une succursale américaine à une personne étrangère (1). Là encore, pourront jouer les traités, soit avec le pays du siège du débiteur, soit avec celui du siège du bénéficiaire de l'intérêt.

(1) IRC § 884 (f).

ALLEMAGNE

À défaut de facteurs de rattachement personnels, les personnes physiques ou morales sont soumises à l'obligation fiscale limitée (*beschränkte Steuerpflicht*). Celle-ci ne s'inspire plus du principe d'universalité, mais du principe de territorialité : elle ne frappe que certains revenus, dont l'origine présente avec le pays un lien objectif (1).

La nature des revenus allemands d'un exploitant ou d'une société étrangère est déterminée objectivement et cas par cas (*isolierende Betrachtungsweise*, § 49 II EStG) (2). Si l'on considérait tous les revenus comme des revenus d'exploitation, la taxation ne serait possible que si les revenus étaient réalisés à l'intervention d'un établissement stable allemand.

L'assiette de l'obligation fiscale limitée sera déterminée sur base des seuls éléments localisés en Allemagne, abstraction faite des caractéristiques fiscales étrangères.

La distinction entre contribuables étrangers soumis à l'impôt sur le revenu et à celui des sociétés s'effectue selon le droit allemand : les revenus des « coentrepreneurs » (*Mitunternehmer*) sont soumis à l'impôt sur le revenu (3). Il s'agit notamment des associés d'une société en nom collectif ou des associés commandités.

Les revenus d'exploitation des personnes physiques sont soumis au taux de droit commun, avec un minimum de 25 % des revenus (4).

Les établissements stables de sociétés étrangères étaient imposés au taux de 46 % sur leurs revenus d'exploitation (5). Cet impôt était jadis légèrement inférieur à celui frappant les revenus obtenus à l'intervention de filiales allemandes, qui subissaient un impôt de soit 50 %, soit $36 \% + (25 \% \times 64 \%) = 52 \%$.

(1) EStG § 49.

(2) KLUGE, *Das deutsche Internationale Steuerrecht*, 3^e éd., 1992, pp. 207-209.

(3) EStG § 15 I (2).

(4) EStG § 50 III, al. 2 et 3.

(5) KStG § 23 III.

Standortsicherungsgesetz

Une réforme fiscale destinée à attirer l'investissement en Allemagne a réduit les taux en 1993 (1) :

- sociétés allemandes :
 - Ø bénéfices réservés de 50 à 45 % ;
 - Ø bénéfices distribués de 36 à 30 % ;
- établissements stables
 - de sociétés étrangères : de 46 à 42 %.

Sur base d'une retenue à la source de 5 %, la comparaison entre filiale et succursale s'établit comme suit :

Situation ancienne :

Filiale	Succursale
$36\% + 64 \times 5\% = 39,2\%$	46 %
différence 6,8 %	

Situation actuelle :

Filiale	Succursale
$30 + 70 \times 5\% = 33,5\%$	42 %
différence 8,5 %	

Une taxe de solidarité égale à 7,5 % de l'impôt dû s'ajoute à l'impôt et à la retenue à la source, sauf si un traité s'y oppose.

Crédit en cas d'obligation limitée

Depuis l'exercice 1979, un crédit d'impôt est accordé également aux contribuables qui ne sont soumis en Allemagne qu'à l'obligation fiscale limitée du fait d'un établissement allemand (*Betrieb*). Il s'agira de revenus d'exploitation agricole ou forestière, de revenus d'exploitation ou de revenus d'indépendant.

Si le revenu obtenu à l'intervention de l'établissement allemand comprend des revenus soumis dans un État tiers à un impôt assis de façon analogue à l'obligation fiscale limitée, cet impôt pourra être imputé sur l'impôt allemand ; si, en revanche, l'impôt étranger est assis de façon analogue à l'obligation illimitée, l'imputation sera refu-

(1) BECKER, « The German Tax Reform 1994 and Its Turbulences », *Intertax*, 1993, p. 338 ; BORSTELL, « Germany : Outbound Investments under the Tax Reform Act 1994 », *Intertax*, 1993, p. 473 ; BOGENSCHÜTZ et ENDRES, « Standortsicherungsgesetz Improves German Tax Climate », *Tax Planning International Review*, 1993, n° 8, p. 14.

sée (1) : en ce cas, il appartient à l'État tiers d'éviter la double imposition (2).

Les retenues à la source étrangères sur dividendes pourront être imputées si la participation est liée aux affaires de l'établissement allemand.

(1) EStG § 50 VI.

(2) KLUGE, *Das deutsche Internationale Steuerrecht*, 3^e éd., 1992, p. 185.

CHAPITRE II. — REVENUS DES PROFESSIONS INDÉPENDANTES

SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

D'après la Convention OCDE, les revenus des activités indépendantes ne sont imposables dans un pays dont le prestataire n'est pas résident que s'il y dispose d'une base fixe pour l'exercice de ses activités (1).

Seul le revenu attribué à cette base fixe y est imposable.

La Convention ONU attribue aussi un droit d'imposer au pays de la source :

- si le prestataire réside dans le pays pendant plus de 183 jours au cours de l'année, l'imposition étant limitée au revenu tiré de l'activité exercée dans le pays ;
- si sa rémunération, versée par un résident du pays, dépasse un certain montant.

(1) Convention OCDE, art. 14.

SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE

Section 1. — Revenus gagnés pendant l'exercice de la profession

D'après les conventions, les revenus des activités indépendantes ne sont imposables en Belgique à charge d'un prestataire qui n'est pas résident que s'il y dispose d'une base fixe pour l'exercice de ses activités (1).

Le bureau dont dispose un consultant chez l'un de ses mandants constitue une base fixe (2).

En droit interne, ils sont imposables non seulement s'ils sont attribuables à un établissement belge, mais dès qu'ils résultent d'une activité exercée en Belgique (3). Un précompte n'est dû sur les honoraires ou rétributions d'un non-résident exerçant une profession indépendante que si :

- le paiement est effectué dans le cadre d'une activité professionnelle du débiteur de la somme ;
- le montant est payé ou attribué en Belgique (4).

Échappent donc au précompte :

- les honoraires payés à titre privé ;
- les honoraires payés à l'étranger (5). Il reste à déterminer quel est en droit civil le lieu d'un paiement selon les différents modes de paiement possibles.

(1) Convention OCDE, art. 14.

(2) Bruxelles, 16 février 1993, *Courr. fisc.*, 1993, p. 388, obs. LAUWERS.

(3) C.I.R., art. 228, § 2, 4°. La Belgique identifie le concept de base fixe à celui d'établissement belge, non à celui d'établissement stable au sens des traités (Com. Conv. 14/16).

(4) A.R.-I.R., art. 87, 5°, b.

(5) L. HINNEKENS, *De territorialiteit van de Belgische belastingen* [...], p. 141.

**Section 2. — Bénéfices et profits rattachés
à une activité professionnelle
indépendante antérieure**

D'après les conventions, les bénéfices et profits, qu'ils proviennent de l'activité courante ou d'une activité antérieure, ne sont imposables que s'ils se rattachent à un établissement stable ou à une base fixe.

La loi belge (1) traite comme produits ou recueillis en Belgique les bénéfices ou profits rattachés à une activité indépendante antérieure exercée en Belgique, indépendamment de toute référence à un établissement belge qui, pour les bénéfices du moins, aurait dans la généralité des cas conditionné l'imposition de bénéfices courants.

(1) C.I.R., art. 228, § 2, 5°.

CHAPITRE III. — REVENUS DE LA NAVIGATION

SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

En principe, les bénéfices de la navigation aérienne ou maritime internationale ne sont imposables que dans l'État du siège de direction effective de l'entreprise (1).

Toutefois, le modèle ONU prévoit une variante applicable à la seule navigation maritime internationale, selon laquelle le pays de la source peut imposer les bénéfices résultant d'activités plus qu'occasionnelles ; il s'agit des voyages réguliers et des voyages, même irréguliers, mais prévus.

(1) Convention OCDE, art. 8.

SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE

La loi belge exonère, sous condition de réciprocité, les bénéficiaires qu'une entreprise étrangère tire de l'exploitation de navires ou d'aéronefs dont elle est propriétaire ou affréteur et qui font escale en Belgique (1).

(1) C.I.R., art. 231, § 1^{er}, 3^o, *in fine*.

CHAPITRE IV. — SOCIÉTÉS DÉNUÉES DE PERSONNALITÉ FISCALE

Une question classique est celle de la personnalisation fiscale ou, au contraire, de la transparence fiscale de certaines formes de sociétés (1). La réponse à cette question varie de pays à pays et, dans un contexte international, pose des problèmes délicats ou permet des constructions ingénieuses (2).

Un exemple de transparence est donné par le GEIE ; cette transparence n'est pas toujours lumineuse (3).

DROIT BELGE

Section 1. — Associés de sociétés civiles et de sociétés sans personnalité juridique

L'associé ou membre non résident d'une société ou association sans personnalité juridique qui a son siège ou un établissement en Belgique est censé disposer d'un établissement belge ou, dans le cas d'une activité indépendante de type libéral, exercer une activité en Belgique (4).

Cette règle, introduite par la loi du 22 décembre 1989, était déjà admise en ce qui concerne les membres étrangers d'associations momentanées ou en participation belges (5).

(1) HAELTERMAN, *Fiscale transparantie — Theorie en praktijk in België*, 1992.

(2) DANIELS, « International Partnerships : Comparative Law Remarks on the Taxation of Income and the Classification of Foreign Entities », *Intertax*, 1991, 354 ; DANIELS, *Issues in International Partnership Taxation*, 1991.

(3) I.B.F.D. et BLOUET, « The Taxation of the European Economic Interest Grouping (EEIG) », *Eur. Tax*, 1991, p. 2 ; J. MALHERBE et P. FAES, « Het Europees Economisch Samenwerkingsverband — Fiscale en boekhoudkundige aspecten », *R.D.C.*, 1990, p. 140.

(4) C.I.R., art. 229, § 3.

(5) *Problèmes fiscaux de la coopération entre entreprises indépendantes de pays différents*, Séminaire européen de droit fiscal, Bruxelles, 1970, J. MALHERBE, Rapport général, p. 47 et BOLLEN, Rapport belge, p. 149 ; cass., 15 janvier 1957, *Pas.*, 1957, I, 556 ; Bruxelles, 17 janvier 1963, *Bull. contr.*, 1964, n° 406, p. 742 (société néerlandaise partageant avec son revendeur belge les bénéfices de la revente de matériel électrique et intervenant également dans les pertes).

En ce qui concerne les membres étrangers d'associations étrangères, elle est nécessaire dès lors que ces associations ne sont plus soumises comme telles à l'impôt des non-résidents.

Ils sont soumis à un précompte professionnel, libératoire pour les personnes physiques (1)

Il ne peut, à notre avis, être admis que le membre étranger d'un groupement d'intérêt économique ou d'un groupement européen dispose, par sa seule affiliation au groupement, d'un établissement au siège de celui-ci, ni en droit belge, ni sur base de la Convention OCDE. Le groupement a en effet la personnalité juridique (2).

Section 2. — Associés de sociétés considérées fiscalement comme dénuées de la personnalité juridique

La loi belge (3) considère comme produits ou recueillis en Belgique, indépendamment de l'existence d'un établissement stable, les revenus perçus en qualité d'associé dans les sociétés belges assimilées par le Code des impôts sur les revenus à des sociétés sans personnalité juridique, à savoir :

- les sociétés irrégulièrement constituées ;
- les sociétés agricoles qui n'ont pas opté pour la personnalité juridique (4).

Les bénéficiaires imposables dans le chef des membres étrangers d'un groupement d'intérêt économique ou d'un groupement européen d'intérêt économique ne sont pas visés ici, car la transparence fiscale de ces groupements ne résulte pas originellement du Code, mais de lois spéciales (cfr *infra*).

(1) C.I.R., art. 248, al. 2. Les taux progressifs varient de 26, 5 % à 58, 3 % (A.R. du 2 juin 1993 déterminant le précompte professionnel sur les bénéficiaires et profits des associés ou membres non résidents de sociétés civiles ou associations sans personnalité juridique, visées à l'article 229, § 3, du Code des impôts sur les revenus 1992). Le taux est de 43 % pour les sociétés. Le régime n'est d'application qu'à partir de l'exercice d'imposition 1993. Pour les revenus attribués à partir du 26 juillet 1993, il y a lieu de majorer le précompte professionnel de 3 % au titre de contribution complémentaire de crise (art. 14 de l'A.R. du 22 octobre 1993 modifiant l'A.R.-I.R., M.B., 29 octobre 1993).

(2) J. MALHERBE et P. FAES, « Régime fiscal du groupement européen d'intérêt économique en Belgique », in *Les groupements d'intérêt économique*, 1990, p. 147 ; *contra*, réf. citées, *ibid.*, notes 23-25.

(3) C.I.R., art. 228, § 2, 3^o, e.

(4) C.I.R., art. 29, § 2, 2^o.

On se rappellera que les associés des sociétés sans personnalité juridique à proprement parler sont, eux, considérés comme ayant un établissement belge au siège de la société (1).

Section 3. — Groupements d'intérêt économique (2)

Les États membres de la CEE devaient prendre, au plus tard au 1^{er} juillet 1989, les mesures nécessaires pour l'application du Règlement n° 2137/85 du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE) (3).

La loi belge du 12 juillet 1989 répond, avec quelque retard, à cette exigence communautaire (4). Toutefois, le législateur belge est allé plus loin : par la loi du 17 juillet 1989, il a également introduit la possibilité de constituer des groupements nationaux d'intérêt économique (GIE) au niveau belge (5).

Aucune des deux lois n'établit de façon détaillée ou exhaustive le régime d'impôt direct applicable aux groupements d'intérêt économique. Le législateur belge s'est en effet borné à indiquer que ces grou-

(1) C.I.R., art. 229, § 3. Cfr *supra*.

(2) Cfr VANHAUTE, « De Europese Groepering tot Samenwerking : enkele beschouwingen bij haar juridisch en fiscaal statuut », *T.F.R.*, 1988, p. 149 ; BEHAEGHE, « Le groupement européen d'intérêt économique, résumé et documentation », *Courr. fisc.*, 1989, p. 498 ; I.B.F.D. et BLOUET, « The taxation of the European Economic Interest Grouping (EEIG) », *Eur. Tax.*, 1991, p. 1 ; VAN CROMBRUGGE, « Het fiscaal statuut van de economische samenwerkingsverbanden », in « De Europese Samenwerkingsverbanden », *T.R.V.*, n° spéc., 1989 ; J. MALHERBE et P. FAES, « Régime fiscal du groupement européen d'intérêt économique en Belgique », dans *Les groupements d'intérêt économique*, 1990, p. 141 ; DHAeyer, « Le groupement d'intérêt économique au regard du droit fiscal belge », *R.G.F.*, 1991, p. 319 ; FALA, « Observations critiques sur le groupement d'intérêt économique », *R.G.F.*, 1992, p. 53. Comp., en droit luxembourgeois, WINANDY, « Traitement fiscal des groupements d'intérêt économique (GIE et GEIE) », in *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, 1994, t. I, p. 499.

(3) Règlement (CEE) n° 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985, relatif à l'institution d'un groupement d'intérêt économique (GEIE), *J.O.C.E.* n° L 199 du 31 juillet 1985, p. 1, ci-après cité Règlement.

(4) Loi du 12 juillet 1989 portant diverses mesures d'application du règlement (CEE) n° 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985, relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique, *M.B.*, 22 août 1989, p. 14385.

(5) Loi du 17 juillet 1989 sur les groupements d'intérêt économique, *M.B.*, 22 août 1989, p. 14385. Cfr circ. n° Ci.RH.421/439.272 du 17 septembre 1993. — Commentaire des dispositions de la L. 12 juill. 1989 portant diverses mesures d'application du règlement (CEE) n° 2137/85 du Conseil du 25 juill. 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique ; la L. 17 juill. 1989 sur les groupements d'intérêt économique, *Bull. contr.*, 1993, n° 732, p. 2948.

pements, tant européens que nationaux, seront dénués de la personnalité juridique pour l'application de l'impôt sur les revenus (1). Partant, le bénéfice du GEIE sera taxé au nom des membres dans les différents États membres conformément à la législation qui y est en vigueur, le produit de cette répartition entraînant une perception fiscale bénéficiant à l'État membre dont le membre du groupement est ressortissant ou contribuable. Comme il sera démontré ci-dessous, l'application de ces principes peut donner lieu à d'importantes difficultés d'interprétation.

En revanche, en matière d'impôts indirects (droits d'enregistrement, T.V.A.), la situation paraît plus claire, le GEIE étant soumis comme tel au droit national de l'État membre dans lequel est situé son siège.

L'article 1^{er} de la loi du 12 juillet 1989 dispose qu'un GEIE inscrit en Belgique a la personnalité juridique (2). Cependant, en vertu de l'article 14 de la même loi, le GEIE est censé être dénué de la personnalité juridique pour l'application des impôts sur les revenus (3).

Le Code des impôts sur les revenus de 1992 (4) a, par voie de coordination, ajouté à la liste des associations sans personnalité juridique dont les bénéficiaires sont considérés comme des bénéficiaires des membres, les groupements et les groupements européens d'intérêt économique, remplaçant les dispositions légales antérieures.

Il s'agit toutefois d'une coordination, qui n'entendait pas modifier ces dispositions.

Le groupement doit avoir exclusivement pour but de faciliter ou de développer l'activité de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité (5). En ce sens, l'activité du groupement doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci (6). Le GEIE est dès lors, comme le groupement d'intérêt économique (GIE), essentielle-

(1) Loi du 12 juillet 1989, art. 14 ; loi du 17 juillet 1989, art. 30.

(2) Le GIE (régime belge) a la personnalité juridique dès la conclusion du contrat du groupement ; le GEIE doit être inscrit avant de posséder la personnalité juridique.

(3) C'est notamment pour des raisons fiscales que le droit allemand et le droit italien ne peuvent pas octroyer la personnalité juridique aux GEIE : la reconnaissance de la personnalité juridique impliquerait que les bénéficiaires soient taxés dans le chef de la personne morale, c'est-à-dire dans le chef du GEIE (voir à ce sujet, K. GEENS, « Algemene bespreking van de EESV-verordening, de EESV-wet en de ESV-wet », *T.R.V.*, 1989, numéro spécial, n° 11, p. I-22, et les références).

(4) Art. 29.

(5) Règlement, art. 3 ; loi du 17 juillet 1989, art. 1^{er}, § 1^{er}.

(6) Règlement, art. 3 ; loi du 17 juillet 1989, art. 1^{er}, § 1^{er}.

ment un « groupement de moyens » au service des résultats de ses membres.

La qualification du GEIE comme un « groupement de moyens » n'implique aucunement qu'il ne peut réaliser des bénéfices (1) et, par exemple, s'il est constitué en vue de l'approvisionnement en commun, qu'il doit facturer les marchandises à ses membres au prix coûtant (2).

La possibilité pour le groupement de réaliser des bénéfices est d'ailleurs confirmée par les articles 21 et 40 du Règlement selon lesquels :

- les bénéfices provenant des activités du groupement sont considérés comme bénéfices des membres et sont répartis entre eux dans la proportion prévue au contrat de groupement ou, à défaut, par parts égales (3) ;
- le résultat provenant de l'activité du groupement n'est imposable qu'au niveau de ses membres (4).

Ce même principe a été retenu par le législateur belge qui a confirmé que « les bénéfices ou profits distribués ou non distribués (du groupement), ainsi que les prélèvements des membres sont considérés comme des bénéfices ou profits desdits membres et taxés dans leur chef selon le régime qui leur est applicable » (5).

En revanche, le groupement ne doit pas réaliser de profit et peut même être en situation de perte permanente, par exemple s'il se consacre à la recherche (6). Le Règlement, à l'opposé de la législation belge qui n'en parle pas (7), prévoit le sort de telles pertes : les membres contribuent au règlement de l'excédent des dépenses sur les

(1) ISRAËL, « Une ^{er} avancée du droit communautaire : le Groupement européen d'intérêt économique (GEIE) », *Rev. Marché Commun*, 1985, p. 646 ; MEYER-LÄNDTUR, « Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) », *R.I.W.*, 1986, p. 108 ; KEUTGEN, « Le groupement européen d'intérêt économique », *Cah. dr. eur.*, 1987, p. 495.

(2) *Contra* PÉTELAUD, « La constitution de la communauté européenne et le groupement européen d'intérêt économique (GEIE) », *Rev. Soc.*, 1986, p. 198.

(3) Règlement, art. 21.1.

(4) Règlement, art. 40.

(5) Loi du 12 juillet 1989, art. 14 ; loi du 17 juillet 1989, art. 30.

(6) PETRICCIONE, « New Legal Forms of Organised Economic Activity at Community Level : Council Regulation on a European Economic Interest Grouping (EEIG) », *Legal Issues of European Integration*, 1986-2, p. 40.

(7) L'art. 14 de la loi du 12 juillet 1989, ainsi que l'art. 30 de la loi du 17 juillet 1989 ne parlent que de « profits et bénéfices », laissant donc la répartition des pertes au contrat de groupement.

recettes dans la proportion prévue au contrat de groupement, et, à défaut, par parts égales (1).

Le principe retenu par le Règlement et dont le législateur belge s'est inspiré est donc celui de la transparence fiscale qui, dans certains pays, est appliqué aux sociétés de personnes. On peut y voir un élément d'harmonisation fiscale limitée (2).

Nous examinerons de quelle manière et selon quelles modalités le principe de la transparence fiscale s'appliquera aux GEIE. Seront étudiés successivement : le traitement de revenus belges ou étrangers d'un GEIE administré en Belgique, l'imposition en Belgique des revenus de membres belges d'un GEIE administré à l'étranger et l'imposition en Belgique de l'établissement d'un GEIE administré à l'étranger. Il s'avérera que l'application du principe de la transparence fiscale donne lieu à des controverses (3).

§ 1^{er}. — REVENUS BELGES D'UN GEIE ADMINISTRÉ EN BELGIQUE

Les membres d'un GEIE ayant son administration centrale en Belgique seront imposables en Belgique. Les sociétés belges incluront leur quote-part du bénéfice du groupement dans l'assiette de leur impôt des sociétés ; les sociétés étrangères seront imposable sur leur quote-part à l'impôt des non-résidents (INR-Soc.) (4).

À défaut de pareille intégration dans la comptabilité des sociétés membres, il y aura lieu de considérer qu'il existe une sous-évaluation d'actif (5).

A. Sociétés belges membres du GEIE

Selon les termes de l'article 14, alinéa 3, de la loi du 12 juillet 1989, les bénéficiaires ou profits du GEIE sont censés être payés ou attribués

(1) Règlement, art. 21.2.

(2) SASS, « Zu den steuerlichen Aspekten der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung », *Der Betrieb*, 1985, p. 2266 ; « Les aspects fiscaux du Groupement européen d'intérêt économique (GEIE) », *Fisc. eur.*, 1986-4, p. 46 ; « Tax Aspects of the European Economic Interest Grouping », *T.P.I.*, vol. 13, 1986, n° 1, p. 3 ; IBFD et BLOUET, « The Taxation of the European Economic Interest Grouping (EEIG) », *Eur. Tax.*, 1991, p. 2.

(3) J. MALHERBE et P. FAES, « Het Europees Economisch Samenwerkingsverband — Fiscale en boekhoudkundige aspecten », *R.D.C.*, 1990, p. 140.

(4) Seul le cas des membres qui sont des sociétés sera étudié.

(5) Circ. du 17 septembre 1993, *Bull. contr.*, 1993, n° 732, n° 36, pp. 2998 et 2999.

aux membres à la date de clôture de l'exercice comptable auquel ils se rapportent (1).

Cette disposition était l'exacte transposition du libellé de l'article 364 (25, § 2, ancien) du CIR qui prévoit que, dans les sociétés civiles et associations sans personnalité juridique, l'ensemble du bénéfice imposable est considéré comme payé ou attribué aux associés ou membres à la date de clôture de l'exercice comptable auquel il se rapporte, la part des bénéfices non distribués, considérée comme payée ou attribuée à chaque membre, étant déterminée conformément aux stipulations de la convention d'association ou, à défaut, par part virile. Le Code considérait comme dénuées de la personnalité juridique les sociétés commerciales irrégulièrement constituées et les sociétés agricoles qui n'ont pas opté pour la personnalité juridique (2).

L'assimilation (3) d'un GEIE à des sociétés que l'article 29 du CIR répute être dénuées de la personnalité juridique pour l'application de l'impôt sur les revenus était nécessaire. À défaut d'une telle assimilation, des difficultés naîtraient. Sans doute, chaque membre pourrait-il être imposé sur sa part de bénéfice en exécution de l'article 40 du Règlement. En revanche, il ne pourrait déduire sa part des pertes que s'il y contribue personnellement conformément à l'article 21.2. En effet, le groupement a la personnalité juridique et le Règlement n'attribue pas ses pertes aux associés. L'assimilation du GEIE à une société que l'article 29 du CIR répute être dénuée de la personnalité juridique permet cependant de considérer que chaque membre supporte personnellement les charges du groupement et peut donc déduire l'excédent de ces charges sur les produits.

Une circulaire administrative commente la détermination de la part des bénéfices imposables dans le chef de chaque société membre.

Cette part est composée de ses prélèvements et attributions issus des bénéfices de l'exercice comptable et de son intervention dans les pertes de l'exercice, ainsi que de sa part dans les éventuels bénéfices non répartis ou dans les pertes non réparties de l'exercice comptable.

(1) Comp. GIE, loi du 17 juillet 1989, art. 30, al. 3.

(2) C.I.R. ancien, art. 25, § 1^{er}, al. 2, devenu l'article 29, § 2.

(3) Une telle assimilation a été envisagée, *expressis verbis*, dans le projet de loi relatif aux groupements d'intérêt économique du 8 juillet 1976, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1975-1976, n° 1 ; HUYS et KEUTGEN, « Un projet de loi sur les groupements d'intérêt économique », *R.P.S.*, 1976, p. 36.

Les bénéficiaires non répartis comprennent le résultat comptable non distribué, les réserves « occultes » (réductions de valeur imposables, excédents d'amortissements, etc.) et les dépenses non déductibles au titre de frais professionnels.

Ils sont répartis entre les membres selon les stipulations du contrat ou, à défaut, par part virile.

Il en sera de même pour les éventuels éléments déductibles, tels que libéralités exonérées et déductions pour investissement (1).

B. Sociétés étrangères membres du GEIE

Prima facie, la question se pose de savoir si la société étrangère qui est membre d'un GEIE administré en Belgique dispose de ce fait d'un établissement dans le pays.

Telle semble être la conception de certains droits étrangers (2).

De même, d'excellents commentateurs considèrent qu'en principe, une société étrangère qui est membre d'un GEIE administré en Belgique dispose de ce fait d'un établissement dans le pays, tant au sens du Code des impôts sur les revenus qu'au sens des conventions, et sera dès lors assujettie à l'impôt des non-résidents. Ils ajoutent toutefois qu'en pratique, le droit d'imposition en Belgique disparaîtra dans la majorité des cas, eu égard à l'activité purement préparatoire ou auxiliaire au sens de l'article 5, alinéa 4, e, de la Convention OCDE, du groupement (3). D'autres commentateurs se fondent sur l'article 229, § 3, du Code qui dispose que les sociétés non résidentes associées dans d'autres formes de sociétés sans personnalité juridique sont censées disposer d'un établissement belge pour l'application de l'article 228, § 2, 3°, et en déduisent que cette règle permet de considé-

(1) Circ. du 17 septembre 1993, *Bull. contr.*, 1993, n° 732, p. 1996.

(2) SASS, « Les aspects fiscaux du groupement européen d'intérêt économique (GEIE) », *Fisc. eur.*, 1986-4, p. 47 ; HAUG-ADRION, « Zur ertragsteuerlichen Behandlung der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung, *GmbHHR*, 1985, p. 337 ; « L'imposition du groupement d'intérêt économique », *Fisc. eur.*, 1988-2, p. 21.

(3) S. VAN CROMBRUGGE, « Het fiscaal statuut van de economische samenwerkingsverbanden », *T.R.V.*, 1989, numéro spécial, n° 18, p. III-18 ; voy. dans le même sens : VANHAUTE, « De Europese Groupering tot Samenwerking. Enkele beschouwingen bij haar juridisch en fiscaal statuut », *T.F.R.*, 1988, p. 153 ; BEHAEGHE, « Groupement européen d'intérêt économique — Groupement d'intérêt économique », *Courr. fisc.*, 1989, p. 508 ; voy. aussi HAELTERMAN, « Le GEIE : manque d'harmonisation fiscale », *Fiscal. intern.*, 74, 22 février 1990, pp. 2-4, qui semble préconiser une approche *ad hoc*.

rer que toute société étrangère membre d'un GEIE a un établissement belge (1).

De telles conceptions nous semblent peu conciliables en principe avec une législation qui, comme la loi belge sur les GEIE, attribue la personnalité juridique au groupement et ne contient pas de disposition expresse à ce sujet. Bien que l'assimilation d'un GEIE à une société que l'article 29 du Code répute être dénuée de la personnalité juridique pour l'application de l'impôt sur les revenus puisse être défendue (voy. *supra*), il n'en reste pas moins que l'article 140, § 2, 3^o, e, du Code ancien ne contenait aucune référence expresse à la législation sur les GEIE. On notera aussi que le commentaire OCDE prévoit que l'exception des activités préparatoires et auxiliaires ne peut s'appliquer qu'à un établissement fonctionnant pour une seule entreprise, alors que le groupement, de par sa nature même, fonctionne pour plusieurs entreprises (2). De plus, la Convention OCDE prévoit expressément que le fait pour une société d'être contrôlée par une société résidente d'un autre État ne suffit pas à faire de la première société un établissement stable de l'autre (3).

L'administration belge soutenait jadis une thèse analogue en considérant que l'associé actif non résident d'une société de personnes belge disposait en Belgique d'un établissement belge (4). À cette époque, les rémunérations d'associé actif d'une société de personnes étaient traitées comme des bénéfices d'exploitation (5) et l'énumération légale des revenus produits ou recueillis en Belgique (6), si elle visait les revenus produits à l'intervention d'établissements belges, ne comprenait pas les rémunérations d'associés actifs de sociétés de personnes comme telles.

Or, la loi permettait l'imposition en Belgique sur tous ses revenus professionnels d'origine belge de l'associé actif d'une société de personnes belge.

(1) GHYSBRECHT, « Le régime des sociétés étrangères en Belgique », dans *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, 1990, p. 363 ; comp. L. HINNEKENS, « La réforme de l'impôt des non-résidents », *R.G.F.*, 1990, p. 142.

(2) Com. Conv. 5/301 et 5/305. Certaines conventions admettent l'exception même dans ce cas.

(3) Convention OCDE, art. 5.7.

(4) LAGAE, « Personenvennootschappen en maatschappen in het Belgisch internationaal belastingrecht », *Liber Amicorum Prof. Baron J. Van Houtte*, 1975, t. I, p. 568 ; J. et Ph. MALHERBE, « Fiscalité internationale des sociétés de personnes en Belgique », *Rev. dr. aff. intern.*, 1986, p. 447.

(5) C.I.R. ancien, art. 20, 1^o.

(6) C.I.R. ancien, art. 140.

Encore fallait-il que ces revenus fussent définis comme d'origine belge. Le fisc dut donc recourir à la fiction critiquable de l'assimilation de la qualité d'associé actif à un établissement. Il put y renoncer lorsque les revenus d'associés actifs de sociétés de personnes belges, toujours considérés comme bénéfices d'exploitation, furent expressément ajoutés à la liste des revenus produits ou recueillis en Belgique (1).

Depuis 1976, les rémunérations d'associés actifs ne sont plus rangées parmi les bénéfices d'exploitation, mais parmi les rémunérations, au même titre que celles des administrateurs de sociétés anonymes et des salariés (2). Elles sont définies comme d'origine belge au même titre que les rémunérations payées par une société belge (3).

Jusqu'en 1986, les sociétés de personnes qui ne comptaient comme associés que des personnes physiques pouvaient, à certaines conditions, opter pour l'imposition de leurs bénéfices à l'impôt des personnes physiques dans le chef de leurs associés. Les bénéfices étaient considérés comme bénéfices d'exploitation et, avant 1973, l'associé non résident était, dans ce cas aussi, traité comme ayant un établissement belge au siège de la société. L'énumération des revenus de source belge fut ensuite complétée pour comprendre les revenus résultant de la qualité d'associé dans des sociétés ayant opté pour l'assujettissement de leurs bénéfices à l'impôt des personnes physiques (4).

En revanche, pour l'application des conventions internationales, qui lient la Belgique à tous les États de la CEE, les revenus d'associés actifs de sociétés de personnes sont traités comme des bénéfices d'exploitation et l'associé actif non résident est toujours considéré comme disposant d'un établissement stable au siège de la société belge (5). Certains traités confirment expressément, soit l'assimilation des rémunérations d'associés actifs aux bénéfices d'exploitation lorsque la loi

(1) Loi du 25 juin 1973, art. 140, 3^o, e, du C.I.R. ancien.

(2) Loi du 5 janvier 1976, art. 20, 2^o, du C.I.R. ancien.

(3) Loi du 5 janvier 1976, art. 140, § 2, 4^o, du C.I.R. ancien.

(4) Loi du 25 juin 1973, art. 140, § 2, f, du C.I.R. ancien.

(5) Com. Conv. 7/601. En France, la société étrangère membre d'un GIE français est imposable sur sa quote-part des résultats du groupement, non en qualité d'exploitant d'un établissement stable, mais en qualité de membre du groupement (Instruction du 31 mai 1968, *B.O.C.D.*, 1968, II, 4141). L'I.S. et la retenue à la source seront perçus à charge d'un membre étranger qui serait une société de capitaux (GUYON et COCQUE-REAU, *Le Groupement d'intérêt économique*, 2^e éd., Paris, 1973, p. 277 ; *Enc. Dalloz, Sociétés*, v^o Groupements d'intérêt économique, n^o 227).

belge le prévoit (1), soit le droit de la Belgique d'imposer les bénéficiaires d'une société de personnes dans le chef de ses associés (2), soit l'exonération dans le pays de la résidence de l'associé des revenus imposés par la Belgique dans le chef des associés actifs autrement qu'au titre de dividendes (3).

Aucun de ces traités n'ajoute toutefois le « chaînon manquant » en assimilant la qualité d'associé actif à un établissement stable.

Cette discussion pourrait être évitée en matière de GEIE. Il suffit d'inclure dans les revenus d'origine belge, comme le prévoyait d'ailleurs le projet de loi du 8 avril 1976 sur les groupements d'intérêt économique, les revenus provenant de la qualité de membre d'un GEIE et de rendre taxables sur leurs revenus de propriétés foncières sises en Belgique et leurs revenus professionnels d'origine belge les membres d'un GEIE administré en Belgique. Il ne serait plus nécessaire, dès lors, qu'un membre non résident soit considéré comme ayant un établissement belge au siège du groupement ; il serait taxé en raison de sa seule appartenance au groupement.

Le Code de 1992 a procédé à cette assimilation (4).

L'assimilation de la qualité de membre d'un GEIE à un établissement stable restera nécessaire sur le plan conventionnel (5). Toutefois, dès lors que, par cette assimilation, le droit d'imposer est attribué à la Belgique, celle-ci peut appliquer les dispositions de sa législation interne. L'article 7 de la convention modèle, qui impose de n'attribuer à un établissement stable que les bénéfices qu'il réaliserait s'il constituait une entreprise indépendante, sera *ipso facto* respecté puisque la Belgique n'imposera dans le chef des membres que les bénéfices résultant des comptes du GEIE.

§ 2. — REVENUS ÉTRANGERS D'UN GEIE ADMINISTRÉ EN BELGIQUE

A. Imposition à l'étranger des revenus étrangers du groupement

Le GEIE pourra-t-il invoquer comme tel la protection des conventions fiscales conclues par la Belgique ?

(1) Grande-Bretagne, art. 23, § 2 (b), ii. Cette hypothèse ne correspond plus à la législation belge actuelle.

(2) Danemark, art. 7, § 7 ; Grèce, Protocole n° 2.

(3) Luxembourg, protocole, § 6, 2°, a, 1^{er} ; Allemagne, protocole, art. 13, B, 1^{er}, a.

(4) Art. 228, § 2, 3°, e, et 29.

(5) Voy. également circ. du 17 septembre 1993, *Bull. contr.*, 1993, n° 732, p. 3000.

L'affirmative nous paraît imposée par la définition du terme « société » dans la Convention OCDE, incluant toute personne morale. Les sociétés étant des personnes et les personnes des résidents au sens de la Convention dès lors qu'elles sont assujetties à l'impôt dans le pays en raison de leur siège, un GEIE administré en Belgique sera un résident pour l'application des conventions conclues par la Belgique : bien qu'il ne soit pas soumis lui-même à l'impôt, il demeure assujetti à l'impôt en raison de son siège, puisque son revenu, tant belge qu'étranger, est imposable en Belgique, quel que soit le domicile de ses membres (1).

Ses revenus commerciaux ne seront donc imposables dans un État cocontractant que s'il y dispose d'un établissement stable. Les réductions conventionnelles des retenues à la source s'appliqueront à ses revenus mobiliers.

Si l'État étranger est membre de la CEE, il appliquera, outre le traité, le Règlement et imposera le revenu du groupement, qu'il soit commercial, mobilier ou immobilier, dans le chef de chacun de ses membres. Il appliquera toutefois la convention qu'il a conclue avec la Belgique et non avec l'État de résidence du membre du groupement.

Telle était d'ailleurs la solution applicable jadis aux sociétés de personnes qui avaient opté pour l'assujettissement de leurs bénéficiaires à l'impôt des personnes physiques dans le chef de leurs associés : elles bénéficiaient en tant que sociétés résidentes des conventions conclues par la Belgique (2).

La solution défendue ci-avant est toutefois critiquée par plusieurs auteurs.

Selon M. Sass, chaque membre du GEIE doit être considéré comme une entreprise distincte au sens de la Convention modèle de l'OCDE et des conventions fiscales différentes trouveront donc à s'appliquer (3). Il se fonde sur l'ancien commentaire du terme « entreprise » d'après la Convention modèle de 1963 pour en déduire que, lorsqu'une société de personne n'est pas une unité imposable, chaque participant devient une entreprise distincte. Ce texte, qui n'a pas été repris dans les Commentaires de 1977 et de 1992, est présenté comme une clarification possible du mot « entreprise », qui doit en principe

(1) Comp. Com. Conv. 4/113.

(2) Com. Conv. 3/22 et 4/113.

(3) SASS, « Les aspects fiscaux du Groupement européen d'intérêt économique (GEIE) », *Fisc. eur.*, 1986-4, p. 47.

recevoir le sens qu'il a dans chaque législation nationale. En Belgique, un résident au sens conventionnel ne peut être qu'une personne physique ou une entité dotée de personnalité juridique (1). Inversement, toute personne physique et toute personne juridique est un résident au sens conventionnel. Une « entreprise » qui serait associée d'une entité dotée de personnalité juridique ne peut se substituer à celle-ci dans la qualité de résident.

Pour M. Van Crombrugge, l'étendue du principe de la transparence fiscale empêcherait de considérer le GEIE comme un résident au sens de l'article 1^{er} de la Convention OCDE. Il en déduit que le GEIE ne pourra invoquer comme tel la protection des conventions fiscales conclues par la Belgique (2).

Dans notre conception, il n'est pas exclu que, vis-à-vis d'un État tiers où existe un établissement du groupement, le groupement puisse se prévaloir de la convention conclue par cet État avec la Belgique, tandis que le membre du groupement, résident d'un troisième État, invoquerait la convention conclue par l'État de l'établissement avec son État de résidence.

Si l'État étranger n'est pas membre de la CEE, sa législation interne et le traité lui permettront éventuellement d'imposer le GEIE comme tel.

B. Imposition en Belgique des revenus étrangers du groupement

Si le bénéficiaire commercial du GEIE est rattaché à un établissement stable situé dans un État cocontractant de la Belgique, celle-ci l'exonérera en exécution de la convention conclue avec cet État. Les membres belges du GEIE jouiront de cette exonération. Les membres étrangers en bénéficieront également.

Telle était la solution applicable aux sociétés de personnes optant pour l'imposition de leurs bénéfices à l'impôt des personnes physiques dans le chef de leurs associés, avant que ne fussent exclues de l'option les sociétés recueillant des revenus fonciers étrangers ou des revenus commerciaux réalisés dans des établissements étrangers (3).

(1) Com. Conv. 4/111.

(2) VAN CROMBRUGGE, « Het fiscaal statut van de economische samenwerkingsverbanden », *T.R.V.*, 1989, numéro spéc., n° 24, p. III-29 et les références.

(3) A.R. du 11 janvier 1974, A.R.-I.R., art. 58, al. 2, 1°, ancien.

Les revenus étrangers, étant censés perçus directement par les associés, conservaient entre leurs mains la source qu'ils avaient dans le chef de la société.

Outre l'application de la convention, un second motif justifie, pour les membres étrangers du groupement, l'absence d'imposition en Belgique des revenus d'établissements stables étrangers du groupement.

L'administration doit accepter ici les conséquences de la fiction conventionnelle qui consiste à assimiler la qualité d'associé actif d'une société de personnes — ou d'associé d'un GEIE — à un établissement stable. Elle se bornera à imposer les revenus rattachés à l'établissement stable sis en Belgique et n'imposera pas les revenus rattachés à des établissements stables étrangers.

Le même résultat serait atteint si, par exemple, dans de nouvelles conventions, la part d'un membre étranger dans les résultats du GEIE était imposable comme telle, sans recours à la fiction d'un établissement stable.

Le revenu commercial étranger à la Belgique aura subi son régime fiscal en Belgique, à savoir l'exonération.

Aucune disposition légale ne le rend imposable au motif qu'il est attribué à un non-résident.

Si le bénéfice commercial du GEIE est produit par un établissement situé dans un pays qui n'a pas conclu de traité avec la Belgique, l'impôt belge applicable à ce bénéfice est en principe réduit au quart (1). Tel sera le régime des sociétés belges membres du groupement.

En revanche, à l'égard des membres du groupement, puisque tous les pays de la CEE sont liés à la Belgique par des conventions, la fiction de l'établissement stable du membre étranger au siège du groupement nous paraît imposer à la Belgique l'exonération : la Belgique ne peut imposer que le bénéfice rattaché à l'établissement stable situé en Belgique.

§ 3. — QUESTIONS SPÉCIALES

A. Revenus d'actions et parts

Un groupement européen peut détenir des parts de sociétés autres que celles de sociétés membres dans la mesure où cette détention est

(1) C.I.R., art. 217.

nécessaire pour atteindre l'objectif du groupement (1). Il s'agit, par exemple, de parts d'une société située dans un pays en développement, requises pour la réalisation d'un projet local (2).

Les membres étrangers du GEIE, étant assujettis à l'impôt des non-résidents, ne pourront bénéficier de l'imputation du précompte mobilier belge afférent à des revenus définitivement taxés (3). Le précompte mobilier acquiert ainsi la nature d'un impôt supplémentaire. Il est dû même lors de la perception de revenus définitivement taxés d'origine étrangère à l'intervention d'un intermédiaire belge (4).

L'article 262, imposant la retenue du précompte par le bénéficiaire, ne pourra toutefois être appliqué aux dividendes perçus par un GEIE, puisque celui-ci a la personnalité morale.

Ce régime paraît contraire à la clause de non-discrimination des établissements stables, insérée dans la plupart des traités conclus par la Belgique, et à l'article 52 du Traité de Rome, prescrivant la liberté d'établissement et interdisant toute discrimination fondée sur la nationalité (cfr *infra*).

B. Absence de solidarité

L'impôt belge sera enrôlé au nom de chaque membre individuellement. La solidarité des membres du groupement avec celui-ci est limitée aux dettes du groupement (5) : elle ne s'appliquera donc pas aux dettes d'impôts directs.

§ 4. — IMPOSITION EN BELGIQUE DES REVENUS DE MEMBRES BELGES D'UN GEIE ADMINISTRÉ À L'ÉTRANGER

La part du résultat du GEIE attribuée à une société belge membre d'un GEIE administré dans un autre État membre de la CEE sera exonérée en Belgique parce que l'administration belge étendra à cette hypothèse sa fiction de l'établissement stable (6).

(1) Règlement, art. 3, 2, b. Le groupement d'intérêt économique ne pourra détenir d'actions ou parts de sociétés membres.

(2) SANDERS, « Het Europese Economische Samenwerkingsverband », dans *Tot vermaak van Slagter, Feestbundel*, 1988, p. 236.

(3) C.I.R., art. 283.

(4) C.I.R., art. 262, 2°.

(5) Règlement, art. 24.

(6) Circ. du 17 septembre 1993, *Bull. contr.*, 1993, n° 732, n° 45, p. 3001.

Il en sera ainsi, que le GEIE ait dans le pays étranger la personnalité juridique ou non.

Dans sa circulaire, l'administration considère que, si de tels bénéficiaires sont imputables à un établissement stable sis à l'étranger en raison des dispositions conventionnelles, ils sont exonérés en Belgique.

Dans le cas contraire, elle les traitera comme bénéficiaires d'origine belge.

La quote-part du membre belge dans la perte du groupement sera déductible le cas échéant des bénéficiaires du membre, dans l'ordre d'imputation prévu : d'abord sur les bénéficiaires étrangers exonérés par convention, puis sur les bénéficiaires imposables au taux réduit, enfin sur les bénéficiaires belges (1). Dans les deux derniers cas, lorsque la perte sera, dans l'État étranger, compensée avec le bénéfice du groupement pour une autre période imposable, ce bénéfice sera imposable en Belgique.

Toutefois, si le revenu du GEIE étranger provient d'un établissement situé dans un autre pays que celui de son administration centrale, il y a lieu de distinguer.

Si le groupement possède la personnalité juridique, la convention conclue entre la Belgique et l'État de l'administration centrale du GEIE s'applique : la Belgique doit exonérer tout le revenu du GEIE, quelle que soit sa source, parce qu'elle ne peut imposer que le résultat d'un établissement stable du GEIE situé sur son territoire.

Si le groupement ne possède pas la personnalité juridique, le membre belge du groupement peut prétendre à l'application de la convention conclue par la Belgique avec l'État où est situé l'établissement stable du groupement étranger.

En revanche, si le revenu provient d'un établissement du GEIE étranger situé dans un autre État, non lié à la Belgique par une convention, l'impôt belge des sociétés sera réduit au quart (2), même si le revenu a été exonéré dans le pays de l'établissement en application de la convention conclue entre ce pays et le pays du siège du groupement.

(1) A.R.-I.R., art. 75.

(2) Comp. Com. Conv. 23/148 et 23/149 ; J. MALHERBE, « Le régime fiscal des dividendes et des distributions de liquidation d'origine étrangère reçus par des sociétés belges : Droit interne, traités et projets de réforme », *J.D.F.*, 1988, p. 205.

La perte subie dans l'établissement sera dans ce dernier cas déductible d'abord des bénéfices imposables au taux réduit, puis des bénéfices exonérés par convention, enfin des bénéfices belges.

Une société belge peut donc avoir intérêt à localiser dans un GEIE administré dans un État dont le taux effectif d'imposition est inférieur au taux belge des bénéfices qui auraient, à défaut, été imposables en Belgique.

Sans doute, l'article 26 du Code, confirmé par l'article 9 de la convention modèle de l'OCDE, interdit-il les transferts anormaux de bénéfices à des entreprises apparentées. Il sera toutefois difficile à l'administration d'établir le caractère anormal ou bénévole de la localisation de bénéfices dans un GEIE qui satisfait aux conditions de l'article 3 du Règlement et n'encourt pas la sanction de la dissolution prévue par l'article 32.

Il en sera d'ailleurs de même dans l'ordre interne, pour l'application de l'article 207, alinéa 2, du Code des impôts sur les revenus, interdisant la déduction de pertes ou de revenus définitivement taxés d'avantages anormaux ou bénévoles accordés par une entreprise apparentée. Le GEIE pourrait ainsi être l'instrument d'une certaine consolidation fiscale.

Le contrat peut influencer la répartition des bénéfices et des pertes entre membres, de même que l'attribution à certains membres de parties déterminées du revenu, telles que le revenu étranger ou le revenu mobilier du groupement.

§ 5. — IMPOSITION EN BELGIQUE DE L'ÉTABLISSEMENT D'UN GEIE ADMINISTRÉ À L'ÉTRANGER

Si le groupement étranger a la personnalité juridique, la Belgique appliquera la convention conclue avec l'État du siège d'administration du groupement, et non avec l'État de résidence de chaque membre (1), sauf si une disposition de la Convention conclue avec l'État du siège s'y oppose.

De nombreuses conventions conclues par la Belgique assimilent aux « personnes » susceptibles d'être considérées comme résidents d'un État étranger les groupements de personnes, c'est-à-dire les asso-

(1) Cfr *supra*.

ciations sans personnalité juridique qui ne sont pas traitées comme des contribuables distincts (1).

Dans ces cas encore, la convention conclue par la Belgique avec l'État du siège du groupement s'appliquera.

L'établissement du groupement en Belgique ne sera pas considéré comme un établissement stable s'il a une fonction préparatoire ou auxiliaire du type de celles qui sont énumérées à l'article 5.4. de la Convention modèle et que reprend la Convention applicable. Sans doute le groupement lui-même constituera-t-il toujours un établissement stable de ses membres, car l'exception réservée aux activités préparatoires et auxiliaires ne peut concerner une installation qui rend des services à plusieurs entreprises (2).

Compte tenu de la personnalité juridique du groupement ou de son assimilation conventionnelle à une personne, l'établissement étranger d'un GEIE pourrait toutefois bénéficier de l'exception, sauf si le droit applicable ne permet pas de le considérer comme une entreprise au sens de la Convention et attribue cette qualité à chaque membre.

En raison de la fiction de l'établissement stable, rappelée ci-dessus, la Belgique devra toutefois appliquer à l'égard de chaque membre la clause de non-discrimination de la Convention conclue avec son État de résidence et l'imposer au taux frappant les sociétés belges, sauf dérogation.

§ 6. — DÉBITION ET IMPUTATION DE PRÉCOMPTE

A. Précompte immobilier

Le propriétaire ou l'usufruitier d'un immeuble situé en Belgique est tenu de payer le précompte immobilier, c'est-à-dire un prélèvement auquel s'ajoutent des centimes additionnels locaux.

La question de savoir si le GEIE peut être tenu comme débiteur du précompte immobilier, semble devoir inciter à une réponse négative. Le précompte immobilier est en grande partie un impôt auto-

(1) Com. Conv. 3/26.

(2) Com. Conv., 5/28 ; HAUG-ADRION, « L'imposition du groupement d'intérêt économique », *Fisc. eur.*, 1988-2, p. 21 ; comp. KRABBE, « Steuerliche Behandlung der Europäischen Wirtschaftlicher Interessenvereinigung aus deutscher Sicht », in *Der Betrieb*, 1985, p. 2586.

nome sur les revenus qu'un contribuable est censé avoir recueilli lui-même d'un immeuble situé en Belgique (1).

La fiction juridique de la transparence fiscale applicable au GEIE a pour conséquence que le précompte immobilier doit être enrôlé au nom de tous ses membres, comme s'ils étaient les copropriétaires indivis d'immeubles apportés à un GEIE (2).

B. Précompte professionnel

Le GEIE conserve sa personnalité juridique pour les autres obligations fiscales que celles qui sont relatives à la détermination de la répartition des pertes et profits.

Ainsi, le GEIE est tenu de retenir le précompte professionnel sur les rémunérations payées à son propre personnel.

C. Précompte mobilier

La fiction juridique de la transparence fiscale ne s'applique que pour l'imposition des revenus propres d'un GEIE.

En conséquence, elle ne peut être applicable pour les revenus mobiliers, tels que des intérêts ou des redevances (*royalties* produites par un contrat de licence, une concession de *know-how*, etc.), qu'un GEIE attribue ou paie à des tiers ou à ses membres : le GEIE peut donc être, le cas échéant, redevable du précompte mobilier sur les sommes ainsi décaissées.

Bien entendu, un GEIE ne peut être redevable du précompte mobilier sur les « revenus » qu'il a générés et qui sont « attribués aux membres » : dans cette hypothèse la fiction de la transparence fiscale joue pleinement ; les revenus du GEIE sont, du point de vue fiscal, les revenus directs des membres (3).

(1) CLAEYS-BOUÁERT, « De belasting op inkomsten uit onroerende goederen gelegen in België », *T. Not.*, 1964, p. 162 ; TIBERGHEN, *Inleiding tot het Belgisch fiscaal recht*, 2^e éd., 1986, p. 196, n^o 290.

(2) VAN CROMBRUGGE, « Het fiscaal statuut van de economische samenwerkingsverbanden », *T.R.V.*, 1989, numéro spécial, n^o 15, pp. III-18-19.

(3) VAN CROMBRUGGE, « Het fiscaal statuut van de economische samenwerkingsverbanden », *T.R.V.*, 1989, numéro spécial, n^o 15, p. III-18 ; VANHAUTE, « De Europese Groepering tot samenwerking. Enkele beschouwingen bij haar juridisch en fiscaal statuut », *T.F.R.*, p. 153. Les conditions de renonciation au précompte doivent être remplies conjointement par tous les membres (circ. du 17 septembre 1993, *Bull. contr.*, 1993, n^o 732, n^o 47, p. 3002).

Étant donné que les membres sont considérés comme les bénéficiaires directs des revenus mobiliers, une éventuelle renonciation à la perception du précompte mobilier par le débiteur doit s'envisager dans le chef de tous les membres. En d'autres termes, les dispositions légales relatives à la renonciation doivent être respectées conjointement par tous les membres (1).

Un GEIE qui a conclu un emprunt auprès d'un tiers ou un membre, résident belge, est dès lors tenu de retenir le précompte mobilier sur les intérêts payés à ce résident belge (2).

En cas de paiement d'intérêts ou de redevances, la question mérite une réponse nuancée en fonction de la convention applicable.

(1) Circ. du 17 septembre 1993, *ibid.*, *loc. cit.*

(2) Sous réserve de l'application d'une renonciation en vertu des articles 107 et suivants de l'A.R.-I.R.

TITRE II

RÉMUNÉRATIONS ET PENSIONS

CHAPITRE PREMIER. — RÉMUNÉRATIONS DES PROFESSIONS DÉPENDANTES PRIVÉES

SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

Section 1. — Définitions

Revenu d'un emploi salarié

La convention modèle vise les salaires, traitements et autres rémunérations similaires reçus par un résident d'un État contractant au titre d'un emploi salarié (1).

La disposition de l'article 15 repose sur une conception, suffisamment commune en droit international du travail, de l'emploi salarié. Elle coïncidera généralement avec les définitions du droit national mais, si celles-ci excluaient de façon aberrante de la notion d'emploi salarié certaines fonctions devant normalement y entrer, on pourrait estimer que le contexte conventionnel exige de les inclure dans le champ d'application de l'article 15, conformément à l'article 3.2 de la convention modèle (2).

Salaires, traitements et autres rémunérations

Tout ce qui constitue une rémunération est couvert par l'article 15. Il en sera ainsi des indemnités compensatoire de préavis, mais non d'indemnités tenant lieu de pension ou compensant une atteinte au droit à la pension.

(1) Sur le modèle 1992, cfr LONG, « Taxation of employees, artists and sportsmen (Articles 15 and 17) », *Intertax*, 1992, p. 688.

(2) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 15.16, p. 789.

Une indemnité compensant une obligation de non-concurrence sera également couverte, même si elle est payée après la fin du contrat de travail.

Section 2. — Source du revenu

§ 1^{er}. — RÈGLE GÉNÉRALE

Bien que la règle de source de l'article 15 soit rédigée dans les termes d'une règle de taxation, on peut en déduire que le revenu d'un emploi salarié trouve sa source au lieu où l'emploi est exercé.

La résidence de l'employeur et le lieu de la prise en charge ou du paiement de la rémunération seront sans importance, sauf, pour les deux premiers éléments, pour l'application de la règle des 183 jours (cfr *infra*).

Le lieu où les résultats du travail du salarié sont exploités n'en définit pas davantage la source (1).

Il serait erroné de localiser une activité de direction au siège de l'entreprise alors qu'elle est exercée ailleurs : le siège est l'endroit où son résultat est mis à profit (2).

L'exercice du travail comprend la durée des voyages permettant d'arriver au lieu de travail et les interruptions d'usage passées hors du pays de travail pour vacances, maladie ou visite au siège de l'employeur ou à des clients.

Si une rémunération couvre un travail dans le pays et hors du pays, elle sera répartie sur base du nombre de jours de travail, à l'exclusion des week-ends et vacances (3).

Lorsque la rémunération compense l'abstention de l'exercice d'une activité, sa source est plus difficile à déterminer (4).

Si le travailleur peut être appelé à tout moment, sa disponibilité entraîne une localisation de la rémunération à l'endroit où il est présent.

Si la rémunération est payée en exécution d'un engagement de non-concurrence, elle sera localisée au lieu où l'activité concurrente aurait

(1) Comm. OCDE, art. 15. 1^{er}.

(2) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, art. 15.19, p. 790.

(3) VOGEL, *op. cit.*, art. 15.15, p. 788.

(4) VOGEL, *op. cit.*, art. 15.20-21, p. 791, et jurisprudence allemande citée.

été exercée, s'il peut être déterminé et, dans la négative, au lieu de présence du travailleur.

Il serait erroné de la localiser au lieu d'exercice de l'activité salariée à laquelle il a été mis fin. La source de chaque revenu doit en effet être déterminée séparément.

§ 2. — RÉMUNÉRATIONS DES ÉQUIPAGES

Les rémunérations des emplois exercés à bord des navires et aéronefs en trafic international et à bord des bateaux servant à la navigation intérieure trouvent leur source dans l'État du siège de direction effective de l'entreprise (1).

Bien que rédigée comme une règle permettant l'imposition par cet État, sous réserve du droit concurrent de l'État de résidence du travailleur, cette disposition est une règle de source, reconnaissant la difficulté de déterminer autrement la source de la rémunération d'une activité aussi mobile.

Les bénéficiaires tirés de la navigation sont, dans les mêmes cas, imposés par l'État du siège de l'entreprise, qui se voit, dans cette hypothèse, consentir un droit exclusif alors que, pour l'imposition des rémunérations de l'équipage, l'État de la résidence du travailleur peut intervenir aussi.

L'exception ne s'applique pas au trafic aérien intérieur.

Elle ne vise que le personnel travaillant habituellement à bord, à l'exclusion du personnel administratif, même s'il se rend à bord pendant les escales, et des pilotes accompagnant les navires à proximité des ports.

Les traités modèles américain (2) et néerlandais reconnaissent le droit d'imposition à l'État de la résidence du travailleur et non à l'État du siège de l'entreprise.

Le traité américain réserve l'exception au personnel régulier.

(1) Convention OCDE, art. 13. Cfr Anvers, 14 décembre 1992, *F.J.F.*, n° 93/129.

(2) Art. 15.3.

Section 3. — Imposition dans le pays de la source

§ 1^{er}. — RÈGLE GÉNÉRALE

Les rémunérations de professions dépendantes sont imposables dans l'État de la source, c'est-à-dire dans l'État où l'emploi est exercé (cfr *supra*).

Cette règle s'applique non seulement aux rémunérations tirées par le résident d'un État contractant de sources situées dans l'autre État, mais aux rémunérations de toutes sources, y compris celles qui sont situées dans l'État de la résidence ou dans un État tiers.

§ 2. — EXCEPTION : RÈGLE DES 183 JOURS

La rémunération reste imposable dans l'État de la résidence si le séjour du bénéficiaire dans l'État d'exercice de l'activité n'excède pas 183 jours pendant une période de douze mois commencée ou terminée au cours de l'année fiscale considérée, si la rémunération est payée par un employeur ou pour le compte d'un employeur non résident de l'État d'exercice et si sa charge n'est pas supportée par un établissement stable ou une base fixe de l'employeur dans l'État d'exercice (1).

L'exception ne trouve pas à s'appliquer aux équipages taxés dans le pays du siège de l'entreprise.

A. Séjour de 183 jours

Depuis la révision de la convention modèle en 1992, la période de séjour est limitée à 183 jours se situant non plus au cours d'une année fiscale, mais au cours d'une période dont le début ou la fin se situent dans l'année fiscale.

Avant cette modification, il était possible d'échapper à l'impôt dans l'État où l'on séjournait pendant les 182 derniers jours de l'année et les 182 premiers jours de l'année suivante (2).

Les 183 jours sont des jours de présence et non des jours d'activité : on y comprendra les jours d'arrivée et de départ, les week-ends

(1) Convention OCDE, art. 15.2. L. HINNEKENS, « The salary split and the 183-day exception in the OECD Model and Belgian tax treaties », *Intertax*, 1988, p. 229 et p. 321.

(2) Comm. OCDE, art. 15.4.

ainsi que les vacances et interruptions de travail (formation, grève, etc.) si elles sont passées dans le pays d'exercice de l'activité, mais non si elles sont passées en dehors de celui-ci. Les jours de maladie passés dans le pays sont inclus, sauf si la maladie empêche le salarié de partir alors qu'il aurait eu droit à l'exonération en situation normale (1).

Celui qui retourne tous les soirs dans son pays de résidence n'est pas considéré comme présent par la jurisprudence allemande (2), mais sera présent pour l'administration américaine s'il travaille huit heures (3).

B. Employeur ne résidant pas dans l'État d'exercice

L'employeur ne peut être un résident de l'État d'exercice de l'activité. Il ne peut s'agir d'une personne — personne physique, société ou groupement de personnes — au sens de l'article 3.1.A assujettie à l'impôt dans cet État en raison de sa résidence ou de son siège conformément à l'article 4.1.

L'employeur ne pourra donc être l'établissement stable étranger d'un résident de l'État d'exercice de l'activité.

En revanche, le texte ne stipule pas que l'employeur doive être une personne ou un résident au sens de la convention modèle dans un État étranger.

Certains États exigent que l'employeur soit un résident du même État que le travailleur (4).

La rémunération doit être payée par l'employeur ou pour son compte. Peu importe qui effectue matériellement le paiement. L'employeur est celui qui supporte la charge économique de la rémunération.

Des abus peuvent exister en cas de location internationale de main-d'œuvre, si un employeur établi à l'étranger met systématiquement, pour moins de 183 jours, du personnel non résident à la disposition d'un employeur local.

(1) Comm. OCDE, art. 15.5. *Contra*, VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 15.22., p. 792.

(2) BFH, *Bst Bl.* III 352 (1965), en application de la convention entre l'Allemagne et les Pays-Bas.

(3) *Rev. Rul.* 57-330, 1957-2 *Cum. Bull.* 1013. VOGEL, *op. cit.*, art. 15.22, pp. 792-793.

(4) Comm. OCDE, art. 15.14 et 18, réserves. EDUARDO, « The Residence of the Employer in the 183-Day Clause (Article 15 of the OECD's Model Double Taxation Convention) », *Intertax*, 1993, p. 20.

L'employeur n'est pas un employeur apparent, mais celui qui « détient un droit sur le résultat de l'activité du travailleur et assume les responsabilités et les risques correspondants ». La réalité prévaut sur la forme.

C. Rémunération ne tombant pas à charge d'un établissement stable

La charge de la rémunération ne peut être supportée par un établissement stable ou une base fixe de l'employeur dans l'État d'exercice de l'activité. Il en sera ainsi lorsque la charge de personnel elle-même est supportée par l'établissement, soit directement, soit par remboursement d'une avance faite par un autre siège.

En revanche, la règle des 183 jours continuera à s'appliquer si la rémunération est incluse dans un poste général de frais administratifs ou techniques porté en compte à l'établissement par une autre entreprise (1).

Si l'employeur dispose dans l'État d'exercice de l'activité d'un chantier qui, à l'expiration d'un certain nombre de mois, devient rétroactivement un établissement stable, l'exception cessera avec la même rétroactivité de s'appliquer à la rémunération des travailleurs qui n'auront pas séjourné 183 jours sur chantier (2).

§ 3. — FRONTALIERS

Les conventions modèles ne règlent pas le cas des travailleurs frontaliers, franchissant régulièrement la frontière pour travailler en dehors de leur pays de résidence, dans une zone proche de la frontière.

Tant l'État de la source, au titre de l'emploi fourni, que l'État de la résidence, au titre des biens conservés avec lui et de l'utilisation de ses infrastructures, peuvent faire valoir un titre à l'imposition.

Un partage, peu pratique, pourrait être envisagé.

Généralement, les conventions qui abordent le problème attribuent le droit d'imposition à l'État de la résidence.

Il en est ainsi du traité nordique et des conventions conclues par la Belgique avec l'Allemagne, la France et les Pays-Bas.

(1) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 15.32-33, pp. 796-797.

(2) VOGEL, *op. cit.*, art. 15.33, pp. 747-798.

Cette dernière exclut les personnes de nationalité néerlandaise qui ont transféré leur domicile en Belgique à partir de 1970.

Une personne ne cesse pas d'être un frontalier si elle séjourne pendant quelques jours dans le pays d'exercice de son activité : le franchissement de la frontière ne doit pas être quotidien, s'il est régulier.

De même, une activité limitée en dehors de la zone frontalière est autorisée.

Les accords belgo-allemand et belgo-néerlandais permettent une activité de 45 jours ou, si l'activité n'a pas été exercée toute l'année, une activité égale à 20 % des jours de travail de la période (1).

Dans une hypothèse où un résident néerlandais, chauffeur routier international, exerçait surtout son activité en dehors de la zone frontalière belge, la Cour d'appel de Bruxelles n'a pas appliqué la dérogation prévue par l'accord belgo-néerlandais, mais a néanmoins reconnu la qualité de travailleur frontalier au contribuable, son activité professionnelle étant censée s'exercer à partir du siège social de son employeur, établi dans la zone frontalière belge, point de départ et de retour de ses missions et lieu où il reçoit ses instructions (2).

L'accord belgo-allemand permet, dans les mêmes conditions de durée, que le travailleur ne rejoigne pas son foyer d'habitation permanent.

En ce qui concerne l'accord belgo-néerlandais, il est prévu que le travailleur rentre normalement chaque jour ou au moins une fois par semaine à son foyer d'habitation de la zone (3).

Les jours passés dans l'État de la résidence ou dans un État tiers n'entrent pas en considération dans le calcul des jours passés en dehors de la zone frontalière (4).

Un chauffeur qui travaille au service d'une entreprise établie dans la zone frontalière peut bénéficier du régime des travailleurs frontaliers même s'il circule au-delà de cette zone (5).

(1) Com. Conv. 15/42 et 15/62.

(2) Bruxelles, 12 janvier 1993, *Courr. fisc.*, 1993, p. 337, obs. BEHAEGHE.

(3) Sur l'accord belgo-néerlandais, cfr circ. n° Ci.RH.241/415.068 du 29 novembre 1991. — Régime fiscal des revenus des travailleurs frontaliers et des anciens travailleurs frontaliers aux Pays-Bas (ex. d'imp. 1991), *Bull. contr.*, 1992, n° 712, p. 126. Pour un cas d'application, cfr Anvers, 24 novembre 1992, *F.J.F.*, n° 93/153.

(4) DE BROE et VAN DER KERKEN, « Kroniek Internationaal Belastingrecht », *T.R.V.*, 1993, p. 386.

(5) Bruxelles, 12 janvier 1993, *Courr. fisc.*, 1993, p. 337, obs. BEHAEGHE.

La cour d'appel a semblé considérer en l'espèce que le lieu de l'activité se déterminait par un critère qualitatif, à savoir le lieu où s'exerçait la direction de l'employeur, et non selon un critère exclusivement quantitatif.

La convention italo-suisse a opté pour la taxation dans le pays de la source.

§ 4. — PROFESSEURS

Les conventions modèles ne traitent pas des déplacements professoraux, mais de nombreuses conventions attribuent le droit de taxer au seul État de la résidence, à condition que le séjour du professeur ne soit pas destiné à durer plus de deux ans et n'ait pas effectivement excédé cette durée.

En cas de dépassement pour des raisons liées, par exemple, à la durée de l'année scolaire, des tolérances existent.

Généralement, il est requis que le professeur demeure résident de l'État contractant qui l'impose (1).

Parfois, l'exception s'applique quand le professeur était résident de l'autre État immédiatement avant son départ pour l'État de séjour. Il peut alors devenir résident de l'État de séjour sans y être taxé ou d'ailleurs sans devenir résident d'un autre État (2).

(1) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 15.98, p. 822. Comp. ANTE-NUCCI, GREEN et O'NEILL, « Taxation of Foreign Teachers and Students », *International Tax Journal*, vol. 17, 1990-1991, n° 4, p. 67.

(2) Cfr par exemple convention entre la Belgique et les États-Unis ou le Japon. Com. Conv. 20/12.

SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE

D'après les traités, les traitements et salaires sont imposables dans le pays où l'emploi est exercé (1).

D'après le Code, les traitements et salaires sont produits en Belgique s'ils sont à charge d'un employeur belge, résident belge, société belge, État et pouvoirs publics belges ou établissement belge (2).

Toutefois, s'ils rémunèrent une activité exercée à l'étranger et sont imputés sur les résultats d'un établissement étranger, ils sont exonérés (3).

La source du revenu du salarié est donc, pour les conventions, le lieu d'exercice du travail, pour le droit interne, la localisation de l'employeur.

Les deux réglementations aboutissent cependant, par l'effet de l'exception précitée, au même résultat : imposer en Belgique le salarié non résident uniquement s'il y travaille.

La règle des 183 jours

Les traités prévoient en outre que le salarié non résident qui ne séjourne dans le pays d'accueil que pendant 183 jours au plus au cours de l'année et est rémunéré par un employeur étranger, sans prise en charge par un établissement stable sis dans le pays d'accueil, reste imposable dans le seul État de résidence : cette disposition vise à faciliter les brefs déplacements de techniciens.

Si le travailleur séjourne en Belgique plus de 183 jours, sans y devenir résident, le traité permet à la Belgique de le taxer. Le droit interne prévoit qu'il sera imposable, bien que sa rémunération soit à charge d'un non-résident (4).

Bien entendu, les conventions fiscales répartissent le pouvoir d'imposition entre les États contractant sans pour autant créer d'impôt.

(1) Convention OCDE, art. 15.

(2) C.I.R., art. 228, § 2, 6°.

(3) C.I.R., art. 230, 3°. L'exonération ne s'applique pas aux rémunérations versées par l'État et ses subdivisions.

(4) C.I.R., art. 228, § 2, 7°.

Pour être imposable en Belgique, la rémunération du non-résident dont le pouvoir d'imposition est attribué à la Belgique devra encore être effectivement visée par les dispositions du code fiscal belge.

Or les dispositions conventionnelles et internes ne se recouvrent pas toujours.

Ainsi, l'article 11, 2°, de la Convention franco-belge n'attribue le pouvoir d'imposition à la France selon la règle des 183 jours que si la rémunération est à charge d'un employeur établi en France ; les autres conventions modèles OCDE visent un employeur qui n'est pas résident du pays, source de la rémunération.

Le critère interne belge d'imposition de la rémunération ne faisant toutefois référence qu'à la résidence du débiteur de la rémunération ou à un séjour en Belgique de plus de 183 jours au cours d'une période imposable, un résident français qui travaillerait moins de 184 jours en Belgique, mais dont la rémunération serait à charge d'un employeur qui n'est établi ni en Belgique ni en France ne serait pas imposable en Belgique, alors que la convention accorde à la Belgique le pouvoir d'imposition.

Il y a lieu de relever que, vraisemblablement par erreur, le second critère de rattachement prévu par le droit belge fait référence à un séjour de plus de 183 jours au cours d'« une » période imposable.

Strictement, il pourrait donc s'agir de toute période imposable antérieure et non de la période imposable considérée.

Discrimination

Le régime des non-résidents belges étant discriminatoire par rapport à celui qui est applicable aux résidents (1), se pose la question de l'application des clauses de non-discrimination contenues dans les conventions internationales (2).

Toutefois, celles-ci stipulent généralement que les « nationaux » d'un État, à situation égale, ne peuvent être traités moins favorablement dans l'autre État que les nationaux de ce dernier.

Les clauses de non-discrimination faisant donc référence au critère de nationalité et non de résidence, rien n'empêche la Belgique de pré-

(1) C.A., arrêt n° 34/91 du 21 novembre 1991, *M.B.*, 14 décembre 1991, p. 28236, *J.T.*, 1992, p. 95. Cet arrêt a d'ailleurs annulé les articles 149 et 150 anciens CIR dans la mesure où ils imposaient aux non-résidents retraités de nationalité belge une pression fiscale différente selon qu'ils avaient ou non maintenu un foyer d'habitation en Belgique.

(2) Convention modèle OCDE, art. 24.

voir un régime distinct pour les résidents et pour les non-résidents dès l'instant où la discrimination à l'égard des non-résidents s'applique également aux personnes physiques de nationalité belge.

L'incidence du Traité de Rome sera examinée ci-après.

CHAPITRE II. — RÉMUNÉRATIONS DES FONCTIONS PUBLIQUES

SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

Les rémunérations de fonctions publiques sont soumises à un régime spécial. L'État qui les verse possède en principe un droit exclusif d'imposition (1). Par exception, ce droit est cependant reconnu à l'État où les services sont rendus si :

- leurs bénéficiaires résident dans ledit État et en possèdent la nationalité ou ne sont pas devenus résidents dudit État à la seule fin de rendre des services, le droit d'imposer étant alors exclusif ;
- les services sont rendus dans le cadre d'une activité industrielle ou commerciale exercée par l'un des États contractants.

(1) Convention OCDE, art. 19.

SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE

Section 1. — Fonctionnaires en général

Les rémunérations des fonctionnaires belges restent cependant imposables exclusivement en Belgique, même s'ils résident à l'étranger et y exercent leur activité (1).

Section 2. — Personnel diplomatique et consulaire

Les rémunérations des diplomates et consuls (2), et, sous condition de réciprocité, les rémunérations payées au personnel des missions diplomatiques et consulaires qui n'a pas la nationalité belge sont exonérées (3).

(1) Convention OCDE, art. 19.1 ; C.I.R., art. 228, § 2, 6°, *b*, et 230, 3° *a contrario*.

(2) C.I.R., art. 230, 4°.

(3) C.I.R., art. 331, 2°.

CHAPITRE III. — RÉMUNÉRATIONS DES ADMINISTRATEURS DE SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

Les rémunérations telles que tantièmes ou jetons de présence, perçues par un résident d'un État en qualité de membre du conseil d'administration ou de surveillance d'une société par actions résidente d'un autre État, sont imposables dans ce dernier État. Cette disposition ne vise évidemment pas les autres activités exercées par l'intéressé au sein de la société (conseiller, salarié, etc.) (1).

La Convention ONU y assimile les traitements de dirigeants sociaux de haut niveau.

(1) Convention OCDE, art. 16.

SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE

Section 1. — Personnes physiques

A. Tantièmes

Les tantièmes et jetons de présence des administrateurs de sociétés par actions, c'est-à-dire les montants qui leur sont attribués en raison de leur qualité d'administrateur sont, d'après les conventions, imposables dans le pays de résidence de la société qui les paie (1). La loi belge le confirme (2). Les tantièmes sont toujours considérés comme rémunérant l'activité exercée en siège social.

La rémunération de prétendus services commerciaux, attribuée en fait en raison de la qualité d'administrateur du bénéficiaire, sera assimilée à une rémunération d'administrateur (3).

B. Rémunérations d'administrateurs exerçant d'autres fonctions dans la société

Quant aux rémunérations de fonctions distinctes du mandat d'administrateur, en vertu des conventions conclues par la Belgique, elles seront imposables en Belgique :

- quand elles sont versées par une société belge, sauf si l'administrateur non résident exerce ses fonctions dans un établissement stable étranger de la société ;
- quand elles sont versées par une société étrangère, mais mises à charge d'un établissement stable situé en Belgique pour rémunérer l'activité qui y est exercée (4).

(1) Convention OCDE, art. 16.

(2) C.I.R., art. 228, § 2, 6°.

(3) Cass., 13 février 1992, *Pas.*, I, 523.

(4) Parfois, la convention renvoie au régime des professions dépendantes (Grande-Bretagne). Parfois, elle prévoit seulement l'imposition dans l'État de l'établissement stable des rémunérations de l'administrateur étranger pour son activité dans l'établissement (Allemagne, Pays-Bas). Dans ce cas, la disposition conventionnelle relative aux tantièmes est considérée, contrairement à son sens premier, comme visant également les autres rémunérations et permet leur imposition dans le chef de l'administrateur non résident d'une société belge (Com. Conv. 16/17).

À nouveau, la loi belge pourra être appliquée puisque, sans distinction entre les rémunérations de salariés et d'administrateurs, liquidateurs ou commissaires de sociétés par action, elle les impose sur base de la localisation en Belgique du débiteur de la rémunération, société belge ou établissement belge d'une société étrangère (1), et les exonère lorsqu'elles rémunèrent une activité étrangère et sont prises en charge par un établissement étranger (2).

Section 2. — Personnes morales

La Convention OCDE, attribuant à l'État du siège social l'imposition des rémunérations versées aux mandataires sociaux en cette qualité, s'applique aux personnes morales comme aux personnes physiques.

L'administration belge considère les rémunérations des mandataires sociaux, lorsqu'elles sont attribuées à une société, comme des bénéfices d'exploitation et non comme des rémunérations.

La loi considère ces rémunérations comme des revenus produits en Belgique, même lorsqu'elles ne se rattachent pas à un établissement belge (3).

Le régime des travailleurs frontaliers et la règle des 183 jours ne s'appliquent pas aux rémunérations de mandats d'administrateur et autres fonctions analogues exercés par une société non résidente.

(1) C.I.R., art. 228, § 2, 6°, *b et d.*

(2) C.I.R., art. 230, 3°.

(3) C.I.R., art. 228, § 2, 3°, *d.*

**CHAPITRE IV. — RÉMUNÉRATIONS
DES GÉRANTS
DE SOCIÉTÉS DE PERSONNES**

**SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT
CONVENTIONNEL GÉNÉRAL**

La Convention OCDE ne couvre pas les rémunérations des gérants et associés de sociétés de personnes.

SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE

Section 1. — Personnes physiques

Les revenus perçus par les associés actifs en cette qualité sont imposés comme revenus professionnels au titre de rémunération d'associés actifs. Sauf s'ils sont imputés sur les résultats d'établissements situés à l'étranger, en raison de l'activité exercée par les bénéficiaires au profit de ces établissements, ces revenus sont considérés comme étant d'origine belge (1).

Toutefois, la rémunération de l'associé non résident sera considérée comme de source étrangère et immunisée en Belgique si elle est imputée sur les résultats d'un établissement étranger de la société et correspond à une activité qu'il y exerce (2).

L'administration considérait que ces rémunérations constituaient des bénéfices d'exploitation et que l'associé disposait d'un établissement au siège de la société de personnes belge ou de l'établissement belge de la société de personnes étrangère (3).

Or, la loi belge, qui traitait jadis ces rémunérations comme des bénéfices d'exploitation, les assimile aujourd'hui aux autres rémunérations (4).

L'article 20, 1^o, de l'ancien Code des impôts sur les revenus énumérait comme catégories de revenus professionnels :

- « les bénéfices des exploitations industrielles, commerciales ou agricoles quelconques, y compris les bénéfices résultant du travail personnel des associés dans les sociétés civiles ou commerciales, possédant une personnalité juridique distincte de celle des associés » ;
- les rémunérations a) des salariés et b) des administrateurs, commissaires et liquidateurs de sociétés par actions ;

(1) C.I.R., art. 228, § 2, 6^o.

(2) C.I.R., art. 230, 3^o.

(3) Com. Conv., 7/601. Cfr LAGAE, « Personenvennootschappen en maatschappen in het Belgisch internationale belastingrecht », *Liber amicorum Prof. Baron J. Van Houtte*, 1975, t. I, p. 559 ; J. et Ph. MALHERBE, « Fiscalité internationale des sociétés de personnes en Belgique », *Rev. dr. aff. intern.*, 1986, p. 437.

(4) C.I.R., art. 23, § 1^{er}, 4^o.

— les profits des professions libérales.

Les rémunérations des associés actifs de sociétés de personnes étaient donc comprises parmi les bénéfices des entreprises que les traités, et notamment le traité belgo-néerlandais du 19 octobre 1970, permettaient à la Belgique d'imposer. L'associé exerçant son activité en Belgique était considéré comme ayant un établissement stable au siège de la société.

La loi du 5 janvier 1976 fit des rémunérations des associés actifs dans des sociétés commerciales belges, autres que des sociétés par actions, une troisième catégorie de rémunérations, suivant celles des salariés et des administrateurs et autres mandataires de sociétés par actions.

Ce type de revenu n'était pas visé par les conventions préventives de la double imposition. L'article 15 traite des rémunérations reçues au titre d'un emploi salarié. L'article 16 couvre les rétributions reçues en qualité de membre du conseil d'administration d'une société et est généralement limité, par exemple dans le traité belgo-néerlandais, aux sociétés par actions belges.

Il restait, le cas échéant, à appliquer l'article 14 au cas où l'associé exerçait une profession libérale ou une autre activité indépendante de caractère analogue.

L'administration belge continuait à taxer ce type de rémunération sur base de l'article 7, en considérant que l'associé disposait d'un établissement stable au siège de l'entreprise. Son commentaire était en ce sens :

« En l'absence de dispositions conventionnelles spécifiques en la matière, les revenus des sociétés de personnes ou des associations, etc., ainsi que les revenus attribués à leurs associés [...], tombent en Belgique sous le régime général des bénéfices d'entreprise. À cet égard, les associés sont considérés comme disposant personnellement d'un établissement stable » (1).

Or, d'après l'article 3, § 2, du traité, toute expression qui n'y est pas autrement définie a le sens qui lui est attribué par la législation fiscale de l'État où la convention doit être appliquée.

La Cour d'appel de Bruxelles a considéré qu'en droit belge, l'entreprise était la société de personnes, non son associé, et que l'article 7

(1) Com. Conv., 7/601 ; cfr LAGAE, « *Personenvennootschappen en maatschappen in het Belgisch internationale belastingrecht* », *Liber Amicorum Prof. Baron J. Van Houtte*, t. I, pp. 578-579.

de la convention ne pouvait être appliqué à ce dernier. Elle a dès lors recouru à l'article résiduel, en l'espèce l'article 22 de la convention belgo-néerlandaise, et constaté qu'un revenu non visé par les autres articles du traité n'était imposable que dans l'État de résidence du bénéficiaire (1).

L'administration s'est pourvue en cassation, les parties contractantes ayant voulu selon elle, en s'accordant sur l'article 7 du traité, interprété selon le texte ancien de l'article 20, 1^o, du Code, concéder à la Belgique le droit d'imposer les bénéfices attribués à des associés actifs de sociétés de personnes. Seule une modification du traité pouvait, dans son optique, changer cette situation.

Il a suffi à la Cour de cassation de constater que le droit de définir les bénéfices des entreprises appartenait, en vertu de l'article 3, § 2, du traité, au législateur belge, le traité n'apportant aucune restriction à ce droit, dès lors que le contexte n'exigeait pas une interprétation différente, seule hypothèse prévue pour écarter le renvoi par l'article 3, § 2, au droit interne (2).

La Cour écarte l'interprétation strictement historique que semblait adopter l'administration au profit d'une interprétation évolutive du traité. Elle confirme ainsi la licéité de principe de cette méthode, dont l'interprète aura toutefois pu mesurer les difficultés d'application.

À la suite de cette décision, les administrations fiscales belge et néerlandaise sont convenues, dans le cadre de la procédure amiable, que les revenus d'un associé actif d'une société privée à responsabilité limitée belge tombaient sous l'application de l'article 16 de la convention belgo-néerlandaise, relatif aux administrateurs de sociétés par actions, cette règle étant applicable à partir de l'exercice d'imposition 1991 (3).

Cet étrange accord est propre à la situation ayant fait l'objet du litige.

Aucun régime général n'est établi.

Il a été curieusement jugé, ultérieurement, que la rémunération versée par une société privée à responsabilité limitée belge à son gérant

(1) Bruxelles, 12 septembre 1989, *F.J.F.*, n° 89/164, *R.G.F.*, 1990, p. 27, obs. BE-HAEGHE ; DE BROE, *Fiscal. intern.*, 89.10.424.

(2) Cass., 21 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, 402, *R.W.*, 1990, 918, *F.J.F.*, n° 91/28 ; BAX, *Fiscal. intern.*, 91.03.510.

(3) Circ. n° Ci.C./37.875 du 22 mai 1992. — Directives relatives au régime fiscal applicable aux revenus des associés actifs des s.p.r.l. belges, *Bull. contr.*, 1992, n° 718, p. 1785.

et associé actif, résidant aux Pays-Bas, constituait une rémunération de travailleur et non une rémunération d'associé actif dès lors que le gérant devait rendre compte aux autres actionnaires (1).

En l'absence de convention, la loi belge pourra être appliquée. La rémunération de l'associé actif sera taxée comme celle du salarié ou de l'administrateur de sociétés par actions exerçant des fonctions spéciales.

Section 2. — Personnes morales

La loi belge traite de la même façon les rémunérations de sociétés, associés actifs de sociétés de personnes, et les rémunérations de sociétés, administrateurs de sociétés par actions, les imposant comme des bénéfices d'exploitation, même en l'absence d'établissement belge.

Toutefois, comme pour les personnes physiques, son application sera écartée par les traités.

(1) Bruxelles, 28 février 1992, *F.J.F.*, n° 92/93, critiqué par DE BROE, « *Kroniek Internationaal Belastingrecht* », *T.R.V.*, 1992, p. 418.

CHAPITRE V. — PENSIONS

SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

Section 1. — Pensions privées

D'après la Convention OCDE, les pensions du secteur privé et les autres paiements similaires, à savoir ceux qui compensent un dommage subi pendant un emploi antérieur (allocations sociales d'assurance-maladie ou indemnités d'incapacité pour accident de travail), ne sont imposables que dans l'État de la résidence (1).

Le pensionné qui s'expatrie dans un pays signataire d'une convention pourra demander l'exonération de la retenue à la source éventuellement perçue.

La Convention ONU réserve également, en variante, un droit d'imposition au pays de la source.

De plus, elle prévoit le droit pour le pays de la source d'imposer les pensions et autres versements faits par des caisses publiques au titre de la sécurité sociale.

Section 2. — Pensions des fonctionnaires

Les pensions des fonctionnaires restent imposables exclusivement dans le pays de la source, même s'ils résident à l'étranger, sauf s'ils ont la nationalité du pays où ils résident (2).

(1) Art. 18. Sur le modèle 1992, cfr GÜNKEL, « The taxation of pensions (Article 18) », *Intertax*, 1992, p. 690 ; WILLIAMS et HAVARD, « Foreign Pension Plans — Tax Consequences for US Expatriates and Inpatriates », *Tax Planning International Review*, 1990, vol. 17, n° 2, p. 27 ; LUTJENS, « Cross-Border Membership of Occupational Pension Schemes for Migrant Workers », *E.C. Tax Review*, 1993, p. 164.

(2) Convention OCDE, art. 19.2.

SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE

D'après les conventions, les pensions du secteur privé et les autres paiements similaires, à savoir ceux qui compensent un dommage subi pendant un emploi antérieur (allocations sociales d'assurance-maladie ou indemnités d'incapacité pour accidents de travail), ne sont imposables que dans l'État de la résidence (1).

La Belgique doit donc renoncer à appliquer sa règle de droit interne (2) selon laquelle les pensions et allocations qui sont à charge d'un résident belge, de l'État et des pouvoirs publics ou d'un établissement belge sont imposables en Belgique. Le pensionné qui s'expatrie dans un pays signataire d'une convention pourra demander l'exonération du précompte professionnel applicable à sa pension.

Certaines conventions (Allemagne, États-Unis) réservent à la Belgique le droit d'imposer les pensions payées par l'État ou un organisme public (Caisse nationale des pensions, etc.) en exécution de la législation sociale belge. Dans ce cas, le pensionné expatrié sera imposé en Belgique sur sa pension légale, mais non sur la pension extra-légale payée par son ex-employeur ou une compagnie d'assurances.

Déduction des cotisations

Les cotisations patronales d'assurance complémentaire en vue de la constitution d'une pension extra-légale ne sont déductibles que dans la mesure où les prestations en cas de retraite, tant légales qu'extra-légales, ne dépassent pas 80 % de la dernière rémunération brute annuelle normale (3).

D'après l'administration, la rémunération à prendre en considération est celle qui est imposable en Belgique, même au taux réduit (4), à l'exclusion donc des rémunérations exonérées par traité.

(1) Convention OCDE, art. 18. Les pensions des fonctionnaires belges restent imposables exclusivement en Belgique, même s'ils résident à l'étranger (Convention OCDE, art. 19.2.).

(2) C.I.R., art. 228, § 2, 6°.

(3) C.I.R., art. 52, 3°, b.

(4) Circ. du 4 février 1987, *Bull. contr.*, 1987, n° 659, n° 25, p. 520.

En revanche, lors du paiement de la pension ou du capital correspondant, la totalité de l'allocation sera imposable, même si une partie des primes n'a pas donné lieu à déduction (1).

(1) Question parlementaire du 28 avril 1988, *Bull. Q.R.*, Sén., sess. 1987-1988, p. 255 ; Ph. HINNEKENS, « Belgische fiscale aspecten van grensoverschrijdende tewerks-telling », in *Werken zonder grenzen*, 1990, p. 160. Sur la situation dans d'autres pays, voy. *Tax Consequences of Pension Provision for the Internationally Transferred Employee*, IFA Seminar, Deventer, 1989.

CHAPITRE VI. — REVENUS DES ARTISTES ET SPORTIFS

SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

Section 1. — Définitions

L'artiste de spectacle sera considéré comme exerçant son art même s'il participe à une activité politique ou sociale, dès lors que cette activité comporte un élément de divertissement. Il n'en sera pas ainsi s'il participe à un colloque.

Le personnel administratif et technique (cameraman, producteur, chorégraphe, accompagnateur, etc.) n'est pas à ranger parmi les artistes.

Dans les situations intermédiaires, il faudra évaluer le profil global des activités de la personne en question.

Le sportif n'est pas seulement un athlète traditionnel, mais celui qui participe à des manifestations non olympiques (golf, courses de chevaux, etc.) ainsi qu'à des activités relevant du divertissement (billard, bridge, échecs, etc.).

L'impresario n'est pas considéré comme un sportif.

Il en va de même de l'entraîneur et de l'entraîneur adjoint (1).

Attribution à une autre personne

Dans diverses hypothèses, le revenu attribuable aux activités de l'artiste ou du sportif est versé à une autre personne que lui :

- une société de gestion perçoit une rémunération pour le déplacement d'un groupe d'artistes ou de sportifs ;
- la troupe ou l'équipe est constituée sous forme de personne morale ;
- l'artiste ou le sportif a constitué une société (*Rent a Star company*) à laquelle les revenus correspondant à ses prestations sont versés.

(1) Anvers, 24 novembre 1992, *F.J.F.*, n° 93/153.

Dans certains cas, la législation nationale permet de ne pas tenir compte du troisième type de société et de considérer les revenus comme réalisés par l'artiste ou le sportif (1).

Lorsque cette possibilité n'existe pas dans le droit national, la convention OCDE permet l'imposition de la personne interposée, nonobstant le fait qu'elle perçoit des bénéfices qui seraient normalement caractérisés comme revenus industriels et commerciaux et qu'elle n'a pas d'établissement stable dans le pays où se produit l'artiste ou le sportif.

Les États-Unis, dans leur convention modèle, réservent à la personne interposée la possibilité de fournir la preuve contraire, selon laquelle aucune partie de ces revenus ne bénéficie à l'artiste ou au sportif (2).

De nombreuses conventions ne contiennent pas de disposition frappant les personnes interposées. Les tribunaux pourront, dans ces cas, faire appel à la doctrine générale de la simulation (3).

Revenus non visés

Si les revenus obtenus à l'occasion de la manifestation sont visés, les recettes annexes, comme les droits de publicité ou de parrainage, ne le seront que si elles sont directement liées au spectacle.

Les paiements effectués en cas d'annulation du spectacle ne sont pas davantage visés.

Section 2. — Source du revenu

Le revenu de l'artiste ou du sportif tire sa source du pays où son activité personnelle est exercée. S'il n'y a pas d'apparition publique, mais, par exemple, un enregistrement en studio, le revenu constituera une redevance et non un revenu d'artiste.

L'exploitation indirecte des activités de l'artiste ou du sportif ne génère pas davantage un revenu d'artiste ou de sportif.

(1) POUJADE, « Du bon usage de la 'rent a star company' (Cons. Ét., 25 janv. 1989, req. n° 44.787) », *Dr. fisc.*, 1989, n° 11, comm. 527 ; TIXIER, « L'abus de droit et le contrat de 'rent a star company' (Cons. Ét., 21 avril 1989, req. n° 88.983) », *Dr. fisc.*, 1989, n° 40, comm. 1772.

(2) Convention modèle US, art. 17.2.

(3) *Ingemar Johansson v. USA*, 336 F. 2nd 809 (5th Cir.) ; Cons. Ét. fr., *Dr. fisc.*, 1983, comm. 1621.

Section 3. — Imposition dans l'État de la source

Par dérogation aux articles relatifs aux activités indépendantes, requérant l'existence d'une base fixe, et dépendantes, excluant la taxation dans le pays de la source lorsque la règle des 183 jours s'applique, la convention permet l'imposition dans l'État de la source des revenus des activités y exercées par l'artiste ou le sportif.

Les États-Unis, dans leur convention modèle, limitent ce droit aux hypothèses où la rémunération dépasse 20.000 \$ par an (1).

Divers allègements de la disposition sont possibles, afin d'éviter de créer des obstacles aux échanges culturels. Son application peut être limitée aux activités exercées à titre indépendant, à l'exclusion des activités des salariés. Les manifestations financées par des fonds publics ou organisées dans le cadre d'échanges culturels entre État peuvent être exclues.

L'activité exercée par un artiste ou sportif qui est au service d'un État est visée par l'article 19 relatif aux fonctions publiques et non par l'article 17 relatif aux artistes et sportifs (2).

Si l'artiste reçoit une rémunération en tant que salarié, on taxera la proportion de cette rémunération qui correspond aux recettes du spectacle (3).

(1) Convention modèle US, art. 17.

(2) Comm. OCDE, art. 17.13.

(3) Comm. OCDE, art. 17.8.

SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE

D'après les conventions, les revenus des artistes et sportifs sont imposables dans le pays où leur activité est exercée, même s'ils sont attribués à une autre personne, par exemple à une société fournissant les services de l'artiste ou du sportif (1).

La même règle s'applique en droit interne belge (2), quelle que soit la qualification donnée aux revenus, dès lors que l'artiste ou le sportif non résident exerce personnellement une activité en Belgique, en cette qualité, et qu'une indemnité est payée ou attribuée.

Ces revenus sont donc soumis à un régime uniforme, ce qui implique qu'il faut, dans leur cas, faire abstraction des différentes catégories visées à l'article 228, § 2, 3^o, 4^o, 5^o, 6^o et 7^o, C.I.R. (bénéfices, profits, rémunérations, revenus divers, etc.).

Les revenus sont imposés par voie de retenue d'un précompte professionnel (3), qui est libératoire (4).

Selon le régime organisé par la loi du 22 décembre 1989, seuls les bénéfiques étaient imposables en Belgique (5).

Selon l'administration, restent toutefois imposables sur pied de l'article 228, § 2, 4^o, 6^o, 7^o ou 9^o, C.I.R. « les indemnités ou gratifications qui sont payées ou attribuées directement par des organisateurs pour certains services ou travaux qui n'ont pas un lien direct avec les prestations artistiques ou sportives (par exemple, la construction des décors, l'installation des tribunes, la régie de la lumière et du son, etc.), pour autant qu'il s'agisse d'une pratique courante et non d'une manœuvre pour échapper à l'impôt dans le chef de l'artiste du spectacle ou du sportif » (6).

(1) Convention OCDE, art. 17.

(2) C.I.R., art. 228, § 2, 8^o, applicable à partir de l'exercice 1993.

(3) C.I.R., art. 270.

(4) C.I.R., art. 248. Le taux applicable à l'exercice 1994 est uniformément fixé à 18 % du montant brut (A.R. du 30 décembre 1993, *M.B.*, 31 décembre 1993, n^o 65).

(5) C.I.R., art. 228, § 2, 3^o, c, ancien, abrogé par la loi du 28 juillet 1992, art. 23, 3^o.

(6) Circ. C.i.D. 19/444.905 du 1^{er} juillet 1993, n^o III/21, *Bull. contr.*, 1993, n^o 730, p. 2024.

CHAPITRE VII. — PAIEMENTS REÇUS PAR DES ÉTUDIANTS OU STAGIAIRES DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

Section 1. — Couverture des frais d'entretien, d'études et de formation

Les paiements destinés à l'éducation d'un étudiant ou stagiaire qui, immédiatement avant son départ, était résident de l'autre État contractant, sont exonérés dans l'État de séjour s'ils proviennent de sources extérieures à cet État et si le séjour a un but exclusivement éducatif.

L'exemption s'appliquera même si l'étudiant perd sa résidence à la suite de son départ et devient résident de l'État de séjour ou d'un État tiers. S'il est un double résident, il n'y aura même pas lieu de départager les deux États contractants.

Les paiements reçus peuvent être imposés dans l'État de leur source.

Section 2. — Rémunérations

Les bourses d'études provenant de l'État de séjour, comme les rémunérations provenant d'un emploi complémentaire y exercé, sont en principe imposables dans l'État de séjour.

Les rémunérations versées à des étudiants sont, selon certaines conventions, exonérées dans l'État de séjour si l'activité n'excède pas une certaine durée (souvent 183 jours par an) ou si la rémunération ne dépasse pas un certain montant, dans les limites d'un nombre absolu d'années (souvent trois ou cinq).

Les rémunérations d'un emploi salarié sont seules couvertes, à l'exclusion, par exemple, des honoraires versés à un avocat stagiaire poursuivant son stage à l'étranger.

Le modèle de convention de l'ONU impose à l'État de séjour une règle de non-discrimination spéciale selon laquelle, s'il impose les paiements faits à un étudiant, il lui accorde les mêmes exonérations et réductions d'impôts qu'à un résident (1).

(1) Convention ONU, art. 20.2.

TITRE III

REVENUS IMMOBILIERS

CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

La Convention modèle de l'OCDE accorde le droit d'imposer les revenus de biens immobiliers à l'État de la source, c'est-à-dire à l'État dans lequel est situé le bien immobilier qui produit le revenu (1). Les revenus d'exploitation agricole ou forestière peuvent cependant, si les États contractants le décident, relever de l'application de l'article 7 (bénéfices des entreprises).

Le caractère immobilier d'un bien est défini d'après le droit de l'État où il est situé, sous réserve de certains biens qui sont expressément inclus (cheptel, droits portant sur des biens immobiliers, etc.) ou exclus (navires, bateaux, aéronefs, etc.) par la convention.

La règle s'applique quelle que soit la forme d'exploitation des biens immobiliers et couvre par conséquent également les revenus des biens des entreprises industrielles, commerciales ou autres et des biens immobiliers servant à l'exercice d'une profession libérale.

Les intérêts de créances hypothécaires entrent dans le cadre des revenus mobiliers.

D'autre part, l'article 13, § 1^{er}, assimile aux revenus immobiliers les gains en capital provenant de l'aliénation de cette catégorie de biens.

(1) Convention OCDE, art. 6.

CHAPITRE II. — DROIT BELGE

Section 1. — Loyers

Les revenus de biens immobiliers sont toujours imposables, d'après les conventions, dans l'État de situation du bien (1).

La Belgique considère comme de source belge les revenus de propriétés foncières situées en Belgique (2) qui comprennent :

- le revenu cadastral des immeubles non donnés en location ;
- le revenu cadastral, majoré de 25 % et indexé, ou le loyer net avec pour minimum le revenu cadastral pour les immeubles loués, selon qu'il s'agit d'une location privée à une personne physique ou d'une location professionnelle ou faite à une personne morale ou à un groupement sans personnalité juridique ;
- les sommes obtenues à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un droit réel immobilier (emphytéose, superficie, etc.).

Rappelons que celui qui occupe professionnellement un immeuble belge n'est pas imposable sur le revenu cadastral de cet immeuble, sauf au précompte immobilier, qui constituera une charge professionnelle déductible.

Bien que la disposition conventionnelle relative à la non-discrimination ne s'applique qu'aux revenus de l'établissement proprement dits, la Belgique admet que les revenus immobiliers soient imposés au même taux que ceux de l'établissement éventuel (3).

Ils seont généralement soumis à globalisation (4).

Section 2. — Plus-values immobilières

§ 1^{er}. — PLUS-VALUES PROFESSIONNELLES

Celui qui, professionnellement, vend ou loue des immeubles situés en Belgique y est imposable (5) même si l'immeuble ne peut être

(1) Convention OCDE, art. 6.

(2) C.I.R., art. 228, § 2, 1^o.

(3) Com. Conv. 6/34.

(4) Cfr *infra*.

(5) C.I.R., art. 228, § 2, 3^o, a.

considéré comme un établissement parce qu'il n'y est pas exercé d'activité. La loi a mis fin ainsi, en 1990, à une longue controverse jurisprudentielle.

L'impôt est perçu sous forme de précompte professionnel, en même temps que le droit d'enregistrement, et doit donc être retenu par le notaire qui a l'obligation de faire enregistrer l'acte (1).

La retenue ne s'applique qu'aux bénéficiaires au sens de l'article 228, § 2, 3°, et non aux plus-values privées d'un non-résident (2).

Il faut y ajouter les revenus tirés, en dehors d'une activité professionnelle, de la sous-location ou de la cession de bail d'immeubles meublés ou non ou de la concession à usage publicitaire d'un emplacement immobilier hors d'une enceinte sportive (3). Ces produits, considérés en droit interne comme des revenus divers à caractère mobilier, sont à rattacher, pour l'application des conventions, aux revenus immobiliers.

Ils sont soumis à un précompte mobilier de 13 %, dû exceptionnellement par le bénéficiaire du revenu (4).

Historique

En l'absence d'autre activité, un immeuble loué constituait-il un établissement belge ? Il importait peu de vérifier, en cas d'application d'une convention, s'il constituait un établissement stable puisque la convention, attribuant à la Belgique le droit de taxer les revenus immobiliers, lui laissait aussi le choix du mode d'imposition.

Avant 1990, différentes thèses se sont affrontées en ce qui concerne la taxation des revenus d'un immeuble appartenant à une société étrangère (5).

a) En l'absence d'une gestion active par l'entreprise étrangère, un immeuble ne constitue qu'un simple placement, pas un établissement :

(1) C.I.R., art. 270, 5°, et 272, al. 2. Cfr VERSTAPPEN, « De notarissen en de BV op onroerende meerwaarden verwezenlijkt door niet-inwoners », *Notarieel en Fiscaal Maandblad*, 1993, p. 40.

(2) Cfr DE BROE et VANDERKERKEN, « Kroniek Internationaal Belastingrecht », *T.R.V.*, 1993, p. 382.

(3) C.I.R., art. 228, § 2, 9°, d.

(4) C.I.R., art. 262, 3°.

(5) Cfr J. MALHERBE et J. AUTENNE, *Péréquation cadastrale et réforme de la fiscalité immobilière*, 1980, p. 53 ; LAGAE, « De belastingheffing van inkomsten uit onroerende goederen van buitenlandse lichamen », in *Liber Amicorum Albert Tiberghien*, 1984, p. 257.

les loyers nets sont donc imposables comme revenus immobiliers, non comme revenus professionnels.

Sauf si elles constituent des revenus divers (plus-values sur terrains), les plus-values sur ventes d'immeubles ne sont pas imposables (1).

b) L'immeuble constitue un établissement s'il est affecté à l'exercice de l'activité professionnelle de la société : il est présumé tel si l'activité de la société, exprimée dans ses statuts, comprend l'achat ou la construction et la vente ou la location d'immeubles (2).

c) L'immeuble ne constitue un établissement que si la société déploie une activité immobilière, notamment d'achat et de vente, en Belgique (3).

La loi de réforme de la fiscalité immobilière du 19 juillet 1979 avait laissé subsister une partie de la controverse qui régnait sous l'empire des textes anciens et qui est rappelée ci-après.

Ancienne thèse administrative

L'administration avait longtemps soutenu que la simple propriété d'un immeuble en Belgique, du moins dans le chef d'une société, dont tous les biens sont par nature affectés à une activité professionnelle, créait un établissement belge du propriétaire non résident, à savoir une installation fixe de caractère productif au sens de l'article 140, § 3, du Code ancien (4).

Elle appliqua cette règle, même en présence de conventions internationales préventives de la double imposition.

L'administration admettait que les conventions interdisaient d'imposer les bénéfices industriels ou commerciaux en l'absence d'un établissement stable. Celui-ci était généralement défini comme une installation fixe d'affaires dans laquelle l'entreprise exerce tout ou partie de son activité. Cette définition pouvait difficilement être appliquée à des immeubles gardant le caractère d'un investissement passif.

(1) Mons, 12 juin 1992, *F.J.F.*, n° 93/12.

(2) Com. I.R., 140/16 ; Cass., 21 mai 1982, *Brussel Staete, Pas.*, I, 1103, *F.J.F.*, n° 82/160. Jadis l'administration soutenait que, tout le patrimoine d'une société étant affecté à son activité professionnelle, un immeuble constituait *ipso facto* un établissement belge (*contra*, Cass., 21 mars 1974, *Imperial Gas Association, Pas.*, I, 751).

(3) Bruxelles, 10 décembre 1985, *Ann. dr. Liège*, 1986, p. 490, obs. LAGAE, « L'imposition des sociétés étrangères propriétaires d'immeubles sis en Belgique ».

(4) Com. I.R., 140/16, éd. 1^{er} mars 1978.

Le fisc estimait toutefois ne pas devoir se préoccuper de l'existence d'un établissement stable au sens de la convention applicable, puisque les traités reconnaissaient à la Belgique le droit d'imposer les revenus de biens immobiliers y situés, même en l'absence d'établissement stable. Les loyers étaient donc jugés taxables en raison de l'existence d'un établissement au sens du droit interne (1).

Revirement de la jurisprudence

Cette conception, longtemps confirmée par la jurisprudence (2), devait rencontrer un premier démenti dans un cas d'application concurrente de la Convention belgo-britannique du 27 mars 1953 et des anciennes lois coordonnées relatives aux impôts sur les revenus.

L'arrêt reconnut d'abord qu'un immeuble donné en location ne pouvait constituer un établissement stable dès lors que la société propriétaire ne se livrait en Belgique à aucune activité industrielle ou commerciale (3). De plus, la Convention contenait une disposition stipulant expressément que les termes « bénéfices industriels ou commerciaux » ne comprenaient pas les revenus tel que loyers, dividendes, intérêts, etc. (4)

La Cour estima donc que, vu cette exclusion expresse, les loyers ne pouvaient être traités à aucun titre comme bénéfices commerciaux, c'est-à-dire comme revenus professionnels, et qu'ils ne pouvaient subir que l'imposition réservée aux loyers, à savoir la contribution foncière (5).

Schreuder constatait de même que « plusieurs Conventions excluent des bénéfices industriels et commerciaux traités comme revenu des établissements stables les revenus des propriétés immobilières et des valeurs mobilières, les redevances [...], les rémunérations du travail et des services personnels. Ces revenus, quoique perçus par un établissement stable, subissent le régime éventuellement prévu par la Convention pour la catégorie à laquelle ils appartiennent » (6).

(1) Dép. 7.2.1972, n° Ci. RH. 61/260.221, *Bull. contr.*, 1972, n° 495, p. 528.

(2) Voy. une pénétrante analyse de cette évolution dans ZONDERVAN, « L'imposition des revenus d'immeubles de sociétés non résidentes », *J.D.F.*, 1978, pp. 129 et s.

(3) Voy. pour une confirmation ultérieure et officielle de cette thèse : OCDE, *Commentaire du modèle de Convention de double imposition concernant le revenu et la fortune*, 1977 et 1992, ad art. 5, 2 à 10, spéc. 8. La Convention belgo-britannique définissait l'établissement stable comme « un lieu fixe d'affaires dans lequel s'exerce en totalité ou en partie l'activité de l'entreprise » (art. 2, 1°, k).

(4) Art. 2, 1^{er}, i.

(5) Aujourd'hui, le précompte immobilier.

(6) *Les impôts sur les revenus*, 1957, p. 328.

La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi contre la décision, substitua aux motifs de celle-ci un motif de droit pour justifier son dispositif. Elle estima établi par l'arrêt que la société ne recueillait en Belgique aucun bénéfice commercial et n'y exerçait aucune activité et en déduisit que seule la contribution foncière, à l'exclusion de la taxe professionnelle, pouvait être appliquée aux revenus de la société (1).

L'arrêt attaqué avait en effet énoncé que « pour considérer les loyers rapportés par un immeuble comme revenus professionnels, il faut que cet immeuble serve d'instrument pour l'exercice d'une activité industrielle ou commerciale ». L'annotateur de l'arrêt de cassation à la *Pasicrisie* relève que, sur la double base du motif substitué à celui de la cour d'appel, « il ne pouvait être fait application de la règle selon laquelle une société commerciale étant un être moral créé exclusivement en vue de l'exercice d'une activité lucrative, tout ce qu'elle recueille en dehors de son capital social est, après déduction des charges, un revenu professionnel ».

Deux arrêts ultérieurs furent rendus en cause du même redevable, toujours en application de l'ancienne Convention belgo-britannique, mais pour des exercices postérieurs à la réforme fiscale.

La loi de réforme fiscale établissait une distinction entre les non-résidents soumis à l'impôt sur l'ensemble de leurs revenus fonciers et professionnels, en raison notamment de ce qu'ils disposent d'un établissement en Belgique (art. 148 du Code ancien) et les non-résidents recueillant en Belgique uniquement des revenus fonciers ou mobiliers ou certains revenus divers, pour lesquels l'impôt est limité aux précomptes, au crédit d'impôt ou, depuis 1973, à la cotisation spéciale applicable aux plus-values réalisées sur terrains (art. 150 du Code ancien).

L'exposé des motifs visait expressément les « non-habitants du Royaume ou sociétés étrangères » ne recueillant en Belgique que de tels revenus (2). Une société étrangère pouvait donc, par définition, posséder un immeuble en Belgique sans y disposer d'un établissement et n'être taxable qu'au précompte immobilier.

Le premier arrêt (3), s'appuyant sur l'arrêt précité de la Cour de cassation, répète que la société anglaise requérante, propriétaire d'im-

(1) Cass., 21 mars 1974, *Pas.*, I, p. 751.

(2) Projet de loi portant réforme des impôts sur les revenus, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1961-1962, n° 264/1, p. 99.

(3) Bruxelles, 15 déc. 1976, *Contibel et Imperial Continental Gas Association*, *R.G.F.*, 1977, p. 123.

meubles loués, ne dispose pas en Belgique d'un établissement stable au sens de la Convention et n'y recueille pas de bénéfices industriels et commerciaux, la Convention ayant défini ce terme en excluant les dividendes, intérêts et loyers. Il ajoute qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre établissement stable et établissement belge au sens de l'article 140, § 3, d'abord parce que la Convention prime le droit interne, ensuite parce que les deux notions sont identiques.

Le motif tiré de la primauté du droit international semble irrelevante : la Convention n'impose le recours au concept commun d'établissement stable que pour l'imposition des bénéfices industriels et commerciaux, tels que définis par le Traité.

La Cour appuie son second motif sur la constatation que l'établissement du Code, comme l'établissement « stable » de la Convention, implique stabilité, productivité, dépendance et fixité, la notion d'établissement belge ne pouvant donc englober un établissement non stable. Constatation exacte, mais qui n'exclut pas d'autres différences évidentes entre les deux notions (1).

La Cour reconnaît que la société requérante est assujettie à l'impôt des non-résidents conformément à l'article 150 et non à l'article 148 du Code ancien : elle doit donc obtenir restitution des précomptes mobiliers retenus sur les intérêts que lui avait versés une entreprise financière belge, la perception de ce précompte ayant été exclue dans le cas des paiements à des non-résidents visés aux articles 150 et 151 du Code ancien.

Le second arrêt (2) écarte, dans le chef du même redevable, l'imposition sur base de l'article 148 de loyers d'immeubles.

L'arrêt ne se fonde plus sur la Convention belgo-britannique, mais considère l'imposition comme non justifiée en droit interne belge : à défaut de disposer d'un établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle, la société ne peut se voir appliquer le principe selon

(1) Com. Conv. 5/04. Il est vrai que la notion de l'établissement belge, introduite par la loi du 28 juillet 1938, était, comme le souligne l'exposé des motifs de cette loi, inspirée des Conventions existant à l'époque. Or, celles-ci, qui traitaient séparément des loyers et des bénéfices des établissements stables, n'envisageaient manifestement pas qu'un immeuble pût constituer en soi un établissement stable. Ainsi, l'art. 3 de la Convention franco-belge du 16 mai 1931 définissait les revenus immobiliers comme tous les revenus de ces biens, y compris leur valeur locative réelle ou présumée, qui n'étaient pas visés à l'art. 7 relatif aux revenus des exploitations (DE MEY, *Commentaire de la loi du 28 juillet 1938*, pp. 286-297 et réf. citées ; ZONDERVAN, *Les impôts sur les revenus et l'extranéité*, Bruxelles, 1967, p. 110).

(2) Bruxelles, 6^e ch., 23 juin 1977, *Imperial Continental Gas Association*, non publié.

lequel tous les revenus d'une société sont de nature professionnelle. Elle ne recueille que des revenus fonciers, mobiliers ou divers et tombe dès lors sous l'application de l'article 150.

Nouvelle thèse administrative

L'administration a renoncé, à la suite de ces arrêts, à « tout projet de taxation dans les cas où celle-ci repose uniquement sur la possession en Belgique d'immeubles donnés en location », non accompagnée de prestations génératrices d'une activité professionnelle (1).

Il semble toutefois que l'administration ait maintenu son intention de taxer quand l'activité de la société non résidente s'identifie à celle d'un marchand de biens au sens du droit fiscal belge (achat ou construction et vente ou location d'immeubles) (2).

Elle persiste à considérer que l'immeuble investi constitue un établissement de la société étrangère et s'attache à déterminer si la société dispose de cet établissement « pour l'exercice d'une activité professionnelle en Belgique ». M. Zondervan souligne à juste titre que, puisque le critère de l'imposition est le déploiement d'une activité professionnelle en Belgique, l'activité exercée à l'étranger par la société est indifférente (3).

Lorsque l'article 148 de l'ancien Code parle d'établissement dont le contribuable dispose « pour l'exercice d'une activité professionnelle » il ne vise pas, contrairement aux apparences, une activité au sens habituel du terme, mais la simple mention de ces biens au bilan de l'entreprise étrangère.

Lorsque cette expression est utilisée dans le Code, notamment dans la définition des bénéfices des exploitations (4), elle est synonyme de l'ancienne expression d'« avoirs investis », c'est-à-dire d'avoirs affectés à des fins professionnelles et soumis à tous les risques de l'en-

(1) Cir. Ci. R.H. 61/293.709 du 13 décembre 1977, *Bull. contr.*, 1978, n° 559, p. 241.

(2) Question parlementaire n° 131 du 7 juillet 1978, M. GEERINCK, *Bull. Q.R., Sén.*, sess. 1977-1978, p. 1576, *Bull. contr.*, 1978, n° 566, p. 1641 ; Question parlementaire n° 24 du 3 novembre 1978, M. POSWICK, *Bull. Q.R., Ch. repr.*, sess. 1978-1979, p. 232.

(3) ZONDERVAN, « L'imposition des revenus d'immeubles de sociétés non résidentes sous le régime antérieur à la loi du 19 juillet 1979 », *J.T.*, 1979, p. 636.

(4) Art. 21 du Code ancien modifié par L. 25 juin 1973, art. 4.

treprise (1), entre autres lorsque les amortissements ou charges y afférents sont repris parmi les charges professionnelles (2).

Tous les biens d'une société étrangère, même si elle n'exerce pas d'activité professionnelle en Belgique, ont donc nature d'avoirs investis (3). En revanche, lorsque la loi définissait les immeubles détenus par les « marchands de biens », elle opposait les « immeubles marchandises », acquis en vue de la revente, et les immeubles investis, affectés, pendant toute leur période de détention ou au moins pendant les dix dernières années, à l'exercice de l'activité professionnelle, par utilisation ou location (4). Il se serait donc agi précisément, dans le cas d'une société immobilière étrangère, des immeubles qu'elle détenait, non en sa qualité de marchand de biens, mais au même titre que toute société exerçant une autre activité.

Il aurait été curieux de réserver un sort différent aux immeubles investis par une société étrangère ayant la qualité de marchand de biens et aux immeubles investis par une société étrangère ayant une autre activité alors que, pour la taxation des sociétés belges, tous les immeubles investis étaient précisément mis sur le même pied.

Loi de 1979

La loi de 1979 apporta une modification fondamentale à l'article 148 du Code ancien (5). Désormais, les non-habitants du Royaume et les sociétés ou organismes non résidents qui se livrent à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif seront soumis à l'impôt sur l'ensemble de leurs revenus fonciers de source belge quand ils recueillent des revenus d'immeubles loués ou des revenus

(1) Com. I.R., 21/23, citant Cass., 19 septembre 1961, *Bull. contr.*, 1962, n° 385, p. 582.

(2) VERSTRAETE, « La réforme du Code des impôts sur les revenus », *Commentaire de la loi du 25 juin 1973*, 1974, pp. 207 à 209 et réf. citées.

(3) Comp. L. 3 novembre 1976 dite de sobriété budgétaire modifiant le C.I.R. ancien, art. 21.

(4) C.I.R. ancien, art. 36bis et 130.

(5) La loi du 15 juillet 1979, en remplaçant l'art. 148, alinéa 1^{er}, du Code ancien par une disposition nouvelle, a omis de reproduire la modification introduite par l'art. 37, 9°, de la loi du 12 juillet 1979 (*M.B.*, 6 septembre 1979) créant la société agricole. Cette loi ajoutait aux non-résidents taxables conformément au 2° de cette disposition ceux qui recueillent en Belgique des revenus en qualité d'associé de sociétés constituées conformément à cette loi et considérées comme dénuées de la personnalité juridique en vertu de l'art. 25, § 1^{er}, al. 2, 2°, nouveau, du Code ancien. Or, la loi relative à la société agricole est entrée en vigueur, à défaut de disposition particulière, le 16 septembre 1979 alors que l'art. 15 de la loi du 15 juillet 1979 est applicable à partir de l'exercice d'imposition 1981.

tirés de la constitution ou de la cession d'un droit d'emphytéose ou de superficie (1).

Le revenu sera déterminé et l'impôt établi selon les règles et les modalités prévues en matière d'impôt des personnes physiques ou d'impôt des sociétés, selon le cas (2).

Ces règles impliquent notamment, pour les sociétés non résidentes, que le montant des revenus soit déterminé d'après les règles applicables aux bénéficiaires des exploitations (3) : le revenu cadastral d'immeubles qui, parmi d'autres, ne seraient pas loués ne sera pas imposable : les loyers privés seront taxables ; les loyers seront retenus sous déduction des charges réelles et non d'un forfait de 40 ou 10 %.

Cette assimilation est-elle conciliable avec l'adhésion à la jurisprudence des derniers arrêts d'appel rappelés ci-dessus, selon laquelle, en l'absence d'un établissement stable, un non-résident, même société commerciale, ne peut être considéré comme percevant un revenu professionnel lorsqu'il se borne à toucher des loyers ?

La réponse semble affirmative : l'administration pourra, sinon considérer, du moins traiter les loyers perçus par des sociétés non résidentes comme des revenus professionnels (4).

De même, le commerçant étranger ayant investi un immeuble belge dans son exploitation pourrait, semble-t-il, voir considérer les revenus de cet immeuble comme professionnels sur base de l'article 37 du Code.

Le propriétaire privé non résident se verra en toute hypothèse appliquer ces règles, fournissant ainsi au Trésor une matière taxable que l'administration n'atteignait pas, même dans son interprétation ancienne.

§ 2. — PLUS-VALUES PRIVÉES

D'après les conventions, les plus-values sont imposables, si elles portent sur des biens immobiliers, dans l'État de situation du bien (5).

(1) Art. 148, al. 1^{er}, 1^o, nouveau du Code ancien ; L., art. 15.

(2) C.I.R. ancien, art. 142.

(3) C.I.R. ancien, art. 96.

(4) Projet de loi modifiant le Code des impôts sur les revenus et le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, en matière de fiscalité immobilière, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1979, n° 126/1, p. 12.

(5) Convention OCDE, art. 13.

Les plus-values réalisées par des particuliers ou des personnes morales sans but lucratif sur des terrains non bâtis situés en Belgique seront donc imposables en Belgique, conformément au droit interne (1).

L'impôt de 33 % (plus-values à court terme) ou 16,5 % (plus-values à long terme) sera établi, sous forme de cotisation spéciale, par l'administration de l'enregistrement à l'occasion de la vente (2).

Quant aux plus-values réalisées, dans le cadre de la gestion d'un patrimoine privé, sur immeubles bâtis ou même sur terrains vendus plus de huit ans après leur achat, elles ne sont jamais imposables dans notre pays, qui ne connaît pas, comme d'autres (États-Unis par exemple), une imposition généralisée des plus-values de particuliers.

L'imposition ne frappe que les plus-values réalisées en cas d'aliénation dans les huit ans de la date de l'acte authentique d'acquisition ou, à défaut d'un tel acte, de l'enregistrement de l'écrit constatant l'acquisition.

Si le bien a été acquis par donation, l'aliénation doit avoir lieu dans les trois ans de l'acte de donation et dans les huit ans de la date d'acquisition, définie comme dit ci-dessus, par le donateur.

Le court terme s'entend d'une aliénation dans le délai de cinq ans suivant l'acquisition et le long terme d'une aliénation après plus de cinq ans, mais dans les huit ans.

L'administration donne au texte une portée qui dépasse les revenus divers et l'autorise à percevoir la cotisation spéciale à charge du non-résident, personne physique ou société, qui aurait investi le terrain dans un établissement belge ou, en termes conventionnels, dans un établissement stable ou une base fixe.

Il y aura lieu alors à imputation de la cotisation spéciale sur l'impôt régularisé et à remboursement de l'excédent éventuel (3).

À défaut de versement de la cotisation spéciale, l'impôt des non-résidents sera établi et recouvré par l'administration des contributions directes (4). Lorsque l'impôt est dû par un non-résident non sujet à globalisation, cette habilitation, résultant de l'arrêté royal d'exécution, est d'une légalité contestable dès lors que le Code confie l'éta-

(1) C.I.R., art. 228, § 2, 8^o, g.

(2) C.I.R., art. 301. La personne qui a l'obligation de faire enregistrer l'acte, à savoir, en principe, le notaire, a l'obligation de verser l'impôt à l'occasion de l'enregistrement (A.R.-I.R., art. 177).

(3) Com. I.R., 186/90.

(4) A.R.-I.R., art. 177, § 3.

blissement et le recouvrement de l'impôt à l'administration de la taxe sur la valeur ajoutée, de l'enregistrement et des domaines.

Certaines plus-values sont imposables à l'impôt des personnes physiques au taux de 33 % lorsqu'elles sont le résultat d'opérations, même isolées ou fortuites, qui débordent du cadre de la gestion normale d'un patrimoine privé (1). L'application jurisprudentielle de cette règle est loin d'être claire et uniforme.

Les non-résidents personnes physiques sont également imposables sur de telles plus-values (2).

Dans cette hypothèse, l'impôt doit être prélevé par voie de précompte professionnel (3). C'est le débiteur des revenus qui doit verser ce précompte (4) et non la personne qui doit procéder à l'enregistrement de l'acte, comme c'est le cas en matière de plus-values immobilières constitutives de bénéfices professionnels et de plus-values sur immeubles non bâtis (5).

Nous croyons dès lors que ce régime est illusoire. En effet, l'acquéreur de l'immeuble ne connaîtra généralement pas l'ensemble des activités du vendeur qui pourrait éventuellement conférer à la plus-value un caractère imposable, ni le montant du bénéfice réalisé. Puisque la retenue à la source est le seul impôt exigible, il n'y aura en fait aucun impôt.

(1) C.I.R., art. 90, 1^o, et 171, 1^o, *a*.

(2) C.I.R., art. 228, § 2, *g*.

(3) C.I.R., art. 248 et A.R.-I.R., art. 87, 5^o, *a*. Le taux applicable à l'exercice 1994 est de 30,90 % du montant brut (n^o 64 de l'A.R. du 30 décembre 1993 modifiant l'annexe III du C.I.R.).

(4) A.R.-I.R., art. 86.

(5) C.I.R., art. 270, 5^o, 273, 2^o, et 301. L'exécution de l'article 301 C.I.R. est assurée par l'article 177 A.R.-I.R.

CHAPITRE VII. — PAIEMENTS REÇUS PAR DES ÉTUDIANTS OU STAGIAIRES DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

ÉTATS-UNIS

Section 1. — Revenus immobiliers en général

La simple détention d'un bien immobilier ne constitue pas une activité d'affaires. La gestion du bien en vue d'en tirer profit constitue une telle activité.

Sont caractéristiques d'une activité d'affaires :

- de nombreux achats et ventes d'immeubles ;
- les démarches liées à la mise en location des biens ;
- les démarches liées à l'entretien et aux réparations des biens ;
- le recours permanent à des représentants ou employés sur place (1).

Au contraire, la location à un seul locataire, chargé de toutes les réparations, ne constitue pas une activité d'affaires (2).

Le montant du revenu immobilier n'est pas déterminant : une activité d'affaires peut même conduire à une perte.

La loi permet le choix : les étrangers propriétaires d'immeubles peuvent choisir d'être considérés comme engagés dans une activité d'affaires aux États-Unis et traiter comme revenus d'affaires leurs revenus immobiliers, avec la conséquence qu'ils ne seront pas taxés au taux de 30 % sur leurs revenus bruts, mais aux taux normaux de l'impôt américain sur leur revenus nets (3).

(1) *Lewenhaupt*, 20 TC 151 (1953), affirmed per curiam, 221 F 2nd 227 (9th Cir. 1955); *Amodio*, 34 TC 894 (1960), affirmed 299 F 2nd 623 (3rd Cir. 1962).

(2) *Neill*, 46 BTA (1942); *Herbert*, 30 TC 26 (1958).

(3) IRC §§ 871 (d) et 882 (d).

Section 2. — Plus-values immobilières

Depuis 1980, les gains en capital réalisés sur des intérêts immobiliers américains (*United States real property interests*) ou sur des actions de sociétés américaines, qui, à un moment quelconque pendant les cinq années précédentes, ont été des holdings immobilières américaines (*U.S. real property holding corporations*) sont considérés comme effectivement liés à une activité d'affaires américaine (1).

L'impôt sur les gains en capital et, le cas échéant, l'impôt alternatif minimum s'y appliqueront.

Une société est une holding immobilière si 50 % ou plus de la valeur vénale de ses actifs consistent en intérêts immobiliers américains (*look-through*).

Les traités, qui s'opposent généralement à la taxation des gains sur actions, mais non des gains sur immeubles, cessent de s'appliquer après 1984 à cet égard.

Si l'intérêt immobilier est détenu par une société étrangère, l'imposition n'a pas lieu, à défaut de possibilité de contrôle effectif, au moment de la vente des titres de la société étrangère, mais au moment où la société dispose de l'immeuble, même dans une opération qui ne serait pas imposable si elle était effectuée par une société américaine, par exemple, dans certains cas, à l'occasion d'une distribution de liquidation (2).

Pour assurer le paiement de l'impôt, l'acheteur est tenu de retenir à la source 10 % du prix de vente (3).

(1) IRC § 897. HUDSON, « Post-1984 FIRPTA Planning : Basic Strategies for Present and Future Foreign Investment in US Real Estate », *Tax Planning International Review*, 1985, vol. 12, n° 4, p. 8 et n° 5, p. 11 ; AUSTRIAN et SCHNEIDER, « Tax Aspects of Foreign Investment in US Real Estate », *Tax Lawyer*, vol. 45, 1992-93, p. 385 ; LA TORRE JEKER, « US Income Tax Considerations for Foreign Investment in US Real Estate », *Tax Planning International Review*, 1992, n° 5, p. 17 ; J. BOHMAN et M.K. BOHMAN, « US Income Taxation of Nonresident Aliens' Direct Investments in Real Property Rentals », *International Tax Journal*, vol. 19, 1993-94, n° 1, p. 49.

(2) IRC § 897 (d). ROSENBLUM et CROWE, « FIRPTA Withholding and Revised Information Reporting », *Tax Planning International Review*, 1984, n° 9, p. 4 ; BALLARD et WEBB, « Withholding on Disposition of US Real Property Interest — A Way Out ? », *ibid.*, 1985, n° 12, p. 8 ; CROWE et ROSENBLUM, « New FIRPTA Withholding Regulations », *ibid.*, 1985, n° 3, p. 3.

(3) DOERNBERG, « Bringing FIRPTA into line with the repeal of General Utilities », *Intertax*, 1990, p. 391.

TITRE IV

REVENUS MOBILIERS

SOURCE DES REVENUS MOBILIERS

DROIT BELGE

Première règle : résidence du débiteur

Les conventions, comme le droit interne (1), permettent à la Belgique d'imposer les revenus mobiliers qui sont à charge d'un résident, de l'État et des pouvoirs publics belges ou de l'établissement d'un non-résident : la source d'un revenu mobilier est la résidence de son débiteur ou, le cas échéant, la localisation de l'établissement ou de la base fixe de ce débiteur lorsque la dette génératrice d'intérêts ou le droit dont l'utilisation donne lieu à redevance s'y rattache (2).

Deuxième règle : lieu de paiement

Même si le revenu mobilier est dû par un non-résident ne disposant pas d'un établissement en Belgique, il sera considéré comme de source belge dès qu'il est « produit ou recueilli en Belgique », c'est-à-dire payé en Belgique.

Le législateur a voulu éviter que des résidents belges ne fassent encaisser leurs revenus mobiliers étrangers en Belgique par des non-résidents.

Il a prévu diverses règles exonérant les revenus mobiliers étrangers dont il est prouvé qu'ils sont perçus par des non-résidents.

Il reste à examiner les taux de retenue à la source applicables.

(1) C.I.R., art. 228, § 2, 2°.

(2) Convention OCDE, art. 10.1, 11.5 et 12.5.

CHAPITRE I. — DIVIDENDES

SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

Section 1. — Définitions

§ 1^{er}. — BIENS SUCEPTIBLES DE PRODUIRE DES DIVIDENDES

Les seuls biens susceptibles de produire des dividendes sont des parts sociales (en anglais : *corporate rights*).

Le droit social implique une participation aux risques de l'entreprise et s'oppose, sauf assimilation (cfr *infra*), à une créance. Il comprend la possibilité de perdre son capital et la définition d'une rémunération liée au profit.

Nous ne pensons pas qu'il requière nécessairement le droit de participer aux réserves non distribuées, donc au bénéfice de liquidation (1).

En effet, il existe des cas où les parts bénéficiaires, incluses parmi les droits sociaux, sont exclues des bénéfices de liquidation.

Un premier groupe de biens visés par le modèle OCDE comprend les actions de divers types expressément désignés.

Les actions sont les parts des associés dans le capital des sociétés par actions et des sociétés en commandite par actions.

Les parts de mine sont les actions des sociétés minières, organisées dans certains pays sous une forme spéciale (en Allemagne, *Kuxe* des *Bergrechtliche Gesellschaften*).

Les parts de fondateur et les actions et bons de jouissance sont des titres donnant droit à une participation aux bénéfices, mais ne représentant pas un apport constitutif du capital social.

(1) *Contra*, VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 10.189, pp. 574 et 192, pp. 576-577.

Les parts de fondateur sont émises en général pour rémunérer un concours fourni lors de la constitution ou d'une augmentation de capital.

Les actions de jouissance sont souvent attribuées aux actionnaires dont les actions de capital sont remboursées (1).

On y ajoute les autres parts bénéficiaires (*other rights*), sous la condition, commune à tous les titres de cette première catégorie, qu'il ne s'agisse pas de créances.

Un second groupe de biens productifs de dividendes est constitué par les autres parts sociales (*other corporate rights*), dont les revenus sont soumis au régime fiscal des revenus d'actions par l'État de la source, c'est-à-dire celui dont la société distributrice est résidente (cfr ci-après).

Contrairement à la définition du premier groupe de biens, qui est autonome et s'interprète par référence au seul traité (2), la définition du second groupe se réfère au seul droit de l'État de la source, tout en ne concernant, comme tout le texte, que des parts ou droits sociaux (*corporate rights*).

Le groupe « national » des droits générateurs de dividendes n'est pas, comme le groupe « conventionnel », limité à des titres.

Il comprendra donc les droits détenus dans des sociétés dont le fonds social n'est pas représenté par des titres, telles des sociétés de personnes (*partnerships*), dès lors qu'elles sont traitées par le droit fiscal national comme des sujets d'impôt des sociétés, soit uniformément, soit à la suite d'une option pour ce régime, prévue par la loi (3).

En revanche, les revenus des sociétés de personnes « transparentes » sont soumis aux règles relatives aux bénéficiaires des entreprises.

Si la loi du pays de la source assimile aux dividendes certains revenus en application de règles relatives à la capitalisation insuffisante

(1) VAN RYN, *Principes de droit commercial*, 1^{re} éd., t. I, n° 551, p. 367.

(2) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 10.199, p. 579.

(3) Comm. OCDE, art. 10.27.

(*thin capitalisation*) (1), ces créances pourraient être considérées comme des parts sociales, ce que n'aurait pas permis la partie « conventionnelle » de la définition.

Encore faut-il qu'il s'agisse de droits sociaux, ce qui suppose que le prêteur participe au risque social. Ce sera le cas lorsque le remboursement dépend de la réussite de l'entreprise. Cette assimilation du prêteur à l'actionnaire dépendra de circonstances de fait permettant de considérer que le prêteur participe aux risques de l'entreprise :

- importance de l'emprunt par rapport au capital ou aux actifs ou encore utilisation de l'emprunt pour remplacer du capital perdu ;
- participation du créancier aux bénéfices sociaux ;
- subordination du prêt par rapport à d'autres dettes ou même aux droits des actionnaires ;
- liaison du remboursement ou du versement des intérêts aux bénéfices de la société ;
- absence de délai conventionnel de remboursement (2).

À défaut d'être produit par un droit social, le revenu assimilé nationalement à un dividende demeurerait un intérêt pour l'application du traité (3).

§ 2. — REVENUS SUSCEPTIBLES DE CONSTITUER DES DIVIDENDES

Bien que le texte ne le précise pas, le droit de l'État de la source déterminera non seulement si un bien est susceptible de produire un dividende, mais si le revenu distribué ou censé distribué constitue un dividende. La cohérence exige l'attribution de cette seconde compétence pour compléter la première (4).

Pourront ainsi être traitées comme dividendes toutes les distributions de bénéfices faisant l'objet de décisions de l'assemblée générale :

- dividendes en espèces ;

(1) OCDE, *Questions de fiscalité internationale*, n° 2, « La sous-capitalisation », 1987, p. 3 ; FAIRLEY et PENNEY, « Thin Capitalisation », *Tax Planning International Review*, 1988, n° 4, p. 8 ; HUGHES et COLLIER, « Thin Capitalisation Following the OECD Report : A Country Survey », *ibid.*, 1989, n° 8, p. 3 ; DE HOSSON et MICHELSE, « Treaty aspects of the 'thin capitalisation' issue — A review of the OECD report », *Intertax*, 1989, p. 476 ; JACKSON, « Thin Capitalisation », *Eur. Tax.*, 1990, p. 319 ; GOUTHIERE, « Thin capitalisation and the OECD model convention », *Intertax*, 1992, p. 296.

(2) Comm. OCDE, art. 10.25.

(3) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 10.200, p. 580.

(4) VOGEL, *op. cit.*, art. 10.186, p. 573.

- actions gratuites ;
- bonus ;
- distributions de liquidations.

Il en sera de même des distributions occultes de profits (*constructive dividends*).

§ 3. — ACTIONNAIRES SUSCEPTIBLES DE PERCEVOIR DES DIVIDENDES

Certains bénéficiaires de distributions peuvent être assimilés à des actionnaires en raison de leurs liens avec la société, constitutifs d'une participation occulte, ou avec un actionnaire, auxquels ils sont unis par des liens de famille ou de groupe (1).

Section 2. — Source du revenu

Un dividende trouve sa source dans le pays dont la société distributrice est résidente.

Le fait que la société distributrice ait tiré des revenus d'un État autre que celui de sa résidence n'autorise pas cet État de « non-résidence » à considérer que les dividendes trouvent leur source sur son territoire et à percevoir un impôt sur ces dividendes (2).

Cette prohibition de l'imposition extraterritoriale des dividendes est levée dans deux cas :

- si le dividende est payé à un résident de l'État d'où proviennent les bénéfices sociaux ;
- si la participation génératrice du dividende se rattache à un établissement stable de la société distributrice situé dans l'État d'où proviennent les bénéfices sociaux.

La première exception est une application de l'article 10.1 et la seconde de l'article 21.2.

Le texte ajoute à la prohibition de la taxation du dividende par l'État de la source des bénéfices sociaux une interdiction de taxer les bénéfices non distribués de la société. Cette interdiction se rattache à l'imposition des bénéfices sociaux et à sa limitation à la taxation des revenus d'un établissement stable ou d'immeubles situés dans l'État

(1) Comm. OCDE, art. 10.29.

(2) Convention OCDE, art. 10.5.

de la source ou à la perception d'une retenue à la source sur revenus mobiliers.

En revanche, il n'est pas interdit à l'État de la source des bénéficiaires sociaux de taxer ses propres résidents sur les revenus non distribués de la société (1).

Le traité modèle américain (2) réserve le droit des États-Unis d'imposer les dividendes payés par une société non résidente s'ils proviennent de bénéfices attribuables à un établissement stable américain et si le revenu d'établissements stables américains représente 50 % ou plus du revenu brut de la société distributrice.

L'impôt perçu sera limité à la retenue à la source conventionnelle (cfr *infra*).

Section 3. — Imposition dans l'État de la source

§ 1^{er}. — RÈGLE GÉNÉRALE

La Convention OCDE consacre le principe du partage du droit d'imposition.

L'article 10 ne traite que des dividendes versés par une société résidente d'un État contractant à un résident de l'autre État contractant (3).

Le premier paragraphe de l'article 10 constate que les dividendes sont imposables dans l'État dont le bénéficiaire est résident.

Le second paragraphe réserve le droit d'imposition à l'État de la source des dividendes, c'est-à-dire à l'État dont la société qui paie les dividendes est le résident.

Le taux de l'impôt est d'une manière générale limité à 15 % du montant brut des dividendes. Il est réduit à 5 % pour les dividendes versés par des sociétés filiales. Ceci suppose que la société bénéficiaire des dividendes possède une participation directe d'au moins 25 % dans la société distributrice des dividendes. À cet égard, seule la situation existant au moment de l'assujettissement à l'impôt est retenue,

(1) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 10.260, p. 624.

(2) Art. 10.5.

(3) Pour les autres cas, cfr art. 21 ; sur le modèle 1992, cfr OLIVER, « Interest, dividends and the elimination of double taxation (Articles 10, 11, and 23) », *Intertax*, 1992, p. 680.

sans qu'il faille examiner si la participation a existé pendant une période relativement longue avant la date de distribution. Toutefois, le commentaire précise qu'il y a lieu d'éviter un usage abusif de cette disposition et conseille aux États contractants d'exclure dans leur convention bilatérale le cas où la participation n'a manifestement été acquise que pour tirer avantage de la disposition.

Le critère de participation se définit par rapport au capital, au sens du droit des sociétés, sans distinction entre les catégories d'actions, dont les différences se rattachent davantage à la nature des droits de l'actionnaire qu'à l'importance de sa participation dans le capital.

Le prêt dont les revenus sont traités comme des dividendes, par exemple en raison des règles de sous-capitalisation, devrait être considéré comme du capital.

Les États contractants peuvent substituer, pour le calcul de l'importance d'une participation, le critère du droit de vote à celui de la détention d'une part du capital.

Les taux d'imposition prévus par l'article 10 sont des maxima et les États contractants peuvent les réduire dans leur convention bilatérale. Ils peuvent également prévoir, pour l'application du taux réduit de 5 %, un taux de participation inférieur à celui fixé dans l'article.

L'article ne se prononce pas sur le problème de savoir comment l'État de la résidence du bénéficiaire doit tenir compte de l'imposition dans l'État de la source. Cette question est traitée aux articles 23A et 23B (cfr *supra*).

Lorsque les dividendes sont produits par les participations faisant partie de l'actif d'un établissement stable ou se rattachant effectivement à une base fixe que le bénéficiaire possède dans l'État de la source, ce dernier peut imposer ces dividendes sans application de la limitation de 5 ou 15 %.

§ 2. — INCIDENCE DE L'IMPOSITION DES REVENUS NON DISTRIBUÉS DANS L'ÉTAT DE LA RÉSIDENCE

Il faut distinguer l'imposition extraterritoriale du dividende distribué par une société non résidente, prohibée, de l'imposition dans le chef de l'actionnaire résident de bénéfices non distribués, gagnés par certaines filiales étrangères.

On peut se demander si le bénéfice ainsi imposé doit être traité dans le pays de résidence de l'actionnaire comme un dividende ou comme un autre revenu visé à l'article 21.

Si le pays de la résidence pratique le crédit d'impôt indirect ou le privilège d'affiliation pour éviter la double imposition économique internationale, il empêchera le jeu normal de ces méthodes s'il ne traite pas le revenu réputé distribué comme un dividende.

Lorsqu'un dividende sera effectivement distribué par la société dont le bénéfice non distribué a déjà été taxé chez l'actionnaire, le pays de la résidence de l'actionnaire devrait éviter la double imposition en accordant au contribuable un crédit d'impôt ou une exemption, selon la méthode qu'il pratique. Toutefois, généralement, cet État exonérera le dividende comme tel puisqu'il a déjà été imposé.

Devra-t-il alors accorder, par exemple, un crédit d'impôt au titre de la retenue à la source effectuée dans le pays de la société distributrice ?

À défaut, il serait possible d'éviter le jeu normal de la convention et la prévention de la double imposition internationale en imposant un bénéfice non distribué avant qu'il soit réparti comme dividende (1).

§ 3. — INCIDENCE DES MÉTHODES DE PRÉVENTION DE LA DOUBLE IMPOSITION ÉCONOMIQUE

A. Système classique

La Convention s'applique sans problèmes lorsque l'État de la société distributrice et l'État de l'actionnaire, personne physique ou société, appliquent un système dans lequel le bénéfice distribué est taxé sans allègement tant au niveau de la société distributrice qu'à celui de l'actionnaire.

Elle s'applique également sans problèmes lorsque ce système est corrigé en faveur d'une société actionnaire d'une autre pour éviter, par la méthode de l'imputation de l'impôt des sociétés étranger au titre de crédit indirect ou par la méthode de l'exemption, la double imposition des dividendes inter-sociétés.

(1) Comm. OCDE, art. 10.38 et 39.

B. Système du double taux d'impôt des sociétés dans l'État de la société distributrice

Même si le taux frappant les bénéfices distribués est inférieur au taux frappant les bénéfices réservés, les États pratiquant le double taux n'ont pas été autorisés, du moins à l'égard des actionnaires personnes physiques, à percevoir une retenue à la source supérieure à 15 %, même en proposant que l'excédent de retenue ne soit pas imputable dans l'État dont l'actionnaire est résident.

Ce système recrée une discrimination entre actionnaires résidents et non résidents et, au niveau de l'actionnaire, entre dividendes étrangers et dividendes nationaux.

En revanche, lorsque l'actionnaire est une société, une retenue à la source plus élevée que le taux applicable aux sociétés mères a généralement été admise.

C. Système d'imputation de tout ou partie de l'impôt des sociétés sur l'impôt de l'actionnaire

Certains États autorisant l'imputation par l'actionnaire d'une partie ou de la totalité de l'impôt des sociétés afférent aux dividendes distribués étendent cet avoir fiscal aux actionnaires des États cocontractants, en le limitant généralement aux actionnaires personnes physiques et aux sociétés actionnaires autres que des sociétés mères, à savoir aux investisseurs dits de portefeuille.

Cette solution évite la discrimination entre actionnaires résidents et non résidents.

D'autres États considèrent que l'allègement résultant de l'avoir fiscal est un allègement de l'impôt des personnes physiques, sans rapport avec l'impôt sur les sociétés, qui reste dû en totalité. Ils refusent de l'étendre aux actionnaires étrangers. Ils ne pourraient en effet l'étendre que par voie de remboursement et refusent généralement tout remboursement aux actionnaires nationaux, si l'avoir fiscal dépasse le montant de l'impôt personne dû.

Lorsque le dividende est perçu par une société mère, on s'est posé la question de savoir si le crédit d'impôt devait être accordé ou, le cas échéant, transféré aux actionnaires de la société mère résidente d'un autre État (1).

(1) Comm. OCDE, art. 10.66.

D. Système ne taxant que les actionnaires, à l'exclusion de la société, sur les bénéfices distribués

Un État qui renonce à l'imposition des bénéfices distribués dans le chef de la société distributrice pourra pratiquer une retenue à la source supérieure au taux généralement prévu.

SOUS-CHAPITRE II. — DIRECTIVE CEE

Section 1. — Exonération de retenue à la source

En vertu de l'article 5 de la directive du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, les bénéfices distribués par une société filiale établie dans la CEE à sa société mère — ayant son siège dans un autre État membre — seront, lorsque celle-ci détient une participation minimale de 25 % dans le capital de la filiale, exemptés de retenue à la source.

Les conditions précises de mise en œuvre de cette exemption dépendront de chaque législation nationale.

Cette exonération augmentera sensiblement le rendement net des participations détenues par des sociétés mères belges dans des sociétés établies dans la Communauté européenne. Jusqu'à présent, les sociétés belges ne pouvaient prétendre qu'aux diminutions de retenue à la source prévues par les conventions fiscales bilatérales. Ces réductions limitaient la retenue à la source, selon les cas, à 15, 10 ou 5 %.

Dans la mesure où les dividendes étrangers constituent des revenus définitivement taxés, les retenues à la source étrangères ne peuvent à aucun titre être imputées sur l'impôt belge. Elles ne font pas partie du revenu sur base duquel est calculée la déduction des revenus définitivement taxés, ce revenu étant pris net de retenue à la source étrangère.

La disparition de cette retenue est donc particulièrement importante.

Certains États de la CEE ont obtenu des dérogations. En Grèce, l'impôt des sociétés ne s'applique pas aux bénéfices distribués, alors que les bénéfices réservés sont taxés au taux de 46 %. La société distributrice doit, sur les dividendes, effectuer une retenue à la source dont le taux varie de 42 à 50 %. La Grèce est autorisée à maintenir cette retenue aussi longtemps qu'elle n'applique pas d'impôt des sociétés aux bénéfices distribués. Le taux de la retenue ne peut dépasser

ser celui qui est fixé par les conventions fiscales bilatérales. La convention conclue entre la Grèce et la Belgique le limite à 25 %.

L'Allemagne peut maintenir une retenue à la source de 5 % jusqu'à la mi-1996 au plus tard, tant qu'elle soumet les bénéficiaires distribués à un taux d'impôt des sociétés inférieur d'au moins 11 points au taux applicable aux bénéficiaires réservés. En effet, en Allemagne comme dans certains pays extracommunautaires, le taux d'impôt appliqué aux bénéficiaires distribués est inférieur au taux appliqué aux bénéficiaires réservés. L'impôt réduit supporté par les bénéficiaires distribués est intégralement imputable par l'actionnaire. L'Allemagne a dès lors toujours insisté, dans ses conventions internationales, pour pouvoir percevoir, même à l'égard de sociétés mères étrangères, une retenue à la source importante, supérieure en tout cas à la retenue de 5 % recommandée par la Convention modèle de l'OCDE. Jusqu'au 1^{er} janvier 1990, les taux d'impôt des sociétés applicables respectivement aux bénéficiaires réservés et aux bénéficiaires distribués étaient, en Allemagne, de 56 % et 36 %. Les clauses conventionnelles dites « de suspension » prévoyaient qu'en République fédérale d'Allemagne, tant que le différentiel existant entre les deux taux était de 20, ou, parfois, de 15 points, la retenue à la source sur dividendes payés par une société filiale à une société mère détenant au moins 25 % des parts de la filiale serait de 25 % (1).

À partir du 1^{er} janvier 1990, le taux allemand d'impôt des sociétés sur les bénéficiaires réservés a été ramené à 50 %. La différence entre les deux taux n'étant plus que de 14 points, toutes les clauses de suspension introduites par l'Allemagne dans ses conventions bilatérales ont cessé d'être applicables. L'Allemagne n'avait dès lors plus aucune raison d'insister pour le maintien d'une retenue à la source, à l'égard des sociétés mères, supérieure aux 5 % recommandés par l'OCDE (2). La retenue à la source de 5 % qu'autorise la directive ne pourra s'appliquer que tant que le différentiel entre les taux d'impôts applicables en Allemagne aux bénéficiaires réservés et aux bénéficiaires distribués sera d'au moins 11 points.

Cette retenue se substitue donc, à l'égard des sociétés mères, à celle qui aurait été applicable en vertu des conventions bilatérales après l'expiration de l'effet des clauses de suspension. La convention belgo-

(1) Cfr, par exemple, Convention belgo-allemande, art. 10.3.

(2) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 10.90, p. 531. À partir du 1^{er} janvier 1994, le taux applicable aux bénéficiaires réservés est de 45 %, et celui applicable aux bénéficiaires distribués de 30 %. La différence est de 15 points.

allemande aurait permis la perception d'une retenue de 15 %. Elle sera donc ramenée, à l'égard des sociétés mères, à 5 %.

Pour des raisons budgétaires, le Portugal est autorisé à maintenir, pendant huit ans suivant la mise en application de la directive, une retenue à la source qui ne pourra dépasser 15 % pendant les cinq premières années de la période et 10 % pendant les trois dernières années. Avant la fin de la huitième année, le Conseil décidera à l'unanimité, sur proposition de la Commission, de la prorogation éventuelle de cette exception.

L'Allemagne et le Portugal se sont engagés à étendre aux autres États membres toute réduction de retenue à la source qu'ils accorderaient à des États tiers (1).

Section 2. — Interdiction de perception d'une retenue à la source dans l'État de la société mère

L'article 6 de la directive interdit à l'État membre de la société mère de percevoir une retenue à la source sur les bénéfices reçus d'une filiale étrangère. La Belgique, qui perçoit le précompte mobilier dès qu'un revenu mobilier est payé à l'intervention d'un intermédiaire belge (2), a renoncé à la perception du précompte mobilier sur les dividendes payés par une société étrangère à une société belge (3).

On se rappellera toutefois que, jusqu'à la loi du 25 juin 1973 modifiant le régime des revenus définitivement taxés, le dividende étranger perçu par une société belge était frappé d'un précompte mobilier de 10 %, étant entendu que les revenus définitivement taxés étaient déduits lors de leur redistribution non seulement de la base imposable à l'impôt des sociétés, mais également de la base imposable au précompte mobilier (4). Il semble que l'interdiction communautaire ait été inspirée par le régime belge ancien (5).

(1) DE HOSSON, « The parent-subsidiary directive », in *The direct tax initiatives of the European Community*, 1990, p. 44.

(2) C.I.R., art. 261, 2°.

(3) A.R.-I.R., art. 106, § 1^{er}.

(4) Cfr pour un historique, *supra* et J. MALHERBE, « Le régime fiscal des dividendes et des distributions de liquidation d'origine étrangère reçus par des sociétés belges : Droit interne, traités et projets de réforme », *J.D.F.*, 1988, p. 224.

(5) DE HOSSON, « The parent-subsidiary directive », in *The direct tax initiatives of the European Community*, 1990, p. 44.

Les conventions bilatérales conclues par la Belgique prévoyaient, à l'époque, une possibilité d'exonération de ce précompte mobilier, ayant pour conséquence que le dividende étranger redistribué ne pouvait alors être exclu de la base imposable au précompte (1).

Section 3. — Maintien des impôts anticipés

Dans certains pays, les dividendes qui n'ont pas été soumis à l'impôt des sociétés chez la société qui les a perçus sont soumis à une imposition compensatoire lors de leur redistribution (précompte français) (2). Dans d'autres pays, il s'agit simplement d'un paiement anticipé de l'impôt des sociétés, dû l'occasion de la distribution (*advance corporation tax* anglais).

Dans les deux cas, le motif de la perception est l'octroi simultané à l'actionnaire d'un crédit d'impôt pour une partie de l'impôt des sociétés, calculé par rapport au dividende net. L'imposition compensatoire ou anticipée correspond au montant du crédit d'impôt, qu'il serait inéquitable d'accorder si un impôt des sociétés n'avait pas été payé. La directive ne porte pas atteinte à ce mécanisme.

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

La convention belgo-britannique accorde ainsi à une société belge, détenant 10 % ou plus des droits de vote d'une société britannique payant un dividende, un crédit d'impôt égal à la moitié du crédit d'impôt normal.

(1) Cfr par exemple, Convention belgo-allemande, art. 23, 2, 3^o, b.

(2) La loi française exonère de précompte les holdings de participations étrangères, dont les 2/3 des actifs et des bénéfices se rattachent à de telles participations, dans la mesure de la distribution provenant de participations étrangères (C.G.I., art. 223sexies, § 3, 80). Cfr GEST et TIXIER, *Droit fiscal international*, 2^e éd., 1990, p. 338.

Le Royaume-Uni perçoit dans ce cas un impôt de 5 % sur le total formé par le dividende et le crédit d'impôt (1).

Dans les relations entre sociétés filiales et sociétés mères au sens de la directive, cette imposition sera maintenue. On s'est demandé s'il devait être considéré comme une retenue à la source prohibée par la directive. L'administration anglaise, à bon droit, ne le considère pas comme tel : il n'existe plus en Angleterre de retenue à la source sur les dividendes. L'impôt anglais perçu, à charge des non-résidents, lorsqu'un crédit d'impôt leur est accordé, est en fait une diminution de ce crédit d'impôt (2). Le traité s'exprime en effet comme suit : « Lorsqu'un résident de la Belgique a droit à un crédit d'impôt au titre de ses dividendes [...] l'impôt peut également être perçu au Royaume-Uni et, conformément à la législation du Royaume-Uni, sur le total formé par le montant ou la valeur de ces dividendes et le montant de ce crédit d'impôt, à un taux n'excédant pas 5 % » (3).

(1) Si le dividende était payé à une personne physique ou à une société détenant moins de 10 % des droits de vote dans la société anglaise distributrice, le bénéficiaire belge aurait droit à la totalité du crédit d'impôt, une imposition anglaise étant, dans ce cas, perçue au taux de 20 %. En l'absence de crédit d'impôt, l'impôt anglais serait perçu au taux de 10 % à charge des actionnaires en général et de 5 % à charge des sociétés mères détenant 25 % des droits de vote d'une filiale.

(2) Cfr DE HOSSON, « The parent-subsidiary directive », in *The direct tax initiatives of the European Community*, 1990, pp. 44-45 ; WYNTIN, « Europese richtlijn van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten », *A.F.T.*, 1991, p. 147. Comp. GRAHAM, « United Kingdom : The EC Parent-Subsidiary Directive and UK Advance Corporation Tax : Abuse by the Tax Authorities ? », *Eur. Tax.*, 1992, p. 353.

(3) Convention belgo-britannique du 1^{er} juin 1987, art. 10.3. a, ii.

SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE

Section 1. — Règles générales

La retenue à la source belge sur dividendes (1) est généralement limitée par les conventions à 15 %.

Les taux de droit interne sont de 25 % et 13 % (2). Le taux de 13 % s'applique aux dividendes d'actions émises à partir du 1^{er} janvier 1994 dans certaines circonstances :

- appel public à l'épargne, sauf renonciation par la société ;
- émission normale d'actions représentatives du capital, correspondant à des apports en numéraire et faisant l'objet d'une inscription nominative ou d'un dépôt en banque à découvert, toujours sauf renonciation par la société au bénéfice du taux réduit ;
- actions émises par des sociétés d'investissement (sociétés d'investissement à capital variable, sociétés d'investissement à capital fixe et sociétés d'investissement en créances), quelle que soit leur date d'émission, toujours sauf renonciation.

La réduction peut également s'appliquer aux dividendes d'anciennes actions à avantages fiscaux, dès lors que la société renonce à l'exonération à l'impôt des sociétés du dividende distribué et au report de l'économie d'impôt des sociétés réalisée sur les dividendes accordés aux actionnaires (3).

(1) Les dividendes (anciennement les revenus de capitaux investis) des associés de sociétés de personnes sont assimilés aux dividendes de sociétés de capitaux (Com. Conv. 7/611). Ces taux sont à majorer de 3 % de l'impôt au titre de contribution complémentaire de crise (C.I.R., art. 463*bis*).

(2) Ces taux sont à majorer de 3 % de l'impôt au titre de contribution complémentaire de crise, les portant respectivement à 27,75 % et 13,39 % (C.I.R., art. 463*bis*).

(3) C.I.R., art. 269.

Le taux de 25,75 % sera donc réduit à 15 %, tandis que le taux de 13,39 % s'appliquerait au lieu du taux conventionnel (1).

Le modèle OCDE prévoit une réduction plus importante en faveur des sociétés mères, c'est-à-dire des sociétés possédant une part importante du capital de leur filiale belge.

La Belgique ne l'accorde qu'en faveur de certains pays, notamment :

- les Pays-Bas : 5 % (25 % du capital),
- la France : 10 % (10 % du capital),
- les États-Unis : 5 % (10 % du capital),
- la Grande-Bretagne 5 % (25 % du capital),

d'où la tentation de canaliser les dividendes via une société intermédiaire établie par exemple aux Pays-Bas (*treaty shopping*).

En application de la directive CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales, la Belgique exonère de précompte mobilier les dividendes ou les revenus de capitaux investis versés par une filiale belge à sa société mère étrangère qui a détenu, sans interruption depuis un an au moins, au moment de l'attribution du revenu, 25 % au moins de son capital (2).

Section 2. — Exonération de retenue à la source des dividendes distribués par des filiales à des sociétés mères

§ 1^{er}. — DIVIDENDES DISTRIBUÉS

PAR UNE FILIALE BELGE À UNE SOCIÉTÉ MÈRE BELGE

L'article 106, § 6, de l'arrêté royal d'exécution du Code des impôts sur les revenus, introduit par l'arrêté royal du 14 octobre 1991, prévoit une renonciation totale à la perception du précompte mobilier

(1) En ce qui concerne les augmentations de capital postérieures au 1^{er} janvier 1994, elles ne sont prises en considération que dans la mesure où elles excèdent les réductions de capital réalisées à partir de la même date, sauf si ces dernières répondent à des besoins légitimes de caractère financier ou économique. Tel sera le cas si la réduction est affectée à l'apurement comptable de pertes ou à la constitution de réserves indisponibles.

L'augmentation de capital ne peut d'autre part pas être accompagnée d'un quasi-apport, c'est-à-dire de la cession de biens à la société par des actionnaires, administrateurs ou gérants ou des signataires de l'acte constitutif, ainsi que par des personnes agissant pour leur compte.

(2) A.R.-I.R., art. 106, § 5.

sur les dividendes dont le débiteur et le bénéficiaire sont des sociétés ou autres organismes soumis à l'impôt des sociétés belges.

Contrairement à la déduction des revenus définitivement taxés pour l'établissement de l'impôt des sociétés, la renonciation à la perception du précompte mobilier est soumise à une condition de permanences. Elle est également soumise à une condition de participation minimum. Les conditions doivent être réalisées lors de la distribution. Peu importe la situation à l'époque de la réalisation du bénéfice (1).

A. Minimum de participation

La société bénéficiaire doit, pour que la renonciation soit applicable, avoir conservé pendant une période d'un an (cfr ci-après) une participation minimale de 25 % dans le capital de la société débitrice des revenus.

Le calcul s'effectue par rapport au capital. Pour la détermination du pourcentage de 25 %, des parts bénéficiaires, non représentatives du capital, n'entreraient pas en ligne de compte.

Il en aurait été de même, jadis, de la détention de créances à charge d'une société autre qu'une société par actions, générant des intérêts assimilés à des revenus de capitaux investis.

En revanche, dès lors que la société bénéficiaire détient une participation de 25 % dans le capital de la société distributrice, tous les dividendes distribués par la société que nous appellerons filiale bénéficient de l'exonération, même s'ils sont distribués à des parts bénéficiaires.

B. Condition de permanence

La renonciation ne sera applicable que si la participation de 25 % du capital a été conservée par le bénéficiaire pendant une période ininterrompue d'au moins un an au moment de l'attribution des revenus.

Si l'attribution a lieu avant la mise en paiement effective du dividende, il suffira donc que la condition soit remplie au moment de l'attribution.

(1) VAN HEUVERS WYN, « De vrijstelling van de roerende voorheffing op dividenden na de implementatie van de Moeder-Dochter-Richtlijn in de Belgische wetgeving », *T.F.R.*, 1992, p. 359.

Fiscalement, est considérée comme attribution l'inscription d'un revenu à un compte ouvert au profit du bénéficiaire, même si ce compte est indisponible, dès que l'indisponibilité résulte de l'accord du bénéficiaire (1).

Si une participation de 25 % du capital a été détenue pendant un an, la renonciation au précompte mobilier s'appliquera aux revenus relatifs à toutes les parts détenues, même si certaines n'ont pas été en possession de la société bénéficiaire pendant un an. Le texte vise la conservation des parts, sans autre précision. L'usufruitier, comme le plein propriétaire, satisfera donc à la condition.

La réalisation des deux conditions prescrites doit faire l'objet d'une attestation (2).

Toutes les sociétés soumises à l'impôt des sociétés belges peuvent bénéficier de la renonciation. Il en sera donc ainsi des sociétés qui auraient leur siège social en Belgique, mais leur siège de direction effective à l'étranger et seraient, en vertu d'une convention internationale préventive de la double imposition, considérées comme résidentes du pays étranger concerné (3).

Encore faut-il que la société ait un siège social réel en Belgique. La jurisprudence semble considérer qu'il ne suffit pas d'un siège social statutaire, qui ne crée qu'une présomption : le siège social visé par l'article 2, § 2, 2^o, serait un siège social réel et non formel ou fictif (4).

On peut se demander si la condition de permanence fixée par l'arrêt, imposant à la société bénéficiaire d'avoir conservé les parts depuis un an au moment de l'attribution du dividende, est conforme à la directive (5).

Celle-ci permet d'exclure les sociétés qui « ne conservent pas, pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, une participation donnant droit à la qualité de société mère » (6). S'agit-il d'une détention future ou passée ?

L'insertion de cette faculté dans la proposition de directive de 1969 avait été justifiée par le souci d'éviter une vente rapide des parts après

(1) C.I.R., art. 267, al. 2.

(2) A.R.-I.R., art. 117, § 5.

(3) Convention OCDE, art. 4, § 3.

(4) Bruxelles, 29 juin 1982, *F.J.F.*, n° 82/119.

(5) BAX, « De uitvoering van de Europese moederdochterlijn in de Belgische fiscale wetgeving », in *Dividenden zonder grenzen*, 1991, p. 163.

(6) Art. 3.2.

la distribution (1), ce qui confère à la condition une portée dans le futur. Il s'agirait donc, comme dans le régime français des sociétés mères et filiales (2), non d'un délai de carence, mais d'un engagement de conservation de deux ans (3).

§ 2. — DIVIDENDES DISTRIBUÉS PAR UNE SOCIÉTÉ FILIALE BELGE
À UNE SOCIÉTÉ MÈRE D'UN AUTRE ÉTAT
DE LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE

L'article 106, § 5, de l'arrêté royal d'exécution, également introduit par l'arrêté royal du 14 octobre 1991, étend la renonciation à la perception du précompte mobilier aux distributions faites par des filiales belges à des sociétés mères établies dans la CEE, dès lors que les conditions de participation minimale et de permanence sont réunies.

Sociétés filiales et sociétés mères sont définies par référence à la directive du 23 juillet 1990 (cfr ci-dessus).

Les sociétés filiales de droit belge pouvant bénéficier de la renonciation seront donc des sociétés anonymes, des sociétés en commandite par actions, des sociétés privées à responsabilité limitée ou des entités de droit public opérant sous le régime du droit privé. Les sociétés mères étrangères seront celles dont la forme est visée à l'annexe à la directive, comprenant par exemple, en droit néerlandais la *naamloze vennootschap* et la *besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*, en Allemagne l'*Aktiengesellschaft*, la *Kommanditgesellschaft auf Aktien*, la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* et la *bergrechtliche Gewerkschaft* ou, en droit du Royaume-Uni, toute les sociétés.

Il est en outre requis, pour l'application de la directive et donc de l'arrêté royal, que la société filiale et la société mère aient leur domicile fiscal dans un État membre. En outre, il ne peut s'agir, au sens d'une convention en matière de double imposition conclue avec un État tiers, d'une société à double résidence, considérée comme ayant son domicile fiscal hors de la Communauté.

La détermination fiscale de la résidence d'une société par une convention internationale qui, normalement, n'est pertinente que

(1) DE HOSSON, « The parent-subsidiary directive », in *The direct investment tax initiatives of the European Community*, 1990, p. 38.

(2) C.G.I., art. 145. Pour la renonciation à sa retenue à la source, la France a aussi choisi d'imposer un délai de carence, d'une durée de deux ans (C.G.I., art. 119ter).

(3) BORDET *et al.*, *Les holdings, Guide juridique et fiscal*, 1991, p. 235.

pour l'application de cette convention, se voit donc ici conférer des effets pour l'application d'une législation interne sans rapport avec la convention.

La société filiale et la société mère devront en outre être assujetties à l'impôt des sociétés ou à l'impôt étranger équivalent sans possibilité d'option et sans exonération (1). Le législateur belge considère, comme on l'a vu, que les centres de coordination et les sociétés établies dans des zones d'emploi sont assujettis à l'impôt des sociétés.

De toute façon, ces centres ou entreprises ne sont pas redevables du précompte mobilier en raison des bénéfices distribués aux actions ou parts (2).

L'exonération s'appliquera même si la distribution a lieu en faveur de l'établissement stable en Belgique d'une société ayant son siège dans la CEE. L'exonération sera particulièrement importante pour ces établissements stables dès lors qu'en vertu de l'article 283 du Code, le précompte mobilier perçu à leur charge n'est ni imputable ni restituable (3).

Section 3. — Exonération des dividendes distribués aux organismes sans but lucratif étrangers

Les dividendes distribués à des épargnants non résidents, c'est-à-dire à des non-résidents qui n'affectent pas les titres productifs de revenus à une activité professionnelle en Belgique (4), qui ne se livrent

(1) Direct., art. 2c, cfr *supra*.

(2) Loi du 11 avril 1983 portant des dispositions fiscales et budgétaires, art. 29, 2°, A.

(3) Sur cette discrimination et les critiques internationales qu'elle appelle, cfr *infra* et J. MALHERBE, « Le régime fiscal des dividendes et des distributions de liquidations d'origine étrangère reçus par des sociétés belges : Droit interne, traités et projets de réforme. Section III, Participations belges ou étrangères investies dans un établissement belge par une société étrangère », *J.D.F.*, 1988, pp. 215-219 et réf. citées ; GLINEUR, « Les revenus de participations : la compatibilité des régimes différentiels d'imposition des établissements stables et des filiales avec le Traité de Rome », *J.D.F.*, 1987, p. 65 ; GLINEUR, « Le régime fiscal des revenus définitivement taxés dans le chef des sociétés non résidentes — Persistance de dispositions discriminatoires dans le cadre des conventions internationales préventives de la double imposition », *R.G.F.*, 1983, p. 129 ; BAX, « Het beginsel van de gelijke behandeling van Belgische vaste inrichtingen in het kader van de Belgische dubbelbelastingovereenkomsten », *A.F.T.*, 1991, p. 183.

(4) A.R.-I.R., art. 105, 5°. Une attestation doit être fournie au débiteur des revenus (A.R.-I.R., art. 117, § 2).

pas à une exploitation et sont exemptés d'impôt dans l'État de leur résidence, sont exonérés du précompte mobilier belge (1).

Cette renonciation veut favoriser l'investissement en actions belges par les fonds de pension étrangers.

La renonciation ne s'applique pas si le bénéficiaire du revenu, bien que gérant les titres en son nom, est contractuellement tenu d'en verser le produit à un bénéficiaire final (2).

Cette exclusion semble dirigée contre les bureaux d'administration néerlandais établis sous forme de fondations.

Section 4. — Exonérations applicables aux fonds de placement

Les dividendes de sociétés d'investissement collectif belges sont exonérés lorsqu'ils sont attribués à des épargnants non résidents, sauf dans la mesure où ils proviennent de dividendes de sociétés résidentes belges payés à la société d'investissement (3).

Les dividendes de sociétés belges ne sont pas soumis au précompte mobilier lorsqu'ils sont versés à un fonds de placement belge agréé, réservé à des épargnants non résidents sans but lucratif et exonérés d'impôt dans l'État de leur résidence, si les actifs du fonds sont investis à concurrence de 75 % au moins en actions productives de ces dividendes (4).

(1) A.R.-I.R., art. 106, § 2.

(2) A.R.-I.R., art. 106, § 4.

(3) A.R.-I.R., art. 106, § 7. Une attestation doit être fournie (A.R.-I.R., art. 117, § 6).

(4) A.R.-I.R., art. 106, § 3.

SOUS-CHAPITRE IV. — DROIT COMPARÉ

FRANCE

§ 1^{er}. — RETENUE À LA SOURCE

Une retenue à la source de 25 % est due en principe sur les dividendes et les sommes réputées distribuées provenant des sociétés françaises et attribués à des non-résidents (1).

Les conventions internationales définissant de façon stricte les dividendes peuvent limiter le droit de percevoir cette retenue sur les sommes réputées distribuées en faveur d'autres que des associés.

Cette retenue à la source n'est pas due sur les rémunérations et distributions occultes, passibles de la pénalité de 100 ou 75 % (2) ni sur les distributions consistant en avances aux associés.

La retenue à la source est fréquemment réduite par les conventions internationales, à 15 % ou, en faveur des sociétés mères, à 10 ou 5 %.

Elle est par exemple réduite à 10 % en faveur d'une société belge qui a la propriété d'au moins 10 % du capital de la société distributrice française depuis le début du dernier exercice social de celle-ci clos avant la distribution (3).

En exécution de la directive mères-filiales, la France exonère les distributions de filiales françaises en faveur de sociétés mères étrangères aux conditions suivantes (4) :

(1) C.G.I., art. 119bis 2.1.

(2) Cfr *supra*.

(3) Convention entre la Belgique et la France du 10 mars 1964, art. 15.2.a.

(4) C.G.I., art. 119ter. Cfr DIBOUT, « La directive communautaire du 23 juillet 1990 relative au régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents », *Dr. fisc.*, 1991, n° 11, p. 477 ; ULLMAN, « The Use of French Holding Companies by Multinational Groups », *International Tax Journal*, vol. 18, 1991-92, p. 25 ; GOUTHÈRE, « L'introduction de la directive mères-filiales en droit interne : France, Pays-Bas et Belgique », *Bulletin Francis Lefebvre*, 1992, p. 145 ; TUROT, « Retenue à la source sur les distributions effectuées par des sociétés françaises à des non-résidents (la France n'est pas encore un paradis fiscal) », *R.J.F.*, 1992, p. 186 ; BOUZORAA, in BETTEN e.a., « Implementation of the parent-subsidiary directive in the member States », *Eur. Tax.*, 1992, p. 136 ; DOUVIER, « Les acquisitions d'entreprises françaises par des non-résidents : Aspects fiscaux », *D.P.C.I.*, 1992, p. 215.

- la société distributrice doit être une société anonyme, une société par actions simplifiée, une société en commandite par actions ou une société à responsabilité limitée, soumise à l'impôt sur les sociétés sans exonération (1) ;
- la société mère doit détenir depuis deux ans au moins 25 % au moins du capital de la filiale distributrice, avoir son siège de direction effective dans un État de la Communauté européenne et revêtir l'une des formes prévues par la directive. Elle ne peut avoir droit, au titre de restitution de l'avoir fiscal (2), à un montant supérieur à la retenue à la source prévue par la convention bilatérale conclue entre la France et le pays du siège de la société mère (3).

L'exonération ne fait pas obstacle au remboursement du précompte.

L'exonération ne s'appliquera pas lorsque la société mère est contrôlée directement ou indirectement par des résidents d'États qui ne sont pas membres de la Communauté, sauf si elle justifie que la chaîne des participations n'a pas pour objet principal ou pour l'un de ses objets principaux de tirer avantage de l'exonération.

La société mère sera considérée comme ayant rapporté cette preuve si le montant cumulé des retenues à la source perçues par la France et l'État de la société mère avant distribution au non-résident est au moins égal à la retenue à la source qui aurait été perçue par la France en application de la convention la liant à l'État du non-résident.

La justification est encore considérée comme apportée lorsque la chaîne des participations a été constituée antérieurement à la date d'adoption de la directive (4).

§ 2. — REMBOURSEMENT DU PRÉCOMPTE

Le précompte retenu par une société française sur le dividende versé à un actionnaire français et provenant de bénéfices non imposés est la contrepartie de l'avoir fiscal.

L'actionnaire étranger ne peut en principe bénéficier de l'avoir fiscal. Le précompte lui sera remboursé s'il est domicilié dans un pays

(1) En cas d'exonération partielle, la retenue à la source est due sur les dividendes prélevés sur les résultats exonérés.

(2) Cfr *infra*.

(3) Tel serait actuellement le cas de l'Italie.

(4) Instruction du 3 août 1992 - 4 J - 2 - 92, n^{os} 39 et 40.

lié à la France par une convention, sous déduction de la retenue à la source que la France peut conventionnellement prélever sur le dividende.

§ 3. — EXTENSION DE L'AVOIR FISCAL

L'avoir fiscal est parfois étendu par convention à certains résidents étrangers (États-Unis, Royaume-Uni, Belgique, Suisse, Allemagne, Pays-Bas, etc.) :

- les actionnaires personnes physiques ;
- les sociétés actionnaires, lorsqu'il s'agit d'investissements de portefeuille (moins de 10 %).

Les sociétés mères sont exclues du remboursement de l'avoir fiscal parce que, généralement, les dividendes qu'elles perçoivent sont exonérés à l'étranger ou que le crédit d'impôt indirect s'y applique.

L'avoir fiscal est remboursé à l'actionnaire étranger sous déduction de la retenue à la source française (généralement 15 %).

Dans le cadre de la convention franco-allemande, l'avoir fiscal français est imputable sur l'impôt allemand. Le fisc allemand demande au Trésor français restitution de l'avoir fiscal sous déduction de la retenue à la source.

Dans le cadre de la convention franco-belge, l'actionnaire belge a droit à un remboursement d'impôt français et pouvait, jadis, en Belgique, opter entre la quotité forfaitaire d'impôt étranger et le crédit d'impôt.

ÉTATS-UNIS

Imposition des revenus non effectivement liés à une activité d'affaires aux États-Unis

Revenus fixes ou périodiques

Les revenus récurrents, tels les revenus d'investissements (dividendes, intérêts, redevances, etc.) de source américaine sont soumis à une retenue à la source (*withholding tax*) de 30 % (1), réduite ou supprimée par traité, quand ils sont payés à des non-résidents. Il est remarquable que le taux de cette retenue n'ait pas été réduit parallèlement aux taux ordinaires qui plafonnent l'imposition des particuliers. Ce taux élevé sert sans doute de point de départ pour les négociations des traités.

Le taux de la retenue est réduit par les traités.

Le Protocole du 31 décembre 1987, modifiant la convention du 9 juillet 1970 entre les États-Unis et la Belgique, prévoit un taux de 5 % sur les dividendes en cas de participation d'au moins 10 % (15 % sinon) ; le taux de 15 % reste applicable aux intérêts, tandis que les redevances sont exonérées.

Applicable notamment à tous dividendes de source américaine, la taxe frappera les dividendes distribués par certaines sociétés étrangères actives aux États-Unis (*2nd tier withholding tax*).

Même le dividende payé par une société étrangère peut être traité comme étant de source américaine et subir ainsi une retenue à la source (*2nd tier withholding tax*), outre l'impôt sur le revenu américain déjà perçu sur les profits. Cette retenue est écartée si la *branch profits tax* s'applique.

Le dividende payé par une société étrangère n'est pas de source américaine si moins de 25 % du revenu brut de cette société étrangère a, pendant les trois années précédant l'année fiscale de la déclaration du dividende, été effectivement lié à la conduite d'une activité d'affaires aux États-Unis.

(1) IRC § 1441 (a) et 1442 (a).

Si plus de 25 % du revenu de la société étrangère est effectivement lié à la conduite d'une activité d'affaires aux États-Unis, le dividende payé par elle est considéré comme étant de source étrangère dans la même proportion que celle qui existe entre son revenu brut non effectivement lié à une activité d'affaires aux États-Unis et son revenu brut total (1).

Une société engagée dans une activité d'affaires aux États-Unis y est résidente au sens du droit interne, non des conventions. Si une convention s'applique, seul l'intérêt supporté par un établissement stable sera considéré comme étant de source américaine.

Les conventions internationales dérogent souvent à la règle de source relative aux dividendes.

Le débiteur effectue la retenue (2) et rentre une déclaration annuelle. Les omissions non frauduleuses ne sont pas punissables si le bénéficiaire paie l'impôt qui aurait dû être retenu (3).

(1) IRC § 861 (a)(2)(B).

(2) IRC, § 1461.

(3) IRC § 1643.

PAYS-BAS

La retenue à la source est de 25 % sur les dividendes, réduite par traité à 15 % et 5 % ou zéro sur participations de 25 %. Elle n'existe ni sur les intérêts, ni sur les redevances. La règle est la même qu'à l'égard des résidents.

Les dividendes payés à une société des Antilles néerlandaises n'étaient pas soumis à retenue à la source quand sa participation dans la société distributrice était de 25 %.

Sous la pression internationale, une retenue à la source de 7,5 % a été introduite, réduite à 5 % quand le dividende est imposé aux Antilles à un taux d'au moins 5,5 %.

Retenue à la source sur dividendes et directive CEE mères-filiales

La retenue à la source sur dividende est supprimée entre sociétés filiales néerlandaises et sociétés mères établies dans la CEE aux conditions suivantes :

- société mère et société filiale revêtent l'une des formes prévues par l'annexe à la directive ;
- la société mère détient 25 % du capital ou, le cas échéant, en cas d'application d'un traité prévoyant une réduction de retenue à la source sur dividendes par rapport à la détention d'un pourcentage des droits de vote, des droits de vote de la société filiale ;
- société mère et société filiale sont soumises dans l'État où elles sont établies à l'impôt des sociétés sans possibilité de choix et sans exonération ;
- société mère et société filiale ne sont pas considérées en exécution d'un traité préventif de la double imposition conclu avec un État tiers comme établies en dehors de la CEE ;
- la participation est détenue depuis une période ininterrompue d'un an. Toutefois, si tel n'est pas le cas, la société mère peut constituer une sûreté. L'impôt ne sera pas dû si la participation est détenue pendant un an à partir du moment où elle a été portée à 25 %. La sûreté sera alors restituée (1).

(1) Wet op de dividendbelasting, art. 4, a, et 4, b.

LUXEMBOURG

Retenue à la source sur dividendes

§ 1^{er}. — DROIT INTERNE

L'exonération de la retenue à la source de 25 % sur dividendes s'applique, en droit interne antérieur à la directive, entre sociétés résidentes du Luxembourg, aux mêmes conditions de participation que l'exonération des dividendes à l'impôt des sociétés.

La notion de dividende ne comprend pas les distributions de liquidation. Celles-ci ne sont normalement pas soumises à retenue à la source. Les dividendes distribués à une société holding privilégiée ne bénéficient pas de l'exemption. Ceux qui sont distribués par une telle holding ainsi que par un organisme de placement collectif de droit luxembourgeois sont exonérés, quel que soit le destinataire des dividendes, personne physique ou personne morale, pleinement imposable ou à statut privilégié.

§ 2. — DIRECTIVE CEE

En application de la directive CEE sur le régime des sociétés mères et filiales, le Grand-Duché de Luxembourg a dispensé de retenue à la source les distributions de sociétés luxembourgeoises filiales à des sociétés mères établies dans la CEE, à condition que la société mère ait détenu une participation de 25 % au moins dans la société filiale luxembourgeoise pendant une période ininterrompue de deux ans au moment de la distribution (1).

L'exemption est limitée aux sociétés mères et filiales dont le capital est divisé en actions et qui sont visées à l'article 2 de la directive. Certaines sociétés dont le capital n'est pas représenté par des actions et auxquelles la directive s'applique (établissements publics industriels et commerciaux français, etc.) sont donc exclues à tort.

Elle est limitée aussi aux sociétés mères résidentes d'un État membre. Cette résidence est donc déterminée conformément au droit luxembourgeois, alors que la directive s'applique aux sociétés qui ont

(1) L.I.R., art. 147, 2.a.

leur domicile fiscal dans un État membre conformément à la législation de cet État.

La loi se référant à une participation dans la filiale, il semble que le seuil de 25 % puisse s'appliquer au capital ou aux droits de vote, selon l'option donnée par la directive, mais qui requiert un accord bilatéral entre les États membres.

La détention doit être directe.

Chaque action pour laquelle la dispense de retenue à la source est demandée doit avoir été détenue pendant deux ans. La directive requiert l'exonération dès qu'une participation de 25 % a été détenue pendant deux ans et l'exonération doit alors, semble-t-il, s'appliquer aux dividendes relatifs à tous les titres détenus par la société mère, même à ceux qui n'ont pas été détenus pendant deux ans.

§ 3. — TRAITÉS

Les sociétés luxembourgeoises de droit commun, bénéficiant des exonérations décrites ci-dessus, appelées parfois sociétés de participation financière (SOPARFI), bénéficient des traités conclus par le Luxembourg. En exécution de ces traités, il y aura lieu d'appliquer, lorsque l'exonération de retenue à la source prévue en exécution de la directive ne peut jouer, la réduction conventionnelle de retenue à la source qui n'est généralement soumise à aucune condition de durée de détention de la participation par la société mère étrangère.

Ainsi, en exécution de la convention franco-luxembourgeoise, la retenue à la source sera réduite à 5 % si le bénéficiaire des dividendes est une société de capitaux détenant au moins 25 % du capital social de la société de capitaux qui distribue les dividendes.

La réduction s'appliquera également lorsque plusieurs sociétés résidentes en France détiennent 25 % du capital de la société luxembourgeoise et que l'une des sociétés françaises détient plus de 50 % du capital social des autres sociétés françaises (1).

(1) Convention franco-luxembourgeoise, art. 8.2.

ROYAUME-UNI

Sur les dividendes, l'*advance corporation tax* fonctionne en pratique comme une retenue à la source de 20 % : en effet, normalement, les actionnaires non-résidents ne bénéficient pas de l'imputation de l'ACT. Ils supportent donc une charge de 1/4 du dividende net, que ne supporte pas l'actionnaire britannique. Aucune autre retenue à la source n'est perçue en Angleterre.

Lorsqu'un traité étend l'imputation de l'ACT aux non-résidents, il impose une retenue à la source de 15 %.

Exemple

Dividende	80
Crédit d'impôt (ACT)	20
Retenue à la source britannique	15
Distribution nette $80 + 20 - 15$	85
Revenu imposable	100
Imputation dans le pays de résidence	15

En pratique, la distribution de dividende peut avoir lieu au cours d'un premier exercice et le remboursement au cours d'un second.

Les traités limitent généralement le crédit d'impôt aux :

- personnes physiques ;
- sociétés détenant moins de 10 % du capital de la société distributrice (titres de placement, *portfolio investors*) (France).

Certains traités font bénéficier de la moitié du crédit d'impôt les investisseurs directs, c'est-à-dire les sociétés mères détenant plus de 10 % du capital d'une filiale britannique (États-Unis, Suisse, Luxembourg).

La retenue à la source est alors prélevée sur le dividende augmenté de la moitié de l'ACT. Elle n'est que de 5 %.

L'actionnaire non résident peut se voir distribuer un *Foreign Income Dividend* (1) non assorti d'un crédit d'impôt parce qu'il provient de revenus étrangers donnant droit à un crédit d'impôt étranger

(1) Cfr *supra*.

et que l'ACT payée lors de la distribution est dès lors remboursable à la société distributrice.

Si le dividende payé est augmenté du montant de l'ACT remboursable, l'actionnaire ne subira sur cette augmentation aucune imposition, alors que le remboursement du crédit d'impôt aurait été amputé d'une retenue à la source.

ALLEMAGNE

Les traités conclus par l'Allemagne ramènent généralement à 15 % la retenue à la source sur dividendes. Le taux était cependant maintenu à 25 % lorsque la société étrangère détient 25 % du capital de la société allemande, du moins tant que le droit interne prévoyait un taux d'impôt sur les bénéfices distribués inférieur de 20 % au moins au taux applicable aux bénéfices réservés, ce qui n'est plus le cas à partir de 1990, les taux ayant été ramenés à 36 et 50 %, puis à 30 et 45 %.

Pour dissuader les sociétés mères de scinder leur participation en cinq, certains traités visent la détention directe ou indirecte (1).

La retenue à la source a donc été réduite en principe au taux général de 5 % à la suite de l'abaissement des taux internes allemands.

Certaines conventions prévoyaient déjà des taux inférieurs : la convention franco-allemande a réduit à 10 %, puis à 5 % le taux de retenue applicable aux distributions faites par une société de capitaux détenant au moins 10 % du capital de sa filiale.

En application de la directive CEE mères-filiales, la retenue a été limitée à 5 % jusqu'au 30 juin 1996 et sera supprimée après cette date en faveur des sociétés mères établies dans la CEE, détenant 25 % au moins du capital de leur filiale depuis 12 mois avant la fin de la période d'imposition ou de l'exercice social.

Une participation de 10 % suffit si l'État de résidence de la société lui accorde l'exonération des dividendes ou l'imputation indirecte de l'impôt allemand sur les sociétés et exonère les distributions à des sociétés mères allemandes détenant 10 % du capital de leur filiale dans l'État en question (2).

(1) Par exemple, Belgique, art. 10, 3, 2°.

(2) EStG, § 44 d.

CHAPITRE II. — INTÉRÊTS

SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

Section 1. — Définitions

L'intérêt est la rémunération de l'usage du capital. Il couvre les revenus des créances de toute nature (1).

Le concept de créance inclut les créances garanties par une sûreté hypothécaire. Certains des anciens traités conclus par les pays germaniques considéraient les revenus de telles créances comme des revenus immobiliers.

Le concept de créance inclut également les créances assorties d'une clause de participation aux bénéfices, pour autant que le créancier ne supporte que le risque général de la solvabilité de son débiteur et ne participe pas au risque même de l'entreprise de celui-ci.

Les intérêts seront disqualifiés et considérés comme des dividendes lorsque le droit interne le prévoit, qu'il s'agisse d'ailleurs de créances participant au bénéfice ou non, en application de règles relatives à la sous-capitalisation (*thin capitalization*) (2).

La requalification de l'intérêt en dividende aura un double effet :
— la non-déductibilité, qui augmentera le bénéfice de la société débitrice ;
— l'application des règles de retenue à la source relatives aux dividendes.

L'augmentation du bénéfice de la société débitrice n'est possible en droit conventionnel que si les conditions de l'article 9 relatif aux entreprises associées sont réunies et si une partie indépendante aurait refusé, dans les mêmes conditions, de mettre les fonds à disposition à titre de prêt et ne les aurait donc fournis qu'à titre de capital.

(1) Sur le modèle 1992, cfr OLIVER « Interest, dividends and the elimination of double taxation (Articles 10, 11, and 23) », *Intertax*, 1992, p. 680.

(2) Cfr *supra*, chapitre I^{er}, Dividendes.

De plus, pour être traités comme des dividendes du point de vue de la retenue à la source, ces intérêts doivent constituer des « revenus d'autres parts sociales (*corporate rights*) soumis au même régime fiscal que les revenus d'actions par la législation de l'État dont la société distributrice est un résident » (1).

On remarquera que la définition des intérêts contenue à l'article 11 ne prévoit pas de renvoi exprès au droit national. En l'espèce, il sera fait usage du renvoi prévu à l'article 10.3 en ce qui concerne les dividendes (2).

Le concept d'intérêt de créance couvre également les intérêts provenant d'obligations convertibles tant que les obligations n'ont pas été converties en actions.

La référence au droit interne de l'article 10.3 doit être considérée comme une règle spéciale qui déroge aux définitions autonomes des articles 10.3 et 11.3 (3). Dans la convention modèle de 1963, l'article 11.3 relatif aux intérêts contenait également une référence subsidiaire au droit interne, qui a été volontairement supprimée dans le modèle 1977 (4).

Primes et lots

Tous les montants payés par l'émetteur en plus du montant versé par le souscripteur sont considérés comme des intérêts. Il en est ainsi des primes de remboursement et d'émission.

Lorsqu'une obligation est émise au-dessus du pair, l'excédent du capital fourni sur le capital qui sera remboursé constitue un intérêt négatif qui pourra être déduit des intérêts imposables (5).

Il n'en sera pas ainsi du bénéfice ou de la perte supportés par un obligataire à la suite d'une vente de son obligation ou de la perte qu'il subit lors du remboursement après avoir acheté l'obligation au-dessus du pair sur le marché secondaire.

Revenus ne constituant pas des intérêts

L'intérêt étant la rémunération du capital, un coupon acquis séparément de l'obligation ne constitue pas un intérêt. En revanche, le

(1) Convention OCDE, art. 10.3.

(2) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 11.63, p. 659.

(3) VOGEL, *op. cit.*, art. 10.200, p. 580.

(4) Comm. OCDE, art. 11.21.

(5) Comm. OCDE, art. 11.20.

coupon conservé après la vente d'une obligation représente des intérêts (1).

Les intérêts courus ne constituent pas davantage des intérêts.

De plus, en vertu de l'article 10.1, l'intérêt doit être un montant payé à titre d'intérêt. La charge de financement incluse dans le prix d'un bien ne constituera donc pas un intérêt (2).

Les commissions de banque ne constituent pas des intérêts, mais des bénéfices d'entreprises, qui ne peuvent être soumis à retenue à la source (3).

Pénalisations pour paiement tardif

Les pénalisations pour paiement tardif sont exclues de la définition des intérêts, étant considérées comme une forme particulière d'indemnisation du créancier plutôt que comme un revenu de capital, sans distinction à cet égard entre intérêts de retard et clauses pénales.

Rentes viagères

Les rentes viagères sont exclues du domaine des intérêts en raison de la difficulté de distinguer la part de la rente qui représente l'intérêt et celle qui représente l'amortissement du capital (4).

Section 2. — Source du revenu

L'intérêt prend sa source dans un État lorsque le débiteur est un résident de cet État, y compris l'État lui-même ou l'une de ses subdivisions.

Si la charge de l'intérêt est supportée par un établissement stable créé dans un État contractant par quiconque, résident ou non de l'un des États contractants, et pour lequel la dette a été assumée, l'intérêt trouve sa source dans l'État où l'établissement stable est situé.

Ce sera le cas de l'emprunt contracté directement par l'établissement stable pour ses besoins comme de l'emprunt contracté par le siège central pour les besoins de l'établissement stable, qui supportera

(1) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 11.42, p. 648.

(2) VOGEL, *op. cit.*, art. 11.57, p. 655.

(3) Cour suprême du Canada, *R. v. Melford Developments Inc.* (1982), 82 DTC 6281 : application de la Convention de 1956 conclue entre l'Allemagne et le Canada.

(4) Comm. OCDE, art. 10.23.

la charge des intérêts, bien que le service en soit assuré par le siège central.

En revanche, si un emprunt contracté par le siège central est réparti entre plusieurs établissements stables, la source des intérêts demeurera au siège central. Il est en effet impossible d'attribuer une pluralité de sources aux intérêts d'un même emprunt (1).

Cette règle de source ne couvre pas l'hypothèse où un résident d'un État contractant a contracté un emprunt pour les besoins d'un établissement stable situé dans un État tiers. Il est possible qu'une retenue à la source soit perçue dans l'État du siège central du débiteur et dans celui de son établissement stable, à charge du même bénéficiaire des intérêts. La règle pourrait être modifiée conventionnellement de façon à considérer en tout cas comme pays de la source l'établissement stable situé en dehors du pays de la résidence, qu'il soit localisé ou non dans un État contractant (2).

Si l'État de la source renonce à toute imposition des intérêts, l'insertion de règles de source dans la convention est inutile, sauf dans l'hypothèse visée à l'alinéa précédent.

Section 3. — Imposition dans l'État de la source

§ 1^{er}. — RÈGLE GÉNÉRALE

En règle générale, l'imposition des intérêts à la source est limitée à 10 % du montant brut payé.

La notion de paiement s'entend de l'exécution de l'obligation de mettre les fonds à la disposition du créancier. Même si l'intérêt est imposé au moment où la dette d'intérêt est comptabilisée, la limitation de retenue à la source devra être observée. En revanche, l'article 11 serait inapplicable à un intérêt fictif. Il s'agirait alors d'autres revenus au sens de l'article 21 (3).

La limitation ne s'applique que si le bénéficiaire effectif des intérêts est situé dans l'autre État contractant.

Dans le cas de prêts *back to back*, la qualité de bénéficiaire effectif ou celle de créancier réel a souvent été refusée à la société qui agissait comme simple intermédiaire dans l'opération de prêt, sans supporter

(1) Comm. OCDE, art. 11.2.

(2) Comm. OCDE, art. 11.30.

(3) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 11.40, p. 647.

aucun risque ni prendre aucune marge. Les clauses préventives du *treaty shopping* s'opposeront également à la réduction de retenue à la source.

Même une retenue à la source limitée peut, dès lors qu'elle est appliquée à l'intérêt brut, dépasser le montant de l'impôt national applicable à l'intérêt net dans l'État de la résidence, qui déterminera généralement l'imputation autorisée dans celui-ci pour éviter la double imposition. Il en sera ainsi lorsque le bénéficiaire aura emprunté pour prêter, ce qui sera le cas notamment dans les ventes à crédit d'équipements ou de marchandises et dans les prêts bancaires. Il est donc suggéré d'exclure toute retenue à la source dans ces hypothèses.

Certaines conventions excluent toute retenue à la source dans le cas de prêts consentis par une entreprise à une autre.

Dans de très nombreuses relations bilatérales entre pays développés, il est renoncé de façon générale à toute retenue à la source sur intérêts.

Parfois, la retenue à la source est exclue lorsque le créancier est un État ou une institution étatique, telle une banque centrale.

L'existence d'une retenue à la source aura souvent pour résultat de voir le créancier augmenter à due concurrence l'intérêt exigé, de façon expresse ou, notamment lorsqu'une clause de prise en charge de retenue à la source par le débiteur est interdite par le droit national de celui-ci, par des formules équivalentes. Si le débiteur est l'État ou une organisation étatique, la recette tirée de la retenue à la source est ainsi mise à néant.

Le modèle de convention ONU ne précise pas le taux de retenue à la source applicable aux intérêts, le laissant aux négociations bilatérales.

§ 2. — INTÉRÊTS PERÇUS PAR UN ÉTABLISSEMENT STABLE

Si l'intérêt est perçu par l'entreprise à l'intervention d'un établissement stable dont elle dispose dans le pays de la source, aucune limitation ne s'applique au montant de la retenue à la source. Les intérêts reçus constitueront en effet des bénéfices de l'établissement stable situé dans l'État de la source, imposables dans celui-ci.

Il n'incombe pas à l'État de la résidence de se préoccuper du mode de perception de cet impôt, par voie de retenue à la source ou d'enrôlement.

En revanche, la Convention OCDE rejette la force attractive de l'établissement stable. Si la créance d'intérêt n'est pas rattachée à l'établissement stable dont dispose l'entreprise dans l'État de la source, la limitation de l'impôt à la retenue à la source conventionnelle s'appliquera.

La Convention ONU maintient une force attractive limitée et exclut la limitation de retenue à la source dès lors que la créance se rattache à des activités d'affaires de même nature que celles qui sont exercées par l'établissement stable ou de nature analogue. C'est qu'en effet, aux termes de cette convention, l'État où est situé l'établissement stable se réserve, dans cette limite, de taxer davantage que les revenus attribuables à l'établissement stable proprement dit.

§ 3. — INTÉRÊTS EXCESSIFS

Si, en raison des relations spéciales existant entre le débiteur et le créancier ou entre eux et des tierces personnes, l'intérêt dépasse celui dont seraient convenues des parties non liées par de telles relations, seule la partie normale de l'intérêt sera traitée comme telle.

La disposition de l'article 11.6 de la convention modèle est une disposition spéciale par rapport aux dispositions de l'article 9 relatif aux entreprises. Elle ne s'applique que dans l'hypothèse où l'intérêt est trop élevé, non dans celle où il est trop bas.

L'exagération doit être la conséquence d'une relation caractérisée comme une communauté d'intérêts. Une simple position de force économique ne suffirait pas. En revanche, une relation de fournisseur à client ou une position de monopole peut créer une relation spéciale (1).

Seul le taux d'intérêt peut être corrigé, à l'exclusion par exemple des conséquences résultant du choix d'une devise déterminée.

Faut-il prendre en considération le taux débiteur ou le taux créateur ? Le taux débiteur s'appliquera aux ventes de biens et le taux créateur aux investissements de capital (2).

La partie excédentaire des intérêts sera requalifiée conformément à la loi nationale applicable et à la convention. Si l'exagération résulte d'une relation dans laquelle le créancier est un actionnaire, il pourra s'agir d'un dividende.

(1) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 11.111, p. 679.

(2) VOGEL, *op. cit.*, art. 11.116, p. 681.

Si les deux États appliquent des dispositions différentes de la convention, la procédure amiable devra être mise en œuvre.

SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE

Le précompte mobilier belge sur intérêts, qui était jadis de 25 %, est réduit conventionnellement à 15 %, parfois à 10 % dans les traités récents (Pays-Bas). Le taux belge ayant été ramené à 10 %, puis à 13 % à partir du 1^{er} janvier 1994 (1), au lieu de 25 % jadis, il sera limité à ce pourcentage.

Bien entendu, les exonérations de droit interne s'appliquent : ainsi, les intérêts payés par des banques belges à des banques étrangères sont exonérés de précompte mobilier (2).

Sont exonérés :

- les revenus (dividendes ou intérêts) de valeurs mobilières étrangères déposées dans des banques belges par des non résidents qui ne les affectent pas à l'exercice d'une activité professionnelle en Belgique (« épargnants non résidents ») (3) ;
- les revenus de créances et prêts non représentés par des titres au porteur et payés par les pouvoirs publics, les banques et les entreprises financières à des épargnants non résidents ;
- les revenus d'obligations, bons de caisse et titres analogues, nominatifs, attribués à des épargnants non résidents par l'État ou ses subdivisions, les organismes publics, si les créances sont garanties par l'État, et les banques et entreprises financières (4) ;
- les revenus de créances et prêts représentés par des effets de commerce, attribués par l'État ou ses subdivisions ou par des organismes publics à des épargnants non résidents (5) ;
- les revenus de dépôts attribués par des banques belges ou des sociétés de bourse à des épargnants non résidents (6).

Parfois, les intérêts sont exonérés lorsqu'ils sont payés à une entreprise, par opposition à un particulier.

(1) Ce taux est à majorer de 3 % de l'impôt au titre de contribution complémentaire de crise (C.I.R., art. 463*bis*) et est ainsi porté à 13,39 %.

(2) A.R.-I.R., art. 107, § 2, 5^o, *a*.

(3) C.I.R., art. 230, 2^o.

(4) A.R.-I.R., art. 107, § 2, 5^o, *b*.

(5) A.R.-I.R., art. 107, § 2, 6^o.

(6) A.R.-I.R., art. 110, 4^o, *b* et *d*.

La retenue à la source sur intérêts est supprimée dans le cas d'intérêts payés à une entreprise établie en Allemagne, au Luxembourg ou aux Pays-Bas, sauf si :

- il s'agit d'intérêts d'obligations et autres titres d'emprunts, à l'exception des effets de commerce représentatifs de créances commerciales ;
- la société bénéficiaire des intérêts est une société mère détenant 25 % du capital de la filiale qui paie les intérêts ;
- en outre, dans les relations avec les Pays-Bas, si le débiteur est une société mère et le créancier une société filiale à 25 % au moins.

Une société mère établie dans ces pays ne pourra donc bénéficier de l'exonération si elle consent un crédit direct à sa filiale. Elle aura intérêt à ce que le crédit soit consenti par une ou plusieurs autres sociétés du groupe, établies dans les mêmes pays.

SOUS-CHAPITRE III. — DROIT COMPARÉ

ÉTATS-UNIS

Intérêts non admis en déduction (earnings' stripping)

Afin de lutter contre la pratique consistant à rapatrier les profits de filiales américaines vers leurs sociétés mères étrangères sous forme de paiements d'intérêts plutôt que de dividendes, la loi refuse la déduction de certains intérêts à un débiteur effectuant un paiement à un créancier lié et exonéré d'impôt. L'intérêt est rejeté dans la mesure où le total des charges d'intérêts du débiteur dépassant son revenu consistant en intérêts excède 50 % de son revenu imposable ajusté, c'est-à-dire de son *cash flow* opérationnel. L'intérêt n'est rejeté que si le rapport existant entre les dettes et les fonds propres du débiteur est supérieur à 1,5/1 (1).

Le créancier est traité comme exonéré d'impôt si les États-Unis ne perçoivent pas d'impôt sur l'intérêt perçu par le créancier. Tel sera le cas si la retenue à la source américaine de 30 % n'est pas perçue, par exemple en application d'un traité. Si le traité réduit le taux de retenue à la source applicable aux États-Unis, le refus de déduction s'appliquera une proportion de l'intérêt correspondant au rapport entre la réduction de taux et 30 %.

Le refus de déduction a été étendu à l'intérêt payé à des parties non apparentées, dès lors qu'une partie apparentée garantit la dette. L'intérêt relatif à la dette garantie ne sera toutefois pas rejeté si la garantie est accordée par une filiale. La loi vise essentiellement les garanties consenties par des sociétés mères étrangères.

La déduction ne sera pas davantage refusée dans l'hypothèse où le garant étranger aurait été soumis à l'impôt américain sur son revenu

(1) IRC § 163 (j). HARDY et WIGG-MAXWELL, « United States : Earnings stripping », *B.I.F.D.*, 1990 ; OOSTERHUIS et MARTINSON, « Interest deductibility under the new US earnings-stripping rules », *Intertax*, 1990, p. 53 ; FEINSCHREIBER, « An Earnings Stripping Primer », *International Tax Journal*, vol. 17, 1990-91, n° 1, p. 59 ; GRANWELL, DE CARLO, Jr. et MAYO, « Proposed earnings stripping regulations — Limitations on interest deductions by corporations with related tax-exempt and foreign creditors », *Intertax*, 1991, p. 405 ; CANTILON ROSS, « Proposed Amendments to US Earnings Stripping Rules », *Tax Planning International Review*, 1993, n° 6, p. 12.

net s'il avait reçu l'intérêt en nom propre. Tel sera le cas si le garant est engagé dans une activité d'affaires américaines ou, dans l'hypothèse de l'application d'un traité, a un établissement stable aux États-Unis, l'intérêt étant de nature à être rattaché à son activité ou à son établissement.

Si la disposition générale semble échapper au reproche de violation d'une clause conventionnelle de non-discrimination, puisqu'elle s'applique aux dettes contractées tant à l'égard de sociétés mères américaines que de sociétés mères étrangères, il n'en est pas de même de l'extension aux dettes garanties par une société apparentée, qui vise uniquement les sociétés mères étrangères. Les clauses conventionnelles de non-discrimination interdisent de traiter moins favorablement que d'autres les sociétés dont le capital est contrôlé par des résidents de l'autre État contractant.

Intérêts des investissements de portefeuille (Portfolio investment interest)

Tant que la retenue à la source s'appliquait aux intérêts payés à un prêteur étranger, la société américaine désireuse de se financer à l'étranger, par exemple sur le marché de l'eurodollar, devait constituer une filiale internationale de financement (*international finance subsidiary — IFS*) dans un paradis fiscal ayant avec les États-Unis un traité supprimant la retenue à la source sur les intérêts. Seules les Antilles néerlandaises étaient utilisées en pratique depuis la dénonciation par les États-Unis de leur traité avec les îles Vierges britanniques. Cette filiale empruntait à l'étranger et reprêtait les fonds à sa société mère américaine.

Afin d'éliminer le recours à ces constructions, la retenue à la source fut supprimée sur les intérêts afférents à des financements par des prêteurs étrangers investissant leurs capitaux sur le marché (1).

L'exonération ne s'applique donc pas quand le bénéficiaire est :

- un actionnaire qui détient 10 % ou plus du capital de l'emprunteur ;
- une société étrangère contrôlée, dans la mesure où l'intérêt lui est payé par une personne apparentée, les intérêts payés aux anciennes filiales de financement internationales sur les obligations antérieurement émises restant exonérés, ou
- une banque étrangère.

(1) IRC §§ 871 (h), 881 (c) et 1441 (c) (9).

De plus, l'exonération pourrait être refusée par déclaration officielle applicable aux résidents de certains pays n'ayant pas avec les États-Unis un traité assurant un échange d'informations suffisant.

L'exonération s'applique aux obligations nominatives et aux obligations au porteur, mais des précautions sont prises pour assurer que le détenteur soit bien un résident étranger et non un résident américain tenté de dissimuler son revenu.

L'exonération ne s'applique pas lorsque le taux d'intérêt est déterminé, non par référence au capital prêté, mais par référence notamment aux revenus ou aux changements de valeur de certains biens (*contingent interest*). Une exception est prévue si l'intérêt est lié aux variations de valeur d'un bien faisant l'objet d'un commerce actif (*actively traded property*) sur un marché financier organisé.

ROYAUME-UNI

L'impôt est retenu au taux de base (25 % depuis 1988) sur les paiements d'intérêts et de redevances. Ce taux est généralement réduit par les traités à zéro, avec quelques exceptions, surtout pour les intérêts (France : 10 % ; Belgique : 15 %).

Comme aux États-Unis, la retenue à la source a été supprimée dans le cas où elle obligeait les sociétés anglaises à créer des filiales de financement étrangères pour se financer.

L'exemption s'applique aux euro-obligations cotées en bourse si le paiement du coupon est fait par un agent payeur situé hors du Royaume-Uni ou même au Royaume-Uni, si le propriétaire de l'obligation est non résident.

ALLEMAGNE

Intérêts non admis en déduction

Comme les États-Unis, l'Allemagne a introduit des dispositions destinées à éviter le rapatriement de bénéficiaires à l'étranger sous forme d'intérêts au lieu de dividendes. La déduction des intérêts sera rejetée s'ils sont payés par une société allemande à une personne exclue du droit d'imputer le crédit d'impôt pour dividendes, catégorie dans laquelle entrent les résidents étrangers comme les résidents allemands exonérés d'impôt et si le créancier possède un intérêt substantiel dans le débiteur, défini comme 25 % de son capital. Les parties apparentées à l'actionnaire détenant un intérêt substantiel lui sont assimilées pour éviter que le prêt soit consenti à leur intervention.

L'intérêt déterminé en pourcentage du principal de la dette est rejeté dans la mesure où la créance de l'actionnaire dépasse trois fois le capital qui lui est attribuable, sauf si la démonstration est faite que le débiteur aurait pu obtenir, dans les mêmes circonstances, le même prêt d'une partie indépendante ou si la dette sert à financer des opérations de type bancaire.

Si l'intérêt n'est pas exprimé en pourcentage du principal, parce qu'il s'agit d'un instrument financier hybride, tel un prêt participatif, l'intérêt est rejeté dans la mesure où la créance de l'actionnaire dépasse la moitié de sa participation dans le capital, sans que la preuve du caractère normal du prêt puisse ici être rapportée (1).

(1) KSG § 8 a. DEHNEN et RHINES, « Thin Capitalisation in German Tax Law », *B.I.F.D.*, 1992, p. 393 ; KNOBBE-KEUK, « Germany : Developments in Thin Capitalisation and Some Legal Obstacles to Legislation », *Eur. Tax.*, 1992, p. 405 ; SIEKER et YEELES, « Germany : New Thin Capitalisation Rules », *B.I.F.D.*, 1993, p. 594 ; KÖSTER, « Germany : Implications of the New Thin Capitalisation Legislation for non-resident Shareholders of a German Subsidiary », *Eur. Tax.*, 1993, p. 398 ; ROSENSTOCK et GEDIG, « Sec. 8a Corporate Income Tax Act — New Regulations of German Shareholder Loan Financing », *Intertax*, 1993, p. 460 ; SCHAUHOFF, « Tax Planning under Germany's New 'Thin Capitalisation' Rules », *Intertax*, 1993, p. 466 ; HEY, « Germany's New Thin Capitalisation Legislation », *Tax Planning International Review*, 1993, n° 9, p. 3.

Retenue à la source

La retenue qui existait sur certains intérêts d'obligations ou de dépôts bancaires allemands (au taux de 10 %), fut généralisée sur tous les intérêts au printemps 1989, mais aussitôt abrogée (1).

La Cour constitutionnelle fut ensuite saisie du recours d'un contribuable estimant que le respect de l'égalité devant l'impôt s'opposait à la taxation des intérêts qu'il percevait si l'imposition des intérêts n'était pas effectivement assurée à l'égard de l'ensemble des citoyens. Elle décida qu'à défaut d'application effective, cette imposition devait cesser en 1993.

Une retenue à la source sur intérêts fut réintroduite au taux de 30 % en général et de 35 % pour les encaissements de coupons au guichet (*Tafelgeschäft*) (2).

En contrepartie, la tranche des intérêts exonérée de l'impôt et de la retenue à la source fut décuplée et portée à 6.000 DM.

L'intérêt payé à un non-résident n'est en principe pas soumis à retenue de source. Toutefois, une retenue de 35 % s'applique à l'intérêt payé au guichet à un non-résident (3).

L'excédent par rapport au taux prévu par le traité est remboursable.

Les revenus sujets à retenue à la source (*Steuerabzug*) conservent leur régime propre, même en présence d'un établissement stable (4).

(1) GÜNKEL, « New withholding tax on interest in Germany », *Intertax*, 1989, p. 151.

(2) BORSTELL, « Germany : New interest withholding tax », *Intertax*, 1992, p. 581.

(3) EStG § 349.1.5.c.CC.

(4) EStG § 50V, al. 1.

CHAPITRE III. — REDEVANCES

SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

Section 1. — Définitions

Le terme « redevances » couvre un certain nombre de revenus de location de biens immatériels qui peuvent être, pour leurs bénéficiaires, soit des revenus d'entreprises, soit des revenus de professions indépendantes, soit des revenus de caractère privé.

Ces revenus ont été graduellement détachés de la catégorie à laquelle ils appartiennent, qui est généralement celle des bénéfices d'entreprises, parce qu'on leur trouvait une certaine analogie avec les revenus de capitaux, au sens de capital intellectuel, ou avec les revenus de prestations de services. Historiquement, les premiers projets de convention modèle définirent les redevances à titre d'exception au bénéfice des entreprises. Le but de la distinction était bien entendu de reconnaître un droit d'imposition au pays de la source.

Les redevances sont des rémunérations payées pour l'usage ou la concession de l'usage du droit qui en fait l'objet.

Le transfert de l'usage ou du droit d'user se distingue de l'aliénation. Tant le contexte de la convention modèle que, dans la plupart des cas, la référence subsidiaire au droit de l'État qui applique la convention (1) semblent imposer une approche juridique, basée sur les distinctions de droit privé entre location et cession et non une approche économique (2). Même si la rémunération d'une cession consiste dans un pourcentage des produits futurs du bien cédé, la cession n'en deviendra pas une location et le prix variable de cession ne sera pas confondu avec une redevance.

Tout paiement compensant l'usage ou la concession du droit d'usage constitue une redevance : rémunération, dommages-intérêts pour violation du droit ou contrefaçon, indemnité d'enrichissement

(1) Conv. OCDE, art. 3.2.

(2) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 12.45, p. 703.

sans cause. Il en sera même ainsi des frais alloués dans le cadre d'un litige pour couvrir les dépens et les honoraires d'avocats si on les considère comme accessoires de la prestation principale et bien qu'ils n'aient pas en eux-mêmes le caractère de redevance (1).

Les rémunérations pour l'usage ou la concession de l'usage d'un équipement industriel, commercial ou scientifique ont été éliminées en 1992 de la notion de redevances, conformément aux recommandations du Comité des affaires fiscales de l'OCDE et en raison de la multiplication de ces opérations de location, jadis peu fréquentes (2).

Les biens couverts se répartissent en différentes catégories (3) :

1) Droits d'auteur sur les œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques, y compris les films. Les redevances comprendront également les paiements faits en exécution de licences obligatoires ou de l'exercice du droit de suite donnant à un artiste le droit de participer aux revenus de la vente de ses œuvres originales (4).

La rémunération d'une représentation artistique devra le cas échéant être divisée entre une partie rémunérant le service rendu par l'artiste et visée par l'article 17 et une redevance relative aux droits de reproduction de l'enregistrement de la représentation (5).

Les enregistrements de la représentation aux États-Unis d'un chef d'orchestre furent ainsi soumis à double taxation, au titre de rémunérations de services aux États-Unis et de redevances en Allemagne où il résidait (6). Le contrat était rédigé de façon à éviter la reconnaissance, en faveur du chef d'orchestre, d'un droit propre analogue à celui d'un artiste.

Films : en raison des coûts de production élevés des films cinématographiques, les revenus tirés de leur concession seront parfois traités, par voie d'exception, comme des bénéfices industriels ou commerciaux (7).

(1) Comm. OCDE, art. 12.8 ; VOGEL, *op. cit.*, art. 12.42, pp. 702-703.

(2) *Tendances de la fiscalité internationale*, Rapport du Comité des affaires fiscales de l'OCDE, 1985, p. 15.

(3) SPRAGUE et CHESLER, « Comments on the Commentary to Article 12 (Royalties) of the 1992 OECD Model Convention », *Intertax*, 1993, p. 310.

(4) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 12.53, pp. 706-707 ; FERNAY, « La double imposition des redevances de droits d'auteur sera-t-elle un jour supprimée ? », *Rev. intern. du droit d'auteur*, 1980, p. 93.

(5) Comm. OCDE, art. 12.18

(6) Pierre Boulez, 83 Tax Court 508 (1984) ; FREUD, « N.S. », *TMI*, 1985, p. 20.

(7) Comm. OCDE, art. 12.10 ; VOGEL, *op. cit.*, art. 12.55, p. 708.

Logiciels : le logiciel, programme d'instruction destiné à un ordinateur soit pour le fonctionnement de l'ordinateur lui-même (logiciel d'application), soit pour l'accomplissement d'autres fonctions (logiciel d'exploitation), est généralement protégé par le droit d'auteur. Il faut à nouveau distinguer entre « redevance » et « vente », celle-ci pouvant ne couvrir qu'un certain nombre de droits ou être assortie de restrictions (1).

Plusieurs hypothèses doivent être distinguées :

— aliénation totale des droits portant sur le logiciel. Le versement, constituant un prix de vente, ne s'analyse pas en une redevance, mais en un bénéfice industriel ou commercial.

C'est à tort, si l'on applique à la distinction des critères purement juridiques, que le commentaire OCDE évoque, d'ailleurs dans la seule hypothèse d'aliénation partielle, des difficultés liées au mode de détermination du prix, comprenant par exemple, outre un versement forfaitaire, une contrepartie additionnelle liée à l'utilisation du logiciel (2) ;

— transfert partiel des droits portant sur le logiciel. En vue d'une exploitation du logiciel, l'auteur du logiciel, un licencié ou un sous-licencié concède une licence de reproduction du logiciel aux termes de laquelle le licencié a le droit d'utiliser le droit d'auteur lui-même. La contrepartie versée constituera une redevance (3) ;

— les droits portant sur le logiciel sont cédés à un acquéreur qui les utilisera personnellement. Il lui est généralement interdit de consentir des sous-licences.

Ce type de cession est souvent intitulé « licence » dans le but de protéger les droits du cédant et de lui réserver précisément la faculté de l'usage ultérieur du droit d'auteur (4). L'opération donne lieu à un revenu commercial puisque l'acquéreur ou licencié obtient la disposition d'un objet et ne se voit consentir aucun titre sur le droit d'auteur (5).

(1) AULT, « The 1992 Model Treaty : Treatment of Computer Software », *Eur. Tax.*, 1993, p. 330.

(2) Comm. OCDE, art. 12.15 ; *contra*, DE HOSSON, « Taxation of Cross-border Software Payments (art. 12) » in « Review of the 1992 OECD Model Convention and Commentary », *Intertax*, 1992, p. 684.

(3) Comm. OCDE, art. 12.13.

(4) DE HOSSON, *op. cit.*, p. 686.

(5) Comm. OCDE, art. 12.14.

La même conclusion devrait s'appliquer à la concession de licence à un utilisateur lui permettant de faire un certain nombre de copies pour usage au sein de sa propre entreprise (*on-site licences* ou *local area networks*) (1) ;

— dans un contrat mixte, le logiciel sera vendu avec le matériel ou la licence sera assortie de prestations de services (*bundled software*).

En tout cas, le *software* ne peut être considéré comme un *know-how* (cfr *infra*). Le *know-how* dont il serait question serait celui du programmeur utilisant le *software* et n'est en rien compris dans celui-ci (2).

2) Brevets et marques de fabrique ou de commerce. C'est particulièrement en ce qui concerne ces droits que les tenants de la taxation à la source considèrent que leur exercice se rapproche de la conduite d'opérations commerciales dans le pays de la source (doctrine *Coca-Cola*) (3).

3) Dessins, modèles, plans, formules et procédés secrets. Afin qu'il y ait un droit, il faut qu'ils soient susceptibles de protection.

4) *Know-how* : au sens large, allant au-delà des secrets d'affaires, il recouvre les informations, non protégées, ayant trait à une expérience acquise dans le domaine industriel, commercial ou scientifique. L'Association des bureaux pour la protection de la propriété industrielle (ANBPPI) le définit comme « l'ensemble non divulgué des informations techniques, brevetables ou non, qui sont nécessaires à la reproduction industrielle d'emblée et dans les mêmes conditions d'un produit ou d'un procédé » (4).

Le transfert de *know-how* implique communication d'expérience, par opposition au contrat de conseil ou d'assistance technique, dans lequel le prestataire utilise lui-même son expérience au bénéfice de son cocontractant. De même, le service après-vente ou les prestations de garantie sont à distinguer des transferts de *know-how*.

Les deux éléments peuvent coexister, par exemple dans le contrat de franchise dans lequel le concédant communique au concessionnaire son *know-how* et lui fournit en outre une assistance.

(1) DE HOSSON, « Taxation of Cross-border Software Payments (art. 12) », in « Review of the 1992 OECD Model Convention and Commentary », *Intertax*, 1992, p. 687.

(2) DE HOSSON, *op. cit.*, p. 687.

(3) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 12.57, p. 708.

(4) Cité in Comm. OCDE, art. 12.11.

Section 2. — Source du revenu

Le modèle OCDE, réservant la taxation de la redevance au pays de la résidence (cfr *infra*), n'énonce pas de règle de source des redevances. Le modèle ONU définit la source d'une redevance dans les mêmes termes que celles des intérêts, par référence à la résidence du débiteur ou à l'établissement stable, situé dans un État contractant, du débiteur, si l'engagement a été contracté pour l'établissement et si celui-ci supporte la charge de la redevance (1).

Certains préféreraient localiser la redevance au lieu d'utilisation du droit (2).

Certaines conventions étendent la notion de redevance à la rémunération d'études dans le domaine économique ou technologique. Il s'agit là d'une dérive de la notion d'expérience spécifique vers le domaine des connaissances générales.

Section 3. — Imposition dans l'État de la source

§ 1^{er}. — RÈGLE GÉNÉRALE

Même si le modèle OCDE recommande de réserver l'imposition des redevances à l'État de la résidence, de nombreuses conventions prévoient une taxation dans l'État de la source et le modèle ONU réservait expressément les droits de l'État de la source à cet égard.

Les tenants des droits de l'État de la résidence soulignent qu'une taxation sur la redevance brute fait bon marché des frais considérables encourus pour le développement des droits intellectuels concédés. La déduction de ces frais a été accordée dans l'État de la résidence. Il est dès lors normal que celui-ci puisse imposer les revenus correspondants.

Le même raisonnement est d'ailleurs proposé en ce qui concerne les intérêts lorsqu'on prend en considération les frais de refinancement.

D'autre part, la retenue à la source sera fréquemment, comme en matière d'intérêts, mise à la charge de l'utilisateur.

Les représentants de pays en développement objectent que les brevets et procédés ne sont généralement concédés aux pays en dévelop-

(1) Convention ONU, art. 12.5.

(2) Comm. ONU, art. 12.5., p. 160.

pement qu'après avoir été exploités ailleurs, au moment où les dépenses de développement ont été largement récupérées (1).

Une opinion différente existe, pour des raisons culturelles, en ce qui concerne les droits d'auteurs (2).

Comme en matière de dividendes et d'intérêts, seul le bénéficiaire effectif des redevances est protégé par la convention conclue par l'État de sa résidence.

§ 2. — REDEVANCES RATTACHÉES À UN ÉTABLISSEMENT STABLE

Le modèle OCDE ne limite pas les droits de l'État de la source lorsque le droit ou bien générateur des redevances se rattache à un établissement stable ou base fixe qui y est situé.

§ 3. — REDEVANCES EXCESSIVES

La partie excessive des redevances, consentie en raison de relations spéciales existant entre les parties ou entre elles et des tierces personnes, échappe, comme en matière d'intérêts, à la protection du traité. Les redevances normales sont celles qui sont pratiquées dans l'industrie ou la branche d'activité concernée.

Cette partie du revenu recevra la qualification qui lui est donnée par le droit national.

(1) Comm. ONU, art. 12.1 et 2, p. 152.

(2) *Ibid.*, p. 254 ; cfr également Projet de convention multilatérale sur la prévention de la double imposition des redevances de droits d'auteur du 13 décembre 1979 ; J. VAN HOORN, *B.I.F.D.*, 1979, p. 382.

SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE

Le précompte mobilier de 13 %, taux remplaçant au 1^{er} janvier 1994 celui de 10 % (1), s'applique aux redevances.

Les redevances sont soumises au précompte mobilier sur 85 % de leur montant brut (2).

Les conventions conclues avec des pays industriels suppriment généralement cette retenue. D'autres conventions la réduisent. Dans ce cas, les taux conventionnels s'appliqueront à 100 % du brut et non à 85 %, pour autant que la retenue ne dépasse pas le taux prévu par le droit interne. Les traités prévoient en effet que le taux conventionnel s'applique au montant brut des redevances (3).

(1) Ce taux est à majorer de 3 % de l'impôt au titre de contribution spéciale de crise (C.I.R., art. 463*bis*) et est ainsi porté à 13,39 %.

(2) A.R.-I.R., art. 3. Les charges forfaitaires sont fixées à 15 % du montant brut.

(3) Comm. Conv. 12/213.

CHAPITRE IV. — PLUS-VALUES MOBILIÈRES

SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

Section 1. — Définitions

L'imposition des gains en capital varie considérablement d'un pays à l'autre (non-imposition, imposition dans certains cas, imposition spéciale, etc.). L'article 13 de la Convention OCDE laisse à la loi nationale de chaque État contractant le soin de déterminer s'ils doivent ou non être imposés. Cette disposition ne peut cependant en aucun cas être interprétée comme donnant à un État le droit d'imposer les gains en capital si ce droit n'est pas stipulé par la loi nationale.

L'article ne fait pas non plus de distinction selon la nature de l'opération qui est à l'origine du gain en capital, qu'elle soit, par exemple, spéculative ou non.

Il ne spécifie pas la manière dont le gain en capital peut être calculé, laissant ce soin au droit national applicable. Il peut en résulter certains problèmes dans le cas où la base de l'imposition des gains en capital est différente dans les deux États contractants.

Section 2. — Imposition dans l'État de la source

Sont imposables dans le seul État de la résidence les gains résultant de l'aliénation de biens mobiliers ne se rattachant pas effectivement à un établissement stable ou à une base fixe. Le régime des gains provenant de l'aliénation d'autres biens mobiliers et de biens immobiliers a été examiné ci-dessus.

La Convention modèle de l'OCDE ne prévoit pas que la vente d'actions d'une société immobilière peut être assimilée à l'aliénation d'un bien immobilier. Une telle assimilation ne peut par conséquent être retenue que si elle est expressément prévue dans la convention bilatérale.

La Convention ONU prévoit l'imposition de la vente de telles actions dans l'État de la source.

Elle attribue également à l'État de la source le droit d'imposer la vente d'une participation importante dans une société locale.

SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE

D'après les conventions, les plus-values mobilières sont impossibles :

- si elles portent sur des biens mobiliers investis dans un établissement stable ou une base fixe ou sur la cession de l'établissement ou de la base elle-même, dans l'État de l'établissement ou de la base ;
- si elles portent sur d'autres biens, dans l'État de résidence (1).

En vertu des conventions conformes au modèle de l'OCDE, les plus-values réalisées sur des biens mobiliers non investis dans un établissement stable ou une base fixe ne seront pas imposables en Belgique, même si elles résultent de spéculations visées par l'article 90, 1^o, du Code.

Les plus-values réalisées sur les cessions de participations importantes lors de leur vente à des sociétés ou organismes publics ou sans but lucratif non résidents, imposables en vertu du droit interne (2), ne seront donc pas taxables si une convention s'applique.

Constituant en droit interne des revenus divers, elles ne sont impossibles que dans le chef de contribuables agissant en dehors de l'exercice d'une activité professionnelle, à savoir les personnes physiques non résidentes agissant à titre privé et, théoriquement, les personnes morales étrangères sans but lucratif de droit privé.

Les États étrangers et leurs subdivisions politiques ainsi que les autres organismes sans but lucratif de droit public étranger sont en effet exonérés d'impôt sur ces plus-values (3).

Ces plus-values seront soumises, dans le chef des personnes physiques non résidentes, à une imposition distincte au taux de 16,5 % (4), qui s'intègre dans la globalisation de leurs revenus (5) et les oblige à

(1) Convention OCDE, art. 13.

(2) C.I.R., art. 228, § 2, 9^o, *h*. Elles sont exonérées dans le chef des pouvoirs publics étrangers et des associations étrangères sans but lucratif de droit public étranger (C.I.R., art. 230, § 1^{er}, 5^o).

(3) C.I.R., art. 230, 5^o.

(4) Augmentés de trois centimes additionnels au titre de contribution complémentaire de crise.

(5) C.I.R., art. 232, 2^o, 243 et 171, 4^o, *e*. Cfr *infra*.

rédiger une déclaration fiscale. Si l'imposition globale était plus favorable, elle s'appliquerait.

Dans le chef des organismes sans but lucratif étrangers, ces plus-values resteront non imposables, étant omises des textes relatifs à la globalisation de leurs revenus (1) et n'étant soumises à aucun pré-compte ou cotisation spéciale.

(1) C.I.R., art. 234 et 247.

SOUS-CHAPITRE III. — DROIT COMPARÉ

ÉTATS-UNIS

Gains en capital

Sauf le régime spécial des gains immobiliers, les plus-values de source américaine qui ne sont pas effectivement liées à une activité d'affaires aux États-Unis ne sont pas imposable dans le chef des sociétés étrangères (1) et ne sont imposables dans le chef des particuliers que s'ils sont présents aux États-Unis pendant 183 jours au moins au cours de l'année (2).

Il en est ainsi, par exemple, des étudiants ou fonctionnaires étrangers qui ne sont pas considérés comme résidents.

(1) IRC §§ 881 et 882.

(2) IRC § 871, (a) (2).

TITRE V

REVENUS NON DÉSIGNÉS AILLEURS

SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

Section 1. — Définitions

L'article 21 de la convention modèle de l'OCDE règle le sort des revenus d'un résident d'un État contractant qui ne sont pas traités dans les articles précédents de la convention (1). Cette catégorie couvre en fait deux ordres de revenus.

Il s'agit d'abord des éléments de revenu ne tombant sous aucune des définitions appliquées par les articles précédents. Ces hypothèses seront relativement rares et couvriront par exemple les pensions alimentaires, les paiements récurrents résultant de cotisations, tels les paiements d'assurances sociales, les dommages-intérêts autres que ceux compensant la perte d'un type de revenu visé par les autres articles de la convention, les bourses et prix récompensant les réalisations scientifiques ou artistiques générales, les versements émanant de fondations ou *trusts*, les gains résultant de jeux de hasard et les prix de loterie (2).

La disposition vise en second lieu les types de revenus couverts par les articles précédents, mais auxquels ces articles ne s'appliquent pas parce que, constituant des règles de répartition entre les deux États contractants, ils ne couvrent que les éléments de revenu du résident d'un État ayant leur source dans l'autre État, à l'exclusion des éléments de revenu trouvant leur source dans l'État de la résidence lui-même ou dans des États tiers.

(1) WARD e.a., « International : The 'Other Income' article of income tax treaties », *B.I.F.D.*, 1990, p. 409 ; *Id.*, « L'article 'Autres Revenus' des conventions fiscales internationales », *Fiscalité européenne Revue*, 1990, n° 2, p. 27.

(2) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 21.12, pp. 915-916.

Échappent donc à la règle de l'article 21 les éléments de revenu qui sont attribués de façon absolue ou complète au pouvoir taxateur de l'État de la résidence ou, exceptionnellement, de l'État de la source, par des règles de répartition qui lui réservent le droit exclusif de les taxer, qu'ils aient leur source dans l'un des États contractants ou dans un État tiers.

Il s'agira :

- de la règle de l'article 7.1, premier membre de phrase, prévoyant que les bénéfiques d'entreprises ne sont taxables que dans l'État de la résidence, sauf existence d'un établissement stable dans l'autre État ;
- de la règle de l'article 8 prévoyant que les bénéfices de navigation ne sont taxables que dans l'État contractant du siège de direction effective de l'entreprise ;
- de la règle de l'article 13.3 prévoyant que les plus-values sur navires, aéronefs et bateaux ne sont imposables que dans l'État contractant du siège de la direction effective de l'entreprise ;
- de la règle de l'article 15.1, première phrase, prévoyant que les rémunérations de professions dépendantes ne sont imposables que dans l'État de la résidence du salarié, sauf exercice de l'emploi dans l'autre État contractant ;
- de la règle de l'article 18 prévoyant que les pensions ne sont taxables que dans l'État de la résidence.

Section 2. — Imposition dans l'État de la source

§ 1^{er}. — RÈGLE GÉNÉRALE

Le droit d'imposer les revenus non désignés est en principe réservé à l'État de la résidence. Il s'agit d'une règle absolue, à conséquences complètes.

La convention modèle de l'ONU prévoit toutefois que les éléments de revenus provenant de l'autre État contractant peuvent aussi y être imposés (1).

Les éléments de revenu non mentionnés dans la convention verront leur source définie par le renvoi au droit interne prévu par l'article 3.2.

(1) Convention modèle ONU, art. 21.3.

Les éléments de revenu mentionnés dans la convention, mais non couverts par celle-ci, verront leur source déterminée par la règle de source conventionnelle lorsqu'elle existe (1).

§ 2. — REVENUS ATTRIBUABLES
À UN ÉTABLISSEMENT STABLE

Les revenus provenant de droits ou biens, autres que des biens immobiliers, rattachés à un établissement stable que le résident d'un État contractant a dans l'autre État et qui proviennent, soit de l'État de la résidence, soit d'un État tiers ne sont pas visés par les articles 10 et 13 concernant les dividendes, les intérêts, les redevances et les plus-values puisque ces articles ne concernent ces revenus que lorsque le résident d'un État contractant les tire d'une source située dans l'autre État contractant.

Si l'on appliquait l'article 21.1, ces éléments de revenu seraient imposables dans l'État de la résidence.

L'article 21.2 confirme au contraire que ces éléments de revenu sont imposables dans l'État contractant où est situé l'établissement stable qui les perçoit.

Cette règle confirme celle des articles 7.1 et 14.1. Aux termes de ces articles, les bénéfices d'un établissement stable ou les revenus d'une base fixe, sans distinction, lorsqu'ils proviennent d'un droit ou bien, quant à leur source particulière, sont imposables dans l'État où est situé l'établissement stable ou la base fixe.

Il n'est fait exception que quant à l'application des articles de la convention traitant séparément d'autres éléments de revenu (2), à savoir les articles relatifs aux dividendes, intérêts, redevances et plus-values. Or, ces articles ne règlent le sort de ces éléments de revenu que lorsqu'ils trouvent leur source dans l'État contractant autre que celui de la résidence.

A contrario, lorsque ces éléments de revenu trouvent leur source dans l'État de la résidence lui-même ou dans un État tiers, ils sont couverts par la règle générale des articles 7.1 et 14.1 et sont imposables dans l'État contractant où est situé l'établissement stable ou la base fixe (3).

(1) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 21.17, p. 917.

(2) Convention OCDE, art. 7.7.

(3) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, art. 21.32, pp. 925-926.

Il résulte de cette règle que, si l'État de la résidence est l'État de la source, par exemple, du dividende de l'intérêt ou de la redevance, il ne pourra pas percevoir de retenue à la source lorsque ce revenu est versé à un établissement stable d'une entreprise résidente située dans l'autre État contractant, alors qu'il aurait perçu une telle retenue si l'élément de revenu avait été versé à un résident de l'autre État contractant. La convention peut déroger à cette règle et accorder, dans cette hypothèse, à l'État de la résidence, le droit de percevoir une retenue à la source (1).

L'État de l'établissement stable ou de la base fixe devrait alors accorder une imputation au titre de cette retenue à la source pour éviter la double imposition.

Les États seront attentifs aux cas où les droits ou biens sont rattachés artificiellement à des établissements stables étrangers en vue d'obtenir un traitement fiscal plus favorable. Indépendamment de la vérification du caractère effectif du rattachement, les États pourraient ajouter dans leurs conventions une disposition prévoyant que la règle ne s'appliquera pas lorsque le rattachement a pour but essentiel de tirer avantage de cette disposition (2).

§ 3. — REVENUS PROVENANT DE BIENS IMMOBILIERS

La règle dérogatoire ne s'applique pas aux biens immobiliers. Les revenus de tels biens, situés dans l'État de la résidence ou dans un État tiers, restent donc imposables dans l'État de la résidence, même s'ils se rattachent à un établissement stable situé dans l'autre État.

Cette disposition de l'article 21.2 confirme également les règles combinées des articles 7 et 6 de la convention : les revenus des biens immobiliers sont exclus de la règle de taxation dans l'État de la situation de l'établissement stable et sont imposables dans l'État de la situation de l'immeuble (3).

(1) Comm. OCDE, art. 21.5.

(2) Comm. OCDE, art. 21.6.

(3) Convention OCDE, art. 6.4.

SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE

- La catégorie belge des revenus divers (1) contient essentiellement :
- des revenus qui ne se rattachent pas aux catégories des revenus professionnels, mobiliers ou immobiliers, comme les profits de spéculations et les rentes alimentaires ;
 - des plus-values non professionnelles, en particulier les plus-values sur terrains et les plus-values sur participations importantes dans des sociétés belges en cas de vente à une société non résidente.

L'administration belge considère qu'elle est par exemple en droit d'imposer sur base de l'article 21 :

- les pensions d'anciens indépendants résidant en Belgique (2) ;
- le capital payé aux ayants droit d'un résident belge en exécution d'une assurance-groupe conclue auprès d'une compagnie d'assurances luxembourgeoise par un employeur luxembourgeois (3).

En ce qui concerne les profits résultant d'opérations ou spéculations diverses de sociétés, ils ne pourront en aucun cas être taxés au titre de revenus divers en l'absence d'un établissement belge.

Il en a été jugé ainsi dans le cas d'une entité du droit du Liechtenstein qui percevait des redevances en contrepartie du droit de diffuser des tableaux et dessins réalisés par des artistes affiliés à cette entité (4).

Les prix et subsides accordée par des pouvoirs publics ou des organismes publics belges à des non-résidents sont soumis à un précompte professionnel (5).

Aucun précompte n'est dû sur la première tranche de 110.000 F des prix et subsides payés ou attribués pendant deux ans (6) ou sur les prix et subsides exonérés par arrêté royal (7) : il s'agit des prix récom-

(1) C.I.R., art. 90.

(2) *Bull. Q.R.*, Ch. repr., sess. 1991-92, question n° 34 du 13 avril 1992, p. 183 (M. de Clippele).

(3) *Bull. Q.R.*, Ch. repr., sess. 1991-92, question n° 70 du 13 juillet 1992, p. 1100 (M. Poncelet).

(4) Bruxelles, 5 novembre 1992, *F.J.F.*, n° 93/62, *R.G.F.*, 1993, p. 137, obs. Piot.

(5) Taux : 26,5 % (A.R.-I.R., ann. III, ch. VII, n° 58).

(6) *Ibid.*, n° 59.

(7) *Ibid.*

pensant des mérites exceptionnels ou rendant possibles des efforts exceptionnels et laissant aux bénéficiaires leur indépendance intellectuelle et matérielle et excluant tout financement par des entreprises susceptibles de bénéficier des travaux récompensés. Ces prix doivent être attribués par les pouvoirs publics ou des institutions agréées (1).

Les revenus divers à caractère mobilier sont soumis à la retenue du précompte mobilier.

Les lots afférents à des obligations, bons de caisse ou titres analogues sont soumis à un précompte de 13 ou 20 % (2) selon que la convention est postérieure ou antérieure au 1^{er} mars 1990.

Les produits de la location du droit de chasse, de pêche ou de tenderie sont soumis à un précompte de 13 % qui est dû par le bénéficiaire du revenu (3).

La disposition résiduelle des conventions prévoit que les éléments de revenu non traités ailleurs ne sont imposables que dans l'État de résidence du bénéficiaire (4).

Le droit interne prévoit au contraire une imposition en Belgique des revenus divers en général (5) et la perception d'un précompte professionnel (6) sur les profits de spéculations produits ou recueillis en Belgique et les rentes alimentaires payées par des résidents belges (7).

L'imposition de ces deux types de revenus sera donc écartée par les conventions.

(1) A.R.-I.R., art. 53.

(2) A.R.-I.R., art. 107, § 3.

(3) C.I.R., art. 262, 3^o.

(4) Convention OCDE, art. 21.

(5) C.I.R., art. 228, § 2, 9^o.

(6) A.R.-I.R., art. 87. Taux : 33 % (A.R.-I.R., ann. III, ch. IX, n^o 62, a).

(7) C.I.R., art. 228, § 2, 8^o a et c. Taux : 26,5 % de 80 % du montant (A.R.-I.R., ann. III, ch. VIII, n^o 60).

TITRE VI
IMPOSITION GLOBALE
DANS L'ÉTAT DE LA SOURCE

SOUS-TITRE PREMIER
DROIT CONVENTIONNEL
GÉNÉRAL

L'État de la source a le choix entre deux modalités d'imposition des non-résidents :

- se contenter de son imposition à la source, quand elle existe, ou d'une imposition équivalente ;
- imposer le non-résident sur son revenu global de source nationale : le non-résident devra rédiger une déclaration et pourra, le cas échéant, imputer sur son impôt les retenues à la source.

SOUS-TITRE II

DROIT BELGE

La Belgique retient la première solution — imposition limitée à la retenue à la source ou à une imposition spéciale — pour les revenus mobiliers, autres que les revenus mobiliers compris dans des revenus professionnels, les revenus immobiliers de ceux qui ne consentent aucune location et certains revenus professionnels et divers (1), et la seconde pour les revenus immobiliers et professionnels en général : l'imposition globale prend le nom de « régularisation ».

(1) C.I.R., art. 248.

CHAPITRE PREMIER. — RÉGIME D'IMPOSITION

L'impôt des non-résidents (INR) frappe les revenus produits ou recueillis en Belgique. La convention internationale ou la loi déterminent à propos de chaque catégorie de revenu quand il est considéré comme produit ou recueilli en Belgique, c'est-à-dire comme provenant d'une source belge (règles de source).

Les personnes (1) assujetties comprennent (2) :

- les personnes physiques non résidentes, c'est-à-dire les non-habitants du royaume ;
- les sociétés, associations et organismes qui ont à l'étranger leur siège social ou leur principal établissement et qui :
 - soit ont la personnalité juridique,
 - soit, si elles n'ont pas la personnalité juridique, sont constituées sous des formes juridiques analogues à celles des sociétés belges (3) ;
- les États étrangers et leurs subdivisions politiques, ainsi que les organisations étrangères à but non lucratif (4).

Pour les personnes physiques, le globalisation s'effectue selon des modalités plus avantageuses quand le non-résident a en Belgique un foyer d'habitation ou exerce en Belgique pendant neuf mois au moins une activité professionnelle génératrice de rémunérations de source belge ou encore perçoit des pensions de source belge, lorsque ces

(1) Dans la Convention OCDE, les personnes comprennent les personnes physiques, les sociétés et tous groupements de personnes ; les sociétés sont les entités dotées de personnalité morale aux fins d'imposition (art. 3).

(2) C.I.R., art. 227.

(3) Dans les autres cas, les membres de ces associations sans personnalité juridique sont imposables individuellement.

(4) Une société qui transmet, à prix coûtant, des renseignements commerciaux à ses associés exerce néanmoins une activité lucrative (Bruxelles, 24 novembre 1992, *F.J.F.*, n° 93/143).

rémunérations ou pensions représentent 75 % au moins du total de ses revenus professionnels belges ou étrangers (1).

Ce non-résident, « lié » à la Belgique par son foyer ou ses rémunérations ou pensions, bénéficiera des mêmes réductions de l'ensemble des revenus nets et du même régime de calcul de l'impôt qu'un résident.

En revanche, pour les non-résidents « purs », l'impôt est « dépersonnalisé ». Il appartient à l'État de résidence de prendre en compte la situation personnelle du redevable.

Parmi ces non-résidents purs se retrouveront les non-résidents qui ne touchent qu'occasionnellement des revenus de source belge ou dont les revenus étrangers sont importants.

Initialement, le législateur belge avait, par la loi du 22 décembre 1989, enlevé aux non-résidents, à l'exception — assez théorique — de ceux qui disposent d'un foyer d'habitation en Belgique, la plupart des déductions à faire de l'ensemble des revenus nets et des aménagements du barème de l'impôt, dans le but d'éviter le cumul de tels avantages fiscaux en Belgique, pays de la source, et dans l'État de la résidence de l'intéressé.

En tant qu'elle privait les pensionnés de la déduction pour revenus de remplacement, cette disposition a été attaquée devant la Cour d'arbitrage pour rupture de l'égalité devant l'impôt.

La Cour a constaté qu'il n'y avait pas de disproportion entre le but fiscal à atteindre et les moyens utilisés, sauf dans la situation spécifique des non-résidents bénéficiant d'une pension de retraite belge. En effet, cette pension forme ordinairement le seul ou le principal revenu de l'intéressé.

À défaut de percevoir des revenus dans l'État où il réside, le non-résident ne bénéficie pas de déductions ou de réductions d'impôt dans cet État. S'il est privé des déductions ou réductions dont peut bénéfi-

(1) La Belgique devra modifier sa législation ex exécution de la recommandation de la Commission du 21 décembre 1993 relative à l'imposition de certains revenus obtenus par des non-résidents dans un État membre autre que celui de leur résidence (*J.O.C.E.* n° L 39 du 10 février 1994, p. 22). La condition d'exercice d'une activité pendant neuf mois ne pourra plus être imposée. Le régime devra être étendu notamment aux bénéfices d'exploitation et aux profits de professions libérales. Le coefficient de 75 % devra s'appliquer non plus au total des revenus professionnels, mais au total des revenus imposables, auxquels seront comparés tous les revenus de source belge visés dans la recommandation.

La Cour d'arbitrage a entre-temps annulé la nouvelle législation au motif qu'elle établit une discrimination injustifiée au détriment des travailleurs indépendants (C.A., arrêt n° 34/94 du 26 avril 1994, *M.B.*, 17 mai 1994, p. 13012).

cier un pensionné ayant son foyer d'habitation en Belgique, au seul motif qu'il ne dispose pas d'un tel foyer, l'égalité des citoyens devant l'impôt n'est pas respectée (1).

Pour les personnes morales, le problème qui se pose est celui de la non-discrimination (cfr *infra*).

Section 1. — Assiette de la globalisation

§ 1^{er}. — PERSONNES PHYSIQUES

A. Revenus immobiliers

Quand un non-résident bénéficie de revenus immobiliers, la Belgique perçoit :

- le précompte immobilier si le bien n'est pas donné en location (2) ;
- l'impôt « régularisé » sur l'ensemble des revenus immobiliers belges du non-résident, si celui-ci perçoit des revenus locatifs ou des revenus tirés de la constitution ou de la cession d'un droit immobilier (emphytéose, superficie, etc.) (3).

Si un bien est donné en location, le revenu cadastral du bien non loué deviendra donc, lui aussi, imposable.

L'impôt n'est pas dû si l'ensemble des revenus immobiliers est inférieur à 100.000 F (4).

Avant 1980, un non-résident était soumis dans tous les cas au seul précompte immobilier.

B. Revenus professionnels

Le non-résident qui perçoit des revenus professionnels imposables en Belgique sera l'objet d'une « régularisation », c'est-à-dire d'une imposition globale portant sur ses revenus non seulement professionnels, mais aussi immobiliers (5).

Cette régularisation s'appliquera, que les revenus professionnels soient :

(1) C.A., arrêt n° 34/91 du 21 novembre 1991, *M.B.*, 14 décembre 1991, p. 28236, *F.J.F.*, n° 92/2.

(2) C.I.R., art. 248.

(3) C.I.R., art. 232, 1°.

(4) C.I.R., art. 232, dern. al.

(5) C.I.R., art. 232, 2°.

- les bénéfices de l'établissement belge d'un exploitant ;
- les bénéfices provenant de l'aliénation ou de la location d'immeubles belges ou de la constitution de droits immobiliers (emphytéose, superficie, etc.) ;
- les bénéfices résultant de la qualité d'associé dans une société sans personnalité juridique ou censée être fiscalement sans personnalité juridique aux termes de l'article 29 du Code ;
- les profits d'une activité indépendante exercée en Belgique ;
- des bénéfices ou profits se rattachant à une activité professionnelle indépendante antérieurement exercée en Belgique ;
- des rémunérations de salarié, de mandataire de société par actions ou d'associé actif de société de personnes à charge d'un débiteur belge ou d'un débiteur non résident en raison de l'activité exercée en Belgique pendant un séjour supérieur à 183 jours au cours d'une période imposable ;
- des pensions à charge d'un débiteur belge.

La loi y ajoute les plus-values sur cessions de participations importantes, jadis non taxables à la suite d'une lacune de texte (1).

Même quand il y a régularisation, elle ne s'applique jamais aux revenus mobiliers « purs ».

L'État ne veut pas avoir à imputer ou rembourser le précompte perçu sur ces revenus.

C. Exceptions

La régularisation est encore abandonnée dans trois cas, dans un but de simplification :

- les revenus immobiliers nets d'un montant inférieur à 100.000 F ;
- les bénéfices ou profits des associés de sociétés civiles et d'associations sans personnalité juridique ;
- les revenus d'artistes et de sportifs.

Le précompte immobilier dans le premier cas, le précompte professionnel dans les deux derniers, seront libératoires (2).

(1) Ces plus-values étaient devenues imposables en principe après la loi du 22 décembre 1989, mais le texte ancien de l'article 232, alinéa 1^{er}, 2^o, *in fine*, du Code mentionnait que l'INR devait être établi sur les seuls revenus professionnels ou immobiliers de source belge. La loi du 28 juillet 1992 a complété le texte.

(2) C.I.R., art. 248.

§ 2. — SOCIÉTÉS

Les sociétés subissent la globalisation de l'ensemble de leurs revenus professionnels d'origine belge provenant (1) :

- d'établissements belges ;
- de l'aliénation ou de la location d'immeubles belges ou de la constitution ou de la cession de droits immobiliers (emphytéose, superficie, etc.) ;
- de la qualité d'associé dans une société sans personnalité juridique ou assimilée fiscalement par l'article 29 du Code à une telle société.

Pour une société, tous les revenus perçus sont considérés comme professionnels : il en sera ainsi des revenus mobiliers produits par un bien investi dans un établissement belge.

§ 3. — POUVOIRS PUBLICS ÉTRANGERS
ET ASSOCIATIONS ÉTRANGÈRES SANS BUT LUCRATIF

L'assiette de la globalisation est identique à celle de l'impôt des personnes morales (2) et porte sur :

- la partie du loyer qui excède le revenu cadastral d'un immeuble donné en location, sauf s'il est loué à usage entièrement privé à une personne physique, à bail à ferme ou aux fins désintéressées énumérées par la loi (culte, enseignement, etc.) ;
- les sommes obtenues à l'occasion de la cession ou de la constitution d'un droit immobilier (emphytéose, superficie, etc.), avec les mêmes exceptions ;
- les cotisations d'assurance complémentaire contre la vieillesse et le décès prématuré, dépassant le plafond légal d'objectif à atteindre, fixé à 80 % de la dernière rémunération du bénéficiaire, toutes pensions confondues ;
- les dépenses non justifiées par des fiches et un relevé (« commissions secrètes »).

(1) C.I.R., art. 233.

(2) C.I.R., art. 234.

Section 2. — Détermination des revenus nets globalisables

Le revenu net est déterminé selon les règles applicables en matière d'impôt des personnes physiques, d'impôt des sociétés ou d'impôt des personnes morales (1).

En droit interne, sous réserve de l'application des conventions, seules les charges professionnelles grevant exclusivement les revenus professionnels imposables en Belgique sont déductibles (2).

De même, pour les sociétés, seules les rémunérations des mandataires sociaux et associés actifs justifiées par l'activité déployée dans l'établissement belge sont déductibles (3).

Seuls les non-résidents maintenant un foyer d'habitation en Belgique peuvent déduire l'abattement pour maison d'habitation du revenu cadastral de l'immeuble qu'ils occupent en Belgique (4).

Section 3. — Dépenses déductibles de l'ensemble des revenus nets

Les dispositions du Code en matière d'impôt des personnes physiques (titre II), rendues applicables aux non-résidents, se limitent aux articles 7 à 103 (5). Pour la détermination des dépenses déductibles de l'ensemble de leurs revenus nets, réglée par les articles 241 et suivants du code, s'applique à nouveau la distinction précitée.

§ 1^{er}. — NON-RÉSIDENTS PURS

Ces non-résidents non « liés » à la Belgique (cfr *supra*) ne peuvent déduire que :

- les 80/100 des rentes alimentaires versées à des habitants du royaume ;
- les libéralités versées à des institutions belges ;

(1) C.I.R., art. 235.

(2) C.I.R., art. 237.

(3) C.I.R., art. 240.

(4) C.I.R., art. 235, 1^o.

(5) Chap. II, Assiette de l'impôt, sect. 1 à V, définissant les revenus imposables.

- les redevances et charges payées à l'occasion de l'acquisition d'un droit immobilier (emphytéose, superficie, etc.) et se rapportant à un immeuble belge (1).

Il s'agit de dépenses ayant pour contrepartie l'imposition d'un revenu belge ou de dépenses dont il est peu vraisemblable qu'elles puissent être déduites également dans le pays de résidence du contribuable (mécénat belge).

§ 2. — NON-RÉSIDENTS LIÉS À LA BELGIQUE
PAR UN FOYER D'HABITATION OU PAR L'IMPORTANCE
DE LEURS RÉMUNÉRATIONS OU PENSIONS DE SOURCE BELGE

Les non-résidents peuvent déduire de l'ensemble de leurs revenus nets les mêmes dépenses que les habitants du royaume (2) qui maintiennent un foyer d'habitation en Belgique pendant toute la période imposable ou perçoivent des rémunérations d'une activité professionnelle exercée en Belgique pendant neuf mois ou des pensions de source belge égales au moins à 75 % de leurs revenus professionnels totaux, de sources belge et étrangère, à l'exception :

- des 80/100 des rentes alimentaires versées à des non-habitants du royaume ;
- des redevances et charges payées à l'occasion de l'acquisition de droits immobiliers (emphytéose, superficie, etc.) relatifs à des immeubles situés à l'étranger (3).

(1) C.I.R., art. 241.

(2) C.I.R., titre II, chap. II, sec. VI, art. 103 à 125.

(3) C.I.R., art. 242, § 1^{er}.

CHAPITRE II. — CALCUL DE L'IMPÔT

Section 1. — Personnes physiques

§ 1^{er}. — NON-RÉSIDENTS « PURS »

Le non-résident sans lien particulier avec la Belgique (cfr *supra*) pendant toute la période imposable est taxé sur tout son revenu au tarif de l'impôt, tel qu'il est prévu par la loi, variant entre 25 et 55 % (1).

Il ne peut en exclure le minimum exempté d'impôt majoré en fonction du nombre de personnes à charge.

Le cumul des revenus des époux (2) lui est applicable, avec le correctif du décumul des revenus professionnels, les revenus non professionnels étant, comme pour les résidents, ajoutés au revenu professionnel le plus élevé.

Les attributions d'une quote-part des revenus professionnels au conjoint aidant et au conjoint qui n'a pas de revenu professionnel ne sont pas applicables (3).

Sont en revanche applicables les autres dispositions du Code relatives au calcul de l'impôt (titre II, chap. III) :

- imputation des pertes de l'un des conjoints sur les revenus de l'autre (4) ;
- majoration pour absence ou insuffisance de versements anticipés (5) ;
- régimes spéciaux de taxation : conversion en rente viagère (6), impositions distinctes à taux réduit (7) ;
- bonification en cas de versement anticipé de l'impôt (8) ;

(1) C.I.R., art. 243.

(2) Art. 126 à 129.

(3) Art. 86 à 89.

(4) Art. 129.

(5) Art. 157 à 166.

(6) Art. 169.

(7) Art. 171 à 174.

(8) Art. 175 à 177.

— indexation des barèmes et réductions, dans la mesure où elle subsiste (1).

Sont également accordées les réductions pour pensions et revenus de remplacement (2), permettant de diminuer l'impôt d'un montant égal en général à l'impôt dû sur l'allocation de chômage diminuée de 10.000 F. Ces réductions ne sont accordées qu'une fois pour les deux conjoints.

Elles sont, comme pour les résidents, diminuées ou supprimées à partir de certains seuils de revenus. Pour les déterminer, il est tenu compte des revenus belges et étrangers.

Cette exception évite de pénaliser les pensionnés qui s'expatrient et dont la pension reste imposable en Belgique (3).

La règle de l'exemption sous réserve de progressivité ne s'applique cependant pas aux non-résidents purs (4).

Les non-résidents sans liens particuliers avec la Belgique ne pourront pas bénéficier non plus des réductions d'impôt pour épargne à long terme (5).

Ces règles discriminatoires sont cependant écartées lorsque la Belgique a conclu avec le pays de résidence de ces contribuables une convention dont la clause de non-discrimination prévoit, exceptionnellement, que les résidents d'un État contractant bénéficient, dans l'autre État contractant, des déductions personnelles, abattements et réductions qui sont accordés par cet autre État à ses propres résidents en raison de leur situation ou de leurs charges de famille (6).

Dans cette hypothèse, l'administration a décidé d'assimiler purement et simplement, pour le calcul de l'impôt, ces non-résidents à des non-résidents avec foyer d'habitation en Belgique (7).

(1) Art. 178.

(2) Art. 146.

(3) Pour les modalités précises du calcul, voy. la circulaire n° Ci. RH 331/438.115 du 7 juillet 1992, *Bull. contr.*, 1992, n° 719, p. 2084.

(4) C.I.R., art. 243, *a contrario*.

(5) C.I.R., art. 145.1 et suiv.

(6) Conventions conclues avec le Canada, la Grèce, le Maroc, les Pays-Bas et l'ex-URSS. *Bull. Q.R.*, Sén., sess. 1990-91, n° 5, p. 158 et n° 40, p. 1721.

(7) Circ. n° Ci. D. 19/444.905 du 1^{er} juillet 1993. — Commentaire des articles 23, 24, 25, 27, 30, 31 et 32, L. 28 juill. 1992 portant des dispositions fiscales et financières (modifications du régime fiscal des non-résidents/personnes physiques), *Bull. contr.*, 1993, n° 730, n° III/52, p. 2040.

§ 2. — NON-RÉSIDENTS LIÉS À LA BELGIQUE
PAR UN FOYER D'HABITATION OU PAR L'IMPORTANCE
DE LEURS RÉMUNÉRATIONS OU PENSIONS DE SOURCE BELGE

Un non-résident lié à la Belgique (cfr *supra*) se voit appliquer les règles de calcul de l'impôt, les réductions et abattements prévus pour les habitants du royaume (1), en ce compris les réductions d'impôt pour épargne à long terme (2). L'exemption sous réserve de progressivité lui est notamment applicable (3).

Le total des revenus belges et étrangers est également pris en considération pour les calculs faisant intervenir le montant des revenus :

- attribution d'une quote-part de revenu professionnel au conjoint aidant (4) ;
- attribution d'une quote-part au conjoint sans revenus professionnels (5) ou à revenus professionnels bas (6) ;
- réductions d'impôt pour revenus de remplacement (7).

À défaut, les non-résidents auraient été traités plus favorablement que les résidents.

§ 3. — ASSIMILATION AUX ISOLÉS

Qu'il s'agisse de non-résidents purs ou liés à la Belgique, si un seul des conjoints recueille des revenus imposables en Belgique et si l'autre a des revenus professionnels de source belge ou étrangère exonérés conventionnellement et dépassant 270.000 F, indexés dans les limites permises, le contribuable imposé sera traité comme un isolé (8).

L'État de la résidence tient en effet compte de la situation de l'autre conjoint pour déterminer le minimum exonéré d'impôt et les suppléments pour charges de famille.

Sans cette mesure, le traitement des non-résidents serait à nouveau plus favorable que celui des résidents.

Cette règle est applicable aux deux catégories de non-résidents.

(1) C.I.R., art. 244.

(2) C.I.R., art. 244.

(3) Cfr BEHAEGHE, obs. sous Bruxelles, 26 mars 1993, *Courr. fisc.*, 1993, p. 484.

(4) Art. 86.

(5) Art. 87.

(6) Art. 88.

(7) Art. 146 à 154.

(8) C.I.R., art. 244bis. Les suppléments pour personnes à charge ne sont accordés que si le conjoint imposé est celui qui a le plus de revenus professionnels.

§ 4. — ADDITIONNELS

L'impôt des non-résidents, personnes physiques, est majoré de six centimes additionnels au profit de l'État (1).

Alors que les précomptes ne sont pas imputables sur la taxe communale additionnelle à l'impôt des personnes physiques (2), ils sont imputables sur les additionnels à l'impôt des non-résidents, puisque ceux-ci sont perçus au profit de l'État (3).

Section 2. — Sociétés

D'après le droit interne, le taux applicable aux sociétés non résidentes est de 43 %, sans possibilité de bénéficier des taux réduits (4).

Ce taux est réduit à 39 %, taux général applicable aux sociétés belges, par la clause conventionnelle qui interdit la discrimination entre entreprises résidentes et établissements stables d'entreprises non résidentes (5).

Une cotisation spéciale de 300 %, déductible, frappe les charges non justifiées.

Certains traités (France, Pays-Bas), prévoient réciproquement l'application de taux plus élevés que le taux applicable aux sociétés nationales.

Convention franco-belge

La convention fiscale franco-belge (6) réduit l'impôt de distribution de 25 % qui s'applique normalement aux bénéficiaires de l'établissement stable français d'une société belge :

- la base d'application de la retenue est réduite de moitié ;
- le taux de la retenue est réduit à 10 %.

La Belgique modalise dès lors comme suit la clause de non-discrimination applicable à l'établissement stable en Belgique d'une société française : l'impôt belge ne peut dépasser le total des impôts qui seraient applicables à des revenus distribués par une société belge (impôt des sociétés et précompte mobilier), le précompte mobilier

(1) C.I.R., art. 245.

(2) C.I.R., art. 465 et 276.

(3) Bruxelles, 1^{er} décembre 1987, *R.G.F.*, 1988, p. 146, obs. GEMIS.

(4) C.I.R., art. 246, 1^o.

(5) Convention OCDE, art. 24.

(6) Art. 17 ; cfr GEST et TIXIER, *Droit fiscal international*, 1^{re} éd., 1985, p. 316.

étant calculé (fictivement) au taux de 10 % sur la moitié de la différence entre le bénéfice de l'établissement et l'impôt sur ce bénéfice, calculé au taux normal de l'impôt des sociétés belges.

En supposant donc l'application du taux de 39 % (1), l'impôt total sera en principe de :

$$39 + (61/2 \times 10 \%) = 39 + 30,5 \times 10 \% = 39 + 3,05 = 42,05 \%$$

Section 3. — Associations et organismes sans but de lucre

Les associations et organismes non résidents sans but de lucre sont imposés aux taux de l'impôt belge des personnes morales (2), à savoir :

- 20 % sur les revenus immobiliers ;
- 39 % sur les cotisations d'assurance excédentaires ;
- 300 % sur les « commissions secrètes » (3).

(1) Ces taux sont à majorer de 3 % de l'impôt au titre de contribution complémentaire de crise (C.I.R., art. 463*bis*).

(2) C.I.R., art. 247.

(3) Ces taux sont à majorer de 3 % de l'impôt au titre de contribution complémentaire de crise.

SOUS-TITRE III DROIT COMPARÉ

FRANCE

Droit interne

A. Retenues à la source

Dans certains cas, la retenue à la source est libératoire :

- dividendes : 25 % ;
- intérêts d'obligations négociables : 15 % ;
- plus-values sur cessions d'immeubles, de droits immobiliers ou de parts de sociétés non cotées en bourse et dont l'actif est principalement immobilier : 33,33 % ;
- profits réalisés par des personnes qui achètent et revendent à titre habituel des immeubles ou des parts de sociétés immobilières, profits de marchands de biens vendant des terrains leur appartenant, profits de personnes bénéficiant d'une promesse unilatérale de vente portant sur un immeuble ainsi vendu : 50 % ;
- cession de droits sociaux par une personne détenant avec son conjoint, ses ascendants ou descendants au moins 25 % de ces droits : 16 % ;
- traitements, salaires, pensions et rentes viagères supérieurs à un seuil et inférieurs à un plafond : 15 %.

Cette retenue est libératoire pour les personnes de nationalité française et les nationaux de pays ayant avec la France un accord comportant une clause de non-discrimination (1).

Intérêts

Les intérêts payés à des non-résidents sont en principe soumis à deux perceptions d'impôt :

(1) NEUEUR, « La fiscalité des étrangers en France », *Dr. fisc.*, 1990, n^{os} 25-26, p. 858 ; TIXIER et LAMULLE, « Les conditions et les modalités de taxation des non-résidents disposant de revenus de source française (C.G.I., art. 197 A) », note sous C.A.A. Paris, 8 octobre 1991, n^{os} 90 296 et 511, *Dr. fisc.*, 1992, n^o 28, comm. 1348.

- un prélèvement forfaitaire qui est appliqué par l'établissement payeur, lequel peut être soit le débiteur de l'intérêt lui-même, soit un intermédiaire ;
- une retenue à la source, qui est appliquée par le débiteur et qui est imputable sur le prélèvement.

Les intérêts d'obligations émises depuis 1987 ne sont plus soumis à retenue à la source. Ils ne sont plus soumis à prélèvement lorsqu'ils sont payés à un non-résident, dès lors que celui-ci fournit à l'établissement payeur une déclaration de non-résidence (1).

Les intérêts des dépôts de non-résidents auprès de banques françaises sont exonérés du prélèvement (2).

Sur les intérêts de créances ordinaires, le prélèvement est fixé à partir du 1^{er} janvier 1995 à 15 %.

Les intérêts sur bons du Trésor et bons de caisse sont soumis à un prélèvement de 50 % si le bénéficiaire opte pour l'anonymat et, s'il communique son identité, à un prélèvement fixé à 15 % à partir du 1^{er} janvier 1995. Un bon anonyme subit en outre un prélèvement sur sa valeur nominale, fixé à 2 % et dû autant de fois que la date du 1^{er} janvier est comprise entre l'émission et le remboursement (3).

En ce qui concerne les bons et contrats de capitalisation, le prélèvement est perçu sur la différence entre la somme remboursée au souscripteur et le montant versé par celui-ci. Il est fixé comme suit :

- 35 % si la durée du contrat est inférieure à 4 ans ;
- 15 % si elle est supérieure ou égale à 4 ans ;
- exonération si elle est supérieure à 8 ans.

Si le titulaire garde l'anonymat, le taux est de 50 % avec application du prélèvement annuel sur le montant nominal du bon (4).

Tous ces taux sont limités par les dispositions des conventions internationales.

Les produits des emprunts contractés hors de France par des personnes morales françaises sont exonérés de toute imposition à la source, retenue et prélèvement. Ce régime s'applique notamment aux

(1) C.G.I., art. 119bis-1 et 125 A-III.

(2) C.G.I., ann. 3, art. 41 C.

(3) C.G.I., art. 990 A à 990 C.

(4) C.G.I., art. 125-OA.

emprunts contractés par des établissements étrangers de sociétés françaises (1).

L'exonération s'applique à tous les emprunts, y compris les bons de caisse. L'emprunteur doit justifier que le prêteur réside hors de France.

Cette justification n'est par requise pour les émissions placées par un syndicat international de banques.

Sont également exonérés les produits des obligations émises en France par des organismes étrangers ou internationaux avec l'autorisation du ministre des Finances (2).

Les intérêts versés à l'établissement stable en France d'une entreprise étrangère sont exonérés sur demande du prélèvement obligatoire lorsque l'établissement est soumis à l'impôt des sociétés dans les conditions du droit commun.

Dans d'autres cas, la retenue à la source est un acompte sur l'impôt :

- bénéfices de professions libérales, charges et offices et autres occupations lucratives, y compris produits de droits d'auteur ou de la propriété industrielle ou commerciale, rémunérations de prestations de toute nature, fournies ou utilisées en France, dans la mesure où le bénéficiaire de ces bénéfices ou rémunérations n'a pas en France d'installation professionnelle permanente : 33,33 % ;
- cachets ou salaires de professions artistiques ou sportives : 15 % (3) ;
- montant des traitements, salaires, pensions et rentes viagères excédant le plafond : 25 %.

B. Impôt final

L'impôt est calculé avec application du barème progressif de droit commun et du quotient familial sur les seuls revenus qui n'ont pas fait l'objet d'un prélèvement libératoire. Les autres retenues à la

(1) C.G.I., art. 131^{quater} et 131^{ter a}. LE GALL, « Le nouveau régime fiscal des emprunts des entreprises françaises à l'étranger », *Sem. jur.*, « Cahiers de droit de l'entreprise », 1989, II, 15457.

(2) C.G.I., art. 131^{ter-2}.

(3) C.G.I., art. 182 B et 155 A.

source sont imputables sur l'impôt, mais l'excédent ne peut être restitué (1).

L'impôt ne peut être inférieur à 25 %, sauf si le contribuable prouve que l'impôt français sur son revenu global, de source française ou étrangère, serait inférieur à 25 %.

Les déficits de source française peuvent être imputés sur les revenus de source française.

C. Imposition forfaitaire

Les personnes non domiciliées en France, mais qui y disposent d'une habitation, sont imposées sur une base égale à trois fois la valeur locative de cette habitation ou, s'il est supérieur à ce minimum, sur le montant de leurs revenus de source française, y compris ceux qui ont été soumis à un prélèvement libératoire (2).

Les retenues à caractère non libératoire peuvent être imputées sur l'impôt forfaitaire.

Cette imposition forfaitaire ne s'applique pas :

- aux contribuables de nationalité française et aux ressortissants de pays ayant conclu avec la France un traité de réciprocité s'ils justifient être soumis dans le pays de leur domicile fiscal à un impôt sur le revenu égal au moins aux deux tiers de l'impôt qu'ils supporteraient en France sur la même base ;
- aux résidents de pays ayant conclu avec la France une convention préventive de la double imposition.

(1) Les plus-values sur la résidence en France de Français domiciliés à l'étranger sont exonérées sous certaines conditions.

(2) C.G.I., art. 164 C.

TITRE VII

NON-DISCRIMINATION

SOUS-TITRE PREMIER

DROIT CONVENTIONNEL

GÉNÉRAL

Les nationaux d'un État, à situation égale, ne peuvent, en vertu de la Convention OCDE (1), être traités moins favorablement dans l'autre État contractant que les nationaux de ce dernier État. L'expression « à situation égale » doit s'entendre de contribuables placés, au regard de la législation fiscale de droit commun, dans des situations de fait et de droit analogues.

Par exemple, la disposition n'implique pas qu'un État accordant des avantages à ses propres organismes publics en raison de leur nature soit tenu de faire bénéficier des mêmes avantages les organismes publics de l'autre État.

Une convention bilatérale peut accorder le bénéfice de l'assimilation aux apatrides qui sont résidents dans l'un ou l'autre État contractant.

Le texte vise également les discriminations qui ne sont pas à proprement parler fondées sur une notion de nationalité, mais sur le lieu même de l'établissement d'une entreprise. L'imposition d'un établisse-

(1) Art. 24. VAN RAAD, *Non-Discrimination in International Tax Law*, 1986 ; GOUTHIERE, « De la portée du principe de non-discrimination inclus dans les conventions fiscales », *Rev. dr. aff. intern.*, 1988, p. 257 ; VAN RAAD, « Netherlands : Issues in the application of tax treaty non-discrimination clauses », *B.I.F.D.*, 1988, p. 347 ; AVERY JONES e.a., « The Non-Discrimination Article in Tax Treaties », *Eur. Tax.*, 1991, p. 309 ; GOLDBERG et GLICKLICH, « Treaty-based non-discrimination : now you see it now you don't », *Florida Tax Review*, vol. I, 1992, p. 51 ; ADONNINO, « Règles de non-discrimination en matière d'imposition internationale », Rapport général, 47^e Congrès de l'Association fiscale internationale, Florence, 1993, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXX-VIII b, p. 73. Sur le modèle 1992, cfr VAN RAAD, « 1992 additions to articles 3 (2) (interpretation) and 24 (non-discrimination) of the 1992 OECD model and commentary », *Intertax*, 1992, p. 671.

ment stable peut être établie dans un État de manière moins favorable que l'imposition des entreprises de cet État qui exercent la même activité. La méthode de taxation peut cependant être différente du moment qu'il n'en résulte pas une imposition plus lourde.

SOUS-TITRE II

TRAITÉ CEE

Le traité de Rome ne contient aucune disposition qui soit à la fiscalité directe ce que l'article 95 est à la fiscalité indirecte. À partir de 1985, toutefois, la Cour de justice a entrepris de pallier partiellement cette carence en donnant une portée fiscale à diverses dispositions du traité de Rome. Généralement, il s'est agi de dégager les conséquences du principe de non-discrimination.

La Cour a fondé ces développements sur les règles relatives à la libre circulation des marchandises, des personnes et des services (1).

Ainsi a-t-elle jugé que la France viole l'article 30 relatif aux restrictions quantitatives à l'importation et mesures d'effet équivalent, en excluant les entreprises de presse du bénéfice de certains avantages à l'impôt des sociétés pour la partie des publications qu'elles impriment à l'étranger (2).

De même, la Cour a considéré que la France enfreignait l'article 52, relatif au droit d'établissement, en déniaut aux établissements stables des sociétés étrangères, pour les dividendes de source française qu'ils perçoivent, le bénéfice de l'avoir fiscal qui est octroyé aux sociétés françaises (3) : « La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution

(1) BERLIN, *Droit fiscal communautaire*, 1988, pp. 204-206 ; CALLEJA et WÄGENBAUR, « Les dispositions fiscales du traité CEE », in *Commentaire Mégret, Le droit de la CEE*, t. 5, *Dispositions fiscales — Rapprochement des législations*, 1993, p. 265 ; J. MALHERBE, G. TIXIER et M. DE WOLF, « L'égalité en matière fiscale dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in R. ANDERSEN et J. MALHERBE (éd.), *Protection des droits fondamentaux du contribuable*, 1993, p. 99 ; CLAEYS BOUÛAERT, « La règle de non-discrimination dans la jurisprudence fiscale de la Cour de justice européenne », *J.D.F.*, 1991, p. 275 ; TER KUILE, « European Communities : Taxation, Discrimination and the Internal Market », *Eur. Tax.*, 1992, p. 402 ; BERLIN, « Trends in the Tax Jurisprudence of the Court of Justice of the EC », *E.C. Tax Review*, 1993, p. 80.

(2) Aff. 18/84, *Commission c. France*, arrêt du 7 mai 1985, *Rec.*, 1985, p. 1339.

(3) Aff. 270/83, *Commission c. France*, arrêt du 28 janvier 1986, *Rec.*, 1986, p. 273 ; *Droit fiscal*, n° 18, Com. 903 ; *J.D.F.*, 1986, p. 177 ; *Ann. dr. Liège*, 1986, p. 423, obs. DE MOFFARTS D'HOUCHEENÉ ; GLINEUR, « Les revenus des participations : la compatibilité des régimes différentiels d'imposition des établissements stables et des filiales avec le Traité de Rome », *J.D.F.*, 1987, p. 65.

et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux ».

Enfin, la Cour a estimé contraire à l'article 48, relatif à la libre circulation des travailleurs, qu'au Grand-Duché de Luxembourg les salariés qui s'établissent ou quittent le pays en cours d'année perdent le droit au remboursement des retenues à la source opérées sur leurs salaires qui s'avèrent excédentaires lors de l'établissement définitif de l'impôt (1).

La loi fiscale luxembourgeoise s'oppose à la restitution d'un trop-perçu au titre de la retenue de l'impôt sur les traitements et salaires opérée à charge des salariés qui ne résident dans le pays que pendant une partie de l'année, soit qu'ils s'y établissent, soit qu'ils le quittent en cours d'année (2).

Un contribuable de nationalité allemande s'est opposé à l'application de cette disposition, y voyant une discrimination fondée de façon occulte sur la nationalité : en effet, il est vraisemblable que, bien que la disposition légale s'applique à tous les non-résidents, même s'ils sont de nationalité luxembourgeoise, elle nuira plus fréquemment à des contribuables ressortissant d'autres États membres.

L'administration luxembourgeoise voyait au contraire dans cette disposition une discrimination justifiée par des raisons objectives et tendant à obtenir que les contribuables qui ont résidé à l'étranger pendant une partie de l'année n'obtiennent pas un avantage injustifié par rapport aux contribuables domiciliés pendant toute l'année au Grand-Duché.

En effet, en répartissant leurs revenus entre deux États, ils subissent une progressivité moindre de l'impôt que ceux qui ont résidé pendant toute l'année dans le même État.

La Cour de justice n'a pas retenu cet argument. En effet, la discrimination serait patente si le contribuable, en dehors de sa période de séjour au Grand-Duché, ne percevait pas de revenu dans l'autre pays où il a résidé.

La Cour a dès lors estimé que l'article 48.2 du Traité s'opposait à ce que la législation fiscale d'un État refuse à un salarié ressortissant d'un État membre, résidant pendant une partie de l'année seulement

(1) Aff. C-175/88, *Biehl*, arrêt du 8 mai 1991, *Rec.*, 1991, p. I-1792.

(2) L.I.R., art. 154 (6).

dans le pays, la restitution de la partie de la retenue d'impôt sur les traitements et salaires dépassant l'impôt dû en vertu de la loi (1).

La libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité entre travailleurs des États membres en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail.

En revanche, une société ne peut puiser dans le traité le droit de transférer son siège dans un autre État membre sans conséquences fiscales (2).

Déduction des primes d'assurance

De nombreux pays accordent une déduction fiscale au preneur d'assurance-vie, généralement limitée aux primes versées à une entreprise établie dans le pays (3).

La loi française octroie une réduction d'impôt pour primes afférentes à des contrats souscrits à l'étranger si l'assureur étranger a été agréé par la Direction des assurances. Elle autorise aussi les personnes ayant transféré leur domicile en France à poursuivre la déduction de primes dues en exécution d'un contrat étranger. Le contrat devra toutefois permettre le calcul de la déduction, qui est de 25 % de la fraction des primes représentative de l'opération d'épargne, plafonnée à 4.000 FF, plus 1.000 FF par enfant à charge.

En Belgique, les primes d'assurance-vie individuelle ne sont déductibles, dans la limite prévue par la loi, que si les contrats sont souscrits auprès d'entreprises belges ou d'établissements belges d'entreprises étrangères. La déductibilité est d'ailleurs subordonnée à la production par l'assuré d'une attestation de l'assureur, permettant un contrôle aisé.

Il en est de même des cotisations d'assurance-groupe.

(1) La Commission avait rappelé dans ses observations que le règlement du Conseil n° 1612/68, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, prescrit que les travailleurs des autres États membres doivent bénéficier des mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux (art. 7, § 2).

(2) Aff. 81/87, *The Queen v. ex parte Daily Mail*, arrêt du 27 septembre 1988, *Rec.*, 1988, p. 5483. VAN THIEL, « European Communities : *Daily Mail Case* — Tax Planning and the European Right of Establishment — A Setback », *Eur. Tax.*, 1988, p. 357 ; FROMMEL, « EEC companies and migration : a setback for Europe ? », *Intertax.*, 1988, p. 409.

(3) Cfr. pour une comparaison globale, *L'imposition du revenu des personnes physiques dans un contexte économique en évolution*, Rapport du Comité des affaires fiscales de l'OCDE, 1986.

Cette discrimination à l'égard des compagnies d'assurances étrangères n'ayant pas créé d'établissement dans le pays est-elle compatible avec l'article 59 du Traité, prévoyant la suppression des restrictions à la libre prestation de services depuis la fin de la période transitoire, à savoir le 1^{er} janvier 1970 ?

Sans doute l'article 61 du Traité prévoit-il que, par dérogation, la liberté des services des banques et des assurances qui sont liés à des mouvements de capitaux doit être réalisée en harmonie avec la libération progressive de la circulation des capitaux.

Les mouvements de capitaux liés à l'assurance-vie ont été libérés dès l'entrée en vigueur de la directive du 11 mai 1969.

D'autre part, l'article 62 du Traité prévoit que les États membres n'introduisent pas de nouvelles restrictions à la liberté effectivement atteinte en ce qui concerne les prestations de services. Or, la disposition restreignant aux contrats conclus avec des assureurs belges la déductibilité des primes d'assurance-groupe au titre de charges professionnelles a été introduite par la loi de redressement relative aux dispositions fiscales et financières du 10 février 1981, modifiant l'article 45, 3^o, du Code des impôts sur les revenus.

Il n'en est pas de même des restrictions à la déductibilité des primes d'assurance-vie individuelle. Historiquement, cette déductibilité, introduite par la loi du 8 mars 1951, est inspirée tant par le souci d'encourager la prévoyance individuelle que par celui d'assurer l'égalité entre les salariés et les indépendants. À l'époque, seuls les premiers pouvaient, par voie de cotisations déductibles, se constituer une pension.

Les investissements des compagnies d'assurances étant étroitement réglementés, les États ont maintenu, sous une forme ou sous une autre, des systèmes de déductibilité des primes encourageant un type d'investissement qui pouvait être canalisé vers l'économie nationale. Certains considèrent dès lors l'exclusion des assureurs étrangers comme logique (1).

(1) ROUSSELLE, « Libre prestation de services en assurance et fiscalité », *Bull. ass.*, 1989, p. 214.

Sur base des considérations rappelées ci-dessus, M. Dasselles a conclu, dans une étude fortement motivée, que les restrictions à la déductibilité des primes étaient contraires à l'article 59 du Traité (1).

M. Dasselles estime, en outre, sans être suivi par M. De Broe, que la discrimination précitée est contraire à la libre circulation des travailleurs assurée par l'article 48 du Traité. Il est incontestable qu'un travailleur peut être amené, par l'exigence de la législation belge, à devoir, pour maintenir la déductibilité des primes, changer d'assureur, avec les pertes financières impliquées par un tel changement.

Tel était le cas d'un travailleur venant d'Allemagne, qui a soumis à la Cour d'appel de Bruxelles le double grief de la violation des articles 48 et 59 du Traité.

Ces griefs ont été écartés, au seul motif, peut-être trop classique dans la jurisprudence fiscale, que les dispositions incriminées ne créent pas de discrimination entre les résidents belges basée sur la nationalité, tous les contribuables placés dans une situation identique étant soumis au même régime, quelle que soit leur nationalité (2).

Cette motivation, traditionnelle pour l'application de la clause de non-discrimination des conventions préventives de la double imposition, ne semblait pas répondre à l'argument déduit de la violation du Traité.

L'article 59 du Traité, notamment, veut éviter une discrimination entre les entreprises d'assurances belges et étrangères et non entre les résidents belges de différentes nationalités (3).

Sur question préjudicielle, la Cour de justice a admis que la Belgique puisse subordonner la déduction du revenu des personnes physiques de certaines primes d'assurance à la condition que celles-ci

(1) « Compatibilité avec le droit communautaire du régime fiscal des sommes versées par le contribuable ou son employeur dans le cadre d'une assurance complémentaire libre ou affectées à l'amortissement d'un emprunt hypothécaire (art. 45, 3° et 54, 1° à 3°, du Code des impôts sur le revenu) », *J.D.F.*, 1981, p. 65 ; dans le même sens DE BROE, « Les règles de déduction des cotisations de mutuelle et primes d'assurance-vie contraires au droit communautaire ? », *Fiscal. intern.*, n° 62, 22 février 1989, p. 1. Cfr aussi J. MALHERBE et J. PARAMORE, « Fiscalité et libre prestation des services en assurance-vie », *Ann. Dr.*, 1990, p. 137.

(2) Bruxelles, 15 novembre 1988, *F.J.F.*, n° 89/26.

(3) DE BROE, « Les règles de déduction des cotisations de mutuelle et primes d'assurance-vie contraires au droit communautaire ? », *Fiscal. intern.*, n° 62, 22 février 1989, p. 4.

soient versées en Belgique (1). Certes, les articles 48 et 59 du traité CEE s'opposent en principe à pareille restriction, mais « la nécessité de garantir la cohérence du régime fiscal applicable » la justifie en l'espèce.

Au nom de l'intérêt général, les clauses à première vue discriminatoires passeront l'épreuve, dans la mesure où elles sont nécessaires à l'intégrité du système fiscal (test de proportionnalité). En l'occurrence, la Belgique a pu faire valoir que l'équilibre interne de sa réglementation (déduction par l'assuré des primes moyennant imposition ultérieure des avantages obtenus de l'assureur) (2) ne pouvait pas être « assurée par des dispositions moins restrictives que celles en cause dans le litige au principal » (3).

Services bancaires

L'exonération de précompte mobilier libératoire accordée aux dépôts d'épargne sans stipulation de terme ou de préavis est réservée aux dépôts constitués auprès de banques belges ou de succursales belges de banques étrangères.

Les dépôts doivent être constitués en francs belges. Le taux d'intérêt et les primes de fidélité et d'accroissement y afférents sont plafonnés (4).

À une question préjudicielle portant notamment sur la compatibilité de ce régime avec l'article 59 du Traité, la Cour de justice put se borner à répondre qu'à l'époque, les approvisionnements de comptes bancaires n'étaient pas encore libéralisés et que l'article 61, liant la libération des services des banques et des compagnies d'assurances à

(1) Aff. C-204/90 et C-300/90, *Bachmann et Commission c. Belgique*, arrêts du 28 janvier 1992, *Rec.*, 1992, pp. I-249 et I-305. Cfr DASSESE, « L'arrêt *Bachmann* et la loi du 28 décembre 1992. Une victoire à la Pyrrhus ? », *J.D.F.*, 1992, p. 321 ; AMAND, « L'affaire *Bachmann*. Un coup d'arrêt ou un coup de semonce », *R.G.F.*, 1992, p. 292.

(2) Sur ce que cette présentation du régime déforme la réalité de la législation belge : HUYGHE, « Primes d'assurance-vie : la Belgique passe à travers les mailles du filet européen » et « Déduction de primes d'assurances-groupe et de cotisations à des mutualités », *Fiscologue*, 1992, n° 368, pp. 2-7, et n° 372, pp. 4-7.

(3) Selon la Cour, l'engagement de l'assureur de retenir l'impôt lors de la liquidation des avantages « ne saurait constituer une garantie suffisante ». C'est qu'il « n'est pas exclu que des raisons d'ordre public puissent être invoquées pour empêcher le recouvrement de l'impôt ». Si l'engagement était assorti du dépôt d'une caution, il en résulterait des charges supplémentaires qui ne manqueraient pas d'être répercutées sur le preneur. Dans l'opinion des juges de Luxembourg, ceci, combiné avec le risque de double imposition, enlèverait tout intérêt de l'assuré à poursuivre l'exécution d'un contrat souscrit à l'étranger.

(4) A.R.-I.R., art. 2.

celle des mouvements de capitaux, excluait l'application de l'article 59 (1).

Au 1^{er} juillet 1990, les mouvements de capitaux ont tous été libérés par la directive du 24 juin 1988.

Sans doute, les États pourront-ils encore édicter des « mesures de régulation de la liquidité bancaire ayant une incidence spécifique sur les opérations en capital effectuées par les établissements de crédit avec des non-résidents » dans la mesure nécessaire à la régulation monétaire interne (2).

La limitation de l'avantage fiscal octroyé a sans doute un but partiellement monétaire, puisqu'il vise à restreindre la hausse des taux sur ces livrets et, limitant les taux créditeurs, à limiter les taux débiteurs applicables notamment à l'État comme emprunteur.

L'avantage lui-même peut inciter un résident ou un non-résident à un placement en Belgique et en francs belges.

La restriction imposée est-elle nécessaire ? La réponse est difficile et technique.

D'ailleurs, se demande M. Berlin (3), s'agit-il d'une discrimination à l'égard d'un service qui peut être presté à l'étranger ? Il lui semble qu'en subordonnant l'octroi d'un avantage fiscal à des conditions tenant à la localisation de l'établissement dépositaire et à la nature du placement, le législateur belge n'édicte pas une restriction au sens de l'article 59, bien que la mesure produise des effets sur l'échange de services entre résidents et établissements bancaires non résidents (4).

On ne peut voir dans la mesure une discrimination, prohibée par l'article 52, entre banques belges et succursales belges de banques étrangères. Le texte ne refuse pas l'avantage fiscal aux dépôts reçus par ces dernières.

Si l'on transpose ce raisonnement à la déductibilité fiscale des primes d'assurance-vie, la limitation de l'avantage aux primes versées à des sociétés ou établissements belges ne heurterait pas la règle de la libre prestation de services.

(1) Aff. 267/86, *Van Eycke c. Aspa*, arrêt du 21 septembre 1988, *Rec.*, 1988, p. 4769, *F.J.F.*, n° 89/187, p. 352.

(2) *Dir.*, art. 2.

(3) « Jurisprudence fiscale européenne », *R.T.D.E.*, 1989, p. 258.

(4) Pour une étude complète des obstacles à la libre prestation des services financiers, cfr DASSESE, « Tax obstacles to the free provision of financial services : the new frontier ? », *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 1993, p. 12.

Rien n'interdit, dans un cas comme dans l'autre, au résident belge de contracter avec une entreprise non établie en Belgique.

Il faut toutefois rappeler que la Cour a considéré comme restriction à l'importation des produits, prohibée par l'article 30 du Traité, la disposition subordonnant l'octroi d'une provision immunisée d'impôt ou d'un subside à l'obligation de contracter avec une entreprise locale ou d'acheter des immobilisations dans le pays (1).

Comparaison : investissements en titres

Dans sa communication sur la « Création d'un espace financier européen », la Commission relève deux types de discriminations qui entravent la libre circulation des capitaux (2).

La première, l'incitation fiscale à investir en titres nationaux, devrait selon elle être radicalement éliminée. Il y a lieu soit de supprimer les mesures de type « Monory », soit de les étendre aux titres des autres États membres.

La seconde, limitant la possibilité pour les fonds de pension d'investir en titres étrangers, devrait être progressivement éliminée. Si un certain contrôle se justifie par le rôle social des fonds de pension, les restrictions existantes sont excessives. On pourrait y substituer une règle de congruence, assurant la couverture des engagements libellés dans une devise par des actifs libellés dans la même devise.

Situations internes

Les situations internes à un seul État membre ne seront normalement pas justiciables du droit communautaire.

Ainsi, une distillerie française ne trouvera aucun argument dans les traités pour s'opposer au paiement d'une soulte au Trésor français, sous prétexte que les alcools importés similaires y échapperaient : « Ni l'article 37, ni l'article 95 du traité CEE ne s'opposent à ce qu'un État membre frappe un produit national [...] d'impositions supérieures à celles qui frappent les produits similaires importés des autres États membres » (3).

(1) Cfr décision citées par DASSESE, « De toepassing van het communautair recht op het gebied van de directe belastingen », *A.F.T.*, 1988, p. 182.

(2) *COM* (87) 550 final, p. 11.

(3) Aff. 86/78, *Peureux c. Services fiscaux de la Haute-Saône et du territoire de Belfort*, arrêt du 13 mars 1979, *Rec.*, 1979, p. 915. Voy. également aff. 68/79, *Just c. Ministère des impôts et accises*, arrêt du 27 février 1980, *Rec.*, 1980, p. 519.

De même, la République fédérale peut soumettre à une imposition plus élevée les revenus professionnels de source allemande de ceux de ses ressortissants qui résident aux Pays-Bas : « Le seul élément qui sorte du cadre purement national est le fait que M. Werner réside dans un État membre autre que celui où il exerce son activité professionnelle », et il s'agit là d'un élément non pertinent au regard de l'article 52 du Traité (1).

D'une manière générale, le principe de non-discrimination ne peut être appliqué « à des situations purement internes à un État qui ne présentent aucun lien de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire » (2).

Les discriminations à rebours, par lesquelles un État traite ses propres citoyens moins favorablement que les ressortissants d'autres États, tendent à échapper au domaine des traités, ne laissant aux contribuables concernés que les voies et moyens de recours internes.

Le cas échéant, l'éventualité de normes particulières (3) ou d'un rattachement exceptionnel à l'ordre communautaire (4), doit toutefois être réservée. En outre, il y a lieu de tenir compte du caractère évolutif du droit communautaire (5).

(1) Aff. C-112/91, *Werner c. Finanzamt Aachen-Innenstadt*, arrêt du 26 janvier 1993, *Rec.*, 1993, p. I-429. On peut s'interroger sur la solution qui aurait été adoptée s'il s'était agi d'un résident néerlandais de nationalité néerlandaise.

(2) Aff. 44/84, *Hurd c. Jones*, arrêt du 15 janvier 1986, *Rec.*, 1986, p. 85. De ce point de vue, le Royaume-Uni est dès lors fondé à défavoriser fiscalement les enseignants britanniques d'une école européenne située sur son territoire par rapport à leurs collègues d'autres nationalités. Toutefois, la Cour est parvenue à la conclusion que le Royaume-Uni violait une autre disposition du Traité, à savoir l'article 5, qui impose aux États membres de ne pas porter atteinte au budget communautaire.

(3) Outre l'article 119 CEE déjà mentionné, voy. les aff. (non fiscales) 136/78 et 271/82, *Ministère public c. Auer*, arrêts du 7 février 1979 et du 22 décembre 1983, *Rec.*, 1979, p. 437, et 1983, p. 2727.

(4) Cfr aff. (non fiscale) 115/78, *Knoors c. Staatssecretaris van Economische Zaken*, arrêt du 7 février 1979, *Rec.*, 1979, p. 399, à propos du refus par les Pays-Bas de reconnaître le droit d'établissement d'un citoyen néerlandais ayant acquis une qualification professionnelle en Belgique : on ne saurait admettre que les États refusent « le bénéfice des dispositions du droit communautaire à ceux de leurs ressortissants qui ont fait usage des facilités » offertes par lui. Comp. Aff. C-12291, précitée, où la Cour souligne qu'à la différence de M. Knoors, « M. Werner est un ressortissant allemand qui s'établit dans son État d'origine sur la base d'une qualification et d'une expérience professionnelles acquises dans cet État ».

(5) Voy. par exemple l'effet que pourrait avoir sur la solution de l'arrêt *Werner* (aff. C-112/91, précitée) la directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour (*JOCE*, n° L 180), ainsi que l'article 8A nouveau prévu dans le traité de Maastricht.

Pour conclure, on soulignera que l'article 7 du Traité CEE, qui pose le principe général d'interdiction des discriminations exercées en raison de la nationalité, est de peu de secours. D'une part, il n'interdit pas davantage les discriminations à rebours (1). D'autre part, il n'ajoute rien aux expressions spécifiques de l'interdiction qui figure aux articles 48, 52, 59 ou 95 (2).

Sa pertinence se manifeste en réalité à l'égard des questions qui entrent « dans le domaine d'application du traité », sans bénéficier d'une disposition particulière. En matière fiscale, l'hypothèse paraît étroite. À notre connaissance, elle ne s'est pas encore rencontrée en jurisprudence.

Recommandation relative aux non-résidents

La Commission souhaite mettre fin à la situation selon laquelle le non-résident tirant l'essentiel de ses revenus d'un État membre autre que celui de sa résidence se voit imposer selon un régime moins avantageux que celui des résidents, notamment quant au taux d'impôt applicable et aux déductions. Fréquemment, en effet, ces contribuables ne peuvent bénéficier dans leur État de résidence des avantages correspondants, faute de revenus imposables dans ce pays.

La Commission a dès lors formulé une recommandation (3) tendant à l'application à ces non-résidents du régime qui serait applicable s'ils étaient résidents de l'État de la source de leurs revenus, avec leur famille, dès lors que les revenus visés par la recommandation constituent au moins 75 % du revenu imposable total de l'exercice fiscal.

Les revenus visés sont les revenus de professions dépendantes, les pensions, les revenus de professions libérales et indépendantes, les revenus agricoles et les revenus des activités industrielles et commerciales.

Toutefois, si le non-résident bénéficie dans l'État de la source d'autres revenus, le même régime s'y appliquera.

(1) Cfr aff. 44/84, *Hurd c. Jones*, arrêt du 15 janvier 1986, *Rec.*, 1986, p. 85.

(2) Cfr aff. C-112/91, précitée : « L'article 52 du Traité garantissant, dans le domaine du droit d'établissement, l'application du principe consacré à l'article 7 de ce Traité, il s'ensuit que lorsqu'une réglementation est compatible avec l'article 52, elle l'est aussi avec l'article 7. »

(3) Recommandation de la Commission du 21 décembre 1993 relative à l'imposition de certains revenus obtenus par des non-résidents dans un État membre autre que celui de leur résidence, *J.O.C.E.* n° L 39 du 10 février 1994, p. 22.

L'État de la source peut s'abstenir d'accorder des déductions ou d'autres avantages fiscaux soit si les revenus ne sont pas imposables dans cet État, soit si le contribuable bénéficie de déductions ou d'avantages identiques ou similaires dans l'État de sa résidence.

SOUS-TITRE III

DROIT BELGE

La loi belge offre des exemples de discrimination.

CHAPITRE PREMIER. — EN GÉNÉRAL

On rappellera l'existence en Belgique de deux dispositions discriminatoires à l'égard des établissements belges de sociétés étrangères.

Ces établissements se voient appliquer, sauf convention bilatérale, un taux d'impôt des non-résidents de 43 % (1), supérieur au taux belge d'impôt des sociétés. Ils ne peuvent bénéficier des taux réduits.

Les établissements belges de sociétés étrangères ne peuvent imputer sur l'impôt qu'ils doivent le précompte mobilier afférent aux revenus définitivement taxés qu'ils perçoivent (2). Ils sont par ailleurs constitués débiteurs de ce précompte sur les dividendes étrangers de participations alors que les sociétés belges ne le doivent pas dans le même cas (3). Ce régime est particulièrement nuisible aux établissements d'entreprises d'assurances, qui doivent constituer des actifs congruents dans le pays (cfr *infra*).

On relèvera encore les discriminations suivantes (4).

L'immunisation des plus-values sous condition de réinvestissement est subordonnée à un remploi en immobilisations amortissables utilisées en Belgique ou, jadis, à un remploi en actions ou parts de sociétés belges.

La déduction pour investissements est réservée aux immobilisations affectées à l'activité professionnelle du contribuable en Belgique.

(1) C.I.R., art. 246. Ce taux est à majorer de 3 % de l'impôt au titre de contribution complémentaire de crise (C.I.R., art. 463*bis*).

(2) C.I.R., art. 283.

(3) C.I.R., art. 262, 2°. Cfr MALHERBE, « Le régime fiscal des dividendes et des distributions de liquidation d'origine étrangère reçus par des sociétés belges : droit interne, traités et projets de réforme », *J.D.F.*, 1988, pp. 215-220.

(4) Cons. DASSESE, « De toepassing van het communautair recht op het gebied van de directe belastingen », *A.F.T.*, 1988, p. 181.

L'immunisation de 100.000 F par membre de personnel supplémentaire affecté à la recherche scientifique ne concerne que les chercheurs travaillant en Belgique.

La limitation des intérêts déductibles n'est levée que pour les intérêts payés à des banques belges ou à des établissements belges de banques étrangères.

L'imposition des particuliers résidents sur les plus-values réalisées lors de la cession de participations importantes dans des sociétés belges n'est perçue que si le cessionnaire est une société étrangère, même disposant d'un établissement en Belgique, non s'il s'agit d'une société belge.

L'octroi d'un précompte mobilier fictif aux créanciers et actionnaires des centres de coordination était subordonné à l'affectation des fonds récoltés à la constitution d'immobilisations en Belgique (1).

Certains voient une discrimination potentielle dans l'imposition des firmes étrangères sur des minima de bénéfices imposables, à défaut de comptabilité probante (2). L'administration considère qu'elle utilise une méthode de détermination du bénéfice imposable, admise par les traités.

(1) Loi du 11 avril 1983, art. 29.

(2) Cfr *supra*. Cons. Ph. HINNEKENS, *Belasting van niet-inwoners*, 1994, p. 135 et réf. citées.

CHAPITRE II. — PARTICIPATIONS BELGES OU ÉTRANGÈRES INVESTIES DANS UN ÉTABLISSEMENT BELGE PAR UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE

§ 1^{er}. — DROIT INTERNE

Sous réserve de l'application d'un taux ordinaire d'imposition plus élevé (43 % au lieu de 39 %), les éléments du bénéfice de l'établissement belge d'une société étrangère, y compris les dividendes et distributions de liquidation, sont imposés à l'impôt des non-résidents (sociétés) selon les règles applicables en matière d'impôt des sociétés à des sociétés belges (1).

Toutefois, les sociétés assujetties à l'impôt des non-résidents se voient refuser l'imputation de tout précompte mobilier en raison des revenus définitivement taxés qu'elles perçoivent (2)

En application de ce régime, la société non résidente supporte un précompte définitif non seulement sur ses dividendes de source belge, mais aussi sur ses dividendes de source étrangère puisqu'il n'est pas renoncé, à l'égard des établissements de sociétés non résidentes à la perception du précompte sur ces dividendes comme à l'égard des sociétés belges (3) et que l'établissement est constitué débiteur du précompte (4).

La succursale ne pouvait jadis pas davantage imputer le précompte mobilier fictif qui s'attachait à la distribution du boni de liquidation d'une société belge, bien que ce précompte fût ajouté au revenu perçu pour déterminer le montant à exclure des bénéfices.

Ces dérogations sont justifiées par le fait que l'administration belge ne peut percevoir le précompte mobilier lors de la redistribution de ces sommes aux actionnaires par la société étrangère (5).

(1) C.I.R., art. 235 et 246. Ces taux sont à majorer de 3 % de l'impôt au titre de contribution complémentaire de crise (C.I.R., art. 463bis).

(2) C.I.R., art. 283. Le précompte mobilier fictif afférent aux dividendes de sociétés étrangères a été abrogé à partir de l'exercice 1985.

(3) A.R.-I.R., art. 106, § 1^{er}.

(4) C.I.R., art. 262, 2^o.

(5) Com. I.R., 186/22 ; VERSTRAETEN, *La réforme du Code des impôts sur les revenus*, *Commentaire de la loi du 25 juin 1973*, et réf. citées, p. 182.

Il y a là une confusion entre deux ordres d'idées. Certains droits, parmi lesquels le droit interne belge, imposent les établissements de sociétés étrangères à un taux plus élevé que les sociétés locales. Cette *branch tax* est généralement justifiée comme un substitut de la retenue à la source sur les dividendes distribués au moyen des bénéfices de l'établissement. Aux États-Unis, où elle a été introduite par la réforme fiscale de 1986, elle remplace d'ailleurs la retenue à la source due aux États-Unis sur les dividendes d'une société étrangère qui avait tiré pendant trois ans 25 % au moins de ses profits d'une activité d'affaires aux États-Unis (*second dividend withholding tax*). La retenue s'appliquait en proportion des revenus de source américaine.

Il serait également concevable de refuser, au niveau de l'établissement, toute mesure d'allègement de la double imposition économique ou juridique des dividendes payés par une société à une autre, particulièrement s'ils sont de source étrangère. La responsabilité de cet allègement serait renvoyée au siège central étranger. Autrement dit, le pays de l'établissement considérerait qu'en principe, les participations, du moins étrangères, devraient être portées au bilan du siège et non de la succursale.

Si la Belgique adoptait cette attitude, elle aurait dû jadis refuser aux établissements l'imputation de la quotité forfaitaire d'impôt étranger, voire du crédit d'impôt belge, afférents aux dividendes de participations non permanentes respectivement étrangères ou belges. Elle s'abstiendrait de percevoir l'impôt des non-résidents (sociétés) sur les dividendes perçus par des succursales et le précompte mobilier sur les dividendes étrangers qu'elles encaissent. Elle renoncerait à tout impôt sur les bonis de liquidation à charge des mêmes établissements. Elle refuserait la déduction en Belgique des charges financières encourues par l'établissement pour l'acquisition de participations.

En considérant qu'un dividende de participation — et lui seul — est destiné à être redistribué et que le précompte mobilier à l'entrée est la juste contrepartie de l'absence de précompte mobilier à la sortie, la loi belge adopte une mesure hybride ne répondant pas à la logique.

Cette pénalisation est facile à éviter par la localisation des participations dans un autre pays, sauf pour les sociétés qui, comme les compagnies d'assurances, doivent détenir des participations dans leurs différents établissements pour y couvrir leurs engagements.

<i>Établissement en belge</i>		
<i>Bénéfices ordinaires, sans conventions (43 %) (1).</i>		
<i>Dividendes belge</i>		
Dividende brut	100	
Précompte mobilier belge	25	
Dividende net	75	
Revenu brut	100	
RDT : - 95 % × 100	- 95	
	<hr/>	
Imposable à l'INR-Soc	5	
INR-Soc (43 %)	2,15	
Plus précompte mobilier non imputable	25	
	<hr/>	
Charge fiscale totale	27,15	

Dividende étrangers				
Dividende brut	100	100	100	100
R.S. étrangère (supposée de 25 %/15 %/10 %/5 %)	25	15	10	5
Dividende net frontière	75	85	90	95
Précompte mobilier belge 25 % (2)	18,75	21,25	22,5	23,75
Dividende net	56,25	63,75	67,5	71,25
Revenu brut	75	85	90	95
RDT (95 %)	71,25	80,75	85,5	90,25
Imposable à l'INR-Soc	3,75	4,25	4,5	4,75
INR-Soc (43 %) (3)	1,6125	1,8275	1,935	2,0425
Plus précompte mobilier non imputable	18,75	21,25	22,5	23,75
	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>
Charge fiscale totale belge	20,3625	23,0775	24,435	25,7925

§ 2. — CONVENTIONS

Les conventions alignent en général le taux d'impôt des sociétés étrangères sur le taux ordinaire applicable aux sociétés belges.

(1) Ce taux est à majorer de 3 % de l'impôt au titre de contribution complémentaire de crise (C.I.R., art. 463bis).

(2) Ce taux est à majorer de 3 % de l'impôt au titre de contribution complémentaire de crise (C.I.R., art. 463bis).

(3) Ce taux est à majorer de 3 % de l'impôt au titre de contribution complémentaire de crise (C.I.R., art. 463bis).

La justification avancée à l'appui de la différence de traitement entre établissements de sociétés étrangères et sociétés belges disparaît lorsque la convention applicable prévoit expressément une majoration du taux de l'impôt pour compenser la non-perception par la Belgique d'une retenue à la source sur la distribution à l'étranger des bénéfices belges de la société non résidente.

La convention franco-belge, par exemple, augmente le taux de l'impôt des non-résidents applicable à une société française d'un montant tenant lieu d'impôt sur les bénéfices distribués et calculé au taux de 10 % sur la moitié du bénéfice de l'établissement stable belge après impôt au taux normal de l'impôt des sociétés, soit :

$$\frac{100 - 39}{2} \times 10 \% = 3,05 \% (1)$$

Des clauses analogues existent dans les conventions conclues par la Belgique avec le Luxembourg, les Pays-Bas et la Tunisie (2).

Cette différence de traitement est contraire à la clause de non-discrimination contenue dans la plupart des conventions fiscales, selon laquelle l'établissement stable d'une entreprise d'un État contractant dans l'autre État ne peut être imposé de façon moins favorable qu'une entreprise de l'autre État exerçant la même activité (3).

La convention fiscale franco-belge, antérieure au modèle de l'OCDE de 1963, se limite à la seule disposition générale interdisant la discrimination entre nationaux de deux États contractants, y compris les personnes morales constituées selon la législation de chaque État, et omet la clause imposant le traitement égal des établissements stables et des entreprises nationales.

La Cour de cassation a considéré que le texte général n'interdisait d'imposer différemment que les sociétés se trouvant dans la même situation, la société étrangère ne disposant en Belgique que d'un éta-

(1) Convention entre la Belgique et la France du 10 mars 1964, art. 17.3. Ce taux est à majorer de 3 % de l'impôt au titre de contribution complémentaire de crise (C.I.R., art. 463*bis*).

(2) Comm. Conv. 24/23.

(3) Convention OCDE, art. 24.4.

blissement n'étant pas dans la même situation qu'une société belge (1).

L'arrêt casse un arrêt de Cour d'appel de Bruxelles qui avait accordé à une société française percevant des dividendes de participations permanentes, sur base de la clause de non-discrimination contenue dans l'article 25 de la Convention fiscale franco-belge, l'imputation des précomptes mobiliers fictifs et réels que le Code refusait aux établissements de sociétés étrangères soumises à l'impôt des non-résidents.

Pour la Cour de Cassation, l'article 25.1 de la Convention fiscale franco-belge, qui interdit la discrimination fiscale entre nationaux — y compris les personnes morales — français et belges, ne s'applique en effet à une personne morale de droit étranger que si elle est dans la même situation qu'une personne morale de droit belge

Tel n'est pas le cas de la société française qui ne possède en Belgique qu'un établissement stable et n'y est pas soumise à l'impôt des sociétés, mais à l'impôt des non-résidents.

La Convention fiscale franco-belge est différente de la plupart des conventions en vigueur conclues par la Belgique.

Elle est antérieure au premier modèle de convention de l'OCDE, même si elle s'en inspire.

L'article 25 de la convention, relatif à la non-discrimination, ne contient qu'une partie des dispositions de l'article 24 du modèle de l'OCDE, reprises dans les autres conventions belges.

Il omet notamment la disposition selon laquelle « l'imposition d'un établissement stable qu'une entreprise d'un État contractant a dans l'autre État contractant n'est pas établie dans cet autre État d'une façon moins favorable que l'imposition des entreprises de cet autre État qui exercent la même activité » (2).

En soumettant à l'exigence d'une similitude de situation l'application de la clause conventionnelle de non-discrimination, la Cour de

(1) Cass., 1^{re} ch., 30 juin 1988, *Pas.*, I, 1330, *J.D.F.*, 1989, p. 140, obs. J. MALHERBE, *R.G.F.*, 1989, p. 44, obs. HAELTERMAN, cassant Bruxelles, 13 janvier 1987, *J.D.F.*, 1987, p. 232, obs. G. TIXIER et J. MALHERBE, *R.G.F.*, 1988, p. 187, obs. DASSESSE ; J. MALHERBE, « Imposition en Belgique des établissements stables de sociétés françaises : la discrimination permise », *Rev. dr. aff. intern.*, 1988, p. 1076.

(2) Convention OCDE 1963, art. 24.4.

cassation restreint considérablement sa portée (1) : elle n'interdirait toute discrimination qu'entre une société belge et une société française ayant en Belgique son principal établissement, hypothèse évidemment exceptionnelle.

En revanche, la discrimination reste permise dans la situation la plus fréquente, celle de l'installation par une société française d'une succursale dans notre pays.

Une particularité de la législation fiscale belge pourrait toutefois conduire à une conclusion différente. La clause de non-discrimination permet, par exemple, de n'accorder à un étranger non résident que le traitement réservé aux Belges non résidents (2). S'il en est de même pour une société, la Belgique doit accorder à une société étrangère non résidente le traitement qu'elle accorderait à une société belge non résidente, la résidence s'entendant chaque fois au sens du Traité.

Or, une société ayant son siège social en Belgique qui serait considérée comme résidente d'un autre État en application d'un traité serait soumise en Belgique à l'impôt des sociétés, non à l'impôt des non-résidents (3).

Les dispositions discriminatoires des articles 191, 5°, et 192 du Code ancien n'auraient donc pu lui être appliquées.

L'arrêt de la Cour de cassation ne conduit pas à revoir l'opinion selon laquelle, en présence de la clause conventionnelle spéciale, figurant dans la plupart des conventions, interdisant la discrimination entre établissements stables et entreprises nationales, la société étrangère devrait bénéficier, dans sa succursale en Belgique, des imputations que la loi refuse (4).

La Cour constate qu'en énonçant que les sociétés françaises disposant d'un établissement stable en Belgique sont soumises au régime applicable aux sociétés étrangères similaires, l'article 17, § 3, de la convention fiscale franco-belge ne déroge pas aux articles 191, 5°, et 192 du Code.

(1) Comp. PLAGNET, « Clauses de non-discrimination », *Juriscl. dr. fisc. intern.*, fasc. 359-2bis, n° 11 ; « Les clauses de non-discrimination incluses dans les conventions internationales conclues par la France (impôts directs) », *Dr. fisc.*, 1984, p. 871 ; GOUTHIÈRE, « De la portée du principe de non-discrimination inclus dans les conventions fiscales », *Rev. dr. aff. intern.*, 1988, p. 262.

(2) Comm. OCDE, art. 24.4.

(3) Comm. Conv. 4/02.

(4) Bruxelles, 28 mai 1993 et 17 juin 1993, *Courr. fisc.*, 1993, p. 635, obs. BEHAEGHE. *Contra*, Comm. Conv. 10/402.

Toutefois, cet article établit ensuite un taux maximum d'impôt applicable à l'établissement stable d'une société française. Ce taux est égal au total des impôts dus par une société belge sur ses bénéficiaires et sur leur distribution, dans le cas où ils recevraient la même affectation que ceux de la société française. Le précompte mobilier à ajouter à l'impôt des sociétés est calculé comme suit :

$10\% \times 1/2$ (bénéfice – bénéfice \times taux de l'impôt des sociétés).

Cette limite s'opposerait à ce que la succursale belge d'une société française soit frappée non seulement de l'impôt calculé à ce taux, mais encore d'un précompte mobilier belge non imputable (1).

La Cour d'appel de Bruxelles a estimé que l'article 17, § 3, de la convention interdisait même une discrimination entre sociétés belges et établissements stables quant au taux du précompte mobilier applicable aux dividendes étrangers reçus par ces contribuables : avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 1973, les taux applicables étaient respectivement de 20 et 10 % (2).

La clause de non-discrimination des conventions fiscales internationales est la seule disposition de ces conventions à se référer à la nationalité et non à la résidence des contribuables.

Elle est en fait inspirée des clauses semblables figurant dans les traités d'amitié, de commerce et de navigation. Ces traités prévoient généralement que les nationaux d'un État ne seront pas soumis dans l'autre État à un régime fiscal moins favorable que celui qui est accordé aux nationaux du premier État.

Ils n'exigent pas expressément que l'étranger réclamant le bénéfice de la clause se trouve dans la même situation que le national, mais cette condition est considérée comme implicite et contenue dans la notion même d'absence de discrimination (3).

La convention d'établissement franco-belge du 6 octobre 1927 (4) prévoit que les sociétés ainsi que leurs succursales ne seront pas soumises à une charge fiscale plus élevée dans l'ensemble que celle supportée par les sociétés du pays (art. 8).

(1) GLINEUR, « Les revenus des participations, La compatibilité des régimes différenciels d'imposition des établissements stables et des filiales avec le Traité de Rome », *J.D.F.*, 1987, p. 91.

(2) Bruxelles, 2 décembre 1980, *Gan*, inédit, cité par KIRKPATRICK « Examen de jurisprudence (1968 à 1982), Les impôts sur les revenus et les sociétés », *R.C.J.B.*, 1988, p. 679.

(3) VAN RAAD, *Non-discrimination in International Tax Law*, 1986, p. 88.

(4) *M.B.*, 5 novembre 1927.

Cette clause d'assimilation aux nationaux des succursales est plus généreuse et plus précise que celle de la convention fiscale et de la plupart des conventions d'établissement. Elle ne peut être considérée comme tacitement abrogée par la convention fiscale. Elle devrait donc s'appliquer et interdirait, sur une autre base, la discrimination que crée le Code des impôts sur les revenus à l'égard des succursales de sociétés françaises (1).

Toutefois, cette convention n'a jamais reçu l'assentiment législatif requis par l'article 68 de la Constitution pour les traités de commerce et ceux qui pourraient lier individuellement les Belges ainsi que pour ceux qui pourraient grever l'État (2).

Il a été jugé qu'un traité d'établissement était de ceux qui lient individuellement les Belges parce que les droits consentis aux étrangers en Belgique peuvent restreindre ceux des Belges (3).

En l'espèce, un Français s'opposait, sur base de la convention, à une déclaration de faillite pendant son service dans l'armée, la loi applicable aux Belges suspendant l'exercice des voies d'exécution en période d'appel sous les armes : cette loi restreignait le droit d'un créancier belge et constituait un exemple d'obligation qui aurait été imposée aux Belges à l'égard des Français par le Traité (4). La convention ne sera donc pas appliquée par les tribunaux, mais sa validité internationale n'est pas affectée par le défaut d'assentiment législatif (5). L'État engagerait donc sa responsabilité internationale s'il refusait de l'appliquer.

Comme l'a souligné jadis P.-H. Spaak, il serait d'ailleurs inadmissible qu'un département ministériel, en l'espèce les Finances, se retranche derrière l'absence d'assentiment législatif pour refuser d'appliquer un texte liant l'État et émanant d'un autre département, en l'espèce les Affaires étrangères.

La discrimination, sur le plan du traitement fiscal, des revenus définitivement taxés, entre sociétés belges et établissements belges de sociétés étrangères, paraît en tout cas contraire à l'article 52 du Traité de Rome, imposant la suppression de toutes restrictions à la liberté

(1) *Rép. internationale*, v° Impôts n° 62.

(2) SCHERMERS et VAN HOUTTE, *Internationaal en Europees Recht*, 1985, p. 98.

(3) *R.P.D.B.*, v° Traités internationaux, n° 43.

(4) Comm. Bruxelles, 7 octobre 1939, *R.W.*, 1940, Col. 405, confirmé par Bruxelles, 1^{er} mai 1940, *Pas.*, 1941, II, 62, soulignant incidemment que la faillite n'est pas une mesure d'exécution.

(5) SMETS, *L'assentiment des chambres législatives aux traités internationaux et l'article 68, alinéa 2 de la Constitution belge*, Bruxelles, 1964, p. 73.

d'établissement en Belgique des ressortissants d'un État membre de la Communauté (1), auxquels l'article 58 du Traité assimile les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre.

Les ressortissants et sociétés des États membres doivent avoir accès aux activités non salariées dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'État d'accueil (2).

En condamnant la législation française qui refuse le bénéfice de l'avoir fiscal aux succursales situées en France de sociétés d'assurances d'autres États membres, la Cour de justice des Communautés (3) a d'abord souligné que justifier la différence de traitement des sociétés françaises et des sociétés étrangères par le seul fait que celles-ci n'ont en France qu'un établissement et non leur siège social revient à vider la clause d'égalité de traitement de son contenu.

La même critique pourrait s'adresser au raisonnement tenu par la Cour de cassation à l'égard de la clause de non-discrimination des conventions fiscales.

La Cour de justice a ensuite constaté qu'en définissant de façon identique la base imposable des sociétés françaises et des succursales de sociétés étrangères, le législateur français a reconnu qu'aucune distinction objective fondée sur la situation de leur siège ne se justifiait. Il ne peut dès lors refuser à la succursale d'une société constituée dans un État membre de la Communauté un avantage accordé aux sociétés nationales dans le cadre de cette même imposition.

Cette motivation est directement transposable au refus par la Belgique d'accorder aux succursales de sociétés d'États membres l'imputation et le remboursement des précomptes afférents aux revenus définitivement taxés.

Le Code des impôts sur les revenus taxe en principe de la même façon les établissements belges de sociétés étrangères et les sociétés belges : l'impôt est établi sur l'ensemble des revenus professionnels d'origine belge de l'établissement, parmi lesquels figurent notamment les revenus mobiliers d'actifs affectés à l'activité professionnelle de l'établissement (4).

(1) Art. 52, al. 1^{er}.

(2) Art. 52, al. 2.

(3) C.J.C.E., 28 janvier 1986, aff. 270/83, *Commission c. République française*, Rec. 1986, p. 273, cité *supra*.

(4) VAN CROMBRUGGE, « De winstbepaling van Belgische en vaste inrichtingen in het internationaal fiscaal recht », *T.R.V.*, 1988, p. 406, n° 17.

Les quelques discriminations que le droit interne prévoit, telles que la limitation des charges déductibles à celles qui se rapportent exclusivement à l'établissement stable et l'application d'un taux supérieur à celui de l'impôt des sociétés, sont en général éliminées par les conventions préventives de la double imposition, conclues avec tous les pays de la Communauté.

Les discriminations de taux qui subsistent dans certaines conventions (Irlande, France, Luxembourg, Pays-Bas) peuvent d'ailleurs, elles aussi, être remises en question sur base de l'article 52 du Traité de Rome.

Il n'y a pas lieu de s'attacher à la différence de dénomination des impôts appliqués : dès lors que l'impôt des sociétés et l'impôt des non-résidents sont établis sur la même base, il s'agit d'impositions identiques. Les revenus définitivement taxés sont exclus de la base imposable dans les mêmes limites et dans les mêmes conditions, qu'il s'agisse d'appliquer l'impôt des non-résidents ou l'impôt des sociétés. Seuls les imputations et remboursements des précomptes mobiliers sont refusés, alors que ces précomptes sont néanmoins ajoutés au revenu pour en déterminer la quote-part imposable.

Si la Cour de justice n'exclut pas en principe l'existence de différences objectives pouvant justifier un traitement fiscal différent des succursales des sociétés d'États membres et des sociétés nationales de l'État d'accueil, force est de constater qu'aucun élément de ce type ne justifie le refus des avantages liés aux précomptes accompagnant les revenus définitivement taxés en Belgique, pas plus que celui du bénéfice de l'avoir fiscal en France. La justification traditionnelle selon laquelle la Belgique ne peut percevoir de précompte sur les dividendes distribués par la société étrangère concerne les actionnaires de la société étrangère et non l'imposition de celle-ci : elle ne peut appuyer le traitement spécial réservé à certains éléments du bénéfice de la succursale, qui n'ont aucune vocation particulière à être, plus que d'autres, distribués sous forme de dividendes.

Dans d'autres pays, même lorsque la loi nationale permet encore de traiter différemment les entreprises nationales et les établissements stables de sociétés étrangères, l'administration applique spontanément

le principe de non-discrimination : ainsi en est-il en Italie, pour l'octroi du crédit d'impôt attaché aux dividendes de source italienne (1).

Clause spéciale

M. Glineur avait, dans une étude complète du problème (2), démontré que la loi belge était contraire aux clauses conventionnelles de non-discrimination des établissements stables lorsque la convention rattachait les dividendes au revenu de l'établissement stable et renvoyait pour l'imposition des revenus d'une participation belge rattachée à un établissement à l'article 7, *d*, de la Convention modèle de l'OCDE définissant les bénéficiaires attribuables à un établissement stable.

La clause de non-discrimination, selon cet auteur, doit également s'appliquer lorsque la convention ne renvoie pas, en ce qui concerne les dividendes attribués à un établissement stable, à la disposition relative à ces établissements, mais se borne à prévoir que, dans ce cas :

- la Belgique peut percevoir le précompte mobilier conformément à sa législation (par exemple Danemark, États-Unis, Grèce, Israël, Pologne) (3) ;
- les limitations du taux du précompte mobilier ne s'appliquent pas (par exemple Islande, Japon, Malaisie) ;

(1) LICCARDI, « Il trattamento tributario delle stabili organizzazioni, Problemi e considerazioni », dans *Tax Policy and Economy, The impact of fiscal structure on international relations, Atti del convegno di Caserta, A cura di Antonio Pistone*, Padoue, 1988, p. 496.

(2) « Le régime des revenus définitivement taxés dans le chef des sociétés non résidentes — Persistance de dispositions discriminatoires dans le cadre des conventions internationales préventives de la double imposition », *R.G.F.*, 1983, p. 129 ; *contra*, Comm. Conv. 10/402. Bruxelles, 28 mai 1993 et 17 juin 1993, *Courr. fisc.*, 1993, p. 635, obs. BEHAEGHE.

De même, en France, sur base de la même disposition conventionnelle, ont été déclarées inapplicables aux sociétés d'États contractants les dispositions de droit interne refusant aux succursales le bénéfice du régime des sociétés mères (Trib. adm. Paris, 13 décembre 1982, *Dr. fisc.*, 1983, n° 43, Comm. 1964, confirmé par Cons. Ét. fr., 7^e et 9^e s.-sect., 18 novembre 1985, *R.G.F.*, 1987, p. 246, *Rev. jur. fisc.*, 1986, n° 100, *Dr. fisc.*, 1986, n° 9, Comm. 345, concl. FOUQUET, *Dall.*, 1986, J, 254, obs. TIXIER et LAMULLE) et le régime de l'avoir fiscal (Instruction du 31 juillet 1986, *BODGI*, 43.1.86).

(3) Dans les relations avec le Luxembourg, la Belgique réduit le taux du précompte de dix points en faveur des établissements stables belges de sociétés luxembourgeoises, sur base de la réciprocité et dans le cadre de la procédure amiable (Comm. Conv. 10/404).

- les dividendes sont imposables dans l'État où est situé l'établissement conformément à sa législation interne (par exemple Canada, Espagne, Italie, Malte, Maroc, Philippines, Portugal, Roumanie, Singapour, Tchécoslovaquie, Tunisie).

Les deux premiers types de dispositions se bornent à réserver, surabondamment, l'application du taux de droit commun du précompte. Le troisième, en revanche, pourrait être considéré comme permettant à la Belgique d'imposer les dividendes belges selon des modalités distinctes de celles de la taxation des établissements stables. Dès lors, toutefois, que la loi rattache ces dividendes aux profits de l'établissement, la clause de non-discrimination fait obstacle au refus d'imputations accordées aux entreprises belges.

Le protocole belgo-allemand prévoit, aux termes de l'article 15, 2°, que l'article 24 de la convention n'oblige pas un État contractant à appliquer aux dividendes reçus par un établissement le même régime que celui qui s'appliquerait, en vertu de sa législation, aux dividendes reçus par une société résidente. Il s'agit là d'une réserve expresse, qui fait obstacle à l'application de la clause de non-discrimination.

Les articles spéciaux des conventions ne règlent que le sort de revenus trouvant leur source dans l'un des États contractants, en l'espèce en Belgique.

Si le dividende est d'origine étrangère, la seule application de la clause de non-discrimination conduit à l'égalité de traitement, sans qu'il soit nécessaire d'examiner le libellé de l'article conventionnel relatif aux dividendes.

SOUS-CHAPITRE IV. — DROIT COMPARÉ

FRANCE

L'évolution jurisprudentielle tend à éliminer certaines discriminations subsistant en droit fiscal interne à l'égard des établissements stables d'entreprises étrangères (1).

Le juge de l'impôt a interprété dans un sens favorable au redevable étranger des clauses conventionnelles reproduisant l'article 24, point 4, de la convention modèle OCDE, selon lequel « l'imposition d'un établissement stable qu'une entreprise d'un État contractant a dans l'autre État contractant n'est pas établie dans cet autre État d'une façon moins favorable que l'imposition des entreprises de cet autre État qui exercent la même activité » (convention franco-italienne).

Régime des sociétés mères et filiales

En France, l'article 145 du Code général des impôts permettait à une société mère de déduire de son bénéfice imposable 95 % (2) du dividende reçu de filiales, françaises ou étrangères, à condition que les deux sociétés revêtent la forme de sociétés par actions ou de SARL, qu'il existe entre elles un pourcentage minimum de participation de 10 % ou que le prix de revient de cette dernière soit au moins égal à 150 millions de francs (article 85 de la loi de Finances pour 1987), et que les titres de la filiale aient été souscrits à l'émission ou, à défaut, fassent l'objet d'un engagement pris par la société mère de les conserver pendant deux ans au moins.

Ce régime, analogue au régime belge des revenus définitivement taxés, vise à éviter la double imposition économique des bénéfices de sociétés.

(1) G. TIXIER et J. MALHERBE, obs. *sub* Bruxelles, 13 janvier 1987, « Clauses conventionnelles de non-discrimination et établissements stables », *J.D.F.*, 1987, p. 235.

(2) Portés aujourd'hui à 100 %.

La loi le réservait aux sociétés mères de nationalité française et les établissements stables de sociétés étrangères se trouvaient donc exclus.

Les auteurs du modèle de convention de l'OCDE ont envisagé le problème que poserait la clause imposant l'égalité de traitement entre établissements stables et entreprises nationales dans le cadre de l'application du régime des dividendes distribués par une société à une autre.

Le commentaire du projet de convention expose les deux thèses en présence. Certains États considèrent que les régimes spéciaux doivent être appliqués aux établissements stables puisqu'ils ont pour but d'éviter la double imposition des bénéfices réalisés par une filiale et distribués à une société mère. L'impôt sur les bénéfices n'est donc prélevé qu'à un seul stade, au niveau de la filiale. Il n'est pas équitable de laisser à l'État du siège de la société mère le soin d'éviter cette double imposition car normalement cet État exonérera les bénéfices de l'établissement stable étranger ou percevra un impôt peu élevé (1) pour une imputation double.

D'autres États considèrent qu'il appartient à l'État du siège de la société mère d'éviter la double imposition économique. En effet, la perte de recettes fiscales résultant de l'exonération des dividendes est partiellement compensée par la taxation lors de la redistribution par la société mère, soit à la retenue à la source, soit à l'impôt sur le revenu dans le chef des actionnaires dont on peut présumer qu'ils ont la même nationalité que la société mère. Ces impôts ne peuvent être perçus par l'État où est situé l'établissement stable. Ils craignent en outre l'évasion fiscale résultant de la localisation artificielle de participations dans l'établissement stable afin de bénéficier de l'exonération (2).

Les auteurs du commentaire conseillent dès lors aux États d'indiquer clairement l'interprétation qu'ils donnent à l'article 24.4, dans leurs conventions internationales (3).

Ils proposent des solutions permettant de répondre à certaines objections :

- la perception sur les dividendes payés par des filiales à des établissements stables d'une retenue à la source au même taux que celle

(1) Comm. OCDE, art. 24.30.

(2) Comm. OCDE, art. 24.31.

(3) Comm. OCDE, art. 24.3.

- qui serait perçue sur les dividendes payés directement par la filiale au siège central de la société mère dans l'État cocontractant ;
- à défaut de dispositions de droit interne autorisant cette perception, la limitation de l'application de l'exonération de façon que l'impôt perçu par l'État de la source sur les dividendes soit le même, que les dividendes soient reçus par un établissement stable ou directement par le siège central de la société mère dans l'État cocontractant (1).

Ni la convention franco-italienne du 29 octobre 1958, appliquée par le Conseil d'État français, ni la convention franco-belge du 10 mars 1964, cette dernière étant d'ailleurs antérieure à la publication du premier modèle de l'OCDE, même si elle est inspirée des projets existants, ne contenaient de dispositions spéciales relatives à l'application de la clause de non-discrimination.

Cette dernière repose sur deux principes.

Le premier concerne l'octroi par un État « de certains aménagements ou facilités à des personnes ayant une nationalité étrangère et dont ne profitent pas ses propres nationaux » (2). Sont ainsi visés les pays en voie de développement qui accordent des avantages fiscaux aux investisseurs étrangers pour stimuler leur économie.

Comme le souligne Bernard Plagnet (3), « si ce principe prévoit des mesures en faveur des étrangers, il est plus douteux qu'il permette de réserver des privilèges à des nationaux ».

Le deuxième principe porte sur « la similitude des situations ». Le commentaire dont est assorti le modèle de l'OCDE précise que cette expression « doit s'entendre de contribuables (personnes physiques, personnes morales, sociétés de personnes et associations) placés, au regard de l'application de la législation et de la réglementation fiscale de droit commun, dans des conditions de droit et de fait analogues ».

Ainsi, le tribunal administratif de Paris, par un jugement du 13 décembre 1982 (4), a estimé que la société italienne d'assurances dont l'établissement stable se voyait refuser la restitution de la fraction de l'imposition correspondant aux dividendes tirés de la participation qu'elle détenait dans une société anonyme française, incorporée à tort par l'établissement dans ses bénéfices, devait bénéficier d'un

(1) Comm. OCDE, art. 24.34 et 35.

(2) Comm. OCDE, art. 243.

(3) « Les clauses de non-discrimination incluses dans les conventions internationales conclues par la France (impôts directs) », *Dr. fisc.*, 1984, n° 26, chron., p. 872.

(4) *Dr. fisc.*, 1983, n° 43, Comm. 1964.

régime fiscal qui ne soit pas moins favorable que celui consenti aux sociétés françaises d'assurances et pouvait dès lors réclamer le bénéfice du régime fiscal des sociétés mères.

Dans ses conclusions devant le Conseil d'État, le commissaire du gouvernement Fouquet a souligné que l'égalité de traitement concernait toutes les dispositions fiscales applicables aux entreprises françaises de même nature, y compris le régime des sociétés mères, en l'absence d'une réserve faite par la convention quant à ce régime. Le Conseil d'État a adopté cette thèse (1).

Avoir fiscal

La même interprétation devait conduire à accorder, en se fondant sur une clause conventionnelle de non-discrimination, aux succursales françaises de sociétés étrangères le bénéfice de l'avoir fiscal qui est réservé par l'article 158^{ter} du Code général des impôts aux personnes ayant leur domicile ou leur siège en France.

L'Administration a tiré les conséquences de cette jurisprudence dans une instruction du 31 juillet 1986 (2). Le régime des sociétés mères et l'attribution de l'avoir fiscal sont désormais accordés aux États ayant conclu avec la France des conventions fiscales incluant des accords de non-discrimination envers les établissements stables (entre autres États de la CEE, États-Unis, Japon, Canada).

L'actionnaire d'une société française bénéficie en principe d'un avoir fiscal égal à la moitié du taux normal de l'impôt des sociétés applicable aux dividendes qu'il perçoit. Une société mère ne peut bénéficier de cet avoir fiscal parce que les dividendes qu'elle reçoit n'entrent pas dans son bénéfice imposable. En cas de redistribution par une société du bénéfice non taxé, la société distributrice doit acquitter un précompte qui est égal au montant de l'avoir fiscal dont bénéficiera l'actionnaire. L'avoir fiscal attaché au dividende reçu par une société mère peut être imputé sur ce précompte comme d'ailleurs, s'il existe une convention internationale, les crédits d'impôt étrangers correspondant aux retenues à la source perçues sur les dividendes de filiales étrangères.

(1) Cons. Ét. fr., 7^e et 9^e s.-sect. 18 novembre 1985, *Rev. jur. fisc.*, 1986, n° 100, *Dr. fisc.*, 1986, n° 9, Comm. 345, concl. FOUQUET, *Dall.*, 1986, J., 254, note TIXIER et LAMULLE.

(2) *BODGI* 43.1.86.

Lorsqu'une société reçoit des dividendes en dehors du régime des sociétés mères, elle peut imputer l'avoir fiscal, mais l'excédent n'est pas remboursé.

QUATRIÈME PARTIE

**PRÉVENTION DE L'ÉVASION
FISCALE INTERNATIONALE**

Chaque État a intérêt à prévenir la fraude frappant ses impôts ; progressivement émerge la notion que tous les États ont intérêt à prévenir la fraude frappant non seulement leurs propres impôts, mais également ceux des autres États.

Encore faut-il déterminer quand il y a fraude, et quand il y a simple recherche de la voie la moins imposée (1).

(1) Voy. VAN HOUTTE, « Belastingontduiking en 'fiscale onderschatting' », in *Recht in Beweging. Opstellen aangeboden aan Prof. Dr. Ridder R. Victor*, 1973, p. 1231 ; « Evasion fiscale/Fraude fiscale », *Cah. dr. fisc. int.*, 1983, vol. LXVIIa ; MARGAIRAZ, *La fraude fiscale et ses succédanés*, 1970, 534 p. ; Th. DELAHAYE, *Le choix de la voie la moins imposée — Etude de droit fiscal comparé*, 1977, 230 p.

TITRE PREMIER

ÉMIGRATION

SOUS-TITRE PREMIER

DROIT BELGE

Déjà en 1984, le législateur belge avait fortement réduit, en matière de taxation des capitaux de pension, le champ d'application de la taxation au taux plein d'une rente fictive correspondante, au bénéfice du régime de taxation immédiate à un taux réduit. En effet, la rente fictive cesse d'être imposable en Belgique en cas d'émigration vers un pays à convention, et ce pays ne taxera évidemment pas une rente fictive.

Ce n'est qu'en 1992 que la Belgique a pris une véritable règle anti-émigration. L'article 364*bis* du C.I.R. 1992 dispose « lorsque les capitaux [de pension], les valeurs de rachat [d'assurances-vie] et l'épargne[-pension] visés à l'article 34 sont payés à un contribuable qui a préalablement transféré son domicile ou le siège de sa fortune à l'étranger, le paiement ou l'attribution est censé avoir eu lieu le jour qui précède ce transfert ».

La loi ne précise pas s'il existe une limite à cette rétroactivité, par exemple, le délai normal d'imposition de trois ans.

En tout cas, à défaut de règle conventionnelle expresse, cette règle ne devrait s'appliquer qu'en cas d'émigration vers un pays sans convention.

SOUS-TITRE II DROIT COMPARÉ

ÉTATS-UNIS

Un citoyen américain qui renonce à sa nationalité reste pendant dix ans imposable comme s'il était demeuré américain, du moins si l'impôt ainsi déterminé est supérieur à celui dont il serait redevable en tant qu'étranger, sauf si son changement de nationalité n'a pas pour but principal l'évasion fiscale (1).

L'étranger qui a été résident pendant trois ans, qui cesse de l'être et qui redevient résident après moins de trois ans sera taxé pour la période de non-résidence comme s'il avait toujours été résident, pour autant que l'impôt soit plus élevé s'il est ainsi déterminé (2).

(1) IRC § 877 (a).

(2) IRC § 7701 (b)(10).

ALLEMAGNE

Obligation limitée élargie

Sans changer de nature, l'obligation fiscale limitée est élargie (*erweitert*) dans le chef de certains contribuables : les personnes physiques qui, après avoir été soumises à l'obligation fiscale illimitée pendant au moins cinq des dix années précédant leur émigration, déplacent leur domicile dans un pays à faible imposition, tout en conservant en Allemagne des intérêts économiques importants (1).

Un pays est censé offrir une faible imposition si, sur un revenu de 150.000 DM, celle-ci est inférieure de plus d'un tiers à celle qui prévaudrait en Allemagne dans les mêmes conditions ; est également visée l'hypothèse du contribuable ne s'établissant dans aucun pays.

Le contribuable est notamment considéré comme gardant en Allemagne des intérêts économiques importants s'il y conserve une exploitation personnelle ou une participation de plus de 25 % dans une société, s'il en retire des revenus excédant 120.000 DM ou 30 % de ses revenus mondiaux ou s'il y possède un patrimoine excédant 300.000 DM ou 30 % de son patrimoine mondial.

En présence de ces conditions, le contribuable sera taxé pendant dix ans, au taux qui aurait été applicable à son revenu mondial, sur tous ses revenus de source allemande au sens, non plus du § 49 EStG, mais du § 34 c (I) EStG ; il s'agit de tous les revenus qui, pour un contribuable soumis à l'obligation illimitée, n'auraient pas été des revenus étrangers.

Enfin, l'imposition limitée normale reprend ses droits pour chaque exercice où le revenu ainsi défini n'excède pas 32.000 DM.

L'on a pu reprocher à ce système sa relative injustice puisque, d'une part, il est facile à tourner, soit par la substitution de biens étrangers à des biens allemands, soit par le recours à des sociétés relais sortant des prévisions des §§ 5-7 AStG (7) et puisque, d'autre part, il s'applique quel que soit le motif du départ, même en l'absence de tout but d'évasion fiscale : la *ratio legis* est, en effet, de compenser

(1) AStG § 2.

l'Allemagne pour la possibilité qu'elle a donnée au contribuable d'y créer sa fortune.

Plus-values latentes sur participations

Le contribuable qui a été assujetti à l'obligation illimitée pendant dix années, même non consécutives, et cesse de l'être, se voit imposer sur la plus-value latente de ses participations importantes (au sens de l'article 17 EStG) dans des sociétés de capitaux allemandes (1). Le revenu est imposable au taux moyen applicable aux autres revenus, réduit de moitié (2).

Comme le fait générateur est le transfert de résidence, l'impôt frappe encore un résident : il n'y aura pas matière à application de la convention de double imposition existant, le cas échéant, avec le pays de destination.

(1) AStG § 6 — *Vermögenszuwachsbesteuerung*.

(2) EStG § 34.

TITRE II

PRIX DE TRANSFERT

Dans une entreprise multinationale, il est fréquent qu'une société du groupe livre un bien ou fournisse une prestation de service à une autre société du groupe. Cette opération est sans incidence sur le résultat consolidé du groupe, si bien que la facturation juridique a peu de signification économique.

Economiquement, il n'y a pas de vente, mais simple « transfert » ; le prix de ce transfert est cependant une réalité juridique qui peut avoir une considérable incidence fiscale. Même s'il n'y a pas de raison de suspecter leur bonne foi *a priori*, les groupes multinationaux peuvent être tentés de manipuler les prix de transfert pour réduire la charge fiscale globale de leur groupe en faisant apparaître le bénéfice là où il sera peu taxé (1).

En raison des liens d'interdépendance qui unissent ces sociétés, l'administration fiscale de chaque pays considère avec circonspection les transferts de ressources qui s'opèrent entre elles, recherchant dans chaque cas si ceux-ci ne revêtent pas un caractère anormal et n'ont pas pour conséquence de faire échapper à l'impôt national des éléments du bénéfice imposable (2).

Les législations nationales (3) prévoient généralement la possibilité pour l'administration de redresser le bénéfice imposable lorsque les transferts ont été opérés dans des conditions anormales et ont eu pour effet de minimiser ce bénéfice.

(1) Voy. *Prix de transfert et entreprises multinationales — Rapport du Comité des affaires fiscales de l'OCDE*, 1979 ; *Prix de transfert et entreprises multinationales — Trois études fiscales*, OCDE, 1984.

(2) SAUNDERS, « International : Transfer Pricing and the Multinational Enterprise », *Eur. Tax.*, 1989, p. 251 ; *Id.*, « Transfer Pricing and the Multinational Enterprise », *Tax Planning International Review*, 1989, n° 5, p. 13 ; DOLAN, « Intercompany Transfer Pricing for the Laymen, special report », *Tax Notes*, 8 octobre 1990.

(3) Voy. p. ex. VAN DER LANDE, « Transfer pricing : a Dutch report », *Intertax*, 1988, p. 152 ; BOIDMAN, « Canada, Intercompany Transfer Pricing », *Eur. Tax.*, 1991, 395 ; BERRY, « Transfer Pricing in the United Kingdom », *B.I.F.D.*, 1992, p. 111.

SOUS-TITRE PREMIER
DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

CHAPITRE PREMIER. — CONVENTIONS
MODÈLES

Les autorités fiscales d'un État contractant peuvent, pour calculer les sommes imposables, rectifier la comptabilité des entreprises si, par suite des relations spéciales existant entre ces dernières, leurs livres ne font pas apparaître les bénéfices réels, imposables, qu'elles réalisent dans ce pays (1).

Il peut en résulter une double imposition économique : l'entreprise de l'État A, dont les bénéfices ont été redressés, sera imposée sur un montant de bénéfices au titre desquels son entreprise associée de l'État B aura déjà été imposée. L'État B devra dès lors procéder lui-même à un ajustement de façon à supprimer la double imposition, mais uniquement à condition que les chiffres des bénéfices rectifiés de l'entreprise de l'État A correspondent bien à ceux qui auraient été obtenus si les transactions avaient été conclues dans des conditions d'indépendance.

Le texte ne spécifie pas la méthode à employer pour effectuer cet ajustement, réduction des bénéfices imposables ou dégrèvement d'impôt.

En outre, il faut remarquer que, nonobstant ces ajustements, la situation ne sera pas identique à celle qui aurait existé dans des conditions d'indépendance, puisqu'en fait les bénéfices qui ont été ajustés ont été encaissés par l'entreprise de l'État B et non par celle de l'État A. Or, si la transaction avait été conclue dans des conditions d'indépendance, l'entreprise de l'État A aurait, si elle avait voulu transférer ses bénéfices à son entreprise associée, versé ceux-ci, ce qui

(1) Convention OCDE, art. 9. Sur le modèle 1992, cfr FINK, « Taxation of the permanent establishment (Articles 5 and 7), associated enterprises (Article 9) and the mutual agreement procedure (Article 25) », *Intertax*, 1992, p. 676.

aurait entraîné d'autres conséquences fiscales, retenues à la source par exemple.

La Convention ne prévoit pas d'ajustements « secondaires » destinés à tenir compte de cette situation, mais rien n'empêche les États contractants de les pratiquer si la législation nationale les y autorise.

Le texte ne résout pas non plus la question de savoir s'il faut fixer un délai à l'expiration duquel l'État B ne sera plus tenu d'opérer l'ajustement des bénéfices de l'entreprise. Les États sont libres de fixer, dans leurs conventions bilatérales, une limite dans le temps à cette obligation.

CHAPITRE II. — RAPPORTS DU COMITÉ DES AFFAIRES FISCALES DE L'OCDE

Le Comité des affaires fiscales de l'OCDE a adopté en janvier 1979 un rapport consacré à la détermination des prix de transfert fiscalement acceptables au sein d'entreprises multinationales établies dans différents États (1).

Le 11 mai 1979, le Conseil de l'OCDE a émis une recommandation invitant les États membres à tenir compte des méthodes exposées dans le Rapport pour la fixation de prix de libre concurrence dans les transferts entre entreprises associées et à renforcer la coopération de leurs administrations dans ce domaine.

La publication de ce rapport suit celle d'autres documents internationaux importants :

- les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales ;
- la proposition de directive du Conseil des Communautés européennes concernant l'élimination des doubles impositions dans le cas de correction des bénéfices entre entreprises associées (procédure arbitrale), du 29 novembre 1976 (2), remplacée par un traité ultérieur (cfr *infra*) ;
- la nouvelle version de convention modèle de l'OCDE pour la prévention de la double imposition (1977) et particulièrement son article 9 relatif aux entreprises associées ;
- les rapports des Nations Unies sur les traités fiscaux entre pays en développement et pays développés.

Remarques liminaires

1. Le rapport se fonde sur le principe déjà incorporé dans l'article 9 du modèle de Convention de double imposition de l'OCDE concernant le revenu et la fortune : les transactions entre firmes apparentées doivent s'effectuer dans les conditions qui seraient convenues

(1) *Prix de transfert et entreprises multinationales*, 1979, suivi de *Prix de transfert et entreprises multinationales. Trois études fiscales*, 1984. Cfr J. MALHERBE, « Le rapport du Comité des affaires fiscales de l'OCDE : *Prix de transfert et entreprises multinationales* (1979) », *J.D.F.*, 1979, p. 395.

(2) *J.O.C.E.* n° C 301 du 21 décembre 1976, p. 4.

entre entreprises indépendantes. Le rapport adopte donc une méthode unitaire, fondée sur la comparaison des opérations, et non une méthode globale, fondée sur la répartition des résultats.

2. Le rapport se limite aux transferts de marchandises, de techniques (licences de brevets et *know-how*), de marques, de services et aux prêts. Il exclut volontairement les transferts de droits de propriété littéraire et artistique et les opérations immobilières et mobilières, portant sur actions ou obligations.

3. Le premier rapport n'aborde pas le problème des ajustements corrélatifs qui fait l'objet de l'article 9, § 2, de la Convention modèle : lorsqu'un État redresse les profits d'un contribuable pour aligner une opération sur les conditions de concurrence normale, l'État ayant juridiction sur l'autre contribuable partie à l'opération devrait ajuster de façon correspondante l'impôt levé sur le profit de ce dernier. Les rédacteurs du rapport espèrent que leur œuvre rendra moins nécessaires de tels ajustements (1).

§ 1^{er}. — PRINCIPES GÉNÉRAUX

Avant d'analyser différentes catégories d'opérations, les auteurs du rapport dégagent les principes généraux qu'ils adoptent.

1. Le prix de transfert à retenir est en principe le prix de pleine concurrence, pratiqué dans des circonstances comparables entre entreprises indépendantes. À défaut, par exemple si les biens ou services transférés sont particuliers au groupe (produits semi-finis, techniques) ou si l'entreprise indépendante qui contracte avec le groupe diffère des membres du groupe, par sa place dans le processus économique ou sa taille, il faudra recourir à la méthode du coût majoré (prix de revient + coûts et marge bénéficiaire) ou à la méthode du prix de revente (prix de vente – marge bénéficiaire).

On remarquera que ces méthodes sont inspirées des Regulations américaines prises en application de la section 482 de l'Internal Revenue Code (2).

2. Le rapport rejette les méthodes globales ou directes de répartition des bénéfices et les méthodes proportionnelles liant les bénéfices au coût, au chiffre d'affaires ou à la main-d'œuvre de chaque entre-

(1) Voy., sur cette question, le rapport du Comité des affaires fiscales de l'OCDE de 1984, ci-après.

(2) Comp. HAMAEKERS, « The Arm's Length Principle and the Role of Comparables », *B.I.F.D.*, 1992, p. 602.

prise (1). associée. Le fisc, même dans le pays de la société mère, ne peut disposer des informations économiques lui permettant d'apprécier les fonctions, les risques et les justifications du bénéfice des diverses entreprises en cause. Le recours non coordonné à ces méthodes peut engendrer une double imposition.

Toutefois, le maintien d'une entreprise encourageant des pertes répétées peut être l'indice d'un transfert injustifié de bénéfices, sauf s'il s'explique par des motifs politiques ou sociaux.

3. Le rapport n'est pas davantage favorable à la fixation de marges à l'intérieur desquelles les prix seraient acceptés sans contestation par l'administration. Les Regulations américaines reconnaissent de tels *safe havens*, par exemple en matière de taux d'intérêt.

4. Le rapport reconnaît l'existence d'arrangements globaux, prévoyant une seule rétribution en contrepartie de prestations complexes (brevets, procédés, services, bail d'installations) et de compensations entre fournitures réciproques. Là aussi, les autorités devront les apprécier par comparaison avec les conditions dont les parties indépendantes conviendraient. La décomposition des éléments de l'accord pourra être nécessaire, par exemple si une retenue à la source s'applique à certains paiements (redevances, intérêts) et non à d'autres.

5. Les interventions de l'État, plus particulièrement le contrôle des prix et le contrôle des changes, influencent les prix de transfert.

Un intérêt dû peut être bloqué dans le pays de l'emprunteur par la réglementation du change. La déduction devrait néanmoins en être admise, même si le pays du prêteur tient compte du blocage pour différer l'imposition du créancier.

6. L'administration des douanes, également appelée à évaluer les marchandises importées, se réfère aussi au prix de pleine concurrence.

Des divergences peuvent apparaître entre le prix qu'elle retient et celui que déterminera l'administration fiscale, qui n'examinera l'opération que longtemps après le franchissement de la frontière. Une concertation est souhaitable.

(1) Comp. OVERGAUW, « Transfer pricing — The profit comparison method, at best a costly check to see if further audit is necessary, but not suitable to determine transfer prices ? », *Intertax*, 1992, p. 407.

§ 2. — TRANSFERTS DE MARCHANDISES

Le rapport traite des ventes de matières premières, de produits semi-manufacturés et de produits finis, mais non de biens immobiliers, de minerais, d'actions et d'obligations. Il n'examine ni le crédit-bail, ni la fourniture d'installations clé en mains.

Le prix des marchandises doit être fixé sur base du prix résultant des forces normales du marché, telles qu'elles agiraient sur des entreprises non apparentées. Le prix fait peut toutefois s'en écarter dans certaines circonstances. Il y aura lieu de vérifier si elles joueraient également dans les relations entre firmes indépendantes.

1. Certaines marchandises peuvent être fournies gratuitement ou à des prix sacrifiés : le but sera d'aider un client en difficulté pour conserver un débouché, de favoriser la vente d'autres produits de la gamme, de pénétrer sur un marché ou d'y améliorer sa position.

Si une entreprise située dans un pays était amenée à fabriquer de façon durable un produit vendu à perte, le service qu'elle rend aux autres fabricants du groupe devrait être rétribué par une commission appropriée.

2. L'État peut influencer le prix pratiqué, notamment par l'octroi de subventions, le contrôle des salaires et celui des prix. Si le contrôle des prix limite le bénéfice réalisé au stade où le contrôle est imposé, le prix d'achat à l'importation pourra difficilement être critiqué s'il est comparable à celui des importations faites sur des marchés libres.

Il peut cependant exister des cas où même un acheteur indépendant pourrait persuader son fournisseur de modérer ses prix. Les mêmes considérations devraient alors s'imposer au sein d'un groupe.

Les méthodes traditionnelles, citées plus haut, trouvent ici leur application normale.

A. Méthode du prix comparable sur le marché libre

Il y aura lieu de comparer :

- des marchés économiquement et géographiquement comparables ;
- des stades comparables du marché : gros ou détail, par exemple ;
- des marchandises comparables : si elles ne sont pas identiques, encore faut-il que les différences puissent se mesurer par des ajustements de prix. La marque et d'autres signes distinctifs peuvent être générateurs de différences de prix. Les imitations se vendent moins cher que les produits brevetés.

Il faut également tenir compte du volume des ventes, de leur date et des conditions accessoires : frais de transport, d'emballage et de commercialisation ; garanties ; termes de paiement.

Les fluctuations monétaires ou les conditions liés à l'inflation peuvent également influencer le prix final ou les conditions de paiement (versement anticipé, indexation).

Au sein d'un groupe, la fourniture de services annexes ou de biens incorporels accompagne souvent les ventes, particulièrement celles de produits à haute technologie. Leur rétribution est parfois incluse dans le prix.

B. Méthode du prix de revente

Du prix de revente à un acheteur indépendant est déduite une marge appropriée couvrant les frais et le bénéfice du vendeur.

Cette méthode n'est aisément applicable que si le vendeur membre du groupe n'ajoute pas à la valeur des marchandises d'éléments importants, en les transformant, en les incorporant dans un autre produit, en les faisant bénéficier d'une marque ou d'un autre droit incorporel.

Le prix de revente devra être relevé à une époque pas trop éloignée de celle de la vente.

La hauteur de la marge bénéficiaire normale dépend du rôle du vendeur et des risques courus par lui : transport, conditionnement, commercialisation, publicité, garantie, risques de la propriété, financement des stocks.

S'il est établi dans un havre fiscal, ne prend pas livraison des marchandises et les revend à des clients résidant ailleurs, son intervention ne justifie qu'une rémunération minime, sauf si elle s'accompagne d'une compétence particulière dans la commercialisation ou de la prise en charge de risques particuliers.

L'octroi d'un droit exclusif de revente influence aussi la marge bénéficiaire du revendeur.

C. Méthode du prix de revient majoré d'une marge bénéficiaire

Le prix de revient est majoré d'une marge bénéficiaire appropriée.

Cette méthode s'applique surtout à des cas particuliers : ventes de produits semi-finis entre unités du groupe, ventes faisant suite à des

accords d'utilisation d'installations communes ou de livraisons à long terme, achats à une unité qui remplit un rôle de sous-traitance.

Même en pleine concurrence, cette méthode est utilisée pour la facturation de produits spécialisés fabriqués sur demande d'un seul client (matériel militaire, certaines usines livrées clé en main).

La détermination du prix de revient est difficile, notamment en raison des variations de méthodes de la comptabilité analytique d'exploitation. Celle-ci pourra être utilisée si l'entreprise a recouru à la même méthode pour le calcul des prix appliqués à des acheteurs indépendants.

Le prix de revient doit comprendre le coût direct et une quote-part des coûts indirects, notamment des frais de recherche et de développement, sauf s'il s'agit de la liquidation d'une production marginale.

La variation des coûts dans le temps et la répartition des charges afférentes aux immobilisations rendent nécessaire l'utilisation de moyennes.

La répartition des coûts indirects entre unités de production est délicate. Doit-elle être proportionnelle au chiffre d'affaires, aux effectifs, au coût salarial ?

Certaines charges peuvent aussi être réparties entre acheteur et vendeur, selon le rôle et les risques de chacun.

La marge bénéficiaire sera déterminée par référence à la marge du fabricant sur des articles similaires vendus dans des conditions de concurrence. À défaut, elle sera comparée à celle d'autres vendeurs, à condition que leurs activités soient analogues.

Choix de la méthode

S'il existe un prix comparable sur le marché libre, il n'y a pas lieu de rechercher une autre évaluation du prix normal. À défaut, l'accent sera mis sur la production et la recherche, donc sur le prix de revient, si la marchandise constitue une innovation importante. Il sera mis sur la commercialisation, donc sur le prix de revente, si la marchandise est normalisée.

La méthode du prix de revient majoré néglige la demande, donne un poids excessif au coût initial et peut déboucher sur un prix que le marché ne garantirait pas.

Autres méthodes

Les autres méthodes sont jugées imprécises par les experts de l'OCDE. Parfois, les résultats de diverses entreprises d'un secteur sont comparés, particulièrement le bénéfice brut provenant des ventes de marchandises ou de groupes de marchandises.

Le bénéfice global provenant d'une vente peut être divisé entre entreprises associées selon une clé de répartition.

Le rendement des capitaux investis est comparé avec le rendement obtenu par des entreprises similaires, après ajustement requis par les différences de structure financière.

Le rendement des capitaux investis est comparé avec celui d'autres emplois possibles.

§ 3. — TRANSFERTS DE TECHNIQUES ET DE MARQUES

A. Transferts de techniques (brevets et *know-how*)

1. *Licences*

Les redevances payées en exécution d'accords de licence ne seront déductibles que si le droit est réellement utile à l'entreprise.

Il est normal qu'un tel accord soit écrit.

Le prix convenu doit être celui qui serait pratiqué entre entreprises indépendantes. Il n'y a aucune raison de refuser la déduction parce que le bénéficiaire du paiement est une entreprise apparentée.

Le paiement est généralement périodique et lié à la production, aux ventes ou, plus rarement, aux bénéfices du licencié. Un versement forfaitaire remplace parfois les redevances ou s'y ajoute. Si la concession du droit s'accompagne d'une vente de produits semi-finis, la contrepartie de la licence peut être comprise dans le prix des marchandises ou être payée séparément. Le fisc vérifiera s'il n'y a pas de double emploi.

Pour déterminer le prix de pleine concurrence, on examinera les contrats conclus par le cédant avec des partenaires indépendants, les offres de tiers, les sous-licences consenties par le licencié et, plus rarement, les opérations similaires réalisées dans le même secteur industriel. Il n'est pas possible de fixer des normes, par exemple sous forme de pourcentage des ventes.

Dans ces comparaisons interviennent de nombreux facteurs :

- les bénéficiaires escomptés par le licencié et donc les conditions du marché ;
- l'étendue territoriale de la licence, son caractère exclusif ou non, les restrictions à l'exportation des biens produits sous licence ;
- l'assistance technique éventuelle du cédant ;
- les investissements à effectuer par le licencié ;
- l'originalité et la durée utile du brevet ou du *know-how* ;
- la part de l'élément fabriqué sous licence dans le produit final ;
- l'obligation du licencié de communiquer au cédant les perfectionnements découverts.

Les frais exposés par le cédant pour créer le droit incorporel sont difficiles à isoler et ne fournissent guère d'indications sur le caractère utile de la recherche.

L'administration se livre parfois, pour juger de l'utilité du droit concédé, à la comparaison des bénéficiaires d'une entreprise sur une longue période avec ceux d'autres entreprises du même secteur.

2. *Accords de contribution aux dépenses de recherche et de développement*

Au lieu de recourir à la concession de licences postérieures à la création de valeurs incorporelles, les entreprises d'un groupe peuvent convenir de contribuer au coût d'une recherche commune ou de tout le programme de recherche du groupe en échange de l'utilisation gratuite des résultats de la recherche (1).

Ces accords sont fréquents aux États-Unis où le fisc admettait un tel partage de coûts, sans adjonction d'une marge bénéficiaire, à condition que les participants acquièrent un droit spécifique sur les biens créés (2).

Comme les contrats de licence, de tels accords devront répondre aux besoins réels des entreprises concernées, qui seront en principe

(1) MAISTO (General Reporter and Editor), *Tax Treatment of Cost-Contribution Arrangements*, International Bar Association, Committee on Taxes of the Section of Business Law, 1988.

(2) Cette réglementation est influencée par la nouvelle exigence d'une *superroyalty* (cfr *infra*). TOBIN et OLMSTEAD, « Cost contribution arrangements and superroyalties », *Intertax*, 1988, p. 61 ; MAISTO, « The Italian approach to cost-contribution arrangements and possible discrepancies with the US White Paper on transfer pricing », *Intertax*, 1989, p. 81 ; PECK, « US Tax Policy Concerning Research and Development in the Multinational Context », *International Tax Journal*, vol. 17, 1990-91, n° 1, p. 67 ; COLE et MUSER, « Qualified cost sharing arrangements under proposed regulations implementing section 482 of the US Internal Revenue Code », *Intertax*, 1992, p. 344.

des entreprises manufacturières, et être écrits. Les travaux effectués devront être justifiés. Si une entreprise n'en retirait pas d'avantage au cours d'une longue période, le maintien de sa participation devrait être jugé anormal.

Les sommes à répartir comprendront les coûts directs et certains coûts indirects qui y sont liés, à concurrence du coût net, c'est-à-dire sous déduction des recettes produites par la cession de droits à des tiers.

Contrairement à la règle adoptée aux États-Unis, elles peuvent même inclure une marge bénéficiaire, si le bénéficiaire rémunère l'organisation et la conduite du projet, à l'exclusion des risques, ceux-ci étant, par hypothèse, répartis.

La répartition se fera au prorata des avantages escomptés qui seront souvent, mais pas toujours, proportionnels au chiffre d'affaires des participants.

B. Transferts de marques et de noms commerciaux

Au contraire des brevets et procédés, la marque ne confère pas un monopole de production. Des articles identiques à ceux que couvre la marque peuvent être vendus sous une autre dénomination. En revanche, son usage est indéfini dans le temps. Sa création n'est pas coûteuse, mais son lancement entraîne des dépenses considérables.

La licence de marque s'accompagne parfois de la fourniture des marchandises à vendre sous la marque, d'une licence de brevet, d'une assistance technique.

La recherche d'un prix de pleine concurrence est donc plus difficile qu'en matière de brevets ou procédés techniques. La valeur de la marque dépend :

- de son ancienneté et de sa notoriété ;
- des obligations mises à charge du licencié.

Le fisc pourra prendre connaissance des redevances demandées pour l'usage de marques similaires et des frais encourus pour développer la marque. Ces informations ne permettent guère de conclusions quant à l'avantage tiré de l'usage de la marque. Les frais exposés pour le maintien de la valeur de la marque, notamment la publicité, sont plus significatifs.

§ 4. — PRESTATIONS DE SERVICE

Un paiement au titre de rétribution de services ne sera admis en déduction que si l'entreprise en a retiré un avantage réel et direct et si le service ne fait pas double emploi avec un autre, déjà rendu dans l'entreprise.

Les prestations de service sont divisées en trois catégories :

- les activités de la société mère en sa qualité d'actionnaire ne peuvent être facturées aux autres membres du groupe : vérification et consolidation des comptes, tenue des assemblées, recherche de financements destinés à l'extension du groupe, etc. ;
- d'autres services sont rendus dans l'intérêt commun de la société mère et des filiales, souvent dans une mesure inégale entre celles-ci : coordination et contrôle ; prise de certaines décisions de direction ;
- certains services, juridiques ou financiers par exemple, ainsi que des prestations d'aide épisodique rendue sur demande sont clairement assurés dans le seul intérêt de la filiale et sont identiques à ceux que rendrait une entreprise indépendante.

Le paiement prend souvent la forme d'un montant forfaitaire. L'administration vérifiera s'il n'existe pas de double emploi, par exemple entre des facturations d'assistance technique et des redevances de licence de brevet ou de *know-how*.

Pour déterminer le prix de pleine concurrence, on peut examiner les prix pratiqués par des entreprises rendant des services similaires ou les prix facturés par le groupe à des tiers pour de tels services.

À défaut, on partira des coûts, directs et indirects. L'addition d'une marge bénéficiaire ne peut en principe être exclue. Elle est particulièrement justifiée si la société est une entreprise de services ou si, sans l'être, elle se trouve particulièrement à même de rendre les services ou si leur coût représente une fraction importante des dépenses de l'entreprise bénéficiaire.

Parfois, les résultats de l'entreprise associée peuvent fournir une indication.

Les preuves à fournir comprendront les livres justificatifs des coûts, si la facturation est basée sur ceux-ci, ou le texte d'un accord de contribution aux dépenses, si cette formule est appliquée. On y ajoutera, pour la vérification de l'application de l'accord, les factures, justificatifs de dépenses, relevés de temps consacré, titres de transport,

« ainsi que la justification du flux de services rendus au cours d'une période appropriée » (1).

Même si la facturation de services comprend un élément de bénéfice, elle ne devrait pas donner lieu à retenue à la source.

§ 5. — PRÊTS

Le premier rapport ne traite pas des problèmes propres aux entreprises bancaires ou financières (2).

La première difficulté qu'il rencontre consiste à distinguer les prêts et les apports en capital. En présence de pratiques nationales divergentes, trois orientations sont possibles :

- 1) Un test multi-critères, prenant en considération notamment :
 - l'existence d'une promesse inconditionnelle de payer à l'échéance ;
 - le fait que le prêt soit subordonné aux autres créances ;
 - la convertibilité des obligations en actions ;
 - la répartition des titres de créances entre actionnaires au prorata de leurs actions ;
 - les droits des créanciers en cas de défaut de paiement d'intérêts.
- 2) Un critère unique basé sur le rapport entre fonds propres et fonds étrangers, difficilement déterminable vu la variété des situations particulières.
- 3) Une règle fondée sur un niveau minimum de participation au capital par des non-résidents.

Dans le cas de crédits commerciaux, les pratiques normales des affaires doivent guider le fisc : le retard de paiement ne doit être assorti d'intérêts que si une entreprise indépendante l'aurait exigé.

Même en vue du lancement d'une entreprise, il serait anormal de lui consentir un prêt sans intérêt. Celui-ci est dû, bien que son versement soit différé. Il en serait autrement en cas de difficultés finan-

(1) Comp. LIEBMAN et DE BOECK, « The International Transfer Pricing of Services », *T.M.I.J.*, 1988, p. 291 ; FEINSCHREIBER, « 'The Sting' : Apportioning Services Income », *International Tax Journal*, vol. 17, 1990-91, n° 2, p. 51 ; *Id.*, « Limiting Intangible and Service Allocations », *ibid.*, vol. 18, 1991-92, n° 3, p. 84 ; TAYLOR, « International Transfer Pricing of Services », *Tax Planning International Review*, 1991, n° 10, p. 14.

(2) Cette question est abordée en détail dans un rapport du Comité des affaires fiscales de l'OCDE de 1984 : *L'imposition des entreprises bancaires et financières* ; sur ce rapport, voy. *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, International Bureau of Fiscal Documentation, vol. 3, chap. III, pp. 47-64.

cières ultérieures. La renonciation aux intérêts ou leur report seront admis dans les cas où un prêteur indépendant aurait agi de même (1).

Le taux d'intérêt ne sera rejeté par le fisc que s'il s'écarte sensiblement du taux du marché. Celui-ci varie selon le montant et la durée du prêt, sa destination, la monnaie de paiement, les garanties fournies. Le taux d'escompte de la Banque nationale ou le taux de base peuvent servir de point de départ, mais une évaluation automatique centrée sur ces taux n'est pas recommandée.

§ 6. — AJUSTEMENTS CORRÉLATIFS

Le Comité des affaires fiscales de l'OCDE a adopté en 1984 un rapport dont une partie (2) est consacrée aux problèmes de double imposition pouvant résulter de l'ajustement du bénéfice d'une entreprise par un État contractant lorsque ces bénéfices avaient déjà été imposés par un autre État contractant dans lequel se trouvait l'entreprise associée à cette entreprise ; le rapport envisage successivement les problèmes susceptibles de se poser, les solutions pratiques généralement adoptées, les propositions visant à imposer aux États contractants des ajustements corrélatifs dans le cadre d'une procédure d'arbitrage et les moyens d'utiliser de manière plus efficace les moyens déjà en vigueur. Les conclusions auxquelles aboutit ce rapport sont ici résumées.

Il incombe tout d'abord aux entreprises multinationales de pratiquer elles-mêmes des prix *at arm's length*.

Dans certaines circonstances, le Comité admet toutefois la nécessité d'ajuster corrélativement certaines impositions.

Ces ajustements ne doivent pas être imposés aux États contractants, sauf si ces derniers admettent le redressement pratiqué initialement par l'autre État contractant.

Il convient de trouver un accord lorsqu'une double imposition peut être éliminée.

Le Comité considère également que la procédure de concertation visée à l'article 25 de la Convention OCDE est suffisante, mais recommande qu'il soit expressément prévu que cette procédure est également applicable en cas de double imposition économique et pas seulement juridique.

(1) MAISTO e.a., « Interest-free loans and intercompany pricing », *International Transfer Pricing Journal*, vol. 1, 1993-94, p. 15.

(2) « Prix de transfert : ajustements corrélatifs et procédure amiable ».

Le Comité conclut son rapport par certaines propositions visant à améliorer la procédure de concertation prévue par l'article 25 de la Convention OCDE.

CHAPITRE III. — GATT : PRIX DE TRANSFERT ET VALEUR EN DOUANE

Le 1^{er} juillet 1980 entrain en vigueur dans la Communauté le règlement (CEE) n° 1224/80 du Conseil du 28 mai 1980, relatif à la valeur en douane des marchandises (1), introduisant dans le droit des États membres le plus important des textes issus du Tokyo Round des négociations commerciales multilatérales menées dans le cadre du GATT : l'Accord relatif à la mise en œuvre de l'Article VII du GATT, appelé communément « Code » de l'évaluation en douane (2).

Le Code était appelé à se substituer à la Convention de Bruxelles du 15 décembre 1950 sur la valeur en douane des marchandises et au Règlement (CEE) n° 803/68 du Conseil du 27 juin 1968 relatif à la valeur en douane des marchandises.

§ 1^{er}. — PRINCIPES

Ses principes de base ont été excellemment analysés ailleurs (3) et ne seront que brièvement rappelés.

(1) *J.O.C.E.* n° L 134 du 31 mai 1980, p. 1.

(2) Nous désignerons par les termes : « Accord » : l'Accord du 12 avril 1979, avec ses Annexes I, II et III ; « Protocole » : le Protocole à l'Accord daté du 1^{er} novembre 1979 ; « Notes » ou « Note » : les Notes interprétatives constituant l'Annexe I de l'Accord ; « Règlement (CEE) 1224/80 » : le Règlement du Conseil précité ; « Notes (CEE) » ou « Note (CEE) » : les notes interprétatives pour l'application du Règlement (CEE) 1224/80, constituant l'Annexe I du Règlement (CEE) 1494/80 de la Commission du 11 juin 1980 (*J.O.C.E.* n° L 154/3 du 21 juin 1980) ; « Tariff Act, § 402 » : le Titre II du Trade Agreements Act de 1979, loi américaine 96-39 (93 Stat. 194-201) amendant la section 402 du Tariff Act de 1930 (19 U.S.C. 1401 a) ; « Statement of Administrative Action » : le titre II, Customs Valuation, des Statements of Administrative Action, H.R. Doc. n° 153, 96^h Cong., 1st Sess., reproduit in U.S. Customs Service, Customs Valuation, Trade Agreements Act of 1979. Cfr P. COPPENS et J. MALHERBE, « Prix de transfert entre entreprises apparentées et valeur en douanes » in *Réflexions offertes à P. Sibille*, 1981, p. 329.

(3) SHERMAN et GLASHOFF, *A Businessman's Guide to the GATT Customs Valuation Code*, International Chamber of Commerce, 1980 ; SHERMAN, « Reflections on the new Customs Valuation Code », *L. & Pol. Int. Bus.*, vol. 12, 1980, pp. 119-158 ; BEHRENDT, « Technical Analysis of the Customs Valuation Agreement », *L. & Pol. Int. Bus.*, vol. 12, 1980, pp. 159-176 ; BENNET, « The new customs valuation Regulation », *Eur. L.R.*, 1980, pp. 311-315 ; DITGES et VAHREHORST, « Der Zollwert — Codex des GATT », *Z/ZI*, 1979, pp. 258 et suiv. ; RECKER, « Erste Überlegungen zum neuen Zollwert Codex des GATT », *Z/Z*, 1979, pp. 322-330, 1980, pp. 7-16, 73-81, 110-114,

Valeur transactionnelle

La valeur en douane sera la valeur dite « transactionnelle », c'est-à-dire le prix effectivement convenu par les parties pour la vente en question (1) et non, comme jadis, une valeur normale correspondant à des conditions de pleine concurrence (2).

Additions

À ce prix ne peuvent être ajoutés, s'ils ne sont pas déjà inclus dans le prix, que des éléments limitativement énumérés (3) :

- s'ils sont supportés par l'acheteur, les commissions et frais de courtage, à l'exception des commissions d'achat, le coût des contenants identifiés à la marchandise et des emballages ;
- les « assistances » (*assists*) fournies gratuitement ou à coût réduit par l'acheteur au vendeur : les matières incorporées dans les marchandises, les outillages, les matières consommées dans la production des marchandises et les travaux d'ingénierie, d'étude (4), d'art et de *design*, plans et croquis exécutés dans un pays autre que le pays d'importation et nécessaires à la production des marchandises ;
- les redevances et droits de licence que l'acheteur doit payer en tant que condition de l'achat des marchandises ;
- le produit de toute vente, cession ou utilisation ultérieure qui reviendrait à l'exportateur ;
- les frais de transport jusqu'au lieu d'importation, les frais de manutention et d'assurance dans les pays qui, comme les États de la CEE, adoptent la base CIF d'évaluation en douane.

138-142, 162-167 ; GLASHOFF et HAUBENREISSER, « Neues Zollwert-System (GATT) : Alternativen der Zollwertfeststellung », *RIW-AWD*, 1980, pp. 186-197 ; BAUR, « Einführung in die neue Zollwertermittlung nach der EWG-Verordnung Nr. 1224/80 », *RIW-AWD*, 1980, pp. 484-496 ; GLASHOFF et HAUBENREISSER, « Der 'Verkauf von Waren' im neuen Zollwert-System », *RIW-AWD*, 1980, pp. 626-634. GATT, *Activités en 1978 et résultats des négociations commerciales multilatérales du Tokyo Round*, 1979, pp. 33-37 ; AMAND, « Calcul de la valeur transactionnelle en douane », *J.D.F.*, 1990, p. 5 ; comp. DORN et DORRIS, « Transfer pricing between related parties — A comparison of United States customs valuation and tax allocation under Section 482 », *Inter-tax*, 1989, p. 72.

(1) Code, art. 1^{er}, 1^{er} ; Règlement (CEE) 1224/80, art. 3, 1.

(2) Convention de Bruxelles, Annexe I, Définition de la Valeur en Douane, art. 1^{er} ; Règlement (CEE) 83-68 du Conseil du 27 juin 1968 relatif à la valeur en douane des marchandises, *J.O.C.E.* n° L 148 du 28 juin 1968.

(3) Code, art. 8 ; Règlement (CEE) 1224/80, art. 8.

(4) En anglais, *development*. Le texte ne couvre pas les travaux de recherche.

Déductions

Les notes interprétatives précisent que certains éléments peuvent être déduits du prix pour déterminer la valeur transactionnelle, à condition qu'ils soient distincts du prix des marchandises :

- les frais de construction, d'installation, de montage, d'entretien ou d'assistance technique postérieurs à l'importation ;
- le coût du transport suivant l'importation ;
- les droits et taxes du pays d'importation, dans la mesure où le vendeur les a payés et les facture à l'acheteur (1).

Aux États-Unis, ce texte des notes a été introduit dans la loi elle-même, qui limite les taxes déductibles aux taxes fédérales, à l'exclusion des taxes d'États (2). Dans la Communauté économique européenne, le texte a été de même inséré dans le Règlement (CEE) 1224/80 (3).

De plus, le Règlement (CEE) 1495/80 de la Commission arrêtant les dispositions d'exécution de certaines dispositions des articles 1^{er}, 3 et 8 du Règlement (CEE) 1224/80 (4) prévoit expressément l'exclusion de la valeur en douane des éléments suivants (5) :

- frais relatifs au droit de reproduire les marchandises importées dans la Communauté ;
- commissions d'achat ;
- intérêts payés au titre d'un accord de financement relatif à l'achat.

Conditions

La valeur transactionnelle ne peut être écartée que si la marchandise ne fait pas l'objet d'une vente ou si le prix ne peut être considéré comme le reflet de la valeur des marchandises, en raison de circonstances énumérées à nouveau limitativement :

- le vendeur impose à la cession ou à l'utilisation des marchandises par l'acheteur des restrictions autres que celles qui résultent de réglementations officielles, qu'une limitation géographique de la zone de revente ou qu'une contrainte n'affectant pas substantiellement la valeur des marchandises ;

(1) Note *sub* art. 1^{er}, Prix effectivement payé ou à payer.

(2) La Constitution américaine interdit aux États de taxer les importations comme telles (SHERMAN et GLASHOFF, *A Businessman's Guide to the GATT Customs Valuations*, 1980, p. 303). Ils ne lèvent de taxes que sur les ventes ultérieures.

(3) Art. 3, 4 et 15.

(4) *J.O.C.E.* n° L 154 du 21 juin 1980, p. 14.

(5) Art. 3.

- la vente est soumise à des conditions ou à des prestations non évaluables ;
- l'exportateur doit recevoir tout ou partie du produit d'opérations ultérieures de l'importateur, mais le montant, qui doit être ajouté au prix pour fixer la valeur en douane, ne peut en être évalué.

Une possibilité supplémentaire d'exclusion de la valeur transactionnelle existe lorsque les parties sont apparentées. Elle fera l'objet d'un examen détaillé ci-après.

Méthodes alternatives

Si la valeur transactionnelle ne peut être retenue, la valeur en douane sera déterminée par l'une des méthodes suivantes, qui doivent être appliquées dans l'ordre, l'une à défaut de possibilité d'appliquer l'autre, sauf le droit de l'importateur de voir utiliser la valeur calculée (d) de préférence à la valeur déductive (c) (1) :

- la valeur transactionnelle de marchandises identiques (2), en provenance du même pays (3), exportées à destination du même pays, au même moment ou à peu près, au même niveau commercial et sensiblement en même quantité que la marchandise à évaluer ou, à défaut et moyennant ajustement, à un niveau commercial différent et en quantités différentes ;
- la valeur transactionnelle de marchandises similaires, dans les mêmes conditions que celles que prévoit le Code pour les marchandises identiques (4) ;
- la valeur déductive des marchandises importées ou de marchandises identiques ou similaires (5), obtenue en déduisant de leur prix de revente dans le pays d'importation, correspondant à la vente de la quantité la plus élevée faite à des personnes non liées au vendeur, au moment ou à peu près au moment de l'importation, les éléments suivants :
 - commissions ou marge pour bénéfices et frais généraux relatifs aux ventes de marchandises importées de même nature ou de même espèce ;

(1) Code, art. 4 ; Règlement (CEE) 1224/80, art. 2, 2.

(2) Code, art. 2 ; Règlement (CEE) 1224/80, art. 4.

(3) Des marchandises ne sont considérées comme identiques ou similaires à d'autres que si elles proviennent du même pays. Code, art. 15, 2, *d* ; Règlement (CEE) 1224/80, art. I, *c* et *d*.

(4) Code, art. 3 ; Règlement (CEE) 1224/80, art. 5.

(5) Code, art. 5 ; Règlement (CEE) 1224/80, art. 6.

- frais de transport, d'assurance et frais connexes exposés dans le pays d'importation (1) ;
- droits de douane et taxes nationales payables dans le pays d'importation en raison de l'importation ou de la revente.

À défaut de vente à peu près concomitante, la revente la plus rapprochée sera retenue, à condition qu'elle ait lieu dans les 90 jours à compter de l'importation.

Si aucune revente de marchandises importées, identiques ou similaires n'a lieu en l'état où elles sont importées, l'importateur peut demander que la valeur déductive soit basée sur des reventes après ouvraison ou transformation, compte tenu de la valeur ajoutée par le processus ;

- la valeur calculée (2) égale à la somme de trois éléments :
 - le coût des matières et des opérations de fabrication ou de production ;
 - un montant pour bénéfices et frais généraux applicables aux ventes de marchandises de même nature ou espèce produites dans le pays d'exportation à destination du pays d'importation ;
 - les frais de transport et d'assurance internationaux dans les pays appliquant la base CIF d'évaluation ;
- À défaut, une valeur déterminée par des moyens raisonnables compatibles avec les principes du Code (3). Sont notamment exclus :
 - le prix de vente dans le pays d'importation (par exemple, l'American Selling Price appliqué jadis), sur le marché intérieur du pays d'exportation (pratique canadienne), ou pour l'exportation à destination d'un autre pays que le pays d'importation ;
 - le coût de production autre que la valeur calculée de marchandises identiques ou similaires (4) ;
 - les valeurs minimales, arbitraires ou fictives ou un système prévoyant l'acceptation de la plus élevée de deux valeurs possibles.

(1) Dans les pays utilisant une base douanière FOB, comme les États-Unis, les frais de transport international seraient également déduits : Code, art. 5, 1^{er}, a, iii.

(2) Code, art. 6 ; Règlement (CEE) 1224/80, art. 7.

(3) Code, art. 7 ; Règlement (CEE) 1224/80, art. 2, 3 et 4. Pour une description des méthodes utilisées dans divers pays, voy. « Etude comparative des méthodes de détermination de la valeur en douane », in GATT, *Instruments de base et documents divers*, Supplément n° 3, 9^e session, 1955, pp. 115-127.

(4) On pourrait toutefois prendre en considération des marchandises identiques ou similaires produites dans un autre pays que le pays d'exportation des marchandises à évaluer (Note *sub* art. 7, 3a et b ; Note (CEE) *sub* art. 2 § 3, 3 a et b ; SHERMAN et GLASHOFF, *A Businessman's Guide to the GATT Customs Valuation Code*, 1980, p. 540).

§ 2. — VENTES ENTRE PARTIES LIÉES

Ce long préambule était nécessaire pour définir le cadre réglementaire du problème posé par les ventes entre parties interdépendantes.

A. Définition

La définition des personnes liées est plus précise que par le passé, encore que fort large. Des personnes seront réputées liées (1) :

- si l'une fait partie de la direction ou du conseil d'administration de l'entreprise de l'autre et réciproquement ;
- si elles ont juridiquement la qualité d'associés (2) ;
- si l'une est employeur de l'autre ;
- si une personne quelconque possède, contrôle ou détient, directement ou indirectement, 5 % ou plus des actions ayant le droit de vote de l'une et de l'autre ;
- si l'une d'elles contrôle l'autre directement ou indirectement (3) ;
- si toutes deux sont directement ou indirectement contrôlées par une tierce personne ;
- si, ensemble, elles contrôlent directement ou indirectement une tierce personne ;
- si elles sont membres de la même famille (4).

La simple relation qui existe entre un agent distributeur ou concessionnaire exclusif et son cocontractant ne les fait pas considérer comme des personnes liées. Les pays en développement se réservent toutefois de provoquer un réexamen de ce problème (5). En effet, sous le régime de la Convention de Bruxelles, le prix fait à un distributeur ou concessionnaire exclusif n'était retenu pour déterminer la valeur en douane que si le revendeur ne rendait pas de services et n'engageait pas de frais dans l'intérêt du fournisseur étranger (6).

L'ancien règlement 803/68 du Conseil de la CEE relatif à la valeur en douane des marchandises, qui se conformait à la Convention de

(1) Code, art. 15, 4 ; Règlement (CEE) 1224/80, art. 1^{er}, 2.

(2) Le texte anglais du Code précise qu'il s'agit du *legally recognized partners in business*. En espagnol, *asociadas en negocios*.

(3) Le contrôle est la faculté d'exercer en droit ou en fait un pouvoir de contrainte ou d'orientation (Note *sub* art. 15 § 4, *e* ; Note [CEE] *sub* art. 1^{er}, § 2, *e*).

(4) La notion de famille est définie par le Règlement (CEE) 1495/80 de la Commission du 11 juin 1980, art. 1^{er} et, de façon plus restrictive, dans *Tariff Act*, § 402 (g) (1) (A).

(5) Protocole, 6.

(6) Notes explicatives de la définition de Bruxelles, p. 71.

Bruxelles, était nettement moins précis. Deux personnes étaient considérées comme associées en affaires lorsque l'une d'elles possédait un intérêt quelconque dans les affaires ou les biens de l'autre ou si elles possédaient toutes deux un intérêt commun dans des affaires ou des biens ou encore si une tierce personne possédait un intérêt dans les affaires ou les biens de chacune d'elles, que ces intérêts fussent directs ou indirects (1).

B. Conséquence principale : discussion de l'acceptabilité de la valeur transactionnelle

La première et la plus immédiate des conséquences de l'interdépendance des parties est la possibilité pour la douane d'écarter dans des situations exceptionnelles, la valeur transactionnelle.

En application de la Convention de Bruxelles ou du Règlement (CEE) 803/68, seule une vente effectuée dans des conditions de pleine concurrence entre parties indépendantes pouvait être considérée comme le prix normal des marchandises (2). Il est vrai que le texte précisait qu'une vente effectuée « dans des conditions de pleine concurrence entre un acheteur et un vendeur indépendants » était une vente dans laquelle « notamment [...] (b) le prix convenu n'est pas influencé par des relations [...] » entre le vendeur et l'acheteur ou des personnes « associées en affaires » à l'un d'eux (3).

Une recommandation du Conseil de coopération douanière établi en exécution de la Convention de Bruxelles avait néanmoins énuméré de nombreuses hypothèses, autres que celle d'un prix influencé par l'interdépendance des parties, dans lesquelles un prix ne serait pas considéré comme un prix de pleine concurrence fait entre parties indépendantes. Il s'agissait notamment de cas où le prix était sensiblement inférieur à celui de marchandises identiques ou similaires (4).

De plus, bien qu'une firme associée ne puisse être considérée automatiquement comme un simple intermédiaire (5), il y avait lieu de vérifier si elle n'agissait pas en fait comme un simple agent, important aux risques de l'exportateur. Dans ce cas, un « niveau commercial » lui était refusé et la valeur en douane était déterminée sur base du

(1) Art. 2, 2.

(2) Conv. de Bruxelles, annexe I, art. I^{er} ; Règlement (CEE) 803/68, art. 1^{er}, § 1^{er}.

(3) Conv. de Bruxelles, annexe I, art. II, 1^{er} ; Règlement (CEE) 803/68, art. 2, § 1^{er}.

(4) Recommandation du Conseil de coopération douanière sur l'application de la définition de la valeur, 1^{er} juin 1965.

(5) BFH, 13 juillet 1960, VII 99-59U, *BStBl* 1960, III, 436.

prix fait au premier client indépendant, sous déduction des seules dépenses admises dans le chef de l'importateur, à l'exclusion d'une marge bénéficiaire (1).

Dans le système du « Code », le seul fait que l'acheteur et le vendeur soient liés ne suffit pas à écarter le prix convenu entre eux, ajusté comme prévu à l'article 8. Afin de juger de l'acceptabilité de la valeur transactionnelle dans une situation d'interdépendance, il y a lieu de procéder à un examen général, initiative de la douane, ou à l'examen de critères spéciaux, initiative de l'importateur.

1. Examen général : l'influence des liens

Il peut ne pas être nécessaire de procéder à un examen quelconque. Il en sera ainsi s'il n'y a aucune raison de penser que la valeur transactionnelle ait été influencée par les liens existant entre parties. Le prix fait par une entreprise d'un groupe peut en effet être un prix de pleine concurrence, par exemple lorsque l'entreprise est libre de contracter avec une entreprise associée ou avec des tiers (2). Il est également possible que l'administration se soit convaincue, par un examen antérieur ou des renseignements déjà en sa possession, de l'absence d'influence des relations entre parties sur le prix (3).

Si l'administration estime qu'un complément d'enquête est nécessaire, elle examinera les circonstances propres à la vente et admettra la valeur transactionnelle s'il résulte de cet examen que les liens n'ont pas influencé le prix (4). L'importateur sera mis en mesure de lui fournir les renseignements nécessaires.

Deux hypothèses nous paraissent pouvoir se présenter.

1. L'acheteur et le vendeur démontrent qu'ils achètent et vendent l'un à l'autre comme s'ils n'étaient pas liés. Cette hypothèse est

(1) Notes explicatives de la définition de Bruxelles, pp. 82 et 75-76 ; Étude n° 5 du Conseil de coopération douanière, n°s 7 et 8 ; C.J.C.E., 13 mars 1980, aff. 111-79, *Caterpillar Overseas c. État Belge*, Rec., 1980, p. 773 ; voy., pour un ajustement du même type en matière d'impôts sur les revenus, *E.I. Du Pont de Nemours and Company v. U.S.*, Ct. Claims, 18 avril 1978, *U.S. Tax Cases*, 1978, 9374.

(2) Comp. Rapport OCDE, *Prix de transfert*, n° 38.

(3) Note sub art. 1, § 2, 2 ; Note CEE sub art. 3, § 2, 2.

(4) Comp. les méthodes prévues pour déterminer une influence éventuelle par l'Étude n° 5 du Conseil de coopération douanière, n°s 11 à 18 : — comparaison avec les prix faits à des importateurs indépendants pour des marchandises identiques ou similaires ; — comparaison avec les prix d'autres fournisseurs du même pays d'exportation à des clients indépendants du pays d'importation ; — comparaison des marges de l'importateur associé et d'importateurs indépendants.

expressément envisagée dans les notes interprétatives, qui citent des éléments de cette démonstration :

- le prix correspond aux normes de la branche de production ;
- le prix correspond aux prix faits à des acheteurs indépendants ;
- le prix couvre les coûts et inclut un bénéfice représentatif du bénéfice global réalisé par l'entreprise pendant une période significative pour des ventes de marchandises de même nature ou de même espèce (1).

2. L'acheteur et le vendeur admettent que le prix est différent de celui qui sera fait à des entreprises tierces. Toutefois, cette différence se justifie non par les liens existant entre eux, mais par la non-inclusion dans le prix de prestations annexes ou l'absence d'éléments donnant lieu à ajustement conformément à l'article 8.

Par exemple, le vendeur ne distingue pas, lors des ventes à des tiers indépendants, le prix du montage, effectué par lui, du prix des machines vendues, parce qu'il ne désire pas révéler la composition de son prix global. En revanche, lors de ventes à des entreprises associées, il effectue cette distinction ou facture même le montage séparément. La justification du prix inférieur ainsi porté en compte se trouve non dans les liens des parties, mais dans un élément objectif. Si la facturation du montage n'est pas séparée, le prix du montage peut être déduit pour déterminer la valeur transactionnelle.

Cette seconde hypothèse se ramène d'ailleurs à la première si l'on considère que le vendeur réduirait semblablement son prix à l'égard d'acheteurs non apparentés s'il en excluait le montage. Toutefois, il nous paraît utile de l'envisager distinctement, car, si les liens des entreprises n'ont pas influencé le prix des marchandises, ils ont influencé indirectement le mode de détermination de ce prix ou, s'il n'y a pas de facturation séparée des marchandises et du montage, la valeur transactionnelle. Ce sont en effet ces liens qui amènent le vendeur à ne pas cacher à son partenaire la composition de son prix.

Se trouverait ainsi résolue une contradiction, plus apparente que réelle, entre deux opinions. Pour Recker (2), le seul fait que le prix soit un prix inter-compagnie ou un prix de transfert, non offert à des tiers, suffit à fonder le doute de l'administration quant à l'acceptabilité de la valeur transactionnelle. Pour Glashoff et Haubenreisser, il

(1) Note *sub* art. 1^{er}, § 2, 3 ; Note CEE *sub* art. 3, § 2, 3.

(2) « Erste Überlegung zum neuen Zollwert Codex des GATT », *ZfZ*, 1979, p. 326, remarque 8.

n'en est rien puisque de tels concepts sont courants dans les relations d'entreprises liées (1).

Le prix, dans notre seconde hypothèse, est un prix de transfert interne au groupe. Il n'est pas accessible aux tiers. L'élément qui l'influence est néanmoins un élément objectif étranger aux relations des parties. La valeur transactionnelle ne peut donc être écartée.

Dans le domaine des impôts sur les revenus, le Rapport du Comité fiscal de l'OCDE reconnaît de même qu'un prix de transfert entre firmes associées peut être supérieur aux prix faits à des tiers parce que le vendeur apparenté fournit à son associé une gamme de services complémentaires qu'il n'offre pas à des tiers (2).

En revanche, la réglementation américaine en matière d'impôts sur les revenus permet, à l'interpréter littéralement, un réajustement dès que le prix convenu entre parties affiliées n'est pas le prix qu'une partie indépendante aurait payé dans les mêmes circonstances (3). Le problème naît du fait que les mêmes circonstances ne pourraient se reproduire vis-à-vis de parties indépendantes.

Sous le régime de la Convention de Bruxelles, la pratique douanière se rapprochait de celle de l'administration fiscale, sous réserve de ce que la douane se préoccupe, comme le fisc du pays d'exportation, des minorations de valeur, tandis que le fisc du pays d'importation est attentif aux majorations de valeur. Si le prix payé était inférieur à celui de marchandises identiques ou similaires dans d'autres ventes, la douane le rejetait et se tournait soit vers la méthode soustractive, soit vers la méthode additive (4).

Si le prix s'écartait du prix qui aurait été fait à des entreprises indépendantes, dont le montant était également recherché dans des ventes effectives de marchandises, le fisc lui substituait un prix *arm's length*, déterminé selon l'une des méthodes qui seront rappelées ci-après.

Depuis l'entrée en vigueur du Code, ce parallélisme n'existe plus. Si, dans le domaine fiscal, la situation est inchangée, en matière douanière, dès que l'écart du prix de transfert par rapport à d'autres prix faits se justifie par d'autres motifs que l'interdépendance des parties, le prix du transfert lui-même servira de base à l'évaluation.

(1) « Transaktionswert », *RIW-AWD*, 1979, p. 383, note 78a.

(2) *Rapport OCDE, Prix de transfert*, n° 38.

(3) Reg. § 1, 482-2, (e) (1) (i); comp. PLASSCHAERT, *Transfer pricing and multinational corporations*, 6.14.

(4) Notes explicatives de la Définition de Bruxelles, chapitre IX, pp. 82-84.

Une dernière question doit être posée. L'administration des douanes pourrait-elle, comme l'administration fiscale, minorer un prix de transfert qui lui paraîtrait trop élevé ? La Cour de justice des Communautés a répondu négativement à la question préjudicielle que lui avait adressée en ce sens un magistrat instructeur français (1).

La décision était fondée en premier lieu sur les buts exprimés dans les considérants du règlement 803/68 : éviter les détournements de trafic et de recettes.

Ces objectifs sont satisfaits par une réglementation visant exclusivement à empêcher la sous-évaluation, qui ne doit pas se préoccuper d'une surévaluation. Certains commentateurs ont regretté que, s'écartant des conclusions de M. l'avocat général Capotorti, la Cour ait fondé son opinion sur la législation dérivée que constitue le règlement communautaire et non sur la Convention de Bruxelles elle-même (2).

Les préambules du Code et du Règlement (CEE) n° 1224/80, pris isolément, ne justifieraient plus la même conclusion. Ils se bornent à exprimer des objectifs d'équité et d'uniformité. Le premier spécifie que la procédure d'évaluation ne doit pas être utilisée pour combattre le dumping.

Toutefois, en application de la Convention de Bruxelles comme du Code, du Règlement (CEE) 803/68 comme du Règlement (CEE) 1224/80, le second motif donné par la Cour à sa décision suffit à justifier sa conclusion : la réglementation douanière ne prévoit que des ajustements en hausse, destinés à éviter une sous-évaluation. Les déductions que prévoit le Code, faut-il ajouter aujourd'hui, ne concernent pas le prix des marchandises, mais des éléments extrinsèques.

(1) C.J.C.E., 24 avril 1980, aff. 65-79, *Procureur de la République c. R. Chatain, gérant de la SARL Laboratoires Sandoz*, *Rec.*, 1980, p. 1345 ; voy. les décisions françaises antérieures en sens contraire citées par TIXIER et ROBERT, *Droit pénal fiscal*, 1980, pp. 80-81.

(2) USHER, « Customs Valuation : the reliability (or otherwise) of invoice prices », *Eur. L. Rev.*, 1980, p. 310. Dans leurs avis sur la proposition de règlement du Conseil sur la valeur en douane des marchandises, qui devint le Règlement (CEE) 803/68, le Parlement européen (séance du 17 mai 1968, *J.O.C.E.* n° C 55 du 5 juin 1968, p. 35) et le Conseil économique et social (séances des 27 et 28 mars 1968, *J.O.C.E.* n° C 58 du 13 juin 1968, p. 2) avaient invité le Conseil à adapter le règlement à la Convention de Bruxelles dans tous les cas où une réglementation communautaire différente rendrait une application uniforme de la Convention difficile.

2. *Examen spécial : les valeurs critères*

S'il désire éviter l'examen général décrit ci-dessus ou prévenir toute discussion, l'importateur peut démontrer que la valeur transactionnelle retenue dans les rapports entre firmes affiliées est très proche d'une valeur critère (1) :

- la valeur transactionnelle lors de ventes, pour l'exportation dans la Communauté, de marchandises identiques ou similaires, conclues entre parties indépendantes ;
- la valeur en douane de marchandises identiques ou similaires, déterminée par la méthode déductive ;
- la valeur en douane de marchandises identiques ou similaires, déterminée par la méthode de la valeur calculée ;
- la valeur transactionnelle lors de ventes, pour l'exportation dans la Communauté, entre parties indépendantes, de marchandises qui seraient identiques ou similaires si ce n'est qu'elles proviennent d'un pays de production différent.

Cette dernière valeur critère a été omise du Code à la demande des pays en développement. Elle figure néanmoins dans le règlement de la Communauté économique européenne et dans la loi américaine.

La première et la dernière des valeurs critères sont des valeurs transactionnelles. La seconde et la troisième sont des valeurs établies en douane.

On reconnaît dans les valeurs critères les méthodes préconisées, en matière d'impôts sur les revenus, aux États-Unis et dans le Rapport de l'OCDE, pour déterminer un prix *arm's length* lorsqu'un prix de transfert est rejeté :

- la méthode du prix comparable sur le marché libre (*comparable uncontrolled price method*) ;
- la méthode du prix de revente (*resale price method*) ;
- la méthode du prix de revient majoré d'une marge bénéficiaire (*cost plus method*).

Des différences importantes existent toutefois.

1. En matière d'impôts sur les revenus, la seule valeur critère dont un prix de transfert puisse se rapprocher est le prix fait entre entreprises indépendantes. À défaut, les méthodes alternatives ne serviront qu'à établir un prix qui se substituera au prix réel. Dès lors, aux États-Unis du moins, il existe entre ces méthodes une hiérarchie régle-

(1) Code, art. 1^{er}, 2, b ; Règlement (CEE) 1224/80, art. 3, 2, b.

mentée (1). Le prix comparable sur le marché libre est retenu s'il existe.

À défaut, le prix de revente réduit de la marge bénéficiaire est utilisé, mais uniquement si le revendeur n'a pas modifié le produit par altération physique ou usage de droits incorporels. Dans ce cas et dans celui où il n'existe pas de prix de revente connu, la méthode du prix de revient majoré est appliquée, sauf si la méthode du prix de revente demeure néanmoins plus appropriée.

Le contribuable peut toutefois prouver qu'une autre méthode que celle dont les conditions d'application sont réunies est plus appropriée. Le Rapport de l'OCDE rejette, quant à lui, tout ordre de priorité (2).

Telle est également la règle retenue par le Code de l'évaluation en douane, du moins quant au choix par l'importateur de la valeur critère à laquelle il rattache son prix (3). Au contraire, comme on l'a vu, le choix de la méthode d'évaluation en douane comme telle est soumis à un ordre de priorité strict qui s'appliquera notamment à la valeur à établir pour une importation réalisée au départ d'une firme associée si la valeur transactionnelle est écartée.

À ce moment, la règle douanière et la règle fiscale ont le même but : définir une valeur de substitution.

En revanche, les valeurs critères ne peuvent jamais, précise le Code (4), être utilisées comme valeurs de substitution. Si la comparaison avec les valeurs critères et l'examen général de l'acceptabilité du prix de transfert conduisent au rejet de la valeur transactionnelle, les méthodes alternatives prévues par le Code devront être appliquées dans l'ordre prescrit.

De même, dans le régime de la Convention de Bruxelles, la méthode additive et la méthode soustractive servaient à définir des valeurs normales lorsque le prix contractuel était influencé par les relations des parties.

L'addition éventuelle se basait sur des comparaisons de prix, non sur des coûts. La soustraction déduisait du prix de revente la marge

(1) Reg. § 1 482-2 (b) 1 (ii) et (iii) et 3 (iii).

(2) *Rapport OCDE, Prix de transfert et entreprises multinationales*, 1974, p. 36, n° 46.

(3) Voy. confirmation dans *Statement of Administrative Action, U.S. Customs Service*, p. 53 ; SHERMAN, « Reflections on the new Customs Valuations Code », *L. & Pol. Int. Bus.*, vol. 12, 1980, p. 143.

(4) Code, art. 1^{er}, 2, c ; Règlement (CEE) 1224/80, art. 3, 2, c.

commerciale ou la somme des dépenses déductibles et d'un bénéfice raisonnable (1).

2. En matière douanière comme en matière fiscale, les marchandises de référence peuvent être soit vendues ou achetées par d'autres personnes sans lien entre elles, soit vendues par le même exportateur ou achetées par le même importateur pourvu que, dans chaque cas, leur cocontractant soit une partie non apparentée.

Toutefois, dans le domaine douanier, des marchandises produites par une personne différente ne seront prises en considération que s'il n'existe pas de marchandises produites par la même personne que les marchandises à évaluer (2).

3. Dans le langage douanier, des marchandises ne seront considérées comme identiques ou similaires que si elles proviennent du même pays de production, sauf l'exception apportée dans la CEE et aux États-Unis par l'introduction d'une quatrième valeur critère (3).

De plus, des marchandises incorporant des travaux d'étude ou autres, exécutés dans le pays d'importation, et donc non générateurs d'un ajustement de valeur douanière ne seront jamais considérées comme identiques ou similaires aux marchandises à évaluer (4).

Ces restrictions n'existent pas dans le domaine fiscal.

Pour le surplus, les notions d'identité et de similarité sont très voisines dans les deux domaines. La qualité des biens, leur réputation et l'existence de droits incorporels tels que les marques de fabrique ou de commerce sont les principaux facteurs d'appréciation — étroite — de la similarité (5).

4. Le Code prévoit que la comparaison de la valeur des marchandises examinées et des valeurs critères doit tenir compte (6) :

- des différences entre les niveaux commerciaux ;
- des différences de quantités ;
- des ajustements à apporter au prix pour déterminer la valeur en douane, conformément à l'article 8 du Code ;

(1) Notes explicatives de la définition de Bruxelles, pp. 82-84 ; Étude n° 5 du Conseil de coopération douanière, n^{os} 19 à 30.

(2) Code, art. 15, 2, *e*.

(3) Code, art. 15, 2, *d* ; Règlement (CEE) 1224/80, art. 1^{er}, 1, *c* et *d*.

(4) Code, art. 15, 2, *c* ; Règlement (CEE) 1224/80, art. 1^{er}, 1, *e*.

(5) Code, art. 15, 2, *a* et *b* ; Règlement (CEE) 1224/80, art. 1^{er}, 1, *d*.

(6) Code, art. 2, *b*, dernier alinéa ; Règlement (CEE) 1224/80, art. 3, *b*, dernier alinéa.

— des coûts que le vendeur évite dans les ventes à des personnes affiliées.

La réglementation américaine en matière d'impôts sur les revenus prévoit aussi la possibilité d'ajustements divers dans la comparaison des prix et des marges bénéficiaires. Elle introduit toutefois, dans la seule comparaison à opérer avec des prix faits entre entreprises indépendantes, une hiérarchie subsidiaire : le prix « libre » qui requiert le moins d'ajustements dans la comparaison avec l'opération « liée » sera retenu (1). Cette restriction est étrangère au domaine douanier.

5. Les opérations fondant les valeurs critères doivent se situer au même moment ou à peu près au même moment que l'opération examinée. Le texte prévoit que c'est l'opération critère elle-même qui doit se situer dans l'intervalle de temps acceptable. Les articles 3 et 4 du Code, relatifs à l'utilisation de la valeur transactionnelle de marchandises identiques ou similaires, prévoient de façon plus précise que c'est l'exportation de ces marchandises qui doit se rapprocher de la date d'exportation des marchandises à évaluer (2).

Il semble dès lors que la première et la quatrième valeurs critères, se rapportant à des ventes pour l'exportation, doivent être envisagées au moment de la vente et les deuxième et troisième, couvrant des valeurs en douane, au moment de la détermination de cette valeur, c'est-à-dire de l'importation (3).

La loi américaine spécifie qu'il faut se rattacher, ici aussi, au moment de l'exportation vers les États-Unis (4). Si un long délai s'écoule entre la vente et l'exportation ou le passage en douane, le prix examiné peut se trouver comparé à des prix anciens et dépassés.

La proximité dans le temps doit s'apprécier surtout quant à la possibilité de variations de prix entre les périodes considérées et notamment de variations saisonnières (5). L'opération critère peut être antérieure ou postérieure à l'opération examinée (6).

6. Quand une valeur critère peut-elle être considérée comme très proche du prix de transfert examiné ?

(1) Reg. § 1 482-2 (e) (2) (iii).

(2) Règlement (CEE) 1224/80, art. 4 et 5.

(3) GLASHOFF et HAUBENREISSER (« Transaktionswert », *RIW-AWD*, 1979, p. 839) partagent cette opinion, mais situent également l'appréciation de la troisième valeur critère (valeur déductive) au moment de la conclusion de la vente.

(4) *Tariff Act*, § 402 (b) (2) (B).

(5) SHERMAN et GLASHOFF, *A Businessman's Guide to the GATT Customs Valuation Code*, p. 419 ; comp. *Rapport OCDE, Prix de transfert*, n° 53.

(6) *Guide* précité, p. 420.

Il est impossible d'appliquer, soulignent les notes interprétatives, une norme telle qu'un pourcentage fixe. Une faible différence peut être significative pour des matières premières ou des produits semi-finis. Une différence plus importante peut être négligée pour des produits non standardisés (1).

Si l'administration des douanes sait déjà, sur base des renseignements qu'elle possède, que le prix de transfert est suffisamment proche de l'une des valeurs critères, elle ne demandera pas à l'importateur de le démontrer (2) et admettra la valeur transactionnelle sans plus, sous la seule réserve des ajustements prévus à l'article 8 du Code.

En revanche, si le prix ne se rapproche d'aucune valeur critère, l'administration ne peut en déduire sans autre examen qu'il est influencé par les liens des parties et que la valeur transactionnelle doit être écartée. Un effet normal de la nouvelle réglementation est que les valeurs en douane de mêmes produits, importés le même jour, peuvent être fort différentes. Un prix de transfert parfaitement objectif peut donc s'écarter lui aussi de toutes les valeurs critères disponibles, qui sont soit des valeurs transactionnelles, soit des valeurs en douane (3).

Le formulaire CEE de déclaration en douane D.V.1 (4) reflète à cet égard l'ordre des textes, qui n'est pas nécessairement celui des démarches logiques à effectuer. Les questions posées sont les suivantes :

- a) l'acheteur et le vendeur sont-ils liés ?
- b) Les liens ont-ils influencé le prix des marchandises importées ?
- c) La valeur transactionnelle concernant les marchandises importées est-elle très proche d'une valeur (critère)... ?

En logique, l'importateur qui choisit de répondre affirmativement à la troisième question confère un caractère subsidiaire à la seconde (5).

(1) Note *sub* art. 1^{er}, § 2, *b* ; Note CEE *sub* art. 3, § 2, *b* ; RECKER, « Erste Überlegungen zum neuen Zollwert Codex des GATT », *ZfZ*, 1979, p. 330, remarque 24.

(2) Note *sub* art. 1^{er}, § 2, 4 ; Note CEE *sub* art. 3, § 2, 4.

(3) *Guide* précité, p. 397.

(4) Règlement (CEE) n° 1496/80 de la Commission du 11 juin 1980 concernant la déclaration des éléments pour la détermination de la valeur en douane et la fourniture des documents y relatifs, annexe, *J.O.C.E.* n° L 154/16 du 21 juin 1980.

(5) J. MALHERBE, *Transfer pricing and the GATT customs valuation code 1979, The International Contract*, 1980, p. 419.

Le formulaire ne prévoit que des réponses affirmatives ou négatives. Or, l'importateur n'est pas obligé de répondre à la question relative aux valeurs critères.

C. Conséquences secondaires

La conséquence première de l'existence de liens entre parties est sans nul doute la possibilité de discussion de la valeur transactionnelle. Il existe en outre nombre de situations dans lesquelles des entreprises interdépendantes sont plus concernées que d'autres par certaines dispositions du Code. Elles ne peuvent être énumérées toutes.

1 *Notion de vente*

L'opération convenue entre l'exportateur et l'importateur associé constitue-t-elle véritablement une vente ?

M. Glashoff estime que l'article 1 du Code et l'article 3 du Règlement (CEE) 1224/80 contiennent une définition autonome de la vente, basée sur des concepts économiques distincts de ceux du droit civil (1).

Cette conception serait seule susceptible d'assurer l'uniformité voulue par les auteurs du Code (2) et du Règlement (3). Elle trouve une confirmation dans l'instruction allemande d'application du droit de la valeur en douane, selon laquelle un transfert à une succursale ou une remise en consignation peuvent être considérés comme des ventes à l'exportation, dès lors que la succursale agit comme un commerçant autonome (4) ou que le prix à escompter de la vente après consignation résulte de tarifs disponibles.

En revanche, la qualification de vente sera refusée à une convention imposant à l'acheteur des restrictions affectant substantiellement la valeur des marchandises, telles que, par exemple, l'obligation de

(1) GLASHOFF, « Verkauf von Waren », *RIW-AWD*, 1980, p. 627 ; BAUR, « Einführung in die neue Zollwertermittlung nach der EEG-Verordnung Nr. 1224/80 », *RIW-AWD*, 1980, pp. 485-486.

(2) Préambule, 4^e et 5^e considérants.

(3) Préambule, 6^e et 9^e considérants.

(4) Le Conseil de coopération douanière avait mis au point, en application de la Convention de Bruxelles, une liste de questions permettant de déterminer si une filiale agissait au même titre qu'un acheteur-revendeur (Annexe à l'Étude n° 5). Cette liste peut être adaptée au cas d'une succursale.

solliciter l'accord de l'exportateur pour la revente ou de ne revendre qu'à certains clients (1).

L'instruction allemande vise sans doute cette hypothèse en exigeant que la vente ait lieu en faveur d'un acheteur typique (*massgebender Käufer*) agissant en commerçant autonome (*Eigenhändler*). Une entreprise associée à l'exportateur ne remplirait pas ces conditions :

- si des marchandises identiques ou similaires sont importées par des acheteurs indépendants à un autre niveau commercial ;
- si le canal de distribution de l'acheteur ne fait qu'abriter en fait l'activité du vendeur.

M. Glashoff souligne à juste titre que l'Instruction s'écarte ici de l'interprétation permise du Règlement. L'influence des concepts développés sous l'empire de la définition de Bruxelles est tenace. La cinquième note interprétative de l'ancienne valeur en douane permettait de considérer comme valeur normale le prix payé ou à payer lors d'une vente *bona fide*.

Puisque le but était la détermination d'une valeur normale, il était permis de recourir à des concepts théoriques, tels que celui de commerçant agissant comme un acheteur autonome, dont les contours étaient mal définis (2).

Actuellement, il n'est plus possible de refuser la qualification de vente à une opération qui répond par ailleurs aux exigences de l'article 1, 1 du Code (3).

Il est vrai que ce même raisonnement conduit M. Glashoff à douter de l'applicabilité de la notion à un transfert à une succursale ou à un transfert en consignation (4).

Ce doute est difficilement explicable dans la mesure où l'auteur considère, s'écartant de l'interprétation donnée sous l'empire de la définition de Bruxelles (5), que la vente visée par le Code est une opé-

(1) GLASHOFF, « Verkauf von Waren », *RIW-AWD*, 1980, p. 627.

(2) Cfr p.ex. Notes explicatives de la définition de Bruxelles, p. 69-1 pour les succursales et p. 76 pour les agents.

(3) GLASHOFF, « Verkauf von Waren », *RIW-AWD*, 1980, p. 633.

(4) ID., p. 634 ; voir toutefois une opinion plus nuancée concernant les prix *pro forma* faits à des succursales dans le *Guide* auquel collabora le même auteur, p. 133.

(5) BFH, 26 avril 1961, VII 79/59 U, *BsStBl*, 1961, III, 329 et réf. citées ; voy. aussi réf. citées par GLASHOFF, « Verkauf von Waren », *RIW-AWD*, 1980, p. 629, note 39, JACQUEMART, *La nouvelle Douane européenne*, p. 138, rappelant toutefois que certaines ventes, telles que les liquidations judiciaires, sont exclues parce qu'elles ne constituent pas des ventes commerciales, effectuées par un professionnel en vue d'en tirer un profit.

ration définie par les seuls termes de l'article 1 du Code et qu'elle ne doit pas réunir les caractères voulus par le droit civil.

Cette dernière proposition n'emporte toutefois pas une conviction sans réserves. L'article 1^{er} identifie la valeur en douane au prix fait lors d'une vente remplissant certaines conditions (« pour autant que... ») et non lors d'une vente se définissant par ces conditions (« c'est-à-dire »).

Il résulterait alors de la substitution de la valeur transactionnelle à la valeur normale que les ventes *pro forma* à des succursales ne pourraient plus donner lieu à évaluation sur base du prix payé ou à payer, même si la succursale remplit toutes les fonctions d'un acheteur.

Les inconvénients pratiques de cette solution inciteront sans doute l'administration à l'écartier, mais le fondement théorique de l'assimilation sera incertain.

En tout cas, la vente à la succursale, établie dans le territoire douanier, d'une société, même affiliée au vendeur, étrangère à ce territoire, doit être considérée comme une vente « pour l'exportation à destination du pays d'importation ». La Cour de justice des Communautés a en effet décidé, en application du Règlement 603/72 (1), qu'un acheteur est « établi dans la Communauté » quand il y dispose d'un véritable siège commercial, celui-ci fût-il la succursale d'une société ayant son siège social dans un pays tiers, dès lors que la succursale exerce des activités susceptibles d'être exercées par une entreprise indépendante dans le même secteur et dispose d'une comptabilité propre (2).

Il serait économiquement peu justifié d'admettre comme vente l'opération conclue entre une société et la succursale européenne d'une filiale créée pour les besoins de la cause, dont le siège social n'exerce aucune activité commerciale, et de refuser cette qualification à une exportation de la société vers sa propre succursale européenne.

2. Valeur déductive

La méthode déductive fonde la valeur en douane sur le prix unitaire de ventes faites au premier stade suivant l'importation, dont

(1) Règlement 603/72 de la Commission du 24 mars 1972, concernant l'acheteur à prendre en considération pour la détermination de la valeur en douane, *J.O.C.E.* n° L 72 du 25 mars 1972.

(2) C.J.C.E., 13 mars 1980, aff. 111-79, *Caterpillar Overseas c. État belge*, *Rec.*, 1980, p. 773 ; USHER, « Customs valuation : the reliability (or otherwise) of invoice prices », *Eur. L. Rev.*, 1980, pp. 306-309.

sont déduits divers éléments. Seules sont prises en considération les ventes faites à des personnes non liées au vendeur (1).

Le lien à envisager n'est pas ici celui qui existerait entre exportateur et importateur, mais entre le vendeur après importation et son acheteur. Un lien avec l'exportateur n'entrerait en ligne de compte que si l'exportateur revendait lui-même après exportation, directement, par une succursale ou par un agent.

3. Valeur calculée

La méthode de la valeur calculée sera en règle générale limitée aux hypothèses dans lesquelles les parties sont liées. Dans ces cas, le producteur déférera à la demande de l'importateur qui fait partie du même groupe et communiquera aux autorités du pays d'importation les éléments nécessaires à l'établissement du coût (2).

Les pays en développement se sont montrés particulièrement sensibles à la difficulté de vérifier les données comptables ainsi fournies par une entreprise étrangère. Une grande partie de leurs importations provient d'opérations internes à des groupes multinationaux. Il leur est par conséquent permis non seulement de différer la mise en application du Code pendant cinq ans après sa mise en vigueur dans le pays (3), mais encore de différer pendant trois années supplémentaires l'application de la valeur calculée et donc de la valeur critère qui se fonde sur cette méthode dans les relations entre entreprises affiliées (4).

De plus, ils pourront refuser d'offrir à l'importateur le choix d'invoquer la valeur calculée par priorité à la valeur déductive (5). Ils pourront également appliquer la méthode déductive basée sur le prix des marchandises après transformation, même sans demande de l'importateur en ce sens (6).

(1) Code, art. 5, 1^{er}, a ; Règlement (CEE) 1224/80, art. 6, 1^{er}, a.

(2) Note *sub* art. 6, 1^{er} ; Note (CEE) *sub* art. 7, 1^{er}.

(3) Code, art. 21, 1. L'Accord entre en vigueur le 1^{er} janvier 1981 pour les gouvernements qui y ont adhéré avant cette date et dans les 30 jours de l'adhésion pour ceux qui le signent après cette date. Dans la version présentée par certains pays en développement, le délai est porté à 10 ans (Doc. MTN/NTM/W/222 Rev. 1 ; CARREAU, JUIL-LARD et FLORY, *Droit international économique*, 2^e éd., 1980, p. 352).

(4) Code, art. 21, 2.

(5) Protocole, 4. Dans la version de certains pays en développement, l'application de la méthode de la valeur calculée peut être refusée sans plus.

(6) Protocole, 5.

4. *Dividendes et autres paiements*

Les transferts de dividendes et les autres paiements de l'acheteur au vendeur qui ne se rapportent pas aux marchandises importées ne font pas partie de la valeur en douane (1). Cette précision s'applique principalement aux entreprises liées.

Conclusion

1. Une part croissante du commerce mondial se déroule entre des entreprises associées (2). Il est donc significatif que, dans ce contexte économique également, le prix réel se substitue en principe au prix normal pour servir de base à l'évaluation en douane. Ce changement est généralement bien accueilli (3). Les importateurs en espèrent plus de certitude dans leurs prévisions.

Après de longues années d'examen attentif des prix de transfert, sans doute les administrations et associations industrielles intéressées ont-elles constaté, avec de nombreux commentateurs, que le commerce au sein de groupes multinationaux n'était pas, tant s'en faut, un champ privilégié de manipulation des prix. De nombreux facteurs s'y opposent, aussi efficaces que la concurrence et l'optimisation du profit dans les relations, entre commerçants indépendants (4).

La bonne organisation d'ensembles aussi complexes que les entreprises multinationales et les motivations des dirigeants locaux requièrent que des prix et des profits normaux témoignent de la performance de chaque unité.

Dans un monde d'hyper-réglementation, les administrations d'un même pays contrôleront une opération à divers égards, dans des buts souvent divergents (5). La douane est la seule que préoccupe une

(1) Note *sub* art. 1^{er}, Prix effectivement payé ou à payer ; Note (CEE) *sub* art. 3, § 1^{er}.

(2) *Rapport OCDE, Prix de transfert*, n° 32.

(3) *Contra* toutefois BAUR, « Einführung in die neue Zollwertermittlung nach der EWG-Verordnung Nr. 1224/80 », *RIW-AWD*, 1980, pp. 486-487, qui craint la comparaison avec des prix erratiques effectivement payés, s'écartant du prix normal.

(4) PLASSCHAERT, *Transfer pricing and multinational corporations*, 1979, pp. 73-81 ; PLASSCHAERT, *Transfer pricing in multinational enterprises, A Clarification of concepts and issues, Working Paper 79-58*, Centrum voor Bedrijfseconomie en Bedrijfseconometrie, Universiteit Antwerpen, 1979, pp. 15-21 ; KOCHINKE, « Der Trade Agreements Act 1979 in den USA », *RIW-AWD*, 1980, pp. 407-408 ; NIELSEN, « The arm's length test : a rule of law or an excuse for arbitrary taxation », *Intertax*, 1979, pp. 296-297 ; « International Enterprises and Taxation, some preliminary results of an empirical study concerning international enterprises by the Nordic Council for Tax Research », *Intertax*, 1979, p. 316.

(5) PLASSCHAERT, *Transfer Pricing and multinational corporations*, 1979, p. 58.

minoration des prix d'importation. Le fisc, les services du contrôle des changes et des prix seront soucieux d'éviter l'exagération des prix payés à des entreprises affiliées, génératrice de réduction du profit taxable, de sortie de capitaux et de hausse des prix.

De plus, la douane peut compter sur la collaboration indirecte du fisc du pays d'exportation, qui veille à ce qu'un prix d'exportation suffisamment élevé produise un bénéfice imposable rémunérant équitablement l'activité du vendeur. En ce qui concerne les marchandises en provenance de pays dont la loi fiscale est développée à cet égard, comme les États-Unis, l'Allemagne ou la France, ce contrôle n'est pas un vain mot.

2. Lorsque la douane examine l'influence éventuelle sur le prix des liens entre parties, il lui est recommandé de se satisfaire de la preuve que le prix assure à l'exportateur la couverture de ses coûts et un bénéfice représentatif de son bénéfice global. Il a souvent été regretté qu'en matière d'impôts sur les revenus les méthodes de vérification et de redressement des prix de transfert s'attachent à comparer des transactions ponctuelles au lieu de comparer des profits de période (1), comme la jurisprudence n'a pas hésité à le faire (2).

Le Rapport de l'OCDE sur les prix de transfert manifeste à cet égard une timidité héritée du passé et inspirée d'une conception classique du marché et de la formation des prix.

Le droit douanier réalise là un progrès important qui, par l'uniformité souhaitée des points de vue douaniers et fiscaux, se communiquera peut-être à la détermination de l'assiette de l'impôt.

3. L'introduction officielle de la valeur calculée dans le droit douanier européen permet aux entreprises qui le désirent de serrer de très près la réalité des coûts et des marges. En se référant pour cet examen

(1) « Multinational Corporations and Income Allocation under section 482 of the Internal Revenue Code », *Harvard L. Rev.*, vol. 89, 1976, pp. 1233-1238 ; The Conference Board, *Tax Allocations and International Business*, 1972, pp. 80-81 ; O'CONNOR et RUSSO, « A study of corporate experience with Sec. 482 », *Intertax*, 1973, p. 17 ; *contra*, KUMP, *Steuerliche Verrechnungspreise in internationalen Konzernen*, 1976, pp. 28-105 et spéc. p. 104.

(2) MIHALY, *Intercompany Pricing, Offset adjustments and Constructive dividends resulting from section 482 adjustments*, 25th Tax Institute, University of Southern California Law Center, 1973, pp. 807-808 ; GEST, *L'imposition des sociétés françaises aux États-Unis*, 1979, p. 293.

aux principes de comptabilité généralement admis (1) dans le pays de production (2), la nouvelle réglementation abandonne des préjugés qui poussaient souvent la douane à juger invérifiables des données étrangères à son territoire.

L'effort d'uniformisation du droit comptable traduit dans la quatrième directive relative aux comptes des entreprises et dans les normes internationales de l'International Accounting Standards Committee n'est sans doute pas étranger à ce développement.

Par l'intermédiaire de la réglementation douanière, une organisation cohérente des relations entre entreprises liées fait en tous cas son apparition dans le droit fiscal positif des pays européens.

(1) Note générale *sub* Code ; Annexe II au Règlement (CEE) 1494/80 de la Commission du 11 juin 1980 concernant des notes interprétatives et les principes de comptabilité généralement admis en matière de valeur en douane, *J.O.C.E.* n° L 154/13 du 21 juin 1980.

(2) Note *sub* art. 6, 1^{er} ; Annexe II au Règlement (CEE) 1494/80, cité note préc., 2.

CHAPITRE IV. — DROIT DE LA CEE

§ 1^{er}. — PROPOSITION DE DIRECTIVE

La Commission a élaboré en 1976 une proposition de directive concernant l'élimination des doubles impositions dans le cas de correction des bénéfiques entre entreprises associées (1).

Cette proposition tendait à éviter, par le biais d'une procédure arbitrale, que la rectification des bénéfiques d'une entreprise par une administration fiscale, au motif que ce bénéfice aurait été diminué en raison de conditions convenues avec une entreprise associée, n'entraîne une double imposition au niveau du groupe d'entreprises.

La proposition de directive prévoyait que, dans cette hypothèse, chacune des entreprises pourrait, indépendamment des recours prévus par les législations nationales des États membres concernés, saisir l'administration fiscale de l'État compétent pour l'imposition des bénéfiques provenant desdites opérations.

Une fois cette administration saisie, trois solutions auraient été possibles :

- soit elle réglerait seule le problème de double imposition,
- soit les deux administrations des États concernés s'efforceraient d'aboutir à un accord amiable pour éviter la double imposition,
- soit, à défaut d'accord, les administrations fiscales pourraient saisir dans les deux ans une commission composée de représentants des administrations fiscales concernées et de personnalités indépendantes.

Les administrations fiscales concernées prendraient ensuite d'un commun accord une décision assurant l'élimination de la double imposition dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle la commission consultative a rendu son avis.

Elles pourraient prendre de commun accord une décision qui s'écarte de l'avis de la commission, mais, à défaut d'accord, elles seraient tenues de se conformer à l'avis rendu.

(1) Cette proposition est restée sans suite.

§ 2. — CONVENTION CEE

La convention relative à l'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéfices d'entreprises associées a été conclue par les États membres de la CEE le 23 juillet 1990 pour une durée de cinq ans et entre en vigueur le premier jour du troisième mois suivant le dépôt de l'instrument de ratification de l'État signataire qui procède le dernier à cette formalité (1).

Cette convention tend à éviter, par le biais d'une procédure arbitrale, que la rectification des bénéfices d'une entreprise par une administration fiscale, au motif que ce bénéfice aurait été diminué en raison de conditions convenues avec une entreprise associée, n'entraîne une double imposition au niveau du groupe d'entreprises.

La Convention rappelle tout d'abord :

- qu'un avantage accordé par une entreprise liée peut être imposé dans le chef de l'entreprise bénéficiaire ;
- que sont imputés à un établissement stable à l'étranger les bénéfices qu'il aurait réalisés s'il avait constitué une entreprise distincte.

Si ces principes n'ont pas été respectés, chaque entreprise concernée peut, dans un délai de trois ans, indépendamment des recours prévus par le droit interne des États contractants concernés, soumettre son cas à l'autorité compétente de l'État de sa résidence ou dans lequel est situé son établissement stable.

(1) *J.O.C.E.* n° L 225 du 20 août 1990, p. 10. BEHAEGHE, « La Convention n° 90/436 du 23 juillet 1990 relative à l'élimination des doubles impositions en cas de corrections de bénéfices associés », *Courr. fisc.*, 1990, p. 477 ; DE ROECK, « Internationale fiscale arbitrage », *T.F.R.*, 1990, p. 115 ; KILLIUS, « The EC Arbitration Convention » in *The Direct Investment Tax Initiatives of the European Community*, Kluwer, Deventer, 1990, p. 40 et *Intertax*, 1990, p. 437 ; WOLFSWINKEL, « EG Arbitrageverdrag », *Weekblad voor fiscaal recht*, 1990, p. 17 ; ANDRIESSE, « Het arbitrageverdrag », in *Europees Venootschapsbelastingrecht, Pre-advies nr 9*, De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, Amsterdam, 1991, p. 153 ; VERDONER, « Het verdrag ter afschaffing van dubbele belasting in geval van winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen ; Horde of Mijlpaal », *M.B.B.*, 1991, p. 72 ; SASS, « Zum EG-Abkommen über die Beseitigung der Doppelbesteuerung (Schlichtungsverfahren) im Falle einer Gewinnberichtigung bei Geschäftsbeziehungen zwischen verbundenen Unternehmen », *Steuerrecht*, 1991, p. 984 ; THILMANY, « Le régime fiscal des prix de transfert », in J. MALHERBE (éd.), *Réformes fiscales belges (1988-1989)*, 1992, p. 453 ; L. HINNEKENS, « The Tax Arbitration Convention. Its significance for the EC based enterprises, the EC itself and for Belgian and international tax law », *E.C. Tax Review*, 1992, p. 70 ; LAGAE, « Internationale meervoudige belasting, de regeling voor onderling overleg in het Belgisch fiscaal recht », in G. JOSEPH, L. HINNEKENS, J. MALHERBE et J. VAN HOORN, Jr., *Het Belgisch internationaal belastingrecht in ontwikkeling*, 1993, p. 745.

SOUS-TITRE II

DROIT BELGE

Selon l'article 26, alinéa 2, 1° à 3°, du Code, tous les avantages anormaux ou bénévoles qu'une entreprise belge accorde à une personne ou une entreprise établie à l'étranger sont ajoutés à ses propres bénéfiques (1). L'application de ces dispositions est subordonnée au respect de conditions précises et à la présence d'un élément d'extranéité. La loi du 22 décembre 1989 a ajouté un nouvel alinéa à l'ancien article 24 du Code, devenu l'article 26 depuis la coordination, prévoyant que, dorénavant, les bénéfiques d'une entreprise belge seront majorés du montant de tous les avantages anormaux ou bénévoles qu'elle accorde à une personne physique ou morale, sauf lorsque ces avantages interviennent de manière directe ou indirecte pour déterminer les revenus imposables des bénéficiaires. À première vue, l'ancien article 24, alinéa 3, semblait suggérer que l'exigence d'extranéité, prévue dans les deux premiers alinéas, ne valait pas pour son application.

Le nouvel article 26, modifié par la loi du 28 juillet 1992, a apporté la clarté à cet égard.

(1) Cfr JANS, *Les transferts indirects de bénéfiques entre sociétés interdépendantes*, 1976 ; VAN CROMBRUGGE, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, 1984 ; CLAEYS BOÚUAERT, « Transfer Pricing in Belgium », in *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, feuil. mob. ; DEKLERCK, « Les avantages anormaux ou bénévoles consentis à des entreprises interdépendantes établies dans les pays refuges », in FORESTINI (éd.), *Fiscalité approfondie des sociétés*, 1989, p. 73 ; THILMANY, « Le régime fiscal des prix de transfert : imposition nationale et double imposition internationale », in J. MALHERBE (éd.), *Réformes fiscales belges (1988-1989)*, 1992, p. 425 ; BIZAC, « Transfer of Profits : The New Article 26 of the Belgian Income Tax Code and Article 57 of the French General Tax Code — Siamese Twins ? », *Intertax*, 1993, p. 351.

CHAPITRE PREMIER. — AVANTAGES ANORMAUX ET BÉNÉVOLES : ARTICLE 26

§ 1^{er}. — AVANTAGES CONSENTIS
À DES ENTREPRISES ÉTRANGÈRES LIÉES :
ARTICLE 26, ALINÉA 2, 1^o ET 3^o

Lorsqu'une entreprise établie en Belgique se trouve directement ou indirectement dans un lien quelconque d'interdépendance avec une entreprise établie à l'étranger ou un autre contribuable non résident, visé à l'article 227 du Code, tous les avantages anormaux ou bénévoles qui sont accordés par l'entreprise belge aux contribuables précités ou à des personnes ou des entreprises qui ont avec ceux-ci des intérêts communs sont ajoutés à ses propres bénéfiques (1).

La *ratio legis* de cette disposition se situe au niveau de la lutte contre la fuite de la matière imposable dans un contexte international. Les opérations visées sont celles où une entreprise belge supporte des dépenses déterminées ou renonce à des bénéfiques à l'avantage d'une entité établie à l'étranger (2).

Nous examinerons les différents éléments de cette disposition.

A. Une entreprise établie en Belgique

L'article 26 est exclusivement applicable aux entreprises établies en Belgique, au sens de l'article 23, § 1^{er}, 1^o, du Code (3) ; par l'effet combiné des articles 183 et 235 du Code, la notion est étendue aux sociétés belges et aux établissements belges des non-résidents (4). Les

(1) C.I.R., art. 26, al. 2, 1^o. Pour un examen critique, voy. L. DILLEN, « Abnormale en goedgunstige voordelen, Fiscale aspecten verbonden aan handelingen tegen 'overprij's' respectievelijk 'onderprij's' », *T.F.R.*, 1991, p. 235.

(2) JANS, *Les transferts indirects de bénéfiques entre sociétés interdépendantes*, 1976, p. 27.

(3) Com. I.R., 24/2.

(4) Pour l'application à l'impôt des non-résidents (sociétés) : Cass., 22 octobre 1963, *Pas.*, 1964, I, 189 ; Bruxelles, 24 novembre 1971, *J.P.D.F.*, 1972, p. 106.

salariés et les titulaires de professions libérales tombent dès lors en dehors du champ d'application de la disposition (1).

B. Un lien direct ou indirect d'interdépendance

Avant la loi du 28 juillet 1992, l'application de l'article 26, alinéa 2, 1^o, du Code devait toujours être appréciée en fonction de l'existence d'un lien direct ou indirect d'interdépendance entre les entités concernées (2). Les avantages découlant d'une autre cause n'étaient donc pas visés (3).

Depuis la loi précitée, le lien causal n'est plus repris parmi les conditions d'application de l'article 26, alinéa 2, 1^o. Cela signifierait que, désormais, tous les avantages anormaux ou bénévoles octroyés à un contribuable non résident avec lequel il existe un lien d'interdépendance devraient être réincorporés dans la base, même s'ils n'ont pas été octroyés en raison de ce lien.

L'existence d'un lien d'interdépendance est une question de fait (4). Dans l'ancien système de l'article 27, § 2, 7^o, des lois coordonnées, le lien était déterminé en termes de contrôle ou de dépendance, visant plutôt le lien « juridique ». Le champ d'application de l'article 26, alinéa 2, 1^o, est plus large en ce sens qu'il vise également des liens de fait. La notion est aussi plus large que les notions d'« entreprise liée » ou d'« entreprise avec laquelle il existe un lien de participation », au sens de la législation comptable (5).

L'administration fixe un certain nombre de points de repère permettant de compléter la notion de « lien d'interdépendance » (6).

Ainsi, il est utile d'examiner la structure des sociétés concernées (détention de parts, composition des conseils d'administration respec-

(1) En ce qui concerne les personnes morales visées à l'article 220 du Code, voy. BIZAC, « Les avantages anormaux et bénévoles dans le cadre de l'application de l'article 26 du C.I.R. 1992 », *R.G.F.*, 1993, p. 314.

(2) ZONDERVAN, *Les impôts sur les revenus et l'extranéité*, 1967, p. 182 ; SIBILLE, « Les relations d'affaires internationales et l'application de l'article 24 du Code des impôts sur les revenus », *Rev. fisc.*, 1973, p. 271. Sur la question de savoir si le caractère anormal de l'avantage qui devait être consenti en raison du lien d'interdépendance devait être apprécié à la lumière de cette interdépendance : voy. Bizac, *op. cit.*, *R.G.F.*, 1993, p. 319.

(3) JANS, *Les transferts indirects de bénéfiques entre sociétés interdépendantes*, 1976, p. 94.

(4) Cass., 2 mai 1962, *Pas.*, 1962, I, 968.

(5) Pour la définition d'« entreprise liée » : voy. chapitre III, annexe à l'A.R. du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises.

(6) Com. I.R., 24/5.

tifs), les circonstances de fait, le niveau de coopération technique, l'existence de contrats d'exclusivité entre les entreprises concernées, le fait qu'une entreprise octroie d'importantes avances sans lesquelles l'autre entreprise ne pourrait fonctionner, ou encore l'existence d'étroites relations familiales (1).

Ainsi l'administration est d'avis — sans justification plus précise — que le lien exigé est présent lorsqu'une entreprise limite ses ventes aux produits de l'autre entreprise (2).

La dépendance au sens de la loi fut également établie entre une société belge et une société hollandaise qui était son bureau de vente : l'entreprise belge avait reçu d'importants prêts de la société hollandaise et celle-ci avait un droit de regard sur la comptabilité de la société belge ; de plus, les deux sociétés avaient les mêmes administrateurs et une même direction (3).

À la différence de l'administration, la Cour de cassation décida, dans son arrêt du 9 avril 1968, qu'un accord de représentation exclusive ne prouvait pas nécessairement l'existence d'un lien d'interdépendance (4).

Toutefois, dans le même litige, elle ne censure pas l'arrêt admettant semblable lien, sur base d'une série de circonstances de fait (5).

Le lien d'interdépendance ne doit pas être nécessairement direct. Ainsi, le lien peut provenir de personnes ou entreprises exerçant un contrôle sur des entreprises apparemment indépendantes (6).

En cas de contestation, l'existence d'un lien d'interdépendance est une question de fait appréciée souverainement par le juge (7).

(1) Voy. p. ex. détention d'actions : Anvers, 20 décembre 1988, *F.J.F.*, n° 89/58 ; contrat de service : Bruxelles, 17 juin 1974, *J.P.D.F.*, 1975, p. 90 ; accord d'exclusivité : Cass., 9 avril 1968, *Pas.*, 1968, I, 978, *J.P.D.F.*, 1968, p. 191.

(2) Com. I.R., 24/5.

(3) Liège, 22 mars 1950, *J.P.D.F.* 1950, 150.

(4) Cass., 9 avril 1968, *Pas.*, 1968, I, 978, *J.P.D.F.*, 1968, p. 191.

(5) Les circonstances de fait étaient les suivantes :

- il y avait une interdiction de vendre les mêmes biens d'origine hollandaise ;
- la détermination des prix et conditions de vente se faisait exclusivement par la société hollandaise ;
- il était stipulé que l'encaissement de créances de sociétés hollandaises s'accompagnait de l'octroi d'une commission ;
- d'anciens responsables d'entreprises hollandaises étaient nommés administrateurs et la cession de presque la totalité du capital à d'anciens responsables.

(6) Com. I.R., 24/3, al. 2.

(7) Cass., 2 mai 1962, *Pas.*, 1962, I, 968.

C. Le bénéficiaire de l'avantage

L'application de l'article 26, alinéa 2, 1^o, combiné avec l'article 26, alinéa 2, 3^o, suppose que les avantages soient alloués à des contribuables susceptibles d'assujettissement à l'impôt des non-résidents (avant la loi du 28 juillet 1992 : à des entreprises établies à l'étranger) vis-à-vis desquels l'entreprise belge se trouve directement ou indirectement dans un lien d'interdépendance, ou à des contribuables susceptibles d'assujettissement à l'impôt des non-résidents (avant la loi du 28 juillet 1992 à des personnes et entreprises — cette disposition étant intégrée dans l'article 24, al. 1^{er}, C.I.R. avant coordination et dans l'art. 26, al. 1^{er}, après coordination — ayant des intérêts communs avec les non-résidents précités).

L'extension aux contribuables ayant des intérêts communs avec les contribuables étrangers appréhende les relations triangulaires, avançant par exemple le cocontractant d'une filiale.

De même, la disposition vise les transferts de bénéfices à des personnes ou sociétés écran, n'ayant pas de lien de dépendance avec l'entreprise belge et étant assujetties, dans leur pays, à un régime fiscal normal, tout en ayant des intérêts communs avec le non-résident lié, directement ou indirectement, à l'entreprise belge.

Semblables opérations tombaient en dehors du champ d'application de l'ancien article 27 des lois coordonnées (1).

Une controverse existait sous l'empire de l'ancien article 24 quant à la question de savoir si un élément d'extranéité devait aussi exister dans le chef des personnes ou entreprises ayant des intérêts communs avec l'entreprise étrangère afin qu'elles puissent tomber dans le champ d'application du texte.

La Cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 13 octobre 1971, opta pour la négative (2). En l'espèce il s'agissait d'une vente de parts, à un prix inférieur à leur valeur réelle, par une société belge à sa société mère belge, laquelle était elle-même filiale d'une société anglaise (3).

(1) Voy. p. ex., Bruxelles, 15 novembre 1962, *J.P.D.F.*, 1963, p. 44; *contra*, Bruxelles, 24 février 1964, *Rev. fisc.*, 1965, p. 80.

(2) Bruxelles, 13 octobre 1971, *J.P.D.F.*, 1971, p. 295, obs. BALTUS, *Rev. fisc.*, 1972, p. 133, *Rép. fisc.*, 1972, p. 382.

(3) Le moyen soulevé quant à la violation de l'art. 24 C.I.R. ne fut pas évoqué devant la Cour de cassation (Cass., 20 septembre 1972, *Pas.*, 1973, I, 72, *J.P.D.F.*, 1972, p. 272).

Dans le même sens, la Cour d'appel d'Anvers décida, dans son arrêt du 30 juin 1981, qu'un avantage provenant d'un prêt sans intérêt consenti à une sub-holding belge devait être ajouté aux bénéficiaires de l'entité ayant accordé le prêt, car le bénéficiaire du prêt, bien que belge, avait des intérêts communs avec une entreprise étrangère (1).

Cette jurisprudence était conforme à l'ancienne rédaction du commentaire administratif où l'application de l'ancien article 24, alinéa 1^{er}, n'était écartée que si les avantages anormaux et bénévoles étaient réellement taxés dans le chef des bénéficiaires (2).

Cette même conception trouvait d'ailleurs écho chez certains auteurs (3).

L'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers examiné ci-avant fut cassé par un arrêt du 3 décembre 1982. La Cour de cassation considéra que la partie de phrase « ou à des personnes et entreprises qui ont des intérêts communs avec l'entreprise étrangère » visait exclusivement des entreprises ou des personnes établies à l'étranger, ce qui trouve écho dans la *ratio legis* de l'article 26, alinéa 2, 1^o, à savoir, la prévention de la fuite des bénéficiaires vers l'étranger (4). La jurisprudence ultérieure semble être en accord avec l'interprétation de la Cour de cassation (5), ainsi que le commentaire administratif qui fut adapté en ce sens avec sept ou huit années de retard (6).

Il est clair que, depuis la loi du 28 juillet 1992 (article 26, alinéa 2, 3^o, C.I.R.), seuls les contribuables non résidents entrent en ligne de compte.

(1) Anvers, 30 juin 1981, *R.G.F.*, 1982, p. 232 ; HINNEKENS, « Les conditions d'application de l'article 24, alinéa 1^{er}, du C.I.R. dans l'arrêt *Castrol* », *R.G.F.*, 1982, p. 219.

(2) Voy. l'ancienne rédaction du Com. I.R., n^o 24/6 ; la tolérance administrative (c'est-à-dire l'imposition effective des bénéficiaires comme exception à la règle) pourrait être appliquée au cas où le bénéficiaire est l'établissement stable étranger d'une société belge, établi dans un pays qui n'a pas conclu de convention préventive de double imposition avec la Belgique (L. DEKLERCK, « Les avantages anormaux ou bénévoles consentis à des entreprises interdépendantes ou établies dans les pays refuges », in FORESTINI (éd.), *Fiscalité approfondie des sociétés*, 1990, p. 80).

(3) KIRKPATRICK, *L'imposition des revenus des sociétés belges par actions et de leurs actionnaires, obligataires et organes*, 1968, p. 105 ; LÉVY-MORELLE, « Les critères d'imputation des recettes et dépenses entre sociétés interdépendantes dans différents pays, parties ou non à des conventions internationales relatives à la double imposition », *Rev. fisc.*, 1971, p. 545, note 2.

(4) Cass., 3 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 422, *R.G.F.*, 1983, p. 42, obs. L. HINNEKENS, *F.J.F.*, n^o 83/65.

(5) Voy., p. ex., Gand, 11 mars 1983, *R.G.F.*, 1983, p. 175, obs. L. HINNEKENS.

(6) Com. I.R., 24/14.

D. Avantages anormaux et bénévoles

La difficulté de l'article 26 se situe sans aucun doute au niveau des notions d'« avantage anormal » et d'« avantage bénévole ». Le contenu de ces notions n'est défini à aucun endroit du texte de loi lui-même et doit dès lors être interprété à la lumière de la jurisprudence et de la doctrine, qui sont abondantes (1).

Constitue un avantage tout enrichissement sans contrepartie équivalente. Le simple fait pour une entreprise belge d'octroyer un avantage ne suffit pas ; encore faut-il qu'il puisse être considéré comme anormal ou bénévole (2).

Un « avantage anormal » existe lorsque cet avantage n'aurait pas été consenti par des entreprises indépendantes (3), ou s'il a été alloué sans contrepartie normale (4) ou contrairement au déroulement normal des affaires, à l'ordre habituel des choses, aux règles et usages établis (5), ou encore sans tenir compte des usages commerciaux normaux et de la situation économique (conditions du marché) (6). Un « avantage bénévole » existe lorsque cet avantage est accordé en dehors de l'exécution d'une obligation ou sans aucune contrepartie ou encore sans obligation, à titre gracieux (7). Bien que ces deux critères puissent être rencontrés séparément, dans la pratique, ils se recouvrent souvent (8).

L'appréciation du caractère anormal ou bénévole d'un avantage est une question de fait (9) appréciée souverainement par le juge du

(1) GEMIS, « Hoe kijkt de Belgische fiscus tegen buitenlandse holdings aan ? Zeven stokken achter de deur », *A.F.T.*, 1991, p. 51 et réf.

(2) BIZAC, « Les avantages anormaux et bénévoles dans le cadre de l'application de l'article 26 du C.I.R. 1992 », *R.G.F.*, 1993, pp. 315 et suiv.

(3) LAGAE, « Noties van internationaal fiscaal recht in verband met personen en ondernemingen », *T.P.R.*, 1982, p. 199.

(4) JANS, *Les transferts indirects de bénéfiques entre sociétés interdépendantes*, 1976, p. 92 ; Gand, 11 mars 1983, *R.G.F.*, 1983, p. 185, obs. HINNEKENS.

(5) Mons, 1^{er} mars 1978, *J.D.F.*, 1978, p. 233.

(6) LAGAE, « L'utilisation de sociétés étrangères par des résidents belges en vue d'éviter l'impôt belge », in *L'entreprise et le choix de la voie la moins imposée en droit fiscal belge*, 1988, p. 209 ; Com. I.R., 24/13. Sur la question de savoir si l'on peut appréhender le caractère anormal ou bénévole d'un avantage à la lumière des circonstances économiques particulières, voy. BIZAC, « Les avantages anormaux et bénévoles dans le cadre de l'application de l'article 26 du C.I.R. », *R.G.F.*, 1993, p. 318.

(7) JANS, *Les transferts indirects de bénéfiques entre sociétés interdépendantes*, 1976, p. 92 ; Mons, 1^{er} mars 1978, *J.D.F.*, 1978, p. 233.

(8) GEMIS, « Hoe kijkt de Belgische fiscus tegen buitenlandse holdings aan ? Zeven stokken achter de deur », *A.F.T.*, 1991, p. 51.

(9) Bruxelles, 11 février 1977, *J.D.F.*, 1978, p. 187.

fond (1). Il faudra se baser sur les conditions normales dont les entreprises indépendantes tiendraient compte pour exécuter les opérations mises en cause (*arm's length price*) (2). La question centrale réside naturellement dans la détermination de ces conditions.

En rapport avec les livraisons de biens et les prestations de services, on comparera le commentaire administratif et le rapport *Prix de transfert et entreprises multinationales* rédigé par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE (3). On y trouve des méthodes de détermination du prix *at arm's length* :

(1) Selon la première méthode — considérée comme la solution idéale — le prix du marché est déterminé pour chaque transaction en fonction d'une transaction comparable exécutée au même moment entre entreprises indépendantes (« prix de marché » ; *comparable uncontrolled price*) ; les inconvénients de cette méthode sont clairs : dans de nombreux cas, le point de comparaison fait défaut ou le point de comparaison retenu doit être rapporté de la manière la plus adéquate aux circonstances de fait.

(2) Une deuxième méthode est celle du prix de revient majoré d'une marge bénéficiaire (*cost plus*) : elle s'applique à la livraison de biens ou à la prestation de services en tenant compte des coûts y afférents auxquels est ajoutée une marge bénéficiaire exprimée en pour cent. Le pourcentage de marge bénéficiaire est fonction de la nature des biens et services livrés, du secteur concerné, de l'importance de la transaction. Les coûts doivent cependant couvrir les frais généraux et indirects ainsi que les frais de recherche et de développement, sauf s'il s'agit de la liquidation d'une production marginale ; la facturation au prix de revient serait donc en principe inacceptable (4).

(1) Cass., 31 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, 280. Pour cette démarche empirique, cfr SIBILLE, « Les relations d'affaires internationales et l'application de l'article 24 du Code des impôts sur les revenus », *Rev. fisc.*, 1973, p. 281, qui constate que « sans doute est-ce en fin de compte cette méthode interprétative qui est ainsi la garantie de la liberté des citoyens qui donne à la fiscalité belge un certain caractère pragmatique ».

(2) S. VAN CROMBRUGGE, « Het arm's length-criterium bij multinationale groepen in het Belgisch fiscaal recht », *T.R.V.*, 1988, pp. 75 et suiv.

(3) OCDE, *Prix de transfert et entreprises multinationales*, Paris, OCDE, 1979, *Bull. contr.*, 1990, n° 587, p. 1496 et n° 588, p. 1910 et supplément, *Trois études fiscales*, Paris, 1984 ; voy. aussi J. MALHERBE, « Le rapport du Comité des affaires fiscales de l'OCDE : *Prix de transfert et entreprises multinationales* », 1979, *J.D.F.*, 1979, pp. 395 et suiv. ; DE CLIPPEL, Rapport belge, XLVI^e Congrès de l'IFA, Cancun, 1992, « Détermination des prix de transfert en l'absence de prix de marché comparables », *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXVII a, p. 295, *J.D.F.*, 1992, p. 193.

(4) Comp. Com. I.R., 24/11, où l'administration se réfère à une décision de la Cour d'appel de Liège de 1911..

(3) Une troisième méthode part du prix de revente à un acheteur indépendant, duquel est déduite une marge bénéficiaire appropriée couvrant les frais et le bénéfice du vendeur ; la marge bénéficiaire doit être suffisante pour couvrir les frais du vendeur et lui permettre de réaliser un bénéfice normal ; la détermination du bénéfice normal suppose la possibilité d'une référence aux résultats d'entreprises indépendantes semblables, ainsi que d'une estimation de l'importance de l'intervention du vendeur et des risques encourus par celui-ci.

Concernant la vente d'actions, on ne trouve qu'une jurisprudence déjà ancienne. Dans une première affaire, un achat d'actions à un prix trop élevé par une banque belge à sa succursale à Léopoldville fut considéré comme donnant naissance à un avantage bénéficiaire (1). Pour déterminer le *arm's length price*, la Cour renvoyait, pour les actions cotées en bourse, à la valeur boursière reflétant l'offre et la demande, quelle que soit l'importance de la transaction (*sic*), et à la valeur bilantaire pour les actions non cotées en bourse (2). Dans une seconde affaire, il s'agissait de la vente d'actions à un prix inférieur à une société luxembourgeoise qui contrôlait la société belge vendeuse ; la Cour se borna à énoncer que le prix normal devait au moins être égal au prix d'acquisition, tel qu'exprimé au bilan, à défaut de preuve contraire (3). Une troisième affaire concernait une vente d'actions à un prix trop bas par une société belge à sa société mère belge, contrôlée elle-même par une société anglaise (4) Ici, la Cour prit la valeur intrinsèque des parts concernées comme point de départ.

Une valeur d'apport inférieure à la valeur vénale des parts apportées donne lieu à un avantage anormal dans le chef du bénéficiaire de l'apport, sans tenir compte de la plus-value des parts reçues que reflète la réserve latente transférée (5). Ceci semble inexact dès lors que la valeur des parts apportées n'est plus à comparer à leur valeur nominale, mais plutôt à la partie du capital social qu'elles représentent (6).

(1) Bruxelles, 24 février 1964, *Rev. fisc.*, 1965, p. 80.

(2) *Ibid.*

(3) Cass., 28 juin 1966, *Pas.*, 1966, I, 1393.

(4) Bruxelles, 13 octobre 1971, *J.P.D.F.*, 1971, p. 295, obs. BALTUS.

(5) Cass., 2 mai 1962, *Pas.*, 1962, I, 968 ; Gand, 15 janvier 1960, *Rev. fisc.*, 1960, p. 556 ; Cass., 3 novembre 1965, *Pas.*, 1966, I, 290, *J.P.D.F.*, 1966, p. 41, obs. BALTUS.

(6) Cass., 2 mai 1962, *Pas.*, 1962, I, 968, *R.P.S.*, 1962, p. 243 ; Gand, 15 janvier 1960, *Rev. fisc.*, 1960, p. 556 et Cass., 3 novembre 1965, *Pas.*, 1966, I, 290, *J.P.D.F.*, 1966, 41, obs. BALTUS ; JANS, *Les transferts indirects de bénéfices entre sociétés interdépendantes*, 1976, pp. 88-89 ; KIRKPATRICK, « L'article 27, § 2, 7^o, des lois coordonnées

Dans une autre affaire, où une société belge avait transféré les actions d'une autre société, détenant des actifs immobiliers, à une société luxembourgeoise se trouvant dans des liens directs d'interdépendance à l'égard de la première, un expert avait été nommé par la Cour, afin de déterminer si un avantage anormal ou bénévole avait été consenti. La société vendeuse estimait que l'expert n'avait pas tenu compte de l'impôt sur la plus-value latente sur les immeubles qui, selon elle, devait être pris en considération pour la détermination du prix normal. La Cour a estimé que la valeur à prendre en considération afin de déterminer si un avantage bénévole avait été octroyé était la valeur réelle des actifs, compte tenu du passif latent, à savoir l'impôt sur la plus-value latente, dû en cas de vente des actifs en question (1).

Il existe une abondante jurisprudence dans le domaine des prêts.

Les prêts sans intérêt sont en principe anormaux (2), mais peuvent être fiscalement admis en raison des circonstances de fait. Ainsi la Cour admit-elle la renonciation aux intérêts dans un cas où une société mère belge avait accordé à sa filiale française en liquidation une dernière avance, faisant suite à d'autres, afin de prévenir une faillite qui aurait aussi entamé le crédit de la société mère (3). En l'espèce, la filiale ne pouvait rembourser le principal des prêts antérieurs, de sorte que les paiements — qui, conformément à l'article 1254 du Code civil, sont d'abord imputables sur les intérêts — auraient simplement diminué le remboursement en capital. Il fut aussi conclu à l'absence d'un avantage anormal et bénévole dans le cas d'une société mère qui, en contrepartie de l'octroi d'un prêt sans intérêt consenti

et la sous-évaluation des apports en sociétés », *R.P.S.*, 1962, p. 229 ; BALTUS, obs. sous Cass., 3 novembre 1965, *J.P.D.F.*, 1966, p. 41.

(1) Anvers, 23 mars 1992, *R.G.F.*, 1992, p. 304, obs. BELTJENS. On peut également citer d'autres arrêts, desquels on ne peut malheureusement pas dégager une position franche. Voy. par ex. : Bruxelles, 20 janvier 1970, *Bull. contr.*, 1971, n° 482, p. 297 ; Anvers, 15 avril 1991, *R.G.F.*, 1992, p. 25, obs. LYCOPS ; Cass., 28 juin 1966, *Bull. contr.*, 1967, n° 445, p. 1713.

Selon Beltjens, le critère le plus utilisé est la valeur nette comptable de la société vendue.

(2) Gand, 19 novembre 1946, *Rev. fisc.*, 1947, p. 217 ; Bruxelles, 5 mars 1951, *Rev. fisc.*, 1951, p. 369 ; Bruxelles, 24 novembre 1971, *J.P.D.F.*, 1972, p. 106 ; Anvers, 9 janvier 1990, *F.J.F.*, n° 90/108.

(3) Mons, 1^{er} mars 1978, *J.D.F.*, 1978, p. 227, obs. NEMERY DE BELLEVAUX.

à sa filiale, reçut un avantage réel consistant en une importante augmentation de la valeur de ses actions (1).

Au sujet du taux d'intérêt à prendre en considération pour la détermination de l'avantage, l'administration renvoie actuellement systématiquement à l'évaluation forfaitaire des avantages de toute nature en cas de prêts sans intérêt accordés par un employeur à un membre de son personnel (2). Il n'existe pourtant aucune base légale à ce renvoi (3). Dans le passé, on se référait à un taux d'intérêt « raisonnable et acceptable ».

Le rapport de l'OCDE renvoie au taux d'intérêt pratiqué sur le marché, en tenant compte du montant, de la destination, de la devise, des garanties, etc. La circonstance que les entreprises multinationales ont accès au marché financier international où des taux plus avantageux sont disponibles n'est pas à négliger.

Le paiement à une société holding étrangère d'intérêts relatifs à des dividendes laissés à la disposition de la filiale belge ne fut pas considéré comme un avantage anormal et bénévole (4). Inversement il fut décidé qu'on était en présence d'un avantage bénévole dans le cas d'une société mère anglaise qui, pendant des années, ne porta pas en compte les intérêts relatifs aux avances faites à sa filiale belge et en exigea ensuite le paiement (5).

Le fait de ne pas se couvrir contre les fluctuations de change lors d'une importante opération conclue avec une entreprise liée peut donner naissance à un avantage anormal (6).

Le défaut de libération du capital ne peut jamais donner lieu à un avantage anormal (7).

Un abandon de créance consenti à une filiale française qui la sauve de la faillite et permet la prise de participation d'un nouvel action-

(1) Mons, 3 novembre 1989, *R.G.F.*, 1990, p. 125 : le litige concernait un cas d'application de l'article 79 (précédemment article 53), dont les conclusions peuvent être transposées à l'article 26.

(2) A.R.-I.R., art. 18.

(3) Cfr l'arrêt *Transmarine*, Bruxelles, 13 octobre 1971, *J.P.D.F.*, 1971, p. 295, *Rev. fisc.*, 1971, p. 133, *Rép. fisc.*, 1972, p. 382, cité ci-dessus : le montant de l'avantage doit être évalué compte tenu de sa valeur réelle dans le chef de la société bénéficiaire au jour de l'opération litigieuse.

(4) Gand, 12 janvier 1960, *Rev. fisc.*, 1960, p. 553.

(5) Bruxelles, 23 mars 1979, *R.G.F.*, 1979, p. 275, obs. WIJGAERTS ; Cass., 31 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, 280.

(6) Anvers, 15 avril 1993, *F.J.F.*, n° 93/216.

(7) TOURNICOURT, « La non-libération de l'intégralité du capital social : un avantage anormal et bénévole ? », *R.G.F.*, 1979, p. 65.

naire anglais, avec la conséquence que la participation de la société mère conserva sa valeur comptable, n'est pas un avantage bénéficiaire (1).

Il en fut décidé autrement dans le cas de deux exploitants d'un enseignement par correspondance qui avaient fondé une GmbH allemande avec un capital insuffisant et non libéré. Ils s'étaient engagés à prendre en charge un éventuel déficit pendant une période de dix ans. Les montants transférés en Allemagne n'étaient pas comptabilisés par la firme allemande et celle-ci n'avait pas l'obligation de rembourser les sommes. Les montants en cause furent considérés comme des avantages anormaux en raison de l'absence de limitation dans l'octroi des montants, de leur caractère répétitif et de l'absence de toute obligation de remboursement (2).

Une hypothèse complexe concernait une société belge qui avait accordé des avances à une société allemande liée, en perte. La société allemande était une filiale commune d'une société française (Vynckier Frères, société filiale de la société belge) et d'un groupe de sociétés allemand (Elliot Automation Köln). La société allemande clôtura sa comptabilité après le paiement fait aux créanciers, à l'exception toutefois du prêteur belge, lequel n'avait d'ailleurs pas exigé remboursement de sa créance. La perte correspondante fut considérée comme un avantage anormal, mais fut transformée en une créance sur la filiale française. Ensuite, la participation dans cette société fut vendue à un acheteur indépendant qui refusa toutefois d'accepter le passif. L'administration limita l'avantage anormal au montant de la perte qui correspondait à la participation d'Elliot Automation Köln, soit 35 %.

La Cour d'appel ne suivit pas ce raisonnement : l'avantage anormal serait né en raison d'une renonciation relative à la créance détenue sur l'actionnaire allemand, alors qu'une telle créance n'existait pas (3)

Un abandon de créance consenti par une filiale à sa société mère américaine fut considéré à tort non pas comme bénéficiaire, mais comme anormal. La filiale faisait valoir que l'abandon était prévu par un concordat et qu'elle n'aurait pu survivre en cas de faillite de sa société mère. Le juge limita sa motivation à la considération que

(1) Bruxelles, 11 février 1977, *J.D.F.*, 1978, p. 187, obs. NEMERY DE BELLEVAUX.

(2) Liège, 27 mars 1975, *J.D.F.*, 1976, p. 273, obs.

(3) Gand, 11 mars 1983, *R.G.F.*, 1983, p. 175, obs. L. HINNEKENS.

la société n'aurait pas renoncé à sa créance pour éviter la faillite d'un débiteur indépendant et que l'abandon avait donc été uniquement suggéré par le lien d'interdépendance (1).

La Cour a ignoré la motivation économique à la source de cet abandon, à savoir la sauvegarde de l'intérêt de la filiale belge.

E. Charge de la preuve

En général, il est admis que, pour l'application de l'article 26, alinéa 2, 1^o, la charge de la preuve incombe à l'administration (2). C'est pourquoi l'administration optera plutôt pour l'application de l'article 54 du Code pour autant que ses conditions d'application soient remplies.

F. Imposition

Le montant qui est considéré comme un avantage anormal ou bénévole est ajouté aux bénéfices de l'entreprise belge.

Techniquement, cet avantage est traité comme une dépense non admise. La comptabilité de l'entreprise peut par conséquent rester inchangée (3). La matière imposable consiste dans l'avantage lui-même (4).

§ 2. — AVANTAGES CONSENTIS À DES PERSONNES ÉTABLIES DANS DES JURIDICTIONS FISCALES PRIVILÉGIÉES : ARTICLE 26, ALINÉA 2, 2^o ET 3^o

Suivant le deuxième alinéa de l'article 26 du Code avant sa modification par la loi du 28 juillet 1992 (ancien article 24, alinéa 2), le premier alinéa de cette disposition est également applicable aux avantages anormaux ou bénévoles accordés à une personne ou à une entreprise qui, en vertu des dispositions de la législation du pays où elles sont établies, sont soumises à un régime fiscal notablement plus avantageux que celui auquel est soumise l'entreprise établie en Belgique (5).

(1) Anvers, 13 mai 1991, *F.J.F.*, n° 91/49.

(2) *Com. I.R.*, 24/16.

(3) LAGAE, « Noties van internationaal fiscaal recht in verband met personen en ondernemingen », *T.P.R.*, 1982, p. 204.

(4) *Com. I.R.*, 24/17 ; *Cass.*, 20 septembre 1972, *Pas.*, 1973, I, 72.

(5) *C.I.R.* art. 26, al. 2, 2^o.

Sont visées ici les situations où des avantages anormaux ou bénévoles sont accordés par une entreprise belge à des personnes ou entreprises étrangères établies dans des pays où ces avantages sont exonérés d'impôts sur les revenus ou sont soumis à un régime fiscal notablement plus avantageux (1).

Par opposition au 1^o de l'alinéa 2 de l'article 26 C.I.R., tel qu'il est rédigé actuellement, aucun lien d'interdépendance n'est exigé. La loi du 28 juillet 1992 a élargi le champ d'application des deux dispositions (2).

En effet, l'imposition a été étendue aux avantages consentis à tout contribuable visé à l'impôt des non — résidents et même, dans le cas visé à l'article 26, alinéa 2, 2^o, à un établissement étranger (3). L'article 26, alinéa 2, 3^o, prévoit que le régime des avantages anormaux ou bénévoles est également applicable lorsque les avantages sont accordés à un contribuable non résident qui a des intérêts communs avec le contribuable ou l'établissement étranger visé à l'article 26, alinéa 2, 2^o, ce qui n'était pas le cas précédemment.

En effet, la référence aux personnes ayant des intérêts communs ne visait que les relations avec les contribuables non résidents se trouvant dans des liens quelconques d'interdépendance.

A. Un régime fiscal notablement plus avantageux

L'application de l'article 26, alinéa 2, 2^o, suppose l'assujettissement à un régime fiscal notablement plus avantageux ou l'absence d'imposition sur les revenus. Une définition relative à la notion de « paradis fiscal » ou de « pays refuge » fait défaut.

(1) Com. I.R., 24/19 où ne seraient pas seulement visées les sociétés établies dans des pays refuges ou bénéficiant d'un régime exorbitant du droit commun, mais également les sociétés qui subissent une charge fiscale sensiblement plus légère que celle à laquelle elles seraient soumises en Belgique. La loi du 28 juillet 1992 a complété la disposition relative aux personnes établies dans des juridictions fiscales privilégiées en visant les contribuables non résidents qui, en vertu des dispositions de la législation du pays où ils sont établis, n'y sont pas soumis à un impôt sur les revenus.

(2) GEMIS, « Hoe kijkt de Belgische fiscus tegen buitenlandse holdings aan ? Zeven stokken achter de deur », *A.F.T.*, 1991, p. 53.

(3) Le législateur a visé les établissements étrangers sans personnalité juridique afin d'éviter, semble-t-il, que l'entreprise belge octroyant l'avantage ne puisse « se retrancher derrière le fait que le contribuable non résident est lui-même assujetti à un impôt normal sur les revenus... ».

Dans la doctrine, des essais furent entrepris en vue d'arriver à une classification. Ainsi peut-on faire une distinction entre (1) :

(I) *zero tax havens*, où aucun impôt direct n'est levé ;

(II) *quasi tax havens*, où l'impôt est à peu près inexistant ;

(III) pays qui lèvent l'impôt sur base du principe de la territorialité, de sorte que les sociétés actives en dehors du territoire échappent à l'impôt ;

(IV) pays qui excluent certaines sociétés de tout ou partie de l'impôt.

L'administration semble opter pour une approche pragmatique : les circonstances de fait sont décisives (2). Cela explique peut-être pourquoi la liste des paradis fiscaux qui existait originairement dans le commentaire administratif a été supprimée (3). Il semble qu'une étude a été réalisée à ce sujet au sein de l'administration (4).

Pour l'application de l'article 203 du Code, suivant lequel les revenus définitivement taxés ne sont pas déductibles lorsque les dividendes sont alloués par une société étrangère établie dans un pays dont les dispositions de droit commun en matière d'impôts sont notablement plus avantageuses qu'en Belgique ou par une société holding ou de financement qui est soumise, dans le pays où elle est établie, à un régime fiscal exorbitant du droit commun, sous réserve de la règle de la transparence, l'administration a rédigé une liste non exhaustive de paradis fiscaux (5).

Une difficulté particulière se présentera lorsque des facteurs déterminés justifient le régime fiscal avantageux de l'étranger. Il en sera ainsi des exemptions temporaires stimulant l'activité économique. La question est alors de savoir si l'administration prendra ces facteurs en considération (6).

(1) DASSESSE et MINNE, *Droit fiscal*, 2^e éd., 1991, p. 562 ; KNULST, *Belastingparadijzen. Hoe zit dat nu in elkaar ?*, Antwerpen, 1984, p. 147.

(2) Com. I.R., 24/19, § 2.

(3) Voy. Com. I.R., 44/67.5 (ancienne version du 15 août 1976).

(4) *Bull. Q.R.*, Ch. repr., sess. 1982-83, question n° 222 du 3 mai 1983 (M. Steverlynck), p. 2164.

(5) *M.B.*, 24 août 1991, p. 18431.

(6) GEMIS, « Hoe kijkt de Belgische fiscus tegen buitenlandse holdings aan ? Zeven stokken achter de deur », *A.F.T.*, 1991, p. 53.

B. Charge de la preuve

La charge de la preuve incombant à l'administration sera double : il lui faudra prouver non seulement l'existence matérielle d'un avantage anormal ou bénévole, mais également, à la différence de la situation visée par l'article 26, alinéa 2, 1^o, où il lui incombera de faire la preuve du lieu d'interdépendance, l'existence d'un régime fiscal notablement plus avantageux à l'étranger (1).

§ 3. — AVANTAGES CONSENTIS À DES RÉSIDENTS BELGES : ARTICLE 26, ALINÉA 1^{ER}

La loi du 22 décembre 1989 a élargi le champ d'application de l'article 26 du Code en introduisant la disposition de l'article 26, alinéa 1^{er}, qui était à l'époque le troisième alinéa de l'article 24 et qui énonce qu'on doit ajouter aux bénéfices d'une entreprise le montant de tous les avantages anormaux ou bénévoles qu'elle accorde à une personne physique ou morale, sauf si les avantages interviennent directement ou indirectement pour déterminer les revenus imposables des bénéficiaires (2).

A. Bénéficiaires de l'avantage

L'alinéa 1^{er} de l'article 26 du Code a une portée plus large que les deux premiers numéros de l'alinéa 2 de la même disposition traitant des avantages anormaux ou bénévoles accordés à des bénéficiaires étrangers et exigeant un élément d'extranéité.

À propos de l'ancienne formulation de l'article 24, devenu 26, on se demandait si le nouveau troisième alinéa était applicable exclusivement aux opérations effectuées entre entités belges ou également aux opérations réalisées entre entreprises belges et étrangères (3). La dernière interprétation impliquerait que les limitations des deux anciens premiers alinéas de l'article 24 disparaissaient par le seul effet de

(1) Com. I.R., 24/21.

(2) C.I.R., art. 24, al. 3, introduit par l'article 256 de la loi du 22 décembre 1989. Dans l'article 26 C.I.R. 1992, depuis la loi du 28 juillet 1992, les termes « directement ou indirectement » ont été supprimés. De même, la loi du 28 juillet 1992 ne reprend plus les termes de « personnes physiques ou morales » : il ne faudrait toutefois pas en conclure que les personnes morales ne sont plus visées (BIZAC, « Les avantages anormaux et bénévoles dans le cadre de l'application de l'article 26 du C.I.R. 1992 », *R.G.F.*, 1993, p. 323).

(3) GLINEUR et AFSCHRIFT, « Les impôts sur les revenus et la loi du 22 décembre 1989 », *J.T.*, 1990, p. 370.

l'ajout du troisième alinéa. Dès lors, deux principes s'opposaient : d'une part la priorité de la loi nouvelle sur l'ancienne (*lex posterior priori derogat*) et d'autre part, le maintien des dispositions particulières dérogeant à la disposition générale (*specialia generalibus derogant*).

Les travaux préparatoires de la loi du 22 décembre 1989 apportaient en l'espèce peu de clarté : on y parlait d'une « extension » (1), d'un « complément » (2), d'un « élargissement (3) de l'article 24, tandis qu'en même temps il était indiqué que « les personnes physiques et morales belges » (4) étaient aussi visées et que le troisième alinéa concernait un élargissement applicable aux avantages anormaux ou bénévoles concédés à des personnes physiques ou morales établies en Belgique (5).

Logiquement, il devait en découler que l'alinéa 1^{er} de l'actuel article 26 serait exclusivement d'application pour les opérations entre une entreprise belge, accordant l'avantage, et une personne morale ou physique belge, bénéficiaire de l'avantage (6). Une solution contraire aurait en effet impliqué l'abrogation des deux premiers alinéas de l'ancien article 24 par le législateur. De même, l'exception contenue dans ce premier alinéa (« sauf lorsque les avantages interviennent directement ou indirectement pour déterminer les revenus imposables des bénéficiaires ») aurait peu de sens pour des bénéficiaires étrangers n'étant généralement pas imposés en Belgique, à l'exception par exemple du précompte mobilier s'ils ont encaissé des intérêts ou des royalties. Cependant certains auteurs optaient pour la seconde solution (7).

(1) Projet de loi portant des dispositions fiscales, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1989-1990, n° 806/1, p. 76.

(2) *Ibid.*

(3) Projet de loi portant des dispositions fiscales, Rapports, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1989-1990, n° 806/3, p. 64.

(4) Projet de loi portant des dispositions fiscales, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1989-1990, n° 806/1, p. 76.

(5) Projet de loi portant des dispositions fiscales, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1989-1990, n° 806/1, p. 64.

(6) GEMIS, « Hoe kijkt de Belgische fiscus tegen buitenlandse holdings aan ? Zeven stokken achter de deur », *A.F.T.*, 1991, p. 53 ; S. VAN CROMBRUGGE, « De hervorming van de personen — en vennootschapbelasting », in *De belastinghervormingen 1989*, 1990, p. 67.

(7) THILMANY, « Le régime fiscal des prix de transfert, Imposition nationale et double imposition internationale », in J. MALHERBE (éd.), *Réformes fiscales belges (1988-1989)*, 1992, p. 446, qui se base sur le rejet d'un amendement limitant le champ d'application de l'article 24, alinéa 3, aux personnes physiques et morales établies en Belgique (*Doc. parl.*, Sén., sess. 1989-1990, n° 806-3, pp. 62-63). Voy. aussi GLINEUR

La circulaire administrative ne contient aucune indication expresse relative au point de vue adopté par l'administration à ce sujet (1).

La nouvelle formulation de l'article 26, introduite par la loi du 28 juillet 1992, a supprimé toutes les incertitudes et a clairement indiqué la portée large du texte.

La loi, en faisant de la troisième hypothèse la première, l'a érigée en règle générale, étant entendu que, nonobstant ce principe, les avantages seront toujours ajoutés aux bénéficiaires de l'entreprise belge lorsqu'elle les accorde à des bénéficiaires visés à l'article 26, alinéa 2, 1^o, 2^o et 3^o (2).

B. Exception

L'article 26, alinéa 1^{er}, n'est pas applicable lorsque les avantages anormaux ou bénévoles interviennent pour déterminer les revenus imposables des bénéficiaires (3).

Conformément à cette exception, le ministre des Finances a répondu à une question parlementaire que l'article 26, alinéa 1^{er}, n'est

et AFSCHRIFT, « Les impôts sur les revenus et la loi du 22 décembre 1989 », *J.T.*, 1990, p. 370 ; B. PEETERS, « Le nouvel article 24, 3^e alinéa C.I.R. et les traités de double imposition », *Fiscologue Intern.*, 1990, 15 juin 1990.

(1) Circ. Ci.D. 19/416.334 du 19 octobre 1990, Commentaire de l'art. 256, L. 22 déc. 1989 portant des dispositions fiscales (avantages anormaux ou bénévoles à ajouter aux bénéficiaires), *Bull. contr.*, 1990, n^o 700, p. 3113. L'administration expose que le texte concerne les avantages anormaux ou bénévoles qu'une entreprise consent à des personnes physiques résidentes ou non résidentes ou à des sociétés ou associations dotées ou non de la personnalité juridique (n^o I/125). Dans le cas des sociétés, elle ne précise donc pas si la disposition s'applique tant aux résidents qu'aux non-résidents. Elle le prévoit toutefois implicitement puisqu'elle affirme plus haut (n^o I/121) que le texte concerne les avantages anormaux ou bénévoles qu'une entreprise consent à des personnes physiques ou morales, même s'il s'agit de Belges, en précisant que la clause d'exception n'est applicable qu'au cas où « les avantages interviennent directement ou indirectement pour déterminer les revenus imposables en Belgique des bénéficiaires ».

(2) Selon l'exposé des motifs, cette nouvelle formulation a comme objectif d'éviter qu'une entreprise n'invoque l'ancienne troisième hypothèse pour se soustraire à l'application des deux autres, (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n^o 444/1, p. 5 ; voy. aussi BIZAC, « Les avantages anormaux et bénévoles dans le cadre de l'application de l'article 26 du C.I.R. 1992 », *R.G.F.*, 1993, p. 325 : selon l'auteur, il résulte de la nouvelle rédaction du texte ainsi que, implicitement, de l'exposé des motifs que la condition d'imposabilité en Belgique n'est pas requise, dans le chef du bénéficiaire, pour invoquer la clause d'exception.

(3) Circ. Ci.D., 19/416.334 du 19 octobre 1990, *Bull. contr.*, 1990, n^o 700, p. 3114, qui contient des exemples de ce qu'il convient d'entendre par « détermination des revenus imposables des bénéficiaires ».

jamais applicable lorsque les avantages sont accordés à une entreprise soumise à l'impôt belge des sociétés (1).

En ce qui concerne l'octroi d'avantages anormaux ou bénévoles à des personnes physiques résidentes, la clause d'exception ne pourra, dans certaines circonstances, pas être invoquée. Ce sera, par exemple, le cas d'une cession par une personne physique d'actions à un prix anormalement élevé ; la plus-value réalisée ne constitue pas un revenu imposable, sauf si l'administration, estimant qu'elle ne résulte pas de la gestion normale du patrimoine privé, la taxe comme « revenus divers » (2).

Dans cette exception se trouve peut-être la *ratio legis* de la récente disposition : face à la condamnation répétée de la théorie de la réalité économique (3), on peut y voir une tentative de l'administration d'élaborer un instrument sûr permettant de lutter contre les usages impropres (4).

C. Charge de la preuve

Ici aussi, la charge de la preuve incombe à l'administration. Le montant des avantages doit en principe être fixé compte tenu de la valeur réelle qu'ils ont dans le chef du bénéficiaire. Selon le commentaire administratif, il peut être fait usage des règles d'évaluation forfaitaire prévues à l'article 18 de l'arrêté royal d'exécution pour la détermination de l'avantage accordé (5).

(1) *Bull. Q.R.*, Sén., sess. 1990-91, question n° 174 du 12 juin 1990 (M. Cooreman), p. 1640 ; voy. aussi *Courr. fisc.*, 1990, p. 462.

(2) BIZAC, « Les avantages anormaux et bénévoles dans le cadre de l'application de l'article 26 du C.I.R. 1992 », *R.G.F.*, 1993, p. 324.

(3) Voy. à ce sujet : J. MALHERBE, L. DE BROE, J. PARAMORE & A. LAWTON, « Simulation in Belgian fiscal law : A modest proposal for a clear legislative solution », *Intertax*, 1991, pp. 88-92.

(4) L. VERLINDEN, « Abnormale en goedgunstige voordelen in het binnenland na de wet van 22 december 1989 », *T.F.R.*, 1990, p. 303.

(5) Circ. Ci.D. 19/416.334 du 19 octobre 1990, *Bull. contr.*, 1990, n° 700, p. 3116.

CHAPITRE II. — PAIEMENTS À DES PERSONNES ÉTABLIES DANS DES JURIDICTIONS FISCALES PRIVILÉGIÉES : ARTICLE 54 DU C.I.R

§ 1^{er}. — REJET DES CHARGES

L'article 54 du Code dispose que les intérêts résultant d'obligations ou de prêts, ainsi que les redevances pour la concession de l'usage de brevets d'invention, procédés de fabrication et autres droits analogues ou les rémunérations de prestations ou de services ne sont pas considérés comme des frais professionnels lorsqu'ils sont payés ou attribués directement ou indirectement à un contribuable visé à l'article 227, c'est-à-dire à un non-résident ou à un établissement étranger, qui, en vertu des dispositions de la législation du pays où ils sont établis, n'y sont pas soumis à un impôt sur les revenus ou y sont soumis, pour les revenus de l'espèce, à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui auquel ces revenus sont soumis en Belgique, sauf si le contribuable justifie par toutes voies de droit qu'ils répondent à des opérations réelles et sincères et qu'ils ne dépassent pas les limites normales (1).

La *ratio legis* de cette disposition réside dans la lutte contre des formes déterminées d'évasion fiscale internationale (2). La portée en est claire : les charges résultant d'opérations avec certaines personnes ou entreprises établies à l'étranger ne sont pas déductibles fiscalement, sauf si le contribuable fournit la preuve, prévue par la loi, de leur caractère réel, sincère et normal (3). Pour certains auteurs, cela

(1) C.I.R., art. 54 (avant coordination, art. 46). La loi du 28 juillet 1992 a ici aussi reformulé la rédaction de l'article 54 C.I.R. en visant les sommes payées ou attribuées à des contribuables non résidents et à des établissements étrangers (précédemment à une société holding étrangère bénéficiant d'un régime fiscal exorbitant du droit commun et à des personnes ou entreprises établies dans des « paradis fiscaux »). De même, elle vise aussi l'octroi « indirect ».

(2) Com. I.R., 44/62, où l'exposé des motifs de la loi du 13 février 1954 est repris.

(3) GEMIS, « Hoe kijkt de Belgische fiscus tegen buitenlandse holdings aan ? Zeven stokken achter de deur », *A.F.T.*, 1991, p. 83.

signifie que cette disposition introduit « une présomption de simulation » (1), ce qui est contredit par d'autres (2).

A. Les sommes

L'article 54 vise les sommes suivantes :

- les intérêts d'obligations ou de prêts ;
- les royalties pour la concession de l'usage de brevets d'invention, procédés de fabrication, marques de fabrique, etc. ;
- les rémunérations de prestations ou de services (3).

Cette énumération est limitative (4).

B. Régime de taxation notablement plus avantageux

Pour la description des composantes de cette notion, il peut être renvoyé à ce qui précède.

Jadis, la disposition (à l'époque, l'article 46) se référait expressément aux sociétés holding (5) Le législateur visait principalement, lors de la rédaction de la loi, les holdings luxembourgeois régis par la loi

(1) Com. I.R., 44/69 ; LAGAE, « Noties van internationaal fiscaal recht in verband met personen en ondernemingen », *T.P.R.*, 1982, p. 205 ; DASSESE et MINNE, *Droit fiscal*, 1991, p. 590.

(2) S. VAN CROMBRUGGE, « Veinzingsvermoeden, aftrekbaarheidsvoorwaarden en bewijslast in artikel 46 van het Wetboek der Inkomstenbelasting », *Fiskofoon*, 1984, pp. 151-152 et 155 ; G. GEMIS, « Hoe kijkt de Belgische fiscus tegen buitenlandse holdings aan ? Zeven stokken achter de deur », *A.F.T.*, 1991, p. 83.

(3) Une indemnité payée pour rupture de contrat à une société holding étrangère soumise à un régime notablement plus avantageux tombe par conséquent en dehors du champ d'application de l'article 46 du Code ancien (Bruxelles, 2 octobre 1972, *J.P.D.F.*, 1972, p. 306).

(4) LAGAE, « Noties van internationaal fiscaal recht in verband met personen en ondernemingen », *T.P.R.*, 1982, p. 208 ; GEMIS, « Hoe kijkt de Belgische fiscus tegen buitenlandse holdings aan ? Zeven stokken achter de deur », *A.F.T.*, 1991, p. 84.

(5) La loi ne définissait pas la notion de « société holding ». Le commentaire administratif tentait de combler cette lacune en se basant sur les travaux préparatoires et en qualifiant de société holding (Com. I.R., 44/64) :

- la société qui, au moyen de participations détenues dans des sociétés aux activités semblables ou complémentaires, contrôle ces dernières (conception économique du holding) ;
- la société qui, indépendamment d'une idée de contrôle, recherche des investissements pour compte d'un groupe d'actionnaires anonymes (*investment trust*) ou pour un groupe familial ou limité (conception financière du holding) ;
- la société qui souscrit des titres d'entreprises en constitution ou en développement avec l'idée de les répandre dans le public (conception promotionnelle du holding ; le holding comme *promoting company*) ;
- la société qui détient des brevets d'invention ou octroie des licences (le brevet est considéré comme un bien commercial particulier, qui est conçu pour une prise de participation financière ; p. ex., holding de licence luxembourgeois) ;

du 31 juillet 1929. De tels holdings sont exemptés d'impôts sur les revenus et les intérêts et dividendes qu'ils versent le sont également ; ils paient un droit d'abonnement.

Si un pays étranger prévoit, comme la Belgique, afin d'éviter la double imposition économique, l'octroi d'une exemption totale ou partielle des dividendes dans le chef de la société qui les perçoit, ce régime ne peut être considéré comme plus avantageux que le système belge. Un tel système existe en France, en Suisse, aux Pays-Bas et dans le droit commun luxembourgeois.

Au contraire, le holding sera considéré comme privilégié fiscalement s'il est exempté d'impôt sur des revenus qui, s'ils étaient perçus par d'autres contribuables, seraient taxés (1).

C. Charge de la preuve

L'administration doit apporter la preuve des faits et des constatations qui, selon elle, satisfont aux conditions d'application de l'article 54. À ce moment, la charge de la preuve repose sur le contribuable, qui, par toutes voies de droit, peut fournir la preuve que les paiements répondent à des opérations réelles et sincères et qu'ils ne dépassent pas les limites normales. Il y va donc d'une double preuve : il devra prouver, d'une part, la réalité et la sincérité des opérations et, d'autre part, leur caractère normal, établissant que le montant payé est comparable à celui qui serait payé aux conditions de marché pour des opérations de même nature (2).

— le holding mixte, qui à côté de sa fonction financière exerce aussi une activité industrielle ou commerciale (p. ex., le régime de faveur de certains cantons suisses).

Cette définition large semblait suggérer que tous les holdings tombaient sous le coup de l'application de la loi et ceci, quelles que soient leur forme juridique ou leur dénomination et indépendamment de la question de savoir s'il s'agissait d'un holding pur ou mixte.

Selon la loi, le holding devait toutefois être établi à l'étranger, de sorte que les holdings belges n'étaient pas visés.

Les holdings n'étaient en même temps pris en considération que s'ils étaient soumis à un régime fiscal exorbitant du droit commun.

Selon le rapport de la Commission des finances du Sénat, un tel régime implique que la société holding n'est pas soumise à un impôt sur les revenus ou est soumise à un impôt sur les revenus insignifiant en comparaison du régime fiscal normal applicable à l'ensemble des autres contribuables.

(1) Com. I.R., 44/64.

(2) Cass., 10 novembre 1964, *Pas.*, 1965, I, 251 ; Gand, 27 septembre 1988, *R.G.F.*, 1989, p. 82, obs. JORION.

§ 2. — CAS D'APPLICATION

A. Intérêts

Une société belge, qui a distribué toutes ses réserves à un holding luxembourgeois, afin d'éviter un nouvel impôt sur les bénéfices réservés et qui contracte simultanément un emprunt auprès de ce holding afin de restaurer sa trésorerie, méconnaît l'article 54, car la nécessité de l'emprunt a été artificiellement créée par le versement des réserves. La déductibilité des intérêts fut également rejetée sur base des conditions générales de déductibilité : la nécessité de la charge ne résultait pas des activités de l'entreprise, mais d'une décision de verser un dividende exagéré afin d'éviter un nouvel impôt (1).

B. Indemnité de rupture de contrat

Une indemnité de rupture de contrat compensant une perte de bénéfices n'entre pas dans le champ d'application de l'article 54 (2).

C. Royalties

La législation belge ne contient aucune norme fixant le montant normal de la rémunération pour la cession ou l'usage d'éléments d'actif incorporels. L'évaluation d'un tel montant dépendra donc des circonstances de fait.

En règle générale, il est admis que la somme payée doit être équivalente à la valeur des droits cédés par le contrat. L'administration a admis la déduction des royalties si celles-ci ne représentent pas plus de 5 % du chiffre d'affaires résultant de l'usage par l'entreprise belge d'une marque ou d'un savoir-faire de sa société mère étrangère (3).

Une déduction analogue fut refusée dans le cas d'une entreprise belge qui ne produisait pas de biens, mais revendait simplement les biens achetés à sa société mère étrangère.

La déduction fut aussi refusée à une société belge payant des royalties à sa société mère étrangère pour l'usage de son nom, alors que cette dernière n'avait émis aucune réserve au moment de la constitution de sa filiale (4).

(1) Cass., 10 novembre 1964, *Pas.*, 1965, I, 251, *J.P.D.F.*, 1965, p. 150, obs. BAL-TUS.

(2) Bruxelles, 2 octobre 1972, *J.P.D.F.*, 1972, p. 306. Cfr *supra*.

(3) Bruxelles, 21 juin 1958, *Rev. fisc.*, 1959, p. 118.

(4) Bruxelles, 21 octobre 1972, *Rev. fisc.*, 1973, p. 82.

D. Services

Les charges d'exploitation sont déductibles si elles ont été contractées en vue d'acquiescer ou de conserver des revenus imposables. Par conséquent, les charges d'exploitation découlant d'une convention de prestation de services entre entreprises liées, payées par une société belge, ne seront déductibles que si celle-ci en est réellement bénéficiaire (1).

L'application de cette règle implique que les charges de *management*, facturées par une société étrangère à sa filiale belge, ne seront pas déductibles dans le chef de cette dernière si les services profitent à la société mère en tant qu'actionnaire : les dépenses faites dans la seule intention d'assurer un investissement dans une société belge ne sont pas déductibles dans le chef de celle-ci (2).

D'autres rémunérations pour prestations de *management* sont déductibles s'il peut être démontré que les dépenses en cause ont été exposées dans l'intérêt exclusif de la société belge.

L'administration adopte toutefois un point de vue restrictif : les dépenses rémunérant des prestations de *management* sont considérées comme n'ayant pas été faites dans l'intérêt de l'entreprise belge s'il s'avère que celle-ci aurait réalisé un chiffre d'affaires identique en l'absence de prestations de services de la société mère (3).

Si la convention de prestation de services concerne des services à caractère technique, financier ou économique, les avantages en découlant pour la société belge seront plus évidents et, partant, plus facilement acceptés comme frais professionnels. Sur base des conditions générales de déduction, la Cour de cassation a admis que, lorsque les dossiers de crédit du Crédit du Nord belge sont contrôlés une deuxième fois par la société mère lilloise, la rémunération de ce service ne peut être rejetée, même si le contrôle n'avait pas pour but de mettre à disposition de la banque belge de nouveaux moyens ; cette circonstance n'excluait pas que ce contrôle soit utile pour exploiter les moyens existants, même s'il profitait aussi à la société mère française (4).

(1) SIBILLE, « Les relations d'affaires internationales et l'application de l'article 24 du Code des impôts sur les revenus », *Rev. fisc.*, 1973, p. 263.

(2) Bruxelles, 5 mars 1959, *Rev. fisc.*, 1960, p. 201.

(3) SIBILLE, *op. cit.*, p. 273.

(4) Cass., 28 mai 1963, *Pas.*, 1963, I, 1040.

Puisqu'en Belgique, il n'existe pas de règle de *safe haven* (1), il subsistera toujours un problème délicat en ce qui concerne l'évaluation de la rémunération acceptable et normale d'un service rendu. En règle générale, on considère qu'une rémunération est une charge professionnelle normale si elle compense des services réels et normaux qui ont été rendus conformément à la pratique commerciale et aux circonstances économiques du moment (2). Dès lors, l'administration cherchera un point de comparaison dans les rémunérations portées en compte par des entités professionnelles indépendantes, comme les sociétés d'audit, afin de pouvoir déterminer le caractère normal des indemnités payées entre entités dépendantes.

E. Les accords de partage des coûts

Des accords tendent au partage des coûts se rapportant aux services bénéficiant à toutes les parties concernées par l'accord.

1. Conditions de déductibilité

La simple circonstance que des dépenses déterminées ne soient pas directement prises en charge par une entreprise, mais résultent d'un accord de partage des coûts avec une ou plusieurs autres entreprises, n'influence pas à proprement parler la déductibilité de ces dépenses. Afin d'être déductibles, les dépenses doivent nécessairement être en rapport avec l'activité commerciale des entreprises concernées par l'accord. Cela signifie que les dépenses ne pourront être contractées à des fins privées ou pour des activités commerciales ne concernant pas l'objet social de l'entreprise. Ainsi, la condition ne sera pas remplie si l'accord de partage des coûts a pour objet des opérations de production de la société mère, alors que la filiale se limite à des activités de vente.

Une deuxième condition de déductibilité requiert que les charges et dépenses aient été exposées en vue d'acquérir ou de conserver des revenus imposables. Les dépenses doivent fournir un avantage direct aux entreprises participantes. Les *stewardship costs* ne seront déduc-

(1) Voy. pour ce concept : J. MALHERBE, « Le rapport du Comité des affaires fiscales de l'OCDE : *Prix de transfert et entreprises multinationales* », *J.D.F.*, 1979, p. 397.

(2) Bruxelles, 4 mars 1965, *Rev. fisc.*, 1966, p. 263 ; Liège, 22 mai 1950, *J.P.D.F.*, 1950, p. 150.

tibles que dans la mesure où l'entreprise qui revendique la déduction peut prouver un avantage direct dans son propre chef (1).

De même, la déduction ne sera permise que si l'entreprise, en l'absence de contrat de services avec sa mère, aurait dû faire appel à une entreprise indépendante. L'exigence selon laquelle les dépenses doivent être faites en vue d'acquérir ou de conserver des revenus imposables ne signifie pas que les dépenses et les revenus doivent se situer dans la même période imposable. Ceci revêt un intérêt particulier pour les frais de recherche et de développement, qui sont considérés comme frais professionnels alors qu'il n'en résulte pas de profits immédiats.

Une nuance supplémentaire réside dans le fait que la déductibilité n'est pas influencée par l'obtention réelle de gains. En d'autres termes, les charges professionnelles restent déductibles même si aucun gain futur n'est généré. Toutefois, on peut dans ce cas se poser la question de la « réalité », c'est-à-dire de l'acquisition ou de la conservation des revenus imposables.

Les conventions internationales permettent de rejeter les frais professionnels qui ont été exposés en vue d'acquérir ou de conserver des revenus exonérés d'impôt (2). La Belgique ne fait pas usage de cette faculté (3).

2. Absence de formule de partage des coûts

Le Code des impôts sur les revenus ne contient pas de formule particulière en vue du partage des coûts entre entreprises participant à un accord.

Une référence est cependant faite aux règles élaborées par l'administration en rapport avec le partage des coûts entre les sièges et les succursales (4). Selon ces règles, les dépenses d'administration générale, qui sont sans rapport avec les activités commerciales de chacune

(1) Voy. au sujet du *benefit test* : J. MALHERBE, « Le rapport du Comité des affaires fiscales de l'OCDE : *Prix de transfert et entreprises multinationales* », *J.D.F.*, 1979, pp. 19-21.

(2) Convention OCDE, art. 7, § 3.

(3) Voy. toutefois circ. du 27 septembre 1993, *Bull. contr.*, 1993, n° 732, p. 3037, à propos de la question de savoir, dans le domaine des options sur actions, si les charges comptabilisées dans le cadre de telles opérations sont déductibles, où l'administration considère que « des frais qui sont exclusivement exposés en vue d'influencer la hauteur des impôts sur les revenus » puisqu'ils n'ont pas pour but d'acquérir ou de conserver des revenus imposables, n'ont pas un caractère professionnel et, partant, ne sont pas déductibles.

(4) Com. I.R., 110/12.

des entreprises concernées, doivent être partagées entre elles. La clé de répartition est établie en accord avec les entreprises concernées en tenant compte de formules basées sur les bénéfices nets, les bénéfices bruts, le chiffre d'affaires et la valeur de l'actif immobilisé, ainsi que des circonstances de fait propres à l'espèce (1).

§ 3. — PROBLÈMES DE PROCÉDURE

A. Étendue du rejet au titre de frais professionnels déductibles

La non-déductibilité doit rester limitée à la partie de la charge ne répondant pas à des opérations sincères et réelles ou dépassant les limites normales (2).

B. Cotisation spéciale

On peut se poser la question de savoir si la cotisation spéciale de l'article 219 du Code peut être appliquée aux dépenses rejetées sur base de l'article 54 du Code. En principe, cette cotisation n'est applicable qu'aux commissions, honoraires, avantages de toute nature ou rémunérations qui ne sont pas justifiés par la production de fiches et de relevés récapitulatifs.

La jurisprudence rejette l'application de cette cotisation spéciale (3), alors que l'administration considère qu'elle est d'application si le bénéficiaire final lui est inconnu (4).

C. Précompte mobilier

Si les sommes visées par l'article 54 du Code sont rejetées au titre de frais professionnels, le précompte mobilier retenu sur les intérêts et royalties fera l'objet d'un dégrèvement d'office en raison d'un double emploi, conformément à l'article 376 (5).

(1) SIBILLE, « Les relations d'affaires internationales et l'application de l'article 24 du Code des impôts sur les revenus », *Rev. fisc.*, 1973, p. 273.

(2) Cass., 27 septembre 1966, *Pas.*, 1967, I, 121, *J.P.D.F.*, 1967, p. 23, obs. ; *contra*, Com. I.R. 44/71 ; voy. aussi : Cass., 12 février 1963, *Pas.* 1963, I, 662 et aussi, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n° 444/9, p. 132.

(3) Anvers, 29 décembre 1981, *F.J.F.*, n° 82/51.

(4) Bruxelles, 27 juin 1974, *J.D.F.*, 1975, p. 90.

(5) Com. I.R., 44/74.

**CHAPITRE III. — TRANSFERTS D'ACTIFS
À DES PERSONNES ÉTABLIES
DANS DES JURIDICTIONS FISCALES PRIVILÉGIÉES
ARTICLE 344, § 2**

§ 1^{er}. — INOPPOSABILITÉ
À L'ADMINISTRATION

L'article 344, § 2, du Code dispose que « n'est pas opposable à l'administration des contributions directes la vente, la cession ou l'apport d'actions, d'obligations, de créances ou d'autres titres constitutifs d'emprunts, de brevets d'invention, de procédés de fabrication, de marques de fabrique ou de commerce ou de tous autres droits analogues ou de sommes d'argent, à un contribuable visé à l'article 227 du Code, qui, en vertu des dispositions de la législation du pays où il est établi, n'y est pas soumis à un impôt sur les revenus ou y est soumis, du chef des revenus produits par les biens et droits aliénés, à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui auquel les revenus de l'espèce sont soumis en Belgique, à moins que le contribuable ne prouve soit que l'opération répond à des besoins légitimes de caractère financier ou économique, soit qu'il a reçu pour l'opération une contre-valeur réelle produisant un montant de revenus soumis effectivement en Belgique à une charge fiscale normale par rapport à celle qui aurait subsisté si cette opération n'avait pas eu lieu » (1).

Pour les conditions d'application, on se référera au commentaire des articles 26, alinéa 2, et 54 du Code.

L'article 344, § 2, ne lutte pas contre le transfert de bénéfices vers l'étranger, mais contre la transmission de certains actifs pouvant en

(1) L'application de l'article 344, § 2 (anciennement article 250) du Code aux sociétés a été le sujet de controverses parce que le texte initial de cet article ne visait que l'impôt complémentaire personnel, qui n'était d'application qu'aux personnes physiques (voy. J. COUGNON, « De l'inopposabilité aux sociétés de l'article 250 C.I.R. », *R.G.F.*, 1974, p. 139). Même si c'était le cas avant la réforme fiscale (Bruxelles, 27 novembre 1961, *J.T.*, 1962, p. 44), cette limitation n'existe plus (A. SPRUYT, « Base companies : Fiscaal-juridische analyse », 1986, p. 273).

être la cause (1). La question de savoir si l'article introduit une présomption de simulation ou une fiction légale est contestée (2).

Les opérations visées sont des opérations de vente, de cession ou d'apport se rapportant soit à des valeurs financières ou commerciales, soit à des valeurs industrielles (3). L'application de l'article 344, § 2, du Code ne peut être étendue à d'autres opérations (4). Ainsi l'apport d'espèces tombait jadis en dehors de son champ d'application (5).

La loi du 28 juillet 1992 a modifié la rédaction de l'article 344, § 2, en visant les contribuables visés à l'article 227 C.I.R., c'est-à-dire les contribuables non résidents qui, en vertu des dispositions de la législation du pays où ils sont établis, n'y sont pas soumis à un impôt sur les revenus ou qui sont soumis à un régime notablement plus avantageux que celui auquel les revenus de l'espèce sont soumis en Belgique.

Auparavant, les personnes visées étaient les sociétés holdings étrangères soumises à un régime exorbitant du droit commun et les personnes ou entreprises qui, en vertu des dispositions de la législation du pays où elles sont établies, y sont soumises du chef des revenus produits à un régime notablement plus avantageux.

De plus, cette loi a étendu l'application de la disposition aux ventes, cessions ou apports de sommes d'argent (6).

Le contribuable peut opposer à l'administration invoquant l'article 344, § 2, que l'opération répond à des besoins légitimes de caractère financier ou économique (7) ou qu'il a reçu pour l'opération une contre-valeur réelle produisant un montant de revenus soumis effecti-

(1) G. GEMIS, « Hoe kijkt de Belgische fiscus tegen buitenlandse holdings aan? Zeven stokken achter de deur », *A.F.T.*, 1991, p. 87.

(2) JANS, *Les transferts indirects de bénéfiques entre sociétés interdépendantes*, 1976, p. 223 et G. GEMIS, *op. cit.*, p. 87, « Gewagen van een wettelijke fictie » ; voy. aussi : *Com. I.R.*, 250/3.

(3) La loi du 28 juillet 1992 portant des dispositions fiscales et financières a supprimé le terme « acte », à la suite de la recommandation du Conseil d'État, étant donné que ce n'est pas l'acte qui est inopposable, mais bien l'opération juridique, indépendamment de tout acte. *Cfr. circ. Ci.D. 19/444.905* du 30 juillet 1993, V/104.

(4) GEMIS, *op. cit.*, p. 87.

(5) La Haye, 3 juin 1985, *N.B.R.*, 1987/98, p. 573.

(6) Le ministre des Finances a toutefois déclaré que la disposition ne visait pas les *sicav* luxembourgeoises « qui sont autorisées et ont un caractère public ». *Projet de loi portant des dispositions fiscales et financières, Rapport, Doc. parl., Sén., sess. extr. 1991-1992, n° 425/2*, p. 105.

(7) *Com. I.R.*, 250/7, où il est renvoyé au *Com. I.R.*, 44/71 et 72 ; Bruxelles, 19 mars 1985, *R.G.F.*, 1985, p. 196.

vement en Belgique à une charge fiscale normale par rapport à celle qui aurait subsisté si cette opération n'avait pas eu lieu (1).

Il appartient à l'administration de prouver que le bénéficiaire du transfert est un non-résident privilégié. Le texte de loi n'est par exemple pas applicable à un apport fait à une société suisse n'étant pas, selon le droit cantonal, fiscalement privilégiée comme *Domizil- ou Holdinggesellschaft* (2).

§ 2. — COMPATIBILITÉ AVEC LE TRAITÉ DE ROME

On a affirmé que l'application de l'article 344, § 2, du Code était incompatible avec le Traité de Rome lorsque le transfert est fait en faveur d'une entreprise établie dans un État membre de la CEE et que ce transfert a trait à une des libertés garanties par le Traité. Par exemple, le droit de libre établissement, prévu à l'article 52 du Traité, pourrait être entravé par l'article 344, § 2, C.I.R. en cas d'apport en nature (3).

§ 3. — TRUSTS ET INSTITUTIONS SIMILAIRES

A. Trusts

Le terme *trust* vise les relations juridiques créées par une personne — le constituant — par acte entre vifs ou à cause de mort — lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Le *trust* présente les caractéristiques suivantes :

- a) les biens du *trust* constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee* ;
- b) le titre relatif aux biens du *trust* est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee* ;
- c) le *trustee* est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du *trust* et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi.

(1) Liège, 30 mai 1974, *J.D.F.*, 1974, p. 154.

(2) Bruxelles, 16 juin 1970, *J.P.D.F.*, 1971, p. 35.

(3) DASSESSE et MINNE, *Droit fiscal*, 2^e éd., 1991, p. 142 ; comp. LE GALL, « La règle de l'*arm's length* serait-elle incompatible avec le traité de Rome ? », *D.P.C.I.*, 1982, p. 65.

Aucune disposition de la loi belge n'évoque le *trust* ou n'y fait référence.

Or, au fur et à mesure que s'accroissent les relations internationales, des éléments d'extranéité interviennent dans les structures juridiques et la situation des personnes, qui constituent des éléments perturbateurs pour le règlement des conflits et l'application de la loi belge (1).

Si l'institution du *trust* est totalement inconnue dans la loi, la jurisprudence reconnaît la validité des *trusts* constitués à l'étranger et leurs effets en Belgique dans la mesure où ils ne portent pas atteinte aux règles d'ordre public belge (2).

L'examen du *trust* concerne en premier lieu les droits de succession et de donation : il sera limité ici à l'incidence de cette création juridique en matière d'impôt sur le revenu.

1. *Imposition du constituant du trust*

La loi permet à l'administration de requalifier un acte lorsque la qualification qui lui est donné par les parties a pour but d'éviter l'impôt, sauf preuve que cette qualification répond à des besoins légitimes de caractère financier ou économique (3). Cette requalification pourrait s'appliquer à un *trust*, encore que la preuve de besoins légitimes puisse, le cas échéant, être apportée dans de telles circonstances. Il doit toutefois s'agir de besoins financiers ou économiques, et non moraux ou familiaux. Il est également possible qu'aucun impôt ne soit évité, en particulier si les biens mis en *trust* ne sont pas productifs de revenus.

La loi rend également inopposable au fisc le transfert d'argent ou de droits à un contribuable établi dans un paradis fiscal, sauf preuve de besoins légitimes de caractère financier ou économique ou de réception d'une contre-valeur produisant des revenus soumis en Belgique à une charge fiscale normale par rapport à celle qui aurait

(1) Comp. SONNEVELDT et VAN MENS, *The Trust, Bridge or Abyss Between Common and Civil Law Jurisdictions ?*, Deventer, 1992 ; JEGHERS, « Du trust à la fiducie », in VERWILGHEN et DE VALKENEER, *Relations familiales internationales*, Bruxelles, 1993, p. 433.

(2) Civ. Brux., 27 novembre 1947, *Pas.*, 1948, III, 57, *Rev. prat. not.*, 1948, p. 158 ; Anvers, 4 mars 1971, *Rec. gén. enr. not.*, 1971, n° 21475, p. 251 ; Comp. Paris, 10 janvier 1970, *Courtois c. de Ganay*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1971, p. 518, note DROZ, *Dall.*, 1972, p. 122, note MALAURIE, *Gaz. Pal.*, 1970, 1, 313, note R.S., *Clunet*, 1973, p. 207, note LOUSSOUARN.

(3) C.I.R., art. 344, § 1^{er}.

existé en l'absence du transfert (1). Cette dernière disposition ne s'appliquera que si le *trustee* est établi dans un paradis fiscal. Les mêmes preuves pourront être fournies.

Le transfert de titres représentant une participation importante dans une société belge à un *trustee*, personne morale étrangère, pourrait-il entraîner une taxation au titre de revenus divers (2) ?

Nous sommes d'avis que le transfert en *trust* ne constitue pas une mutation à titre onéreux. La condition d'application de la disposition n'est donc pas remplie.

De toute façon, il n'existerait donc pas de base imposable, puisque la plus-value s'entend de la différence entre le prix reçu et le prix d'acquisition à titre onéreux (3).

2. *Imposition du trustee et du bénéficiaire*

Si le bénéficiaire ne dispose pas vis-à-vis des biens mis en *trust* des attributs de la propriété et notamment du droit de suite, il ne pourra être taxé directement sur le revenu de ces biens.

La question de la taxation du *trustee* ne se pose que dans le cas, fort improbable, ou celui-ci serait résident en Belgique. Il nous paraît être imposable, selon les règles applicables respectivement aux personnes physiques, aux sociétés ou aux personnes morales soumises à l'impôt des personnes morales.

Certains estiment que cette imposition ne peut être appliquée dans le cas d'un *fixed interest trust*, en raison de l'absence d'enrichissement effectif.

En fait, la question de l'imposition du *trustee* est étroitement liée à celle de l'imposition du bénéficiaire.

L'interposition du *trustee* entre la source du revenu et le bénéficiaire a pour conséquence que la qualification initiale du revenu ne peut plus être appliquée et que le bénéficiaire reçoit les revenus des capitaux qui lui sont attribués en vertu d'un droit autonome.

Certains considèrent que dans le cas d'un *fixed interest trust*, le revenu, à l'exclusion du capital, attribué au bénéficiaire par le *trustee*, constituerait le produit d'un avoir mobilier, imposable comme tel (4).

(1) C.I.R., art. 344, § 2. Cfr PAULUS DE CHÂTELET et COTTIN, « La difficile intégration du *trust* en droit fiscal belge, » *Rev. prat. not.*, 1991, p. 447.

(2) C.I.R., art. 90, 9°.

(3) C.I.R., art. 102.

(4) HAELTERMAN, *Fiscale Transparantie*, 1992, p. 324. Comp. DEBLAUWE, « Trusts en inkomstenbelastingen », *T.F.R.*, 1990, p. 107.

Nous ne partageons pas cette opinion, voyant dans la distribution, même de revenus, une libéralité. Le contribuable imposable reste alors le *trustee*.

3. *Conventions fiscales internationales*

La définition des termes « personnes » et « résidents » dans les conventions fiscales internationales renvoie au droit interne. Les *trustees* seront donc couverts par ces conventions.

Pour déterminer si une réduction de retenue à la source sur revenus mobiliers doit s'appliquer, il faudra avoir égard à la résidence du *trustee* et non à celle du bénéficiaire (1).

4. *Impôt sur le capital*

Il n'existe plus en Belgique d'impôt sur le capital. Toutefois, l'une des rares décisions rendues en matière de *trusts* concernait l'impôt sur le capital établi par la loi du 17 octobre 1945. Il a été jugé que les biens mis en *trust* devaient être considérés comme visés par l'expression large de biens et valeurs appartenant à l'habitant du royaume qui était bénéficiaire du *trust*, par analogie avec des créances dues par un débiteur étranger, sans qu'il soit fait de distinction entre des créances uniques ou périodiques, des créances en capital ou en revenu (2).

B. Bureaux d'administration

Dans la technique de la certification d'actions, le propriétaire les transmet « à titre de gestion » à un bureau d'administration néerlandais, généralement constitué sous forme de fondation. Ce bureau est propriétaire des actions et exerce les droits de vote. Les certificats remis au titulaire antérieur lui assurent tous les droits patrimoniaux liés aux titres.

Ce véhicule est, en droit néerlandais, fiscalement transparent. L'administration fiscale belge, faisant fi des discussions juridiques, se rallie

(1) AVERY JONES e.a., « The Treatment of Trusts under the OECD Model Convention », *British Tax Review*, 1989, p. 65 ; ID., « Le traitement des trusts d'après le modèle de convention OCDE », *Fiscalité européenne revue*, 1989, n° 2, p. 17.

(2) Bruxelles, 7 janvier 1960, *Rec. gén. enr. not.*, 1960, n° 20242, p. 229.

à la même solution (1). La question de l'application de l'article 344, § 2, ne se poserait donc pas.

(1) ONKELINX, « Aspects de droit fiscal belge de la certification d'actions d'une société belge par l'intermédiaire d'une 'stichting-Administratiekantoor' », *R.G.F.*, 1992, p. 12.

CHAPITRE IV. — RULING

L'administration peut émettre un ruling, c'est-à-dire un accord préalable sur le fait :

- qu'un avantage n'est pas anormal ou bénévole au sens de l'article 26 ;
- qu'un paiement visé à l'article 54 reflète des opérations sincères et réelles et ne dépasse pas les limites normales ;
- qu'une opération, visée à l'article 344, § 2, répond à des besoins légitimes de caractère financier ou économique (1).

(1) C.I.R., art. 345. VERLINDEN, « Belgium : Anti-avoidance measures and rulings practice », *Eur. Tax.*, 1993, p. 57. Sur les rapports entre le ruling belge et l'*advance pricing agreement* américain, cfr LAGAE, « *Advance Pricing Agreements* en het Belgisch belastingrecht », in *Liber Amicorum Maeckelbergh, Fiscaliteit op de vooravond van de XXIste eeuw*, 1993, p. 275.

**CHAPITRE V. — IMPUTATION DE PERTES
ET DE REVENUS DÉFINITIVEMENT TAXÉS
SUR DES AVANTAGES ANORMAUX OU BÉNÉVOLES :
ARTICLE 79**

L'article 79 du Code dispose qu'aucune déduction au titre de pertes professionnelles ne peut être opérée sur la partie des bénéfices ou profits provenant d'avantages anormaux ou bénévoles que le contribuable a retirés, directement ou indirectement, sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, d'une entreprise à l'égard de laquelle il se trouve directement ou indirectement dans des liens d'interdépendance (1). L'application de l'article 79 est étendue aux sociétés par l'article 207 (2).

L'article 79 a pour but d'empêcher qu'une entreprise bénéficiaire transfère ses bénéfices vers une entreprise déficitaire se trouvant à son égard directement ou indirectement dans des liens d'interdépendance. Le moyen utilisé réside dans l'interdiction faite à la société déficitaire d'imputer ses pertes sur la partie des bénéfices transférés constitutifs d'un avantage anormal ou bénévole. Il faut être attentif au champ d'application de l'article, limité, d'après l'interprétation administrative, aux opérations belges. La disposition fut en général considérée comme étant, avant l'introduction de l'article 26, alinéa 1^{er} (nouvelle version), le pendant de droit interne de l'article 26, alinéa 2, supplantant un élément d'extranéité.

En ce qui concerne la terminologie utilisée, il peut être renvoyé à l'article 26.

Ici aussi, le caractère anormal ou bénévole de l'avantage est apprécié en tenant compte des circonstances économiques du moment, de la situation respective des parties concernées et des éléments de fait propres à l'affaire. Ainsi, un prêt sans intérêt accordé par une société mère à sa filiale en concordat judiciaire ne peut être considéré comme créant un avantage bénévole s'il s'avère que la filiale est capable de

(1) C.I.R., art. 79 (anciennement 53).

(2) C.I.R., art. 207 (anciennement 115).

prendre des mesures appropriées et d'améliorer sa situation économique, donc aussi sa valeur (1).

Si le bénéficiaire d'un prêt sans intérêt est rentable et par conséquent n'a pas besoin d'assainissement, la qualification du prêt sans intérêt comme étant un avantage bénévole sera évidente (2).

La déduction des pertes de l'intérêt fictif fut, en l'espèce, limitée à la différence entre le prêt et le solde du compte client de la société mère créancière.

Lorsqu'un prêt sans intérêt a permis la restructuration d'une filiale et la levée d'un concordat judiciaire, avec comme conséquence l'augmentation de la valeur des parts de la filiale dans le patrimoine de la mère, on ne peut qualifier le prêt d'avantage anormal (3).

Dans le même cas, il fut jugé que le prix de location des bâtiments et du matériel n'était pas exagéré et qu'une évaluation basée sur le revenu cadastral n'était pas pertinente.

L'imputation de pertes professionnelles antérieures fut refusée sur les bénéfices qu'une société avait retirés d'un contrat de représentation conclu avec une autre société et exécuté par son administrateur délégué, qui était également associé et fondé de pouvoir dans l'autre société.

Selon la Cour, le contrat de représentation n'aurait été conclu qu'en vue de permettre l'absorption des pertes de la première société, sans aucune intention de contre-prestation économique (4).

Dans un autre cas concernant un abandon de créance consenti à une société en perte, la Cour refusa la récupération des pertes, non pas en vertu des articles 79 et 207 du Code, mais en se basant sur l'analyse de cette convention. Cette convention prévoyait en effet que le créancier renonçait au recouvrement de sa créance sauf cas de retour à meilleure fortune.

Il s'agissait dès lors, pour la Cour, non d'un abandon de créance, mais d'une suspension temporaire du recouvrement laissant subsister la dette. Il s'ensuivit que la société, n'ayant pu acter un bénéfice, ni

(1) Mons, 3 novembre 1989, *R.G.F.*, 1990, p. 126, obs. H. COPPENS.

(2) Anvers, 9 janvier 1990, *F.J.F.*, n° 90/108, cité par H. COPPENS, « Artikel 53 en 115 W.I.B. ter zake abnormale en goedgeunstige voordelen tussen verbonden Belgische ondernemingen », *T.F.R.*, 1990, p. 273.

(3) Mons, 3 novembre 1989, *F.J.F.*, n° 90/12.

(4) Bruxelles, 28 avril 1992, *F.J.F.*, n° 93/142.

en droit ni en fait, ne pouvait dès lors récupérer ses pertes antérieures (1).

La disposition étudiée peut entraîner un risque de double imposition, une première fois dans le chef de la société qui accorde l'avantage, chez qui l'avantage est rejeté comme déduction et une deuxième fois dans le chef de la société qui reçoit l'avantage, chez qui la déduction des pertes est refusée à concurrence du montant de l'avantage. Pour remédier à cette situation, il a été admis que si les avantages sont effectivement imposés dans le chef de celui qui octroie l'avantage, l'application de l'article 79 est exclue et le bénéficiaire peut donc procéder à l'apurement de ses pertes ; une telle déduction des pertes sera refusée si les avantages ne sont pas effectivement imposés dans le chef de celui qui octroie l'avantage (2).

(1) Liège, 24 février 1993, *Actual. fisc.*, Ced Samsom, 1993, n° 20, p. 2. Un pourvoi en cassation a été introduit contre cet arrêt.

(2) VALENTIN, « Pertes professionnelles et avantages anormaux ou bénévoles », *J.D.F.*, 1978, p. 65.

CHAPITRE VI. — DOUBLE IMPOSITION INTERNATIONALE

§ 1^{er}. — DROIT INTERNE BELGE

L'adaptation des bénéfices d'une entreprise octroyant des avantages anormaux ou bénévoles à une entreprise établie à l'étranger avec laquelle elle est apparentée, peut donner lieu à une double imposition économique (1).

Afin d'y remédier, l'administration belge décida de ne pas appliquer la disposition de l'article 26, alinéa 2, 1^o, aux cas dans lesquels les avantages anormaux ou bénévoles étaient effectivement imposés à l'impôt des non-résidents dans le chef des bénéficiaires, personnes physiques ou sociétés (2). Le caractère impropre de cette solution est clair, d'autant plus que, selon une jurisprudence constante, le bénéficiaire doit être une personne ou une entreprise établie à l'étranger.

§ 2. — CONVENTIONS CONCLUES PAR LA BELGIQUE

Dans la plupart des conventions préventives de la double imposition conclues par la Belgique, il existe une disposition similaire à celle de l'article 9, § 1^{er}, de la Convention modèle OCDE. L'article 9 vise à apporter une solution au problème de la double imposition économique.

Ainsi, la Belgique peut redresser les bénéfices d'une entreprise établie en Belgique, traitant avec une entreprise établie dans un autre État cocontractant avec laquelle elle se trouve dans un lien quelconque d'interdépendance, dans la mesure où ces opérations ne sont pas *at arm's length*. Les bénéfices découlant de cette adaptation ne peuvent être effectivement incorporés dans les bénéfices imposables en Belgique que si la législation nationale, en l'espèce la législation belge,

(1) Voy. en ce qui concerne cette problématique : JACQUEMIN et PARMENTIER, *La double imposition économique des bénéfices de sociétés et les mesures d'allègement*, 1968 ; DE KATER et REUVENS, *Fiscale aspecten van goederen — en dienstverkeer tussen gelieërde maatschappijen*, 3^e éd., 1988.

(2) Com. I.R., 24/6 ; Bruxelles, 13 octobre 1971, *Rev. fisc.*, 1971, p. 133.

contient des dispositions permettant un tel redressement. Les articles précités, applicables à des situations où un élément d'extranéité est présent, jouent ce rôle.

Il est cependant évident que les dispositions des conventions internationales préventives de la double imposition ne peuvent avoir pour conséquence d'attribuer à l'administration fiscale de l'un ou de l'autre État une nouvelle matière imposable. Ainsi, la disposition d'un traité préventif de la double imposition qui permettrait le redressement des bénéficiaires en Belgique en cas d'avantages anormaux restera sans suite si elle tombe en dehors du cadre de l'article 26 du Code (1). À l'inverse, les dispositions du Code qui vont au-delà de ce que prévoit l'article 9 du modèle OCDE resteront sans suite en raison de la primauté de la convention sur le droit interne. Cela sera entre autre le cas de l'article 26, alinéa 2, 2^o, du Code (2).

Selon l'article 9, § 2, de la convention OCDE, la double imposition économique est évitée, en cas de redressement effectué dans un État, par une adaptation corrélative dans l'autre État. Le mécanisme est toutefois défectueux lorsque le deuxième État ne pratique une adaptation que s'il estime que le redressement opéré dans le premier État est justifié.

La Belgique a émis des réserves vis-à-vis de l'article 9, § 2 : la plupart des traités conclus par la Belgique ne contiennent pas de disposition analogue à celle de l'article 9, § 2, et la double imposition est seulement évitée lorsqu'il s'agit d'une double imposition juridique, c'est-à-dire de la taxation d'une même matière imposable dans le chef du même contribuable.

Les traités conclus avec les États-Unis et la France constituent des exceptions à cette règle. Ces traités contiennent une disposition qui tente de remédier à la double imposition économique (3).

(1) Comm. Conv., 9/4.

(2) L'article 9 de la Convention modèle ne porterait pas préjudice à l'application des articles 54 et 344, § 2, C.I.R. dès lors que ces derniers établissent une présomption réfragable et ne modifient pas les règles de la convention préventive de double imposition (Comm.Conv., 9/5). Ce point de vue est contestable.

(3) Voy. la Convention avec la France, art. 5, § 4, et la Convention avec les États-Unis, art. 25 (4) ; voy. aussi les conventions conclues avec l'Australie, les Philippines et la Finlande (procédure de concertation étendue aux problèmes de prix de transfert).

**CHAPITRE VII. — TRANSFERTS DE BÉNÉFICES
ENTRE ENTREPRISES INTERDÉPENDANTES
ET ARRÊTÉ ROYAL N° 187 RELATIF
À LA CRÉATION DE CENTRES DE COORDINATION**

L'article 5, § 1^{er}, de l'arrêté royal n° 187 du 30 décembre 1982 relatif à la création de centres de coordination, dispose que les bénéfiques du centre, constitué sous la forme d'une société ayant en Belgique son siège social, son principal établissement ou son siège de direction ou sous la forme d'une succursale belge d'une société étrangère ayant la personnalité juridique, sont déterminés forfaitairement sur base des dépenses du centre, à l'exclusion des frais de personnel et des charges financières (1).

Les revenus imposables ainsi déterminés ne peuvent être inférieurs au montant formé par le total des dépenses non admises et des avantages anormaux ou bénévoles consentis au centre (2).

La notion d'« avantages anormaux ou bénévoles » doit être déterminée sur base des critères retenus dans les articles du Code examinés ci-avant (art. 26, 54, 79 et 207).

(1) Modifié par la loi du 27 décembre 1984, art. 39, § 1^{er}, 4°.

(2) Une circulaire actualisant le commentaire relatif aux centres de coordination (circ. n° Ci. RH 421/439.244 du 29 novembre 1993, *Bull. contr.*, 1993, n° 733, p. 3308) considère que les avantages consentis par le centre ne doivent pas être repris dans sa base imposable alors que les avantages qui lui sont consentis par des sociétés membres du groupe doivent être pris en considération pour la détermination du bénéfice minimal.

**CHAPITRE VIII. — TRANSFERTS DE BÉNÉFICES
ENTRE ENTREPRISES INTERDÉPENDANTES
ET CENTRES DE DISTRIBUTION**

Dans la circulaire relative aux centres de distribution, il est considéré qu'aucun avantage anormal ou bénévole n'est consenti si le chiffre d'affaires du centre n'est pas inférieur à 105 % des frais de fonctionnement (1).

(1) Circulaire du 9 août 1989, Ci. RH 421/390.701 ; voy. *Courr. fisc.*, 1989, p. 330.

**CHAPITRE IX. — TRANSFERTS DE BÉNÉFICES
ENTRE ENTREPRISES INTERDÉPENDANTES
ET ARRÊTÉ ROYAL N° 118 RELATIF
À LA CRÉATION DE ZONES D'EMPLOI**

Les avantages fiscaux accordés aux entreprises établies dans des zones d'emploi sont, suivant l'article 5 de l'arrêté royal n° 118 du 23 décembre 1982 relatif à la création de zones d'emploi, réservés aux sociétés qui ont leur siège social et tous leurs sièges d'exploitation dans une telle zone. La question de savoir si cette exigence est de nature à empêcher les transferts de bénéfices entre entreprises dépendantes est controversée (1).

On peut se référer au rapport au Roi :

« Le Gouvernement est conscient du fait que l'avantage fiscal accordé aux entreprises établies dans des zones d'emploi amènerait les entreprises établies en dehors d'une telle zone à transférer leurs bénéfices aux entreprises établies dans la zone. Mais on ne doit pas exagérer ce risque, les zones d'emploi étant délimitées géographiquement et le bénéfice des exemptions étant réservé aux entreprises remplissant les conditions prévues par le projet, c'est-à-dire en majorité des P.M.E. »

Une disposition tendant à l'imposition de l'entreprise établie dans la zone d'emploi en raison d'avantages anormaux ou bénévoles qui lui seraient octroyés par une entreprise établie en dehors de cette zone fut examinée, mais ne fut pas retenue, à l'origine, pour les raisons suivantes :

« 1° une telle solution est difficilement compatible avec l'objectif de l'article 26 C.I.R., prévoyant l'imposition dans le chef de l'entreprise qui accorde l'avantage et non dans le chef de l'entreprise bénéficiaire ;

2° cette disposition, compte tenu du même article 26, pourrait entraîner une double imposition des mêmes bénéfices, dans le chef de la société qui accorde l'avantage et dans le chef de celle qui le reçoit ;

3° de longs et onéreux contrôles fiscaux à l'égard de l'entreprise établie dans la zone seraient de nature à décourager l'entreprise à

(1) *Bull. Q.R.*, Ch. repr., 1983-1984, 9 mars 1984, question n° 92.

s'établir dans la zone d'emploi. S'il apparaît que les entreprises, établies en dehors de la zone, transfèrent leurs bénéfices vers des entreprises établies dans la zone, le Gouvernement proposera au Parlement une modification de l'article 26. »

L'article 26, alinéa 2, 1°, du Code est, comme cela a été évoqué ci-avant, applicable aux avantages anormaux ou bénévoles qu'une entreprise établie en Belgique accorde à une entreprise établie à l'étranger se trouvant dans des liens quelconques d'interdépendance. L'application de cet alinéa suppose par conséquent qu'un transfert de bénéfices aurait lieu au départ d'une entreprise établie dans une zone d'emploi belge vers une entreprise établie à l'étranger. Un tel transfert semble peu intéressant, compte tenu du fait que l'entreprise établie dans une zone d'emploi est exemptée de l'impôt des sociétés. Si pareils transferts de bénéfices avaient cependant lieu, les avantages anormaux ou bénévoles octroyés seraient ajoutés aux bénéfices de la société belge et ne bénéficieraient vraisemblablement pas de l'exemption puisqu'ils ne sont ni distribués aux associés ou aux actionnaires, ni réservés (1).

L'application de l'article 26, alinéa 2, 2°, du Code semble aussi peu vraisemblable, notamment en raison de l'exigence que l'entreprise établie à l'étranger, bénéficiaire de l'avantage, soit soumise à un régime fiscal notablement plus avantageux que celui auquel est soumise l'entreprise belge : les entreprises établies dans une zone d'emploi bénéficient en Belgique d'une exemption d'impôt. Pour cette raison, on ne voit pas en quoi le régime fiscal étranger pourrait être plus avantageux.

L'application de l'article 54 du Code se heurte à des difficultés analogues, car ici aussi, sur le plan pratique, la question de la pertinence de transferts de bénéfices vers l'étranger peut être posée.

Si de tels transferts de bénéfices tombent sous l'application de l'article 54, les sommes en cause — qui n'ont été ni attribuées aux actionnaires ni été mises en réserve — seront traitées comme des dépenses non admises et seront imposables à l'impôt des sociétés.

Les avantages anormaux ou bénévoles, attribués à une entreprise établie dans une zone d'emploi, constituent, dans son chef, des bénéfices. Pour autant que les bénéfices précités soient distribués à des

(1) Th. DELAHAYE, « Considérations sur les dispositions fiscales relatives aux zones d'emploi », *R.G.F.*, 1983, p. 25. Voy. également circ. n° Ci.RH 421/439.244 du 29 novembre 1993, *Bull. contr.*, 1993, n° 733, p. 3294, qui semble implicitement confirmer ce point de vue.

actionnaires ou mis en réserve, ils sont exemptés d'impôt (1). De plus, ces sommes restent déductibles dans le chef de l'entreprise établie en dehors de la zone d'emploi, qui les a attribués. Il en est de même pour l'application de l'article 26, alinéa 1^{er}, du Code : les avantages en cause sont pris en considération pour déterminer le bénéfice imposable de l'entreprise établie dans la zone d'emploi.

Toutefois, la loi-programme du 30 décembre 1988 a prévu que l'exonération n'est pas applicable à la partie des bénéfices provenant d'avantages anormaux ou bénévoles que l'entreprise située dans une zone d'emploi a retirés directement ou indirectement, sous quelque forme que ce soit, d'une entreprise à l'égard de laquelle elle se trouve directement ou indirectement dans un lien d'interdépendance (2).

(1) Les pertes antérieures sont toujours imputées comme si les bénéfices de l'entreprise étaient imposables (A.R. n° 118 du 23 décembre 1982, art. 7, § 2).

(2) Art. 178, *M.B.*, 5 janvier 1989.

SOUS-TITRE III
DROIT COMPARÉ (1)

FRANCE

CHAPITRE PREMIER. — SOCIÉTÉS
DÉPENDANTES

Lorsque des sociétés dépendant d'un même groupe ont une activité internationale, il est à craindre qu'elles cherchent à transférer le maximum de bénéfices dans le pays où l'imposition est la plus faible, soit par le paiement de redevances excessives à la société jouissant de l'imposition la plus faible, soit par des opérations de vente ou d'achat à des prix minorés ou majorés.

C'est pourquoi l'article 57 du C.G.I. autorise expressément l'administration à redresser les résultats déclarés par les entreprises françaises qui sont sous la dépendance d'entreprises situées hors de France ou qui en possèdent le contrôle (2).

§ 1^{er}. — CONDITIONS D'APPLICATION

L'administration doit établir l'existence d'un lien de dépendance.

Cette dépendance peut exister soit dans le chef de la société française vis-à-vis de la société étrangère, soit dans celui de la société étrangère vis-à-vis de la société française.

Elle peut être de droit (participation prépondérante au capital, au vote, dans les assemblées, pouvoir de décision), ou de fait : le lien de

(1) Ne seront envisagées ici que les dispositions applicables en matière de *transfer pricing* dans les droits français et américain ; pour une analyse des dispositions applicables aux autres pays membres de l'OCDE, voy. *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, International Bureau of Fiscal Documentation, 3 vol. ; voy. également sur cette problématique, PAGAN et WILKIE, *Transfer pricing strategy in a global economy*, I.B.F.D., 1993.

(2) BIZAC, « Transfer of Profits : The New Article 26 of the Belgian Income Tax Code and Article 57 of the French General Tax Code », *Intertax*, 1994, p. 87.

dépendance peut être contractuel ou découler des conditions dans lesquelles s'établissent les relations entre les deux entreprises.

Outre la dépendance, il faudra établir l'existence d'un transfert de bénéfices à l'étranger.

Ce transfert peut être opéré, entre autres, par des achats à des prix majorés ou des ventes à des prix minorés, par le versement de redevances excessives (1), par la concession de prêts à des conditions anormales (2), par des abandons de créances au profit de la société étrangère ou par l'exagération des frais d'exploitation d'une filiale à l'étranger.

§ 2. — PROCÉDURE

L'administration doit, selon les règles de droit commun, faire la preuve de l'existence et déterminer le montant d'avantages particuliers consentis à l'entreprise étrangère.

Lorsque cette preuve est rapportée, l'article 57 du C.G.I. établit une véritable présomption de transfert de bénéfices.

L'entreprise peut combattre cette présomption en démontrant que ces avantages ne se sont pas traduits en fait par un transfert de bénéfices à l'étranger.

Des entreprises ont ainsi rapporté la preuve de ce que les avantages contestés étaient indispensables à la conclusion de l'affaire, compte tenu de l'état du marché, ou de ce que l'avantage consistait en une aide indispensable accordée à la filiale étrangère en difficulté (3).

La rectification des résultats a lieu soit directement par incorporation des bénéfices abusivement transférés hors de France aux résultats accusés par la comptabilité, soit, à défaut d'éléments précis pour opérer les redressements, par comparaison avec les produits imposables des entreprises similaires exploitées normalement.

Les sommes réintégréées dans l'assiette de l'impôt sur les sociétés doivent être considérées avec les produits imposables des entreprises similaires exploitées normalement.

(1) TIXIER et LAMULLE, « La notion d'avantage anormal en matière de prestations de services entre société mère et filiale (art. 57 C.G.I.) », note sous Cons. Ét., 19 oct. 1988, req. n° 56.218, *Dr. fisc.*, 1989, n° 7, comm. 241.

(2) TIXIER et LAMULLE, « La notion d'avantage anormal en matière de prêts et avances sans intérêts entre société mère et société filiale (C.G.I., art. 57) », note sous Cons. Ét., 3 mars 1989, req. n° 77.581, *Dr. fisc.*, 1989, n° 19, comm. 945.

(3) Cons. Ét. fr., 19 juin 1970, *Dr. fisc.*, 1971, n° 40, comm. 1355.

La société bénéficiaire des produits transférés ayant son siège hors de France, la distribution indirecte donnera ouverture à la retenue à la source au taux de 25/75 du montant net transféré.

Cependant, si la société étrangère n'est pas actionnaire de la société française, le bénéfice transféré ne saurait constituer un dividende ; la retenue à la source ne s'appliquera normalement pas (1).

(1) Cons. Ét. fr. 25 mars 1983, *Dr. fisc.*, 1984, n° 39, comm. 1570.

CHAPITRE II. — PAIEMENTS À DES PERSONNES ÉTABLIES DANS DES PARADIS FISCAUX

La déductibilité de certaines charges sera rejetée lorsqu'elles sont dues ou payées à un bénéficiaire qui est établi à l'étranger et qui y est soumis à un régime fiscal privilégié.

Les charges visées sont :

- les intérêts ;
- les redevances ;
- les rémunérations de service.

La loi y ajoute tout versement effectué sur un compte tenu dans un organisme financier établi dans un État à régime fiscal privilégié (1).

En ce qui concerne le bénéficiaire des charges, l'appréciation du caractère privilégié du régime fiscal se détermine par rapport à sa situation concrète et non par rapport au régime général du pays où il est établi.

Un régime fiscal est considéré comme privilégié si la personne qui en bénéficie n'est pas imposable ou est assujettie à un impôt sur les bénéfices ou les revenus notablement moins élevé qu'en France. En principe, il s'agira d'un impôt inférieur d'au moins un tiers à celui qui aurait été supporté en France sur la même base taxable.

Le contribuable peut toutefois obtenir la déductibilité de la charge s'il apporte la preuve que les dépenses correspondent à des opérations réelles et ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré.

(1) C.G.I., art. 238 A. FONTANEAU, « L'interprétation jurisprudentielle de l'article 238 A du Code général des impôts et ses conséquences », *Fiscalité européenne revue*, 1988, n° 4, p. 3 ; TIXIER et LAMULLE, « Les versements au profit de personnes domiciliées à l'étranger et soumises à un régime fiscal privilégié (C.G.I., art. 238 A) », note sous Cons. Ét., 3 nov. 1989, req. n°s 60.386 et 103.023, *Dr. fisc.*, 1990, n° 30, comm. 1511.

ÉTATS-UNIS

§ 1^{er}. — SECTION 482

A. Règle

La loi américaine s'applique aux transferts entre entreprises apparentées qui ont lieu dans le pays comme vers l'étranger (1).

Pour déterminer le caractère anormal d'un avantage consenti entre sociétés interdépendantes, les autorités fiscales doivent prouver que des entreprises non liées par un lien de dépendance auraient conclu le contrat dans des conditions différentes. Le critère de base est donc que toutes les transactions conclues entre entreprises apparentées doivent l'être aux mêmes conditions que les transactions similaires conclues entre des parties traitant *at arm's length* (c'est-à-dire dans des conditions de concurrence non influencées par l'existence d'un lien d'interdépendance entre les parties).

Les États-Unis ont établi, à cet égard, un ensemble de dispositions très détaillées, précisant la manière dont ce critère doit être appliqué.

Si le fisc procède à un ajustement, un ajustement corrélatif est apporté afin de diminuer les revenus de l'entité apparentée à toutes fins de l'impôt des États-Unis. Par exemple, si un ajustement augmente les revenus de la société mère américaine dans une opération avec sa filiale étrangère, l'ajustement corrélatif diminuera normalement le bénéfice de la filiale pris en considération pour déterminer

(1) IRC § 482 : « *In any case of two or more organizations, trades or businesses (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Secretary or his delegate may distribute, apportion, or allocate gross income, deductions, credits or allowances between or among such organizations, trades, or businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such organizations, trades or businesses. In the case of any transfer (or license) of intangible property (within the meaning of Section 936 (h) 3 (b)), the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible.* »

Le département du Trésor a récemment publié différents commentaires relatifs aux modifications apportées à la Section 482 par le Tax Reform Act 1986 le 21 janvier 1993, le 6 avril 1993, le 13 mai 1993 et le 18 mai 1993 ; ces commentaires se trouvent dans *The Tax Treatment of Transfer Pricing, op. cit.*, vol. III, pp. 187-282.

dans quelle mesure les distributions constituent un dividende pour le calcul du crédit d'impôt étranger de la société mère.

B. Ventes de marchandises

Pour les ventes de marchandises, les méthodes admises sont :

- la méthode du prix comparable entre parties indépendantes ;
- la méthode du prix de revente : l'on déduit du prix de revente pratiqué par l'acheteur à l'égard d'entreprises non apparentées un pourcentage approprié à titre de marge bénéficiaire brute, le montant ainsi obtenu correspondant au prix à imputer au vendeur ;
- la méthode *cost-plus* ou du prix de revient majoré : l'on ajoute au prix de revient des biens concernés pour le vendeur un pourcentage raisonnable à titre de bénéfice ;
- d'autres méthodes : si aucune des méthodes décrites ci-dessus ne peut s'appliquer ou s'il peut être démontré qu'une autre méthode est plus appropriée, d'autres méthodes de calcul pourront être utilisées.

Les cours américaines ont fréquemment recouru, dans le cadre de la quatrième méthode, à la division du profit entre les deux sociétés apparentées (1).

Dans la méthode des bénéfices comparables, on compare le bénéfice d'exploitation (*operating profits*) réalisé par la partie associée à celui qu'aurait réalisé une entreprise indépendante sur base du ratio de rentabilité (2).

C. Intérêts

Lorsqu'un prêt est consenti entre personnes liées, des intérêts doivent être portés en compte. Lorsque le prêteur est un professionnel, le taux débité doit être le taux de libre concurrence, c'est-à-dire le taux dominant dans le pays du prêteur. Lorsque le prêteur n'est pas un professionnel, le taux de libre concurrence pourra être déterminé d'après les faits et les circonstances. Certains taux de protection (*safe*

(1) *E.I. du Pont de Nemours & Co. v. US*, 608 F. 2nd 455 (Ct. Cl. 1979) ; *Ely Lilly & Co. v. Com.*, 856 F. 2nd 855 (7th Cir. 1988).

(2) Sur cette méthode, cfr HORST, « The Comparable Profit Method », *Tax Notes*, May 31st, 1993, p. 1253.

haven rates) sont prévus par les règlements. Leur utilisation évite au contribuable une éventuelle contestation du Trésor (1).

D. Actifs incorporels

Une nouvelle disposition règle spécifiquement les transferts d'actifs incorporels (2). Le revenu du transfert ou de la licence d'un tel actif devra être proportionné (*commensurate*) au revenu dérivé de l'actif.

L'on se référera dès lors au revenu réel, ce qui pourra requérir une évaluation *post factum*.

Cette méthode représente une avancée vers la taxation aux États-Unis du revenu des filiales étrangères de sociétés américaines. Elle est basée sur la croyance, souvent contestée, que des transferts de biens, et particulièrement de biens incorporels, font échapper des sommes considérables au fisc américain (3).

Compte tenu de la complexité des règlements d'application d'une telle disposition, le fisc américain a d'abord publié un *Livre blanc* (*White Paper*) en 1988, puis une proposition de règlement d'application en 1992 (*proposed regulations*). Le *Livre blanc* envisageait deux méthodes basées sur les prix et deux méthodes basées sur les profits (4). S'il existait une opération exactement comparable (*exact com-*

(1) *J.A. Tobin Construction Co. v. Commissioner*, 85 T.C. 1005 (1985); *Robert E. and Regina Johnson v. Commissioner*, 44 T.C.M. 1076 (1982); *Liberty Loan Corp. v. Commissioner*, 498 F. 2d 225 (8th Cir. 1974); *Aristar, Inc. v. US*, 213 Ct Cl. 616 (1977), 553 F. 2d 644 (1974).

(2) IRC § 482, 2° al. J. BOHMAN et M. BOHMAN, « Transfer Pricing Under the Tax Reform Act of 1986 — Sections 482 and 1059A », *International Tax Journal*, vol. 14, 1987-88, p. 83.

(3) DRISCOLL, « Income Shifting for Intangible Property Transferred Abroad », *International Tax Journal*, vol. 14, 1987-88, p. 165; HALPERN, « Transfer Pricing on Intangibles and Intellectual Property », *Tax Planning International Review*, 1989, n° 5, p. 3.

(4) SHERWOOD, « Intercompany Pricing : The White Paper's Proposed New Section 482 », *Tax Planning International Review*, 1988, n° 12, p. 3; BONNEY et SHERWOOD, « White Paper Proposals for Intercompany Intangible Transfers », *International Tax Journal*, vol. 15, 1988-89, p. 91; ROTHSCHILD Jr. et RAE, « Highlights of the Sec. 482 White Paper », *B.I.F.D.*, 1989, p. 177; PENNEY, « United States : Internal Revenue Code Section 482 — The White Paper », *Eur. Tax.*, 1989, p. 44; SUNLEY, MAGUIE et WILLS, « United States Section 482 White Paper », *Intertax*, 1989, p. 56; SCHINDLER et HENDERSON, « IRS White Paper revisits Section 482 », *ibid.*, p. 62; ABRUTYN, « Section 482 White Paper — Administrative requirements : a look ahead », *ibid.*, p. 62; KALIGIN, « Comments on Section 482 White Paper », *ibid.*, p. 104; FEVE, « Livre blanc sur les prix de transfert, mise à jour et commentaire », *Rev. dr. aff. intern.*, 1989, n° 8, p. 45; BISCHSEL, « United States : The Sec. 482 White Paper and superroyalties — Existing and proposed transfer pricing methods », *B.I.F.D.*, 1990, p. 83.

parable) entre parties non apparentées portant sur un bien corporel identique, elle pourrait servir de base à la détermination du prix de l'opération.

Une opération non exactement comparable (*inexact comparable*) pouvait également être utilisée, après les ajustements nécessaires.

Les méthodes fondées sur le profit tentaient de déterminer un taux de profit approprié à l'actif incorporel transféré. Ce taux de profit est celui qui est appliqué dans l'industrie concernée (*basic arm's length return method* — *BALRM*). Ce taux est appliqué, sur base d'une analyse des diverses fonctions de l'entreprise et de l'entreprise apparentée, à ses différents actifs. Le solde du profit est attribué à l'actif incorporel transféré.

Lorsque les deux parties apparentées possèdent des actifs incorporels, le solde de profit doit être divisé sur base des valeurs relatives de ces actifs. Cette appréciation est particulièrement hasardeuse.

Afin de procurer à l'administration les éléments d'appréciation nécessaires, des obligations d'information ont été imposées aux sociétés mères étrangères des filiales américaines (1). Le revenu d'une production ou d'une ligne de production doit être déclaré, bien que la plupart des sociétés ne disposent pas d'une information exacte à cet égard.

Cette information a également été exigée des sociétés ayant une succursale aux États-Unis (2).

Les règlements d'application proposés sont assez proches du *Livre blanc* (3). Deux méthodes sont basées sur les prix : la méthode de

(1) IRC § 6038 A.

(2) IRC § 6038 C.

(3) QUIGLEY, « USA : A Commentary on How the Proposed Regulations Affect the General Principles of Section 482 as Described in the Existing Regulations and in Case Law », *B.I.F.D.*, 1992, p. 281 ; GRANWELLE, MAYO, HELVIE et BLUM, « USA : Proposed Section 482 Regulations : Compatibility of Use of the Comparable Profit Interval with International Norms », *ibid.*, p. 287 ; COLE et RUBLOFF, « USA : Proposed Transfer Pricing Regulations under Section 482 of the Internal Revenue Code », *ibid.*, p. 292 ; GRANWELL, « USA : Analysis of Recently Proposed Section 482 Regulations », *ibid.*, p. 271 ; *Id.*, « The Foreign Income Tax Rationalization and Simplification Act : A Brief Analysis of the Minimum Taxable Income Transfer Pricing Approach for Foreign-Controlled Corporations », *ibid.*, p. 503 ; HORST, « United States : Summary of the Proposed Transfer Pricing Regulations under Section 482 », *Eur. Tax.*, 1992, p. 83 ; BURGE, « US releases new transfer pricing regulations », *Intertax*, 1992, p. 211 ; WATSON, « A review of the proposed regulations for intercompany transfer pricing under Section 482 », *ibid.*, p. 318 ; FRISCH, « Comments on the proposed US regulations on transfer pricing from an economic perspective », *ibid.*, p. 322 ; MEYER, MCGEE et SWENSON, « Practical application of the proposed Section 482 regulation : Specific

l'opération correspondante (*matching transaction method*), supposant le transfert du même actif entre parties non apparentées dans des circonstances semblables et la méthode de l'opération comparable ajustable (*comparable ajustable transaction method*), qui peut porter sur le transfert d'un actif similaire et pas nécessairement identique. Le profit résultant de l'application de cette méthode peut toutefois tomber dans l'intervalle de profit comparable décrit ci-dessous.

Dans la méthode basée sur le profit, le bénéficiaire du cessionnaire doit se situer dans un intervalle de profit comparable (*comparable profit interval — CPI*) déterminé sur base des profits de sociétés identiques opérant dans le même domaine ou dans un domaine similaire, apprécié pendant l'année en cours, l'année précédente et l'année suivante.

Il seait également proposé, en l'absence d'un prix indépendant comparable (*comparable uncontrolled price — CUP*), d'appliquer la règle de la relation avec le revenu aux transferts de biens corporels.

Les méthodes fondées sur la division du profit semblent incompatibles avec l'article 9 des traités modèles de l'OCDE et des États-Unis, qui interdisent une réattribution de profit si l'opération a eu lieu dans des conditions commerciales normales de concurrence. De plus, en limitant le redressement aux sociétés étrangères et aux sociétés américaines contrôlées par des sociétés étrangères, les règlements contrediraient l'article 24 relatif à la non-discrimination (1).

Les propositions américaines ont suscité de nombreuses réactions internationales (2).

case studies and the impact on tax controversies », *ibid.*, p. 357 ; SHERWOOD, JANGER et BITLER, « A Periodic Adjustment to the Arm's Length Standard : The New Proposed US Regulations on Transfer Pricing », *Tax Planning International Review*, 1992, n° 4, p. 3 ; RUCHELMAN, « United States : Transfer Pricing Regulations Issued », *B.I.F.D.*, 1993, p. 187 ; SHERWOOD, GODBEE et JANGER, « The Price of Flexibility : The New Section 482 Regulations », *Tax Planning International Review*, 1993, n° 3, p. 3.

(1) MORRISON, « US Transfer Pricing Policy : Prospect for Continuing Controversy », *Intertax*, 1993, pp. 72-73.

(2) CALDERWOOD, « Pricing for intangibles, goods and services under superroyalty ; a Canadian view », *Intertax*, 1989, p. 93 ; BELLSTEDT, « A German tax practitioner's view on the White Paper », *ibid.*, p. 108 ; BOIDMAN, « US Super Royalty Rule in the Canadian Context », *Tax Planning International review*, 1989, n° 12, p. 3 et 1990, n° 1, p. 24 ; PAGAN et SCOTT WILKIE, « Transfer Pricing in the 1990s : Do the Latest US Developments Relate to a Global Economy ? », *B.I.F.D.*, 1992, p. 299 ; DE HOSSON, « Transfer pricing : The break-down of consensus », *Intertax*, 1992, p. 316 ; RITTER, « US transfer pricing under international dispute », *ibid.*, p. 410 ; BECKER, « The proposed US regulations on transfer pricing — A German perspective », *ibid.*, p. 497 ; ZAGARIS, « United States/Netherlands : Report by the Committee on Fiscal Affairs on inter-

E. Sanctions

Si l'ajustement excède 10 % à la hausse ou à la baisse ou cinq millions \$, un accroissement de 20 % sera appliqué (1).

Un accroissement de 40 % sera appliqué si l'ajustement excède 20 % à la hausse ou à la baisse ou 20 millions \$.

§ 2. — PROBLÈMES POSÉS PAR LES REDRESSEMENTS OPÉRÉS

A. Double imposition internationale

Le rajustement des bénéfices d'une entreprise ayant conclu une opération à des conditions anormales avec une entreprise apparentée dans un autre État peut avoir pour conséquence une double imposition internationale de ces bénéfices.

En effet, aucune législation ne prévoit l'obligation pour les autorités fiscales de l'autre État de prendre en considération, dans la détermination du bénéfice imposable des entreprises résidentes, les ajustements qui ont été opérés pour les autorités d'autres États.

Certains traités prévoient de tels ajustements, conformément au modèle OCDE révisé en 1977 (2).

B. Double imposition nationale

À l'exception de celles des États-Unis, les autorités fiscales qui opèrent un ajustement des bénéfices à charge de la société résidente n'effectuent pas un ajustement corrélatif des revenus de l'entreprise apparentée établie à l'étranger. Des bénéfices qui ont été réattribués par un pays à une société résidente de celui-ci peuvent, dès lors, être taxés une nouvelle fois dans le même pays, lorsqu'ils sont effectivement payés comme dividendes par la société étrangère.

Aux États-Unis, les Regulations prévoient la pratique d'un ajustement corrélatif pour éviter cette double imposition nationale.

company transfer pricing regulations under US Section 482 temporary and proposed regulations », *B.I.F.D.*, 1993, p. 619 ; BECKER, « The New US Regulations on Transfer Pricing — Once Again a German Perspective », *Intertax*, 1993, p. 280.

(1) WICKHAM, « The New US Transfer Pricing Tax Penalty : A Solution, or a Symptom of the Cause, of the International Transfer Pricing Puzzle ? », *International Tax Journal*, vol. 18, 1991-92, n° 1, p. 1.

(2) Art. 9.2.

Cet ajustement a pour effet de diminuer les revenus de l'entité apparentée à toutes fins de l'impôt des États-Unis, notamment pour la détermination des bénéfices attribués à considérer comme dividendes et pour le calcul du crédit d'impôt étranger.

C. Correction des comptes inter-sociétés

Dans la plupart des pays, les entreprises en cause ne pourront corriger leurs comptes inter-sociétés, pour les rendre conformes au réajustement subi par l'une d'elles, sans risquer d'encourir de ce chef une charge fiscale supplémentaire.

Les États-Unis prévoient la possibilité d'effectuer, sans imposition supplémentaire, un redressement comptable, par voie de dividende ou de débit en compte, si le contribuable prouve que l'évasion fiscale n'était pas un des buts principaux de la transaction ayant donné lieu au redressement.

TITRE III

SOCIÉTÉS RELAIS

Les « sociétés écran », selon la terminologie utilisée par l'OCDE pour traduire le concept américain de *base companies*, sont le plus souvent établies dans des zones à faible imposition et sont utilisées dans le but d'y mettre à l'abri des revenus et de réduire ainsi les impôts dus dans le pays du domicile du contribuable.

Une notion proche est celle de « société relais » (*conduit company*), relevant d'une technique similaire, mais dans le but de réduire l'impôt dans le pays de la source du revenu (1).

Lorsqu'une société étrangère est régulièrement constituée, le fisc belge doit tenir compte de son existence, même s'il s'agit d'une personne morale soumise à un régime fiscal favorable et même si le but de la constitution est une répartition de bénéfices inspirée par des motifs fiscaux (2).

En l'espèce, le bénéfice déclaré par le groupe à l'étranger étant inférieur au bénéfice réel, il a été admis, sur présomption, que le bénéfice disparu était imposé dans le chef des associés, belges et du groupe (3).

Le régime de taxation par comparaison des établissements belges de sociétés étrangères permettant, à la différence du régime général de

(1) « Les Conventions préventives de la double imposition et l'utilisation de sociétés écran » et « Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation de sociétés relais » in OCDE, *Questions de fiscalité internationale*, n° 1, *L'évasion et la fraude fiscale internationale. Quatre études*, Paris, 1987 ; SPRUYT, « *Base Companies* » : *Fiscaaljuridische analyse*, 1986 ; L. HINNEKENS, « La société relais et la société boîte aux lettres en droit fiscal belge », *R.G.F.*, 1983, p. 81 ; VANDE VELDE, « De basisvennootschap in het Belgisch fiscaal recht », in VAN CROMBRUGGE et BEGHIN (éd.), *Gentse Geschriften over fiscaal recht en fiscaliteit*, 1989, p. 147.

(2) Comp. Cass., 13 janvier 1978, *Pas.*, I, 543, *R.P.S.*, 1979, n° 6003, obs. DE PAGE et VAN DE WALLE DE GHELCKE, « Les personnes morales étrangères et l'ordre public international belge ».

(3) Bruxelles, 12 mai 1992, *T.R.V.*, 1992, p. 433, obs. VAN CROMBRUGGE, *R.G.F.*, 1992, p. 345, obs. GEMIS, *Courr. fisc.*, 1992, p. 473 ; pourvoi rejeté par Cass., 3 juin 1993, *F.J.F.*, n° 93/178. Cfr commentaire de L. HINNEKENS, « De niet-erkenning van Delaware-achtige vennootschappen ter ontwijking, via het Europees recht, van Belgisch belastingrecht », *T.R.V.*, 1993, pp. 431 et 483.

taxation par comparaison (1), la fixation par arrêté royal des minima de bénéfiques imposables (2) a été attaqué comme discriminatoire. En l'espèce, une société anglaise, filiale d'une société panaméenne, alléguait que ce régime était prohibé par l'article 52 du Traité de Rome.

La Cour n'a pas tranché la question, estimant que la société anglaise était fictive et que l'établissement belge était en fait celui de la société panaméenne (3).

D'après un contrat conclu entre l'établissement stable bruxellois et le siège londonien, la rétribution de l'établissement stable était fixée à 8 % de ses dépenses, par analogie manifeste avec le régime forfaitaire.

La société anglaise n'avait aucun autre bénéfice et n'exerçait donc aucune activité propre.

De plus, les frais de voyages du directeur de l'établissement belge étaient pris directement en charge par la société panaméenne et ne contribuaient donc pas à la formation de la base imposable de l'établissement belge. La Cour s'est bornée à constater qu'une société non établie dans la Communauté ne pouvait invoquer la protection du Traité de Rome.

(1) C.I.R., art. 342, § 1^{er}.

(2) C.I.R., art. 248, § 2.

(3) Bruxelles, 9 juin 1992, *F.J.F.*, n° 93/2, *Courr. fisc.*, 1992, p. 425, obs. BEHAEGHE.

FRANCE

CHAPITRE PREMIER. — SOCIÉTÉS DE SERVICES

Le Code autorise l'administration à imposer directement un résident français sur la totalité des revenus encaissés par une société de services étrangère à raison des prestations qu'il a fournies personnellement (1).

Nonobstant toute disposition contraire, les sommes perçues par une société ou par une autre personne morale ayant son siège hors de France, en rémunération de services rendus par une ou plusieurs personnes domiciliées en France sont imposables au nom de ces dernières :

- soit lorsque celles-ci détiennent le contrôle direct ou indirect de ces sociétés ou personnes morales ;
- soit lorsqu'elles n'établissent pas que ces sociétés ou personnes morales exercent, de manière prépondérante, une activité industrielle ou commerciale autre que la prestation de services ;
- soit, en tout état de cause, lorsque la personne qui perçoit la rémunération des services est domiciliée ou établie dans un pays étranger où elle est soumise à un régime fiscal privilégié.

La règle a été étendue en 1980 aux services rendus en France par une personne domiciliée hors de France.

Le but de cette législation est de mettre fin à la pratique consistant à ne pas verser directement à leur véritable bénéficiaire les sommes destinées à rémunérer des prestations, notamment d'artistes du spectacle, mais à les verser à une société *ad hoc*, établie dans un pays étranger ayant un régime fiscal privilégié.

La société étrangère, qui en apparence fournit les services ainsi rémunérés, n'est pas taxée en France sur le montant des sommes qu'elle perçoit et ne subit qu'une faible taxation dans son pays.

(1) C.G.I., art. 155 A.

La loi de 1973, qui mit fin à cet abus, s'applique tant aux Français qu'aux étrangers, et quel que soit le lieu de la prestation de service, en France ou à l'étranger. Elle permet, dans le cas qu'elle vise, de faire abstraction de la société étrangère et d'imposer le véritable prestataire de services à raison de la totalité des sommes encaissées par la société au titre de bénéfices non commerciaux.

Sauf dans le cas où une telle situation donnerait lieu à des abus, il y a lieu de considérer que ne sont pas visées par le nouveau texte les activités rattachées à un établissement que posséderait en France la société étrangère dans la mesure où les revenus correspondants sont imposables normalement dans ce pays.

Lorsque la réalité des services rendus par la société est établie, il n'y a pas lieu d'appliquer la loi, à condition que la société soit établie dans un pays lié à la France par une convention et qu'elle ne soit pas placée sous le contrôle du prestataire de services. Le contrôle peut résulter soit de la participation dans le capital de la société soit du recours à des prête-noms, soit des liens personnels, familiaux ou économiques existant entre les dirigeants de la société et le prestataire.

CHAPITRE II. — SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES PROPRIÉTAIRES D'IMMEUBLES EN FRANCE

Les personnes morales françaises ou étrangères propriétaires, directement ou par personne interposée, d'immeubles situés en France sont soumises à une taxe annuelle égale à 3 % de la valeur des immeubles autres que les stocks (1).

Elle ne s'applique pas :

- si les immeubles situés en France représentent moins de 50 % de leurs actifs français ;
- si la société mère de la société concernée peut bénéficier de l'exemption ;
- si la personne morale est établie dans un pays ayant conclu avec la France une convention fiscale d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale ;
- depuis le 1^{er} janvier 1993, aux personnes morales qui ont leur siège de direction effective en France et aux autres personnes morales qui, en vertu d'un traité, bénéficient d'une clause d'égalité de traitement et qui prennent l'engagement de communiquer à l'administration fiscale certaines informations concernant l'immeuble et les associés ;
- aux sociétés dont les actions sont inscrite à la cote officielle ou à celle du second marché d'une bourse française ou étrangère.

La Cour de cassation ayant estimé que cette taxation était contraire à la clause de non-discrimination si elle se fondait sur la

(1) C.G.I., art. 990 D à H. H. LAZARSKY, « 3 % Tax on Real Property Owned Directly or Indirectly by Foreign Companies : New Developments », *Eur. Tax.*, 1987, p. 335 ; BALKIND et MAXWELL, « Présentation des textes fiscaux récents concernant les investissements étrangers dans l'immobilier français », *Rev. dr. aff. intern.*, 1988, p. 1051.

nationalité de la société (1), la loi de finances de 1990 a précisé que les personnes morales visées étaient celles qui avaient hors de France leur siège de direction effective, quelle que soit leur nationalité.

Depuis le 1^{er} janvier 1993, la taxe ne s'applique plus seulement aux personnes morales ayant leur siège hors de France, mais, en principe, à toutes les personnes morales, françaises ou étrangères.

La loi veut faire échec au transfert de la propriété apparente de biens à des entités étrangères pour échapper à la taxation minimale des non-résidents ou à la taxation sur base du train de vie (2).

(1) Cass. com., 28 février 1989 et 7 mars 1989, *Dr. fisc.*, 1989, n° 19, comm. 943. POUJADE, « La Cour de cassation et les conditions d'application de la taxe annuelle de 3 % (C.G.I., art. 990 D) », note sous Cass. com., 28 févr. 1989 et 7 mars 1989, *Dr. fisc.*, 1989, n° 19, comm. 943 ; DEROUIN, « La taxe annuelle de 3 % sur les immeubles possédés par les sociétés étrangères. La loi rétroactive et le Conseil constitutionnel ou l'arroseur arrosé ? À propos de la décision n° 89-268 DC du 29 décembre 1989 », *ibid.*, 1990, n° 4, p. 184 ; FONTANEAU et PONS, « L'incidence fiscale en France de la détention et de la mutation d'immeubles par des étrangers », *Fiscalité européenne revue*, 1992, n° 1, p. 3.

(2) Dans le même ordre d'idées, constitue un « abus de droit » la constitution d'une société civile immobilière sous-capitalisée pour acquérir un immeuble où logera le principal associé qui pourra ainsi déduire des déficits fonciers. Cons. Ét. fr., 11 octobre 1991, n° 65.144, *J.C.P.*, 1992, II, 257, note D.F.

CHAPITRE III. — FILIALES ÉTABLIES DANS DES PAYS À RÉGIME FISCAL PRIVILÉGIÉ

Si une société française détient 10 % des actions d'une société établie dans un pays à régime fiscal privilégié (1), elle est imposée sur sa part proportionnelle des résultats de la société étrangère, sauf si celle-ci a principalement une activité industrielle ou commerciale effective, et réalise ses opérations principalement sur le marché local ou avec des entreprises indépendantes. L'imposition est établie séparément, pour éviter que la participation soit logée dans une société mère déficitaire.

Les impôts étrangers comparables à l'impôt des sociétés sont imputables proportionnellement sur l'impôt français.

(1) C.G.I., art. 209 B. DIBOUT, « L'article 209 B du C.G.I. est-il compatible avec les conventions fiscales internationales et le droit communautaire ? », *Dr. fisc.*, 1990, n° 44, p. 1485.

CHAPITRE IV. — TRUSTS

Les entreprises françaises demeurent imposables sur le produit des actifs transférés hors de France entre les mains d'une personne, d'un organisme, d'un *trust* ou d'une institution comparable chargé de gérer ces actifs dans leur intérêt ou d'assumer pour leur compte un engagement existant ou futur (1).

Le texte vise notamment les opérations de *defeasance* de dette, impliquant le transfert d'éléments d'actif à charge, pour le bénéficiaire du transfert, d'assurer le service d'une dette incombant à l'entreprise.

(1) C.G.I., art. 238*bis*-01.

ÉTATS-UNIS

CHAPITRE PREMIER. — SOCIÉTÉS HOLDINGS PERSONNELLES

La loi veut empêcher les particuliers de mettre en société leur livret d'épargne ou leur talent.

§ 1^{er}. — RÉGIME GÉNÉRAL

Une société, américaine ou étrangère, est considérée comme une *Personal holding company* (PHC) si :

- au moins 60 % de son revenu ordinaire ajusté (à l'exclusion des gains en capital) consistent en « revenu de PHC », soit essentiellement les revenus d'investissements (dividendes, intérêts, loyers, certaines redevances) et les rémunérations attribuables aux services d'un actionnaire possédant 25 % du capital de la société et
- plus de 50 % de la valeur ou du pouvoir votal des actions appartiennent directement ou indirectement à cinq personnes physiques ou moins (1).

La PHC subit une taxe de 39,6 % sur son revenu de PHC non distribué, y compris par exemple les dividendes reçus d'autres sociétés et normalement déductibles.

Certains types de sociétés sont exclus de la définition des PHC (banques américaines, sociétés de prêt et de financement, d'assurances sur la vie, etc.).

Un dividende spécial (*deficiency dividend*) peut être distribué pour l'année pendant laquelle la société se voit soumise au statut de PHC, dans les 90 jours de la notification. Il éliminera en fait l'impôt, mais non les intérêts ou autres pénalités. Les actionnaires seront imposés sur ce dividende.

(1) IRC § 541-547.

§ 2. — SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES

Dans le cas d'une société étrangère, le revenu considéré comprend uniquement le revenu provenant de sources situées aux États-Unis. Il s'agit en effet de taxer la société étrangère et une disposition expresse de la loi limite son imposition à de tels revenus (1).

Une société étrangère est exonérée si toutes ses actions sont détenues par des étrangers non résidents.

En effet, le but de la taxe est de contraindre la société à distribuer des dividendes et, dans le cas présent, une telle distribution serait inutile parce qu'elle n'entraînerait la déduction d'aucun impôt américain (2). La société est soumise à la taxe dès qu'un actionnaire américain en devient actionnaire ; toutefois, si moins de 10 % de la valeur des actions sont détenues par des Américains, la taxe ne s'applique que sur la fraction correspondante du revenu (3).

Ces dispositions ont pour résultat d'empêcher les contribuables américains d'accumuler des revenus de source américaine en évitant d'être taxés personnellement. Elles empêchent aussi les Américains d'entrer dans des PHC étrangères contrôlées par des étrangers et percevant des revenus étrangers, puisque l'entrée d'un seul Américain rend la société imposable.

(1) IRC § 882 (b) ; *Porto Rico Coal Co. v. Com.*, 126 F 2 d 212, 2d Cir. 1942.

(2) IRC § 542 (c) (7).

(3) IRC § 545 (e).

CHAPITRE II. — SOCIÉTÉS HOLDINGS PERSONNELLES ÉTRANGÈRES

§ 1^{er}. — DÉFINITIONS

Les citoyens et résidents américains sont taxés sur leur part du revenu des *foreign personal holding companies* (FPHC).

Une société étrangère est considérée comme une FPHC si :

- au moins 60 % de son revenu brut (50 % si elle a déjà été considérée comme une FPHC) consiste en « revenu de FPHC », c'est-à-dire en revenus d'investissements analogues au revenu de PHC, auxquels s'ajoutent les gains en capital et
- plus de 50 % des actions ou du droit de vote sont directement ou indirectement entre les mains de cinq personnes physiques ou moins, citoyens ou résidents américains (1).

Ces dispositions ne s'appliquent donc pas à la filiale étrangère d'une société américaine ou à une société dont les actions sont largement réparties ou qui tire plus de 40 % de son revenu d'activités commerciales ou industrielles.

Si une société satisfait à la fois à la définition de la PHC et de la FPHC, seul le dernier statut s'appliquera (2).

§ 2. — IMPOSITION

Le revenu brut de la société est calculé comme si elle était une société américaine, sans égard aux dispositions limitant l'imposition des sociétés étrangères. Il comprend donc ses revenus ayant leur source hors des États-Unis, les revenus non effectivement liés à une activité d'affaires exercée aux États-Unis et même les revenus exonérés par traité. Le but est en effet de taxer l'actionnaire, citoyen ou résident des U.S.A., non la société.

Si la société est une FPHC, son revenu non distribué est imposable *pro rata* dans le chef de ses actionnaires américains.

(1) IRC § 551-558.

(2) IRC § 542 (c) (5).

Une déduction est accordée pour impôts étrangers, mais non un crédit d'impôt, la société n'étant pas un contribuable américain.

Le but de ces dispositions est d'empêcher les citoyens et résidents américains de placer leurs avoirs étrangers dans une société étrangère.

La taxation atteint l'actionnaire, et non la société, notamment pour des raisons de compétence fiscale.

CHAPITRE III. — SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES CONTROLÉES

Section 1. — Définition

Dérogeant au principe du *deferral*, la loi américaine taxe dans certains cas le revenu non distribué des sociétés étrangères contrôlées par des contribuables américains.

En raison de sa place dans le plan du Code, le revenu en cause est baptisé *Subpart F income* (1).

En principe, les profits réalisés par les filiales ou sous-filiales d'une société américaine ne sont imposés aux États-Unis que lorsqu'ils sont distribués à la société mère sous forme de dividendes. L'impôt américain est différé (*tax deferral*). Cette situation est normale et se retrouve dans la plupart des systèmes fiscaux. Les filiales sont des sociétés de droit étranger, soumises à l'impôt dans le pays où elles sont établies.

Par contre, si une société américaine opère à l'étranger par l'intermédiaire d'une succursale, son revenu étranger sera, sous réserve de l'application des conventions internationales, compris dans l'ensemble de son revenu imposable aux États-Unis. La plupart des sociétés ont choisi d'organiser leurs opérations étrangères sous forme de filiales plutôt que sous forme de succursales.

En 1961, dans son message au Congrès, le Président Kennedy proposa de supprimer le *tax deferral* en ce qui concerne toutes les filiales établies dans les pays industriels, n'en laissant bénéficier que les filiales opérant dans les pays en voie de développement. Les motifs avancés étaient déjà ceux que nous trouverons à la base des propositions ultérieures : encourager les investissements aux États-Unis en privant les investissements à l'étranger de tout avantage fiscal ; améliorer la position de la balance américaine des paiements en accroissant le rapatriement des profits sous forme de dividendes.

Le président, conseillé par M. Stanley Surrey, secrétaire adjoint au Trésor, chargé de la politique fiscale, voulait également mettre un

(1) IRC §§ 951 et suiv.

terme à l'accumulation de profits par des filiales constituées dans des havres fiscaux, à l'abri d'impôts locaux et d'impôts américains.

La première partie du projet rencontra une vive opposition : l'industrie américaine, soutinrent ses adversaires, ne peut se mesurer à ses concurrents étrangers que si elle est taxée au même taux qu'eux sur les profits réalisés dans le pays où ils opèrent. Le *tax deferral* subsista donc, mais le second volet du projet, incorporé dans le Revenue Act de 1962, devint la sous-partie F (*subpart F*) de la partie du Code fiscal traitant des revenus étrangers.

Les *controlled foreign corporations* (CFC) sont des sociétés étrangères dans lesquelles plus de 50 % du pouvoir vital ou de la valeur des actions sont détenus par des contribuables américains (*US persons*) possédant chacun au moins 10 % de ce pouvoir vital.

Une société dont les titres sont également répartis entre onze contribuables américains ou dont les titres sont répartis par moitié entre un contribuable américain et un contribuable étranger ne satisfait pas à cette définition.

Section 2. — Imposition

§ 1^{er}. — REVENU IMPOSABLE

A. Subpart F income

1. Composantes

Les actionnaires détenant ou réputés détenir plus des 10 % requis sont imposés sur leur part du revenu non distribué de la société visé à la *Subpart F*.

Ce revenu comprend essentiellement le revenu d'assurances (au sens de la section 953) et le revenu de société-relais étrangère (*foreign base company income*), composé de cinq catégories (1) :

- *Foreign personal holding company income* : revenus d'investissements, c'est-à-dire intérêts, dividendes, gains sur ventes de biens générant un revenu passif, gains de change, loyers et redevances sauf s'ils sont obtenus dans le cadre de certaines activités commerciales réelles.

(1) IRC § 954.

Cette règle empêche l'utilisation d'une société étrangère dans le but d'accumuler des revenus à l'abri des impôts nationaux.

- *Foreign base company sales income* : profits ou commissions sur ventes si l'acheteur ou le vendeur est un contribuable apparenté à la CFC et si le bien a été acheté et vendu dans un pays autre que le pays où la CFC est organisée.

Par exemple, l'actionnaire américain d'une CFC canadienne est taxé si celle-ci achète des biens aux États-Unis à la société mère américaine et les vend en vue d'un usage hors du Canada, non si elle les vend pour usage au Canada.

- *Foreign base company services income* : revenus de services rendus à un contribuable apparenté dans un autre pays que celui où la CFC est organisée.

Cette disposition empêche la séparation des revenus produits par les activités de service.

- *Foreign base company shipping income.*
- *Foreign base company oil related income.*

Le revenu de *Subpart F* comprend aussi le montant des pots-de-vin illégaux et le revenu trouvant sa source dans des pays de la liste noire (1).

Un revenu ne sera pas considéré comme revenu de *Subpart F* s'il est effectivement lié à une activité d'affaires exercée aux États-Unis par la CFC, sauf s'il est exonéré ou taxé à un taux réduit en vertu d'un traité.

En outre, le revenu ainsi taxé est exonéré quand il est distribué (2).

2. *Exceptions*

Si le revenu de société-relais est inférieur à 5 % du revenu total et à un million de dollars, la société étrangère contrôlée sera considérée comme n'ayant pas de revenu de société-relais. En revanche, s'il excède l'un de ces seuils, tout le revenu de la société étrangère contrôlée sera considéré comme revenu de société relais.

Si le revenu de la société est soumis à l'étranger à un impôt qui atteint au moins 90 % de l'impôt américain, elle est considérée comme n'ayant pas de revenu de société-relais.

(1) IRC § 901 (j).

(2) IRC § 939.

B. Accroissement des bénéfiques investis en biens américains

Il serait possible à une société étrangère contrôlée de mettre son revenu à la disposition de ses actionnaires sans le leur distribuer en investissant dans certains biens qu'elle leur achèterait ou en leur prêtant ses fonds.

Par conséquent, dans la mesure où les revenus de la société étrangère contrôlée ainsi utilisés n'ont pas déjà été taxés dans le chef de ses actionnaires américains, ils le seront lors de leur investissement dans des biens américains (1).

Cette disposition empêche le rapatriement de profits sous des formes qui peuvent présenter des avantages économiques équivalents à la distribution d'un dividende.

C. Bénéfiques investis en actifs passifs excessifs

Une société générant des revenus actifs, mais les réinvestissant en actifs produisant des revenus passifs sera taxable dès que ses actifs passifs dépassent 25 % de ses actifs totaux (*excess passive assets*).

Même le fonds de roulement est considéré comme un actif passif.

§ 2. — MODE DE TAXATION

Le revenu imposé est taxé comme s'il était distribué sous forme de dividende. Ces dispositions peuvent donc être considérées comme un aménagement du revenu imposable des actionnaires ou comme une extension de la définition des sociétés imposables.

§ 3. — CRÉDIT INDIRECT DES ACTIONNAIRES

A. Sociétés actionnaires

Dans la mesure où le revenu non distribué d'une CFC est taxable dans le chef de sa société mère américaine, celle-ci se voit accorder un crédit indirect d'impôt étranger applicable aux taxes étrangères payées sur le revenu ainsi taxé aux États-Unis. La société américaine doit, pour en bénéficier, posséder 10 % au moins des actions disposant du droit de voter de sa filiale étrangère (2).

(1) IRC § 956.

(2) IRC § 960.

Un crédit indirect est également accordé en ce qui concerne les taxes payées par une filiale du second degré ou du troisième degré dont le revenu non distribué est taxable dans le chef de l'actionnaire américain, à condition que la société mère possède indirectement au moins 5 % du capital de ses filiales.

Le montant du crédit est ajouté au revenu.

Lorsque le revenu déjà taxé est ultérieurement distribué, le crédit d'impôt étranger ne peut être utilisé une seconde fois par application de la section 902.

B. Personnes physiques actionnaires

La personne physique taxable sur le revenu non distribué d'une *controlled foreign corporation* peut opter pour la taxation au taux des sociétés et bénéficier du crédit indirect d'impôt étranger dans les mêmes conditions qu'une société américaine (1). Elle supportera ainsi la même charge fiscale que si elle avait investi dans une société américaine faisant des affaires à l'étranger.

Lorsque le revenu de la *controlled foreign corporation* sera distribué, le problème de l'octroi d'un second crédit ne se posera pas puisque le crédit d'impôt indirect n'est pas applicable aux particuliers, sauf l'exception citée ci-dessus.

§ 4. — VENTE D' ACTIONS OU DISTRIBUTION DE LIQUIDATION

Bien qu'une société étrangère contrôlée voie certains types de revenus taxés immédiatement dans le chef de ses actionnaires américains, d'autres types de revenus échappent à cet impôt. Ils pourraient donc être distribués aux actionnaires américains ou leur bénéficiaire indirectement par la voie d'une vente des actions, en ne subissant que l'impôt réduit applicable aux gains en capital. La section 1248 a pour but d'éviter que les actionnaires de sociétés étrangères contrôlées puissent bénéficier de cet avantage.

A. Sociétés actionnaires

Lorsqu'une société américaine vend ses actions d'une *controlled foreign corporation* ou en reçoit une distribution de liquidation, le profit qu'elle réalise est traité comme un dividende à concurrence des

(1) IRC § 962.

profits de la *controlled foreign corporation* accumulés après 1962 et correspondant aux actions. L'excédent du gain est taxé comme gain en capital.

Les revenus accumulés par la société et déjà taxés dans le chef de la société actionnaire en application de la section 951 sont exclus du montant taxable comme dividende en application de la section 1248.

Dans la mesure où le montant reçu par la société actionnaire est traité comme un dividende, elle peut bénéficier du crédit d'impôt étranger dans les conditions de la section 902, en ce qui concerne les impôts payés antérieurement par ses filiales des premier, deuxième et troisième degrés sur leurs revenus accumulés.

B. Personnes physiques actionnaires

Les actionnaires individuels de *controlled foreign corporations*, également traités comme s'ils recevaient un dividende lors de la vente d'actions ou de la liquidation de la société, bénéficient, en fait, d'un crédit d'impôt étranger.

CHAPITRE IV. — SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES D'INVESTISSEMENT PASSIVES

Section 1. — Définition

Une société étrangère est une *passive foreign investment company* (PFIC) (1) si :

1) 75 % de son revenu brut consiste en revenu passif, identique en gros au revenu de *foreign personal holding company*, sous réserve de deux exceptions :

- le revenu bancaire et d'assurance d'un intermédiaire financier ;
- les intérêts, dividendes, loyers et redevances provenant d'une personne liée et payés au moyen de revenu qui n'est pas du revenu passif ;

2) 50 % de la moyenne de ses actifs pendant l'exercice sont des actifs produisant des revenus passifs ou détenus en vue de la production de tels revenus (2).

Section 2. — Imposition

Un régime spécial s'applique aux distributions excédentaires (*excess distributions*) de PFIC. Une distribution excédentaire est une distribution qui dépasse 125 % de la moyenne des distributions des trois dernières années.

Tout gain réalisé lors de la vente des actions ou de la liquidation d'une PFIC est traité comme une distribution excédentaire.

La distribution excédentaire est répartie sur les années de détention des titres et imposée pour chaque année au taux marginal, augmenté d'un intérêt depuis chacune de ces années (3).

(1) JELSMAN, « Understanding PFICs and QEFs », *International Tax Journal*, vol. 14, 1987-88, p. 317 ; GRANWELL et KAUFMAN, « United States : Working with Passive Foreign Investment Companies : How to Minimize the Hurt », *B.I.F.D.*, 1989, p. 303 ; STERNLICHT, « History and Analysis of the PFIC Legislation », *International Tax Journal*, vol. 15, 1988-89, p. 59 ; WUNDER, « Passive Foreign Investment Companies : Proposed Regs and Planning Update », *ibid.*, vol. 19, 1993-94, n° 3, p. 54.

(2) IRC § 1296.

(3) IRC § 1291.

L'actionnaire peut éviter cette imposition en choisissant de traiter la PFIC comme un *qualified electing fund* (QEF) (1).

Il sera alors imposé annuellement sur sa part des revenus et des gains en capital à long terme du fonds (2).

(1) IRC § 1295.

(2) IRC § 1293.

CHAPITRE V. — EFFET DES TRAITÉS

A. Taxes imposées à la société étrangère

Certains traités conclus par les États-Unis exonèrent les sociétés des pays contractants des *accumulated earnings tax* et *personal holding company tax*, à condition que leurs actions soient détenues par des résidents de ces pays, autres que des citoyens américains.

Les autres traités se bornent à limiter ou à supprimer la retenue à la source applicable par exemple aux dividendes ou aux intérêts. Cette limitation ou cette exclusion ne s'appliquera pas aux taxes sur les revenus non distribués, parce que, dans la thèse de l'Internal Revenue Service, ces taxes ne frappent pas les dividendes, intérêts ou autres éléments isolés des revenus.

B. Taxes imposées aux actionnaires nationaux ou résidents

Les taxes visant les actionnaires de FPHC ou CFC ne sont pas affectées par les traités, qui ne prévoient pas d'exonération pour les citoyens ou résidents américains.

De même, les limitations des retenues sur dividendes, intérêts et redevances ne peuvent s'appliquer qu'à la société étrangère elle-même et non à l'inclusion de son revenu dans celui de contribuables américains.

CHAPITRE VI. — PROPOSITIONS

Les États-Unis ont été souvent confrontés à des difficultés économiques dont ils avaient perdu le souvenir : déficit croissant de leur balance des paiements, inflation et chômage. Il était normal que cette situation déclenche un réflexe protectionniste. Cette tendance, dirigée particulièrement contre les investissements étrangers des sociétés multinationales, s'est exprimée par le dépôt de plusieurs propositions de loi de nature fiscale. La plus ancienne fut le *Foreign Trade and Investment Act*, déjà déposé le 28 septembre 1971 et réintroduit à la Chambre par le représentant Burke (Massachusetts) le 3 janvier 1973 (1) et au Sénat par le sénateur Hartke (Indiana) le 4 janvier 1973 (2). Cette proposition jouissait du soutien syndical. Elle a suscité de vives réactions dans le monde industriel.

Elle posait de façon claire l'alternative économique du protectionnisme et du libre-échange et, comme le corollaire fiscal de celle-ci, l'alternative entre la double taxation du revenu étranger, même réalisé à l'intervention de filiales, et le système traditionnel de prévention de la double imposition.

Le titre de la proposition Burke-Hartke était significatif : « Une loi destinée à amender les lois tarifaires et commerciales des États-Unis pour promouvoir le plein emploi et restaurer une base de production diversifiée ; pour amender l'Internal Revenue Code de 1954 afin d'arrêter l'exode de capital, d'emploi, de technologie et de production américains... ».

La proposition Burke-Hartke adoptait une approche négative. Elle éliminait radicalement le *tax deferral* en insérant dans le Code une sous-partie I intitulée *Controlled foreign corporations* (3). Les actionnaires américains détenant, directement ou indirectement, 10 % ou plus des actions d'une société étrangère contrôlée à 50 % par des intérêts américains auraient été tenus d'inclure dans leur revenu annuel leur quote-part des bénéfices de cette société, sauf dans la mesure où ces bénéfices étaient déjà soumis à l'impôt américain au

(1) H.R. 62, 93 d Cong., 1st. Sess. (1973).

(2) S. 151, 93 d Cong., 1st. Sess. (1973).

(3) S. 151, § 102 ; H.R. 62, § 102.

taux ordinaire parce qu'effectivement rattachés à une activité commerciale exercée aux États-Unis (1) ou n'auraient pu être distribués en raison de restrictions monétaires ou autres imposées par un État étranger.

La détermination des bénéficiaires se serait faite selon les règles applicables aux sociétés nationales. La tenue de la comptabilité nécessaire aurait pu être prescrite. Les profits des sociétés étrangères contrôlées auraient été exempts d'impôt lorsqu'ils auraient été distribués aux actionnaires américains ou à une autre société étrangère contrôlée. La sous-partie F, visant les sociétés contrôlées des havres fiscaux, aurait cessé d'être applicable à partir de l'entrée en vigueur de la future sous-partie I.

Le but de la loi était de « rendre l'investissement dans le pays aussi attirant que l'investissement à l'étranger » et de combler une lacune législative qui a permis un déversement à l'extérieur de capital, de technologie et d'emploi américains (2).

Ce raisonnement est fondé sur un certain nombre de postulats dont la validité a été contestée par d'importantes associations professionnelles (3) et par l'expérience individuelle de sociétés multinationales (4).

Les adversaires du *tax deferral* veulent éliminer une inégalité de traitement entre le revenu réalisé aux États-Unis, taxé lorsqu'il est gagné, et le revenu réalisé à l'étranger, taxé lorsqu'il est rapatrié. En fait, leur rétorque-t-on, ils en créent une autre : les actionnaires de sociétés américaines continueront à n'être taxés que sur les dividendes qui leur sont distribués, alors que les actionnaires de sociétés étrangères seront taxés sur le revenu non distribué de ces sociétés. Le nouveau système d'imposition refuse de reconnaître la société étrangère comme entité fiscale distincte et traite ses actionnaires comme les membres d'une association sans personnalité juridique. Loin de sup-

(1) IRC § 871 (b) et 864 (c).

(2) Déclaration du sénateur Hartke, 119 Cong. Rec. 4 (1973), p. 1.

(3) National Association of Manufacturers, *New proposals for taxing foreign income, The reasons for, The reasons against, A study of 83 multinational corporations*; National Foreign Trade Council, *Economic implications of proposed changes in the taxation of US investment abroad*.

(4) Cfr par exemple *Benefit of Union Carbide's International Investment to the United States Economy, A study by Union Carbide Corporation*, octobre 1972; *Proposed new restrictions in U.S. Foreign Trade and Investment Policies, « The Foreign Trade and Investment Act of 1972 »*, prepared by Public Affairs Department, Exxon Corporation, novembre 1972.

primer un ajournement de l'impôt (*tax deferral*), il provoque au contraire une anticipation de son paiement (1).

En l'absence d'une revision internationale du régime de taxation des sociétés et de leurs actionnaires, l'action unilatérale d'un pays aussi important que les États-Unis entraînerait vraisemblablement des mesures de rétorsion d'autres États.

De nouvelles tentatives de suppression du *deferral* font actuellement l'objet de propositions de loi américaines (2).

(1) NFTC, *op. cit.*, p. 13.

(2) Rostenkowski-Gradison Bill, HR 5270.

ROYAUME-UNI

Sociétés étrangères contrôlées (controlled foreign companies)

En 1984, le Royaume-Uni a introduit une législation semblable à la *Subpart F* américaine (1). Une société non résidente verra ses revenus imposés dans le chef d'une société britannique qui en serait actionnaire à 10 % au moins, si elle est établie dans un pays à faible taxation, c'est-à-dire un pays où elle paie un impôt inférieur de moitié à celui qu'elle paierait au Royaume-Uni.

La société actionnaire échappera à l'impôt si la filiale répond à l'un des critères suivants :

- un critère de distribution acceptable : elle distribue 50 % de son revenu commercial et 90 % de son revenu passif dans les dix-huit mois suivant la fin de l'exercice ;
- un critère d'activités exonérées : elle est engagée dans de véritables activités commerciales par l'intermédiaire d'un établissement effectif à l'étranger ;
- un critère de motivation : elle a été formée pour des motifs commerciaux légitimes, non dans un but d'évasion fiscale ;
- un critère de cotation publique : 35 % de ses titres au moins sont répartis dans le public et traités en bourse dans le pays de résidence de la société ;
- un critère *de minimis* : son profit imposable n'excède pas 20.000 £ par an.

(1) FA 1984, sec. 82-91, schs 16-18. ROSS, « New UK Tax on Controlled Foreign Companies », *Tax Planning International Review*, 1984, n° 1, p. 10 ; TOMSETT, « Controlled Foreign Companies », *ibid.*, 1985, n° 5, p. 7 ; PRENTICE, « United Kingdom : Secs. 765-767 and Controlled Foreign Companies Legislation », *B.I.F.D.*, 1989, p. 84.

ALLEMAGNE

Sociétés relais

Pour combattre le déplacement artificiel de la localisation des revenus, les contribuables allemands contrôlant des sociétés établies dans des pays à basse fiscalité, en un mot des « sociétés relais » (*Zwischengesellschaft*, § 7-14 AStG), se voient imputer leur quote-part des revenus que ces sociétés perçoivent sans participation active à la vie économique, les revenus passifs (*Zwischeneinkünfte*).

Le fisc allemand atteint ainsi les revenus qu'on tentait de lui soustraire (*Zugriffbesteuerung*).

Sont visés les contribuables allemands qui, seuls ou avec d'autres contribuables également soumis à l'obligation illimitée, détiennent directement ou indirectement plus de la moitié du capital d'une société étrangère.

Ne sont cependant visés que les revenus « passifs » : la loi ne s'applique pas aux revenus d'exploitations agricoles, forestières ou industrielles ; d'organismes de crédit ou d'assurance (organisés de façon « commerciale » et non captifs) ; du commerce ou des services (sous des réserves analogues) ; de la location et de la concession de biens autres que des droits ou savoir-faire non développés par la société elle-même, que des immeubles dont les revenus ne sont pas exonérés par un traité fiscal ou que des biens mobiliers captifs et non intégrés au trafic économique général ; de capitaux empruntés sur des marchés étrangers et prêtés à long terme à des entreprises étrangères, elles-mêmes « actives » (1). La loi ne s'applique pas davantage aux dividendes reçus par la société étrangère d'une filiale dont elle détient au moins le quart du capital et qui, soit a son siège et sa direction dans le même pays et y perçoit exclusivement ou presque exclusivement des revenus actifs (*Landesholding*), soit présente un rapport économique avec les activités productives de la société mère et perçoit exclusivement ou presque des revenus actifs (*Funktionsholdings*) (2).

(1) AStG § 8 (i), n^{os} 1-7.

(2) AStG § 8 (2), n^{os} 1-2.

Si les revenus passifs ne sont pas soumis dans l'État du siège ni dans celui de la direction à un prélèvement d'impôt sur le résultat (*Ertragsteuer*) d'au moins 30 % (1) et s'ils excèdent 10 % du revenu brut de la filiale ou 120.000 DM par contribuable allemand (2), ils sont imputés au contribuable allemand proportionnellement à sa participation dans le capital (*Hinzurechnungsbetrag*) (3).

Le revenu imposable est déterminé d'après les règles du droit fiscal allemand. Les impôts étrangers seront déduits (4), à moins que le contribuable ne préfère les imputer sur l'impôt allemand (5). Seules seront admises les dépenses d'exploitation économiquement liées aux revenus (6).

Les pertes ne peuvent être déduites ni du revenu allemand, ni du revenu d'autres sociétés-relais ; elles peuvent être reportées pendant cinq ans sur les revenus passifs futurs de la société en cause.

L'imposition intervient au titre d'une distribution fictive de dividendes. Les dividendes effectivement distribués sont donc déduits (7) de façon à éviter la double imposition. Les revenus sont considérés comme provenant de capitaux mobiliers ; les conventions de double imposition s'appliquent comme s'il y avait eu distribution (8) : si la convention prévoit le privilège d'affiliation internationale (*Schachtelprivileg*) pour les revenus passifs, il y aura exonération.

(1) AStG § 8 (3).

(2) AStG § 9.

(3) AStG § 10.

(4) AStG § 10 (i).

(5) AStG § 13.

(6) AStG § 10 (4).

(7) AStG § 11.

(8) AStG § 10 (5).

TITRE IV

L'ABUS DES TRAITÉS

Les conventions bilatérales sont conclues par les États en vue d'en tirer des avantages pour leurs contribuables respectifs. Progressivement émerge l'opinion que les résidents d'États tiers utilisent abusivement les conventions en acheminant de façon artificielle, voire purement apparente, certains revenus à travers des États choisis en raison des avantages assurés par leur réseau de conventions (1).

La lutte contre cet abus passe par le refus de certains avantages conventionnels si le bénéficiaire n'est pas un résident qualifié de l'État partenaire ; l'on se demande cependant si cette exigence d'un lien qualifié avec l'État de résidence n'est pas contraire au principe européen de liberté d'établissement (2).

(1) Sur la problématique, voy. BECKER et WURM (éd.), *Treaty Shopping — An emerging tax issue and its present statutes in various countries*, Kluwer, 1988 ; L. HINNEKENS, « Treaty Shopping en Anti-Misbruik Regels in België en Elders », dans *Actuele Problemen van fiscaal recht*, Kluwer, 1989, 274 ; « Les Conventions préventives de la double imposition et l'utilisation de sociétés-relais », dans OCDE, *Questions de fiscalité internationale*, n° 1, *L'évasion et la fraude fiscale internationale*, Paris, 1987 ; TERR, « Treaty routing vs treaty shopping : Planning for multicountry investments flows under modern limitation on benefits articles », *Intertax*, 1989, p. 521 ; WURM, « Treaty shopping in the 1992 OECD model convention », *ibid.*, 1992, p. 658 ; LERNER, LEOVITZ et PRIDJIAN, « Treaty Shopping and US Tax Policy : New Approaches », *Tax Planning International Review*, 1992, vol. 19, n° 10, p. 31.

Pour diverses opinions nationales, cfr BECKER, « Germany (Federal Republic) : Treaty Shopping/Treaty Override », *Eur. Tax.*, 1988, p. 383 ; HÜBNER, « Germany (Federal Republic) : Abuse of Double Taxation Conventions », *ibid.*, p. 207 ; AVERY JONES, « Anti-treaty shopping articles — A United Kingdom view », *Intertax*, 1989, p. 331 ; LÜTHI, « Countering the abuse of tax treaties — A Swiss view », *ibid.*, p. 336 ; ELIS, « Limitation of benefits : a Netherlands perspective », *ibid.*, p. 344 ; LE GALL, « Treaty shopping : the French policy », *ibid.*, p. 364 ; BOIDMAN, « Canadian approach to treaty shopping », *ibid.*, p. 369 ; LOUKOTA, « International tax planning and treaty shopping — An Austrian view », *ibid.*, 1990, p. 347 ; GOOSSEN, « Limiting Treaty Benefits », *International Tax Journal*, vol. 20, 1993-94, n° 1, p. 14.

(2) BECKER et THÖMMES, « Treaty Shopping and EC Law — Critical Notes to Article 28 of the New German-US Double Taxation Convention », *Eur. Tax.*, 1991, 173 ; VAN UNNIK et BOUDESTEIJN, « The New US-Dutch Tax Treaty and the Treaty of Rome », *E.C. Tax Review*, 1993, p. 106.

ÉTATS-UNIS

Les États-Unis ont imposé dans leur traité avec la Belgique (1) la limitation des réductions de retenue à la source aux cas où le bénéficiaire juridique des revenus en est aussi le bénéficiaire économique effectif.

Le traité (2) refuse le dégrèvement sauf application de l'une des conditions suivantes :

- plus de 50 % des parts de la société bénéficiaire sont la propriété de résidents de l'État contractant et plus de 50 % du revenu du bénéficiaire ne sont pas utilisés pour payer des intérêts ou des redevances à des non-résidents ;
- les revenus (dividendes, intérêts ou redevances) proviennent d'activités industrielles ou commerciales ;
- la société bénéficiaire est cotée en bourse.

Certaines déclarations américaines ont fait naître la crainte qu'un centre de coordination belge puisse être visé par la disposition au motif qu'il ne serait pas engagé dans un commerce actif. Cette opinion a été fermement contestée (3).

Des dispositions analogues, inspirées par l'article 16 du traité modèle américain, ont été introduites par les États-Unis notamment

(1) DIERCKX, « Belgium : The New Protocol to the Belgian-US Tax Treaty », *Eur. Tax.*, 1989, p. 186 ; GHYSBRECHT, « Le protocole additionnel à la Convention préventive de la double imposition entre la Belgique et les États-Unis d'Amérique et échange de lettres du 31 décembre 1989 », *J.D.F.*, 1990, p. 257 ; L. HINNEKENS, « Le protocole additionnel à la Convention Belgique-USA », *R.G.F.*, 1990, pp. 2 et 33.

(2) Art. 12 A.

(3) L. HINNEKENS, « The Application of Treaty Shopping to Coordination Centers », *Intertax*, 1989, p. 350.

dans leurs traités avec la France, l'Allemagne (1) et, plus récemment, les Pays-Bas (2).

Il prévoit un certain nombre de tests permettant de considérer qu'une personne peut ou non bénéficier des avantages prévues par la conventions.

Les États-Unis et les Pays-Bas ont également signé un Protocole additionnel complétant la convention et visant à empêcher que des intérêts et des redevances versés à un établissement stable d'un résident d'un État contractant, par exemple une succursale suisse d'une société néerlandaise, puissent bénéficier des avantages de la convention.

(1) BURGE et ENDRES, « Treaty shopping : the new German-US treaty raises more questions than it answers », *Intertax*, 1990, p. 547 ; EILERS et WATKINS BRÜGMANN, « Article 28 of the German-US Double Taxation Treaty of 1989 : An Appropriate Solution to the Treaty Shopping Problem ? », *Tax Planning International Review*, 1993, n° 9, p. 15.

(2) BENNETT, « The US-Netherlands Tax Treaty Negotiations — A US Perspective », *B.I.F.D.*, 1991, p. 3 ; STRENG, « The US-Netherlands Income Tax Convention : Historical Evolution of the Tax Treaty Policy Issues Including Limitation of Benefit », *ibid.*, p. 11 ; VAN WEEGHEL, « Het Nieuwe Belastingverdrag met de Verenigde Staten », *FED Fiscaal Weekblad*, 1993, p. 369 ; SPECTOR, « United States/Netherlands : Limitations on Benefits under the New US-Netherlands Income Tax Treaty », *B.I.F.D.*, 1993, p. 159 ; KAPLAN, « United States/Netherlands : Treaty Shopping under the New US-Netherlands Treaty », *ibid.*, p. 175 ; VAN BRUNSCHOT et VAN WEEGHEL, « Netherlands-United States : The New Tax Convention », *Eur. Tax.*, 1993, p. 191 ; BENNETT, MORRISON, DANIELS, GERRITSEN, DE HOSSON, KLUFT, PAARDEKOOPER, ROELOFS, VISSER, VAN WETTUM et ZAALBERG, « A Commentary to the United States-Netherlands Tax Convention », *Intertax*, 1993, p. 165 ; LIER, « The New US-Netherlands Treaty », *Tax Planning International Review*, 1993, n° 2, p. 3 ; MORRISON et BENNETT, « The New US-Netherlands Treaty », *Tax Notes International*, 1993, pp. 331 et 601 ; ELLIS, « Art. 26 : Een Grote Sprong Voorwaarts in het Duister », *W.F.R.*, 1993, p. 459.

SUISSE

CHAPITRE PREMIER. — MESURES UNILATÉRALES

Un arrêté du Conseil fédéral des 14 décembre 1962-25 novembre 1974 et une circulaire du 31 décembre 1962 (1) visent à éviter :

- qu'un résident suisse percevant des revenus étrangers dégrévés par un traité en transfère (2) une partie essentielle à une personne n'ayant pas droit aux avantages de la convention : il est assimilé à celui qui n'a pas de véritable droit de jouissance du revenu et ne peut prétendre bénéficier de la convention ;
- qu'une société contrôlée par des non-résidents accumule indûment des revenus dégrévés en ne procédant pas à des distributions de bénéfices appropriées.

La circulaire a précisé les critères concrets d'application de l'arrêté. À leur tour, les principes de l'arrêté et les critères de la circulaire ont été incorporés dans certaines conventions signées par la Suisse (France, Belgique, Allemagne, Italie).

A. Critères déterminant un transfert abusif des revenus

1. *Transfert abusif en général*

Il y a transfert abusif quand plus de 50 % des recettes dégrévées bénéficient à des non-résidents sous forme d'intérêts, redevances, paiements de frais ou amortissements de biens acquis de non-résidents, c'est-à-dire toute forme de transfert autre que distribution de dividendes.

(1) Reproduits dans RIVIER, *Droit fiscal international*, pp. 362 et 367. Sur les mesures prises en vue d'éviter l'abus des traités, voy. notamment A. KAMBER, « Sociétés de domicile et mesures en vue de contrer l'évasion fiscale en Suisse », *Rev. dr. aff. intern.*, 1991, p. 523.

(2) L'on songera notamment au contrat de fiducie.

2. *Couverture des frais*

Les recettes ordinaires de la société seront taxées sous la seule déduction des frais d'administration et impôts y afférents.

Les dépenses relatives aux recettes privilégiées doivent être couvertes exclusivement par ces recettes.

Les recettes dégrévées ne peuvent être utilisées pour couvrir d'autres dépenses de la société.

Par exemple, si la société a emprunté pour prêter, elle ne peut utiliser les recettes dégrévées pour couvrir les intérêts de ses emprunts.

Il y a donc cloisonnement entre deux types de recettes et de dépenses, par dérogation au principe de l'imposition globale.

3. *Financement normal*

Les comptes des créanciers ne peuvent excéder six fois les fonds propres de la société. Il s'agit des comptes :

- des non-résidents (traités) ;
- de tous créanciers, le critère ne s'appliquant toutefois qu'aux sociétés contrôlées par des non-résidents (circulaire). De plus, les comptes créditeurs ne peuvent porter intérêt à un taux excédant le taux normal déterminé :
 - par la circulaire et ses modifications (5,5 %),
 - par les traités : taux de rendement moyen des obligations de la Confédération suisse plus 2 points. Généralement, si le taux d'intérêt est excessif, plus de 50 % des recettes dégrévées seront d'ailleurs utilisés pour couvrir les intérêts, entraînant un transfert abusif en vertu du premier critère.

B. Critères déterminant une accumulation indue

L'accumulation n'est considérée comme un abus que si la société est contrôlée par des non-résidents, n'ayant pas droit aux avantages des conventions.

Le contrôle se définit par la possession d'intérêts essentiels, sous forme de participation ou même de simple contrat (participation tacite).

Il n'y a pas d'accumulation indue si au moins 25 % des recettes dégrévées sont distribuées sous forme de dividendes.

Toutefois, si les bénéfices distribuables sont inférieurs à ce montant, il est admis en droit interne qu'il suffit de répartir la somme dis-

tribuable. Il n'est pas certain que cette interprétation soit conforme aux traités.

De même, si la distribution est insuffisante, l'administration suisse admet, en droit interne, que l'insuffisance soit traitée comme une distribution occulte. En application des traités, un État contractant pourrait exiger que le dégrèvement conventionnel soit refusé.

Parfois, les autorités des deux pays intéressés s'entendent pour éviter l'application du décret.

CHAPITRE II. — DROIT CONVENTIONNEL

Le dégrèvement d'impôt à la source sur les intérêts et les redevances n'est accordé par l'État cocontractant que si la société ne bénéficie pas d'un privilège cantonal applicable à ces revenus et s'ils sont taxés à l'impôt cantonal dans les mêmes conditions qu'à l'impôt fédéral (1).

(1) Voy. par exemple Conv. belgo-suisse, art. 22.

TITRE V

ABUS DE DROIT

CHAPITRE PREMIER. — GÉNÉRALITÉS

L'approche générale de la simulation et de l'abus de droit varie fortement de pays à pays (1).

Des règles légales spécifiques sont prises concernant les relations internationales. Une cible privilégiée concerne la sous-capitalisation des entreprises (2).

La simulation est une notion de droit civil, qui fut transposée dans le domaine fiscal où elle est reconnue comme une forme spécifique de fraude fiscale ; en d'autres mots, le contribuable viole la loi fiscale par un acte juridique simulé, dans le but d'échapper à l'impôt.

Comme tout délit de fraude fiscale, une opération juridique simulée comporte à la fois un élément matériel, la violation de la loi, et un élément intentionnel, la fraude ou intention de nuire.

Il y a simulation lorsque des actes ou opérations juridiques ne correspondent pas à la volonté réelle des parties. La simulation apparaîtra du fait que les parties modifient ou anéantissent les conséquences d'une convention apparente par une autre convention demeurée secrète (la contre-lettre) (3).

La simulation implique donc une discordance entre la construction juridique feinte et la volonté réelle des parties.

(1) WARD e.a., « The Business Purpose Test and Abuse of Rights », *British Tax Review*, 1985, p. 68 ; cfr aussi la livraison spéciale d'*Intertax* consacrée à l'*abuse of law*, 1991, n° 2 avec des articles sur la situation au Royaume-Uni, en Europe, en Belgique, en Italie, en Allemagne, en France et en Afrique du Sud. Pour une synthèse de droit comparé, cfr exposé du professeur Th. AFSCHRIFT, « Choix de la voie la moins imposée et réalité économique », in Sénat de Belgique, Commission des Finances, Journée d'étude *La lutte contre la fraude fiscale*, Rapport fait au nom de la Commission des Finances par M. G. Geens, *Doc. parl.*, sess. 1993-1994, n° 872, p. 66.

(2) Voy. OCDE, *Questions de fiscalité internationale*, n° 2, *La sous-capitalisation*, 1987, p. 8 ; cfr *supra*.

(3) Th. DELAHAYE, *Le choix de la voie la moins imposée*, 1977, p. 84.

Dans l'hypothèse de la fraude à la loi, les opérations juridiques exprimées dans le contrat correspondent bien à celles que le contribuable accomplit dans la réalité et il n'est commis aucune infraction à la loi fiscale. Néanmoins, le résultat économique atteint n'est pas celui pour lequel la loi appliquée avait été conçue. En d'autres mots, seul est présent l'élément intentionnel qui caractérise la fraude fiscale, pas l'élément matériel.

La fraude à la loi consisterait à utiliser un procédé juridique non simulé et licite en lui-même, mais anormal, en vue d'échapper à une loi qui aurait été applicable si l'on avait agi normalement.

Le caractère anormal du procédé est mis en évidence selon M. C. Scailteur, ancien directeur général de l'administration de l'enregistrement, « si le degré de machination dans la manœuvre mise au point par le contribuable pour se dérober à l'impôt, sans heurter le texte légal, est suffisant pour faire apparaître son intention de frauder la loi » (1).

La théorie de la fraude à la loi a été contestée tant en droit privé qu'en droit international (2).

Le législateur peut se défendre contre les pertes que le choix de la voie la moins imposée fait subir au trésor en privant d'efficacité le procédé jugé anormal (3).

L'intervention du législateur est d'ailleurs la seule réaction juridiquement satisfaisante, il n'appartient pas au juge de combler les lacunes de la loi.

Un juge anglais, Lord Norman, s'est parfaitement exprimé à ce sujet :

« Dans ses tentatives pour marcher de pair avec l'ingéniosité consacrée à éviter l'impôt, le Parlement peut manquer ses objectifs. C'est un malheur pour les contribuables qui n'essayent pas d'éviter leur part du fardeau et c'est décevant pour le Trésor, mais la Cour ne forcera pas les termes des lois fiscales pour aller au-delà des efforts du Parlement et pour combler les lacunes laissées par la loi. L'évitement de l'impôt est un mal, mais ce serait le commencement de bien plus

(1) « La fraude à la loi en droit fiscal », *Rec. gén. enr. not.*, 1959, n° 20074, p. 188.

(2) VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », obs. sous Cass., 10 septembre 1971, *R.C.J.B.*, 1976, p. 337 et VANDER ELST, « Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé », obs. sous Cass., 28 juin 1979, *R.C.J.B.*, 1981, p. 357.

(3) Cfr *Optimisation fiscale et abus de droit*, Paris, 1990.

grands maux si les Cours devaient étendre les termes de la loi afin de soumettre à l'impôt des personnes qu'elles désapprouvent » (1).

(1) *Lord Vestey's Executors and Vestey v. IRC* (1949) 31 TC, 1 HL, p. 90.

CHAPITRE II. — DROIT BELGE

Section 1. — Licéité du choix de la voie la moins imposée

Si la doctrine belge unanime admet que le fisc peut invoquer la simulation à l'égard du contribuable et restituer à l'opération simulée sa nature réelle, une doctrine majoritaire rejette au contraire l'application de la fraude à la loi en droit fiscal (1). Elle est appuyée par un arrêt de cassation déjà ancien qui a reconnu le droit des parties de choisir conventionnellement la voie la moins imposée même si la forme qu'elles donnent à leurs actes n'est pas la plus normale, dès lors qu'elles acceptent toutes les conséquences des actes passés et qu'il n'y a donc pas simulation (2).

Un auteur défend l'opinion contraire (3). La jurisprudence des juges du fond est parfois hésitante. Certaines décisions introduisent une relative confusion entre les notions de simulation et de fraude à la loi, qualifiant de simulées des opérations réelles, mais anormales et

(1) Th. DELAHAYE, *Le choix de la voie la moins imposée*, 1977, p. 131 ; P. COPPENS et A. BAILLEUX, *Droit fiscal, Les impôts sur les revenus*, 1985, p. 579 ; KRINGS, « Les lacunes en droit fiscal », dans PERELMAN, *Le problème des lacunes en droit*, Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1967, p. 472 (« La théorie de la fraude à la loi [...] consiste à autoriser l'administration et le juge à dépasser les limites de la loi ») ; DE LONGUEVILLE, « Simulation et voie juridique la moins onéreuse », *Rec. gén. enr. not.*, 1975, n° 21.937, p. 268 ; J. MALHERBE, « Simulation, *fraus legis* and business purpose under Belgian tax law », *Bull. int. fisc. doc.*, 1987, p. 396.

(2) Cass., 6 juin 1961, *Brepols, Pas.*, I, 1082, cassant Bruxelles, 25 mars 1959, *Rec. gén. enr. not.*, 1960, n° 20420, p. 459, note C.J. En l'espèce, une société avait apporté ses actifs à une filiale et lui avait consenti un prêt dont les intérêts épongeaient le bénéfice de la filiale. Sous le régime des lois coordonnées, les intérêts subissaient une taxe mobilière de 11 % et le revenu correspondant était considéré comme définitivement taxé : il ne subissait plus d'impôt dans le chef de la société mère ni des actionnaires. Si la société avait réalisé des bénéfices commerciaux, ils auraient, en cas de distribution, été frappés d'une taxe mobilière de 30 % et d'une contribution nationale de crise de 20 %. La Cour d'appel avait requalifié les intérêts en dividendes (Bruxelles, 25 mars 1959, *Rec. gén. enr. not.*, 1960, n° 20.287, p. 459).

(3) SCAILTEUR, « Le choix de la voie la moins imposée », dans *Réflexions offertes à Paul Sibille*, Bruylant, Bruxelles, 1981, pp. 799-808 ; « La fraude à la loi en droit fiscal », *Rec. gén. enr. not.*, 1959, n° 20.079, pp. 177-195 ; « La fraude légale », *Rec. gén. enr. not.*, 1954, n° 19.535, pp. 297-299.

entreprises dans un but fiscal. Les exemples les plus frappants ont concerné les opérations suivantes (1) :

- la scission d'un échange de propriétés bâties en un échange des bâtisses et un échange des terrains, de façon à bénéficier pour ce dernier du droit d'enregistrement réduit applicable aux échanges d'immeubles non bâtis (2) ;
- l'apport en société d'un immeuble suivi de la vente des actions, ayant pour but d'éviter le droit d'enregistrement dû sur les ventes d'immeubles (3) ;
- la cession de toutes les actions d'une société, non imposable, remplaçant la vente des actifs matériels et immatériels (fonds de commerce), opération imposable dans le chef de la société, suivie de la distribution d'un dividende, imposable à charge des actionnaires (4) ;
- une réduction de capital accompagnée d'une augmentation de capital par incorporation des réserves, pour remplacer la distribution d'un dividende (5).

On a pu craindre un retour de la théorie de la fraude à la loi quand l'administration a triomphé aux divers degrés de juridiction en faisant

(1) Voy. exemples et critiques dans Th. DELAHAYE, *Le choix de la voie la moins imposée*, 1977, pp. 140-162 ; exemples dans P. COPPENS et A. BAILLEUX, *Droit fiscal, Les impôts sur les revenus*, pp. 574-576, reprenant tant des cas de simulation que des espèces où cette théorie a été invoquée à tort.

(2) Liège, 14 mars 1944, *Rec. gén. enr. not.*, 1944, n° 18.482, p. 119, obs. DONNAY, *R.C.J.B.*, 1948, p. 186, obs. VAN HOUTTE.

(3) Civ. Anvers, 31 juillet 1902, *Rec. gén. enr. not.*, 1902, n° 13.681, p. 433, confirmé par Bruxelles, 1^{er} décembre 1905, *Rec. gén. enr. not.*, 1905, n° 14.143, p. 529 ; Civ. Audenarde, 24 octobre 1961, *Rec. gén. enr. not.*, 1962, n° 20.463, p. 87, obs. CUVELIER, n° 20.462, p. 81, confirmé par Gand, 26 mars 1965, *R.P.S.*, 1965, p. 161, obs. DEPRET.

(4) Liège, 5 juin 1970, *Laiterie de la Wiltz, J.P.D.F.*, 1971, p. 182, obs. BALTUS, *R.P.S.*, 1972, p. 200, obs. J. MALHERBE, « Le traitement fiscal du changement de tous les associés d'une société », pp. 181-198 ; comp. VERBEKE, « La cession des actions d'une société », *R.G.F.*, 1973, p. 195 ; BOLLEN, « Conséquences fiscales de la cession par des personnes physiques d'une importante participation dans une société », *R.G.F.*, 1973, p. 75. L'administration a limité l'application de cette thèse aux cas où, dans une société de famille, la société modifie fondamentalement son activité et où le cédant renonce à une activité essentielle à la société : la vente d'actions est alors considérée comme cachant la réalisation des éléments immatériels de la société (Circ. du 6 décembre 1972, *Bull. contr.*, 1973, n° 504, p. 171).

(5) Bruxelles, 5 décembre 1972, non publié, pourvoi rejeté par Cass., 20 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 431, *J.P.D.F.*, 1973, p. 343 ; Bruxelles, 23 octobre 1984, *F.J.F.*, n° 85/44, pourvoi rejeté par Cass., 20 février 1986, *F.J.F.*, n° 87/177 ; en sens contraire, Bruxelles, 5 février 1991, *F.J.F.*, n° 91/54 ; cfr GARABEDIAN, « Le régime fiscal du remboursement de capital opéré en exécution d'une décision de réduction du capital statutaire immédiatement suivie d'une décision d'augmentation du capital statutaire par incorporation de réserves », *J.D.F.*, 1987, p. 5.

rejeter pour l'imposition d'une société absorbante les pertes antérieures de cette société, que l'absorbante, société économiquement morte, voulait déduire des bénéfiques produits par les opérations d'une société entre-temps absorbée et qui était, elle, bénéficiaire (1).

Cette jurisprudence a été vivement critiquée par la doctrine (2), mais a été reprise par certains arrêts rendus notamment par la Cour d'appel de Bruxelles (3).

D'autres arrêts ont été beaucoup plus réservés (4).

Le danger de cette jurisprudence réside en fait dans une confusion entre les notions de simulation et de non-conformité à la réalité économique, exprimée souvent par la formule suivante :

« Les actes doivent être sincères en ce sens qu'ils doivent traduire une réalité économique et ne pas servir au contraire à la dissimuler ».

(1) Anvers, 2 mars 1978, *INES*, *J.D.F.*, 1979, p. 344, *R.P.S.*, 1979, p. 312, *Bull. contr.*, 1981, p. 50. Le pourvoi contre cette décision a été rejeté par Cass., 7 décembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 446, *J.D.F.*, 1980, p. 154, *Bull. contr.*, 1981, p. 56, *R.G.F.*, 1980, p. 260, obs. TOURNICOURT, « Déduction des pertes professionnelles après absorption », p. 254.

(2) KIRKPATRICK, « Les procédés de récupération des pertes fiscales », in *L'entreprise en difficulté*, éd. Jeune Barreau, Bruxelles, 1981, p. 253 et 268 ; J. et Ph. MALHERBE, « Examen de jurisprudence, Droit fiscal des sociétés », 1974-1981, *R.P.S.*, 1983, p. 146 ; VANISTENDAEL, « De werkelijkheid in het belastingrecht » in *Liber amicorum F. Dumon*, pp. 1066-1071. On ne peut déduire de l'arrêt de cassation que la Cour aurait admis le droit pour le juge du fond de décider qu'une opération est simulée lorsqu'elle ne correspond pas à la réalité économique, comme le pense M. SCAILTEUR (« Le choix de la voie la moins imposée, Réflexions à propos d'un arrêt de cassation récent », in *Réflexions offertes à Paul Sibille*, p. 808). Remarquons que, contrairement au pourvoi dirigé contre l'arrêt *Brepols*, le pourvoi en cause *INES* n'invoquait pas la violation de l'art. 1321 C. civ. et de la notion légale de simulation. Il se bornait à invoquer la violation de l'art. 97 de la Constitution (contradiction de motifs) et de l'art. 114 du C.I.R. ancien (report des pertes). La Cour de cassation n'a rejeté le pourvoi que dans ces limites, laissant inattaquée la décision du juge du fond selon laquelle la nouvelle société n'était pas la continuation de l'ancienne société en perte, mais de l'ancienne société bénéficiaire (Comp. KIRKPATRICK, « Examen de jurisprudence, 1968-1982, Les impôts sur les revenus et les sociétés », *R.C.J.B.*, 1986, p. 702, et « Observations sur le *Précis de droit fiscal* des professeurs Coppens et Bailleux et leur conception de la simulation en matière d'impôts sur les revenus », *J.T.*, 1986, p. 294).

(3) Bruxelles, 31 mars 1987, *F.J.F.*, n° 87/93 ; 22 décembre 1987, *F.J.F.*, n° 88/49.

(4) Déduction des pertes antérieures d'une société renflouée par un apport de branche d'activité, Bruxelles, 3 avril 1974, *J.D.F.*, 1985, p. 269, *A.F.T.*, 1984, p. 160 ; exonération d'une fusion, indépendamment de toute condition d'activité économique, Gand, 11 janvier 1985, *Ann. dr. Liège*, 1986, p. 479, obs. J. MALHERBE, « Les fusions de sociétés immobilières ».

Selon l'administration, cette réalité économique ne peut consister en une série d'actes juridiques accomplis dans le but exclusif d'obtenir un avantage fiscal et par conséquent d'é luder l'impôt (1).

Au contraire, dans la théorie classique, la simulation n'existe que si les parties passent une convention apparente qui est contredite par leur convention réelle et occulte, modifiant les conséquences de la convention apparente par une contre-lettre.

Cette thèse administrative a été condamnée à deux reprises par la Cour de cassation. Dans l'arrêt *Maas International* (2), la Cour a rejeté un pourvoi de l'administration dirigé contre un autre arrêt de la Cour d'appel d'Anvers qui concernait une opération relative à une vente et une location de matériel, en l'espèce des bateaux. Une société avait vendu à une autre société du même groupe des bateaux, réalisant une plus-value à long terme. La société acheteuse avait ensuite donné les mêmes bateaux en location à la société qui les avait vendus. La plus-value réalisée par la société venderesse était soumise à l'impôt au taux réduit. La société acquéreuse recommençait l'amortissement des bateaux sur base du prix qu'elle avait payé et déduisait ses amortissements de bénéfices imposables au taux plein. Elle jouissait en outre d'une exonération fiscale pour investissement complémentaire. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif que « l'arrêt attaqué décide en fait qu'il ne ressort d'aucun élément de la cause que les parties contractantes n'ont pas accepté toutes les conséquences des actes qu'elles ont souscrits [...] L'arrêt attaqué justifie ainsi légalement la décision suivant laquelle les pertes et amortissements litigieux concernant les bateaux sont déductibles ».

Ultérieurement, dans un arrêt du 29 janvier 1988 relatif à la déduction de loyers payés par une société à son gérant pour location d'un immeuble appartenant à ce dernier, la Cour a adopté la même attitude, en décidant cette fois expressément qu'il n'existait pas de principe général de droit selon lequel les impôts devraient être établis sur la base de la réalité économique (3).

(1) *Bull. Q.R.*, Sén., sess. ord. 1984-85, question n° 330 du 4 juin 1985 (M. Lahaye), p. 1896.

(2) Cass., 27 février 1987, *Pas.*, I, p. 177, *Bull. contr.*, 1988, n° 668, p. 156, *F.J.F.*, n° 87/68, rejetant le pourvoi dirigé contre Anvers, 4 décembre 1984, *F.J.F.*, n° 85/66, *R.P.S.*, 1986, p. 142; comm. in KIRKPATRICK, « La liberté du choix de la voie la moins imposée à la lumière de la jurisprudence récente », dans *L'entreprise et le choix de la voie la moins imposée en droit fiscal belge*, 1988, pp. 23-26.

(3) Cass., 29 janvier 1988, *Pas.*, I, 633, *R.W.*, 1987-1988, Col. 1508 et note HAELTERMAN, *F.J.F.*, n° 88/73.

Il faut toutefois remarquer que, si la Cour de cassation n'a pas de difficulté à rejeter les pourvois dirigés par l'administration contre des arrêts de cours d'appel favorables, il pourrait lui être plus difficile, de par l'attitude qu'elle adopte en l'espèce, d'accueillir des pourvois dirigés par les contribuables contre des arrêts défavorables. La Cour de cassation estime en effet fréquemment que les décisions relatives à la question de savoir si une opération est ou non simulée sont rendues en fait et ne peuvent dès lors être cassées sur base de moyens dirigés contre les constatations souveraines de l'arrêt.

Une relative sécurité juridique résultait donc en Belgique de ce que la théorie de la fraude à la loi n'était pas reçue et de ce que les opérations non simulées ne pouvaient être écartées sur le plan fiscal, sinon par une application « illégale » et excessive de la théorie de la simulation.

La réponse aux procédés anormaux, mais licites, utilisés par le contribuable en vue de réduire sa charge fiscale, est à trouver dans des modifications spécifiques de la loi fiscale, non dans des principes ou des texte généraux obligeant le contribuable à arranger ses affaires dans le sens le plus favorable au Trésor.

Faisant fi de la tradition juridique, le gouvernement, devant faire face à des impératifs budgétaires stricts, a proposé l'introduction dans son arsenal législatif d'une disposition ayant la nature d'un principe général qui apporterait des limites au choix de la voie la moins imposée.

Section 2. — Disposition préventive de l'abus de droit

§ 1^{er}. — GÉNÉRALITÉS

Après de longues délibérations, le gouvernement a introduit en 1993, dans le Code des impôts sur les revenus, une disposition générale préventive de l'abus de droit en matière fiscale (1).

(1) C.I.R., art. 344, § 1^{er}, tel que modifié par l'article 16 de la loi du 22 juillet 1993 ; AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, 1994 ; AFSCHRIFT et RAYET, « La loi du 22 juillet 1993 et l'évitement licite de l'impôt », *J.T.*, 1993, p. 833 ; FAES, *Het rechtsmisbruik in fiscale zaken of de keuze van de minste belaste weg op het vlak van de inkomstenbelastingen na de wet van 22 juli 1993*, 1994 ; VAN CROMBRUGGE, « De invoering van het leerstuk van fraus legis of wetsontduiking in het Belgisch fiscaal recht », *T.R.V.*, 1993, p. 271.

La nouvelle disposition porte la trace des travaux parlementaires tourmentés qui lui ont donné naissance.

Elle a pour but d'écarter, à l'égard de l'administration des contributions directes, la qualification juridique donnée par les parties à un acte ou à des actes distincts réalisant une même opération.

Il faut donc un acte susceptible de requalification. Par exemple, l'apport d'un bien immobilier à une société, dans un but successoral, ne pose aucun problème de qualification (1).

La qualification donnée ne sera pas opposable à l'administration si cette qualification a pour but d'éviter l'impôt.

Dans un premier stade, l'administration doit « constater » par présomptions ou par d'autres moyens de preuve, que cette condition est remplie.

À la suite de discussions dénuées de toute rigueur juridique, le mot « constater » a été substitué au mot « établir ». D'après les explications données, l'administration n'aurait donc, au stade de l'enrôlement, pas à prouver, mais seulement à constater. En revanche, au stade de la réclamation, elle conserve la charge de la preuve.

Le contribuable peut échapper à la requalification en prouvant que la qualification répond à des besoins légitimes de caractère financier ou économique ou que la qualification, outre la volonté d'éviter l'impôt, poursuit également un besoin de cette nature.

On peut en déduire que le champ d'application de la disposition nouvelle est limité aux opérations situées dans la sphère des activités économiques, c'est-à-dire aux activités qui génèrent des bénéfices ou des profits imposables en principe.

Les opérations de pure gestion par un contribuable de son patrimoine privé ne sont pas visées (2).

Un *ruling* pourra être demandé à l'administration pour s'assurer que la qualification juridique choisie répond bien à des besoins légitimes de caractère financier ou économique.

Les contribuables conservent donc le droit de recourir à la voie la moins imposée.

(1) Projet de loi portant des dispositions fiscales et financières, Rapport de la Commission des Finances, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1992-1993, n° 1072/8, p. 100.

(2) Projet de loi portant des dispositions fiscales et financières, Rapport de la Commission des Finances, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1992-1993, n° 762/2, p. 38.

§ 2. — APPLICATION DE LA DISPOSITION ANTI-ABUS
DANS LE CONTEXTE INTERNATIONAL

Seuls les contribuables soumis à un impôt belge sont concernés par la disposition anti-abus de droit en matière fiscale.

La Belgique sortirait d'ailleurs de sa souveraineté fiscale en appliquant cette règle pour s'opposer à l'évitement d'un impôt étranger.

L'article 44, § 1^{er}, C.I.R. est donc applicable tant aux résidents qu'aux non-résidents imposables en Belgique.

De nombreux procédés d'évasion fiscale comportent un élément d'extranéité. Ceci ne veut pas dire que la disposition anti-abus trouvera fréquemment à s'appliquer à ce genre de mécanisme, et ce pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, le Code des impôts sur les revenus contient déjà un certain nombre de dispositions spécifiques préventives de l'évasion fiscale internationale, où la tâche de l'administration en matière de preuve est bien plus aisée que celle qu'elle doit assurer dans le cadre de l'article 344, § 1^{er}, C.I.R. (1).

Ensuite, le seul pouvoir que la nouvelle disposition confère est un pouvoir de disqualification des actes.

Or, l'efficacité de certains procédés d'évasion fiscale internationale repose sur des facteurs totalement étrangers à des questions de qualification.

Il en est ainsi des déplacements de personnes ou d'activités (2). D'une manière générale, il faut considérer que tout mécanisme d'évitement fondé sur des facteurs géographiques sort du champ d'application de l'article 344, § 1^{er}, C.I.R. (3).

L'article 344, § 1^{er}, C.I.R. ne confère pas non plus le droit de faire abstraction d'une ou de plusieurs parties à l'acte. Si, dans le but d'investir dans une société étrangère bénéficiant d'un régime fiscalement avantageux, une société belge décide de recourir à une société intermédiaire afin d'éviter l'application d'une disposition anti-évasion spé-

(1) C.I.R., art. 26, 54 et 344, § 2.

(2) Circ. n° Ci.D. 19/453.895 du 6 décembre 1993, n° 17, *Bull. contr.*, 1994, n° 735, p. 287.

(3) BERTIN, « La *step transaction doctrine* et l'article 344, § 1^{er}, du C.I.R. », *R.G.F.*, 1994, p. 57.

cifique, l'administration ne pourrait utiliser la disposition anti-abus pour ignorer l'existence de la société intermédiaire (1).

Dans d'autres cas, la disposition ne pourra être appliquée car l'acte ou les actes ne sont pas susceptibles de recevoir une autre qualification. La constitution d'une société à l'étranger par voie d'apport au départ de la Belgique en est un exemple. Un apport en société est un acte comportant des effets juridiques tellement spécifiques qu'une qualification alternative est difficilement imaginable (2).

Un élément spécifique au droit fiscal international, à savoir l'existence de conventions préventives de double imposition, pourrait également limiter l'application de l'article 344, § 1^{er}, C.I.R. Le pouvoir de perception respectif des États contractants y est en effet fréquemment déterminé par le recours à des qualifications.

On peut dès lors se demander si, face à un mécanisme d'évitement de l'impôt reposant incontestablement sur un choix de qualification, l'administration fiscale belge pourrait utiliser la disposition anti-abus pour requalifier un acte dans le but de s'approprier le pouvoir de perception des revenus qui en découlent, et qui lui échappait sous l'empire de la qualification originellement choisie par les parties (3).

L'application de l'article 344, § 1^{er}, C.I.R., pourrait ainsi conduire à des conflits de qualification.

La primauté du droit conventionnel sur le droit belge et l'obligation d'interpréter les conventions conformément à l'intention conjointe des parties peuvent conduire à penser que le fisc belge ne pourra procéder à de telles requalifications sur base de son seul droit interne (4).

Il n'en irait autrement que si l'application de législations ou de théories préventives de l'évitement pouvait trouver en l'espèce un fondement en droit international.

Ce serait le cas si un traité préventif de la double imposition pouvait être interprété en ce sens que les parties se seraient conféré le droit d'appliquer les dispositions du traité, soit conformément à des dispositions légales anti-abus communes aux deux systèmes juridiques, soit conformément à un principe général, également appliqué

(1) AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, op. cit., 1994, pp. 246-247, n° 382.

(2) AFSCHRIFT, *ibid.*, p. 243, n° 378.

(3) PEETERS, « 'Réalité économique' et conventions préventives de la double imposition : un mélange explosif ? », *Fiscal International*, n° 114, 22 juin 1993, pp. 5-7.

(4) PEETERS, op. cit., *ibid.*, p. 6.

dans les deux systèmes juridiques, selon lequel, par exemple, le fond des actes devrait être préféré à leur forme (1).

Il s'agit d'hypothèses sans doute exceptionnelles, au moins en ce qui concerne la Belgique.

(1) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1991, n^{os} 120-121, pp. 55-56.

CHAPITRE III. — DROIT COMPARÉ

FRANCE

L'article L. 64 du Livre français des procédures fiscales, ancien article 1649^{quinquies} B du C.G.I., est rédigé comme s'il ne permettait à l'administration d'écarter que les actes simulés. (« Ne peuvent être opposés à l'administration les actes qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention à l'aide de clauses [...] b.) : qui déguisent soit une réalisation, soit un transfert de bénéfices ou de revenus [...] L'administration est en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse ».) La jurisprudence l'interprète toutefois comme permettant de réprimer la fraude à la loi réalisée par un acte non fictif : l'administration doit établir « que ces actes ont un caractère fictif ou, à défaut, qu'ils n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluder ou atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles » (1).

(1) Cons. Ét. fr., 7^e, 8^e et 9^e s.-sect., 10 juin 1981, req. 19079, *Dr. fisc.*, 1981, n. 48-49, Com. 2187, *R.J.F.*, 1981, p. 429 ; cons. sur cette évolution COZIAN, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, pp. 22-34 ; KERGALL, « The concept of abuse of law », *Intertax*, 1991, p. 2 ; COZIAN, « What is abuse of law ? », *ibid.*, p. 103.

PAYS-BAS

En vue de favoriser l'établissement exact (*richtige heffing*) de l'impôt, « il n'est pas tenu compte d'opérations juridiques dont, sur base de la circonstance qu'elles n'ont pas eu pour but un changement substantiel de rapports de faits ou dont il doit être admis, sur base d'autres faits et circonstances, qu'elles n'auraient pas été réalisées, si ce n'est que l'établissement de l'impôt en devient totalement ou partiellement impossible pour l'avenir » (1).

La décision de rejet est prise par un inspecteur des finances avec l'autorisation du ministre.

Cette procédure est délaissée en raison de la possibilité d'invoquer la fraude à la loi (2).

(1) Art. 31 Alg. Wet.

(2) VAN BRUNSCHOT, « Netherlands : *Fraus legis* and multinational enterprises », *B.I.F.D.*, 1988, p. 355.

ROYAUME-UNI

En Grande-Bretagne, en l'absence de toute disposition légale, les tribunaux sont passés en quelques années d'une opinion tenant, comme en Belgique, que, dès lors qu'une opération est réelle, il ne faut avoir égard qu'à sa forme, laquelle s'identifie à sa substance, à une opinion radicalement opposée, permettant d'écarter fiscalement tout ensemble d'opérations inspiré par un motif d'évasion fiscale (1).

Le droit fiscal anglais réprime la fraude fiscale (*tax evasion*), mais ne proscriit pas de façon générale la recherche de la voie la moins imposée (*tax avoidance*).

La jurisprudence classique considère que « tout homme a le droit, s'il le peut, d'arranger ses affaires de sorte que l'impôt découlant des lois applicables soit moindre qu'il ne serait autrement (2).

Un revirement surprenant a eu lieu en trois stades (3).

a) La Chambre des Lords a d'abord écarté un ensemble d'opérations dont le seul but était d'annuler une plus-value taxable par une perte d'un même montant (4). Les opérations n'avaient aucune justification commerciale, en ce sens qu'elles ne pouvaient produire un profit. Après les opérations, le redevable se retrouvait dans sa position de départ, n'ayant en fait pas subi de perte. Il avait opéré au moyen d'argent emprunté.

b) Dans une affaire suivante, la Chambre des Lords écarta les conséquences fiscales d'une série d'opérations qui avaient une nature

(1) Pour une analyse de l'évolution de la jurisprudence, voy. BALLARD et HULLARKEY, « UK Law leaves courts to decide tax abuse », *International Tax Review*, décembre 1991-janvier 1992, p. 14.

(2) Lord Tomlin in *IRC v. Duke of Westminster* (1936) AC 1 ; 19 TC 490.

(3) Voy. la description de l'ancien état de la question par exemple dans Th. DELAHAYE, *Le choix de la voie la moins imposée*, 1977, p. 179 et celle de l'évolution jurisprudentielle dans *Pinson on Revenue Law*, 1982, pp. 679-685 ; 1984-85, *CCH British Master Tax Guide*, pp. 492-493, SAUNDERS, *International Tax Systems and Planning Techniques*, 1.100 A et B ; WIGGIN, « 'The New Approach' to Judicial Interpretation of Taxing Statutes in the UK — After *Furniss v. Dawson* », *Tax Planning International Review*, 1984, n° 4, p. 2 ; EDGE, « The United Kingdom Approach to Anti-Tax Avoidance Provisions », *B.I.F.D.*, 1989, p. 82 ; FROMMEL, « United Kingdom tax law and abuse of rights », *Intertax*, 1991, p. 54.

(4) *W.T. Ramsay Ltd v. IRC* ; *Eilbeck v. Rawling* (1981) 2 WLR 449 ; (1981) STC 174 (HL) ; (1982) AC 300.

commerciale réelle, mais un but exclusivement fiscal et qui furent effectuées au sein d'un groupe, sans emprunt extérieur (1) : une société A avait deux filiales, F 1 et F 2. Elle avait vendu en 1968 des titres BP (British Petroleum) à F 1, sans recevoir paiement. En 1971, F 1 les revendit à A pour des raisons commerciales, subissant une perte de 160 millions. F 1 devait 160 millions à A et ne pouvait les payer. A avait donc une créance irrécouvrable de 160 millions sur sa filiale. Pour des raisons propres au droit fiscal anglais, une réduction de valeur sur cette créance n'aurait pas été déductible.

Dès lors, A transforma cette perte non déductible en perte déductible de la façon suivante :

- A prêta 160 millions à F 2, qui les prêta à F 1, qui remboursa A ;
- A souscrivit une augmentation de capital de 160 millions chez F 1 et déduisit la perte subie à concurrence du coût d'acquisition des actions souscrites.

c) Enfin, mettant à néant une décision de la Cour d'appel (2), la Chambre des Lords refusa tout effet fiscal à une opération commerciale réelle, dont les conséquences perduraient, mais qui avait pour motif unique l'évasion fiscale (3) : des actionnaires désireux de vendre les actions de deux sociétés de famille en réorganisèrent le capital et échangèrent les titres contre ceux d'une société de l'île de Man, opération ne donnant pas lieu à l'impôt. La société de l'île de Man vendit ensuite les titres à l'acheteur potentiel. L'opération avait un effet commercial, mais pas de but commercial.

À la surprise générale, trois décisions rendues en 1988 opérèrent une subtile distinction entre l'évasion fiscale et le *tax planning* stratégique, réhabilitant ce dernier.

Dans ces trois affaires, concernant des transferts successifs de titres en vue d'éviter la taxation de la plus-value, il n'était pas certain lors de la première opération que la dernière vente aurait lieu.

La Chambre des Lords limita sa doctrine : les opérations successives ne peuvent être écartées que s'il est pratiquement certain à l'époque de la première que les suivantes auront lieu (4).

(1) *IRC v. Burmah Oil Ltd* (1982) STC, 30 (HL).

(2) *Furniss v. Dawson* (1982) STC 267.

(3) *Furniss v. Dawson* (1983) BTC 330 ; (1984) STC 153.

(4) *Craven (Inspector of Taxes) v. White* ; *IRC v. Bowater Property Developments Ltd.* ; *Baylis (Inspector of Taxes) v. Gregory* (1988) STC 476 (HL).

ALLEMAGNE

La loi fiscale allemande dispose que les contribuables ne peuvent échapper à l'obligation fiscale ni diminuer cette obligation par un abus des formes et des possibilités de construction du droit civil. En cas d'abus, les impôts sont perçus comme ils devraient l'être dans des conditions de droit répondant aux antécédents, faits et circonstances économiques (1).

(1) Art. 42 AO ; cf. MITTELSTEINER et RÄDLER, « Allemagne », dans *La protection du contribuable*, 1989, p. 176. KRAMER, « Abuse of law by tax saving devices », *Inter-tax*, 1991, p. 96. Comp., en droit luxembourgeois, inspiré du droit allemand, § 6 StAnpG ; STEICHE, « Un Janus du droit fiscal : le choix de la voie la moins imposée », in *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, 1994, t. 2, p. 420.

TITRE VI

FISCALITÉ DE L'ÉPARGNE

La Commission a rendu publique une proposition de directive sur l'harmonisation de la fiscalité de l'épargne le 8 février 1989 (1).

La Commission propose l'instauration par tous les États membres d'une retenue à la source au taux minimum de 15 %, applicable aux intérêts de placements à revenu fixe versés à tous les résidents de la Communauté.

Le taux de 15 % est une moyenne entre les différents taux pratiqués en Europe, qui s'échelonnent de 0 à 35 %.

La Commission souhaite que ce taux modéré permette d'éviter un placement de l'épargne hors de la Communauté pour des raisons fiscales, mais aussi une pression sensible à la hausse sur les taux d'intérêts.

Un certain nombre d'exemptions sont prévues. La décision de les mettre en œuvre appartient aux États membres.

Ces exemptions concernent :

- la petite épargne non soumise à l'impôt sur le revenu par les États membres : en effet, tous les efforts faits dans la Communauté en faveur de l'épargne doivent systématiquement être encouragés d'un point de vue économique et social ;
- les euro-obligations dont le marché principal d'émission est le marché européen : cette mesure est destinée à promouvoir la compétitivité des places financières européennes ;
- les résidents des pays tiers, comme c'est déjà le cas dans la plupart des États membres : il s'agit notamment de maintenir le caractère attrayant des places financières européennes ;
- les États membres sont exemptés d'obligation de retenue à la source pour leurs résidents, lorsqu'ils pratiquent un régime de déclaration automatique par les banques à l'administration fis-

(1) La fiscalité de l'épargne à l'heure de la libre circulation des capitaux : la Commission propose une retenue à la source, 8 février 1989, COM (89) 60.

cale, comme c'est le cas au Danemark, aux Pays-Bas et, partiellement, en France ;

- les transactions inter-entreprises et les intérêts payés par un particulier.

Le projet d'harmonisation ne concerne donc ni la retenue à la source sur les dividendes d'actions, ni le régime des plus-values réalisées lors de la vente de celles-ci.

Il apparaît implicitement que les îles anglo-normandes (Jersey, Guernesey, Sark et Aurigny) et l'île de Man ne seront pas non plus touchées par l'harmonisation.

La proposition de directive prévoit d'autre part la suppression de toutes les entraves aux échanges d'informations entre administrations fiscales en cas de présomption de fraude.

Elle ne touche cependant pas au secret bancaire.

L'approbation de cette directive requiert l'unanimité des États membres.

Aujourd'hui, différents États émettent des réserves :

- le Luxembourg y est totalement opposé, considérant que ce projet aura pour conséquence une fuite généralisées des capitaux vers la Suisse, l'Autriche et le Liechtenstein ;
- la Grande-Bretagne y est également opposée, considérant que l'harmonisation de la fiscalité de l'épargne n'est pas nécessaire au bon fonctionnement du marché unique.

CINQUIÈME PARTIE

**INCITANTS À L'INVESTISSEMENT
INTERNATIONAL**

TITRE PREMIER

RÉGIME DES CADRES ÉTRANGERS

Certains pays accordent un régime de faveur aux salariés « expatriés » (1).

DROIT BELGE

CHAPITRE PREMIER. — RÉGIME ACTUEL DES CADRES ÉTRANGERS

Un régime spécial s'applique aux cadres de nationalité étrangère, exerçant des fonctions de dirigeant et détachés ou recrutés pour travailler temporairement en Belgique (2).

Conditions d'application

Ces « cadres étrangers » sont traités comme des non-résidents si un ensemble d'éléments révèle qu'ils n'ont pas établi en Belgique leur domicile ou le siège de leur fortune. Ces éléments sont déduits de la situation personnelle du cadre (localisation à l'étranger de la famille, d'une habitation, des études des enfants, de biens meubles ou

(1) BRIERLEY, « Expatriate Tax Breaks in the Benelux Countries », *Tax Planning International Review*, 1990, n° 6, p. 20 ; BISSELL, « Tax Planning for Cross-Border Executive Transfer », *ibid.*, 1990, n° 8, p. 9 ; ROMPELMAN et KANBIER, « Netherlands : Tax Status of Expatriates », *B.I.F.D.*, 1992, p. 558 ; FROST, HUME-ROTHERY, WAKEFORD et NICHOLS, « Expatriate Taxation in the Europe of the Nineties », *Tax Planning International Review*, 1992, n° 1, p. 18 ; HUME-ROTHERY, NICHOLS et WAKEFORD, « Expatriate Tax Planning in Belgium, France, and the Netherlands », *ibid.*, 1992, n° 13, p. 29 ; LEEFLANG, « Expatriate Taxation in the Netherlands : The 35 per cent-ruling Revised », *Intertax*, 1993, p. 609.

(2) Circ. du 8 août 1983, Nouvelles directives concernant le régime spécial d'imposition de certains cadres étrangers, *Bull. contr.*, 1983, n° 620, p. 1974, Com. I.R. 139/6 et suiv. Cfr VANHEESWIJCK, *De belasting van buitenlandse kaderleden in België volgens de circulaire van 8 augustus 1983*, 1986 ; DE LE VINGNE, « Le nouveau régime d'imposition des cadres étrangers en Belgique », *R.G.F.*, 1983, p. 187 ; LAURENT et GOLENVAUX, *Cadres dirigeants étrangers et fisc*, 1992.

immeubles, d'un contrat d'assurance-vie ou d'un plan de pension, insertion d'une clause diplomatique dans le bail belge) ou de la fonction exercée (assujettissement à une législation sociale étrangère, contrat de travail à durée déterminée, engagement temporaire en vue de la constitution ou de la restructuration d'une entreprise, possibilité de transfert à l'étranger).

Présomption

Celui qui séjournait à l'étranger avant son engagement est présumé rester non résident.

Cette présomption est contraire à la règle introduite par la loi du 22 décembre 1989, selon laquelle les personnes inscrites au registre national des personnes physiques sont censées avoir établi en Belgique leur domicile ou le siège de leur fortune (1).

Rémunération de l'activité belge et étrangère

Le « semi-résident » est imposé sur les rémunérations qui correspondent à ses prestations effectuées en Belgique et, comme tout non-résident, sur ses autres revenus de source belge.

Il n'est pas imposé sur les rémunérations afférentes à l'activité professionnelle exercée à l'étranger. À défaut d'autres éléments, la rémunération afférente à l'activité belge et à l'activité étrangère est censée être calculée de manière identique. La ventilation s'effectuera sur base du nombre de jours de travail ouvrables passés en Belgique et à l'étranger.

La circulaire n'exige pas que la rémunération des prestations étrangères soit imputée sur les résultats d'un établissement étranger de l'employeur. À cet égard, elle est en contradiction avec la nouvelle condition d'exonération des rémunérations de salariés non résidents introduite par la loi du 22 décembre 1989 (2).

Traités

Si les traités conclus par la Belgique leur étaient applicables, les semi-résidents pourraient, dès lors qu'ils travaillent plus de 183 jours dans un seul État cocontractant de la Belgique, échapper à l'imposition belge, tout en étant soumis en principe à l'imposition étrangère,

(1) C.I.R., art. 3, § 2.

(2) C.I.R., art. 230, 3°.

sous la seule condition d'exercice de leur activité dans l'autre pays et même si leur rémunération reste à charge de leur employeur belge.

Toutefois, puisqu'ils sont considérés en Belgique comme des non-résidents, la Belgique les exclut de l'application des traités, réservée aux résidents belges.

La Belgique peut néanmoins, sur base des circonstances de fait, les considérer comme des résidents de l'État cocontractant. Dans ce cas, elle ne peut les taxer que sur la rémunération de leur activité exercée en Belgique. L'État partenaire pourrait alors continuer à imposer le cadre étranger selon son droit interne. Tel n'est certainement pas le désir de l'intéressé !

De plus, il ne remplira normalement pas les conditions de résidence dans son État d'origine au sens de la législation de ce pays.

Toutefois, un non-résident qui continue à résider effectivement dans son pays d'origine peut revendiquer le régime de la circulaire. Il demeure alors imposable dans son pays, la double imposition étant évitée dans les termes du traité par une exonération, le cas échéant avec réserve de progressivité, de la rémunération correspondant à l'activité exercée en Belgique ou l'octroi d'un crédit d'impôt étranger pour l'impôt belge.

En fait, pour les cadres étrangers résidant effectivement en Belgique, l'exonération d'impôt belge dont bénéficient les rémunérations des activités étrangères des semi-résidents équivaut généralement à une exonération de tout impôt. Les citoyens américains, taxables sur base de la nationalité, demeureront soumis à l'impôt des États-Unis, sous réserve de l'exclusion partielle dont ils bénéficient.

Remboursements de frais

De plus, les semi-résidents peuvent exclure de leurs rémunérations, avant ventilation entre les rémunérations des prestations belges et étrangères, certains remboursements considérés comme des dépenses propres à l'employeur, destinés à couvrir des frais supplémentaires résultant directement du détachement ou de la mise au travail en Belgique. Ces remboursements, qui peuvent être forfaitaires, couvrent :

- des dépenses non répétitives : déménagement, aménagement de l'habitation ;
- des dépenses répétitives : différence de frais de logement et de coût de la vie, frais d'enseignement primaire et secondaire des enfants, frais d'un voyage familial de retour par an, perte subie sur la location de l'habitation dans le pays d'origine, frais de

voyage dus à des circonstances spéciales, différences de change, « égalisation fiscale » entre la charge fiscale belge et la charge fiscale étrangère, frais bisannuels de voyage des enfants étudiant à l'étranger (1).

À l'exclusion des frais d'enseignement et des dépenses non répétitives, ces frais — justifiés — ne pourront dépasser :

- 450.000 F l'an pour les cadres des sociétés de production ;
- 1.200.000 F l'an pour les cadres des bureaux de contrôle et de coordination ou des centres et laboratoires de recherche scientifique.

(1) Com. I.R. 142/2 et suiv.

CHAPITRE II. — BASE LÉGALE

Section 1. — Régime ancien

Dans sa version antérieure, ce régime a été considéré comme illégal par la jurisprudence. Il en résultait que les personnes à qui l'administration le refusait ne pouvaient s'en prévaloir judiciairement (1).

La Cour d'appel de Liège, en 1973, a refusé d'appliquer un autre forfait que le forfait légal :

« Attendu qu'en vertu de l'article 142 du C.I.R., les revenus imposables des non-résidents sont déterminés d'après les règles applicables, suivant le cas, à l'impôt des personnes physiques ou à l'impôt des sociétés ;

Attendu que les circulaires administratives sont de simples directives d'application n'ayant aucune force légale, et dont la mise à exécution appartient à la seule appréciation de l'administration ;

Qu'ainsi, la Cour ne saurait prendre en considération le régime de 'forfait spécial' instauré par l'administration en faveur des contribuables à considérer comme 'non résidents', à supposer que le requérant doive être rangé dans cette catégorie » (2).

Devant la Cour d'appel d'Anvers, un redevable avait réclamé l'application du régime administratif en le présentant comme déduit de dispositions légales. La Cour (3) a rouvert les débats afin que le requérant précise le fondement juridique de ses prétentions et que l'État s'explique sur la légalité du régime administratif et sa conformité notamment à l'article 110 de la Constitution.

Dans un arrêt du 17 février 1983 (4), la Cour d'appel de Bruxelles a considéré que le requérant ne remplissait pas les « conditions requises par l'administration pour bénéficier du régime fiscal dérogatoire qu'il sollicite ».

(1) J. MALHERBE, « La légalité du régime administratif des cadres étrangers », *J.D.F.*, 1982, p. 66 ; VAN ORSHOVEN, « De bedrijfslasten van buitenlandse kaderleden die tijdelijk in België verblijven en de Grondwet », *R.W.*, 1981-82, p. 683.

(2) Liège, 23 novembre 1973, *Rev. fisc.*, 1974, p. 103.

(3) Anvers, 9 décembre 1980, *R.W.*, 1981-1982, Col. 687 et *J.D.F.*, 1982, p. 114.

(4) Bruxelles, 17 février 1981, *J.D.F.*, 1982, p. 168.

La Cour ajouta toutefois :

« Qu'en outre, ce régime fiscal n'est pas prévu par la loi ; que la Cour entend ne plus faire application des dispositions administratives, qui varient continuellement et n'ont aucune base légale, d'autant plus qu'outre le forfait légal ordinaire, l'administration prévoit par de simples circulaires un forfait complémentaire exorbitant de 30 % à titre de charges professionnelles, sur lequel la Cour n'a aucun contrôle ; que s'agissant d'un forfait, la Cour ne peut même pas en discuter le montant ;

Qu'il appartient à l'État belge de légiférer sans tarder en la matière, la Cour n'ayant pas à statuer sur des régimes d'exception, non prévus par la loi ».

Dans deux arrêts identiques des 16 et 24 juin 1981 (1), la Cour de Bruxelles refusa sans plus d'accueillir le recours au motif qu'il n'était fondé sur aucune disposition légale, mais sur de simples dispositions administratives, fréquemment modifiées, prévoyant un forfait complémentaire de charges professionnelles sur lequel la Cour ne pouvait exercer aucun contrôle.

Enfin, la Cour de cassation fut saisie d'un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 3 février 1981.

La Cour d'appel avait estimé que le requérant n'avait pas été recruté directement à l'étranger et ne remplissait donc pas les conditions nécessaires pour bénéficier du forfait complémentaire des 30 % de charges professionnelles.

Le requérant proposa deux moyens de cassation, l'un déduit de la nouveauté de la demande de l'administration, proposée pour la première fois devant la Cour, l'autre de la violation de l'article 44 C.I.R. et du Protocole des privilèges et immunités des Communautés européennes, dont le requérant était agent, avec la conséquence que son domicile légal se situait dans son pays d'origine, la France.

Dans son arrêt du 19 novembre 1981 (2), la Cour estima les moyens irrecevables à défaut d'intérêt. Elle rappela que les règles de l'impôt des personnes physiques sont applicables aux non-habitants du royaume sauf dérogation et constata que ces règles, en l'espèce les

(1) Bruxelles, 16 juin 1981, *R.W.*, 1981-1982, Col. 682, note P. VAN ORSHOVEN, « De bedrijfslasten van buitenlandse kaderleden die tijdelijk in België verblijven en de Grondwet » ; Bruxelles, 24 juin 1981, *J.D.F.*, 1982, p. 226. Un pourvoi en cassation a été introduit contre le premier arrêt.

(2) Cass., 19 novembre 1981, *J.D.F.*, 1982, p. 88, *F.J.F.*, n° 82/12. Dans le même sens, Bruxelles, 14 février 1992, *F.J.F.*, n° 92/140.

articles 44 à 51 du Code, ne prévoient pas que « les non-résidents pourraient, en outre, bénéficier d'un abattement forfaitaire de 30 % ».

Cette décision de la Cour de cassation a conduit l'administration à retirer la circulaire de 1979, à laquelle elle a substitué celle du 8 août 1983, actuellement en vigueur.

Depuis, les cours d'appel ont régulièrement déclaré inapplicable le régime administratif ancien (1).

Section 2. — Régime nouveau

La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la légalité du régime administratif prévu par la circulaire du 8 août 1983.

Sous plusieurs aspects, le régime actuel paraît difficilement compatible avec les règles constitutionnelles et légales en vigueur.

Il en est ainsi, notamment, des dispositions de la circulaire concernant la détermination de la qualité de non-résident, l'exemption de la rémunération des activités accomplies à l'étranger et la déduction des frais propres à l'employeur.

A. Détermination de la qualité de non-résident

On a déjà relevé que la présomption administrative, selon laquelle le cadre qui séjournait à l'étranger avant son engagement est présumé rester non-résident lors de son détachement en Belgique, est contraire à la présomption légale introduite par la loi du 22 décembre 1989, selon laquelle les contribuables inscrits au registre national des personnes physiques sont censés avoir établi en Belgique le siège de leur fortune.

En outre, le cadre étranger doit confirmer sa qualité de non-résident en répondant à un questionnaire censé démontrer, par divers éléments de fait, que le siège de sa fortune est resté hors de Belgique : propriétés immobilières et comptes en banque situés à l'étranger, maintien du bénéficiaire d'une assurance-vie ou d'une assurance-groupe conclues à l'étranger, possibilité d'être rappelé à tout instant à l'étranger, assujettissement à un régime de sécurité sociale étranger, etc.

(1) Anvers, 14 décembre 1992, *F.J.F.*, n° 93/151 ; Bruxelles, 14 février 1992, *ibid.*, n° 92/140.

Ces éléments ont certes été fréquemment retenus par la jurisprudence pour déterminer la qualité de non-résident. Mais, à supposer qu'ils établissent que le siège de la fortune du cadre étranger soit à l'étranger, encore faut-il constater qu'ils sont, à eux seuls, insuffisants pour acquérir la qualité de non-résident, puisque celle-ci peut également résulter de la présence du domicile de l'intéressé en Belgique (1).

De surcroît, ce n'est pas le lieu où sont situés les divers éléments de la fortune qui fournit le critère de la résidence au sens fiscal, mais bien l'endroit d'où ils sont gérés (2).

Enfin, l'un des critères à respecter pour acquérir la qualité de non-résident au sens de la circulaire, à savoir la nationalité étrangère, est dépourvu de toute base légale.

B. Exemption des rémunérations pour prestations accomplies à l'étranger

L'exemption d'impôt pour la partie du revenu provenant d'activités exercées à l'étranger découle de la qualité de non-résident et de l'article 141, 2°, ancien, C.I.R. (3).

Cette disposition exemptait les revenus professionnels perçus par des salariés non résidents dans la mesure où ils rémunèrent une activité exercée à l'étranger par le bénéficiaire.

Depuis la loi du 22 décembre 1989, l'exonération est, en outre, soumise à la condition que la rémunération soit imputée sur les résultats d'un établissement situé à l'étranger. La circulaire, qui n'exige pas cette condition, est en contradiction avec le texte légal.

C. Déduction des frais propres à l'employeur

La base légale, pour l'exclusion de la rémunération imposable des cadres étrangers, de certaines dépenses liées à leur détachement en Belgique, sont les articles 26, dernier alinéa, 27, § 1^{er}, 1°, *in fine*, et § 2, 1°, *in fine*, C.I.R. (4), d'après lesquels ne sont pas imposables les remboursements de dépenses propres à l'employeur ou à la société qui attribue les revenus.

(1) C.I.R., art. 3, § 1^{er}, 1°.

(2) L. HINNEKENS, « Hoe wettelijk en essentieel is de hoedanigheid van niet-verblijfhouder in de Circulaire voor buitenlandse kaderleden ? », in *Liber Amicorum A. Tiberghien*, 1984, pp. 223-224, n° 7.

(3) Aujourd'hui C.I.R., art. 230, 3°.

(4) Aujourd'hui, C.I.R., art. 31, 1°, 32, 1°, et 33, 1°, *in fine*.

Ces dispositions sont applicables tant aux résidents qu'aux non-résidents.

Mais seuls les non-résidents étrangers qui satisfont aux critères de la circulaire pourront bénéficier de la détermination forfaitaire de ces remboursements non imposables (1). Les non-résidents belges placés dans les mêmes conditions devraient, eux, faire la preuve de ce qu'il s'agit effectivement de dépenses propres à l'employeur, alors que la logique commande qu'ils bénéficient aussi des exemptions forfaitaires ensuite d'une décision de détachement imposée par leur employeur (2).

La circulaire introduit une discrimination basée sur la nationalité qui ne semble pas susceptible de justification (3).

(1) L. HINNEKENS, « Hoe wettelijk en essentiël is de hoedanigheid van niet-verblijfhouder in de circulaire voor buitenlandse kaderleden ? », in *Liber Amicorum A. Tiberghien*, 1984, p. 233, n° 14.

(2) VAN HEESWIJCK, *De Belasting van buitenlandse kaderleden in België*, 1986, n° 262, pp. 119-120.

(3) Voy. cependant L. HINNEKENS, *op. cit.*, *loc. cit.*.

CHAPITRE III. — HISTORIQUE

Le régime administratif ancien des cadres étrangers ne sera que résumé ici. Une description détaillée en a été faite par divers auteurs (1).

Ce régime s'appliquait aux cadres étrangers détachés dans le pays ou recrutés directement à l'étranger par des sociétés à caractère international pour y travailler temporairement (2), lorsqu'ils exerçaient des fonctions dirigeantes ou lorsque leur recrutement en Belgique est particulièrement difficile ou impossible (3)

Ces personnes étaient considérées comme des non-habitants du royaume disposant d'une habitation en Belgique lorsqu'elles remplissaient l'une des conditions suivantes :

- leur épouse ou leurs enfants demeuraient à l'étranger ;
- elles continuaient à disposer d'une habitation à l'étranger ;
- elles maintenaient à l'étranger le centre de leurs intérêts économiques (4).

Ce régime n'était accordé que pendant une période limitée :

- cinq ans en général (5) ;

(1) VERBEKE, « L'imposition des sociétés et des cadres étrangers en Belgique », *Fiscalité du Marché Commun*, 1971, pp. 51 et s. ; SIBILLE, *Problèmes fiscaux posés par l'activité temporaire à l'étranger des employés des entreprises à vocation internationale*, Rapport XXVIII^e Congrès de l'IFA, Mexico, 1974, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LIX b, 2^e sujet, pp. II/75 à II/77 ; *J.P.D.F.*, 1974, pp. 5-28 ; DENIJS, « Privileged Tax Treatment for Temporary Foreign Employees », *European Taxation*, 1975, pp. 419 et s. ; ROELS, « Het fiscaal statuut van buitenlandse leiders, bedienden en vorsers in ondernemingen in België gevestigd of een brok administratieve wetgeving », *Jura Falc.* 1976-1977, pp. 427-442 ; LEBRUN, « L'imposition de la rémunération des cadres étrangers résident temporairement en Belgique », *R.G.F.*, 1978, pp. 107-126 ; DILLEY et HERPIN, *The circular, an in-depth analysis of Belgium's special tax regime for foreign executives*, Bruxelles, Bruylant, 1979 ; NEUMANN, « Evolution du régime fiscal des dirigeants, employés et administrateurs étrangers détachés temporairement en Belgique », *J.D.F.*, 1979, pp. 321-330 ; J. MALHERBE, *Tax Status of Regional Headquarters of International Groups*, *Int. Bus. Lawyer*, 1982, pp. 3-8.

(2) Com. I.R., 139/6.

(3) Circ. du 7 mai 1979, *J.D.F.*, 1982, pp. 83 et suiv., n^o 14.

(4) Com. I.R., 139/7.

(5) Com. I.R., 139/8-1.

- huit ans pour le personnel de cadre (dirigeants) des bureaux de contrôle et de coordination (1) comme des établissements commerciaux et les chercheurs des centres de recherche (2).

Le délai de 8 ans pouvait être prolongé si le maintien des bénéficiaires en Belgique était indispensable pour assurer la bonne marche de leur service (3).

Les circulaires accordaient aux bénéficiaires un forfait complémentaire au titre de charges professionnelles :

- 30 % des revenus bruts imposables ne dépassant pas 1.500.000 F, soit un forfait maximum de 450.000 F (4) ;
- 30 % des revenus bruts imposables ne dépassant pas 4.000.000 F, soit un forfait maximum de 1.200.000 F, pour les cadres de bureaux de coordination ou de contrôle ou de centres de recherche approuvés à qui un contrat exprès garantit le remboursement de certains frais de séjour, y compris éventuellement une indemnité d'égalisation fiscale (5).

En outre, les frais d'éducation des enfants dans des écoles internationales étaient considérés comme des dépenses propres à l'employeur (6).

Les rémunérations imposables comprenaient tant celles qui rémunèrent l'activité exercée à l'étranger que celles qui rémunèrent l'activité belge.

Quand ces personnes avaient une activité essentiellement itinérante, c'est-à-dire passaient plus de la moitié de leurs jours de travail à l'étranger, elle pouvaient exclure la partie de leurs rémunérations couvrant l'activité exercée à l'étranger. Sauf éléments probants, cette partie était fixée forfaitairement à la moitié des rémunérations (7).

Ce régime excluait les forfaits spéciaux.

(1) Com. I.R. 139/8-3.

(2) Circ. du 7 mai 1979, n° 14.

(3) Com. I.R., 139/8-10 et Circ. du 7 mai 1979, n° 19.

(4) Com. I.R., 142/2.

(5) Circ. du 7 mai 1979, n°s 7-12.

(6) Circ. du 7 mai 1979, n°s 2-6.

(7) Com. I.R., 142/3.

TITRE II

ENTITÉS À RÉGIME FISCAL PRIVILÉGIÉ

Quartiers généraux (headquarters)

Un système de taxation forfaitaire a connu une généralisation remarquable par son application aux bureaux et centres de coordination (quartiers généraux, *regional headquarters*) ouverts par les multinationales pour le contrôle de leurs filiales.

Les activités exercées par ces bureaux dépassaient le cadre des activités auxiliaires puisqu'elles relevaient de la gestion. Ils étaient donc imposables comme établissements stables.

Il est difficile de leur attribuer un bénéfice puisque, ne facturant généralement rien, ils ne constituent pas des « centres de profit » (*profit centers*). Leurs recettes se limitent aux fonds versés périodiquement par le siège central pour couvrir leurs frais.

Les pays désireux d'attirer ces succursales génératrices d'emploi leur ont appliqué un régime de bénéfice forfaitaire.

SOUS-TITRE PREMIER

DROIT BELGE

CHAPITRE PREMIER. — CENTRES DE COORDINATION

La Belgique a de plus créé un régime forfaitaire spécial applicable pendant dix ans, renouvelables, aux centres de coordination agréés (1) créés par les grands groupes internationaux, qu'ils soient d'ailleurs constitués sous forme de succursale ou de société belge.

§ 1^{er}. — DÉFINITIONS

Un centre de coordination, au sens de l'arrêté royal n° 187 du 30 décembre 1982 relatif à la création de centres de coordination, est une société belge ou une succursale belge de société étrangère qui ne se livre qu'à certaines activités au bénéfice des membres d'un groupe (*intra muros*).

A. Activités

Un premier groupe d'activités recouvre des opérations qui, au sens de l'article 5 de la Convention modèle de l'OCDE, ne seraient pas constitutives d'un établissement stable :

- publicité ;
- fourniture et rassemblement d'informations ;
- recherche scientifique ;
- centralisation des travaux comptables, administratifs et d'informatique ;

(1) A.R. n° 187 du 30 décembre 1982 relatif à la création de centres de coordination ; KEYMEULEN, *Belastingvrije coördinatiecentra*, et *Addendum*, décembre 1986 ; L. HINNEKENS, « Pending tax issues raised by Belgian coordination centers », *Intertax*, 1990, p. 358 ; DENAYER, « Enkele forfaitaire regimes — Het fiscaal gunstregime voor coördinatiecentra », in G. JOSEPH, L. HINNEKENS, J. MALHERBE, J. VAN HOORN Jr., *Het Belgisch internationaal belastingrecht in ontwikkeling*, 1993, p. 291.

— ainsi que « toutes activités ayant un caractère préparatoire ou auxiliaire pour les sociétés du groupe ».

Un deuxième groupe, plus important, englobe diverses activités financières :

- centralisation des opérations financières et de couverture de risques résultant des fluctuations des taux de change des monnaies ;
- assurance et réassurance.

Seront ainsi autorisées :

- la refacturation (*re invoicing*) : le centre refacture à des sociétés du groupe des produits ou services qui lui ont été facturés par d'autres sociétés du groupe. Il refacture par exemple dans une autre devise ou en accordant un financement. Sa marge est justifiée par le risque de change ou la charge du financement. Il ne peut s'agir d'une marge commerciale d'achat-vente ;
- l'affacturage (*factoring*) : le centre peut acheter les créances de membres du groupe sur d'autres membres du groupe ou sur des tiers ;
- la location-financement (*leasing*) : le centre achète des biens sur les spécifications de membres du groupe et les leur donne en location-financement aux termes d'une convention :
 - assurant au donneur de *leasing* immobilier des redevances qui couvrent (1) la reconstitution du capital et les intérêts et charges de l'opération (2) ;
 - assurant au donneur de *leasing* mobilier des redevances qui, majorées, si le preneur dispose d'une option d'achat, du montant à payer en cas de levée de l'option, pris en considération pour un montant maximum de 15 % du capital investi par le donneur, couvrent la reconstitution du capital et des intérêts et charges de l'opération (3) ;
- le financement simple : le centre prête à des membres du groupe des fonds propres ou des fonds empruntés par exemple à des banques.

(1) Éventuellement avec le prix à payer en cas de levée de l'option.

(2) Cfr définition de la location-financement dans l'annexe à l'arrêté royal du 6 octobre 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises, chap. III, définition des rubriques, sect. 1^{re}, bilan, III-D *sub* Immobilisations corporelles.

(3) L'agrément du centre vaut autorisation d'exercer le *leasing* mobilier, requise par l'arrêté royal n° 55 du 10 novembre 1987 organisant le statut juridique des entreprises pratiquant la location-financement.

L'assurance directe ne pourra être pratiquée par le centre, à défaut d'agrément prévu par la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances et réservé aux entreprises dont l'assurance est le seul objet. Le centre pourra pratiquer la réassurance, qui n'est pas réglementée.

Succursales

Le centre peut être constitué sous forme de succursale belge d'une société étrangère. Les activités du centre sont limitées à deux types d'opérations. Les premières entrent dans la catégorie des prestations ayant un caractère préparatoire ou auxiliaire (publicité, renseignement, recherche, relations avec les autorités, centralisation de travaux administratifs).

Les secondes (assurance, centralisation des opérations financières et de change) dépassent ce cadre (1).

À propos des activités préparatoires ou auxiliaires, on peut se poser la question de savoir si le centre constitué sous forme de succursale constitue un établissement stable au sens de la convention applicable entre la Belgique et le pays du siège central de la société.

Une réponse affirmative est déduite du texte de l'article 5.3, *e*, de la Convention modèle de l'OCDE, selon lequel il n'y a pas établissement stable si « une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'exercer, pour l'entreprise, toute autre activité de caractère préparatoire ou auxiliaire » (2).

Or, l'activité d'un centre de coordination est exercée au profit de tout ou partie des sociétés du groupe, non de la seule entreprise.

Remarquons toutefois que la formulation limitative de la Convention modèle ne se retrouve pas dans la convention belgo-américaine (3) ni dans la convention franco-belge (4). Cette dernière convention permet une concertation destinée à caractériser l'installation comme établissement stable si elle exerce plusieurs des activités exclues.

(1) Rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 187 du 30 décembre 1982 relatif à la création de centres de coordination, *M.B.*, 13 janvier 1983, p. 503.

(2) Comm. OCDE, art. 5.26.

(3) « L'utilisation d'une installation fixe d'affaires aux fins de publicité, de fourniture, d'informations, de recherches scientifiques ou d'activités analogues qui ont pour le résident un caractère préparatoire ou auxiliaire ».

(4) « Une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins de publicité, de fourniture d'informations, de recherches scientifiques ou d'activités analogues, qui ont pour l'entreprise un caractère préparatoire ou auxiliaire ».

Il existe donc une différence entre les conventions inspirées du modèle de 1963 (1) et celles qui reproduisent le modèle de 1977. L'évolution du texte de l'article 5 et de son commentaire révèle la modification intervenue, même si l'interprétation de 1963 excluait déjà l'hypothèse de vente à des tiers (2).

Dans tous les cas, que l'activité soit de celles que le texte énumère ou qu'elle soit préparatoire ou auxiliaire au sens de sa disposition résiduelle, l'administration exige qu'elle ne s'identifie pas à l'activité principale d'une société du groupe « servie » par le centre (*leasing, factoring, informatique*) (3). La solution sera d'exclure cette société des « clientes » du centre.

B. Groupe multinational

La création de centres de coordination est réservée à :

- des groupes : un groupe est un ensemble de sociétés affiliées placées, en raison de liens de participations, sous une direction unique (4). La participation directe ou indirecte de 20 % d'une société dans une autre fait présumer leur appartenance à un groupe ;
- des groupes importants, disposant d'un capital et de réserves atteignant un milliard de francs et réalisant un chiffre d'affaires de dix milliards de francs (5), sur base consolidée (6) ;
- des groupes multinationaux : le groupe a investi à l'étranger 500 millions ou 20 % de ses fonds propres et réalise à l'étranger 5 milliards ou 20 % de son chiffre d'affaires. Il dispose à l'étranger de filiales dans au moins quatre pays différents (7).

(1) Comm. OCDE 1963, art. 5.13.

(2) Comm. OCDE 1963, art. 5.13.

(3) Cfr critique dans LAGAE, *Zones d'emploi et centres de coordinations, Obstacles et stimulants fiscaux et sociaux à l'investissement et à l'emploi*, UCL, 1985, vol. 1, III, 41. *Contra*, L. HINNEKENS, « Les centres de coordination après la loi du 4 août 1986 », *R.G.F.*, 1987, p. 10. Une circulaire administrative (circ. n° Ci.RH. 421/439.244 du 29 novembre 1993, *Bull. contr.*, 1993, n° 733, p. 3297) considère que les activités doivent être exercées au profit des seuls membres du groupe, à l'exception des sociétés qui exercent elles-mêmes des activités similaires au profit de non-membres du groupe. De même, aucune banque ou entreprise d'assurances n'est admise dans le groupe où opère un centre de coordination.

(4) A.R. n° 187 du 30 décembre 1982, art. 2. Deux groupes ne pourraient donc créer un centre commun.

(5) A.R. n° 187 du 30 décembre 1982, art. 3.

(6) Il faut donc éliminer les participations et les opérations intérieures au groupe.

(7) A.R. du 3 novembre 1986 déterminant les critères concernant le caractère multinational du groupe dont fait partie un centre de coordination.

C. Conditions d'emploi

Le groupe doit, deux ans après le début de son activité, occuper l'équivalent de dix personnes à temps plein en Belgique.

§ 2. — IMPOSITION (IMPÔT DES SOCIÉTÉS OU INR-SOC.)

La base imposable du centre est déterminée en fonction d'un forfait et d'un minimum.

Le forfait résulte de l'application d'un pourcentage aux dépenses et charges de fonctionnement du centre, à l'exclusion des frais de personnel, des charges financières et de l'impôt.

Le pourcentage sera la marge du centre dans ses opérations si elle n'est pas considérée comme anormale ou 8 % lorsqu'il n'existe pas de critères objectifs pour déterminer ce pourcentage (1).

Ce bénéfice ne peut être inférieur au total des dépenses non déductibles et des avantages anormaux ou bénévoles consentis au centre.

Si les avantages consentis au centre par sa société mère ou d'autres sociétés étrangères ne dépassent pas le bénéfice forfaitaire imposable, aucune majoration d'impôt belge n'en résulte donc. Il faut toutefois s'attendre à ce que le fisc étranger réintègre, sur base de dispositions analogues à l'article 26 du C.I.R. (2), les avantages consentis sans contrepartie dans les résultats de l'entreprise étrangère.

Les avantages accordés au centre peuvent donc être générateurs de taxation en Belgique et à l'étranger. Sauf de rares exceptions, les conventions conclues par la Belgique ne prévoient pas d'ajustement corrélatif des bénéfices d'une société belge lorsque ceux-ci sont imposés à l'étranger au titre d'avantages anormaux consentis à une entreprise apparentée (3).

(1) Circ. n° Ci.RH. 421/439.244 du 29 novembre 1993, *Bull. contr.*, 1993, n° 733, p. 3307.

(2) IRC § 482 ; C.G.I., art. 57 ; TA 1988 § 385.

(3) Convention OCDE, art. 9.2, repris dans les seules conventions conclues par la Belgique avec l'Australie, la Finlande, les Philippines et la Yougoslavie. Les conventions conclues avec la France (art. 5, § 4) et les États-Unis (art. 25, 2, b) permettent un accord à ce sujet. En l'absence de disposition conventionnelle spécifique, la prévention de la double imposition économique ne peut s'appuyer que sur une disposition existante du traité : si l'intérêt excessif, par exemple, est traité à l'étranger comme un dividende et peut être considéré comme tel en Belgique — ce qui suppose que l'avantage provienne d'une filiale du centre — la disposition préventive de la double imposition des dividendes pourra être appliqué (Com. Conv. 9/8 ; comp. Com. Conv. 11/613).

L'octroi par le centre à des sociétés du groupe d'avantages anormaux ne permet la taxation en Belgique que si le centre engage une dépense, non s'il se prive d'un bénéfice. Cette pratique ne s'avère intéressante que si l'entreprise favorisée est imposée encore plus favorablement qu'un centre de coordination belge ou si elle est en perte.

§ 3. — IMPOSITION
DE LA SOCIÉTÉ MÈRE

La société mère du centre bénéficie à un double titre du régime fiscal de faveur créé par la Belgique : directement, en échappant au précompte mobilier sur les dividendes, intérêts ou redevances que lui verse le centre ; indirectement, par la plus-value correspondant à la différence entre l'imposition normale et l'imposition réduite des bénéfices du centre, s'ils sont réservés ou reportés et, s'ils sont distribués, dans la mesure de l'exonération éventuelle des dividendes reçus de filiales.

FRANCE

Ainsi, les revenus distribués par un centre de coordination belge à sa société mère française sont-ils considérés, au regard du droit fiscal français, comme des revenus de société mère, exonérés.

En effet, l'article 145 du Code général des impôts relatif à l'exonération des dividendes provenant de filiales ne subordonne pas celle-ci à l'imposition effective du bénéficiaire sur lequel sont prélevés les dividendes dans le chef de la société distributrice.

De même, il n'existe aucune distinction quant à l'origine française ou étrangère des dividendes.

Lors de la distribution par la société mère de dividendes imputés sur les dividendes provenant du centre de coordination, le précompte mobilier sera exigible au taux plein, aucune retenue à la source n'étant opérée en Belgique et ne donnant donc ouverture à un crédit d'impôt susceptible d'être imputé sur le précompte.

De même, en cas de redistribution à des actionnaires ayant leur siège ou leur domicile hors de France, aucun crédit d'impôt ne pourra être imputé sur la retenue à la source.

Ce double avantage peut toutefois être mis à néant. Si l'exonération de retenue à la source belge se traduit par une augmentation de l'impôt étranger, que l'imputation de la retenue belge aurait sinon réduit, cette exonération devient, en l'absence de *tax sparing*, inutile.

Si les bénéfices réservés ou reportés du centre sont imposés dans le pays de la société mère étrangère au titre de la taxation immédiate des revenus de filiales considérées comme *base companies*, le gain fiscal se limitera le cas échéant à la différence entre le taux belge et le taux plus bas du pays étranger, en supposant qu'il existe d'autres motifs d'exercer en Belgique l'activité confiée au centre.

L'article 209 B du CGI soumet à l'impôt des sociétés dans le chef d'une société française le bénéfice d'une filiale dont elle détient directement ou indirectement 10 % des parts et qui est établie dans un État à régime fiscal privilégié au sens de l'article 238 A. Une société est considérée comme soumise à un régime fiscal privilégié si elle n'est pas imposable ou si elle est soumise à un impôt notoirement moins élevé qu'en France. La comparaison s'applique en principe à des

impôts considérés dans leur ensemble et non à des impositions spécifiques (1).

S'il s'agit d'un bénéficiaire soumis à l'impôt des sociétés, il faut comparer le taux de droit commun de cet impôt en France et le prélèvement global supporté dans le pays étranger du fait des impôts applicables d'une façon générale aux profits professionnels du bénéficiaire.

Il n'y a lieu de tenir compte ni en France ni à l'étranger des taux réduits particuliers ni des prélèvements libératoires, la comparaison portant sur des niveaux de charges résultant de l'application de certains impôts et non sur des impositions spécifiques.

La comparaison tient compte toutefois des régimes fiscaux particuliers, tels que celui des sociétés holdings au Luxembourg ou dans certains cantons suisses.

Il faut se demander dès lors si le régime des centres de coordination constitue une application acceptable de l'impôt des sociétés belges ou un régime fiscal particulier.

En faveur de la première interprétation, on peut faire valoir que la définition des activités permises est telle que le but des centres n'est « pas de réaliser des bénéfices au détriment des membres du groupe, mais de réduire les frais au profit de ces mêmes membres » (2).

Le revenu de ces activités est considéré comme trop éloigné de la réalisation réelle des profits des bénéficiaires de ces activités pour être imposé : il appartient au pays du siège du bénéficiaire de déterminer s'il admet la déduction des rémunérations versées au centre. La Belgique se borne à veiller à ce que les avantages anormaux consentis au centre soient imposés dans le chef de celui-ci parce qu'ils constitueraient, eux, de réels revenus.

(1) Instruction du 26 juin 1975, *Dr. fisc.*, 1975, n° 28, I.D. 4860 ; *Juriscl. dr. fisc. intern.*, fasc. 305-H, p. 13.

(2) Projet de loi portant des mesures fiscales et autres, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1984-1985, n° 1010/1, p. 14.

ROYAUME-UNI

Depuis le Finance Act 1984 (1), une société étrangère contrôlée par des résidents britanniques, établie dans un pays à faible fiscalité et dans laquelle un intérêt de 10 % au moins est détenu par une société britannique, le cas échéant avec des personnes liées ou associées, voit ses profits attribués proportionnellement à la société britannique si la part de celle-ci et de ses « affiliés » représente 10 % des bénéfices.

Un centre de coordination belge serait considéré comme une *controlled foreign company* pour l'application de ces dispositions. Il pourrait toutefois se prévaloir de l'une des exceptions prévues par la loi.

a) Une fiscalité n'est jugée faible que si l'impôt local est inférieur à la moitié de l'impôt des sociétés britanniques. Or, celui-ci a été réduit à 35 %.

b) Le centre peut distribuer un dividende qui sera de 50 % s'il est une *trading company* et de 90 % dans les autres cas. Il suffit que cette distribution se rapporte aux bénéfices attribuables aux actionnaires britanniques, à condition qu'il existe soit une classe de titres, soit des actions avec droit de vote et des actions de préférence à taux fixe sans droit de vote.

c) Un centre de coordination pourra difficilement se prévaloir de l'exercice d'activités exonérées : il doit avoir un établissement d'affaires en Belgique, qui gère effectivement son activité ; celle-ci ne peut consister essentiellement en *leasing*, en opérations sur biens avec le Royaume-Uni ou avec des personnes associées, sauf livraison effective en Belgique, ou en investissements de fonds qui seraient à défaut disponibles pour les actionnaires ; si elle est engagée dans le commerce ou l'activité financière, moins de 50 % de son chiffre d'affaires doit être réalisé avec des personnes apparentées.

d) Il sera encore plus difficile pour un centre de coordination de satisfaire au critère de motivation selon lequel aucune opération n'a entraîné une réduction d'impôt britannique autre que minime, étant acquis que la diminution de l'impôt britannique obtenue en écartant

(1) FA 1987, sec. 82-91 et Schedule 17.

des profits du Royaume-Uni n'était pas une raison essentielle de l'existence du centre pendant l'exercice. Cette condition pourrait être remplie si le centre ne travaillait nullement en faveur des sociétés britanniques du groupe.

Des problèmes analogues pourraient se poser aux États-Unis (1), en Allemagne (2), au Japon, etc.

Application des conventions fiscales internationales

Les conventions ne s'appliquent qu'aux résidents des États contractants, étant les personnes qui y sont assujetties à l'impôt en raison de leur domicile, de leur résidence, de leur siège de direction ou de tout autre critère analogue (3). Les personnes imposées en raison de la source de leur revenu sont expressément exclues.

Certains estiment que le résident est celui qui est assujetti aux impôts sur le revenu auxquels s'applique la convention. Le centre, qui n'est pas assujetti à un impôt sur le revenu global, mais à une sorte d'impôt sur la dépense, ne pourrait bénéficier des conventions (4).

D'autres nient que l'impôt auquel doit être assujetti le résident soit l'impôt visé par la convention (5). Il peut s'agir de tout impôt. De plus, il suffit d'être assujetti, même si l'assujettissement est accompagné d'une exonération. Cette dernière considération semble effectivement déterminante (6).

Le but de l'article 4.1 de la Convention modèle est d'ailleurs uniquement d'éliminer d'emblée du champ d'application de la convention les personnes qui pourraient être qualifiées de résidents en l'absence des critères de domiciliation habituels (7).

(1) *Subpart F*; STURTEVANT, « Les investissements étrangers et la réforme fiscale américaine », *R.G.F.*, 1987, p. 37.

(2) Aussensteuergesetz.

(3) Convention modèle OCDE, art. 4.

(4) GYSEN, « L'applicabilité des conventions préventives de double imposition aux centres de coordination », *R.G.F.*, 1985, p. 61.

(5) DEFOORT, « Les centres de coordination peuvent-ils invoquer les conventions fiscales ? », *Fiscal. intern.*, 21/15.09.85, p. 9.

(6) Comp. Com. Conv. 4/132 pour l'application de la convention belgo-néerlandaise aux fonds de pension néerlandais. Il suffit de penser aussi au régime fiscal des trusts résidents d'un État.

(7) *Jurisl. dr. fisc. intern.*, fasc 353 A et B, p. 8.

CHAPITRE II. — CENTRES DE DISTRIBUTION

Un régime de faveur a également été créé, par voie de circulaire, en faveur des centres de distribution, sociétés belges ou établissements de sociétés étrangères, qui se limitent, sans prendre aucun risque, à acheter, entreposer, conditionner ou transporter des matières premières ou des fournitures pour des sociétés du groupe ou à les leur vendre, ainsi qu'à entreposer, conditionner, transporter ou livrer des marchandises ou produits finis pour les mêmes sociétés, à l'exclusion de toute intervention dans la vente de ces marchandises ou produits finis.

Ils peuvent également prendre des commandes, sans les accepter et sans s'adresser directement aux clients du groupe, envoyer les factures et accomplir les formalités financières et bancaires ou relatives à la TVA et à la douane.

Ces centres sont soumis au régime de taxation de droit commun, mais ils sont censés ne consentir aucun avantage anormal ou bénévole si leur chiffre d'affaires n'est pas inférieur à 105 % de leurs frais de fonctionnement (1).

(1) Circ. du 9 août 1989. — Régime spécial d'imposition applicable aux centres de distribution qui s'établissent en Belgique, *Bull. contr.*, 1989, n° 687, p. 2000 et circ. n° Ci.RH. 421/390.701 du 5 mai 1994. HUYGHE, « The special tax regime for Belgian distribution centers — A comparison with the tax regime for Dutch distribution centers and with similar tax regimes in Belgium », *Intertax*, 1992, p. 97 ; DENAYER, « Enkele forfaitaire regimes — Het bijzonder aanslagstelsel voor distributiecentra », in G. JOSEPH, L. HINNEKENS, J. MALHERBE, J. VAN HOORN Jr., *Het Belgisch internationaal belastingrecht in ontwikkeling*, 1993, p. 332.

SOUS-TITRE II

DROIT COMPARÉ

ÉTATS-UNIS

Sociétés étrangères de vente

A. Origine

En 1971, le législateur américain avait autorisé les entreprises exportatrices à créer des sociétés américaines d'exportation (*Domestic International Sales Corporations* — DISC), dont le revenu, pour autant qu'il provienne d'exportations ou d'activités assimilées, échappait à l'impôt dans le chef de la DISC, mais était, à concurrence de 50 % seulement, considéré comme distribué à sa société mère et imposé dans le chef de celle-ci.

Cette loi constitue une application de la proposition, formulée jadis, de créer une *Foreign Business Corporation*, société américaine destinée aux opérations à l'étranger et qui bénéficierait du *tax deferral* comme une filiale étrangère (1).

Devant les protestations de partenaires du GATT, l'exemption fut — sauf pour les « petites DISC » — limitée à partir de 1976 au revenu correspondant à l'augmentation des exportations de la DISC.

Le GATT interdit les subsides à l'exportation consistant en réductions d'impôt, sauf si l'activité économique qui génère le revenu se situe en dehors du territoire du pays exportateur.

En 1984, pour répondre à cette objection, le législateur remplacera la DISC par la *Foreign Sales Corporation* (2).

(1) BARLOW and WENDER, *Foreign Investment and taxation*, 1955, pp. 315-336 ; OWENS, *The Foreign Tax Credit*, 1961, pp. 588-589.

(2) IRC §§ 921-927. BOTTE et HAMBURGER, « United States Replaces DISC's with FSC's », *Tax Planning International Review*, 1984, n° 10, p. 3.

La DISC peut encore être utilisée à concurrence de 10 millions de dollars de recettes — et seul 1/17 (6 %) du revenu est censé distribué. Néanmoins, la DISC devra payer un intérêt sur l'impôt différé (1).

B. Définition

La FSC est une société étrangère, et non américaine comme l'était la DISC. Elle doit répondre à un critère de présence à l'étranger, consistant à avoir un bureau à l'étranger et au moins un administrateur résidant à l'étranger. Les seuls pays étrangers admis sont les possessions des États-Unis (îles Vierges américaines par exemple) et les pays ayant conclu avec les États-Unis un traité assurant un échange suffisant d'informations fiscales.

Elle ne peut compter plus de vingt-cinq actionnaires ni émettre des actions privilégiées.

C. Revenu susceptible d'exonération (*Foreign Trade Income — FTI*)

Seul le revenu provenant de l'exportation de biens produits aux États-Unis ou de services de construction de projets à l'étranger est susceptible d'exonération.

Pour que son revenu soit susceptible d'exonération, la FSC doit satisfaire en outre à deux critères établissant son statut étranger :

- un critère de gestion : les réunions des administrateurs et actionnaires doivent se tenir à l'étranger ; le compte bancaire principal de la société doit y être maintenu ;
- un double critère d'opération économique auquel il doit être satisfait pour chaque opération :
 - participation à la vente : la FSC doit participer à l'étranger à l'une ou au moins des trois opérations principales de la vente : offre, négociation ou conclusion du contrat ;
 - activités directes : la FSC doit supporter à l'étranger 50 % des coûts directs, ceux-ci étant classés en cinq catégories : publicité, livraison, transport, facturation, crédit. Si 85 % de deux de ces catégories de coûts sont couverts par la FSC à l'étranger, l'exigence d'activité directe sera également remplie.

Les « petites FSC » peuvent satisfaire à des critères simplifiés, mais ne bénéficient du régime que pour 5 millions de dollars de recettes.

(1) IRC §§ 991-994 ; *Interest charge DISC*.

D. Exemption

La FSC est exemptée d'impôt américain sur 32 % de son revenu d'exportations (*exempt FTI*) : cette partie du revenu est considérée comme étant de source étrangère et non liée à une activité d'affaires aux États-Unis.

La FSC peut choisir de déterminer son revenu par rapport à la société mère, non sur base de prix normaux (*arm's length price*), mais sur base de prix de transfert admis par l'administration (23 % du revenu imposable combiné résultant de l'opération ou 1,83 % de la recette sont attribués à la FSC, le plus élevé des deux montants étant pris en considération). Dans ce cas, 16/23, soit environ 70 % du revenu de l'opération en cause, sont exonérés (1).

E. Imposition des autres revenus

Le revenu tiré par la FSC d'investissements est taxé à l'impôt américain. Les autres revenus subissent leur régime normal : le revenu d'exportation non exonéré (*non exempt FTI*) ne sera soumis à l'impôt américain que s'il est censé distribué d'après les règles applicables aux sociétés étrangères contrôlées (*Subpart F*).

Toutefois, si la FSC a déterminé son revenu par la méthode administrative, son revenu d'exportation non exonéré sera considéré comme effectivement lié à une activité d'affaires américaine et sera donc imposé aux États-Unis.

F. Imposition des actionnaires

Quand le revenu d'exportation exonéré (ou le revenu d'exportation non exonéré d'une FSC ayant opté pour la méthode administrative de détermination du revenu) est distribué à la société mère, celle-ci bénéficie d'une déduction spéciale de 100 % du dividende (*100 % dividend received deduction*).

Le dividende provenant du revenu d'exportation non exonéré ou d'autres revenus est imposable normalement et peut donner lieu à un crédit d'impôt étranger. La limite de ce crédit est toutefois calculée séparément.

(1) IRC § 291.

PAYS-BAS

Il existe plusieurs régimes favorables où la base imposable est fortement réduite.

Sociétés de financement

Une société de financement peut se contenter d'un *spread* admis par l'Administration entre intérêts créditeurs et débiteurs (généralement 1/8 %).

Sociétés de licence

Il en est de même d'une société de licence de brevets et droits similaires (2 à 7 %).

Sociétés de services

Une société de services administratifs établie au sein d'un groupe multinational sera imposable sur un minimum de 5 % de ses dépenses.

LUXEMBOURG

SOCIÉTÉS PRIVILÉGIÉES

Section 1. — Sociétés holdings

§ 1^{er}. — HOLDINGS ORDINAIRES

La société holding ne peut être propriétaire d'immeubles, de parts dans une société civile ou de participations dans une société de personnes ou dans un *trust* ou *Anstalt*. Elle ne peut exercer d'activité commerciale ou industrielle. Si elle peut conseiller ses filiales sans rémunération, elle ne pourrait exercer elle-même un mandat d'administrateur ou de commissaire, sauf s'il s'agit d'un mandat d'administrateur dans une autre société holding, exercé gratuitement.

Sociétés holdings de financement

La société holding de financement doit être constituée sous la forme d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée et avoir un capital de 50 millions de FL au moins. Ses actions doivent être nominatives et la société mère du groupe ou des sociétés membres du groupe doivent comparaître comme fondateurs.

Ses actions ne peuvent être cédées à des tiers hors groupe avant le remboursement de tous ses emprunts. 10 % de son capital doivent être investis dans les trois mois de la constitution dans les parts de sociétés du groupe. Ses emprunts ne peuvent servir qu'au financement de sociétés du groupe (1).

Pour l'application de ce régime, un groupe comprend soit l'ensemble des sociétés réunies sous une dénomination commune, soit les sociétés dans lesquelles les sociétés d'une même appartenance possèdent une participation minimum de 25 % et avec lesquelles elles entretiennent des relations économiques suivies (2).

(1) Déc. minist. du 9 septembre 1965.

(2) Déc. minist. du 6 octobre 1970.

Ces sociétés holdings de financement peuvent accorder des prêts à des sociétés du groupe autres que les sociétés dans lesquelles elles détiennent une participation directe.

Elles peuvent également avoir des activités de *factoring*, prendre des factures en pension et escompter des lettres de change émises par les sociétés du groupe.

Régime fiscal

La holding n'est soumise qu'à une taxe d'abonnement de 0,20 % sur le montant libéré des actions représentatives du capital, majoré des primes d'émission éventuelles.

Si la société attribue un dividende qui dépasse 10 % du capital libéré, l'assiette de la taxe d'abonnement est constituée en outre par l'excédent multiplié par 10, s'ajoutant en capital libéré.

La partie des emprunts excédant la proportion admise par rapport aux fonds propres est également considérée comme du capital pour l'application de la taxe d'abonnement.

§ 2. — HOLDINGS MILLIARDAIRES

La société holding milliardaire est celle dont le capital atteint un milliard de FL. Elle n'est pas soumise à la restriction du rapport entre fonds propres et fonds empruntés. Elle peut consentir des prêts aux sociétés du groupe comme les sociétés holdings de financement. Elle peut opter pour la taxe d'abonnement ordinaire ou l'imposition sur base des intérêts, dividendes et tantièmes distribués, avec un minimum de deux millions de FL.

Si elle paie des intérêts inférieurs à 100 millions de francs luxembourgeois l'impôt sera :

- sur intérêts : 3 % ;
- sur dividendes, tantièmes et rémunérations des administrateurs non résidents : 3 % x (100 millions — intérêts d'obligations) ;
- sur la tranche suivante de 50 millions de dividendes, tantièmes et rémunérations : 1,8 % ;
- sur le surplus de dividendes, tantièmes et rémunérations : 0,1 %.

Si le total des intérêts payés est égal ou supérieur à 100 millions de FL :

- sur intérêts : 3 % ;
- sur la première tranche de 50 millions de dividendes, tantièmes et rémunérations : 1,8 % ;

— sur le surplus de dividendes, tantièmes et rémunérations : 0,1 %.

Les sociétés holdings luxembourgeoises entrent en principe dans le champ d'application de l'article 209 B du CGI français. Si une société française détient 10 % des parts d'une société étrangère située dans un pays à régime fiscal privilégié, elle sera imposable en France sur la quote-part des profits de cette société correspondant à sa participation.

N'étant pas soumises à l'impôt des sociétés, les holdings seront également exclues du champ d'application de la directive CEE relative au régime des sociétés mères et filiales.

Elles sont enfin exclues de l'application des conventions bilatérales conclues par le Grand-Duché de Luxembourg (1).

Section 2. — Sociétés de financement de groupe international

Les sociétés de financement sont des sociétés luxembourgeoises imposées selon le droit commun, mais répondant aux conditions fixées administrativement et leur permettant de jouir d'un régime fiscal prévisible et favorable, comparable à celui des sociétés de financement néerlandaises (2).

L'objet exclusif de la société de financement est l'octroi de prêts à des sociétés du groupe, refinancés par des moyens et instruments financiers tels qu'émissions publiques, emprunts privés ou prêts bancaires.

Le terme *groupe* désigne des sociétés financièrement liées et établies dans au moins deux pays autres que le Luxembourg.

Une société est présumée former un groupe avec une autre lorsque cette dernière détient directement ou indirectement 25 % ou plus du capital ou des droits de votes attachés aux parts de la première. Les conditions d'application du régime sont les suivantes :

(1) Cfr p. ex. Protocole final à la Convention belgo-luxembourgeoise du 17 septembre 1970, § 1^{er} ; échange de lettres du 8 septembre 1970 faisant suite à la convention franco-luxembourgeoise du 1^{er} avril 1958 modifiée par l'avenant du 8 septembre 1970.

(2) Circ. L.I.R. n° 120 du 14 juillet 1989. Cfr sur cette forme de société et les suivantes KREMER et WINANDY, « L'imposition au Luxembourg des sociétés de financement de groupe international en matière d'impôts sur le bénéfice et la fortune », *J.D.F.*, 1992, p. 94 et études suivantes.

- la société mère de la société de financement doit être une société du groupe et disposer de capitaux propres d'au moins 7,5 milliards de FL ;
- les fonds réunis par les sociétés de financement ne peuvent que transiter sans modifications par les sociétés de financement et ne peuvent être placés qu'exceptionnellement et pour huit jours au maximum. Une part prépondérante des prêts doit être accordée à des sociétés du groupe se trouvant à l'étranger.

Régime fiscal

Le bénéfice commercial des sociétés de financement peut être limité à un bénéfice commercial minimum fixé à :

- 0,25 % en général ;
- 0,125 % si le risque financier du prêt est couvert par une garantie.

Si la société de financement porte en compte une marge supérieure, ce bénéfice commercial réel sera taxé.

Section 3. — Sociétés de coordination

Les sociétés de coordination sont celles dont l'objet social est limité à des activités administratives exercées à l'usage exclusif et au seul profit de sociétés ou entreprises d'un groupe international étranger (1).

Deux sociétés font partie d'un même groupe si l'une détient directement ou indirectement 25 % ou plus du capital de l'autre ou des voix attachées aux parts de l'autre.

Un groupe est international si les sociétés sont établies dans au moins deux pays autres que le Luxembourg et si la maison mère n'est pas résidente et est assujettie à l'étranger à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités luxembourgeois.

Les activités administratives autorisées sont les suivantes :

- organisation centrale ;
- secrétariat ;
- publicité, marketing, études de marché ;
- fourniture, rassemblement et traitement d'informations techniques ou administratives ;
- relations avec autorités nationales et internationales ;

(1) Circ. L.I.R. n° 119 du 12 juin 1989.

- centralisation de travaux comptables et financiers, administratifs, d'informatique et d'expertise juridique ;
- prestations d'assistance et de service directement ou indirectement en relation avec ces activités.

Les activités administratives autorisées ne comprennent pas la centralisation d'opérations financières et de refacturation autres que la compensation de factures à devises multiples, la détention de brevets ou d'autres droits générateurs de redevances et la détention d'actions.

Régime fiscal

Le bénéfice commercial doit correspondre au moins à 5 % des dépenses, y compris les dépenses non déductibles (impôts, par exemple). Si les dépenses sont inférieures à 30 millions de francs, le bénéfice commercial est fixé à 1.500.000 FL.

Si l'activité consiste dans la compensation de factures à devises multiples, le bénéfice est déterminé sur base d'une rémunération adéquate, variant en fonction du risque de change et s'élevant au moins à 1 à 1,5 % du total des factures.

La prestation de services administratifs pour des sociétés étrangères ne donne pas lieu à création par ces sociétés d'un établissement stable au Luxembourg.

Le statut de société de coordination est accordé sur demande par l'administration des contributions.

Section 4. — Organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)

Les OPCVM de forme contractuelle constituent des masses indivises de valeurs mobilières, gérées par une société de gestion. Les OPCVM de forme statutaire sont des sociétés d'investissements à capital fixe ou à capital variables (SICAV).

Les OPCVM sont exonérés de tout impôt, sauf d'un droit d'apport fixe et d'une taxe d'abonnement de 0,06 % basée sur les avoirs nets. Aucune retenue à la source n'est prélevée en cas de distribution des produits (1). Les OPCVM constitués sous forme de sociétés de capital semblent toutefois être exclus de l'application des conventions signées

(1) Loi du 30 mars 1988. J.P. WINANDY, « Luxembourg : Investment Funds in Luxembourg », *Eur. Tax.*, 1988, p. 39 ; STEICHEN, « Luxembourg : New Investment Funds Law — April 1988 — Ucits », *ibid.*, 1989, p. 75.

par le Luxembourg. La loi prévoit la constitution d'OPC non publics (1). Ils pourraient être liés à un produit d'assurance-vie ou être utilisés par une entreprise pour créer un fonds de pension complémentaire.

Un groupe international d'entreprises pourrait l'utiliser pour la gestion collective d'une partie de ses avoirs.

(1) Loi du 19 juillet 1991 concernant les organismes de placement collectif dont les titres ne sont pas destinés au placement dans le public.

TITRE III

RÉORGANISATIONS INTERNATIONALES

Généralement, les fusions et autres apports d'universalité échappent à l'imposition en droit interne. En revanche, ces opérations sont imposées lorsque la société bénéficiaire de l'apport est étrangère.

Les conventions ne résolvent pas ce problème.

SOUS-TITRE PREMIER

DROIT DE LA CEE

CHAPITRE PREMIER. — PROPOSITION DE DIRECTIVE DE 1969

Une proposition de directive concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions et apports d'actif entre sociétés d'États membres différents (1) fut présentée en 1969, sans être jamais adoptée.

Cette proposition prévoyait l'application d'un régime fiscal commun qui aurait évité dans la mesure du possible une imposition à l'occasion d'une fusion, d'une scission ou d'un apport d'actif, tout en sauvegardant les intérêts financiers de l'État de la société apporteuse.

Le régime fiscal commun était le suivant :

(1) Proposition de directive du Conseil concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions et apports d'actif intervenant entre sociétés d'États membres différents, présentée par la Commission le 16 janvier 1969, *COM* (69) 5 final du 15 janvier 1969 et *J.O.C.E.* n° C 39 du 22 mars 1969, p. 1 ; Avis du Conseil économique et social du 26 juin 1969, *J.O.C.E.* n° C 100 du 1^{er} août 1969, p. 4 ; Avis du Parlement européen du 9 avril 1970, *J.O.C.E.* n° C 51 du 29 avril 1970, p. 12.

- aucun impôt sur la plus-value ne pourrait être perçu en cas de fusion ou de scission entre deux sociétés résidentes de deux États membres ; l'imposition serait reportée à un stade ultérieur ;
- aucune imposition ne frapperait l'attribution aux associés de la société apporteuse des titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire ;
- la société absorbée serait considérée comme un établissement stable de la société absorbante et les provisions et réserves immunisées ainsi que les pertes de la société apporteuse pourraient être transférées en franchise d'impôt dans la comptabilité de cet établissement stable ;
- un droit d'apport devrait être perçu.

La proposition de directive contenait également des dispositions précisant qu'un établissement stable qu'une société d'un État membre possédait sur le territoire d'un autre État membre serait imposé uniquement par l'État sur le territoire duquel il était situé — sauf option par la société pour un régime de bénéfice mondial — et que toute discrimination entre établissements stables de sociétés étrangères et sociétés nationales exerçant la même activité serait interdite.

CHAPITRE II. — LA DIRECTIVE « FUSIONS »

Une directive du Conseil CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents (1), vise à permettre la réalisation de ces opérations dans le cadre international.

Cette directive est prise sur base de l'article 100 du Traité et a pour but d'instaurer en faveur des opérations visées des règles fiscales neutres au regard de la concurrence afin de permettre aux entreprises de s'adapter aux exigences du marché commun, d'accroître leur productivité et de renforcer leur position concurrentielle sur le plan international.

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

Section 1. — Opérations visées

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

(1) Directive n° 90/434/CEE, *J.O.C.E.* n° L 225 du 20 août 1990, p. 1. Voy. LE GALL et DIBOUT, « La fiscalité des fusions d'entreprises communautaires », *Rev. dr. aff. intern.*, 1990, p. 992 ; CHOWN, « The mergers directive — Some broader issues », *Intertax*, 1990, p. 409 ; LARKING, « The Merger Directive : will it work ? », *Eur. Tax.*, 1990, p. 362 ; THÖMMES et TOMSETT, « Issues of the Implementation of the Merger Directive in the EC Member States », *E.C. Tax Review*, 1992, p. 228.

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

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

§ 1^{er}. — FUSIONS

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

A. Fusion absorption

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

Les associés de la ou des sociétés apporteuses reçoivent des titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire et, éventuellement, une soulte en espèces.

Cette soulte ne peut dépasser 10 % de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres de la société bénéficiaire émis en faveur des associés de la ou des sociétés apporteuses.

B. Fusion par création d'une société nouvelle

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

Les associés des sociétés apporteuses reçoivent des titres représentatifs du capital de la société bénéficiaire et, éventuellement, une soulte en espèces.

Cette soulte ne peut dépasser 10 % de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres émis par la société bénéficiaire.

C. Transfert de patrimoine à l'actionnaire unique (quasi-fusion, annexion, *concernfusie*)

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

Les trois opérations décrites sont celles qui sont organisées, sur le plan du droit des sociétés, par la troisième directive sociétés du 9 octobre 1978 concernant les fusions de sociétés anonymes (1). Cette directive concerne exclusivement les fusions internes, s'opérant au sein d'un même État membre. Elle ne vise que les fusions de sociétés anonymes.

Elle organise les opérations suivantes :

- fusion par absorption (2) ;
- fusion par constitution d'une nouvelle société (3) ;
- absorption d'une société par une autre possédant 90 % ou plus des actions de la première.

Les deux premières opérations sont définies dans les mêmes termes que ceux de la directive fiscale, avec la différence que la simultanéité du transfert du patrimoine et de la dissolution de la société apporteuse n'est pas expressément prévue. Il est précisé que la loi peut étendre ces deux régimes de fusion aux hypothèses où l'une ou plusieurs des sociétés absorbées ou disparaissant sont en liquidation, à condition que la répartition des actifs entre les actionnaires n'ait pas encore commencé (4).

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

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

- l'opération peut concerner deux sociétés apporteuses simultanément. Il est vrai que rien ne l'exclut dans la directive fiscale ;

(1) *J.O.C.E.* n° L 295 du 20 octobre 1978, p. 36.

(2) Art. 3.

(3) Art. 4.

(4) Art. 3.2 et 4.2.

- la société bénéficiaire doit, d'après la directive sociétés, posséder non seulement la totalité des titres représentatifs du capital de la société apporteuse, mais tous les titres conférant un droit de vote. La directive sociétés permet d'étendre le régime de cette quasi — absorption au cas où la société bénéficiaire possède 90 % ou plus, mais non la totalité des actions et autres titres de la société apporteuse (1). Cette hypothèse n'est pas prévue par la directive fiscale.

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

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

Aucune action de la société absorbante n'est échangée contre des actions de la société absorbée détenues par l'absorbante elle-même ou par l'absorbée. Dans le cas de quasi-absorption, la disposition relative aux actionnaires de la société absorbée est bien entendu sans objet (2). Le régime de la quasi-absorption peut également être appliqué à l'hypothèse où les titres de la société absorbée appartiennent non seulement à la société absorbante, mais également à des personnes qui les détiennent en nom propre, mais pour le compte de l'absorbante (3). Cette hypothèse n'est pas reprise dans la directive fiscale.

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

Tous les États membres ont dû ou doivent adapter leur droit interne à la directive sociétés-fusions. L'adaptation a été effectuée en droit belge par la loi du 29 juin 1993.

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

(1) Art. 29.

(2) Art. 24.

(3) Art. 26.

La proposition de dixième directive réglant cette matière (1) et concernant les fusions transfrontalières de sociétés anonymes n'a pas été adoptée.

Certains États estiment que, pour cette raison, la mise en application de la directive fiscale n'est pas possible dans l'ordre juridique à l'égard des fusions et d'ailleurs des scissions transfrontalières.

§ 2. — SCISSIONS

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

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

Il peut s'y ajouter une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres émis par les sociétés bénéficiaires. Les opérations visées sont celles que recouvre la sixième directive sociétés du 17 décembre 1982 concernant les scissions de sociétés anonymes en droit interne (2). Les opérations visées sont :

- la scission par absorption, en faveur de sociétés bénéficiaires existantes (3) ;
- la scission par constitution de nouvelles sociétés, en faveur de sociétés bénéficiaires nouvelles (4).

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

Dans la directive sociétés, il est précisé que la législation d'un État membre peut prévoir que la soulte en espèces dépasse 10 % ou que l'opération de scission ait lieu sans que la société scindée cesse d'exister (5).

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

(1) Proposition de directive du Conseil fondée sur l'article 54, § 3.G. du Traité. *Bull. CEE*, suppl. 3/85, *J.O.C.E.* n° C 23 du 25 janvier 1985.

(2) *J.O.C.E.* n° L 378 du 31 décembre 1982, p. 47.

(3) Art. 2.

(4) Art. 21.

(5) Art. 24 et 25.

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

Aucune action d'une société bénéficiaire n'est échangée contre les actions de la société scindée détenues par la société bénéficiaire, par la société scindée ou par une personne agissant en nom propre mais pour le compte de l'une d'elles (1).

En ce qui concerne les scissions transfrontalières, il n'existe même pas de proposition de directive sociétés. Lorsqu'elle sera organisée, la société européenne pourrait offrir tant pour les fusions que pour les scissions transfrontalières, un véhicule approprié (2). En tout cas, l'absence de cadre social approprié ne peut justifier un défaut de mise en application de la directive fiscale (3).

§ 3. — APPORTS D'ACTIFS (APPORT D'UNIVERSALITÉ OU APPORT DE BRANCHES D'ACTIVITÉS)

L'apport d'actif est défini comme l'opération par laquelle une société apporte, sans être dissoute, l'ensemble ou une ou plusieurs branches de son activité à une autre, moyennant la mise de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire.

La possibilité d'une soulte en espèces n'est pas ici prévue.

Apport de branches d'activités

La branche d'activité est définie comme l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une division d'une société qui constitue, du point de vue de l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens (4).

(1) Art. 17.

(2) Pour les projets successifs de statuts de la société anonyme européenne, voy. *J.O.C.E.* n° C 263 du 16 octobre 1989, p. 41 ; projet du 16 mai 1991, *J.O.C.E.* n° C 176 du 8 juillet 1971, p. 1.

(3) THÖMMES, « EG Binnenmarkt und das Belgische Unternehmenssteuerrechts », in G. JOSEPH, L. HINNEKENS, J. MALHERBE, J. VAN HOORN Jr. (éd.), *Nieuwe wegen voor het Belgisch internationaal belastingrecht ?*, 1993, p. 578.

(4) Art. 2.

La question de la définition d'une branche d'activité s'est également posée en application de la directive du 17 juillet 1969 concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux (1). L'apport par une ou plusieurs sociétés de capitaux d'une ou de plusieurs branches de leur activité à une ou plusieurs sociétés de capitaux en voie de création ou préexistantes a en effet d'abord été soumis à taxation à un taux réduit du droit d'apport (0,50 %), puis exonéré (2).

L'administration fiscale allemande avait refusé l'application du taux réduit à un apport par la Commerzbank AG à une société financière constituée conjointement par elle et le Crédit Lyonnais, dénommée Europartner, de cinq succursales situées dans la Sarre, au motif que ces succursales n'étaient pas entièrement autonomes et n'exerçaient pas une activité distincte par nature de celle du reste de l'entreprise.

La Cour de justice a estimé qu'une succursale constituait une branche d'activité au sens de la directive du 17 juillet 1969 dès lors qu'elle constituait un ensemble de biens et de personnes capable de concourir à la réalisation d'une activité déterminée (3).

Pour la Cour, le régime de faveur a pour but d'éviter l'existence d'obstacles fiscaux aux transferts d'actifs entre sociétés qui peuvent favoriser la réorganisation de l'entreprise, de diverses entités exerçant des activités identiques ou complémentaires. Il n'est pas lié au nombre d'activités qu'exerçait la société propriétaire de l'entité transférée, mais à la capacité de l'entité de contribuer, par son activité, au développement de l'entreprise bénéficiaire du transfert. Il n'est dès lors pas requis que la branche d'activité exerce une activité distincte de celle du reste de l'entreprise.

Les hypothèses suivantes sont à envisager :

1. La branche d'activité est située dans l'État de la société apporteuse, distinct de celui de la société bénéficiaire ; l'apport concerne sans nul doute des sociétés de deux ou plusieurs États membres.

2. La branche d'activité appartenant à une société du premier État membre est située dans le même État que la société bénéficiaire de l'apport : la directive ne serait pas applicable, l'exonération des plus-

(1) *J.O.C.E.* n° L 249 du 3 octobre 1969, p. 25.

(2) Art. 7, § 1^{er} b.

(3) C.J.C.E., 13 octobre 1992, aff. C 50/91, *Commerz Creditbank A.G.-Europartner c. Finanzamt Saarbrücken, Rec.*, I-5225.

values sur les éléments d'actif et de passif transférés ne s'appliquant qu'aux éléments d'actif et de passif qui, par suite de l'opération, sont effectivement rattachés à un établissement stable de la société bénéficiaire situé dans l'État membre de la société apporteuse.

Cette définition est reprise dans l'article 4, relatif à l'exonération applicable aux fusions ou scissions, mais s'applique par référence aux apports d'actifs (1). La filialisation d'un établissement stable situé dans le pays d'accueil ne serait donc pas visée par la directive.

3. La branche d'activité est située dans un État tiers, autre que celui de la société apporteuse et de la société bénéficiaire.

L'article 10 de la directive prévoit que, lorsque, dans les biens apportés à l'occasion d'un apport d'actif, comme d'ailleurs d'une fusion ou d'une scission, figure un établissement stable de la société apporteuse située dans un État membre autre que celui de la société apporteuse, ce dernier État renonce au droit de l'imposer.

On peut se demander si l'exonération s'appliquerait dès lors que la branche d'activité s'identifie à l'établissement stable ou s'il est requis qu'elle comprenne, outre l'établissement stable, des biens situés dans l'État de la société apporteuse. La limitation des biens apportés à ceux de l'établissement stable ne semble pas exclue par le texte.

Un établissement stable figurera dans les biens apportés. La condition est remplie, bien que l'apport ne contienne rien d'autre. On peut alors se demander à quel titre l'État membre autre que celui de la société apporteuse ne pourrait pas être l'État où est située la société bénéficiaire. L'article 10 s'appliquerait alors à la filialisation d'un établissement stable situé dans le pays de la société bénéficiaire, visée *sub* 2 ci-dessus (2).

Il serait d'ailleurs curieux que la directive couvre l'hypothèse inverse, à savoir la transformation, par voie de fusion, d'une filiale étrangère en un établissement stable situé dans un autre État que celui de la société mère (3).

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

(1) Art. 9.

(2) Comp. G. SASS, « Die Fusionsrichtlinie und die Mutter-Tochter Richtlinie », *Der Betrieb*, 1990, p. 2344.

(3) LARKING, « Permanent Confusion? The Role of the Permanent Establishment in the Merger Directive », *Eur. Tax.*, 1992, p. 304.

Apports d'universalité

Les mêmes problèmes se posent en cas d'apport d'universalité de biens. On pourrait en effet imaginer que cette universalité comprenne un établissement stable situé dans le pays d'accueil. L'article 10 serait sans nul doute applicable à un tel apport puisque l'établissement stable ne serait pas le seul objet de l'apport. L'hypothèse est ici comparable à celle d'une fusion ou d'une scission (1).

Le texte paraît également pouvoir s'appliquer à l'apport simultané de branches d'activités ou d'universalités par plusieurs sociétés à une ou plusieurs sociétés bénéficiaires (2).

Les apports d'actifs constituent des cas de succession à titre particulier et non à titre universel. Ils aboutissent à la création d'une ou, dans la dernière hypothèse visée, de plusieurs sociétés.

§ 4. — ÉCHANGES D' ACTIONS

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

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

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

Deux questions délicates se posent.

Lesquelles des trois sociétés concernées peuvent être situées dans deux États membres différents de la CEE ?

(1) SASS, « Die Fusionsrichtlinie und die Mutter-Tochter Richtlinie », *Der Betrieb*, 1990, p. 2344.

(2) SASS, *loc. cit.*

La directive définit la société acquise et la société acquérante en parallèle avec la société apporteuse et la société bénéficiaire concernées par les fusions, scissions et apports d'actifs. Il semble donc que la société acquise et la société acquérante doivent être situées dans la CEE, les associés de la société acquise pouvant, eux, être localisés en dehors de la CEE. La directive ne présuppose d'ailleurs pas que ces associés soient des sociétés.

Les plus-values qu'ils réalisent sont exonérées par l'article 8, mais cette exonération ne s'appliquera, si l'associé est situé en dehors de la CEE, que si ses titres sont investis dans un établissement stable situé dans un État membre de la CEE ou encore si, en l'absence de traité, l'État membre de la société acquise impose les plus-values réalisées par exemple sur participations importantes par des actionnaires non résidents.

Dans cette dernière hypothèse, on voit toutefois mal comment l'État membre concerné pourrait imposer à l'associé de ne pas attribuer aux titres reçus en échange une valeur fiscale plus élevée que celle des titres échangés, comme le requiert l'article 8.

À quel type d'acquisition majoritaire s'applique le régime d'exonération ?

Il couvre sans nul doute l'acquisition d'une majorité en une fois ou l'acquisition d'une participation supplémentaire permettant l'acquisition d'une majorité. Qu'en est-il de l'acquisition de la totalité des titres ou de l'acquisition successive d'une majorité et d'un complément augmentant cette majorité ?

Qu'en est-il enfin de l'acquisition d'une majorité en plusieurs étapes, par exemple dans le cadre d'une offre publique d'échange ?

En tout cas, l'échange de titres d'une filiale de la société acquérante contre les titres de la société acquise ne serait pas couvert.

La scission partielle (*demerger*) n'est pas couverte par la directive. Il s'agit de l'opération par laquelle une société apporte une partie de son patrimoine à une autre moyennant émission par cette autre d'actions qui sont remises directement aux actionnaires de la société apporteuse. Il ne s'agit ni d'une scission, puisque la société apporteuse n'est pas dissoute, ni d'un apport de branche d'activité, puisque les actions émises ne sont pas remises à la société apporteuse. Le transfert de siège social n'est pas davantage visé.

Une possibilité d'abus dans le cadre de l'échange d'actions peut exister si un État membre impose les plus-values sur titres et si un

autre ne les impose pas. La société actionnaire d'une société située dans un autre État membre échangerait alors au bénéfice de l'exonération ses titres contre des titres d'une holding qui pourrait ensuite lui distribuer l'équivalent de la valeur de sa participation sous forme de dividendes bénéficiant de l'exonération des sociétés mères, après que la société acquéreuse ait vendu à un tiers, par une opération non taxée, la participation acquise.

Des dispositions anti-abus pourraient être appelées à jouer. Le problème ne se posera pas si l'État du siège du vendeur applique, dans le cadre du régime des sociétés mères, l'imputation indirecte de l'impôt et non l'exonération des dividendes.

Section 2. — Régime fiscal commun

Le régime fiscal commun est le suivant :

— la fusion, la scission et l'apport d'actifs n'entraîneront aucune imposition de la plus-value — déterminée par la différence entre la valeur réelle des éléments transférés et leur valeur fiscale — réalisée à l'occasion de l'opération.

La société bénéficiaire devra calculer les amortissements, plus-values et moins-values afférents aux éléments transférés comme si l'opération n'avait pas eu lieu ;

— la société absorbée ou scindée ou la branche d'activité apportée sera considérée comme un établissement stable de la société bénéficiaire de l'apport et les provisions et réserves immunisées, ainsi que les pertes reportables, pourront être transférées en franchise d'impôt dans la comptabilité de cet établissement stable ;

— lorsqu'en cas de fusion ou de scission la société bénéficiaire détient des actions de la société apporteuse, la plus-value réalisée lors de l'annulation de sa participation ne pourra être imposée, sauf dérogation si la société bénéficiaire détient moins de 25 % du capital de la société apporteuse ;

— aucune imposition ne frappera l'attribution, à l'occasion d'une fusion, d'une scission ou d'un échange d'actions, aux associés de la société apporteuse, des titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire, à la condition que les valeurs fiscales restent inchangées ;

— en cas d'apport d'un établissement stable situé dans un État autre que celui de la société apporteuse, cet État renoncera à tout droit

- d'imposer l'établissement stable, sauf application d'un régime d'imposition du bénéfice mondial ;
- les États membres ont toutefois la possibilité de ne pas appliquer tout ou partie de ce régime d'exemption, notamment si l'opération n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables (1).

(1) TRIVOLI, « A tentative application of the anti-avoidance clause affecting mergers and acquisitions — as recently introduced in the Italian tax system by Article 10 of Law No. 408 of 29 December 1990 », *Intertax*, 1992, p. 119.

SOUS-TITRE II
DROIT BELGE

CHAPITRE PREMIER. — INCIDENCE
EN BELGIQUE
DE RÉORGANISATIONS ÉTRANGÈRES

Les plus-values réalisées à la suite de l'échange de parts dans des sociétés fusionnées, scindées ou transformées étaient, avant la loi du 25 juin 1973, toujours considérées comme des plus-values non réalisées et immunisées, lorsque les sociétés concernées étaient étrangères (1). Lorsqu'elles étaient belges, l'immunisation ne s'appliquait que lorsque la fusion, scission ou transformation intervenait en exonération de cotisation spéciale. Lorsque la cotisation spéciale était perçue, le boni de liquidation était déduit des bénéficiaires au titre de revenu mobilier exonéré. Cette « imperfection » du texte de la loi de réforme fiscale du 20 novembre 1962 a été corrigée en 1973 (2).

Toutefois, l'immunité a été maintenue lorsque les sociétés en cause ont leur siège dans un État membre de la Communauté économique européenne et lorsque l'opération est exonérée d'impôt dans cet État en vertu de dispositions analogues à celles des articles 211 à 214 du Code (3). Les parts nouvelles conservent, dans ce cas, la valeur des

(1) Tel est le cas en France, par tolérance administrative, quand l'opération concerne des sociétés étrangères. Les entreprises françaises peuvent ainsi envisager des restructurations internationales en franchise d'impôt (CASTAGNÈDE et TOLEDANO, *Fiscalité internationale de l'entreprise*, 1987, p. 378).

(2) Projet de loi modifiant le Code des impôts sur les revenus, en ce qui concerne, notamment, la taxation des plus-values, l'assiette et le calcul de l'impôt des sociétés et de l'impôt des non-résidents, ainsi que la répression de certaines formes de fraude et d'évasion fiscale, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1972-1973, n° 1, n°s 21-24, *Pasin.*, 1973, pp. 644-645 ; *Id.*, Rapport de la Commission des Finances de la Chambre, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 1972-1973, n° 7, p. 25, *Pasin.*, 1973, pp. 673-674 ; VERSTRAETE, *La réforme du Code des impôts sur les revenus, Commentaire de la loi du 25 juin 1973*, 1974, p. 63 ; VANISTENDAEL, *De inkomstenbelasting en de fusie van vennootschappen*, 1979, vol. I, p. 347.

(3) C.I.R., art. 45, al. 3.

parts anciennes pour le calcul des plus-values et des moins-values et sont censées avoir été acquises à la même date (1).

Cette exonération provisoire n'est applicable que si la société actionnaire belge comptabilise et maintient la plus-value à un compte distinct du passif (2).

L'exonération provisoire deviendra définitive lors de la réalisation ultérieure des actions reçues en échange dans la mesure où les conditions de l'article 192 du Code seront respectées.

Sauf dans ce cas, les sociétés belges, membres d'un groupe international, subissent un traitement différent lorsqu'une restructuration internationale entraîne la fusion, la scission ou la transformation de leurs filiales étrangères.

Si l'opération a en droit étranger la nature d'une distribution de dividendes, ce qui implique normalement qu'elle n'est pas immunisée dans le pays où elle se déroule, le boni de fusion ou de scission constituera un revenu définitivement taxé en vertu de l'article 202, 2°, du Code.

Si l'opération conduit en droit étranger à la réalisation d'une plus-value par l'actionnaire, la plus-value réalisée par l'actionnaire belge lors de l'échange des titres sera exonérée sur base de l'article 192. Il n'en sera autrement que lors de plus-values afférentes à des actions de sociétés établies dans la CEE, se réorganisant en exemption d'impôt. La plus-value sera alors, comme dit ci-dessus, considérée comme non réalisée.

Lors de la fusion d'une société belge et d'une société étrangère, les plus-values des sociétés actionnaires belges ne pourront généralement bénéficier de l'immunisation provisoire. Si la société absorbée est belge, l'exonération de l'article 211 ne sera pas applicable puisqu'elle requiert que la société absorbante ait son siège en Belgique. Il s'agit d'une liquidation soumise au régime des revenus définitivement taxés. Si une société belge absorbe une société étrangère, l'État étranger du siège de la société absorbée n'accordera en principe pas d'exonération à l'opération (3).

Toutefois, le régime de faveur français pourra être accordé à l'absorption d'une société française par une société étrangère, sur agré-

(1) C.I.R., art. 45, al. 2.

(2) C.I.R., art. 190.

(3) VANISTENDAEL, *De inkomstenbelasting en de fusie van vennootschappen*, 1979, vol. I, p. 348.

ment ministériel, subordonné à la condition du maintien en France d'un établissement stable au bilan duquel se retrouveront les éléments apportés. L'imposition, lors d'une réalisation ultérieure, des plus-values sur éléments non amortissables et la réintégration des plus-values sur éléments amortissables, contreparties de l'exonération, sont ainsi assurées (1).

L'absorption de la société étrangère par la société belge aura pour l'actionnaire belge les mêmes conséquences qu'une absorption de la société étrangère par une autre société étrangère.

Dans certains pays, l'acquisition par une société d'actions d'une autre est assimilée à une fusion : une société apportant les titres d'une filiale à une autre société et recevant en échange des titres de cette dernière bénéficiera de l'exonération (fusion « à l'anglaise ») (2).

En Angleterre, cette opération peut, sur agrément, bénéficier de l'exonération même si la société bénéficiaire de l'apport est étrangère. En revanche, l'absorption par une société étrangère sera toujours imposée.

De telles opérations d'apport ne peuvent être considérées au sens de l'article 45 du Code comme des fusions. Sauf si l'opération prend la forme d'une scission, les plus-values réalisées par l'actionnaire belge de l'apporteur seront donc taxées.

(1) C.G.I., art. 121, al. 2 et 210 C-2 ; Instruction du 4 juillet 1966, cfr Doc. base 13 D-21 ; GASTINEAU, *Le régime fiscal des fusions de sociétés et opérations assimilées*, 1980, pp. 372-373.

(2) C.G.I., annexe II, art. 30, C-I et 301 F ; CASTAGNÈDE et TOLEDANO, *Fiscalité internationale de l'entreprise*, 1987, p. 375.

CHAPITRE II. — APPORT D'ACTIF À UNE SOCIÉTÉ ÉTABLIE DANS LA CEE

La loi du 28 juillet 1992 a permis de transformer une société belge en holding d'une société étrangère établie dans la CEE puisque, donnant un effet partiel à la directive CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, elle étend l'immunisation des plus-values lors de l'apport d'une branche d'activité ou d'une universalité de biens à l'hypothèse où la société bénéficiaire de l'apport est étrangère, mais située dans la CEE.

Les biens transférés constitueront un établissement belge de la société. Lorsque l'affectation des biens à cet établissement cesse, les éléments transférés sont considérés comme réalisés.

Section 1. — Apport d'universalité

La loi fiscale permet à un contribuable belge de faire apport d'une universalité de biens à une société belge ou établie dans la CEE moyennant la remise d'actions représentatives du capital social de cette société avec exonération temporaire de la plus-value réalisée à cette occasion (1), pour autant que l'opération réponde à des besoins légitimes de caractère économique ou financier.

Cette disposition, prévue au titre de l'impôt de personnes physiques, est rendue applicable aux sociétés par l'article 190 C.I.R. L'article 190 C.I.R. est, comme la plupart des dispositions réglant la matière de l'impôt des sociétés, rendu applicable à l'impôt des non-résidents sociétés s'appliquant aux sociétés non résidentes disposant d'un établissement stable en Belgique par l'article 235, 2^o, C.I.R.

(1) C.I.R., art. 46, § 1^{er}, 2^o. La loi du 28 juillet 1992 a supprimé l'obligation de reconnaissance par le ministre des Finances, sur avis conforme du ministre des Affaires économiques ou du ministre des Classes moyennes, de ce que cet apport d'universalité tend à l'amélioration de la productivité, à la lutte contre le chômage ou à la rationalisation de l'économie (art. 40, § 1^{er}, 2^o, *b*, ancien).

Toutefois, deux conditions posées par la loi rendent impossible en pratique l'utilisation de cette faculté par l'établissement stable d'une société étrangère en Belgique :

1. L'exonération de la plus-value n'est possible que si le montant exonéré est porté et maintenu à un compte distinct de réserve immunisée du passif. Si cette condition cesse d'être observée, la quotité antérieurement exonérée est considérée comme un bénéfice obtenu au cours de la période imposable (1).

Par définition, si la totalité du patrimoine de l'établissement stable est apportée, l'établissement stable disparaît et ne tient plus de comptabilité belge dans laquelle un compte de réserve immunisée pourrait être maintenu. La condition ne peut donc être remplie.

Pour le respect de cette condition, il y a lieu d'avoir égard à la comptabilité de l'établissement belge et non à celle de la société étrangère (2).

2. L'article 236 du C.I.R. prévoit en outre, dans le seul cas de l'apport par un non-résident, que les actions reçues en rémunération de l'apport doivent demeurer affectées à l'exercice d'une activité professionnelle en Belgique. Cette affectation serait impossible si l'établissement stable, comme supposé ci-dessus, disparaissait.

C'est bien l'immunité de la plus-value initialement réalisée sur l'apport de l'actif net qui est conditionnée par le maintien des actions reçues dans un établissement stable belge. Il ne s'agit pas du régime fiscal de la plus-value à réaliser ultérieurement sur les actions reçues en rémunérations de l'apport, plus-values qui auraient été normalement non imposables en Belgique, puisque les plus-values sur actions ne sont plus taxables dans le chef des sociétés (3).

L'article 46 du Code des impôts sur les revenus procède d'une rédaction qui se veut conforme à la directive fiscale européenne du 23 juillet 1990 sur les fusions transfrontalières.

La condition de maintien de la plus-value dans une réserve immunisée ne semble pas conforme à cette directive.

D'autre part, l'article 231, § 2, du Code des impôts sur les revenus prévoit que, lorsqu'un établissement belge figure dans les biens

(1) C.I.R., art. 190.

(2) Cass., 6 juin 1967, *Pas.*, I, 1189, *Bull. contr.*, 455, p. 1469 ; Com. I.R., 142/10.

(3) C.I.R., art. 192 ; KLEYNEN, « Le droit fiscal belge au regard de la directive européenne sur les fusions et apports transfrontaliers : état des lieux au 1^{er} janvier 1993 », *R.G.F.*, p. 56 ; comp. KIRKPATRICK, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, 1993, p. 271, n° 5.77.

apportés à l'occasion de l'apport d'une universalité de biens par une société d'un État de la CEE à l'occasion d'une opération exonérée dans l'État de cette société, la plus-value constatée sur l'établissement est exonérée pour autant que l'établissement soit maintenu en Belgique (1).

On examinera ci-après les conditions d'immunité de l'apport d'une branche d'activité, à distinguer d'un apport d'universalité.

On peut se demander si l'établissement stable belge d'une société étrangère peut être considéré, non comme une universalité, mais comme une branche d'activité par rapport à l'entreprise étrangère prise dans son ensemble. Telle est l'interprétation qui est dégagée dans certains droits étrangers en ce qui concerne notamment l'apport d'un établissement stable en application de la nouvelle directive « fusions » CEE.

Cette interprétation n'est pas admise en droit belge, du moins d'après la doctrine administrative. Celle-ci a toujours considéré que, si une plus-value pouvait être immunisée par un établissement stable en cas d'apport de branche d'activité, une telle immunité ne se concevait pas en cas d'apport de l'intégralité du patrimoine d'un établissement (2).

Le commentaire administratif, rappelant que les plus-values réalisées à la suite de l'apport doivent être comptabilisées à un compte distinct du passif, poursuivait :

« Il s'ensuit qu'aucune immunité ne peut être accordée si un contribuable soumis à l'I.N.R. Soc. apporte l'intégralité du patrimoine de son établissement ou de ses établissements belges à une société belge ».

L'administration déduisait en outre, à tort, semble-t-il, du libellé de l'article 40, § 3, ancien, que l'immunité, dans le chef d'un non-résident, était soumise également à la condition que les actions reçues en

(1) Certains auteurs estiment en conséquence que la condition d'affectation des actions reçues en échange à l'exercice d'une activité professionnelle en Belgique, prévue à l'article 236 C.I.R., est rendue inopérante par l'application de l'article 231, § 2, au cas où une société résidente d'un État membre de la CEE fait apport de son établissement stable à une société résidente belge (KIRKPATRICK, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, 1993, p. 271 ; BLOCKERYE, *Réorganisations de sociétés anonymes belges*, 1994, p. 382), bien que, dans les travaux préparatoires de la loi du 28 juillet 1992, il ne soit nullement question de permettre une filialisation, même de sociétés de la CEE, en exemption d'impôt.

(2) Com. I.R., 142/11 ; SERVAIS, *L'apport de branches d'activités ou de l'universalité des biens entre sociétés belges*, 1982, p. 33, n° 111/60.

échange de l'apport restent reprises parmi les éléments d'actif de l'établissement belge.

L'administration opérait sans doute une confusion entre la plus-value sur actif et la plus-value ultérieure sur les actions reçues en échange de l'apport. Peu importe le bien-fondé antérieur de cette position, puisqu'elle a été maintenant confirmée expressément par l'article 236 du Code.

Section 2. — Apport de branche d'activité

Un établissement stable pourrait apporter à une société une branche d'activité. Il faudra que la branche d'activité réponde à la définition fiscale, inspirée par l'arrêté royal du 18 juillet 1972 pris en exécution de l'article 117, § 2, du Code des droits d'enregistrement exonérant de ce droit les apports de branches d'activités. Il s'agit de « l'ensemble des biens qui sont affectés par la société apportante à une ou plusieurs divisions de son entreprise, constituant chacune, au point de vue technique, une unité d'exploitation indépendante ».

Des participations et valeurs de portefeuille ne sont considérées comme appartenant à la branche d'activité que si elles sont normalement intégrées à l'exploitation de cette branche d'activité sans en constituer l'élément essentiel.

Lors de l'apport d'une branche d'activité, la plus-value réalisée pourra, si le contribuable exprime ce choix, être temporairement exonérée.

La plus-value pourra être immunisée, pour autant qu'il s'agisse d'un apport de branche d'activité, si la société bénéficiaire de l'apport a son siège social, son principal établissement, son siège de direction ou d'administration dans un État membre de la CEE et si l'apport est rémunéré exclusivement en titres de la société bénéficiaire.

L'administration considère toutefois qu'une soulte peu importante ne fait pas obstacle à l'immunité.

Quant au fait de reprendre le passif de la branche d'activité, il n'y a pas lieu de considérer que, dans cette mesure, il y aurait rémunération autrement qu'en droits sociaux.

La loi prévoit de plus que cette exonération ne sera accordée que pour autant que l'opération réponde à des besoins légitimes de caractère financier ou économique (1) Un *ruling* peut être demandé à l'ad-

(1) C.I.R., art. 46, § 1^{er}, al. 2, 2°.

ministration des contributions directes, tendant à obtenir de sa part un accord préalable sur ce fait (1).

Dans le cas où l'apport est immunisé, les valeurs fiscales des éléments apportés, à prendre en considération chez la société bénéficiaire de l'apport, seront les valeurs anciennes, déterminées, pour l'application des amortissements, déductions pour investissements, moins-values ou plus-values, comme si les actifs n'avaient pas changé de propriétaires.

Les conditions d'exonération des anciennes réserves immunisées, des réductions de valeurs et des provisions qui existaient chez l'apporteur resteront également applicables chez le bénéficiaire de l'apport dans la mesure où ces éléments se retrouvent chez ce dernier.

De façon assez illogique, les actions reçues en contrepartie de l'apport recevront une valeur fiscale identique à la valeur fiscale de l'actif net apporté chez l'apporteur.

Le fisc se réservait en fait la possibilité de taxer deux fois la même plus-value : une fois sur l'actif net, conservant son ancienne valeur chez la société bénéficiaire de l'apport ; une fois sur les actions, conservant la valeur ancienne de l'actif net chez l'apporteur.

Cette dernière possibilité a moins d'importance depuis que les plus-values sur titres sont de toute façon exonérées. Il n'est toutefois pas certain que cette exonération soit appelée à perdurer de façon indéfinie dans la législation belge.

En vertu de l'article 190 du Code, la plus-value exprimée lors de l'apport, c'est-à-dire la différence entre la valeur des actions reçues en contrepartie et la valeur fiscale des actifs apportés, doit être portée et maintenue à un compte distinct du passif, compte de réserves immunisées. Lors de la réalisation ultérieure des actions reçues en échange, qui, du point de vue fiscal, ont la valeur fiscale de la branche apportée, la plus-value réalisée sera inconditionnellement immunisée en vertu de l'article 192 du Code. Dès lors, la plus-value temporairement immunisée au passif du bilan restera non taxée : elle se transformera de réserve immunisée en réserve taxée par une majoration de la situation de début des réserves. La partie excédentaire se retrouvant dans le bénéfice comptable, au cas où le prix de réalisation est supérieur à la plus-value d'apport, sera également immunisée par la même technique.

(1) C.I.R., art. 345, § 1^{er}, al. 1^{er}, 1^o. — Arrêté royal du 9 novembre 1992 portant création d'une Commission des accords fiscaux préalables.

Toutefois, on peut se poser la question de savoir si la condition relative à l'expression de la plus-value à un compte distinct du passif est censée remplie depuis que l'arrêté royal du 3 décembre 1993 modifiant en matière de fusions et de scissions de sociétés l'arrêté royal du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises prévoit que la société apporteuse n'est plus autorisée à exprimer la plus-value d'apport lorsque l'apport est réalisé en immunité fiscale (1).

Les actions ne pourraient par ailleurs être comptablement transférées de l'établissement au siège central. En effet, le maintien de l'immunité sera subordonné, comme l'exige l'article 236, au maintien de l'affectation des actions à l'exercice d'une activité professionnelle en Belgique, c'est-à-dire, en pratique, à leur maintien dans un établissement stable de la société apporteuse en Belgique.

On peut se demander si cette condition n'est pas contraire à la clause de non-discrimination des conventions internationales, imposant de ne pas établir l'imposition d'un établissement stable belge de façon moins favorable que celle d'une entreprise belge.

En l'espèce, le régime d'imposition n'est pas moins favorable, mais il est assorti d'une condition supplémentaire qui n'est pas imposée aux entreprises belges.

Même indépendamment de cette condition, il serait difficilement concevable, si la plus-value est importante par rapport au total du passif, que les titres soient retirés de l'actif de l'établissement belge sans que la réserve immunisée constituée au passif pour accueillir la plus-value exonérée soit dissoute. L'autre condition de maintien de l'immunité, à savoir l'enregistrement continu de la plus-value dans un compte distinct de passif, cesserait donc également d'être remplie.

Section 3. — Apport sous-évalué

A. Plus-values

Serait-il concevable d'apporter une branche d'activité de l'établissement stable à une société belge en évaluant l'apport à sa valeur comptable, extrêmement basse ou proche de zéro ?

Le remplacement de l'actif net de l'établissement par l'action ou les actions reçues en échange dégagerait-il une plus-value taxable indépendamment du fait qu'un élément d'une valeur comptable détermi-

(1) BLOCKERYE, *Réorganisations de sociétés anonymes belges*, 1994, p. 377.

née serait remplacé par un autre élément ayant la même valeur comptable ?

Il faut d'abord s'interroger sur la valeur réelle des quelques actions qui seraient remises en rémunération de l'apport. Pour la facilité de l'analyse, on parlera d'une action unique.

La valeur de cette action doit être appréciée par rapport à la fraction du patrimoine de la société bénéficiaire de l'apport qu'elle représente.

Pour ce faire, il faut partir de la valeur réelle du patrimoine de la société bénéficiaire de l'apport.

Si cette valeur est faible et si l'apport a une valeur importante, la valeur de l'action sera néanmoins faible.

En revanche, si le patrimoine de la société bénéficiaire de l'apport recèle également d'importantes plus-values non exprimées, il est fort possible que la valeur de l'action se rapproche en fait, pour la fraction du patrimoine total de la société bénéficiaire de l'apport qu'elle représente, de la valeur réelle de l'apport fait par la succursale.

Cette question de fait doit être préalablement résolue.

Dans l'hypothèse où les actions reçues ont une valeur aussi faible que la valeur comptable de l'apport, il paraît difficile de considérer que l'opération révèle une plus-value taxable, puisque non seulement aucune plus-value n'est révélée par l'apport, mais qu'en outre aucune plus-value n'est en fait réalisée. L'opération est uniquement à envisager dans le cadre de l'octroi par la succursale d'un avantage anormal ou bénévole à la société bénéficiaire de l'apport.

Si la valeur patrimoniale de l'action reçue est supérieure à la valeur comptable de l'apport, y a-t-il, malgré l'identité des valeurs comptables dans la comptabilité de l'apporteur, plus-value taxable ?

Deux points de vue ont été exprimés à cet égard dans la doctrine. Pour certains, il y a dans ce cas plus-value, au seul motif que l'élément reçu en contrepartie de l'apport a une valeur réelle supérieure à la valeur comptable de celui-ci.

Cette position est adoptée par l'administration (1).

(1) Circ. n° Ci.D. 19/416.334 du 7 mars 1991, n° I/150, Commentaire de l'art. 32quinquies, C.I.R., inséré par l'art. 258, L. 22 décembre 1989 portant des dispositions fiscales et modifié par l'art. 1^{er}, L. 28 décembre 1990 relative à diverses dispositions fiscales et non fiscales, *Bull. contr.*, 1991, n° 704, p. 786.

Il en a été jugé ainsi en cas d'apport d'immeubles à une société apparemment constituée à seule fin de recevoir les immeubles. Ces immeubles avaient été apportés à leur valeur comptable.

La Cour a estimé que la valeur vénale des titres reçus en échange donnait l'importance de la plus-value taxable réalisée à l'occasion de cette opération et que la valeur vénale des titres était influencée par la valeur réelle des immeubles apportés (1). L'annotateur s'exprime comme suit :

« En faisant apport à une filiale étrangère d'éléments de son actif, la société belge réalise ces éléments. Il faut vérifier si cette réalisation ne révèle pas une plus-value et, pour ce faire, évaluer les actions émises par la filiale que la société belge a reçues en échange de son apport.

Rien n'oblige l'administration à s'en tenir à la valeur nominale de celles-ci et, si les apports sont sous-évalués, la valeur réelle des actions dépasse cette valeur nominale ».

Certains auteurs font même application d'une « théorie des libéralités », unanimement critiquée en doctrine, selon laquelle l'opération serait taxée comme si l'apport avait été évalué à la valeur du marché (2).

D'après une seconde opinion, une plus-value n'est taxable que non seulement s'il y a eu échange d'un actif moyennant une contrepartie, mais en outre si l'opération révèle la plus-value (3). Cette condition ne serait pas remplie en cas d'apport en nature d'un bien à sa valeur comptable. Dans cette hypothèse, le bien est réalisé, mais la plus-value ne l'est pas (4).

Cet avis est conforté par un avis de la Commission des normes comptables, compétente pour interpréter la loi comptable, celle-ci s'imposant, sauf dérogation expresse, pour la détermination des revenus imposables.

(1) Bruxelles, 2 mars 1968, *Rev. fisc.*, 1969, p. 125 ; note B. *sub* Cass., 3 novembre 1965, arrêt relatif à la problématique des avantages anormaux et bénévoles, *J.P.D.F.*, 1966, p. 47.

(2) Note B. précitée, *ibid*, du moins en un certain sens ; SERVAIS, *L'apport de branche(s) d'activités ou de l'universalité des biens entre sociétés belges*, 1982, p. 58, n° 121/16.

(3) KIRKPATRICK, « Examen de jurisprudence, 1968 à 1982, Les impôts sur les revenus et les sociétés », *R.C.J.B.*, 1984, p. 738, n° 47.

(4) *Ibid*.

La Commission était interrogée sur la question de savoir si, lors d'un apport normal, la différence entre la valeur conventionnelle des actions reçues et la valeur comptable du bien constitue un produit susceptible d'être porté au compte de résultats.

La Commission a répondu par l'affirmative au motif que « lorsqu'un bien ou une valeur entre dans le patrimoine de l'entreprise par suite d'une convention avec un tiers, c'est la valeur conventionnelle qui doit être retenue, sous réserve des adaptations ultérieures de celle-ci au titre de réduction de valeur, d'amortissement ou de réévaluation. Si cette valeur conventionnelle n'était pas retenue, la relation née avec un tiers serait ignorée, si pas dans son principe, du moins dans les valeurs sur lesquelles elle porte, dans la comptabilité et les comptes annuels » (1).

Si l'on applique *mutatis mutandis* ce raisonnement en cas d'apport sous-évalué, on pourrait en déduire que, dans cette hypothèse également, c'est la valeur conventionnelle de l'apport qui sert de base de calcul d'une plus-value éventuelle.

Certains auteurs ont souligné que la question de savoir si une plus-value était révélée par l'opération était une question de fait, laissée à l'appréciation du juge du fond et que celui-ci pourrait déduire cette « révélation » de tous éléments. Il adopterait sans doute une interprétation large à cet égard (2).

Il est donc fort difficile à l'heure actuelle de dégager une certitude juridique quant à la prise en considération d'une plus-value taxable dans l'hypothèse d'un apport sous-évalué dont la contrepartie consiste en actions ayant une valeur supérieure à la valeur comptable utilisée pour l'apport.

Si la seconde thèse paraît la plus conforme au texte de la loi, un risque fiscal considérable subsiste, d'autant plus que l'administration se rallie à la première thèse dans sa circulaire la plus récente.

B. Avantage anormal ou bénévole

L'article 26 du Code des impôts sur les revenus prévoit que, lorsqu'une entreprise établie en Belgique accorde des avantages anormaux ou bénévoles, ceux-ci sont ajoutés à ses bénéfices propres sauf

(1) *Bulletin de la Commission des normes comptables*, n° 26, mars 1991, n° 157/2.

(2) VAN CROMBRUGGE, « Bemerkingen nopens het begrip en de belastbaarheid van verwezenlijkte of uitgedrukte meerwaarden op bedrijfsactiva », *Mélanges Krings*, 1991, pp. 1113-114, n° 20.

s'ils interviennent pour déterminer les revenus imposables des bénéficiaires.

Il convient par conséquent de rechercher si la sous-évaluation d'un apport constitue en elle-même un tel avantage anormal ou bénévole.

Sous l'empire de l'article 24 ancien du C.I.R. (remplacé par l'art. 26) qui ne s'appliquait qu'aux avantages consentis à des entreprises étrangères, l'affirmative a été décidée à l'occasion de l'apport par une société belge d'un portefeuille titres à une société holding étrangère à une valeur inférieure à sa valeur réelle (1). Pour la Cour de cassation, la transfert de la réserve occulte constitue un avantage. Son montant est dès lors ajouté au bénéfice de la société qui le consent.

Ce raisonnement est très certainement critiquable si les actions reçues ont la même valeur réelle que l'apport.

Il est peut-être admissible si l'action a une valeur inférieure à la valeur réelle de l'apport.

(1) Cass., 2 mai 1962, *Pas.*, I, 968, *R.P.S.*, 1962, p. 243, obs. critiques KIRKPATRICK ; Cass., 3 novembre 1965, *J.P.D.F.*, 1966, p. 40, obs. critiques BALTUS sur ce point.

CHAPITRE III. — DROIT COMPARÉ

FRANCE

Section 1. — Opérations visés

Le droit français ayant été adapté aux troisième et sixième directives sociétés sur les fusions et les scissions par la loi du 5 janvier 1988, ces opérations sont définies comme des dissolutions sans liquidation (1). La loi assimile, sur le plan du droit des sociétés, à une fusion la transmission universelle de patrimoine à une société qui détient déjà la totalité du capital de la société absorbée (fusion sans augmentation de capital). Cette opération ne s'accompagne pas d'un échange de droits sociaux.

Toutefois, l'administration fiscale refuse de l'assimiler à une fusion. La doctrine administrative devrait être modifiée sur ce point (2).

Les scissions visées sont celles dans lesquelles les actions nouvelles des sociétés bénéficiaires sont attribuées aux actionnaires de la société apporteuse proportionnellement à leurs droits dans le capital de celle-ci. Ne sont donc pas envisagées les scissions avec faculté de retrait des actionnaires minoritaires (3).

La définition de l'apport de branche d'activité correspond à celle de la directive fiscale. La branche d'activité a été définie par la Cour de cassation comme « l'ensemble des éléments qui constituent une exploitation autonome susceptible de fonctionner par ses propres moyens » (4). Cette définition est conforme à celle de la directive du 23 juillet 1990.

L'échange d'actions est assimilé par la loi à un apport de branche d'activité quand il s'agit d'un apport de participations portant sur

(1) Loi du 24 juillet 1966, art. 371 et suiv. ; C. civ., art. 1844-5 pour la société à associé unique.

(2) NOËL, « France : Implementation of the EC Merger Directive », *Eur. Tax.*, 1992, p. 230.

(3) 6^e dir. du 17 décembre 1982, art. 5.2.

(4) Cass. com., 6 février 1990, *Société Naegelen Distribution*, *Dr. fisc.*, 1991, M.7, com. 281 ; *Bull. Joly*, § 119, p. 377, obs.

plus de 50 % du capital de la société dont les titres sont apportés. Cette assimilation est, comme on le verra, inadéquate.

La directive vise non seulement les apports d'actions, impliquant une augmentation de capital, mais également les échanges de titres contre des actions propres détenues par la société acquéreuse, voire par sa société mère ou des filiales.

De plus, la loi définit la participation comme représentant 50 % du capital de la société acquise alors que la directive définit la participation dans la société acquise comme conférant la majorité des droits de vote et non du capital.

Toutes les opérations exonérées bénéficient du régime de faveur dès lors qu'elles concernent des sociétés passibles de l'impôt des sociétés. Ce terme vise non seulement les sociétés effectivement soumises à l'impôt en France, par exemple parce qu'elles y ont un établissement lorsqu'il s'agit de sociétés étrangères, mais toutes les sociétés qui seraient soumises à l'impôt en France si elles y remplissaient les conditions d'assujettissement à l'impôt. La définition correspond donc à celle de la directive.

La loi française ne pose aucune exigence quant à la forme sociale ou à la résidence.

En revanche, les apports de titres ne peuvent bénéficier du régime de faveur que s'ils sont fait à des société soumises à l'impôt sur les sociétés, ce qui pourrait impliquer une exigence d'assujettissement effectif à l'impôt en France, du moins selon l'interprétation administrative (1). Même la notion de société soumise à l'impôt semble devoir s'identifier à la notion de société passible de l'impôt et n'exiger qu'un assujettissement potentiel (2). Le droit français ne régleme pas les fusions ou scissions réalisées avec des sociétés étrangères. Toutefois, rien n'empêche qu'une société étrangère transmette son patrimoine sans liquidation à une société française si la loi de son siège le permet.

L'absorption par une société étrangère d'une société française est également possible, mais, emportant changement de nationalité de la société absorbée, elle devrait être votée à l'unanimité des associés, une

(1) Note 11 octobre 1990 : BOI 5B-25-90 ; *Dr. fisc.*, 1990, M 46-47, ID 10.126.

(2) DEROUIN et LADREYT, « L'incomplète adaptation du régime fiscal des fusions de sociétés et opérations assimilées à la directive communautaire du 23 juillet 1990 », *Dr. fisc.*, 1992, p. 227 et réf. citées.

telle décision dépassant les pouvoirs de l'assemblée générale en l'absence de convention spéciale avec le pays d'accueil (1).

Rien ne s'oppose à un apport partiel d'actifs ou à un échange d'actions avec une société étrangère.

Section 2. — Régime fiscal

§ 1^{er}. — RÉGIME DE LA SOCIÉTÉ APORTEUSE ET DE LA SOCIÉTÉ BÉNÉFICIAIRE

A. Fusion

1. *Plus-values*

Les plus-values réalisées par la société apporteuse sont exonérées chez celle-ci, qu'elles concernent des immobilisations ou des actifs circulants tels que les stocks.

Le champ d'application de la loi a été étendu à ces derniers, conformément à la directive. La société absorbante doit inscrire à son bilan les éléments autres que les immobilisations amortissables pour la valeur fiscale qu'ils avaient chez l'absorbée et calculer les plus-values ou moins-values ultérieures d'après cette même valeur.

Elle doit réintégrer dans ses bénéfices imposables, au taux de droit commun, les plus-values à court terme et à long terme constatées lors de la fusion sur les éléments amortissables. En contrepartie, elle peut calculer les amortissements et plus-values ou moins-values ultérieures sur base de la valeur réelle des immobilisations amortissables lors de leur transfert. La réintégration a lieu en cinq ans ou, pour les immeubles, en quinze ans.

La directive permet le maintien de ce régime puisqu'elle autorise l'imposition des plus-values dès lors que la société bénéficiaire est admise à calculer les nouveaux amortissements et les plus-values ou moins-values dans des conditions différentes de celles qui supposent le maintien de leur valeur fiscale chez l'absorbée, lorsque la société bénéficiaire use de cette faculté.

(1) Loi du 24 juillet 1966, art. 154.

Il semble toutefois, d'après la directive, qu'il s'agisse d'une faculté (1). La société absorbante doit prendre des engagements exprès à cet égard dans l'acte de fusion et tenir un état du suivi des valeurs fiscales des biens bénéficiant d'un report d'imposition, ainsi qu'un registre du suivi des plus-values sur éléments d'actifs non amortissables donnant lieu à report d'imposition.

L'omission de l'engagement dans l'acte ou le défaut de production de l'état qui doit être joint à la déclaration du résultat entraîne la taxation immédiate de la plus-value.

La société absorbée peut opter pour l'imposition immédiate, au taux réduit de 18 %, de la plus-value à long terme globale afférente à ces éléments amortissables. Les plus-values ainsi libérées ne doivent plus être comprises dans les plus-values que la société absorbante devra réintégrer au taux de droit commun dans ses bénéfices imposables.

2. *Provisions et réserves*

Les provisions qui conservent leur objet échappent à l'impôt et doivent être reprises au passif du bilan de la société absorbante, celle-ci prenant également l'engagement de reprise dans l'acte de fusion.

Le régime de faveur n'est pas obligatoire : les sociétés peuvent se placer sous le régime de droit commun, entraînant l'imposition de la plus-value de fusion et des provisions. Lorsque l'opération comporte un apport d'une société française à une société étrangère, un agrément préalable des ministères de l'Économie et des Finances doit être donné (2). En application de la directive, il ne saurait être refusé que dans le cadre de la prévention de la fraude ou de l'évasion fiscale, comme prévu à l'article 11.

3. *Transfert des pertes*

Seule la société absorbante peut continuer à déduire ses déficits antérieurs à la fusion. L'abus de droit ne pourrait être invoqué à cet égard si la fusion présente un intérêt économique et n'a pas un caractère fictif.

Le déficit est limité à cinq ans. Les déficits provenant d'amortissements comptabilisés en période déficitaire cessent de bénéficier d'une

(1) À noter que, bien que le régime spécial soit généralement plus avantageux, il n'a pas de caractère obligatoire en France. Les sociétés françaises peuvent donc renoncer à s'en prévaloir et opter pour le régime de droit commun (*Francis Lefebvre*, 7608).

(2) C.G.I., art. 210 C-2.

possibilité de report illimité en raison de la fusion et ne peuvent donc plus être reportés que dans la limite du délai de cinq ans.

Le déficit de la société absorbée ne peut être reporté sur les bénéfices de la société absorbante que moyennant agrément spécial.

La directive n'imposant que l'égalité de traitement, ce dispositif ne souffre pas de critiques.

L'établissement stable de la société bénéficiaire situé en France ne pourra donc reporter les pertes de la société apporteuse que moyennant agrément.

4. *Participation de la société bénéficiaire dans la société apporteuse*

La plus-value est, comme l'exige la directive, exonérée d'impôt. Il en est d'ailleurs de même si la société absorbée détient une participation dans l'absorbante.

B. Scissions

L'opération est soumise au même régime que celui des fusions, à condition toutefois qu'un agrément préalable ait été donné pour l'ensemble des opérations. À défaut d'agrément, la scission donne lieu à imposition comme une dissolution.

L'agrément ne pourra être refusé, pour les scissions transfrontalières visées par la directive, que dans le but d'éviter une fraude ou une évasion fiscale.

C. Apport partiel d'actif

L'apport partiel d'actif peut, sur agrément, bénéficier du régime des fusions.

L'agrément n'est pas requis si l'apport partiel d'actif porte sur une branche complète d'activité ou sur des éléments y assimilés, à savoir des participations portant sur plus de 50 % du capital de la société dont les titres sont apportés.

La société apporteuse doit prendre l'engagement, dans l'acte d'apport :

- de conserver les titres émis en contrepartie de l'apport pendant cinq ans ;
- de calculer les plus-values ultérieures de cession de ces titres par référence à la valeur fiscale des biens apportés dans son propre bilan.

L'engagement de détention des titres pendant cinq ans est contraire à la directive, sauf dans la mesure où il pourrait s'analyser comme la prévention d'une fraude ou d'une évasion fiscale.

L'obligation d'attribuer aux titres émis en représentation de l'apport la valeur fiscale des éléments apportés est contraire à la directive, qui pose comme seule condition du régime d'exonération le maintien par la société bénéficiaire de la valeur fiscale que les éléments apportés avaient chez la société apporteuse.

L'extension de cette exigence aux titres reçus en échange de l'apport aboutit en fait à une double imposition potentielle, lors de la revente des actifs apportés et lors de la revente des titres reçus en représentation de l'apport. Cette double exigence se comprend en cas de fusion ou de scission, car il y a deux plus-values à taxer, la plus-value d'apport des actifs et la plus-value d'échange des titres. Dans le cas d'un apport partiel d'actifs, une plus-value n'est dégagée que sur l'apport des actifs.

Ce dispositif a été justifié à tort par la nécessité de ne pas donner à l'apport partiel d'actifs des avantages fiscaux plus étendus que ceux qui découleraient d'une fusion complète (1). Il n'existait pas avant la loi de finances pour 1976.

L'administration se basait sur l'existence de cette condition pour soumettre à agrément préalable la filialisation par une société étrangère de son établissement en France. Par définition, la société étrangère ne pouvait s'engager à calculer les plus-values de cession des titres par rapport à la valeur fiscale antérieure des éléments apportés, puisqu'elle cessait d'être imposable en France et puisque, si une convention internationale s'appliquait, cette convention attribuait le droit d'imposer les plus-values de cessions d'actions à l'État du siège de la société apporteuse.

L'agrément devrait désormais être accordé même si cette condition n'est pas remplie, puisqu'elle est de toute façon contraire à la directive.

D. Échange d'actions

L'échange d'actions étant assimilé à un apport partiel d'actifs, la société acquérante, qui a reçu, par exemple, en échange d'une augmentation de capital, les titres de la société acquise, doit calculer les

(1) GASTINEAU, *Le régime fiscal des fusions de sociétés et opérations assimilées*, 1980, p. 218.

plus-values de cession ultérieures des titres de la société acquise d'après leur valeur fiscale chez la société apporteuse (1). C'est ici l'obligation imposée à la société acquérante, assimilée à la société bénéficiaire d'un apport de branche d'activité, qui est incompatible avec la directive.

En revanche, l'obligation imposée à l'associé antérieur de la société acquise, apportant sa participation, d'attribuer aux titres reçus en échange de celle-ci la valeur fiscale des titres échangés est conforme à l'article 8.2 de la directive et analogue à l'obligation imposée aux associés d'une société apporteuse en cas de fusion.

L'obligation imposée à la société acquérante ne saurait d'ailleurs être respectée par une société étrangère à laquelle les titres de la société acquise seraient apportés. Cette participation ne constituerait en effet pas un établissement stable en France.

§ 2. — IMPOSITION DES ASSOCIÉS DES SOCIÉTÉS CONCERNÉES

En cas de fusion, de scission ou d'apport de participation assimilé à un apport de branche d'activité, comme en cas d'offre publique d'échange, les plus-values réalisées par les associés de sociétés apporteuses ou par les sociétés cédantes de titres sont exonérées moyennant l'engagement de calculer les plus-values par référence à la valeur fiscale des titres anciens.

L'exonération n'est pas liée au maintien de la valeur comptable des titres au bilan. L'administration pourra exercer son contrôle grâce à l'état du suivi des valeurs fiscales des biens bénéficiant d'un report d'imposition.

Les plus-values des particuliers sont exonérées dans les mêmes conditions, mais il semble que les opérations exonérées soient néanmoins prises en compte pour déterminer le montant annuel des cessions à comparer avec le seuil d'imposition.

Qu'en est-il d'autre part en cas de succession d'opérations exonérées ? Il semble que le report d'imposition prendrait fin, en raison d'une cession, si par exemple, une fusion succédait à une offre publique d'échange (2).

(1) C.G.I., art. 210 A-3-C.

(2) DEROUIN et LADREYT, « L'incomplète adaptation du régime fiscal des fusions de sociétés et opérations assimilées à la directive communautaire du 23 juillet 1990 », *Dr. fisc.*, 1992, p. 231.

ÉTATS-UNIS

Formation, réorganisation et liquidation de sociétés

D'après le droit fiscal américain, diverses opérations peuvent, comme dans d'autres pays, être réalisées sans reconnaissance d'un gain ou d'une perte au motif que l'imposition ultérieure du gain ou la déduction ultérieure de la perte reste garantie par une continuité d'actionnariat.

Lors de la constitution d'une société, gains ou pertes ne sont pas reconnus sur les actifs qui lui sont transférés en contrepartie d'actions si le cédant détient, après le transfert, 80 % au moins des actions dotées du droit de vote de la société créée (1).

Diverses réorganisations peuvent également s'effectuer sans conséquences fiscales (2), ni pour les sociétés concernées (3) ni pour leurs actionnaires (4).

Certains attributs fiscaux, tels que les bénéfices (*earnings and profits*) et le report déficitaire, sont généralement transférés d'une société à l'autre.

Ces réorganisations sont habituellement décrites par référence aux alinéas de la disposition légale qui les organise.

Type A : absorption (*merger*) ou fusion (*consolidation*) conformément aux lois d'un État des États-Unis.

Type B : acquisition par une société de 80 % des actions ayant le droit de vote d'une autre société en échange d'actions ayant le droit de vote de la société acquéreuse.

Il en résulte que les actionnaires de la société acquise deviennent actionnaires de la société acquéreuse.

Type C : acquisition par une société de la quasi-totalité des actifs d'une autre société en échange d'actions ayant le droit de vote de la société acquéreuse.

(1) IRC § 351.

(2) IRC § 368.

(3) IRC § 361.

(4) IRC § 354.

La société acquise reçoit des actions de la société acquéreuse et les distribue à ses actionnaires en liquidation.

Les actionnaires de la société acquise deviennent actionnaires de la société acquéreuse.

Type D : constitution par une société mère d'une nouvelle filiale à laquelle elle transfère tout ou partie de ses actifs.

Les actions de la nouvelle société sont distribuées aux actionnaires de la société mère.

Type E : changement de structure dans le capital d'une société sous forme, par exemple, de substitution d'un type d'actions à un autre.

Type F : changement d'identité, de forme ou de siège d'une société.

La liquidation d'une filiale en faveur d'une société mère détenant 80 % des actions ayant le droit de vote de la filiale est également exonérée d'impôt (1).

Dans la mesure où les actifs transférés ou les actions échangées demeurent soumis à la fiscalité américaine, la taxation est simplement différée.

Dans la mesure où ils quittent les États-Unis, le législateur devait se réserver la possibilité d'exiger une imposition immédiate.

Une autre préoccupation résulta de la création, en 1962, des sociétés étrangères contrôlées. Puisque les plus-values réalisées sur actions d'une société étrangère contrôlée, lors de leur vente ou de la liquidation de la société, sont traitées comme des revenus ordinaires (2), il fallait éviter que des actions puissent quitter le domaine des sociétés étrangères contrôlées pour entrer dans celui des sociétés étrangères de droit commun.

Pendant de nombreuses années, la section 367 du Code se borna à prévoir qu'en déterminant la mesure dans laquelle un gain serait reconnu dans le cas d'échange ou de distribution donnant normalement lieu à non-reconnaissance d'un gain, une société étrangère ne serait pas considérée comme une société, sauf s'il était établi préalablement à l'opération que l'échange ou la distribution ne résultait pas d'un plan ayant un but d'évasion fiscale.

Le contribuable demandait des *rulings* à l'administration.

En 1984, pour atteindre une plus grande sécurité juridique, la section 367 fut modifiée pour énumérer les conditions d'exemption ou de

(1) IRC § 330.

(2) IRC § 1248.

taxation, tout en laissant une large latitude aux règlements administratifs (*regulations*).

Le texte distingue les transferts en direction de l'étranger (*outbound transfers*) (1) et les autres transferts, comprenant les transferts en direction des États-Unis (*inbound transfers*) et les transferts entièrement étrangers, tels les échanges entre deux sociétés étrangères (2).

§ 1^{er}. — TRANSFERTS VERS L'ÉTRANGER
(*OUTBOUND TRANSFERS*)

Les transferts vers l'étranger ne comprennent pas le transfert d'actions d'une société étrangère qui est elle-même incluse dans une réorganisation.

En effet, les actifs sous-jacents se trouvent déjà dans le domaine fiscal étranger et le problème doit être réglé dans ce cadre.

Généralement, les biens transférés à une société étrangère pour être utilisés par elle dans la conduite active d'un commerce ou d'affaires en dehors des États-Unis peuvent être transférés sans reconnaissance d'un gain.

Sont exclus de cette faveur les stocks, de nombreux droits intellectuels et les actifs de type financier. Par exemple, les biens donnés en location subiront une imposition si le bail est consenti à la société cessionnaire et s'éteint donc en raison du transfert.

Deux dispositions visent à préserver les droits du Trésor.

Si une succursale étrangère est transformée en filiale, un gain doit être reconnu à concurrence des pertes antérieurement déduites aux États-Unis.

Lors d'un transfert de biens amortissables, un gain doit être reconnu à concurrence des amortissements antérieurement déduits aux États-Unis.

En ce qui concerne le transfert de droits immatériels, une conception entièrement nouvelle a été adoptée en 1984 et étendue en 1986. Le transfert doit être accompagné et suivi de l'inclusion dans le revenu du cédant de montants en relation avec le revenu attribuable aux droits immatériels transférés (3).

(1) IRC § 367 (a) et § 367 (d). SIAS, « Transfers of Property to Foreign Entities Under Section 367 (a) (3) (C) », *International Tax Journal*, vol. 18, 1991-92, n° 3, p. 31.

(2) IRC § 367 (b).

(3) IRC § 367 (d).

Il s'agit d'un pas en direction d'une suppression partielle du report dans le temps de l'imposition aux États-Unis des profits de filiales (*deferral*). Elle s'accompagne d'une modification parallèle de la section 482 relative au transfert entre personnes apparentées.

§ 2. — TRANSFERTS EN DIRECTION DES ÉTATS-UNIS
(*INBOUND TRANSFERS*) ET TRANSFERTS ÉTRANGERS

La matière est entièrement régie par des *regulations*.

Leur but général est d'assurer une taxation quand des actifs sont déplacés du domaine des sociétés étrangères contrôlées vers celui des sociétés étrangères de droit commun.

Si l'opération concerne des sociétés étrangères contrôlées, filiales d'une autre société étrangère contrôlée, l'imposition pourra être évitée si elle est assurée dans l'avenir au stade de la société étrangère contrôlée mère.

De même, une imposition égale à celle d'un dividende fictif est exigée lorsque des actifs passent d'une société étrangère contrôlée à une société américaine.

Ainsi, lorsqu'une filiale étrangère est liquidée en faveur de sa société mère américaine, tous les bénéfices (*earnings and profits*) attribuables aux actions détenues par la société mère doivent être considérés comme un revenu.

À défaut, la liquidation est considérée comme donnant lieu à un gain taxable.

En revanche, la liquidation d'une sous-filiale étrangère en faveur d'une filiale étrangère bénéficie du régime de la non-reconnaissance du gain.

Les actifs concernés demeurent dans le domaine fiscal étranger.

Les constitutions de filiales par des filiales étrangères ne donnent pas davantage lieu à reconnaissance d'un gain, sauf si l'apport comprend les actions d'une société étrangère contrôlée et si des actionnaires américains de la société perdent leur statut d'actionnaires de société étrangère contrôlée.

Les fusions de sociétés étrangères ne seront jamais considérées comme des fusions au sens du droit américain (réorganisation de type A).

L'application des règles américaines peut créer des obstacles sérieux aux fusions que la directive européenne a voulu libéraliser (1).

Le professeur O'Connor l'a démontré par différents exemples.

Envisageons la fusion d'une société belge, filiale d'une société américaine, et d'une société néerlandaise, filiale d'une société française.

Bien que non accompagnée d'une liquidation de la société belge au sens technique du terme, l'opération peut constituer une réorganisation de type C puisque la société néerlandaise a acquis tous les actifs de la société belge et que des actions de la société néerlandaise ont été attribuées à la société américaine, actionnaire de la société belge.

Si la société américaine ne détient pas plus de 50 % des actions de la société néerlandaise après l'opération, elle a reçu des actions d'une société étrangère non contrôlée en échange d'actions d'une société étrangère contrôlée et doit inclure dans ses bénéfices les bénéfices reportés de la société belge (2).

(1) O'CONNOR, « US Views on Current European Parent-Subsidiary Tax Developments », *International Tax Journal*, vol. 18, 1991-92, p. 81. Comp. TOMSETT, « The Impact of EC Tax Directives on US Groups with European Operations », *B.I.F.D.*, 1992, p. 123.

(2) O'CONNOR, *op. cit.*, p. 86.

PAYS-BAS

Les fusions juridiques sont réglées par le Code civil (1), mais exclusivement pour les fusions internes. Une disposition de la loi nouvelle permet au ministre des Finances, en cas de fusion ou scission définie par la directive, d'exonérer les avantages résultant de la fusion ou de la scission.

Les scissions de société ne sont pas réglées, même en droit interne, aux Pays-Bas.

La fusion d'entreprise (*bedrijfsfusie*), s'identifiant à un apport d'universalité ou de branche d'activité, était exonérée par l'article 14 de la loi d'impôt des sociétés de 1969.

Cette disposition a été adaptée à la directive fiscale fusions pour l'étendre aux apports faits à une société étrangère (2).

Le texte vise également, sans problème, l'apport fait par une société étrangère de son établissement stable aux Pays-Bas à une société néerlandaise. Cette opération était déjà admise administrativement.

En revanche, la filialisation de l'établissement stable étranger d'une société néerlandaise sous forme d'une société étrangère ne semble pas couverte. Normalement, elle ne donne pas lieu à imposition en raison de l'exonération des établissements stables étrangers. Toutefois, des différences de calcul relatives aux bénéfices exonérés pourraient se produire.

Le texte exonère la cession par un contribuable de son entreprise ou d'une partie indépendante de son entreprise, dans le cadre d'une fusion d'entreprises (*bedrijfsfusie*), à une autre entité qui est déjà contribuable ou qui le devient par la cession à condition que la perception ultérieure de l'impôt soit assurée.

Les conditions d'exonération sont les suivantes :

- les titres acquis ne peuvent être aliénés pendant trois ans après la cession ;

(1) Titre 7, livre 2.

(2) BETTEN, « Netherlands : Implementation of the merger directive », *Eur. Tax.*, 1993, p. 42.

- il n'y a fusion d'entreprise que si le but est la réunion durable de l'entreprise ou de la partie indépendante d'entreprise apportée à une autre entreprise ou à une partie indépendante de cette autre entreprise ;
- la société bénéficiaire ne peut disposer de pertes reportables ;
- les contribuables doivent être soumis au même mode d'établissement de l'impôt.

Ces conditions doivent être limitées au cadre des dispositions anti-abus de la directive. Dans leur formulation stricte, elle les dépasse.

Le ministre peut toutefois donner son agrément à l'opération dans le cas où elle ne tendrait pas à un rassemblement durable d'entreprises ou de parties indépendantes d'entreprises, dans la mesure où la société bénéficiaire disposerait de pertes reportables, si les mêmes dispositions n'étaient pas applicables à la détermination du bénéfice imposable des deux sociétés ou si la perception de l'impôt ne pouvait être assurée que moyennant d'autres conditions. Dans ce cas, l'exonération peut être partielle.

L'interdiction d'aliénation des titres reçus en échange de l'apport n'appartient pas aux conditions auxquelles il est permis de renoncer.

Report des pertes

En règle générale, les pertes de la société apporteuse lui restent propres. Une dérogation pourrait être accordée dans des cas exceptionnels, si la société apporteuse cessait d'être contribuable aux Pays-Bas et perdait ainsi la possibilité de reporter ses déficits.

Dans le cas d'apport d'un établissement stable étranger, les pertes qui auraient été déduites par la société hollandaise au titre des déficits de cet établissement ne seront réintégrées dans les résultats que si la société étrangère issue de la filialisation distribue des dividendes. L'exemption de participation sera alors refusée à due concurrence (1).

La récupération immédiate des pertes antérieures n'aura lieu que s'il y a aliénation de la participation, diminution de l'intérêt de la société actionnaire dans sa filiale ou transfert de la participation dans un établissement stable étranger.

Échange d'actions (aandelenfusie)

L'exonération des fusions par échange d'actions est également étendue pour couvrir l'acquisition par une société d'un État membre,

(1) Wet VpB 1969, art. 13 c.

contre remise de ses propres actions, d'actions d'une société d'un autre État membre lui conférant plus de la moitié des droits de vote (1).

L'opération n'est exonérée que si la fusion d'actions a pour but de créer entre la société acquérante et la société acquise une unité financière et économique durable. Cette condition doit être vue comme une disposition anti-abus. Elle est double : les deux sociétés doivent exploiter des entreprises ; les deux entreprises doivent être réunies. La condition dépasse le cadre de la directive.

Actionnaire personne physique

L'actionnaire qui détient une participation importante dans une société néerlandaise ou étrangère est en principe soumis à l'impôt sur la plus-value.

Actionnaire résident néerlandais

L'imposition est différée jusqu'à l'aliénation des actions reçues en échange (2). Si l'actionnaire n'acquiert pas une participation dépassant le pourcentage de participation importante, il est toutefois censé, fictivement, continuer à disposer d'une participation importante.

S'il quitte les Pays-Bas dans les cinq ans, la plus-value devient imposable (3).

Actionnaire non résident

Les actionnaires non résidents sont également imposés, sauf traité, sur les plus-values sur cessions de participations importantes qu'ils détiennent dans des sociétés néerlandaises (4).

Si la société acquérante est néerlandaise, les Pays-Bas peuvent consentir l'exonération puisqu'ils conservent la possibilité de taxer. En revanche, ils la perdent si la société acquérante est étrangère. En principe, l'exonération ne jouera pas dans cette hypothèse.

Cette réglementation est contraire à la directive. Il est proposé dès lors de ne pas recouvrer l'impôt si le contribuable conserve les actions reçues en échange pendant cinq ans.

(1) Wet IB, art. 14 B.

(2) Wet IB 1964, art. 40.

(3) Wet IB 1964, art. 40 (a).

(4) Wet IB 1964, art. 48 et art. 49, al. 1, c.

Actionnaire entreprise

Il s'agira d'un remplacement donnant lieu à constitution d'une réserve de remplacement non taxée.

Actionnaire société

L'exemption de participation exonérera l'échange si la participation répond aux conditions de l'exemption. Pour les autres hypothèses, la loi nouvelle exclut des bénéficiaires ceux qui sont réalisés dans les conditions de l'article 14 b de la loi sur les revenus.

ROYAUME-UNI

Fusions et scissions

La directive n'est pas mise en application pour les fusions et scissions qui ne sont pas réglées par le droit des sociétés anglais (1).

Transfert d'actifs

Le transfert de tout ou partie d'un commerce exercé au Royaume-Uni est exonéré dans la mesure où les actifs demeurent affectés par la société acquérante non résidente à un commerce au sein d'une succursale anglaise.

Transfert d'un établissement stable étranger

Le Royaume-Uni évitant la double imposition par un système de crédit d'impôt étranger, s'accompagnant d'une taxation du revenu mondial, un crédit d'impôt fictif est accordé pour l'impôt étranger qui se serait appliqué au transfert.

Échange d'actions

L'exemption, qui s'appliquait déjà aux échanges concernant 25 % du capital ordinaire de la société acquise ou aux échanges résultant d'une offre générale d'acquisition, est étendue à l'acquisition du contrôle votal de la société acquise, sur le plan intérieur comme sur le plan transfrontalier.

(1) CLAYSON, « United Kingdom : Government Implements the Merger Directive (or some of it anyway) », *Eur. Tax.*, 1992, p. 370 ; LURIE, « Adoption of the EC Parent-Subsidiary and Mergers Directives by the United Kingdom », *Tax Planning International Review*, 1992, n° 2, p. 10. Comp. MUDDIMAN, « Implementation of the EC Merger Directive in Ireland », *ibid.*, 1992, n° 6, p. 11.

ALLEMAGNE

Fusions

La fusion par absorption ou par création d'une société nouvelle peut être exonérée si l'imposition ultérieure des réserves occultes est assurée par un transfert d'actif à la valeur fiscale ancienne, si la contrepartie consiste uniquement en actions nouvelles et si tous les actifs et passifs sont transférés.

Les pertes des sociétés qui disparaissent ne sont pas transférées.

Les associés des sociétés concernées ne réalisent pas davantage, en cas de fusion exonérée, de plus-values taxables. Les actions nouvelles conservent la valeur comptable des actions anciennes.

La loi allemande ne prévoyant pas, sur le plan du droit des sociétés, la fusion transfrontalière, cette partie de la directive ne sera pas mise en application.

Scissions

Les scissions ne sont pas réglées par le droit allemand, mais un décret administratif du ministère des Finances les permet, *praeter legem*, à condition que les actions nouvelles ne soient pas aliénées dans les cinq ans suivant la scission.

Des groupes d'actionnaires ne peuvent être séparés par la scission que si chaque groupe a acquis ses parts cinq ans au moins avant la scission. Toutes les sociétés concernées doivent être imposables sans limitation et la taxation ultérieure des réserves occultes doit être assurée.

Cette réglementation ne s'applique dès lors pas aux scissions transfrontalières.

Transfert d'activités d'affaires

Des activités d'affaires peuvent être transférées dans leur totalité ou sous forme du transfert d'une division distincte. La plus-value ne sera pas imposée si les valeurs fiscales anciennes sont conservées chez le cessionnaire.

Le transfert d'un établissement stable étranger d'une société allemande à une société étrangère ne donnait pas lieu à imposition, puis-

que les profits imputables à l'établissement stable étranger n'étaient taxables, conventionnellement, que dans le pays de situation de l'établissement.

En revanche, l'apport de l'établissement stable en Allemagne d'une société étrangère à une société allemande était taxable, puisque la plus-value ultérieure, à réaliser lors de l'aliénation des actions reçues en échange, n'était plus soumise à impôt en Allemagne. L'Allemagne perdait donc le droit de taxer les réserves occultes.

La loi mettant en application la directive prévoit une possibilité d'exemption fiscale dans tous les cas de transferts transfrontaliers de la totalité des actifs d'une société ou d'une division d'entreprise en échange d'actions d'une société établie dans la CEE (1).

Il peut s'agir de la division d'un établissement stable.

Dispositions anti-abus

Si les actifs de l'établissement stable d'une société non résidente sont transférés à une société allemande, le transfert sera taxé si les actions nouvelles sont aliénées dans les sept ans. Cette aliénation sera difficile à contrôler pour le fisc allemand.

Transfert d'actions

Le transfert de la totalité des actions d'une société en échange d'actions de la société acquérante était exonéré. Les actions déjà détenues par la société acquérante n'étaient pas prises en considération. Le transfert d'une participation inférieure était exonéré dans la mesure où les actions échangées et les actions reçues étaient considérées comme identiques en valeur, nature et fonction.

La loi mettant en application la directive étend l'exonération à l'acquisition d'une majorité des droits de vote et aux opérations transfrontalières.

L'impôt s'applique si les actions sont revendues dans les sept ans suivant le transfert, sauf dans le cadre d'une opération tombant dans le champ d'application de la directive.

(1) WIDMANN, « The influence of the merger directive on German tax law », *Intertax*, 1990, p. 412 ; KÖSTER, « Germany : Implementation of the EC merger Directive », *Eur. Tax.*, 1992, p. 196 ; KNOBBE-KEUK, « Transfer of residence and of branches between freedom of establishment, the merger directive and German transformation tax law », *Intertax*, 1992, p. 4 ; RÄDLER, « Effets, sur les sociétés allemandes, des directives de la Communauté du 23 juillet 1990 concernant les fusions et les relations sociétés mères et filiales » *Rev. dr. aff. intern.*, 1991, p. 977.

SIXIÈME PARTIE

**PROCÉDURE FISCALE
INTERNATIONALE**

TITRE PREMIER

PROCÉDURE AMIABLE

La Convention OCDE institue une procédure d'entente amiable pour le règlement des difficultés soulevées par l'application de la Convention (1).

Les autorités compétentes des deux États devront s'efforcer de régler, par voie d'accord amiable, la situation des contribuables faisant l'objet d'une imposition non conforme à la Convention (2).

Les autorités compétentes des deux États sont habilitées à résoudre suivant la même voie les problèmes relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention et, d'autre part, à se concerter en vue d'éviter la double imposition dans les cas non prévus par la Convention.

Les autorités peuvent à cet effet communiquer directement entre elles, sans passer par la procédure diplomatique, et, si elles le jugent opportun, se concerter au sein d'une commission mixte spécialement créée à cet effet.

Même si, dans le cadre d'une procédure amiable, les administrations fiscales de deux pays sont arrivées à un accord, le contribuable conserve les recours prévus par sa législation nationale.

Les administrations fiscales belge et luxembourgeoise, sur base de la convention liant les deux pays, avaient attribué à la Belgique le

(1) Art. 25. Cfr CARDYN et DEPRET, *Procédure fiscale contentieuse*, 5^e éd., t. I, *Aspects internationaux*, 1987, p. 3 ; COREMANS, « Procédure amiable — Procédure et pratique », Rapport belge, XXXV^e Congrès international de droit financier et fiscal, Berlin, 1981, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXVI a, p. 213 ; LAGAE et BEHAEGHE, « Internationale meervoudige belasting, de regeling voor onderling overleg en het Belgisch fiscaal recht », in G. JOSEPH, L. HINNEKENS, J. MALHERBE, J. VAN HOORN Jr., *Het Belgisch internationaal belastingrecht in ontwikkeling*, 1993, p. 703. Sur le modèle 1992, cfr FINK, « Taxation of the permanent establishment (Articles 5 and 7), associated enterprises (Article 9) and the mutual agreement procedure (Article 25) », *Intertax*, 1992, p. 676.

(2) NOVACK, « Resolution of competent authority issues », *ibid.*, 1989, p. 88 ; HUNTER, « Double taxation — Dispute resolutions through competent authority », *ibid.*, p. 106 ; BEAMS, « Obtaining Relief through Competent Authority Procedures and Treaty Exchange of Information : The US Approach », *B.I.F.D.*, 1992, p. 199.

droit de taxer à concurrence de 20 % les rémunérations d'un chauffeur de camion. Le contribuable a fait valoir que le cinquième de ses prestations, effectuées en Belgique, restait en deçà de la limite des 183 jours permettant à la Belgique de taxer ses rémunérations. La Cour a constaté que ses activités s'exerçaient au Grand-Duché et que seul ce pays pouvait l'imposer, la convention ne prévoyant pas dans cette hypothèse un fractionnement des rémunérations (1).

(1) Liège, 24 juin 1992, *F.J.F.*, n° 93/3.

TITRE II

ÉCHANGE D'INFORMATIONS

CHAPITRE PREMIER. — CONVENTIONS FISCALES ET DROIT DE LA CEE

§ 1^{er}. — RÈGLES GÉNÉRALES

La Convention OCDE précise dans quelles conditions des renseignements pourront être échangés entre administrations (1).

Une première question concerne les rapports entre lois nationales et traités.

La communication d'informations par le fisc national à l'administration étrangère n'est possible que si un traité la prévoit. À défaut, le secret imposé à l'administration fiscale s'y opposerait.

Les échanges fondés sur les traités commerciaux ont lieu soit en vertu du traité lui-même qui, dans plusieurs ordres juridiques, aura prééminence sur la loi nationale, soit en vertu de lois permettant l'échange d'informations dès lors qu'il est prévu par un traité international.

(1) Art. 26 ; **LEBRUN**, « Conventions préventives de double imposition ratifiées par la Belgique, Échange de renseignements entre administrations fiscales — Procédure amiable — Assistance au recouvrement », *J.D.F.*, 1977, p. 5 ; *The exchange of information under tax treaties*, Proceedings of the 19th Technical Conference of the Inter-American Center of Tax Administrators C.I.A.T., 1978 ; **DANIELS**, *De grensoverschrijdende gegevenswisseling door belastingadministraties*, 1987 ; **LAGAE** et **BEHAEGHE**, « Internationale samenwerking tussen fiscale administraties », in **STORME** et **VAN CROMBRUGGE** (éd.), *Actuele problemen van fiscaal recht*, XV^e Postuniversitaire lessencyclus Willy Delva, 1989, p. 285 ; **DE BROE**, « Internationale vestigingsbijstand tussen België, de E.E.G.-lidstaten, Zwitserland en de Verenigde Staten van Amerika op het vlak der inkomstenbelastingen en BTW », *T.R.V.*, 1990, p. 71 ; **A. BAILLEUX**, « L'échange des informations dans le cadre de l'assistance administrative internationale », Rapport belge, XLIV^e Congrès de droit financier et fiscal, Stockholm, 1990, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXV b, p. 227 ; **Ph. MALHERBE**, « Le contrôle de l'impôt dans le contexte européen », *J.D.F.*, 1991, p. 321 ; **VANDERHEYDEN**, « De controle in internationaal verband-dubbelbelastingverdragen », in *Gentse Geschriften : De fiscale controle*, 1993, p. 255. ; **VERSCHRAEGEN**, « De controle in internationaal verband », *ibid.*, p. 283.

En particulier, les États membres de la Communauté économique européenne ont introduit des dispositions législatives ou réglementaires spécifiques mettant en œuvre la directive CEE 77/799 du 19 décembre 1977 concernant l'assistance mutuelle dans le domaine des impôts directs, étendue à la TVA par la directive 79/1070 du 6 décembre 1979.

En revanche, rien n'interdit au fisc d'utiliser des informations qui, par hypothèse, auraient été obtenues à l'étranger, même dans le silence de la loi. Il est toutefois extrêmement peu vraisemblable que de telles informations proviennent directement de l'administration fiscale étrangère en l'absence de traité, pour les raisons exposées ci-dessus.

Il est en revanche possible qu'elles proviennent de sources indirectes. L'administration pouvant faire usage des moyens de preuve de droit commun, notamment des présomptions, on ne voit pas ce qui s'opposerait à l'utilisation de renseignements obtenus légitimement à l'étranger.

En quoi la protection du contribuable diffère-t-elle dans l'échange international d'informations et dans la communication interne d'information (1) ?

A. Champ d'application des conventions

Une première garantie du contribuable est à trouver dans le champ d'application *ratione personae* et *ratione materiae* des dispositions conventionnelles relatives à l'échange d'informations.

Dans chaque cas, la comparaison sera utile entre les conventions conclues selon les modèles OCDE de 1963, de 1977 ou de 1992, le modèle ONU se rattachant en l'espèce à l'article 26 dudit modèle, les conventions bilatérales relatives aux seuls échanges d'informations, conclues essentiellement par les États-Unis, et les conventions multilatérales.

Parmi celles-ci, on citera la convention d'assistance mutuelle entre les pays nordiques du 9 novembre 1972 liant le Danemark à la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède et la convention de Cartha-

(1) J. MALHERBE, « La protection de la confidentialité en matière fiscale », Rapport général, XLV^e Congrès international de droit financier et fiscal, Barcelone, 1991, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXVI b, p. 21 ; BISCHER, « Protection of Confidential Information in Tax Matters », *International Tax Journal*, vol. 19, 1992-93, n^o 2, p. 48.

gène liant le Pérou, l'Équateur, la Bolivie, la Colombie et le Vénézuéla.

On ne commentera que la convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, rédigée sous les auspices conjoints du Conseil de l'Europe et de l'OCDE, ci-après dénommée Convention du Conseil, ouverte à la signature le 25 janvier 1988 (1).

La directive CEE précitée fonctionne également comme une convention multilatérale, encore que son application soit à l'heure actuelle essentiellement bilatérale.

1. *Ratione personae*

En ce qui concerne le champ d'application *ratione personae* des dispositions relatives à l'échange d'informations, les traités conclus conformément au modèle OCDE 1963 limitaient l'échange aux résidents des États contractants.

Cette réserve a été levée par le modèle OCDE 1977, prévoyant que l'échange d'informations n'est pas limité par l'article 1 de la convention.

La Convention du Conseil prévoit expressément (art. 1.3) que l'assistance administrative sera accordée sans distinction selon la résidence ou la nationalité des personnes affectées.

2. *Ratione tributi*

Ratione tributi, la Convention OCDE couvre les informations nécessaires à l'exécution du traité et des lois internes des États contractants concernant les impôts visés par la convention, dans la mesure où l'imposition est conforme (modèle 1963) ou non contraire (modèle 1977) à la convention.

La directive CEE vise les impôts sur les revenus et la fortune et a été étendue à la taxe à la valeur ajoutée.

La Convention du Conseil couvre tous les impôts de la manière la plus large, à l'exception des droits de douane. Elle s'étend aux cotisations de sécurité sociale obligatoires dues aux organismes de droit public et aux impôts des catégories visées qui sont perçus pour le

(1) DANIELS, « Council of Europe/OECD convention on mutual administrative assistance in tax matters », *Intertax*, 1988, p. 101 ; PENNEY, « Implications of the Council of Europe and OECD Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters », *Tax Planning International Review*, 1988, vol. 15, n° 6, p. 3.

compte des subdivisions politiques ou des collectivités locales de l'État.

B. Limites de la divulgation

La communication d'informations peut être refusée lorsqu'elle conduirait à divulguer un secret commercial, industriel ou professionnel, un procédé commercial ou une information dont la divulgation serait contraire à l'ordre public de l'État requis.

La Convention du Conseil ajoute au texte de la Convention OCDE la possibilité de refus de renseignements lorsque la communication est contraire aux intérêts essentiels de l'État requis.

Les clauses conventionnelles relatives à la protection du secret sont plus larges que les obligations du droit interne qui se limite généralement à protéger le secret professionnel. Toutefois, leur application est facultative. L'État requis pourrait donc décider de transmettre à l'État requérant un secret commercial dans la mesure où sa divulgation est, par exemple, nécessaire à l'appréciation de prix de transfert entre entreprises liées. S'il exerce cette faculté de façon fautive, une action en dommages et intérêts serait ouverte au contribuable.

C. Garantie de procédure

Le contribuable et les tiers interrogés se voient également accorder une garantie de procédure. L'information ne doit pas être communiquée lorsqu'elle ne peut être obtenue sur base de la législation ou dans le cadre de la pratique administrative normale de l'État requis ou de l'État requérant. Cette disposition est commune aux conventions bilatérales, à la directive et à la Convention du Conseil.

La Commission des Communautés économiques européennes avait proposé une modification à la directive prévoyant, compte tenu des risques de fuite des capitaux, après la libération des mouvements financiers dans la CEE, vers des pays protégeant le secret bancaire, que, lorsque l'État requérant faisait valoir des raisons précises permettant de présumer qu'un de ses résidents avait transféré des fonds importants dans l'État requis sans déclaration des revenus correspondants, l'État requis ne pourrait se prévaloir de sa propre pratique administrative pour refuser la communication de l'information. Bien que cette modification ne remette pas en cause le refus sur base de la légalité de l'action administrative, elle n'a pas pu rencontrer l'accord de tous les États membres de la CEE. D'une façon générale, il

est admis qu'en l'absence de dispositions spécifiques, la notion de secret commercial ne couvre pas le secret bancaire.

L'information peut être refusée si l'imposition est contraire à la convention. Certaines conventions permettent également de refuser l'information lorsque l'imposition est discriminatoire. La Convention du Conseil permet le refus tant si son application aboutit à une discrimination que si l'imposition est contraire aux principes d'imposition généralement admis ou aux dispositions d'une convention fiscale ou non fiscale (1).

La directive CEE est plus restrictive que les conventions bilatérales. L'information doit être refusée lorsque la loi ou la pratique administrative de l'État requis ne lui permettent pas de recueillir ou d'utiliser les informations pour ses propres besoins (2).

La convention modèle américaine, inspirée du modèle OCDE, prévoit que l'information communiquée devra le cas échéant revêtir certaines formes requises pour l'admission des preuves en justice aux États-Unis. Il s'agira notamment de dépositions de témoins et de copies certifiées de documents originaux, pour autant que les lois et la pratique de l'État requis le permettent en ce qui concerne ses propres impôts. Une demande spécifique sera formulée à cette fin par l'État requérant. Généralement, les formes de la procédure américaine, particulièrement respectueuses des droits de la défense, ajoutent plutôt à la protection du contribuable.

D. Secret fiscal

D'une façon générale, le secret qui s'impose aux fonctionnaires fiscaux en droit interne sera étendu aux renseignements obtenus en exécution de conventions internationales. De plus, les conventions limitent par leur texte même le champ des personnes auxquelles les informations obtenues en exécution de conventions internationales peuvent être communiquées. Il s'agira d'abord des personnes chargées de l'établissement, de la perception et du recouvrement des impôts. Le modèle OCDE 1963 limitait à ces personnes la communication des renseignements fournis. Le modèle 1977, reproduit en 1992, précise expressément que les personnes visées comprennent les tribunaux et organes administratifs concernés par l'établissement et le recouvrement des impôts. S'y ajoutent les personnes concernées par les procé-

(1) Art. 21.2 E et F.

(2) Art. 8.1.

dures ou poursuites concernant les impôts et par les décisions sur les recours y relatifs. Il s'agit toujours des impôts visés par la convention.

Il pourra, d'après le modèle OCDE, être fait état des renseignements communiqués au cours d'audiences publiques des tribunaux ou dans des jugements. La directive CEE permet à l'État requis de s'opposer à l'usage des informations communiquées lors d'audiences ou de jugements.

Son champ d'application procédural est plus large en ce qu'elle permet l'utilisation de l'information dans le cadre d'une procédure judiciaire, d'une procédure pénale ou d'une procédure entraînant l'application de sanctions administratives, engagée en vue de l'établissement ou du contrôle de l'impôt ou en relation avec cet établissement ou ce contrôle (1). L'État requis peut, si sa législation ou sa pratique administrative établissent à des fins internes des limitations plus étroites, ne fournir les informations que si l'État requérant s'engage à les respecter (2).

Aux termes de la directive, le champ de communication peut également être élargi : si la législation de l'État requis permet l'utilisation des informations à d'autres fins, l'État requis peut permettre la même utilisation dans l'État requérant (3).

De plus, toujours en application de la directive, l'État requérant peut, avec l'autorisation de l'État requis, transmettre l'information à un autre État membre de la CEE (4).

La Convention du Conseil contient (5) un libellé identique à celui du modèle OCDE 1977. Elle prévoit toutefois la nécessité, pour l'usage des informations dans les audiences publiques ou les jugements, de l'autorisation préalable de l'État requis, sauf si les Parties contractantes ont renoncé de commun accord à cette condition. De plus, la Convention du Conseil permet les mêmes extensions de communication que la directive (6), étant entendu que les États tiers bénéficiaires de la communication sont des Parties contractantes.

Indépendamment des conventions multilatérales précitées, concernant les impôts indirects, il y a lieu de citer la convention du 29 avril

(1) Art. 7.1.

(2) Art. 7.2.

(3) Art. 7.3.

(4) Art. 7.4.

(5) Art. 22.2.

(6) Art. 22.4.

1969 concernant la coopération administrative et judiciaire dans le domaine des réglementations se rapportant à la réalisation des objectifs de l'Union économique Benelux et son protocole additionnel portant des dispositions propres à la matière des impôts. Les autorités des trois pays se communiquent spontanément ou sur demande tous renseignements utiles à l'application des lois et règlements en matière de TVA et de douanes et accises. Les renseignements ainsi recueillis peuvent être utilisés en vue de l'application d'autres dispositions fiscales. Ils ne peuvent être communiqués à d'autres personnes qu'avec l'accord de l'autorité qui les a fournis, donné conformément à la législation de son pays et pour autant que la législation du pays de l'autorité qui les a reçus ne s'oppose pas à cette communication.

§ 2. — SUBSIDIARITÉ

Le commentaire du modèle OCDE 1963 suggérait l'application en matière d'échange international d'une règle générale de subsidiarité. Il ne pouvait être recouru à la demande d'échange d'informations entre États que si l'information disponible dans les sources internes était insuffisante ou devait être corroborée (1). Cette règle n'est pas reprise dans le commentaire du modèle 1977-1992.

La Convention du Conseil prévoit que l'État requis n'est pas tenu de donner suite à une demande si l'État requérant n'a pas épuisé tous les moyens dont il dispose sur son propre territoire, à moins que leur usage ne donne lieu à des difficultés disproportionnées (2).

§ 3. — PROCÉDURE

Dans certains pays, l'échange d'informations s'accompagne d'une notification qui permet, le cas échéant, l'exercice d'un recours. La notification n'est toutefois pas toujours adressée au contribuable qui est l'objet de la recherche fiscale. Aux Pays-Bas, en cas d'échange sur demande, c'est à la personne à laquelle l'information est demandée que la notification est faite et c'est elle qui peut exercer le recours.

En revanche, en cas d'échange spontané ou d'autorisation par l'État requis de communiquer l'information à un État tiers, c'est le contribuable concerné qui est averti et qui dispose du droit de recours. Dans certains pays (Allemagne), l'échange d'informations entre dans la catégorie des actes administratifs, ayant une consé-

(1) Art. 26.7.

(2) Art. 19.

quence juridique pour les personnes concernées, qui ont dès lors le droit d'en être informées et d'introduire un recours.

Généralement une exception est prévue si l'intérêt public l'exige.

Dans d'autres pays, comme la Belgique, qui ne prévoient pas de notification, une injonction pourrait sans doute être demandée à un juge des référés ou à un juge administratif. Ce droit est théorique si la personne concernée n'est pas prévenue de la demande de renseignements. Or, elle est le premier juge de l'existence d'un obstacle à la communication, déduit par exemple de l'existence d'un secret.

Il ne lui resterait, à défaut, qu'une action *a posteriori* en dommages et intérêts.

CHAPITRE II. — CONVENTIONS D'ASSISTANCE EN MATIÈRE PÉNALE

La question se pose de savoir si, lorsque les clauses d'échange d'informations contenues dans les conventions fiscales sont restrictives et se limitent par exemple, comme le veut la pratique suisse, à l'échange des informations nécessaires pour l'application de la convention, à l'exclusion de l'application des lois nationales, un échange d'informations serait possible sur base des conventions d'entraide judiciaire en matière pénale (1).

Il faut remarquer d'abord que certaines conventions fiscales prévoient un échange d'informations limité à l'application des dispositions de la convention, mais également à la prévention de la fraude ou même de l'évasion fiscale.

Dans ce cas, des renseignements relatifs à des faits de fraude fiscale pourront être échangés sur cette base.

L'examen des conventions bilatérales relatives à l'entraide judiciaire en matière pénale sortirait du cadre du présent ouvrage.

La convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 prévoit expressément (2) que l'entraide judiciaire peut être refusée si la demande se rapporte à des infractions fiscales. Le protocole additionnel à cette convention, du 17 mars 1978, supprime ce motif de refus (3).

D'autre part, l'extradition permet bien entendu d'interroger directement la personne qui en fait l'objet. La convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 prévoit, elle aussi, qu'en matière de taxes et impôts l'extradition ne sera accordée que s'il en a été décidé ainsi entre parties contractantes (4).

Le deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'extradition, du 17 mars 1978, prévoit que l'extradition sera accor-

(1) Trib. féd. suisse, 9 octobre 1981, *Sem. jud.*, 1982, p. 137, *J.D.F.*, 1982, p. 350, obs. J. MALHERBE, « Entraide judiciaire pénale et délits fiscaux : évolution du droit suisse », commenté ci-après.

(2) Art. 2 A.

(3) Art. 1^{er}.

(4) Art. 5.

dée en matière de taxes et impôts pour les faits qui correspondent, selon la loi requise, à une infraction de même nature.

Dès lors que des renseignements ont été communiqués sur base des conventions d'entraide judiciaire en matière pénale, leur communication à d'autres autorités, voire aux tiers autorisés à consulter les dossiers répressifs ne sera plus soumise aux restrictions que contiennent généralement les conventions fiscales en matière d'échange d'informations.

La pratique suisse en matière d'entraide pénale internationale est plus large que l'attitude de la Confédération en matière d'informations fiscales. La loi suisse sur l'assistance internationale en matière pénale permet en effet la communication d'informations fiscales dès qu'il y a escroquerie fiscale, c'est-à-dire dissimulation de revenus imposables soit par un faux document, soit par d'autres artifices (1).

(1) GILLIOT et DE PREUX, « Disclosure of Economic Confidential Information and International Assistance in Criminal and Tax Matters in Switzerland », *Tax Planning International Review*, n° 6, p. 6.

**CHAPITRE III. — CONVENTIONS
D'ASSISTANCE JUDICIAIRE
EN MATIÈRE CIVILE**

Certains tribunaux ont accueilli des demandes de commissions rogatoires civiles émanant de juridictions étrangères traitant de litiges fiscaux.

CHAPITRE IV. — DROIT BELGE

Section 1. — Échange d'informations

L'Administration des contributions directes peut échanger tous renseignements utiles à l'établissement des impôts sur les revenus et sur la fortune avec les administrations fiscales des autres États membres de la CEE (1).

Elle peut utiliser les renseignements recueillis de la même manière que ceux qu'elle obtient directement à l'occasion de l'exercice de ses prérogatives.

La présence d'agents d'administrations fiscales étrangères peut être admise sur le territoire national par l'Administration des contributions.

L'article 338 du Code des impôts sur les revenus constitue la transposition, dans l'ordre interne, de la directive 77/799 du 19 décembre 1977 du Conseil des Communautés européennes concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs.

Section 2. — Délai spécial d'imposition

Si, à la suite d'un contrôle ou d'une enquête effectués par les autorités compétentes d'un pays avec lequel la Belgique a conclu une convention préventive de la double imposition, il apparaît que des revenus imposables n'ont pas été déclarés en Belgique au cours d'une des 5 années qui précèdent celle pendant laquelle les résultats de ce contrôle ou de cette enquête sont venus à la connaissance du fisc belge, l'impôt ou le supplément d'impôt peut être établi dans les 12 mois à compter de la date à laquelle celui-ci a eu connaissance de ces résultats (2).

(1) C.I.R., art. 338.

(2) C.I.R., art. 358.

CHAPITRE V. — DROIT COMPARÉ

SUISSE

Section 1. — Secret bancaire

Le secret bancaire est pénalement protégé par l'article 47 de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques.

Le dommage subi par un ressortissant français, frappé en France d'une amende pour violation de la réglementation française sur le contrôle des changes, ne lui ouvre aucun droit à réparation contre la banque dont la violation du secret professionnel a déclenché les investigations en France : l'amende revêt un caractère strictement personnel, en tout cas si elle n'est pas incompatible avec l'ordre public suisse (1).

Les banques suisses ont conclu avec la Banque nationale une convention du 9 décembre 1977 relative à l'obligation de diligence lors de l'acceptation de fonds à l'usage du secret bancaire. Elles doivent s'assurer de l'identité des clients, y compris de celle des personnes physiques qui exercent une influence prépondérante sur une société de domicile. Elles ne peuvent aider leurs clients à tromper les autorités fiscales suisses ou étrangères au moyen d'attestations pouvant induire en erreur (2).

Section 2. — Échange d'informations

§ 1^{er}. — CONVENTION EUROPÉENNE D'ENTRAIDE JUDICIAIRE EN MATIÈRE PÉNALE

La Suisse a ratifié la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, faite à Strasbourg le 20 avril 1959.

(1) T.F., 14 février 1989, *Rev. banque* (belge), 1989, p. 607.

(2) Comp. WEIZMAN, « Bank Secrecy in RC : 1992 and Beyond », *Tax Planning International Review*, 1990, n° 10, p. 3.

D'après la convention, « l'entraide judiciaire pourra être refusée si la demande se rapporte à des infractions considérées par la partie requise soit comme des infractions politiques, soit comme des infractions connexes à des infractions politiques, soit comme des infractions fiscales » (1).

En outre, la Suisse s'est réservé le droit, dans des cas spéciaux, de n'accorder l'entraide judiciaire en vertu de la convention qu'à la condition expresse que les résultats des investigations faites en Suisse et les renseignements contenus dans les documents ou dossiers transmis soient utilisés exclusivement pour instruire et juger les infractions à raison desquelles l'entraide est fournie.

Avant l'entrée en vigueur de la loi sur l'entraide internationale en matière pénale, la Suisse opposait un refus à toute demande d'entraide judiciaire portant sur une infraction fiscale (2). Ce refus ne s'étendait toutefois pas à l'hypothèse où une infraction de droit commun était connexe à une infraction fiscale et où les informations ou documents demandés pouvaient servir à la répression tant de l'infraction de droit commun que de l'infraction fiscale. La Suisse impose dans ce cas à l'État requérant le respect du principe de spécialité, qui lui interdit d'utiliser les éléments transmis à d'autres fins que celle de la répression du délit de droit commun (3).

La même pratique était suivie en matière d'extradition, sur base de la loi fédérale du 22 janvier 1892 concernant l'extradition à l'étranger, contenant une disposition reprise dans la plupart des traités d'extradition signés par la Suisse :

« L'extradition ne sera pas accordée pour les infractions aux lois fiscales, ni pour les délits purement militaires. Lorsqu'une personne poursuivie pour infraction motivant l'extradition a contrevenu, en outre, à une loi fiscale ou à une loi militaire, l'extradition ne sera accordée que sous la condition que cette contravention ne pourra ni

(1) Art. 2. Comp. pour une extension conventionnelle de l'entraide aux délits fiscaux, Protocole additionnel à la Convention d'extradition et d'entraide judiciaire entre la Belgique et l'Allemagne du 17 janvier 1958 (*M.B.*, 19 juin 1959), art. 2, b et l'accord complémentaire à la Convention européenne des 6 mars-19 juillet 1975 conclu par échange de lettres entre la Belgique et l'Allemagne (*M.B.*, 29 août 1976), ayant la même portée.

(2) Une seule exception à cette règle avait été apportée par la Convention d'entraide judiciaire conclue entre la Suisse et les États-Unis le 25 mai 1973 (art. 7) : elle se limitait au cas où l'entraide portant sur l'infraction fiscale contribuait de manière essentielle à la répression pénale du crime organisé.

(3) *ATF* 106 I b 269.

entraîner une condamnation ni constituer une circonstance aggravante » (1).

L'extradition n'étant qu'un cas particulier d'entraide judiciaire, il était logique d'étendre à celle-ci la pratique suivie en matière d'extradition, d'autant plus que l'entraide porte moins atteinte aux intérêts de l'accusé, ne touchant pas directement à sa liberté personnelle (2).

Les renseignements fournis par la Suisse ne pourront donc être utilisés pour réprimer pénalement des infractions fiscales.

Une décision caractéristique a été rendue dans les relations helvético-belges.

Un juge d'instruction belge requiert l'aide des autorités judiciaires suisses pour obtenir des renseignements portant sur des comptes bancaires suisses. Des participants à un consortium belge d'entreprises auraient utilisé ces comptes pour détourner à leur profit des montants présentés comme des commissions payées à des tiers en vue de l'adjudication de travaux en Arabie.

Le juge d'instruction suisse exécute la commission rogatoire. L'une des personnes visées allègue que les informations recueillies pourraient être utilisées en Belgique à des fins fiscales et s'oppose à leur transmission. La Chambre d'accusation de Genève rejette son recours. Le Tribunal fédéral confirme la décision de la Chambre (3).

Le Tribunal fédéral a considéré que la Belgique respecterait, en ce qui concerne les éléments à joindre au dossier pénal à la suite de l'exercice de l'entraide, les dispositions spéciales d'un traité international, prévalant sur les règles générales du droit interne.

Le juge pénal devra donc faire abstraction de ces éléments lorsqu'il sera appelé à connaître simultanément de l'infraction de droit commun et de l'infraction fiscale. Cet exercice intellectuel peut se révéler difficile, sauf si la répression fiscale est confiée à une autre chambre du tribunal correctionnel, mise en possession d'un dossier expurgé. À défaut, le juge ne devra fonder son intime conviction, quant au délit fiscal, que sur des éléments autres que la commission rogatoire, dont il aura néanmoins pris connaissance pour sanctionner le délit de droit commun.

(1) L.E., art. 11.

(2) ATF 104 I a 49, *Archives* 48, 350, *RDAF*, 1980, 91. Les citations renvoient aux *Arrêts du Tribunal fédéral suisse*, aux *Archives de droit fiscal suisse* et à la *Revue de droit administratif et fiscal* (suisse).

(3) T. F., 9 octobre 1981, *Sem. jud.*, 1982, p. 137, *J.D.F.*, 1982, p. 350, obs. J. MALHERBE, « Entraide judiciaire pénale et délits fiscaux : évolution du droit suisse ».

De même, les devoirs remplis sur commission rogatoire seront exclus du dossier communiqué au fisc. Le contribuable pourrait-il demander qu'ils soient joints au dossier fiscal s'il estime y avoir intérêt ? Il serait difficile au redevable d'en avoir lui-même connaissance, s'il n'est pas incarcéré et si son conseil ne peut donc user de la faculté, prévue par la loi sur la détention préventive, d'avoir accès au dossier répressif. À défaut, le prévenu-contribuable n'aura connaissance du dossier — et donc de la réponse à la commission rogatoire — qu'au moment de sa comparution en chambre du conseil pour le règlement de la procédure pénale. À ce moment, son dialogue avec le fisc sera fort avancé et il aura sans doute été invité à conclure un accord qui pourrait lui valoir des circonstances atténuantes sur le plan pénal.

Pour assurer le respect des droits de la défense fiscale du contribuable, il semble justifié de lui donner accès non seulement au dossier pénal transmis à l'administration, mais aussi aux éléments de ce dossier qui ne lui auraient pas été transmis. Le redevable pourrait en effet y trouver des éléments favorables qu'il souhaiterait verser lui-même au dossier fiscal.

§ 2. — LOI FÉDÉRALE SUR L'ENTRAIDE INTERNATIONALE EN MATIÈRE PÉNALE

L'arrêt précité du Tribunal fédéral est révélateur d'une attitude plus libérale de la Suisse à l'égard de la communication de renseignements aux autorités étrangères et de la levée à cette fin du secret bancaire.

Cette attitude s'exprime par d'importantes modifications législatives qui placent désormais la Suisse au premier rang de la coopération judiciaire en matière fiscale (1).

L'arrêt a été rendu sur base de la seule convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale. Depuis lors, le Parlement suisse a ratifié le 20 mars 1981 la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale. Cette loi abroge la loi fédérale du 22 janvier 1892 sur l'extradition aux États étrangers. Elle règle, de manière unilatérale, l'extradition, la « petite entraide » (notification de documents, recherche de preuves, remise de dossiers et de documents,

(1) DE CAPITANI, « Schweiz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen », *Intertax*, 1982, 51 ; DAUGINET, « Aanwending door de Belgische overheid van fiscale inlichtingen uit Zwitserland — Het gebruik van het Europees rechtshulpverdrag, *T.F.R.*, 1986, p. 81.

fouille de personnes et perquisition, saisie, confrontation et transit de personnes), la délégation de la poursuite pénale et l'exécution des décisions pénales étrangères.

En principe, la loi maintient l'exclusion traditionnelle des délits fiscaux du champ de la coopération pénale internationale en stipulant : « La demande est irrecevable si la procédure vise un acte qui paraît tendre à diminuer des recettes fiscales ou contrevient à des mesures de politique monétaire, commerciale ou économique » (1).

Les justifications classiques en la matière sont tirées de la souveraineté de l'État, des différences entre législations fiscales et de la gravité insuffisante des délits fiscaux (2). La Suisse y ajoute généralement le respect de la « sphère privée », comprenant le secret bancaire et l'importance de celui-ci pour l'économie helvétique.

La doctrine moderne penche, parfois non sans excès ni démagogie (3), pour l'abandon des privilèges applicables aux délits fiscaux.

(1) EIMP, art. 3.3.

(2) THOMAS, *De Europese rechtshulpverdragen in strafzaken*, 1980, p. 220.

(3) Par la loi du 10 février 1981, dite loi de redressement en matière de répression pénale de la fraude fiscale, le législateur belge, tout en aggravant les sanctions pénales applicables à la fraude fiscale, déjà sensiblement alourdis par la loi du 4 août 1978, a été jusqu'à exclure pour le juge répressif la possibilité d'appliquer des circonstances atténuantes, conformément aux principes généraux du droit pénal et à l'ancien article 348 du code (art. 347, § 1^{er}, nouveau). Seules quelques voix se sont élevées lors des débats en Commission des finances du Sénat, premier saisi, et de la Chambre, pour critiquer cette dérogation que le gouvernement justifiait par le motif que « permettre au juge de réduire les peines correctionnelles prévues à de simples peines de police est de nature à rendre inefficace la répression pénale de la fraude, alors qu'il s'impose au contraire de renforcer cette répression [...] et que le juge doit prononcer et la peine d'emprisonnement et les amendes prévues » (Projet de loi de redressement relative aux dispositions fiscales et financières, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1980-1981, n° 737/3, p. 9). L'insistance de certains commissaires désireux « de sauvegarder le statut de la procédure répressive telle qu'on l'organise sous l'influence des améliorations des droits de l'homme » et se demandant « si l'effet pratique de cette suppression de la liberté d'appréciation ne va pas être très mal pris par le pouvoir judiciaire » (*Id.*, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1980-1981, n° 566/2, p. 20) amena la Commission des finances à solliciter un avis de la Commission de la justice du Sénat. Celle-ci approuva le projet à la majorité, dégageant « un large accord sur les objectifs du projet de loi ; des opinions légèrement divergentes et nuancées » s'étant toutefois manifestées, inspirées plus par le souci de ne pas exprimer une certaine méfiance du pouvoir judiciaire que par le souci de garantir des droits fondamentaux (Avis de la Commission de la justice, annexe 3 au document précité, p. 55).

Cette disposition devait, comme tant d'autres dispositions fiscales, être éphémère. Le gouvernement suivant l'abrogea par l'arrêté royal n° 41 modifiant la législation fiscale en matière de répression pénale de la fraude fiscale. L'abrogation fut justifiée laconiquement dans les termes suivants : « Si des mesures s'imposent pour réprimer la fraude fiscale de manière efficace, il faut néanmoins que cette répression s'exerce dans le respect des principes généraux du droit pénal ».

Le Conseil fédéral y a été sensible. Il rappelait dans son message à l'Assemblée fédérale :

« Ce principe est difficile à justifier. La transformation de l'État d'autrefois en un État social fondé sur le droit fait qu'il apparaît aujourd'hui bien problématique. L'affaiblissement de la capacité financière de l'État constitue une atteinte portée aux forces qui assurent et facilitent la vie des membres de la communauté nationale. Il s'ensuit qu'à l'étranger comme chez nous, l'évolution du droit tend de plus en plus à supprimer ou du moins à réduire le privilège consenti en matière de délits fiscaux » (1).

Il proposait de limiter l'exclusion aux infractions exclusivement fiscales ou économiques et y ajoutait une exception selon laquelle, même en matière fiscale ou économique, « exceptionnellement, il peut être donné suite à une telle demande si un rejet est de nature à porter gravement atteinte à des intérêts importants de la Suisse » (2).

Cette rédaction était de nature à soumettre la Suisse aux pressions d'États étrangers et à faire céder un principe devant des contingences matérielles mal définies (3).

Le Conseil des États opta pour l'attitude traditionnelle : exclusion des délits fiscaux du champ de l'entraide, que le délit soit exclusivement fiscal ou non et sans exception.

Au Conseil national, une proposition socialiste tendait au contraire à admettre l'entraide sans réserve en matière fiscale. Le texte final prévoit que, malgré l'exclusion de principe des délits fiscaux du champ d'application de la loi, « il peut être donné suite à une demande d'entraide au sens de la troisième partie de la loi si la procédure vise une escroquerie en matière fiscale » (4).

La loi permet donc aux autorités judiciaires suisses de fournir aux autorités judiciaires étrangères l'assistance qualifiée plus haut de « petite entraide » non seulement lorsqu'elle concerne un délit de droit commun, éventuellement connexe à une infraction fiscale, mais

(1) Message du 8 mars 1976 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, p. 11 et FF 1976 II 430.

(2) Projet EIMP, art. 3, al. 3.

(3) AUBERT, KERNEN, SCHONLE, *Le secret bancaire suisse*, 1976, p. 274 et 2^e éd., 1982, p. 314 ; AUBERT, « Remise d'informations à l'étranger dans le cadre des conventions en vue d'éviter les doubles impositions et l'entraide judiciaire en matière pénale », *Archives*, 46, pp. 292-293.

(4) EIMP, art. 3.3.

également lorsqu'elle concerne un délit purement fiscal, pour autant qu'il puisse être qualifié d'escroquerie fiscale.

La notion d'escroquerie fiscale semble s'identifier à la définition qu'en donne l'article 14 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (1) :

« Celui qui aura astucieusement induit en erreur l'administration, une autre autorité ou un tiers par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits ou aura astucieusement exploité leur erreur, et aura de la sorte, pour lui-même ou pour un tiers, obtenu sans droit une concession, une autorisation, un contingent, un subside, le remboursement de contributions ou une autre prestation des pouvoirs publics ou aura évité le retrait d'une concession, d'une autorisation ou d'un contingent, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

« Lorsque l'attitude astucieuse de l'auteur aura eu pour effet de soustraire aux pouvoirs publics un montant important représentant une contribution, un subside ou une autre prestation, ou de porter atteinte d'une autre manière à leurs intérêts pécuniaires, la peine sera l'emprisonnement pour un an au plus ou l'amende jusqu'à concurrence de 30.000 F... ».

L'escroquerie fiscale se distingue de la soustraction d'impôts en ce que son auteur induit astucieusement en erreur l'administration par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits. La soustraction peut concerner non seulement un impôt, mais également un droit de douane ou une taxe rémunératoire (2).

Conformément aux principes généraux, la tentative d'escroquerie fiscale pourrait également donner lieu à l'entraide (3).

À cette extension importante de l'entraide pénale, la loi apporte cependant des restrictions.

1. L'escroquerie fiscale n'existe au sens de l'article 14 précité que si elle porte sur un montant important. La loi sur l'entraide internationale en matière pénale prévoit en outre que « la demande est rejetée si l'importance de l'infraction ne justifie pas la procédure » (4).

(1) Le conseiller fédéral Furgler s'y réfère expressément (*Bull. Off.*, Cons. des États, p. 215), tandis que le conseiller Egli se réfère également à l'arrêt sur l'impôt de défense nationale et aux lois fiscales cantonales pour en tirer un concept général de l'escroquerie fiscale (*ibid.*, p. 210).

(2) Le terme allemand d'*Abgabebetrug* est plus précis que celui d'escroquerie fiscale.

(3) KRATZ, « Neuorientierung der Schweiz hinsichtlich der internationalen Zusammenarbeit in Steuerangelegenheiten ? », *Revue fiscale* (suisse), 1981, 339-340.

(4) EIMP, art. 4.

2. La loi abandonne le principe de la double incrimination, selon lequel le délit doit être punissable dans les deux pays pour donner lieu à entraide. Ce principe est toutefois maintenu lorsque la mesure demandée implique la contrainte. Dans ce cas, la mesure ne peut être ordonnée « que si l'état de fait exposé dans la demande correspond aux éléments objectifs d'une infraction réprimée par le droit suisse » (1).

Il ne souffre donc aucun doute que, pour justifier de telles mesures, l'infraction fiscale étrangère doit répondre à la définition de l'escroquerie fiscale de droit suisse.

Toutefois, la comparaison se limitera aux éléments objectifs de l'infraction ; celle-ci constitue bien sûr un délit intentionnel, mais il n'y a pas lieu d'examiner les éléments propres à l'auteur.

Sont considérées comme mesures de contrainte non seulement les mesures visant les personnes (obligation de témoigner, fouille), mais aussi l'obtention ou la saisie de pièces à conviction (saisie, perquisition, etc.) (2).

Les mesures impliquant la levée du secret bancaire sont donc visées à l'un ou l'autre titre.

3. La protection du domaine secret, couvert notamment par le secret bancaire, cède devant les exigences de la procédure pénale étrangère, comme elle disparaît dans la procédure pénale ou la procédure pénale administrative interne. La loi accorde toutefois une protection particulière au domaine secret de personnes non impliquées dans la procédure pénale : la révélation n'est permise que si elle est indispensable pour établir les faits, si l'importance de l'infraction le justifie (principe de proportionnalité) et si l'économie suisse ne doit pas en subir un grave préjudice, insupportable au vu de l'importance de l'infraction (3).

4. La demande de coopération est irrecevable non seulement lorsque la procédure étrangère n'est pas conforme aux principes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, mais encore lorsqu'elle « présente d'autres défauts graves » (4).

(1) EIMP, art. 64, al. 1.

(2) Message du 8 mars 1976 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, p. 40 et FF 1976 II 469.

(3) EIMP, art. 10.

(4) EIMP, art. 2.

5. D'une façon générale, la loi ne confère pas un État étranger le droit d'exiger une coopération, mais permet seulement aux autorités suisses de l'accorder (1).

La Suisse avait ratifié dès le 27 septembre 1966 la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, que la Belgique ratifia par la loi du 19 juillet 1975.

La réserve formulée par la Suisse et l'autorisant à refuser l'entraide en matière fiscale ainsi qu'à imposer le respect du principe de la spécialité lorsque l'entraide vise une infraction de droit commun connexe à une infraction fiscale perd sa raison d'être dès que la demande concerne une escroquerie fiscale au sens de la loi suisse. Si tel avait été le cas dans l'espèce faisant l'objet de l'arrêt précité, le juge aurait pu accorder l'entraide sans plus.

Un protocole additionnel à la Convention, daté du 17 mars 1978, a été ouvert à la signature des États membres. Il met les infractions fiscales sur le même pied que les infractions de droit commun (2).

Les États membres ne pourront plus refuser l'entraide sur base de l'article 2(a) de la Convention, parce que l'infraction est de nature fiscale (3). Il ne pourra davantage être tiré argument de ce que les impôts ou les réglementations fiscales des deux États seraient différents (4).

Sans doute, la Suisse s'est-elle réservé, conformément à l'article 5 de la Convention et à sa législation interne, le droit de soumettre l'exécution de commissions rogatoires de type coercitif au principe de la double incrimination.

Cette condition sera toutefois remplie dès que l'infraction correspond à une infraction fiscale de même nature prévue par le droit de l'État requis (5).

La Confédération est également partie à la Convention européenne sur l'extradition du 13 décembre 1957, non ratifiée par la Belgique. Cette convention ne permet l'extradition pour délits fiscaux que si les États contractants le prévoient expressément. La Suisse a toujours refusé cette extension, mais a manifesté l'intention de signer un autre protocole du 17 mars 1978, étendant l'application de la Convention

(1) EIMP, art. 1, al. 4.

(2) THOMAS, *De Europese rechtshulpverdragen in strafzaken*, 1980, pp. 298-300.

(3) Art. 1^{er}.

(4) Art. 2, al. 2.

(5) Protocole additionnel, art. 2, al 1^{er}.

européenne d'extradition aux délits fiscaux prévus par les législations des deux pays concernés.

§ 3. — CONVENTIONS FISCALES

Cette évolution pourrait se refléter dans la rédaction de la clause d'échange de renseignements des conventions préventives de la double imposition et de l'évasion fiscale que la Suisse signerait ou modifierait dans l'avenir.

Les conventions actuellement en vigueur n'admettent que l'échange de renseignements nécessaires pour appliquer les dispositions de la convention. Elles s'écartent donc de la convention modèle de l'OCDE étendant la communication aux informations visant à l'application des législations internes des États contractants relatives aux impôts visés par la convention (1).

La Suisse considère d'ailleurs que l'absence d'une clause relative à l'échange de renseignements n'empêche pas les États signataires d'une convention fiscale de se communiquer les informations assurant une juste application du traité (2).

La communication d'informations au fisc étranger serait notamment possible en cas d'utilisation abusive d'une convention préventive de la double imposition conclue par la Suisse, contraire à l'arrêté du Conseil fédéral du 14 décembre 1962, dont la substance est reprise dans diverses conventions récentes (3).

Cette communication n'aurait lieu qu'à défaut d'autres moyens de mettre un terme à l'abus constaté (4).

La seule extension du domaine de la communication fiscale était contenue dans la convention conclue entre la Suisse et les États-Unis, permettant l'assistance pour « empêcher des fraudes et délits semblables portant sur un impôt visé par la convention » (5).

(1) Réserve suisse à l'art. 26 de la convention modèle OCDE ; RYSER, *Introduction au droit fiscal international de la Suisse*, 1980, p. 156 ; VON SIEBENTHAL, « Der Austausch von Informationen im Rahmen der Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung aus schweizerischer Sicht », *Revue fiscale* (suisse), 1979, 386-389.

(2) T.F., 20 novembre 1970, ATF 96 I 733, JT (suisse) 1972 I 303.

(3) Par exemple Convention du 28 août 1978 entre la Suisse et la Belgique, art. 22.

(4) ZUPPINGER, « Problemen der internationalen Amts und Rechtshilfe in Steuer —, insbesondere in Fiskalstrafsachen », *Archives* 50, 17-19.

(5) Convention du 24 mai 1951, art. 16.

Le Tribunal fédéral a admis, sur cette base, la levée du secret bancaire et l'envoi des déclarations faites par la banque (1), mais non la communication de pièces et l'audition de témoins conformes aux règles de preuve américaines (2) : les devoirs imposés à l'autorité suisse ne peuvent dépasser ceux qu'elle accomplirait si la fraude avait été commise au détriment du fisc suisse.

Rien ne s'oppose désormais à l'extension de ce genre de clause, puisque la « fraude », au sens d'escroquerie fiscale, donne lieu à entraide sur le plan pénal (3).

La convention fiscale pourrait se borner à réserver en l'espèce l'application de la loi sur l'entraide pénale internationale (4).

Il est en revanche peu vraisemblable que l'échange d'informations soit étendu à d'autres hypothèses.

De même, la Suisse n'a pas de motif de modifier d'autres règles protégeant sa souveraineté fiscale :

- elle n'admet pas la notification officielle de documents étrangers, notamment fiscaux, à des résidents suisses ; l'échange de correspondances non contraignantes est licite (5) ;
- tout acte relevant des pouvoirs publics, accompli en Suisse par un fonctionnaire étranger, constitue une infraction punie par l'article 271 du Code pénal suisse : l'activité directe de délégués d'un fisc étranger sur le territoire suisse est donc rigoureusement prohibée et a d'ailleurs donné lieu à poursuites et à condamnation (6).

Une dernière observation s'impose : lorsque des devoirs sont requis par un État étranger, que ce soit dans le cas de l'entraide judiciaire ou de l'entraide fiscale, la personne visée en est informée par l'administration suisse et dispose de recours judiciaires : l'arrêt précité en est un exemple.

(1) Arrêt du 23 décembre 1970, *ATF* 96 I 737, *Archives* 40, 438, *Revue fiscale* (suisse) 1972, 64, *RDAF* 1972, 225, *JT* (suisse) 1971 I 571, *Ann. suis. dr. intern.*, 1972, 235 ; comm. in ZONDERVAN, *Le secret bancaire suisse et sa légende*, 1973, pp. 47-50.

(2) Arrêt du 16 mai 1975, *ATF* 101 I b 160, *Archives* 44, 210, *Revue fiscale* (suisse) 1977, 145, *RDAF* 1977, 162.

(3) KRATZ, « Neuorientierung der Schweiz hinsichtlich der internationalen Zusammenarbeit in Steuerangelegenheiten », *Revue fiscale* (suisse), 1981, p. 351.

(4) LOCHER, « Internationale Zusammenarbeit in Fiskalsachen in schweizerischer Sicht, insbesondere die internationale Amts- und Rechtshilfe in Steuer- und Strafsachen », *Archives* 50, 110.

(5) MENETREY, « L'assistance administrative internationale en matière fiscale », *Archives* 49, 452-455.

(6) MENETREY, *op. cit.*, 455-458.

De tels recours sont inexistantes en droits belge (1).

L'élargissement de l'espace judiciaire européen sur le plan du droit matériel doit aller de pair avec une amélioration des garanties du justiciable.

L'archaïsme de certaines législations pénales et fiscales, dont la législation belge, est particulièrement sensible, surtout au niveau des mesures d'instruction et de contrainte.

(1) Le recours devant le Conseil d'État, lorsqu'il est juridiquement possible, devient illusoire si le contribuable n'est pas informé de l'acte administratif dont il devrait poursuivre l'annulation.

TITRE III
L'ASSISTANCE
AU RECOUVREMENT

L'assistance au recouvrement est rarement prévue par voie unilatérale, mais fait son chemin en droit conventionnel (1).

L'OCDE a établi en 1981 un modèle de Convention concernant l'assistance administrative en matière de recouvrement de créances fiscales.

BENELUX

La Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas sont liés par une Convention du 5 septembre 1952 relative à l'assistance réciproque en matière de créances fiscales.

Sur la réquisition de pays créanciers, le pays sur le territoire duquel existent des biens ou des revenus saisissables procède au recouvrement de la créance ou, en cas de litige, prend des mesures conservatoires selon ses règles internes.

Les créances d'impôt étranger ne sont pas privilégiées.

(1) GEST et TIXIER, *Droit fiscal international*, 2^e éd., 1990, pp. 567 et s., n^{os} 509 et s. ; TIXIER, « L'assistance au recouvrement », in G. JOSEPH, L. HINNEKENS, J. MALHERBE, J. VAN HOORN Jr., *Het Belgisch internationaal belastingrecht in ontwikkeling*, 1993, p. 691. Cfr Convention entre la France et la Belgique du 10 mars 1964, art. 21.

SUISSE

Si un contribuable suisse obtient un dégrèvement abusif à l'étranger, l'administration suisse pourra recouvrer à due concurrence pour le compte de l'État étranger l'impôt à la source de cet État (1).

(1) A.C.F. 14 décembre 1962, art. 4.1.d.

TITRE IV

PROTECTION INTERNATIONALE DU CONTRIBUABLE : DROITS DE L'HOMME

Bien que le directeur des contributions ou l'inspecteur délégué par lui exerce une fonction juridictionnelle, il n'en reste pas moins un fonctionnaire soumis à l'autorité hiérarchique. Il n'est pas un « tribunal indépendant et impartial » au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme du 4 novembre 1950, approuvée par la loi belge du 13 mai 1955, et du Pacte international des Nations-Unies relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, approuvé par la loi belge du 15 mai 1981 et entré en vigueur le 21 juillet 1983 (1).

Ces conventions visent les contestations sur les droits et obligations de caractère civil, ainsi que le bien-fondé des accusations en matière pénale.

La Cour de cassation a jugé à diverses reprises que les droits et obligations trouvant leur source dans la loi fiscale n'étaient pas des droits civils au sens de la convention européenne (2).

La Cour européenne des droits de l'homme a étendu la notion de droit civil à ceux qui découlent de décisions administratives, tels que l'expropriation ou la nationalisation, ayant un effet sur des droits civils, en l'espèce la propriété.

Une décision fiscale produit les mêmes effets, ne fût-ce que lors de son exécution sur le patrimoine. Elle provoque également la déduction d'intérêts de retard.

(1) VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling bij geschillen over directe rijksbelastingen*, 1987, pp. 98-132.

(2) Cass., 29 octobre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 213 ; Cass., 19 octobre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 26 ; Cass., 8 avril 1976, *Pas.*, I, p. 871, concl. VELU ; Cass., 5 septembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 7 ; Cass. 15 avril 1983, *Pas.*, I, p. 910 ; VAN BESIEN, *Indiening van een bezwaarschrift inzake inkomstenbelastingen*, Kluwer, Anvers, 1988, p. 7. Cfr KRINGS, « L'égalité en matière fiscale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in R. ANDERSEN et J. MALHERBE (éd.), *Protection des droits fondamentaux du contribuable*, 1993, p. 107.

Toutefois, une décision fiscale se rattache par certains aspects à l'« accusation en matière pénale » visée par les traités (1). Elle peut prononcer des accroissements d'impôts et des amendes, qui ont incontestablement le caractère de sanctions.

La Cour suprême néerlandaise a considéré, au contraire de la Cour de cassation de Belgique, que l'application d'amendes fiscales devait être considérée comme un type de poursuite pénale au sens de la Convention européenne (2).

(1) FROMMEL, « The European Court of Human Rights and the Right of the Accused to Remain Silent : Can it be Invoked by Taxpayers ? », *Intertax*, 1993, p. 520.

(2) H.R., 19 juin 1985, n° 22.076, *B.N.B.*, 1986/29, *F.E.D. Fiscaal Weekblad*, 512-85 ; cfr DASSESSE, « Pouvoirs d'investigation du fisc, situation actuelle et perspectives », *R.G.F.*, 1986, p. 143 ; LANGEREIS, *Fiscale rechtsbescherming*, 1986, p. 46.

BIBLIOGRAPHIE

GÉNÉRAL

Documents officiels

- Commission of the European Communities, *Report of the Committee of independent experts on company taxation*, 1992.
- OCDE, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Paris, 1992, f. mob.
- OCDE, *Modèle de convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière de recouvrement de créances fiscales*, Rapport du Comité des affaires fiscales de l'OCDE, 1981.
- ONU, *Modèle de convention des Nations-Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement*, New York, 1980.

Ouvrages généraux

Droit fiscal européen

- BERLIN, D., *Droit fiscal communautaire*, P.U.F., Paris, 1988.
- BOVENBERG, A.L., CNOSENS, S., VANISTENDAEL, F.J.G.M. et WESTERBURGEN, J.W.B., *Harmonization of Company Taxation in the European Community*, Kluwer, Deventer, 1992.
- CALLEJA, D., VIGNES, D. et WÄGENBAUR, R., *Dispositions fiscales — Rapprochement des législations, Commentaire Megret, Le droit de la CEE*, 5, Éd. de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1993.
- COOPERS & LYBRAND EUROPE, *EC Initiatives in Direct Taxation and the National Responses*, Kluwer, Deventer, 1992.
- DE HOSSON, F.C. e.a., *The Direct Investment Tax Initiatives of the European Community*, Deventer-Boston, 1990.
- HAMAËKERS, H.M.A.L. (éd.) e.a., *Europees vennootschapsbelastingrecht*, De Nederlandse Orde van belastingadviseurs, Pre-advies, IBFD, Amsterdam, 1991.
- LIER (éd.) e.a., *Tax and Legal Aspects of EC Harmonization*, Kluwer, Deventer, 1993.
- LOYENS LEFEBVRE RÄDLER, *The Parent-Subsidiary Directive and International Tax Planning*, 1992.
- ID., *The Merger Directive, Practical Tax Issues*, 1993.
- MEMENTO PRATIQUE FRANCIS LEFEBVRE, *Communauté européenne, 1994-1995, Juridique. Fiscal. Social. Comptable. Financier*, Éd. Francis Lefebvre, Levallois, 1993.

Droit fiscal international

- ADAMS, J.D.R. et WHALLEY, J., *The International Taxation of Multinational Enterprises in Developed Countries*, The Institute for Fiscal Studies, Gresham Press, Old Woking, Surrey, 1977.
- BÜHLER, O., *Prinzipien des Internationalen Steuerrechts*, Internationales Steuerdokumentationsbüro, Amsterdam, 1964.
- BURGERS, I., *Taxation and Supervision of Branches of International Banks*, I.B.F.D., Amsterdam, 1992.
- CARTOU, L., *Droit fiscal international et européen*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1986.
- DAVID, C. e.a., *Fiscalité des instruments financiers des entreprises dans la Communauté européenne*, Levallois-Perret, 1991.
- DESTERBECQ, H., HENNEMANNE, J. et MOULIGNEAU, Ph., *La fiscalité directe des sociétés et des groupes d'entreprises, Allemagne, Belgique, France, Royaume-Uni*, Bruylant, Bruxelles, 1992.
- EDUARDES-KER, M., *The International Tax Strategy*, feuell. mob., Dublin, 1976.
Id., *The International Tax Treaty Service*, feuell. mob., Londres.
- FROMMEL, S.N., *Taxation of Branches and Subsidiaries in Western Europe, Canada and the USA*, Kluwer, Deventer, 1978.
- HUISKAMP, J.C.L. (éd.), *International Tax Avoidance, A study by the Rotterdam Institute for Fiscal Studies*, vol. A : *General and Conceptual Material* ; vol. B : *Country Reports*, Kluwer, Deventer, 1979 et 1978.
- HUSTON, J.C., *Practitioners' Guide to Permanent Establishment with Tax Planning Opportunities*, Kluwer, Deventer, 1993.
- KARLS, J., *Effective Tax Strategies for International Corporate Acquisitions*, 2nd rev. ed., Kluwer, Deventer, 1992.
- LEVINE, P., *La lutte contre l'évasion fiscale de caractère international en l'absence et en présence de conventions internationales*, Pedone, Paris, 1988.
- MC DANIEL, P.R. et SUREY, S.S., *International Aspects of Tax Expenditures : A Comparative Study*, Kluwer, Deventer, 1985.
- MARGAIRAZ, A., *La fraude fiscale et ses succédanés*, Éd. Margairaz, Suisse, 1987.
- MORSELLI, B. et TAMINIAU, J., *Fraudes, Techniques et répression dans le monde*, Office international de librairie, Bruxelles, 1990.
- OGLEY, A., *Principles of International Tax, A Multinational Perspective*, Interfisc Publishing, Londres, 1994.
- PHILLIPS, John S., *Tax Treaty Networks 1991*, 2^e éd., Reading, 1991.
- PIRES, M., *International Juridical Double Taxation on Income*, Kluwer, Deventer-Boston, 1989.
- PLASSCHAERT, S., *Transfer pricing and Multinational Corporations*, Londres, 1979.
- RAPAKKO, A., *Base Company Taxation*, Kluwer, Deventer, 1989.
- SANTINI, *Le régime fiscal des sociétés étrangères en droit comparé*, L.G.D.J., Paris, 1985.
- SAUNDERS, R.M., *International Tax Systems and Planning Techniques*, Oyez-Longman, Londres, 1985.
- SKAAR, A.S., *Permanent Establishment*, Kluwer, Deventer, 1991.

- SPRUYT, A.J.J., *Base Companies : Fiscaaljuridische Analyse*, Bruxelles, Bruylant, 1984.
- VAN RAAD, K., *Nondiscrimination in International Tax Law*, Kluwer, Deventer, 1986.
- VOGEL, Klaus, *Doppelbesteuerungsabkommen — Kommentar*, Beck, 2^e éd., Munich, 1990.
- VOGEL, Klaus, *Double taxation conventions*, Kluwer, Deventer, 1991.
- WILLIAMS, David W., *Trends in international taxation*, IFA-IBFB, 1991.

IFA Congress Seminar Series

- INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Taxation of the Income Arising from the International Seabed*, Vol. 6, 1982, Kluwer, Deventer.
- *Imputation Systems ; Objectives and Consequences*, Vol. 7, 1983, Kluwer, Deventer.
- *International Tax Problems of Charities and Other Private Institutions with Similar Tax Treatment*, Vol. 10, 1986, Kluwer, Deventer.
- *Taxation of Domestic Shareholders on Undistributed Income of Foreign Corporate Affiliates : Objectives, Techniques and Consequences*, Vol. 11a, 1987, Kluwer, Deventer.
- *International Tax Treatment of Common Law Trusts*, Vol. 11b, 1987, Kluwer, Deventer.
- *Taxation and Human Rights*, Vol. 12, 1988, Kluwer, Deventer.
- *Tax Consequences of Pension Provision for the Internationally Transferred Employee*, Vol. 13b, 1989, Kluwer, Deventer.
- *International Taxation of Services*, Vol. 14a, 1991, Kluwer, Deventer.
- *Tax Treaties and Domestic Legislation*, Vol. 14b, 1991, Kluwer, Deventer.
- *Double Taxation Treaties between Industrialised and Developing Countries ; OECD and UN Models, a Comparison*, Vol. 15, 1992, Kluwer, Deventer.
- *Tax Treaties and Local Taxes*, Vol. 16, 1993, Kluwer, Deventer.

Guides professionnels

- ARTHUR ANDERSEN, *A tax guide to Europe*.
- Id., *Tax Guide to The Americas*.
- CCH INTERNATIONAL, *International Tax Planning, Offshore Financial Centres*.
- Id., *International Tax Planning, Real Estate Transactions*.
- Id., *International Tax Planning Manual*, feuell. mob.
- COOPERS & LYBRAND, INTERNATIONAL TAX NETWORK, *1993 International Tax Summaries, A Guide for Planning and Decisions*, ed. George J. Yost, III, John Wiley & Sons Inc., New York.
- ERNST & YOUNG, *Doing Business in ...*, Ernst & Young's International Business Series. I.B.F.D., *EC Corporate Tax Law*, feuell. mob.
- Id., *Guides to European Taxation*, feuell. mob. :
- vol. I : *The Taxation of Patent Royalties, Dividends, Interest in Europe* ;
- vol. II : *The Taxation of Companies in Europe* ;

- vol. III : *The Taxation of Private Investment Income* ;
 vol. V : *Taxation and Investment in Central and East European Countries* ;
 vol. VI : *The Taxation of Individuals in Europe*.

ID., *The International Guide to Mergers and Acquisitions*, feuell. mob.

ID., *The Tax Treatment of transfer Pricing*, feuell. mob.

ID., *The Taxation of Permanent Establishments*, feuell. mob.

KPMG, *Investment in ...*

PRICE WATERHOUSE, *Information Guides Doing Business in ...*

Belgique

AFSCHRIFT, Th., *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Larcier, Bruxelles, 1994.

ANDERSEN, R. et MALHERBE, J. (éd.), *Protection des droits fondamentaux du contribuable*, Bruylant, Bruxelles, 1993.

BAX A. e.a., *Dividenden zonder grenzen, De moeder-dochter richtlijn en haar uitvoering in België en de haar omringende landen*, Biblo, Kalmthout, 1991.

CARDYN, C. et DEPRET, H.R., *Procédure fiscale contentieuse*, t. I. *Aspects internationaux*, Bruxelles, 1987.

CLAEYS BOUÚAERT, I., *Principes de l'imposition des sociétés en Belgique*, Larcier, 1970, et mise à jour, octobre 1979, Bruxelles, E.S.S.F., 1979.

CLAEYS BOUÚAERT, I. e.a. (éd.) *Vennootschap en belastingen*, feuell. mob., Kluwer, Anvers.

COPPENS, P. et BAILLEUX, A., *Droit fiscal, Les impôts sur les revenus*, Larcier, Bruxelles, 1985, mise à jour 1986.

COPPENS, P. et BAILLEUX, A., *Droit fiscal, L'impôt des personnes physiques*, t. I, 2^e éd., Larcier, Bruxelles, 1992.

COUGNON, J.-M., *Les déductions d'impôts en droit fiscal belge ou l'impôt sur l'impôt*, Larcier, Bruxelles, 1984.

COUTURIER, J.J. et PEETERS, B., *Het Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Maklu, Anvers, 1993.

DASSESE, M. et MINNE, P., *Droit fiscal, Principes généraux et impôts sur les revenus*, Bruylant, 2^e éd., Bruxelles, 1991.

DE BROE, L., *Tax and accounting aspects of leasing under Belgian law and the Belgian-US Treaty*, Bruxelles, 1988.

ID., « Kroniek Internationaal Belastingrecht », *T.R.V.*, 1991, p. 265 ; 1992, p. 400.

DE BROE et VANDERKERKEN, « Kroniek Internationaal Belastingrecht », *ibid.*, 1993, p. 381.

DEKLERCK, L., FORESTINI, R. et MEURÉE, Ph., *Manuel pratique d'impôt des sociétés*, De Boeck, Bruxelles, 1992.

DELAHAYE, Th., *Le choix de la voie la moins imposée*, Bruylant, Bruxelles, 1977.

FAES, P., *Het rechtsmisbruik in fiscale zaken of de keuze van de minst belaste weg op het vlak van de inkomstenbelastingen na de wet van 22 juli 1993*, Mys & Breesch, Gand, 1994.

- FORESTINI, R. (éd.), *Fiscalité approfondie des sociétés, Questions spéciales*, De Boeck-Wesmael, Bruxelles, 1989.
- HAELTERMAN, A., *Fiscale transparantie — Theorie en praktijk in België*, Biblio, Kalmthout, 1992.
- HINNEKENS, Ph., *Belasting van niet-inwoners, Overzicht van en analyse van het intern recht en impact van het verdragsrecht*, Biblio, Kalmthout, 1994.
- HINNEKENS, L., *De territorialiteit van de Belgische belastingen in het algemeen en op de inkomsten in het bijzonder*, CED Samsom, Bruxelles, 1985.
- JACQUEMIN, A. et PARMENTIER, C., *La double imposition économique des bénéficiaires de sociétés et les mesures d'allègement*, Leuven, 1968.
- JOSEPH, J., HINNEKENS, L., MALHERBE, L., VAN HOORN, J. Jr. (éd.), *Nieuwe wegen voor het Belgisch internationaal belastingrecht*, Kluwer, Deurne, 1993.
- KIRKPATRICK, J., *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Bruylant, Bruxelles, 1992.
 Id., J., « Examen de jurisprudence, Les impôts sur les revenus et les sociétés, 1968-1982, *R.C.J.B.*, 1^{re} partie, 1984, pp. 671 à 745 ; 2^e partie, 1985, pp. 619 à 694 ; 3^e partie, 1987, pp. 272 à 329 ; 4^e partie, 1988, pp. 603 à 703 ; 1983-1990, 1^{re} partie, 1992, pp. 249 à 311.
- LAGAE, J.P., « Noties van internationaal fiscaal recht in verband met personen en ondernemingen », *T.P.R.*, 1982, p. 171.
- Id., J.P., « L'utilisation des sociétés étrangères par des résidents belges en vue d'éviter l'impôt belge », dans *L'entreprise et le choix de la voie la moins imposée en droit belge fiscal*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 1988, pp. 173 à 243.
- MALHERBE, J., *Business Operations in Belgium*, Tax Management, Foreign Income Portfolios, 1993-6th, 1987.
- MALHERBE, J. (éd.) et al., *Réformes fiscales belges (1988-1989)*, De Boeck, Bruxelles, 1992.
- MALHERBE, J. et AUTENNE, J., *Péréquation cadastrale et réforme de la fiscalité immobilière*, Bruxelles, 1980.
- PEETERS, B., *Dubbelbelastingverdragen — Commentaar*, CED-Samsom, Bruxelles, 1991.
Réflexions offertes à Paul Sibille, Bruylant, Bruxelles, 1981.
- TIBERGHIE, A., *Inleiding tot het fiscaal recht*, Kluwer, Anvers, 1986.
- Id., A., *Manuel de droit fiscal*, Kluwer, Bruxelles, 1993.
- TILQUIN, Th., *Traité des fusions et scissions*, Kluwer, Bruxelles, 1993.
- VAN BAELE et BELLIS, *Business Law Guide to Belgium*, CCH Europe, Bicester, Oxfordshire, 1993.
- VAN CROMBRUGGE, S., *Juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Kluwer, Anvers, 1984.
- Id., *Beginselen van de vennootschapsbelasting*, Biblio, 1992.
- VAN HOUTTE, J., *Beginselen van het Belgisch Belastingrecht*, Story-Scientia, Gand, 1979.
- VANISTENDAEL, F., *De inkomstenbelastingen en de fusie van vennootschappen, Een vergelijkende studie van het recht in België en de Verenigde Staten*, Acco, Louvain, 1979, 2 vol.
- ZONDERVAN, R., *Les impôts sur les revenus et l'extranéité*, Bruxelles, 1967.

*Rapports belges aux congrès
de l'International Fiscal Association*

1993

PEETERS, B., « Interpretation of double taxation conventions », XLVII^e Congrès de l'IFA, Florence, 1993, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXVIII a, p. 221.

BALTUS, Fr., « Règles de non-discrimination en matière d'imposition internationale », XLVII^e Congrès de l'IFA, Florence, 1993, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXVIII b, p. 321.

1992

DE CLIPPEL, B., « Détermination des prix de transfert en l'absence de prix de marché comparables », XLVI^e Congrès de l'IFA, Cancun, 1992, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXVII a, p. 295.

DE BROE, L., « Tax consequences of international acquisitions and business combinations », XLVI^e Congrès de l'IFA, Cancun, 1992, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXVII b, p. 161.

1991

HAELTERMAN, A., « Détermination de l'assiette de l'impôt sur les biens immobiliers », XLV^e Congrès international de droit financier et fiscal, Barcelone, 1991, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXVI a, p. 183.

DE BAENST, E., « La protection de la confidentialité en matière fiscale », XLV^e Congrès international de droit financier et fiscal, Barcelone, 1991, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXVI b, p. 195.

1990

HINNEKENS, L., « Régime fiscal du crédit-bail transfrontalier », XLIV^e Congrès international de droit financier et fiscal, Stockholm, 1990, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXV a, p. 237.

BAILLEUX, A., « L'échange des informations dans le cadre de l'assistance internationale », XLIV^e Congrès international de droit financier et fiscal, Stockholm, 1990, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXV b, p. 227.

1989

COLAERT, A.M., « La non-reconnaissance des personnes juridiques en matière fiscale », XLIII^e Congrès international de droit financier et fiscal, Rio de Janeiro, 1989, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXIV a, p. 191.

GÉRARD, M., BLONDIAUX, P., VANDEN BERGHE, C., « Le coût de la perception de l'impôt à charge de l'administration et des contribuables », XLIII^e Congrès international de droit financier et fiscal, Rio de Janeiro, 1989, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXIV b, p. 223.

1988

MARLIÈRE, M., « Reconnaissance de la personnalité fiscale des entreprises étrangères », XLII^e Congrès international de droit financier et fiscal, Amsterdam, 1988, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXIII a, p. 303.

AUTENNE, J. et DE LAME, J., « Traitement fiscal du logiciel dans l'informatique », XLII^e Congrès international de droit financier et fiscal, Amsterdam, 1988, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXIII b, p. 221.

1987

LÉVY-MORELLE, H., « La résidence fiscale des sociétés », XLI^e Congrès international de droit financier et fiscal, Bruxelles, 1987, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXII a, p. 231.

DEFOORT, J., « Régime de liquidation des sociétés », XLI^e Congrès international de droit financier et fiscal, Bruxelles, 1987, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXII b, p. 201.

1986

DENYS, L.A., « Transferts d'actifs vers et hors d'une juridiction fiscale », XL^e Congrès international de droit financier et fiscal, New York, 1986, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXI a, p. 173.

DASSESE, M., « Fluctuations de change et double imposition internationale », XL^e Congrès international de droit financier et fiscal, New York, 1986, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXXI b, p. 221.

1985

BOLUS, Cl. et LAGAE, J.P., « L'établissement et la perception des impôts à charge des non-résidents », XXXIX^e Congrès international de droit financier et fiscal, Londres, 1985, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXX a, p. 275.

DEBLAUWE, R., « La double imposition internationale des successions et donations », XXXIX^e Congrès international de droit financier et fiscal, Londres, 1985, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXX b, p. 269.

1984

DELWAIDE, H. et MALHERBE, J., « Obstacles fiscaux aux mouvements de capitaux entre une société mère et ses filiales étrangères », XXXVIII^e Congrès international de droit financier et fiscal, Buenos Aires, 1984, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXIX a, p. 255.

WILLEMS, Ch., « Les prélèvements sociaux, élément de la charge fiscale pesant sur les entreprises engagées dans des activités internationales », XXXVIII^e Congrès international de droit financier et fiscal, Buenos Aires, 1984, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXIX b, p. 227.

1983

DELAHAYE, Th., « Évasion fiscale/Fraude fiscale », XXXVII^e Congrès international de droit financier et fiscal, Venise, 1983, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXVIII a, p. 265.

AUTENNE, J. et SCHOLSEM, J.Cl., « Problèmes internationaux du domaine des taxes sur le chiffre d'affaires », XXXVII^e Congrès international de droit financier et fiscal, Venise, 1983, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXVIII b, p. 289.

1982

SIBILLE, P., « Le traitement fiscal des intérêts dans les relations économiques internationales », XXXVI^e Congrès international de droit financier et fiscal, Montréal, 1982, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXVII a, p. 305.

DE CLIPPEL, B., « Régime fiscal applicable à la rémunération des services rendus par un non-résident dans le cadre d'une activité indépendante », XXXVI^e Congrès international de droit financier et fiscal, Montréal, 1982, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXVII b, p. 175.

1981

COREMANS, J., « Procédure amiable — Procédure et pratique », XXXV^e Congrès international de droit financier et fiscal, Berlin, 1981, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXVI a, p. 213.

VANISTENDAEL, F., « Unilateral measures to prevent double taxation », XXXV^e Congrès international de droit financier et fiscal, Berlin, 1981, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXVI b, p. 211.

1980

SCAILTEUR, C., « Le dialogue entre l'administration fiscale et le contribuable jusqu'au dépôt des déclarations fiscales », XXXIV^e Congrès international de droit financier et fiscal, Paris, 1980, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXV a, p. 177.

CLAEYS BOUÛAERT, I., « Les règles pour déterminer l'origine nationale ou étrangère des revenus et des charges », XXXIV^e Congrès international de droit financier et fiscal, Paris, 1980, Deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXV b, p. 277.

1979

ELOY, M., « L'imposition du transfert des entreprises familiales par succession ou par donation », XXXIII^e Congrès international de droit financier et fiscal, Copenhague, 1979, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXIV a, p. 209.

NEMERY DE BELLEVAUX, J.P., « Les conséquences des déficits subis dans un pays pour une entreprise ou des entreprises associées ayant des activités internationales sur l'imposition des bénéfices dans d'autres pays », XXXIII^e Congrès international de droit financier et fiscal, Copenhague, 1979, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXIV b, p. 183.

1978

BUELINCKX, A. et VAN FRAEYENHOVEN, G., « Différences dans le traitement fiscal réservé aux investisseurs nationaux et étrangers et répercussions des traités internationaux », XXXII^e Congrès international de droit financier et fiscal, Sidney, 1978, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXIII b, p. 183.

1977

DUPONT, J.A., « L'inflation et la fiscalité », XXXI^e Congrès international de droit financier et fiscal, Vienne, 1977, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXII a, p. 251.

SIEBENS, H., « La détermination du bénéfice imposable des sociétés de capitaux », XXXI^e Congrès international de droit financier et fiscal, Vienne, 1977, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXII b, p. 137.

1976

- BAILLEUX, Fr., « Les encouragements fiscaux utilisés comme instruments de politique des pouvoirs publics », XXX^e Congrès international de droit financier et fiscal, Jérusalem, 1976, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXI a, p. 267.
- AUTENNE, J., « La notion de 'gains en capital' dans différents pays », XXX^e Congrès international de droit financier et fiscal, Jérusalem, 1976, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LXI b, p. 191.

1975

- DEMIN, G.J.H., « Le régime fiscal des importations et des exportations de connaissances techniques — Savoir-faire, brevets, autres droits incorporels et assistance technique », XXIX^e Congrès international de droit financier et fiscal, Londres, 1975, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LX a, p. II/83.
- VALENTIN, R., « La répartition des dépenses pour les transactions réalisées dans des conditions de pleine concurrence », XXIX^e Congrès international de droit financier et fiscal, Londres, 1975, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LX b, p. II/61.

1974

- CLAEYS BOÚAERT, I., « Les conséquences fiscales de la création d'une société par des actionnaires nationaux et étrangers en vue de la réalisation d'une entreprise commune », XXVIII^e Congrès international de droit financier et fiscal, Mexico, 1974, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LIX a, p. II/33.
- SIBILLE, P., « Problèmes fiscaux posés par l'activité temporaire à l'étranger des employés des entreprises à vocation internationale », XXVIII^e Congrès international de droit financier et fiscal, Mexico, 1974, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LIX b, p. II/61.

1973

- BAILLEUX, A., « L'imposition des entreprises ayant des établissements stables à l'étranger », XXVII^e Congrès international de droit financier et fiscal, Lausanne, 1973, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LVIII a, p. II/61.
- LAGAE, J.P., « Les sociétés de personnes et les coentreprises en droit fiscal international », XXVII^e Congrès international de droit financier et fiscal, Lausanne, 1973, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LVIII b, p. II/66.

1972

- VAN FRAEYENHOVEN, G., « Le régime fiscal des unités familiales (revenus, fortune, successions) », XXVI^e Congrès international de droit financier et fiscal, Madrid, 1972, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LVII a, p. II/47.
- KIRKPATRICK, J., « Les conséquences fiscales du changement des parités monétaires », XXVI^e Congrès international de droit financier et fiscal, Madrid, 1972, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LVII b, p. II/53.

1971

- DUNESME, G., « Le traitement fiscal des sociétés et/ou fonds internationaux d'investissements, compte tenu des principaux aspects en matière de surveillance administrative et de contrôle des changes dans les différents pays », XXV^e Congrès international de droit financier et fiscal, Washington, 1971, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LVI a, p. II/51.

1970

- BALTUS, M., « La charge multiple supportée par les dividendes et les actions du fait de l'imposition des revenus et du patrimoine dans le chef des sociétés comme des actionnaires ; possibilités de modifications », XXIV^e Congrès international de droit financier et fiscal, Bruxelles, 1970, premier sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LV a, p. II/109.
- MALHERBE, J., « Les problèmes fiscaux de caractère national et surtout international que posent les fusions d'entreprises », XXIV^e Congrès international de droit financier et fiscal, Bruxelles, 1970, deuxième sujet, *Cah. dr. fisc. intern.*, vol. LV b, p. II/43.

Allemagne

- BREZING, KRABBE, LEMPENAU, MÖSSNER et RUNGE, *Aussensteuerrecht Kommentar*, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, Herne, 1991.
- GUMPEL, H.J., *Taxation in the Federal Republic of Germany*, New York, etc., Commerce Clearing House, 2^e éd., 1969.
- HAAS, G., *La fiscalité allemande — Ses pièges et ses possibilités*, L.G.D.J., Paris, 1979.
- JACOBS, Otto H., *Internationale Unternehmensbesteuerung*, Beck, München, 1983.
- KILLIUS, J., *Business Operations in West Germany*, Tax Management, Foreign Income Portfolios, 174-5th, 1985.
- KLUGE, V., *Das deutsche internationale Steuerrecht*, Beck, 3^e éd., Munich, 1992.
- TIPKE, K. et LANG, J., *Steuerrecht — Ein systematischer Grundriss*, O. Schmidt, 13^e éd., Köln, 1991.
- WILKE, K.M., *Lehrbuch des internationalen Steuerrechts*, Verl. Neue-Wirtschaftsbriefe, Herne, Berlin, 4^e éd., 1992.
- X, *Die Veranlagung 19.. — Aussensteuerrecht, Eine Zusammenstellung von Steuerrechtlichen Vorschriften für Steuerinländer mit Auslandsbeziehungen und Steuerausländer mit Inlandsbeziehungen einschliesslich Materialien zu den Doppelbesteuerungsabkommen*, IDW-Verlag (éd. annuelle), Düsseldorf.
- X, *Dossiers internationaux Francis Lefebvre, Allemagne*, 3^e éd., Paris, 1987.

Etats-Unis

- AMERICAN BAR ASSOCIATION (Section of Real Property, Probate and Trust Law), *Foreign Investment in US Real Estate*, Chicago, feuil. mob.
- AMICO, J.C., *Introduction to the US Income Tax System*, Kluwer, Deventer, 1993.
- BITTKER, B. et LOKKEN, L., *Fundamentals of International Taxation*, Warren, Gorham & Lamont, Boston, 1991.
- GUSTAFSON, Ch. H. et PUGH, R. C., *Taxation of International Transactions 1991-1993 : Cases and materials*, CCH, 1991.
- ISENBERGH, J., *International Taxation, US Taxation of Foreign Taxpayers and Foreign Income*, Little, Brown & Co., Boston, Toronto, London, 1990 et suppl.

- KNIGHT et DOERNBERG, *Structuring Foreign Investment in US Real Estate*, Deventer, Boston, feuil. mob.
- KUNTZ et PERONI, *US International Taxation*, Warren, Gorham & Lamont, Boston, feuil. mob.
- MC DANIEL, P. R. et AULT, H. J., *Introduction to United States International Taxation*, 3^e éd. rev., Kluwer, Deventer, 1989.
- OWENS, E., *The Foreign Tax Credit*, The Law School of Harvard University, Cambridge, Mass., 1961.
- OWENS, E. et BALL, G., *The Indirect Credit*, 2 vol., Harvard Law School International Tax Program, Cambridge, Mass., 1975 et 1979.
- ROSE, M. D. et CHOMMIE, J. C., *Federal Income Taxation*, 3^e éd., West, St Paul (Minn.), 1988.
- TILLINGHAST, David R., *Tax aspects of international transactions*, 2^e éd., Matthew Bender, New York, 1984.
- VOGEL, SHANNON et DOERNBERG, *United States Income Tax Treaties*, Kluwer, Deventer-Boston, feuil. mob.
- X, *Dossiers internationaux Francis Lefebvre : États-Unis*, Paris, 4^e éd., 1990.
- X, *U.S. Master Tax Guide*, CCH, Chicago.

France

- BARDET, H., GOUTHÈRE, B., CHARVERIAT, A., JANIN, Ph., *Les holdings, Guide juridique et fiscal*, Francis Lefebvre, Paris, 1991.
- CAMPBELL, Ch., PHILIPPART, A., DELSOULLER, J. et BONNET, C., *Business Operations in France*, Tax Management, Foreign Income Portfolios, 961, 1992.
- CASTAGNÈDE, B. et TOLEDANO, S., *Fiscalité internationale de l'entreprise*, P.U.F., Paris, 1987.
- CHADEFAUX, M., *Les fusions de sociétés : régime juridique et fiscal*, La Villeguérin, Paris, 1990.
- COURT, J.F. et ENTRAYGUES, G., *Gestion fiscale internationale des entreprises*, 2^e éd., Montchrestien, Paris, 1992.
- COZIAN, M., *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, 2^e éd., Litec, Paris, 1986.
- ID., *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec, Paris, 1993.
- DAVID, C., *L'impôt sur le revenu des ménages*, Economica, Paris, 1987.
- DAVID, C., FOUQUET, O., LATOURNERIE, M.-A. et PLAGNET, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, 2^e éd., Sirey, Paris, 1991.
- GEST, G. et TIXIER, G., *Droit fiscal international*, P.U.F., 2^e éd., Paris, 1990.
- GOUTHÈRE, B., *Les impôts dans les affaires internationales*, Francis Lefebvre, Paris, 1990.
- JARNEVIC, J.-P., *Droit fiscal international*, Economica, Paris, 1985.
- LE GALL, *Fiscalité et exportation : politiques et pratiques*, Paris, 1984.

- PLAGNET, B., *Droit fiscal international*, Litec, Paris, 1986.
Id., *Fiscalité immobilière*, Litec, Paris, 1988.
- SCHMIDT, J., *Fiscalité immobilière*, 4^e éd., Litec, Paris, 1991.
- TIXIER, G., *Droit fiscal international*, P.U.F., Paris, 1986.
- TIXIER, G. et DEROUIN, Ph., *Droit pénal de la fiscalité*, Dalloz, Paris, 1989.
- X, *Opérations internationales*, Francis Lefebvre, Paris, 1985.
- X, *Mémento pratique Francis Lefebvre — Fiscal*, Paris.

Luxembourg

- X, *Dossiers internationaux Francis Lefebvre, Luxembourg*, Éd. Francis Lefebvre, Paris, 1988.

Pays-Bas

- BIERLAAGH, H.H.M. et VERMIE, W.A., *Ondernemen in het buitenland — De keuze tussen vaste inrichting en dochtermaatschappij*, Kluwer, Deventer, 1994.
- BROOD, *Compendium van het Nederlands Internationaal belastingrecht*, Kluwer, Deventer, 1992.
- DE KATER, J. et REUVERS, M.R., *Verrekenprijzen bij grensoverschrijdende transacties*, Kluwer, Deventer, 1993.
- DOEVE, G.O.R. et DE HAAN, P.M., *Het nieuwe belastingverdrag met de Verenigde Staten*, Kluwer, Deventer, 1993.
- JEFFCOTE, B. et KROON, P., *UK/Netherlands Double Taxation Treaty, A Practical Guide*, Kluwer, Deventer, 1992.
- TE SPENKE, G. et LIER, A.P., *Taxation in the Netherlands*, 2^e éd. rev., Kluwer, Deventer, 1992.
- VAN DE WATER, R.L. et BOEKHOUDT, A.H., *De eenzijdige regeling*, Kluwer, Deventer, 1991.
- VAN RAAD, K., *Business Operations in the Netherlands, Tax Management, Foreign Income Portfolios*, 150-5th, 1989.

Royaume-Uni

- BAKER, Ph., *Double Taxation Agreements and International Tax Law*, Sweet and Maxwell, London, 1991.
- DARLINGTON, G.L.B. et SANDISON, F.G., *Business Operations in the United Kingdom, Tax Management, Foreign Income Portfolios*, 68-8th, 1993.
- SUMPTON, A., *Taxation of overseas income and gains*, 3^e éd., Butterworths, London, 1979.
- TILEY, J., *Butterworths UK Tax Guide, 1993-94*, Butterworths, London, 1993.
- X, *Dossiers internationaux Francis Lefebvre, Grande-Bretagne*, 3^e éd., 1990, mise à jour 1992.

Suisse

- BIANCHI, S., *Business Operations in Switzerland*, Tax Management, Foreign Income Portfolios, 82-6th, 1986.
- RIVIER, J.M., *Droit fiscal suisse — L'imposition du revenu et de la fortune*, Ides et Calendes, Neuchatel, 1980.
- RIVIER, J.M., *Droit fiscal suisse — Le droit fiscal international*, Ides et Calendes, Neuchatel, 1983.
- RYSER, W., *Introduction au droit fiscal international de la Suisse*, Staempfli, Berne, 1980.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

A.C.F.	Arrêté du Conseil fédéral (suisse)
<i>A.F.T.</i>	<i>Algemeen Fiscaal Tijdschrift</i>
A.M.	Arrêté ministériel
<i>Ann. Dr.</i>	<i>Annales de droit de Louvain</i>
<i>Ann. Dr. Liège</i>	<i>Annales de la Faculté de droit de l'Université de Liège</i>
<i>Ann. not.</i>	<i>Annales du notariat et de l'enregistrement.</i>
Anvers	Arrêt de la Cour d'appel d'Anvers
A.R.	Arrêté royal
<i>Archives</i>	<i>Archives de droit fiscal suisse</i>
A.R.-I.R.	Arrêté royal d'exécution du Code des impôts sur le revenu
<i>A.T.F.</i>	<i>Arrêts du Tribunal fédéral suisse</i>
<i>Bull. contr.</i>	<i>Bulletin des contributions</i>
<i>B.I.F.D.</i>	<i>Bulletin for International Fiscal Documentation</i>
<i>Bull. Q.R.</i>	<i>Bulletin des questions et réponses parlementaires</i>
Bruxelles	Arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles
<i>Cah. dr. fisc. intern.</i>	<i>Cahiers de droit fiscal international</i>
Cass.	Arrêt de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C.I.R.	Code des impôts sur les revenus
Civ.	Tribunal civil
Code T.V.A.	Code de la taxe sur la valeur ajoutée
Com. I.R.	Commentaire du Code des impôts sur les revenus
Corr.	Tribunal correctionnel
<i>Courr. fisc.</i>	<i>Courrier fiscal</i>
<i>Dr. fisc.</i>	<i>Droit fiscal</i>
<i>Eur. L. Rev.</i>	<i>European Law Review</i>
<i>Eur. Tax.</i>	<i>European Taxation</i>
<i>F.J.F.</i>	<i>Fiscale Jurisprudentie — Jurisprudence fiscale</i>
Gand	Arrêt de la Cour d'appel de Gand
<i>Harvard L. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>J.D.F.</i>	<i>Journal de droit fiscal</i>
<i>J.L.M.B.</i>	<i>Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles</i>
<i>J.P.D.F.</i>	<i>Journal pratique de droit fiscal et financier</i>
<i>J.T.</i>	<i>Journal des Tribunaux</i>
<i>L. & Pol. Int. Bus.</i>	<i>Law & Policy in International Business</i>
Liège	Arrêt de la Cour d'appel de Liège
Mons	Arrêt de la Cour d'appel de Mons
<i>Pas.</i>	<i>Pasicrisie belge</i>
Q.P.	Question parlementaire
<i>R.C.J.B.</i>	<i>Revue critique de jurisprudence belge</i>
<i>R.D.A.F.</i>	<i>Revue de droit administratif et fiscal (suisse)</i>
<i>Rec. arr. et avis C.E.</i>	<i>Recueil des arrêts et avis du Conseil d'État</i>

<i>Rec. gén. enr. not.</i>	<i>Recueil général de l'enregistrement et du notariat</i>
<i>Rev. b. sc. comm.</i> commerciales	<i>Revue belge des sciences</i> commerciales
<i>Rev. dr. aff. intern.</i>	<i>Revue de droit des affaires internationales</i>
<i>Rev. dr. pén. et crim.</i>	<i>Revue de droit pénal et criminologie</i>
<i>Rev. fr. Fin. publ.</i>	<i>Revue française de Finances publiques</i>
<i>Rev. prat. not.</i>	<i>Revue pratique du notariat, puis Revue du notariat belge</i>
<i>Rev. T. V. A.</i>	<i>Revue de la T. V. A.</i>
<i>R. G. F.</i>	<i>Revue générale de fiscalité</i>
<i>RIW — AWD</i>	<i>Recht der Internationalen Wirtschaft — Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters</i>
<i>R. J. F.</i>	<i>Revue de jurisprudence fiscale (française)</i>
<i>R. P. S.</i>	<i>Revue pratique des sociétés</i>
<i>R. W.</i>	<i>Rechtskundig Weekblad</i>
<i>T. F. R.</i>	<i>Tijdschrift voor fiscaal recht</i>
<i>T. M. I. J.</i>	<i>Tax Management International Forum</i>
<i>T. M. I. R.</i>	<i>Tax Management International Journal</i>
<i>W. F. R.</i>	<i>Weekblad voor Fiscaal Recht</i>
<i>Z/Z</i>	<i>Zeitschrift für Zollrecht</i>

ANNEXES

ANNEXE I

Sociétés étrangères exclues du régime des revenus définitivement taxés

(M.B., 24 août 1991, p. 18431)

Liste I — pas d'impôt analogue à l'impôt des sociétés :

— Andorre — Anguilla — Bahamas — Bahrein — Bermudes — Campione — Cayman — Ciskei — Grenade — Nauru — Saint-Pierre-et-Miquelon — Sark — Tonga — Turks et Caïcos — Vanuatu.

Types de sociétés qui ne sont pas soumises dans leur pays à un impôt analogue à l'impôt des sociétés :

- **Antigua** : (1) *international business companies*, qui exercent leurs activités uniquement hors d'Antigua ; (2) sociétés qui fabriquent des « produits approuvés » ;
- **Antilles néerlandaises** : sociétés qui ont pour objet (1) la construction, l'équipement, l'extension ou la rénovation d'hôtels ; (2) la création de nouvelles industries ;
- **Aruba** : sociétés qui ont pour objet (1) la construction, l'équipement, l'extension ou la rénovation d'hôtels ; (2) la création de nouvelles industries ; (3) l'*Aruba Vrijgestelde Vennootschap* (A.V.V.) ;
- **Barbade** : (1) *international business companies*, dont 10 % au maximum des actions ou des capitaux empruntés sont détenus par des résidents et dont les activités sont exercées uniquement à l'étranger ; (2) compagnies d'assurances effectuant des opérations d'assurance à l'étranger ;
- **Chypre** : (1) sociétés qui appartiennent totalement à des résidents étrangers, qui sont dirigées et contrôlées hors de Chypre et qui retirent leurs revenus entièrement de l'étranger ; (2) investisseurs étrangers établis dans la zone franche de Larnaca ; (3) sociétés qui exploitent des bateaux sous pavillon chypriote ;
- **Îles Cook** : sociétés appartenant à des intérêts étrangers, qui n'investissent pas dans les sociétés locales, n'acquièrent pas d'actifs d'un résident des îles Cook et n'exercent pas d'activité aux îles Cook ;
- **Costa Rica** : (1) sociétés dont les revenus sont d'origine étrangère ; (2) nouvelles entreprises industrielles ;
- **Djibouti** : (1) sociétés dont les revenus sont d'origine étrangère ; (2) sociétés qui ont une activité à l'étranger et qui ont leur siège dans la zone franche de Djibouti ;
- **Emirats arabes unis** : (1) sociétés dont les projets industriels ont été « approuvés » ; (2) sociétés installées dans la zone franche du port de Djebel Ali ;
- **Gibraltar** : *exempted companies* : sociétés bénéficiant d'un certificat d'exonération, dont les bénéfices ne proviennent pas du commerce local ;
- **Hong Kong** : sociétés dont les revenus sont d'origine étrangère ;
- **Jamaïque** : *international business companies*, qui exercent leurs activités uniquement hors du pays ;
- **Liberia** : (1) sociétés dont la majorité des actions est possédée par des citoyens étrangers ou des non-résidents, dont les revenus proviennent d'opérations commerciales du commerce extérieur ; (2) sociétés libériennes dont plus de 25 % du capital

- social appartient à des étrangers non résidents et dont les revenus proviennent d'activités exercées à l'étranger ;
- **Liechtenstein** : (1) sociétés holdings ; (2) sociétés domiciliées, qui n'exercent aucune activité lucrative ou commerciale dans la principauté ;
 - **Luxembourg** : sociétés holdings ;
 - **Macao** : sociétés dont les revenus sont obtenus hors du territoire ;
 - **Malaisie** : (1) sociétés résidentes, autres que les banques, dont les revenus ont leur source à l'étranger et ne sont pas encaissés en Malaisie ; (2) sociétés non résidentes (c'est-à-dire dirigées et contrôlées à l'étranger) dont les revenus ont leur source à l'étranger, même s'ils sont encaissés en Malaisie ;
 - **Île de Malte** : sociétés non commerciales n'exerçant pas d'activité dans l'île de Malte, constituées sous la forme de *nominee companies* ;
 - **Île de Man** : (1) sociétés constituées dans l'île, mais dirigées et contrôlées de l'étranger, dont les revenus n'ont pas leur source dans l'île ; (2) *exempt companies* : sociétés résidentes qui appartiennent à des non-résidents, ont la source de leurs revenus hors de l'île et opèrent dans les domaines suivants : (a) investissements, ou achat et vente d'actions, de polices d'assurances ou de biens immobiliers ; (b) investissements dans la production ou l'achat de denrées ; (c) opérations maritimes ;
 - **Nevis** : (1) sociétés dont les revenus sont d'origine étrangère ; (2) sociétés constituées conformément à la Nevis Business Corporation Ordinance 1984 ; (3) industries exportatrices ;
 - **Oman** : (1) sociétés dont les revenus sont d'origine étrangère ; (2) sociétés exonérées par le sultan ;
 - **Panama** : sociétés dont les revenus sont d'origine étrangère ;
 - **Portugal** : (1) sociétés n'exerçant pas d'activité au Portugal, établies dans les zones franches de Madère et de l'île de Santa Maria ; (2) sociétés à capital spéculatif ; (3) sociétés de développement régional ; (4) sociétés favorisant l'initiative économique ;
 - **Saint-Vincent** : « sociétés internationales » constituées à Saint-Vincent mais n'y ayant pas d'activité et ne distribuant à des résidents pas plus de 10 % de la valeur des actifs, du capital social, des intérêts ou des dividendes ;
 - **Seychelles** : sociétés n'exerçant pas d'activité aux Seychelles ;
 - **Singapour** : sociétés dont les revenus proviennent de l'étranger et ne sont pas encaissés à Singapour ;
 - **Îles Vierges britanniques** : (1) sociétés non résidentes, qui sont contrôlées et dirigées de l'étranger ; dont les bénéfices ne sont pas réalisés dans les îles ; (2) international business companies qui ne traitent pas avec des résidents des îles, ne détiennent pas de biens immobiliers dans les îles et ne fonctionnent pas comme banque ou société d'assurances.

Liste II — droit commun avantageux

Pays dont les dispositions du droit commun en matière d'impôt sont notablement plus avantageuses qu'en Belgique :

- Alderney — Antilles néerlandaises — Aruba — Îles Cook — Djibouti — Guernesey — Herm — Hong Kong — Jersey — Liechtenstein — Macao — Île de Man — Saint-Martin — Svalbard — Taïwan — Îles Vierges britanniques.

Plusieurs de ces pays se retrouvent déjà dans la première liste, avec certains types de sociétés : île de Man, Antilles néerlandaises, etc.

Liste III — sociétés holdings ou de financement

Sociétés holdings ou sociétés de financement soumises, dans leur pays d'établissement, à un régime fiscal exorbitant du droit commun : — Antilles néerlandaises — Jersey — Liechtenstein — Luxembourg — Uruguay.

ANNEXE II

Modèle de convention de l'OCDE

CHAPITRE PREMIER. — CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Article 1^{er}. — Personnes visées

La présente Convention s'applique aux personnes qui sont des résidents d'un État contractant ou des deux États contractants.

Article 2. — Impôts visés

1. La présente Convention s'applique aux impôts sur le revenu et sur la fortune perçus pour le compte d'un État contractant, de ses subdivisions politiques ou de ses collectivités locales, quel que soit le système de perception.

2. Sont considérés comme impôts sur le revenu et sur la fortune les impôts perçus sur le revenu total, sur la fortune totale, ou sur des éléments du revenu ou de la fortune, y compris les impôts sur les gains provenant de l'aliénation de biens mobiliers ou immobiliers, les impôts sur le montant global des salaires payés par les entreprises, ainsi que les impôts sur les plus-values.

3. Les impôts actuels auxquels s'applique la Convention sont notamment :

a) (dans l'État A) :

b) (dans l'État B) :

4. La Convention s'applique aussi aux impôts de nature identique ou analogue qui seraient établis après la date de signature de la Convention et qui s'ajouteraient aux impôts actuels ou qui les remplaceraient. Les autorités compétentes des États contractants se communiquent à la fin de chaque année les modifications apportées à leurs législations fiscales respectives.

CHAPITRE II. — DÉFINITIONS

Article 3. — Définitions générales

1. Au sens de la présente Convention, à moins que le contexte n'exige une interprétation différente :

a) le terme « personne » comprend les personnes physiques, les sociétés et tous autres groupements de personnes ;

b) le terme « société » désigne toute personne morale ou toute entité qui est considérée comme une personne morale aux fins d'imposition ;

c) les expressions « entreprise d'un État contractant » et « entreprise de l'autre État contractant » désignent respectivement une entreprise exploitée par un résident d'un État contractant et une entreprise exploitée par un résident de l'autre État contractant ;

d) l'expression « trafic international » désigne tout transport effectué par un navire ou un aéronef exploité par une entreprise dont le siège de direction effective n'est exploité qu'entre des points situés dans l'autre État contractant ;

e) l'expression « autorité compétente » désigne :

(i) (dans l'État A) :

(ii) (dans l'État B) :

f) l'expression « national » désigne :

(i) toute personne physique qui possède la nationalité d'un État contractant ;

(ii) toute personne morale, société de personnes ou association constituée conformément à la législation en vigueur dans un État contractant.

Article 5. — Établissement stable

1. Au sens de la présente Convention, l'expression « établissement stable » désigne une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité.

2. L'expression « établissement stable » comprend notamment :

a) un siège de direction,

b) une succursale,

c) un bureau,

d) une usine,

e) un atelier et

f) une mine, un puits de pétrole ou de gaz, une carrière ou tout autre lieu d'extraction de ressources naturelles.

3. Un chantier de construction ou de montage ne constitue un établissement stable que si sa durée dépasse douze mois.

4. Nonobstant les dispositions précédentes du présent article, on considère qu'il n'y a pas « établissement stable » si :

a) il est fait usage d'installations aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison de marchandises appartenant à l'entreprise ;

b) des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposées aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison ;

c) des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposées aux seules fins de transformation par une autre entreprise ;

d) une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'acheter des marchandises ou de réunir des informations, pour l'entreprise ;

e) une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'exercer, pour l'entreprise, toute autre activité de caractère préparatoire ou auxiliaire ; une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins de l'exercice cumulé d'activités mentionnées aux aliéas a) à e), à condition que l'activité d'ensemble de l'installation fixe d'affaires résultant de ce cumul garde un caractère préparatoire ou auxiliaire.

5. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2, lorsqu'une personne — autre qu'un agent jouissant d'un statut indépendant auquel s'applique le paragraphe 6 — agit pour le compte d'une entreprise et dispose dans un État contractant de pouvoirs qu'elle y exerce habituellement lui permettant de conclure des contrats au nom de l'entreprise, cette entreprise est considérée comme ayant un établissement dans cet État pour toutes les activités que cette personne exerce pour l'entreprise, à moins que les activités de cette personne ne soient limitées à celles qui sont mentionnées au paragraphe 4 et qui, si elles étaient exercées par l'intermédiaire d'une installation fixe d'affaires, ne permettraient pas de considérer cette installation comme un établissement stable selon les dispositions de ce paragraphe.

6. Une entreprise n'est pas considérée comme ayant un établissement stable dans un État contractant du seul fait qu'elle y exerce son activité par l'entremise d'un courtier, d'un commissionnaire général ou de tout autre agent jouissant d'un statut indépendant, à condition que ces personnes agissent dans le cadre ordinaire de leur activité.

7. Le fait qu'une société qui est un résident d'un État contractant contrôle ou est contrôlée par une société qui est un résident de l'autre État contractant ou qui y exerce son activité (que ce soit par l'intermédiaire d'un établissement stable ou non) ne suffit pas, en lui-même, à faire de l'une quelconque de ces sociétés un établissement stable de l'autre.

CHAPITRE III. — IMPOSITION DES REVENUS

Article 6. — Revenus immobiliers

1. Les revenus qu'un résident d'un État contractant tire des biens immobiliers (y compris les revenus des exploitations agricoles ou forestières) situés dans l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État.

2. L'expression « biens immobiliers » a le sens que lui attribue le droit de l'État contractant où les biens considérés sont situés. L'expression comprend en tout cas les accessoires, le cheptel mort ou vif des exploitations agricoles et forestières, les droits auxquels s'appliquent les dispositions du droit privé concernant la propriété foncière, l'usufruit des biens immobiliers et les droits à des paiements variables ou fixes pour l'exploitation ou la concession de l'exploitation de gisements minéraux, sources et autres ressources naturelles ; les navires, bateaux et aéronefs ne sont pas considérés comme des biens immobiliers.

3. Les dispositions du paragraphe 1 s'appliquent aux revenus provenant de l'exploitation directe, de la location ou de l'affermage, ainsi que de toute autre forme d'exploitation des biens immobiliers.

4. Les dispositions des paragraphes 1 et 3 s'appliquent également aux revenus provenant des biens immobiliers d'une entreprise ainsi qu'aux revenus des biens immobiliers servant à l'exercice d'une profession indépendante.

Article 7. — Bénéfices des entreprises

1. Les bénéfices d'une entreprise d'un État contractant ne sont imposables que dans cet État, à moins que l'entreprise n'exerce son activité dans l'autre État contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé. Si l'entreprise exerce son acti-

vité d'une telle façon, les bénéfices de l'entreprise sont imposables dans l'autre État mais uniquement dans la mesure où ils sont imputables à cet établissement stable.

2. Sous réserve des dispositions du paragraphe 3, lorsqu'une entreprise d'un État contractant exerce son activité dans l'autre État contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, il est imputé, dans chaque État contractant, à cet établissement stable les bénéfices qu'il aurait pu réaliser s'il avait constitué une entreprise distincte exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues et traitant en toute indépendance avec l'entreprise dont il constitue un établissement stable.

3. Pour déterminer les bénéfices d'un établissement stable, sont admises en déduction les dépenses exposées aux fins poursuivies par cet établissement stable, y compris les dépenses de direction et les frais généraux d'administration ainsi exposés, soit dans l'État où est situé cet établissement stable, soit ailleurs.

4. S'il est d'usage, dans un État contractant, de déterminer les bénéfices imputables à un établissement stable sur la base d'une répartition des bénéfices totaux de l'entreprise entre ses diverses parties, aucune disposition du paragraphe 2 n'empêche cet État contractant de déterminer les bénéfices imposables selon la répartition en usage ; la méthode de répartition adoptée doit cependant être telle que le résultat obtenu soit conforme aux principes contenus dans le présent article.

5. Aucun bénéfice n'est imputé à un établissement stable du fait qu'il a simplement acheté des marchandises pour l'entreprise.

6. Aux fins des paragraphes précédents, les bénéfices à imputer à l'établissement stable sont déterminés chaque année selon la même méthode, à moins qu'il n'existe des motifs valables et suffisants de procéder autrement.

7. Lorsque les bénéfices comprennent des éléments de revenu traités séparément dans d'autres articles de la présente Convention, les dispositions de ces articles ne sont pas affectées par les dispositions du présent article.

*Article 8. — Navigation maritime,
intérieure et aérienne*

1. Les bénéfices provenant de l'exploitation, en trafic international, de navires ou d'aéronefs ne sont imposables que dans l'État contractant où le siège de direction effective de l'entreprise est situé.

2. Les bénéfices provenant de l'exploitation des bateaux servant à la navigation intérieure ne sont imposables que dans l'État contractant où le siège de direction effective de l'entreprise est situé.

3. Si le siège de direction effective d'une entreprise de navigation maritime ou intérieure est à bord d'un navire ou d'un bateau, ce siège est considéré comme situé dans l'État contractant où se trouve le port d'attache de ce navire ou de ce bateau, ou à défaut de port d'attache, dans l'État contractant dont l'exploitant du navire ou du bateau est un résident.

4. Les dispositions du paragraphe 1 s'appliquent aussi aux bénéfices provenant de la participation à un pool, une exploitation en commun ou un organisme international d'exploitation.

Article 9. — Entreprises associées

1. Lorsque

a) une entreprise d'un État contractant participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise de l'autre État contractant, ou que

b) les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise d'un État contractant et d'une entreprise de l'autre État contractant,

et que, dans l'un et l'autre cas, les deux entreprises sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées, qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes, les bénéfices qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des entreprises mais n'ont pu l'être en fait à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence.

2. Lorsqu'un État contractant inclut dans les bénéfices d'une entreprise de cet État — et impose en conséquence — des bénéfices sur lesquels une entreprise de l'autre État contractant a été imposée dans cet autre État, et que les bénéfices ainsi inclus sont des bénéfices qui auraient été réalisés par l'entreprise du premier État si les conditions convenues entre les deux entreprises avaient été celles qui auraient été convenues entre des entreprises indépendantes, l'autre État procède à un ajustement approprié du montant de l'impôt qui y a été perçu sur ces bénéfices. Pour déterminer cet ajustement, il est tenu compte des autres dispositions de la présente Convention et, si c'est nécessaire, les autorités compétentes des États contractants se consultent.

Article 10. — Dividendes

1. Les dividendes payés par une société qui est un résident d'un État contractant à un résident de l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État.

2. Toutefois, ces dividendes sont aussi imposables dans l'État contractant dont la société qui paie les dividendes est un résident, et selon la législation de cet État, mais si la personne qui reçoit les dividendes en est le bénéficiaire effectif, l'impôt ainsi établi ne peut excéder :

a) 5 % du montant brut des dividendes si le bénéficiaire effectif est une société (autre qu'une société de personnes) qui détient directement au moins 25 % du capital de la société qui paie les dividendes ;

b) 15 % du montant brut des dividendes, dans tous les autres cas.

Les autorités compétentes des États contractants règlent d'un commun accord les modalités d'application de ces limitations.

Le présent paragraphe n'affecte pas l'imposition de la société au titre des bénéfices qui servent au paiement des dividendes.

3. Le terme « dividendes » employé dans le présent article désigne les revenus provenant d'actions, actions ou bons de jouissance, parts de mine, parts de fondateur ou autres parts bénéficiaires à l'exception des créances, ainsi que les revenus d'autres parts sociales soumis au même régime fiscal que les revenus d'actions par la législation de l'État dont la société distributrice est un résident.

4. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas lorsque le bénéficiaire effectif des dividendes, résident d'un État contractant, exerce dans l'autre État contrac-

tant dont la société qui paie les dividendes est un résident, soit une activité industrielle ou commerciale par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, soit une profession indépendante au moyen d'une base fixe qui y est située, et que la participation génératrice des dividendes s'y rattache effectivement. Dans ce cas, les dispositions de l'article 7 ou de l'article 14, suivant les cas, sont applicables.

5. Lorsqu'une société qui est un résident d'un État contractant tire des bénéfices ou des revenus de l'autre État contractant, cet autre État ne peut percevoir aucun impôt sur les dividendes payés par la société, sauf dans la mesure où ces dividendes sont payés à un résident de cet autre État ou dans la mesure où la participation génératrice des dividendes se rattache effectivement à un établissement stable ou à une base fixe situés dans cet autre État, ni prélever aucun impôt, au titre de l'imposition des bénéfices non distribués, sur les bénéfices non distribués de la société, même si les dividendes payés ou les bénéfices non distribués consistent en tout ou en partie en bénéfices ou revenus provenant de cet autre État.

Article 11. — Intérêts

1. Les intérêts provenant d'un État contractant et payés à un résident de l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État.

2. Toutefois, ces intérêts sont aussi imposables dans l'État contractant d'où ils proviennent et selon la législation de cet État, mais si la personne qui reçoit les intérêts en est le bénéficiaire effectif, l'impôt ainsi établi ne peut excéder 10 % du montant brut des intérêts. Les autorités compétentes des États contractants règlent d'un commun accord les modalités d'application de cette limitation.

3. Le terme « intérêts » employé dans le présent article désigne les revenus des créances de toute nature, assorties ou non de garanties hypothécaires ou d'une clause de participation aux bénéfices du débiteur, et notamment les revenus des fonds publics et des obligations d'emprunts, y compris les primes et lots attachés à ces titres. Les pénalisations pour paiement tardif ne sont pas considérées comme des intérêts au sens du présent article.

4. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas lorsque le bénéficiaire effectif des intérêts, résident d'un État contractant, exerce dans un autre État contractant d'où proviennent les intérêts, soit une activité industrielle ou commerciale par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, soit une profession indépendante au moyen d'une base fixe qui y est située, et que la créance génératrice des intérêts s'y rattache effectivement. Dans ce cas, les dispositions de l'article 7 ou de l'article 14, suivant les cas, sont applicables.

5. Les intérêts sont considérés comme provenant d'un État contractant lorsque le débiteur est cet État lui-même, une subdivision politique, une collectivité locale ou un résident de cet État. Toutefois, lorsque le débiteur des intérêts, qu'il soit ou non un résident d'un État contractant, a dans un État contractant un établissement stable, ou une base fixe, pour lequel la dette donnant lieu au paiement des intérêts a été contractée et qui supporte la charge de ces intérêts, ceux-ci sont considérés comme provenant de l'État où l'établissement stable, ou la base fixe, est situé.

6. Lorsque, en raison de relations spéciales existant entre le débiteur et le bénéficiaire effectif ou que l'un et l'autre entretiennent avec de tierces personnes, le montant des intérêts, compte tenu de la créance pour laquelle ils sont payés, excède celui dont seraient convenus le débiteur et le bénéficiaire effectif en l'absence de pareilles rela-

tions, les dispositions du présent article ne s'appliquent qu'à ce dernier montant. Dans ce cas, la partie excédentaire des paiements reste imposable selon la législation de chaque État contractant et compte tenu des autres dispositions de la présente Convention.

Article 12. — Redevances

1. Les redevances provenant d'un État contractant et payées à un résident de l'autre État contractant ne sont imposables que dans cet autre État, si ce résident en est le bénéficiaire effectif.

2. Le terme « redevances » employé dans le présent article désigne les rémunérations de toute nature payées pour l'usage ou la concession de l'usage d'un droit d'auteur sur une œuvre littéraire, artistique ou scientifique, y compris les films cinématographiques, d'un brevet, d'une marque de fabrique ou de commerce, d'un dessin ou d'un modèle, d'un plan, d'une formule ou d'un procédé secrets et pour des informations ayant trait à une expérience acquise dans le domaine industriel, commercial ou scientifique.

3. Les dispositions du paragraphe 1 ne s'appliquent pas lorsque le bénéficiaire effectif des redevances, résident d'un État contractant, exerce dans l'autre État contractant d'où proviennent les redevances, soit une activité industrielle ou commerciale par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, soit une profession indépendante au moyen d'une base fixe qui y est située, et que le droit ou le bien générateur des redevances s'y rattache effectivement. Dans ce cas, les dispositions de l'article 7 ou de l'article 14, suivant les cas, sont applicables.

4. Lorsque, en raison de relations spéciales existant entre le débiteur et le bénéficiaire effectif ou que l'un et l'autre entretiennent avec de tierces personnes, le montant des redevances, compte tenu de la prestation pour laquelle elles sont payées, excède celui dont seraient convenus le débiteur et le bénéficiaire effectif en l'absence de pareilles relations, les dispositions du présent article ne s'appliquent qu'à ce dernier montant. Dans ce cas, la partie excédentaire des paiements reste imposable selon la législation de chaque État contractant et compte tenu des autres dispositions de la présente Convention.

Article 13. — Gains en capital

1. Les gains qu'un résident d'un État contractant tire de l'aliénation de biens immobiliers visés à l'article 6, et situés dans l'autre État contractant, sont imposables dans cet autre État.

2. Les gains provenant de l'aliénation de biens mobiliers qui font partie de l'actif d'un établissement stable qu'une entreprise d'un État contractant a dans l'autre État contractant, ou de biens mobiliers qui appartiennent à une base fixe dont un résident d'un État contractant dispose dans l'autre État contractant pour l'exercice d'une profession indépendante, y compris de tels gains provenant de l'aliénation de cet établissement stable (seul ou avec l'ensemble de l'entreprise) ou de cette base fixe, sont imposables dans cet autre État.

3. Les gains provenant de l'aliénation de navires ou aéronefs exploités en trafic international, de bateaux servant à la navigation intérieure ou de biens mobiliers affectés à l'exploitation de ces navires, aéronefs ou bateaux, ne sont imposables que dans l'État contractant où le siège de direction effective de l'entreprise est situé.

4. Les gains provenant de l'aliénation de tous biens autres que ceux visés aux paragraphes 1, 2 et 3 ne sont imposables que dans l'État contractant dont le cédant est un résident.

Article 14. — Professions indépendantes

1. Les revenus qu'un résident d'un État contractant tire d'une profession libérale ou d'autres activités de caractère indépendant ne sont imposables que dans cet État, à moins que ce résident ne dispose de façon habituelle dans l'autre État contractant d'une base fixe pour l'exercice de ses activités. S'il dispose d'une telle base fixe, les revenus sont imposables dans l'autre État mais uniquement dans la mesure où ils sont imposables à cette base fixe.

2. L'expression « profession libérale » comprend notamment les activités indépendantes d'ordre scientifique, littéraire, artistique, éducatif ou pédagogique, ainsi que les activités indépendantes des médecins, avocats, ingénieurs, architectes, dentistes et comptables.

Article 15. — Professions dépendantes

1. Sous réserve des dispositions des articles 16, 18 et 19, les salaires, traitements et autres rémunérations similaires qu'un résident d'un État contractant reçoit au titre d'un emploi salarié ne sont imposables que dans cet État, à moins que l'emploi ne soit exercé dans l'autre État contractant. Si l'emploi y est exercé, les rémunérations reçues à ce titre sont imposables dans cet autre État.

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les rémunérations qu'un résident d'un État contractant reçoit au titre d'un emploi salarié exercé dans l'autre État contractant ne sont imposables que dans le premier État si :

a) le bénéficiaire séjourne dans l'autre État pendant une période ou des périodes n'excédant pas au total 183 jours durant toute période de douze mois commençant ou se terminant durant l'année fiscale considérée, et

b) les rémunérations sont payées par un employeur ou pour le compte d'un employeur qui n'est pas un résident de l'autre État, et

c) la charge des rémunérations n'est pas supportée par un établissement stable ou une base fixe que l'employeur a dans l'autre État.

3. Nonobstant les dispositions précédentes du présent article, les rémunérations reçues au titre d'un emploi salarié exercé à bord d'un navire ou d'un aéronef exploité en trafic international, ou à bord d'un bateau servant à la navigation intérieure, sont imposables dans l'État contractant où le siège de direction effective de l'entreprise est situé.

Article 16. — Tantièmes

Les tantièmes, jetons de présence et autres rétributions similaires qu'un résident d'un État contractant reçoit en sa qualité de membre du conseil d'administration ou de surveillance d'une société qui est un résident de l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État.

Article 17. — Artistes et sportifs

1. Nonobstant les dispositions des articles 14 et 15, les revenus qu'un résident d'un État contractant tire de ses activités personnelles exercées dans l'autre État contractant en tant qu'artiste du spectacle, tel qu'un artiste de théâtre, de cinéma, de la radio ou de la télévision, ou qu'un musicien, ou en tant que sportif, sont imposables dans cet autre État.

2. Lorsque les revenus d'activités qu'un artiste du spectacle ou un sportif exerce personnellement et en cette qualité sont attribués non pas à l'artiste ou au sportif lui-même mais à une autre personne, ces revenus sont imposables, nonobstant les dispositions des articles 7, 14 et 15, dans l'État contractant où les activités de l'artiste ou du sportif sont exercées.

Article 18. — Pensions

Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 de l'article 19, les pensions et autres rémunérations similaires, payées à un résident d'un État contractant au titre d'un emploi antérieur, ne sont imposables que dans cet État.

Article 19. — Fonctions publiques

1. a) Les rémunérations, autres que les pensions, payées par un État contractant ou l'une de ses subdivisions politiques ou collectivités locales à une personne physique, au titre de services rendus à cet État ou à cette subdivision ou collectivité, ne sont imposables que dans cet État.

b) Toutefois, ces rémunérations ne sont imposables que dans l'autre État contractant si les services sont rendus dans cet État et si la personne physique est un résident de cet État qui :

- (i) possède la nationalité de cet État, ou
- (ii) n'est pas devenu un résident de cet État à seule fin de rendre les services.

2. a) Les pensions payées par un État contractant ou l'une de ses subdivisions politiques ou collectivités locales, soit directement soit par prélèvement sur des fonds qu'ils ont constitués, à une personne physique, au titre de services rendus à cet État ou à cette subdivision ou collectivité, ne sont imposables que dans cet État.

b) Toutefois, les pensions ne sont imposables que dans l'autre État contractant si la personne physique est un résident de cet État et en possède la nationalité.

3. Les dispositions des articles 15, 16 et 18 s'appliquent aux rémunérations et pensions payées au titre de services rendus dans le cadre d'une activité industrielle ou commerciale exercée par un État contractant ou l'une de ses subdivisions politiques ou collectivités locales.

Article 20. — Étudiants

Les sommes qu'un étudiant ou un stagiaire qui est, ou qui était immédiatement avant de se rendre dans un État contractant, un résident de l'autre État contractant et qui séjourne dans le premier État à seule fin d'y poursuivre ses études ou sa formation, reçoit pour couvrir ses frais d'entretien, d'études ou de formation ne sont pas imposables dans cet État, à condition qu'elles proviennent de sources situées en dehors de cet État.

Article 21. — Autres revenus

1. Les éléments du revenu d'un résident d'un État contractant, d'où qu'ils proviennent, qui ne sont pas traités dans les articles précédents de la présente Convention ne sont imposables que dans cet État.

2. Les dispositions du paragraphe 1 ne s'appliquent pas aux revenus autres que les revenus provenant de biens immobiliers tels qu'ils sont définis au paragraphe 2 de l'article 6, lorsque le bénéficiaire de tels revenus, résident d'un État contractant, exerce dans l'autre État contractant, soit une activité industrielle ou commerciale par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, soit une profession indépendante au moyen d'une base fixe qui y est située, et que le droit ou le bien générateur des revenus s'y rattache effectivement. Dans ce cas, les dispositions de l'article 7 ou de l'article 14, suivant les cas, sont applicables.

CHAPITRE IV. — IMPOSITION DE LA FORTUNE

Article 22. — Fortune

1. La fortune constituée par des biens immobiliers visés à l'article 6, que possède un résident d'un État contractant et qui sont situés dans l'autre État contractant, est imposable dans cet autre État.

2. La fortune constituée par des biens mobiliers qui font partie de l'actif d'un établissement stable qu'une entreprise d'un État contractant a dans l'autre État contractant, ou par des biens mobiliers qui appartiennent à une base fixe dont un résident d'un État contractant dispose dans l'autre État contractant pour l'exercice d'une profession indépendante, est imposable dans cet autre État.

3. La fortune constituée par des navires et des aéronefs exploités en trafic international, par des bateaux servant à la navigation intérieure ainsi que par des biens mobiliers affectés à l'exploitation de ces navires, aéronefs ou bateaux, n'est imposable que dans l'État contractant où le siège de direction effective de l'entreprise est situé.

4. Tous les autres éléments de la fortune d'un résident d'un État contractant ne sont imposables que dans cet État.

CHAPITRE V. — MÉTHODES POUR ÉLIMINER
LES DOUBLES IMPOSITIONS*Article 23 A. — Méthode d'exemption*

1. Lorsqu'un résident d'un État contractant reçoit des revenus ou possède de la fortune qui, conformément aux dispositions de la présente Convention, sont imposables dans l'autre État contractant, le premier État exempté de l'impôt ces revenus ou cette fortune, sous réserve des dispositions des paragraphes 2 et 3.

2. Lorsqu'un résident d'un État contractant reçoit des éléments de revenu qui, conformément aux dispositions des articles 10 et 11, sont imposables dans l'autre État contractant, le premier État accorde, sur l'impôt qu'il perçoit sur les revenus de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt payé dans cet autre État. Cette déduc-

tion ne peut toutefois excéder la fraction de l'impôt, calculé avant déduction, correspondant à ces éléments de revenus reçus de cet autre État.

3. Lorsque, conformément à une disposition quelconque de la Convention, les revenus qu'un résident d'un État contractant reçoit ou la fortune qu'il possède sont exemptés d'impôt dans cet État, celui-ci peut néanmoins, pour calculer le montant de l'impôt sur le reste des revenus ou de la fortune de ce résident, tenir compte des revenus ou de la fortune exemptés.

Article 23 B. — Méthode d'imputation

1. Lorsqu'un résident d'un État contractant reçoit des revenus ou possède de la fortune qui, conformément aux dispositions de la présente Convention, sont imposables dans l'autre État contractant, le premier État accorde :

a) sur l'impôt qu'il perçoit sur les revenus de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt sur les revenus payés dans cet autre État ;

b) sur l'impôt qu'il perçoit sur la fortune de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt sur la fortune payé dans cet autre État.

Dans l'un ou l'autre cas, cette déduction ne peut toutefois excéder la fraction de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur la fortune, calculé avant déduction, correspondant selon le cas aux revenus ou à la fortune imposables dans cet autre État.

2. Lorsque, conformément à une disposition quelconque de la Convention, les revenus qu'un résident d'un État contractant reçoit ou la fortune qu'il possède sont exemptés d'impôt dans cet État, celui-ci peut néanmoins, pour calculer le montant de l'impôt sur le reste des revenus ou de la fortune de ce résident, tenir compte des revenus ou de la fortune exemptés.

CHAPITRE VI. — DISPOSITIONS SPÉCIALES

Article 24. — Non-discrimination

1. Les nationaux d'un État contractant ne sont soumis dans l'autre État contractant à aucune imposition ou obligation y relative, qui est autre ou plus lourde que celles auxquelles sont ou pourront être assujettis les nationaux de cet autre État qui se trouvent dans la même situation, notamment au regard de la résidence. La présente disposition s'applique aussi, nonobstant les dispositions de l'article 1, aux personnes qui ne sont pas des résidents d'un État contractant ou des deux États contractants.

2. Les apatrides qui sont des résidents d'un État contractant ne sont soumis dans l'un ou l'autre État contractant à aucune imposition ou obligation y relative, qui est autre ou plus lourde que celles auxquelles sont ou pourront être assujettis les nationaux de l'État concerné qui se trouvent dans la même situation.

3. L'imposition d'un établissement stable qu'une entreprise d'un État contractant a dans l'autre État contractant n'est pas établie dans cet autre État d'une façon moins favorable que l'imposition des entreprises de cet autre État qui exercent la même activité. La présente disposition ne peut être interprétée comme obligeant un État contractant à accorder aux résidents de l'autre État contractant les déductions personnelles, abattements et réductions d'impôt en fonction de la situation ou des charges de famille qu'il accorde à ses propres résidents.

4. À moins que les dispositions du paragraphe 1 de l'article 9, du paragraphe 6 de l'article 11 ou du paragraphe 4 de l'article 12 ne soient applicables, les intérêts, redevances et autres dépenses payés par une entreprise d'un État contractant à un résident de l'autre État contractant sont déductibles, pour la détermination des bénéfices imposables de cette entreprise, dans les mêmes conditions que s'ils avaient été payés à un résident du premier État. De même, les dettes d'une entreprise d'un État contractant envers un résident de l'autre État contractant sont déductibles, pour la détermination de la fortune imposable de cette entreprise, dans les mêmes conditions que si elles avaient été contractées envers un résident du premier État.

5. Les entreprises d'un État contractant, dont le capital est en totalité ou en partie, directement ou indirectement, détenu ou contrôlé par un ou plusieurs résidents de l'autre État contractant, ne sont soumises dans le premier État à aucune imposition ou obligation y relative, qui est autre ou plus lourde que celles auxquelles sont ou pourront être assujetties les autres entreprises similaires du premier État.

6. Les dispositions du présent article s'appliquent, nonobstant les dispositions de l'article 2, aux impôts de toute nature ou dénomination.

Article 25. — Procédure amiable

1. Lorsqu'une personne estime que les mesures prises par un État contractant ou par les deux États contractants entraînent ou entraîneront pour elle une imposition non conforme aux dispositions de la présente Convention, elle peut, indépendamment des recours prévus par le droit interne de ces États, soumettre son cas à l'autorité compétente de l'État contractant dont elle est un résident ou, si son cas relève du paragraphe 1 de l'article 24, à celle de l'État contractant dont elle possède la nationalité. Le cas doit être soumis dans les trois ans qui suivent la première notification de la mesure qui entraîne une imposition non conforme aux dispositions de la Convention.

2. L'autorité compétente s'efforce, si la réclamation lui paraît fondée et si elle n'est pas elle-même en mesure d'y apporter une solution satisfaisante, de résoudre le cas par voie d'accord amiable avec l'autorité compétente de l'autre État contractant, en vue d'éviter une imposition non conforme à la Convention. L'accord est appliqué quels que soient les délais prévus par le droit interne des États contractants.

3. Les autorités compétentes des États contractants s'efforcent, par voie d'accord amiable, de résoudre les difficultés ou de dissiper les doutes auxquels peuvent donner lieu l'interprétation ou l'application de la Convention. Elles peuvent aussi se concerter en vue d'éliminer la double imposition dans les cas non prévus par la Convention.

4. Les autorités compétentes des États contractants peuvent communiquer directement entre elles en vue de parvenir à un accord comme il est indiqué aux paragraphes précédents. Si des échanges de vues oraux semblent devoir faciliter cet accord, ces échanges de vues peuvent avoir lieu au sein d'une Commission composée de représentants des autorités compétentes des États contractants.

Article 26. — Échanges de renseignements

1. Les autorités compétentes des États contractants échangent les renseignements nécessaires pour appliquer les dispositions de la présente Convention ou celles de la législation interne des États contractants relative aux impôts visés par la Convention dans la mesure où l'imposition qu'elle prévoit n'est pas contraire à la Convention.

L'échange de renseignements n'est pas restreint par l'article 1. Les renseignements reçus par un État contractant sont tenus secrets de la même manière que les renseignements obtenus en application de la législation interne de cet État et ne sont communiqués qu'aux personnes ou autorités (y compris les tribunaux et organismes administratifs) concernées par l'établissement ou le recouvrement des impôts visés par la Convention, par les procédures ou poursuites concernant ces impôts, ou par les décisions sur les recours relatifs à ces impôts. Ces personnes ou autorités n'utilisent ces renseignements qu'à ces fins. Elles peuvent faire état de ces renseignements au cours d'audiences publiques de tribunaux ou dans des jugements.

2. Les dispositions du paragraphe 1 ne peuvent en aucun cas être interprétées comme imposant à un État contractant l'obligation :

a) de prendre des mesures administratives dérogeant à sa législation et à sa pratique administrative ou à celles de l'autre État contractant ;

b) de fournir des renseignements qui ne pourraient être obtenus sur la base de sa législation ou dans le cadre de sa pratique administrative normale ou de celles de l'autre État contractant ;

c) de fournir des renseignements qui révéleraient un secret commercial, industriel, professionnel ou un procédé commercial ou des renseignements dont la communication serait contraire à l'ordre public.

*Article 27. — Agents diplomatiques
et fonctionnaires consulaires*

Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte aux privilèges fiscaux dont bénéficient les agents diplomatiques ou les fonctionnaires consulaires en vertu soit des règles générales du droit des gens, soit des dispositions d'accords particuliers.

Article 28. — Extension territoriale

1. La présente Convention peut être étendue, telle quelle ou avec les modifications nécessaires [à toute partie du territoire de (l'État A) ou de (l'État B) qui est spécifiquement exclue du champ d'application de la Convention ou] à tout État ou territoire dont (l'État A) ou (l'État B) assume les relations internationales, qui perçoit des impôts de nature analogue à ceux auxquels s'applique la Convention. Une telle extension prend effet à partir de la date, avec les modifications et dans les conditions, y compris les conditions relatives à la cessation d'application, qui sont fixées d'un commun accord entre les États contractants par échange de notes diplomatiques ou selon toute autre procédure conforme à leurs dispositions constitutionnelles.

2. À moins que les deux États contractants n'en soient convenus autrement, la dénonciation de la Convention par l'un d'eux en vertu de l'article 30 mettra aussi fin, dans les conditions prévues à cet article, à l'application de la Convention [à toute partie du territoire de (l'État A) ou de (l'État B) ou] à tout État ou territoire auquel elle a été étendue conformément au présent article.

CHAPITRE VII. — DISPOSITIONS FINALES

Article 29. — Entrée en vigueur

1. La présente Convention sera ratifiée et les instruments de ratification seront échangés à ... aussitôt que possible.

2. La Convention entrera en vigueur dès l'échange des instruments de ratification et ses dispositions seront applicables :

a) (dans l'État A) : ...

b) (dans l'État B) : ...

Article 30. — Dénonciation

La présente Convention demeurera en vigueur tant qu'elle n'aura pas été dénoncée par un État contractant. Chaque État contractant peut dénoncer la Convention par voie diplomatique avec un préavis minimum de six mois avant la fin de chaque année civile postérieure à l'année ... Dans ce cas, la Convention cessera d'être applicable :

a) (dans l'État A) : ...

b) (dans l'État B) : ...

ANNEXE III

**Directive du Conseil du 23 juillet 1990
Concernant le régime fiscal commun
applicable aux sociétés mères et filiales
d'États membres différents
(90/435/CEE)**

Le Conseil des communautés européennes,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment son article 100,

vu la proposition de la Commission (1),

vu la proposition du Parlement européen (2),

vu l'avis du Comité économique et social (3),

considérant que les regroupements de sociétés d'États membres différents peuvent être nécessaires pour créer dans la Communauté des conditions analogues à celles d'un marché intérieur et pour assurer ainsi l'établissement et le bon fonctionnement du marché commun ; que ces opérations ne doivent pas être entravées par des restrictions, des désavantages ou des distorsions particuliers découlant des dispositions fiscales des États membres ; qu'il importe, par conséquent, d'instaurer pour ces regroupements des règles fiscales neutres au regard de la concurrence afin de permettre aux entreprises de s'adapter aux exigences du marché commun, d'accroître leur productivité et de renforcer leur position concurrentielle sur le plan international ;

considérant que les regroupements en question peuvent aboutir à la création de groupes de sociétés mères et filiales ;

considérant que les dispositions fiscales actuelles régissant les relations entre sociétés mères et filiales d'États membres différents varient sensiblement d'un État membre à l'autre et sont, en général, moins favorables que celles applicables aux relations entre sociétés mères et filiales d'un même État membre ; que la coopération entre sociétés d'États membres différents est, de ce fait, pénalisée par rapport à la coopération entre sociétés d'un État membre ; qu'il convient d'éliminer cette pénalisation par l'instauration d'un régime commun et de faciliter ainsi les regroupements de sociétés à l'échelle communautaire ;

considérant que, lorsqu'une société mère reçoit, à titre d'associée de sa société filiale, des bénéfices distribués, l'État de la société mère doit :

— ou bien s'abstenir d'imposer ces bénéfices,

(1) *J.O.C.E.* n° C 39 du 22 mars 1969, p. 7, et modification transmise le 5 juillet 1985.

(2) *J.O.C.E.* n° C51 du 29 avril 1970, p. 6.

(3) *J.O.C.E.* n° C 100 du 1^{er} août 1969, p. 7.

— ou bien les imposer, tout en autorisant cette société à déduire du montant de son impôt la fraction de l'impôt de la filiale afférente à ces bénéfices ;

considérant qu'il convient par ailleurs, pour assurer la neutralité fiscale, d'exempter de retenue à la source, sauf dans certains cas particuliers, les bénéfices qu'une société filiale distribue à sa société mère ; qu'il y a lieu, toutefois, d'autoriser la République fédérale d'Allemagne et la République hellénique, en raison de la particularité de leur système d'impôt sur les sociétés, et la République portugaise, pour des raisons budgétaires, à continuer à percevoir temporairement une retenue à la source,

A arrêté la présente directive

Article premier

1. Chaque État membre applique la présente directive :

- aux distributions de bénéfices reçues par des sociétés de cet État et provenant de leurs filiales d'autres États membres,
- aux distributions de bénéfices effectuées par des sociétés de cet État à des sociétés d'autres États membres dont elles sont les filiales.

2. La présente directive ne fait pas obstacle à l'application de dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires afin d'éviter les fraudes et abus.

Article 2

Aux fins de l'application de la présente directive, les termes « société d'un État membre » désignent toute société :

- a) qui revêt une des formes énumérées à l'annexe ;
 - b) qui, selon la législation fiscale d'un État membre, est considérée comme ayant dans cet État son domicile fiscal et qui, aux termes d'une convention en matière de double imposition conclue avec un État tiers, n'est pas considérée comme ayant son domicile fiscal hors de la Communauté ;
 - c) qui, en outre, est assujettie, sans possibilité d'option et sans en être exonérée, à l'un des impôts suivants :
 - impôts des sociétés/*vennootschapsbelasting* en Belgique
 - *selskabsskat* au Danemark,
 - *Körperschaftsteuer* en République fédérale d'Allemagne,
 - *όρος εισοδήματος νομικών προσώπων κερδοσκοπικού χαρακτήρα* en Grèce,
 - *impuesto sobre sociedades* en Espagne,
 - impôt sur les sociétés en France,
 - *corporation tax* en Irlande,
 - *imposta sul reddito delle persone giuridiche* en Italie,
 - impôt sur le revenu des collectivités au Luxembourg,
 - *vennootschapsbelasting* aux Pays-Bas,
 - *imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas* au Portugal,
 - *corporation tax* au Royaume Uni,
- ou à tout autre impôt qui viendrait se substituer à l'un de ces impôts.

Article 3

1. Aux fins de l'application de la présente directive :

a) La qualité de société mère est reconnue au moins à toute société d'un État membre qui remplit les conditions énoncées à l'article 2 et qui détient, dans le capital d'une société d'un autre État membre remplissant les mêmes conditions, une participation minimale de 25 % ;

b) on entend par « société filiale » la société dans le capital de laquelle la participation visée au point a) est détenue.

2. Par dérogation au paragraphe 1, les États membres ont la faculté :

- par voie d'accord bilatéral, de remplacer le critère de participation dans le capital par celui de détention des droits de vote,
- de ne pas appliquer la présente directive à celles de leurs sociétés qui ne conservent pas, pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, une participation donnant droit à la qualité de société mère, ni aux sociétés dans lesquelles une société d'un autre État membre ne conserve pas, pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, une telle participation.

Article 4

1. Lorsqu'une société mère reçoit, à titre d'associée de sa société filiale, des bénéfices distribués autrement qu'à l'occasion de la liquidation de celle-ci, l'État de la société mère :

- soit s'abstient d'imposer ces bénéfices,
- soit les impose, tout en autorisant cette société à déduire du montant de son impôt la fraction de l'impôt de la filiale afférente à ces bénéfices et, le cas échéant, le montant de la retenue à la source perçue par l'État membre de résidence de la filiale en application des dispositions dérogatoires de l'article 5, dans la limite du montant de l'impôt national correspondant.

2. Toutefois, tout État membre garde la faculté de prévoir que des charges se rapportant à la participation et des moins-values résultant de la distribution des bénéfices de la société filiale ne sont pas déductibles du bénéfice imposable de la société mère. Si, dans ce cas, les frais de gestion se rapportant à la participation sont fixés forfaitairement, le montant forfaitaire ne peut excéder 5 % des bénéfices distribués par la société filiale.

3. Le paragraphe 1 s'applique jusqu'à la date de mise en application effective d'un système commun d'impôt des sociétés.

Le Conseil arrête en temps utile les dispositions applicables à partir de la date visée au premier alinéa.

Article 5

1. Les bénéfices distribués par une société filiale à sa société mère sont, au moins lorsque celle-ci détient une participation minimale de 25 % dans le capital de la filiale, exemptés de retenue à la source.

2. Par dérogation au paragraphe 1, la République hellénique peut, aussi longtemps qu'elle n'applique pas d'impôt des sociétés aux bénéfices distribués, percevoir une retenue à la source sur les bénéfices distribués à des sociétés mères d'autres États membres.

Toutefois, le taux de cette retenue ne peut dépasser celui fixé par les conventions bilatérales en vue d'éviter les doubles impositions.

3. Par dérogation au paragraphe 1, la République fédérale d'Allemagne peut, aussi longtemps qu'elle soumet les bénéfices distribués à un taux d'impôt des sociétés inférieur d'au moins 11 points à celui applicable aux bénéfices non distribués, mais au plus tard jusqu'à la mi-1996, percevoir, à titre d'impôt compensatoire, une retenue à la source de 5 % sur les bénéfices distribués par ses sociétés filiales.

4. Par dérogation au paragraphe 1, la République portugaise peut percevoir une retenue à la source sur les bénéfices distribués par ses sociétés filiales à des sociétés mères d'autres États membres jusqu'à une date qui ne pourra être postérieure à la fin de la huitième année suivant la date de mise en application de la présente directive.

Sous réserve des dispositions des conventions bilatérales existantes conclues entre le Portugal et un État membre, le taux de cette retenue ne pourra pas dépasser 15 % pendant les cinq premières années de la période visée au premier alinéa et 10 % pendant les trois dernières années.

Avant la fin de la huitième année, le Conseil décidera à l'unanimité, sur proposition de la Commission, de la prorogation éventuelle des dispositions du présent article.

Article 6

L'État membre dont relève la société mère ne peut percevoir de retenue à la source sur les bénéfices que cette société reçoit de sa filiale.

Article 7

1. L'expression « retenue à la source » utilisée dans la présente directive ne comprend pas le paiement anticipé ou préalable (précompte) de l'impôt sur les sociétés à l'État membre où est située la filiale, effectué en liaison avec la distribution des bénéfices de la société mère.

2. La présente directive n'affecte pas l'application de dispositions nationales ou conventionnelles visant à supprimer ou à atténuer la double imposition économique des dividendes, en particulier les dispositions relatives au paiement de crédits d'impôt aux bénéficiaires de dividendes.

Article 8

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive avant le 1^{er} janvier 1992. Ils en informent immédiatement la Commission.

2. Les États membres veillent à communiquer à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

Article 9

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le 23 juillet 1990

Pour le Conseil

Le président

G. CARLI

ANNEXE. — LISTE DES SOCIÉTÉS
VISÉES À L'ARTICLE 2, POINT A)

a) Les sociétés de droit belge dénommées « société anonyme »/« naamloze vennootschap », « société en commandite par actions »/« commanditaire vennootschap op aandelen », « société privée à responsabilité limitée »/« besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid », ainsi que les entités de droit public qui opèrent sous le régime du droit privé ;

b) les sociétés de droit danois dénommées « aktieselskab », « anpartsselskab » ;

c) les sociétés de droit allemand dénommée « Aktiengesellschaft », « Kommanditgesellschaft auf Aktien », « Gesellschaft mit beschränkter Haftung », « bergrechtliche Gewerkschaft » ;

d) les sociétés de droit hellénique dénommées « ανώνυμη εταιρία » ;

e) les sociétés de droit espagnol dénommées « sociedad anónima », « sociedad comanditaria por acciones », « sociedad de responsabilidad limitada », ainsi que les entités de droit public qui opèrent sous le régime du droit privé ;

f) les sociétés de droit français dénommées « société anonyme », « société en commandite par actions », « société à responsabilité limitée », ainsi que les établissements et entreprises publics à caractère industriel et commercial ;

g) les sociétés de droit irlandais dénommées « public companies limited by shares or by guarantee », « private companies limited by shares or by guarantee », les établissements enregistrés sous le régime des « Industrial and Provident Societies Acts » ou les « building societies » enregistrées sous le régime des « Building Societies Acts » ;

h) les sociétés de droit italien dénommées « società per azioni », « società in accomandita per azioni », « società a responsabilità limitata », ainsi que les entités publiques et privées qui exercent des activités industrielles et commerciales ;

i) les sociétés de droit luxembourgeois dénommées « société anonyme », « société en commandite par actions », « société à responsabilité limitée » ;

j) les sociétés de droit néerlandais dénommées « naamloze vennootschap », « besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid » ;

k) les sociétés commerciales ou sociétés civiles de forme commerciale, ainsi que d'autres personnes morales exerçant des activités commerciales ou industrielles, qui sont constituées conformément au droit portugais ;

l) les sociétés constituées conformément au droit du Royaume-Uni.

ANNEXE IV

**Directive du Conseil du 23 juillet 1990
Concernant le régime fiscal commun
applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs
et échanges d'actions intéressant des sociétés
d'États membres différents
(90/434/CEE)**

Le Conseil des communautés européennes,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment son article 100,

vu la proposition de la Commission (1),

vu la proposition du Parlement européen (2),

vu l'avis du Comité économique et social (3),

considérant que les fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents peuvent être nécessaires pour créer dans la Communauté des conditions analogues à celles d'un marché intérieur et pour assurer ainsi l'établissement et le bon fonctionnement du marché commun ; que ces opérations ne doivent pas être entravées par des restrictions, des désavantages ou des distorsions particuliers découlant des dispositions fiscales des États membres ; qu'il importe, par conséquent, d'instaurer pour ces opérations des règles fiscales neutres au regard de la concurrence afin de permettre aux entreprises de s'adapter aux exigences du marché commun, d'accroître leur productivité et de renforcer leur position concurrentielle sur le plan international ;

considérant que des dispositions d'ordre fiscal pénalisent actuellement ces opérations par rapport à celles qui intéressent des sociétés d'un même État membre ; qu'il est nécessaire d'éliminer cette pénalisation ;

considérant qu'il n'est pas possible d'atteindre cet objectif par une extension au plan communautaire des régimes internes en vigueur dans les États membres, les différences entre ces régimes étant susceptibles de provoquer des distorsions ; que seul un régime fiscal commun peut constituer une solution satisfaisante à cet égard ;

considérant que le régime fiscal commun doit éviter une imposition à l'occasion d'une fusion, d'une scission, d'un apport d'actifs ou d'un échange d'actions, tout en sauvegardant les intérêts financiers de l'État de la société apporteuse ou acquise ;

considérant que, en ce qui concerne les fusions, les scissions et les apports d'actifs, ces opérations ont normalement pour résultat soit la transformation de la société

(1) *J.O.C.E.* n° C 39 du 22 mars 1969, p. 1.

(2) *J.O.C.E.* n° C 51 du 29 avril 1970, p. 12.

(3) *J.O.C.E.* n° C 100 du 1^{er} août 1969, p. 4.

apporteuse en établissement stable de la société bénéficiaire de l'apport, soit le rattachement des actifs à un établissement stable de cette dernière société ;

considérant que le régime du report, jusqu'à leur réalisation effective, de l'imposition des plus-values afférentes aux biens apportés, appliqué à ceux de ces biens qui sont affectés à cet établissement stable, permet d'éviter l'imposition des plus-values correspondantes, tout en assurant leur imposition ultérieure par l'État de la société apporteuse, au moment de leur réalisation ;

considérant qu'il convient également de définir le régime fiscal à appliquer à certaines provisions, réserves ou pertes de la société apporteuse et de régler les problèmes fiscaux qui se posent lorsqu'une des deux sociétés détient une participation dans le capital de l'autre ;

considérant que l'attribution aux associés de la société apporteuse de titres de la société bénéficiaire ou acquérante ne doit, par elle-même, donner lieu à aucune imposition dans le chef de ces associés ;

considérant qu'il convient de prévoir la faculté pour les États membres de refuser le bénéfice de l'application de la présente directive lorsque l'opération de fusion, de scission, d'apport d'actifs ou d'échange d'actions a pour objectif la fraude ou l'évasion fiscales ou a pour effet qu'une société, que celle-ci participe ou non à l'opération, ne remplit plus les conditions requises pour la représentation des travailleurs dans les organes de la société,

A arrêté la présente directive :

TITRE PREMIER. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier

Chaque État membre applique la présente directive aux opérations de fusion, de scission, d'apport d'actifs ou d'échange d'actions qui concernent des sociétés de deux ou de plusieurs États membres.

Article 2

Aux fins de l'application de la présente directive, on entend par

a) fusion : l'opération par laquelle :

- une ou plusieurs sociétés transfèrent, par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine, activement et passivement, à une autre société préexistante, moyennant l'attribution à leurs associés de titres représentatifs du capital social de l'autre société et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale ou, à défaut de leur valeur nominale, du pair comptable de ces titres,
- deux ou plusieurs sociétés transfèrent, par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine, activement et passivement, à une société qu'elles constituent, moyennant l'attribution à leurs associés de titres représentatifs du capital social de la nouvelle société et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale ou, à défaut de leur valeur nominale, du pair comptable de ces titres,

— une société transfère, par suite et au moment de sa dissolution sans liquidation, l'ensemble de son patrimoine, activement et passivement, à la société qui détient la totalité des titres représentatifs de son capital social ;

b) scission : l'opération par laquelle une société transfère, par suite et au moment de sa dissolution sans liquidation, l'ensemble de son patrimoine, activement et passivement, à deux ou plusieurs sociétés préexistantes ou nouvelles, moyennant l'attribution à ses associés, selon une règle proportionnelle, de titres représentatifs du capital social des sociétés bénéficiaires de l'apport et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale ou, à défaut de leur valeur nominale, du pair comptable de ces titres,

c) apport d'actifs : l'opération par laquelle une société apporte, sans être dissoute, l'ensemble ou une ou plusieurs branches de son activité à une autre société, moyennant la remise de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire de l'apport ;

d) échange d'actions : l'opération par laquelle une société acquiert, dans le capital social d'une autre société, une participation ayant pour effet de lui conférer la majorité des droits de vote de cette société, moyennant l'attribution aux associés de l'autre société, en échange de leurs titres, de titres représentatifs du capital social de la première société, et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale ou, à défaut de leur valeur nominale, du pair comptable des titres qui sont remis en échange ;

e) société apporteuse : la société qui transfère son patrimoine, activement et passivement, ou qui apporte l'ensemble ou une ou plusieurs branches de son activité ;

f) société bénéficiaire : la société qui reçoit le patrimoine, activement et passivement, ou l'ensemble ou une ou plusieurs branches d'activité de la société apporteuse ;

g) société acquise : la société dans laquelle une autre société acquiert une participation, moyennant un échange de titres ;

h) société acquérante : la société qui acquiert une participation, moyennant un échange de titres ;

i) branche d'activité : l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une division d'une société qui constituent, du point de vue de l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens.

Article 3

Aux fins de l'application de la présente directive, les termes « société d'un État membre » désignent toute société :

a) qui revêt une des formes énumérées à l'annexe ;

b) qui, selon la législation fiscale d'un État membre, est considérée comme ayant dans cet État son domicile fiscal et, aux termes d'une convention en matière de double imposition conclue avec un État tiers, n'est pas considérée comme ayant son domicile fiscal hors de la Communauté ;

c) qui, en outre, est assujettie, sans possibilité d'option et sans en être exonérée, à l'un des impôts suivants :

— impôts des sociétés/*vennootschapsbelasting* en Belgique

— *selskabsskat* au Danemark,

— *Körperschaftsteuer* en république fédérale d'Allemagne,

— *όρος εισοδήματος νομικών προσώπων κερδοσκοπικό χαρακτήρα* en Grèce,

- impuesto sobre sociedades en Espagne,
 - impôt sur les sociétés en France,
 - corporation tax en Irlande,
 - imposta sul reddito delle persone giuridiche en Italie,
 - impôt sur le revenu des collectivités au Luxembourg,
 - vennootschapsbelasting aux Pays-Bas,
 - imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas au Portugal,
 - corporation tax au Royaume Uni,
- ou à tout autre impôt qui viendrait se substituer à l'un de ces impôts.

TITRE II. — RÈGLES APPLICABLES AUX FUSIONS,
SCISSIONS ET ÉCHANGES D' ACTIONS

1. La fusion ou la scission n'entraîne aucune imposition des plus-values qui sont déterminées par différence entre la valeur réelle des éléments d'actif et de passif transférés et leur valeur fiscale.

On entend par :

- valeur fiscale : la valeur qui aurait été retenue pour le calcul d'un profit ou d'une perte entrant en compte pour l'assiette d'un impôt frappant le revenu, les bénéfices ou les plus-values de la société apporteuse si ces éléments d'actif et de passif avaient été vendus lors de la fusion ou de la scission mais indépendamment d'une telle opération,
- éléments d'actif et de passif transférés : les éléments d'actif et de passif de la société apporteuse qui, par suite de la fusion ou de la scission, sont effectivement rattachés à l'établissement stable de la société bénéficiaire situé dans l'État membre de la société apporteuse et qui concourent à la formation des résultats pris en compte pour l'assiette des impôts.

2. Les États membres subordonnent l'application du paragraphe 1 à la condition que la société bénéficiaire calcule les nouveaux amortissements et les plus-values ou moins-values dans les mêmes conditions qu'auraient pu le faire la ou les sociétés apporteuses si la fusion ou la scission n'avait pas eu lieu.

3. Dans le cas où, selon la législation de l'État membre de la société apporteuse, la société bénéficiaire est admise à calculer les nouveaux amortissements et les plus-values ou moins-values afférentes aux éléments d'actif et de passif transférés dans des conditions différentes de celles prévues au paragraphe 2, le paragraphe 1 ne s'applique pas aux éléments d'actif et de passif pour lesquels la société bénéficiaire a usé de cette faculté.

Article 5

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les provisions ou réserves régulièrement constituées en franchise partielle ou totale d'impôt par la société apporteuse, sauf celles qui proviennent d'établissements stables à l'étranger, soient reprises, dans les mêmes conditions de franchise d'impôt, par les établissements stables de la société bénéficiaire situés dans l'État de la société apporteuse, la société bénéficiaire se substituant alors aux droits et obligations de la société apporteuse.

Article 6

Dans la mesure où les États membres appliquent, lorsque les opérations visées à l'article 1^{er} interviennent entre sociétés de l'État de la société apporteuse, des dispositions permettant la reprise, par la société bénéficiaire, des pertes de la société apporteuse non encore amorties du point de vue fiscal, ils étendent le bénéfice de ces dispositions à la reprise, par les établissements stables de la société bénéficiaire situés sur leur territoire, des pertes de la société apporteuse non encore amorties du point de vue fiscal.

Article 7

1. Lorsque la société bénéficiaire détient une participation dans le capital de la société apporteuse, la plus-value obtenue par la société bénéficiaire à l'occasion de l'annulation de sa participation ne donne lieu à aucune imposition.

2. Les États membres ont la faculté de déroger au paragraphe 1 lorsque la participation que détient la société bénéficiaire dans le capital de la société apporteuse n'excède pas 25 %.

Article 8

1. L'attribution, à l'occasion d'une fusion, d'une scission ou d'un échange d'actions, de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire ou acquérante à un associé de la société apporteuse ou acquise, en échange de titres représentatifs du capital social de cette dernière société, ne doit, par elle-même, entraîner aucune imposition sur le revenu, les bénéfices ou les plus-values de cet associé.

2. Les États membres subordonnent l'application du paragraphe 1 à la condition que l'associé n'attribue pas aux titres reçus en échange une valeur fiscale plus élevée que celle que les titres échangés avaient immédiatement avant la fusion, la scission ou l'échange d'actions.

L'application du paragraphe 1 n'empêche pas les États membres d'imposer le profit résultant de la cession ultérieure des titres reçus de la même manière que le profit qui résulte de la cession des titres existant avant l'acquisition.

Par « valeur fiscale », on entend la valeur qui servirait de base pour le calcul éventuel d'un profit ou d'une perte entrant en compte pour l'assiette d'un impôt frappant le revenu, les bénéfices ou les plus-values de l'associé de la société.

3. Dans le cas où un associé est autorisé, conformément à la législation de l'État membre de sa résidence, à opter pour un traitement fiscal différent de celui défini au paragraphe 2, le paragraphe 1 ne s'applique pas aux titres représentatifs pour lesquels cet associé aura exercé son droit d'option.

4. Les paragraphes 1, 2 et 3 ne font pas obstacle à la prise en compte, pour la taxation de l'associé, de la soulte en espèces qui lui est éventuellement attribuée à l'occasion de la fusion, de la scission ou de l'échange d'actions.

TITRE III. — RÈGLES APPLICABLES AUX APPORTS D' ACTIONS

Article 9

Les articles 4, 5 et 6 s'appliquent aux apports d'actifs.

TITRE IV. — CAS PARTICULIER DE L'APPORT
D'UN ÉTABLISSEMENT STABLE*Article 10*

1. Lorsque dans les biens apportés à l'occasion d'une fusion, d'une scission ou d'un apport d'actifs figure un établissement stable de la société apporteuse situé dans un État membre autre que celui de cette société, ce dernier renonce à tout droit d'imposer l'établissement stable. Toutefois, l'État de la société apporteuse peut réintégrer dans les bénéfices imposables de celle-ci les pertes antérieures de l'établissement stable qui ont été éventuellement déduites du bénéfice imposable de la société dans cet État et qui n'ont pas été compensées. L'État où est situé l'établissement stable et l'État de la société bénéficiaire appliquent à cet apport les dispositions de la présente directive comme si le premier État était celui de la société apporteuse.

2. Par dérogation au paragraphe 1, lorsque l'État membre de la société apporteuse applique un régime d'imposition du bénéfice mondial, cet État a le droit d'imposer les bénéfices ou les plus-values de l'établissement stable qui apparaissent à l'occasion de la fusion, de la scission ou de l'apport d'actifs, à condition qu'il admette la déduction de l'impôt qui, en l'absence des dispositions de la présente directive, aurait frappé ces bénéfices ou ces plus-values dans l'État où est situé l'établissement stable et qu'il admette cette déduction de la même manière et pour le même montant qu'il l'aurait fait si l'impôt avait été réellement établi et payé.

TITRE V. — DISPOSITIONS FINALES

Article 11

1. Un État membre peut refuser d'appliquer tout ou partie des dispositions des titres II, III et IV ou en retirer le bénéfice lorsque l'opération de fusion, de scission, d'apport d'actifs ou d'échange d'actions :

a) a comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales ; le fait qu'une des opérations visées à l'article 1^{er} n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération, peut constituer une présomption que cette opération a comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales ;

b) a pour effet qu'une société, que celle-ci participe ou non à l'opération, ne remplit plus les conditions requises pour la représentation des travailleurs dans les organes de la société selon les modalités applicables avant l'opération en question.

2. Le paragraphe 1 point b) s'appliquera aussi longtemps que et dans la mesure où aucune réglementation communautaire comportant des dispositions équivalentes en

matière de représentation des travailleurs dans les organes de la société ne sera applicable aux sociétés faisant l'objet de la présente directive.

Article 12

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive avant le 1^{er} janvier 1992. Ils en informent immédiatement la Commission.

2. Par dérogation au paragraphe 1, la République portugaise peut reporter au 1^{er} janvier 1993 la mise en application des dispositions relatives aux apports d'actifs et aux échanges d'actions.

3. Les États membres veillent à communiquer à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

Article 13

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le 23 juillet 1990

Pour le Conseil

Le président

G. CARLI

ANNEXE. — LISTE DES SOCIÉTÉS
VISÉES À L'ARTICLE 3, POINT A)

a) Les sociétés de droit belge dénommées « société anonyme »/« naamloze vennootschap », « société en commandite par actions »/« commanditaire vennootschap op aandelen », « société privée à responsabilité limitée »/« besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid », ainsi que les entités de droit public qui opèrent sous le régime du droit privé ;

b) les sociétés de droit danois dénommées « aktieselskab », « anpartsselskab » ;

c) les sociétés de droit allemand dénommée « Aktiengesellschaft », « Kommanditgesellschaft auf Aktien », « Gesellschaft mit beschränkter Haftung », « bergrechtliche Gewerkschaft » ;

d) les sociétés de droit hellénique dénommées « ανώνυμη εταιρία » ;

e) les sociétés de droit espagnol dénommées « sociedad anónima », « sociedad comanditaria por acciones », « sociedad de responsabilidad limitada », ainsi que les entités de droit public qui opèrent sous le régime du droit privé ;

f) les sociétés de droit français dénommées « société anonyme », société en commandite par actions », société à responsabilité limitée », ainsi que les établissements et entreprises publics à caractère industriel et commercial ;

g) les sociétés de droit irlandais dénommées « public companies limited by shares or by guarantee », « private companies limited by shares or by guarantee », les établisse-

ments enregistrés sous le régime des « Industrial and Provident Societies Acts » ou les « building societies » enregistrées sous le régime des « Building Societies Acts » ;

h) les sociétés de droit italien dénommées « società per azioni », « società in accomandita per azioni », « società a responsabilità limitata », ainsi que les entités publiques et privées qui exercent des activités industrielles et commerciales ;

i) les sociétés de droit luxembourgeois dénommées « société anonyme », « société en commandite par actions », « société à responsabilité limitée » ;

j) les sociétés de droit néerlandais dénommées « naamloze vennootschap », « besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid » ;

k) les sociétés commerciales ou sociétés civiles de forme commerciale, ainsi que d'autres personnes morales exerçant des activités commerciales ou industrielles, qui sont constituées conformément au droit portugais ;

l) les sociétés constituées conformément au droit du Royaume-Uni.

ANNEXE V

Convention relative à l'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéfices d'entreprises associées (90/436/CEE)

Les hautes parties contractantes au traité instituant la communauté économique européenne,

Désireuses de mettre en application l'article 220 du traité, aux termes duquel elles se sont engagées à entamer des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants, l'élimination de la double imposition,

Considérant l'intérêt qui s'attache à l'élimination de la double imposition en cas de correction des bénéfices d'entreprises associées,

Sont convenues de ce qui suit :

CHAPITRE PREMIER. — CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Article 1^{er}

1. La présente convention s'applique lorsque, aux fins de l'imposition, les bénéfices qui sont inclus dans les bénéfices d'une entreprise d'un État contractant sont ou seront probablement inclus également dans les bénéfices d'une entreprise d'un autre État contractant du fait que les principes énoncés à l'article 4 et appliqués soit directement, soit dans des dispositions correspondantes de la législation de l'État concerné, ne sont pas respectés.

2. Aux fins de l'application de la présente convention, un établissement stable d'une entreprise d'un État contractant situé dans un autre État contractant est considéré comme une entreprise de l'État dans lequel il est situé.

3. Le paragraphe 1 est également applicable lorsqu'une quelconque des entreprises concernées a subi des pertes au lieu de réaliser des profits.

Article 2

1. La présente convention s'applique aux impôts sur le revenu.

2. Les impôts actuels auxquels s'applique la présente convention sont notamment les suivants :

a) en Belgique :

- impôt des personnes physiques/personenbelasting,
- impôt des sociétés/vennootschapsbelasting,
- impôt des personnes morales/rechtspersonenbelasting,
- impôt des non-résidents/belasting der niet-verblijfhouders,

— taxe communale et taxe d'agglomération additionnelles à l'impôt des personnes physiques/aanvullende gemeentebelasting en agglomeratiebelasting op de personenbelasting ;

b) au Danemark :

— selskabsskat,
 — indkomstskat til staten,
 — kommunal indkomstskat,
 — amtskommunal indkomstskat,
 — særlig indkomstskat,
 — kirkeskat,
 — udbytteskat,
 — rudbytteskat,
 — renteskat,
 — royaltyskat,
 — frigørelsesafgift ;

c) en république fédérale d'Allemagne :

— Einkommensteuer,
 — Körperschaftsteuer,
 — Gewerbesteuer, dans la mesure où cet impôt est assis sur les bénéfiques d'exploitation ;

d) en Grèce :

— όρος εισοδήματος προσώπων,
 — όρος εισοδήματος νομικών προσώπων,
 — εισ ορά υπέρ των επιχειρήσεων δρευσης και αποχε τεσης ;

e) en Espagne :

— impuesto sobre la renta de las personas físicas,
 — impuesto sobre sociedades ;

f) en France :

— impôt sur le revenu,
 — impôt sur les sociétés ;

g) en Irlande :

— income tax,
 — corporation tax ;

h) en Italie :

— imposta sul reddito delle persone fisiche,
 — imposta sul reddito delle persone giuridiche,
 — imposta locale sui redditi ;

i) au Luxembourg :

— impôt sur le revenu des personnes physiques,
 — impôt sur le revenu des collectivités,
 — impôt commercial, dans la mesure où cet impôt est assis sur les bénéfiques d'exploitation ;

j) aux Pays-Bas :

— inkomstenbelasting,
 — vennootschapsbelasting ;

k) au Portugal :

- imposto sobre o rendimento das pessoas singulares,
- imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas,
- derrama para os municípios sobre o imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas ;

l) au Royaume-Uni :

- income tax,
- corporation tax.

3. La présente convention s'applique également aux impôts de nature identique ou analogue qui seraient établis après la date de sa signature et qui s'ajouteraient aux impôts actuels ou les remplaceraient. Les autorités compétentes des États contractants se communiquent les modifications apportées aux législations nationales respectives.

CHAPITRE II. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES

SECTION PREMIÈRE. — *Définitions*

Article 3

1. Aux fins de l'application de la présente convention, l'expression « autorité compétente » désigne les instances suivantes :

- en Belgique :
le ministre des finances ou un représentant autorisé, de Minister van Financien ou un représentant autorisé,
- au Danemark :
Skatteministeren ou un représentant autorisé,
- en république fédérale d'Allemagne :
Der Bundesminister der Finanzen ou un représentant autorisé,
- en Grèce :
Ο Υπουργός των Οικονομικών ou un représentant autorisé ;
- en Espagne :
el Ministro de Economía y Hacienda ou un représentant autorisé,
- en France :
le ministre chargé du budget ou un représentant autorisé,
- en Irlande :
The Revenue Commissioners ou un représentant autorisé,
- en Italie :
il Ministro delle Finanze ou un représentant autorisé,
- au Luxembourg :
le ministre des finances ou un représentant autorisé,

— aux Pays-Bas :

der Minister van Financiën ou un représentant autorisé,

— au Portugal :

o Ministro das Finanças ou un représentant autorisé,

— au Royaume-Uni :

The Commissioners of Inland Revenue ou un représentant autorisé.

2. Les termes qui ne font pas l'objet d'une définition dans la présente convention ont, sauf exception voulue par le contexte, le sens qu'ils ont dans la convention conclue par les États concernés en matière de double imposition.

SECTION 2

Principes applicables en cas de correction des bénéfices d'entreprises associées et d'imputation des bénéfices à un établissement stable.

Article 4

L'application de la présente convention est régie par les principes suivants :

1) Lorsque :

a) une entreprise d'un État contractant participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise d'un autre État contractant ou que

b) les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise d'un État contractant et d'une entreprise d'un autre État contractant,

et que, dans l'un et l'autre cas, les deux entreprises sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes, les bénéfices qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des entreprises mais n'ont pu l'être en fait à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence.

2) Lorsqu'une entreprise d'un État contractant exerce son activité dans un autre État contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, il est imputé à cet établissement stable les bénéfices qu'il aurait pu réaliser s'il avait constitué une entreprise distincte exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues et traitant en toute indépendance avec l'entreprise dont il constitue un établissement stable.

Article 5

Lorsqu'un État contractant envisage de corriger les bénéfices d'une entreprise en application des principes énoncés à l'article 4, il informe en temps voulu l'entreprise de son intention et lui donne l'occasion d'informer l'autre entreprise de manière à permettre à celle-ci d'informer à son tour l'autre État contractant.

Toutefois, l'État contractant qui fournit cette information ne doit pas être empêché d'effectuer la correction envisagée.

Si, après communication de l'information en question, les deux entreprises et l'autre État contractant acceptent la correction, les articles 6 et 7 ne s'appliquent pas.

SECTION 3. — *Procédure amiable et procédure arbitrale*

Article 6

1. Lorsqu'une entreprise estime que, dans l'un quelconque des cas auxquels la présente convention s'applique, les principes énoncés à l'article 4 n'ont pas été respectés, elle peut, indépendamment des recours prévus par le droit interne des États contractants concernés, soumettre son cas à l'autorité compétente de l'État contractant dont elle est un résident ou dans lequel est situé son établissement stable. Le cas doit être soumis dans les trois ans suivant la première notification de la mesure qui entraîne ou est susceptible d'entraîner une double imposition au sens de l'article 1^{er}.

L'entreprise indique en même temps à l'autorité compétente si d'autres États contractants peuvent être concernés par le cas. L'autorité compétente avise ensuite sans délai les autorités compétentes de ces autres États contractants.

2. L'autorité compétente s'efforce, si la réclamation lui paraît fondée et si elle n'est pas elle-même en mesure d'y apporter une solution satisfaisante, de résoudre le cas par voie d'accord amiable avec l'autorité compétente de tout autre État contractant concerné, en vue d'éliminer la double imposition sur la base des principes énoncés à l'article 4. L'accord amiable est appliqué quels que soient les délais prévus par le droit interne des États contractants concernés.

Article 7

1. Si les autorités compétentes concernées ne parviennent pas à un accord éliminant la double imposition dans un délai de deux ans à compter de la première date à laquelle le cas a été soumis à l'une des autorités compétentes conformément à l'article 6 paragraphe 1, elles constituent une commission consultative qu'elles chargent d'émettre un avis sur la façon d'éliminer la double imposition en question.

Les entreprises peuvent utiliser les possibilités de recours prévues par le droit interne des États contractants concernés ; toutefois, lorsqu'un tribunal a été saisi du cas, le délai de deux ans indiqué au premier alinéa commence à courir à la date à laquelle la décision prise en dernière instance dans le cadre de ces recours internes est devenue définitive.

2. Le fait que la commission consultative a été saisie du cas n'empêche pas un État contractant d'engager ou de continuer, pour ce même cas, des poursuites judiciaires ou des procédures visant à appliquer des sanctions administratives.

3. Dans le cas où la législation interne d'un État contractant ne permet pas aux autorités compétentes de déroger aux décisions de leurs instances judiciaires, le paragraphe 1 n'est applicable que si l'entreprise associée de cet État a laissé écouler le délai de présentation du recours ou s'est désistée de ce recours avant qu'une décision ait été rendue. Cette disposition n'affecte pas le recours dans la mesure où il porte sur d'autres éléments que ceux visés à l'article 6.

4. Les autorités compétentes peuvent convenir de déroger, avec l'accord des entreprises associées intéressées, aux délais visés au paragraphe 1.

5. Dans la mesure où les dispositions des paragraphes 1 à 4 ne sont pas appliquées, les droits de chacune des entreprises associées, tels que prévus à l'article 6, ne sont pas affectés.

Article 8

1. L'autorité compétente d'un État contractant n'est pas obligée d'entamer la procédure amiable ou de constituer la commission consultative visée à l'article 7 lorsqu'il est décidé définitivement, par une procédure judiciaire ou administrative, qu'une des entreprises concernées, par des actes donnant lieu à une correction des bénéfiques au titre de l'article 4, est passible d'une pénalité grave.

2. Lorsqu'une procédure judiciaire ou administrative visant à statuer qu'une des entreprises concernées, par des actes donnant lieu à une correction des bénéfiques au titre de l'article 4, est passible d'une pénalité grave, est en cours en même temps qu'une des procédures visées aux articles 6 et 7, les autorités compétentes peuvent suspendre le déroulement de ces dernières procédures jusqu'à l'aboutissement de ladite procédure judiciaire ou administrative.

Article 9

1. La commission consultative visée à l'article 7, paragraphe 1 comprend, outre le président :

- deux représentants de chaque autorité compétente concernée, ce nombre pouvant être réduit à un par voie d'accord entre les autorités compétentes,
- un nombre pair de personnalités indépendantes désignées d'un commun accord, sur la base de la liste des personnalités visée au paragraphe 4, ou, à défaut, par voie de tirage au sort par les autorités compétentes concernées.

2. En même temps que les personnalités indépendantes, un suppléant est désigné pour chacune d'entre elles, conformément aux dispositions relatives à la désignation des personnalités indépendantes, pour le cas où celles-ci seraient empêchées de remplir leurs fonctions.

3. En cas de tirage au sort, chaque autorité compétente peut récuser toute personnalité indépendante dans l'une des situations convenues à l'avance entre les autorités compétentes concernées, ainsi que dans l'une des situations suivantes :

- la personnalité en question appartient à l'une des administrations fiscales concernées ou exerce des fonctions pour le compte de l'une de ces administrations,
- elle détient ou a détenu une participation importante dans l'une ou dans chacune des entreprises associées, ou elle est ou a été l'employé ou le conseiller de l'une ou de chacune de ces entreprises,
- elle ne présente pas suffisamment de garanties d'objectivité pour le règlement du ou des cas à trancher.

4. Il est établi une liste des personnalités indépendantes comprenant l'ensemble des personnes indépendantes désignées par les États contractants. À cette fin, chaque État contractant procède à la désignation de cinq personnes et en informe le secrétaire général du Conseil des Communautés européennes.

Ces personnes doivent être ressortissantes d'un État contractant et résidentes sur le territoire auquel la présente convention s'applique. Elles doivent être compétentes et indépendantes.

Les États contractants peuvent apporter des modifications à la liste visée au premier alinéa ; ils en informent sans délai le secrétaire général du Conseil des Communautés européennes.

5. Les représentants et les personnalités indépendantes désignés conformément au paragraphe 1 choisissent un président sur la liste visée au paragraphe 4, sans préjudice du droit de chaque autorité compétente concernée de récuser la personnalité ainsi choisie dans l'une des situations visées au paragraphe 3.

Le président doit réunir les conditions requises pour l'exercice, dans son pays, des plus hautes fonctions juridictionnelles ou être un juriste possédant des compétences notoires.

6. Les membres de la commission consultative sont tenus de garder le secret sur tout élément dont ils ont connaissance dans le cadre de la procédure. Les États contractants adoptent les dispositions appropriées pour réprimer toute infraction à l'obligation de secret. Ils communiquent ces dispositions à la Commission des Communautés européennes, qui en informe les autres États contractants.

7. Les États contractants prennent les mesures nécessaires pour que la commission consultative puisse se réunir sans délai après sa saisine.

Article 10

1. Aux fins de la procédure visée à l'article 7, les entreprises associées concernées peuvent fournir à la commission consultative tous renseignements, moyens de preuve ou documents qui leur semblent utiles à la prise de décision. Les entreprises et les autorités compétentes des États contractants concernés sont tenues de donner suite à toute demande de la commission consultative visant à obtenir de tels renseignements, moyens de preuve ou documents. Toutefois, il ne peut en résulter pour les autorités compétentes des États contractants concernés l'obligation :

a) de prendre des mesures administratives dérogeant à la législation nationale ou à la pratique administrative nationale normalement suivie ;

b) de fournir des renseignements qui ne pourraient être obtenus en vertu de la législation nationale ou dans le cadre de la pratique administrative nationale normalement suivie ;

c) de fournir des renseignements qui révéleraient un secret commercial, industriel ou professionnel, un procédé commercial ou des renseignements dont la communication serait contraire à l'ordre public.

2. Chacune des entreprises associées peut, à sa demande, se faire entendre ou se faire représenter devant la commission consultative. Si celle-ci le requiert, chacune des entreprises associées doit se présenter devant elle ou s'y faire représenter.

Article 11

1. La commission consultative visée à l'article 7 rend son avis dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle elle a été saisie.

La commission consultative doit fonder son avis sur les dispositions de l'article 4.

2. La commission consultative se prononce à la majorité simple de ses membres. Les autorités compétentes concernées peuvent convenir de règles complémentaires de procédure.

3. Les faits de procédure de la commission consultative, à l'exclusion des frais exposés par les entreprises associées, sont répartis de façon égale entre les États contractants concernés.

Article 12

1. Les autorités compétentes parties à la procédure visée à l'article 7 prennent d'un commun accord, en se fondant sur les dispositions de l'article 4, une décision assurant l'élimination de la double imposition dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle la commission consultative a rendu son avis.

Les autorités compétentes peuvent prendre une décision qui s'écarte de l'avis de la commission consultative. Si elles ne parviennent pas à un accord à ce sujet, elles sont tenues de se conformer à l'avis rendu.

2. Les autorités compétentes peuvent convenir de la publication de la décision visée au paragraphe 1, sous réserve de l'assentiment des entreprises concernées.

Article 13

Le caractère définitif des décisions prises par les États contractants concernés au sujet de l'imposition des bénéfices provenant d'une opération entre entreprises associées ne s'oppose pas au recours aux procédures visées aux articles 6 et 7.

Article 14

Aux fins de l'application de la présente convention, la double imposition des bénéfices est considérée comme éliminée :

a) si les bénéfices sont inclus dans le calcul des bénéfices soumis à imposition dans un État seulement

ou

b) si le montant de l'impôt auquel ces bénéfices sont soumis dans un État est diminué d'un montant égal à celui de l'impôt dont ils sont grevés dans un autre État.

CHAPITRE III. — DISPOSITIONS FINALES

Article 15

La présente convention ne porte pas atteinte aux obligations plus larges en matière d'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéfices d'entreprises associées qui peuvent découler d'autres conventions auxquelles les États contractants sont ou seront parties ou du droit interne de ces États.

Article 16

1. Le champ d'application territoriale de la présente convention correspond à celui qui est défini à l'article 227 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne, sans préjudice du paragraphe 2 du présent article.

2. La présente convention n'est pas applicable :

- aux territoires français visés à l'annexe IV du traité instituant la Communauté économique européenne,
- aux îles Féroé et au Groenland.

Article 17

La présente convention sera ratifiée par les États contractants. Les instruments de ratification seront déposés auprès du secrétaire général du Conseil des Communautés européennes.

Article 18

La présente convention entre en vigueur le premier jour du troisième mois suivant le dépôt de l'instrument de ratification de l'État signataire qui procède le dernier à cette formalité. Elle s'applique aux procédures visées à l'article 6 paragraphe 1 qui sont engagées après son entrée en vigueur.

Article 19

Le secrétaire général du Conseil des Communautés européennes notifie aux États signataires :

- a) le dépôt de tout instrument de ratification ;
- b) la date d'entrée en vigueur de la présente convention ;
- c) la liste des personnalités indépendantes désignées par les États contractants, prévue à l'article 9 paragraphe 4, ainsi que les modifications qui y sont apportées.

Article 20

La présente convention est conclue pour une durée de cinq ans. Six mois avant l'expiration de cette période, les États contractants se réunissent pour décider de la prorogation de la présente convention et de toute autre mesure à prendre éventuellement à son sujet.

Article 21

Chaque État contractant peut, à tout moment, demander la révision de la présente convention. Dans ce cas, une conférence de révision est convoquée par le président du Conseil des Communautés européennes.

Article 22

La présente convention, rédigée en un exemplaire unique en langues allemande, anglaise, danoise, espagnole, française, grecque, irlandaise, italienne, néerlandaise et portugaise, les dix textes faisant également foi, est déposée dans les archives du secrétariat général du Conseil des Communautés européennes. Le secrétaire général en remet une copie certifiée conforme à chacun des gouvernements des États signataires.

Acte final

Les plénipotentiaires des hautes parties contractantes,

réunis à Bruxelles, le vingt-trois juillet mil neuf cent quatre-vingt-dix, pour la signature de la convention relative à l'élimination des doubles impositions dans le cas de correction des bénéficiaires entre entreprises associées,

ont, au moment de signer ladite convention :

- a) adopté les déclarations communes suivantes jointes au présent acte final :
- déclaration relative à l'article 4 point 1,
 - déclaration relative à l'article 9 paragraphe 6,
 - déclaration relative à l'article 13 ;
- b) pris acte des déclarations unilatérales suivantes jointes au présent acte final :
- déclaration de la France et du Royaume-Uni relative à l'article 7,
 - déclarations individuelles des États contractants relatives à l'article 8,
 - déclaration de la république fédérale d'Allemagne relative à l'article 16.

Déclarations communes*Déclaration relative à l'article 4 point 1*

Les dispositions de ce point couvrent aussi bien le cas où une transaction est réalisée directement entre deux entreprises juridiquement distinctes que le cas où une transaction est réalisée entre l'une des entreprises et l'établissement stable de l'autre entreprise situé dans un troisième État contractant

Déclaration relative à l'article 9, paragraphe 6

Les États membres gardent toute liberté en ce qui concerne la nature et la portée des dispositions appropriées pour la répression de toute infraction à l'obligation de secret.

Déclaration relative à l'article 13

Lorsque, dans un ou plusieurs des États contractants concernés, les décisions concernant les impositions qui font l'objet des procédures visées aux articles 6 et 7 ont été modifiées après la fin de la procédure visée à l'article 6 ou après la décision visée à l'article 12 et qu'il en résulte une double imposition au sens de l'article 1^{er}, compte tenu de l'application du résultat de cette procédure ou de cette décision, les dispositions des articles 6 et 7 sont applicables.

Déclarations unilatérales*Déclaration relative à l'article 7*

La France et le Royaume-Uni déclarent qu'ils feront application des dispositions de l'article 7, paragraphe 3.

*Déclarations individuelles des États contractants
relatives à l'article 8*

Belgique

Par « pénalité grave », il faut entendre une sanction pénale ou administrative en cas :

- soit de délit de droit commun commis dans un but de fraude fiscale,
- soit d'infraction à des dispositions du Code des impôts sur le revenu ou à des arrêtés pris pour leur exécution, commise dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire.

Danemark

La notion de « pénalité grave » s'entend d'une sanction pour infraction délibérée aux dispositions du droit pénal ou de la législation spéciale dans des cas qui ne peuvent être réglés par la voie administrative.

Les cas d'infraction aux dispositions de la législation fiscale peuvent, en règle générale, être réglés par la voie administrative lorsqu'il est estimé que l'infraction n'entraîne pas une peine supérieure à une amende.

République fédérale d'Allemagne

Constitue une infraction aux dispositions fiscales punissable d'une « pénalité grave » tout acte contraire aux lois fiscales qui est sanctionné par une peine privative de liberté, une peine pécuniaire ou une amende administrative.

Grèce

Aux termes de la législation fiscale, une entreprise est passible d'une « pénalité grave » :

1) lorsqu'elle n'introduit pas de déclarations ou introduit des déclarations inexactes concernant des taxes, des droits ou des cotisations qu'elle est tenue, selon les dispositions en vigueur, de retenir ou de verser à l'État, ou concernant la taxe sur la valeur ajoutée ou la taxe sur le chiffre d'affaires ou encore la taxe spéciale sur les articles de luxe, dans la mesure où le montant total de ces taxes, droits et cotisations qu'elle est tenue de déclarer et de verser à l'État pour des transactions ou d'autres opérations réalisées au cours d'un semestre civil est supérieur à six cent mille (600 000) drachmes ou à un million (1 000 000) de drachmes pour une année civile ;

2) lorsqu'elle n'introduit pas de déclaration d'impôt sur le revenu, dans la mesure où elle est redevable, pour le montant du revenu qui n'a pas été déclaré, d'une taxe supérieure à trois cent mille (300 000) drachmes ;

3) lorsqu'elle n'émet pas les pièces prévues par le code des éléments fiscaux ;

4) lorsqu'elle émet de telles pièces comportant des inexactitudes en ce qui concerne la quantité ou le prix unitaire ou la valeur, dans la mesure où de ces inexactitudes résulte une différence supérieure à 10 % de la quantité totale ou de la valeur totale des biens ou des services ou de la transaction en général ;

5) lorsqu'elle tient des livres et des pièces inexacts, dans la mesure où ces inexactitudes sont constatées à l'occasion d'un contrôle ordinaire dont le résultat est devenu définitif par un règlement administratif du différend, à la suite de l'expiration du délai de recours, ou par un jugement définitif du tribunal administratif, et dans la mesure où, pour l'exercice concerné, apparaît une différence de recettes brutes supérieure à

20 % par rapport à ce qui a été déclaré et en tout cas non inférieure à un million (1 000 000) de drachmes ;

6) lorsqu'elle ne remplit pas l'obligation de tenir des livres et des pièces prévus par les dispositions correspondantes du code des éléments fiscaux ;

7) lorsqu'elle émet, pour la vente de biens ou la prestation de services, des factures ou toute autre pièce fiscale (voir point 3) fausses, fictives ou falsifiées.

Est considérée comme fausse la pièce fiscale qui a été perforée ou tamponnée de quelque manière que ce soit, sans qu'elle ait fait l'objet d'une vérification enregistrée dans les livres de l'autorité fiscale compétente et dans la mesure où cette omission est connue de la personne qui était tenue de faire vérifier ladite pièce. Est également considérée comme fausse la pièce fiscale dont le contenu et les autres éléments de l'original ou de la copie diffèrent de ce qui figure sur la souche de cette même pièce.

Est considérée comme fictive la pièce fiscale qui a été émise en vue d'une transaction, de la circulation de biens ou pour tout autre motif totalement ou partiellement inexistant ou en vue d'une transaction effectuée par des personnes autres que celles qui sont mentionnées dans la pièce fiscale ;

8) lorsqu'elle agit délibérément et concourt, de quelque manière que ce soit, à la production de fausses pièces fiscales ou qu'elle sait que les pièces sont fausses ou fictives et qu'elle concourt de quelque manière que ce soit, à leur émission ou qu'elle accepte des pièces fiscales fausses, fictives ou falsifiées dans le but de dissimuler de la matière imposable.

Espagne

Les « pénalités graves » comprennent les sanctions administratives pour infractions fiscales graves, ainsi que les sanctions pénales pour délits commis à l'égard de l'administration fiscale.

France

Les « pénalités graves » comprennent les sanctions pénales, ainsi que les sanctions fiscales telles que les sanctions pour défaut de déclaration après mise en demeure, pour mauvaise foi, pour manœuvres frauduleuses, pour opposition à contrôle fiscal, pour rémunérations ou distributions occultes, ou pour abus de droit.

Irlande

Les « pénalités graves » comprennent les sanctions pour :

- a) défaut de déclaration ;
- b) déclaration incorrecte faite frauduleusement ou par négligence ;
- c) non-tenue de livres appropriés ;
- d) non-présentation de pièces et de livres aux fins de contrôle ;
- e) obstruction à l'égard de personnes exerçant des pouvoirs conférés par un texte législatif ou réglementaire ;
- f) défaut de déclaration de revenus imposables ;
- g) fausse déclaration faite en vue de l'obtention d'un abattement.

Les dispositions législatives régissant, au 3 juillet 1990, ces infractions sont les suivantes :

- la partie XXXV de l'Income Tax Act de 1967,
- la section 6 du Finance Act de 1968,

- la partie XIV du Corporation Tax Act de 1976,
- la section 94 du Finance Act de 1983.

Toutes dispositions ultérieures remplaçant, modifiant ou mettant à jour le code des pénalités sont également incluses.

Italie

Par « pénalités graves », on entend les sanctions prévues pour actes illicites constitutifs, au sens de la loi nationale, d'un cas de délit fiscal.

Luxembourg

Le Luxembourg considère comme une « pénalité grave » ce que l'autre État contractant aura déclaré considérer comme tel aux fins de l'article 8.

Pays-Bas

Par « pénalité grave », on entend une sanction prononcée par un juge pour tout acte, commis intentionnellement, qui est mentionné à l'article 68, paragraphe 1 de la loi générale sur les impôts.

Portugal

Le terme « pénalités graves » couvre les sanctions pénales et autres pénalités fiscales applicables aux infractions qui sont commises avec une intention frauduleuse ou pour lesquelles l'amende applicable est d'un montant supérieur à 1 000 000 (un million) d'escudos.

Royaume-Uni

Le Royaume-Uni interprétera le terme « pénalité grave » comme comprenant les sanctions pénales et les sanctions administratives pour présentation frauduleuse ou négligente, à des fins fiscales, de comptes, de demandes d'exemption, de réduction ou de restitution ou de déclarations.

*Déclaration de la république fédérale d'Allemagne
relative à l'article 16*

Le gouvernement de la république fédérale d'Allemagne se réserve le droit de déclarer, lors du dépôt de son instrument de ratification, que la convention s'applique également au Land de Berlin.

TABLE ALPHABÉTIQUE

A

- absorption : 730, 732, 733, 734, 735, 744, 757, 763.
- abus de droit : 671, 678, 759.
- accords de partage de coûts : 602, 603.
- actionnaires : 88, 179, 277, 278, 279, 407, 408, 410, 411, 412, 417, 428, 507, 548, 625, 645, 646, 650, 655, 657, 659, 675, 739, 740, 741, 756, 770, 771.
- actions (cf. participation).
- administrateur : 70, 114, 115, 125, 126, 127, 129, 285, 324, 348, 373, 374, 376, 378, 379, 581, 723.
- advance corporation tax : 170, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 288, 289, 290, 417, 434.
- agents diplomatiques et consulaires : 33, 41, 53.
- agent :
- dépendant : 309, 310, 315, 324.
 - indépendant : 310, 315.
- amortissements : 397, 667, 758.
- anti-abus (mesures) : 158, 161, 680, 681, 741, 769, 770, 774.
- apports :
- d'actifs : 226, 605, 675, 729, 731, 738, 739, 740, 741, 746, 757, 758, 760, 761, 774.
 - de branches d'activité : 228, 229, 732, 736, 737, 738, 739, 740, 746, 748, 749, 752, 756, 762.
 - d'universalité : 729, 732, 736, 739, 746, 748, 768.
- arm's length transaction (ou price) : 145, 550, 561, 563, 585, 586, 616, 627, 721.
- artistes : 383, 384, 385, 386.
- assistance au recouvrement : 803.
- association sans personnalité juridique (cf. personnalité juridique).
- associé actif : 114, 115, 125, 168, 174, 194, 195, 198, 199, 348, 349, 352, 375, 377, 378, 379, 478, 741.
- autorités compétentes (d'Etats membres) : 22, 777, 790.
- avantages anormaux ou bénévoles : 152, 230, 355, 578, 579, 580, 583, 584, 588, 590, 591, 593, 594, 612, 613, 616, 618, 621, 711, 714, 752, 754.
- avoir fiscal : 170, 240, 242, 243, 274, 278, 412, 427, 428, 493, 522.

B

- base fixe : 63, 130, 334, 335, 336, 364, 385, 403, 410, 461, 467, 468.

bénéfices :

- en général : 22, 75, 83, 84, 88, 90, 96, 99, 100, 167, 174, 196, 234, 235, 256, 281, 307, 310, 313, 318, 320, 343, 345, 348, 351, 352, 376, 389, 392, 393, 395, 398, 466, 478, 489, 578, 579, 590, 613.
- consolidé : 237, 238.
- de la navigation : 337, 338, 361, 466.
- exonérés par convention : 106, 108, 109, 110, 111, 133, 139, 176, 354.
- imposables au taux réduit : 103, 104, 106, 133, 354.
- mondial : 237, 238.

biens immobiliers : 27, 76, 389, 390, 468, 679.

boni de liquidation : 144, 146, 148, 149, 191, 200, 201, 205, 266, 407, 432, 507, 508, 651, 743.

branch tax : 27, 28, 190, 328, 508.

brevets : 76, 541, 545, 546, 547, 548, 598, 605.

bureaux :

- d'achat : 308, 315, 324.
- d'administration : 425, 610.

C

carry back : 109.

cadres étrangers : 693, 695, 702.

centre de coordination : 142, 155, 160, 318, 424, 506, 618, 707, 713, 715, 726, 727.

centre de distribution : 619, 717.

channeling : 208, 214.

chantier :

- de construction : 308, 316.
- de montage : 308, 316.

charges professionnelles (cf. frais professionnels).

clause de non-discrimination : 28, 33, 61, 319, 329, 353, 356, 368, 387, 388, 477, 485, 487, 491, 493, 497, 510, 511, 512, 513, 515, 517, 521, 631, 639, 751.

clause d'égalité de traitement : 515, 518.

clause de prévention de double compensation des pertes : 109.

close company : 285.

conflit : 34, 54.

Constitution : 24, 29, 30.

constructive dividends : 408.

convention fiscales, préventives de double imposition (cf. Traités).

convention modèle O.C.D.E. : 36, 37, 41, 54, 120, 145, 165, 180, 346, 347, 349, 351, 368, 389, 415, 420, 456, 461, 510, 511, 519, 520, 521, 539, 550, 551, 631, 709, 716, 777, 780, 781, 800.

corporation tax : 277.

crédit :

- d'impôt : 26, 33, 34, 77, 88, 89, 92, 96, 131, 163, 170, 173, 180, 181, 183, 186, 187, 191, 192, 193, 200, 207, 212, 214, 217, 218, 221, 223, 235, 243, 247, 248, 249, 251, 253, 254, 260, 263, 271, 278, 284, 287, 288, 292, 295, 297, 320, 332, 394, 411, 412, 417, 418, 428, 434, 445, 450, 517, 522, 628, 633, 646, 651, 652, 695, 772.
- indirect : 84, 181, 187, 191, 252, 253, 294, 295, 650, 651.

D

dépenses professionnelles (cf. frais professionnels).

directive européenne : 21, 23, 87, 90, 91, 132, 134, 136, 141, 143, 145, 147, 152, 161, 169, 416, 417, 418, 420, 432, 433, 575, 689, 690, 725, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 738, 740, 746, 756, 757, 758, 760, 761, 768, 769, 770, 774, 781, 783, 784.

distribution de liquidation (cf. boni de liquidation).

dividendes : 21, 27, 28, 71, 73, 74, 83, 84, 88, 91, 131, 132, 133, 134, 137, 138, 144, 145, 148, 149, 156, 158, 159, 161, 165, 166, 167, 173, 175, 179, 180, 183, 190, 195, 196, 198, 200, 201, 204, 207, 221, 231, 236, 244, 253, 256, 263, 268, 269, 272, 273, 274, 277, 278, 279, 280, 284, 296, 310, 311, 323, 328, 353, 393, 395, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 414, 416, 417, 418, 419, 421, 423, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 437, 444, 467, 468, 487, 493, 507, 508, 516, 518, 520, 588, 625, 628, 643, 647, 650, 655, 660, 664, 668, 675, 690, 695, 712, 724, 725, 741, 769.

domicile (fiscal) : 41, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 59, 63, 68, 121, 141, 142, 234, 423, 490, 693, 694.

double imposition : 13, 14, 18, 19, 20, 21, 31, 32, 33, 37, 41, 42, 81, 84, 90, 91, 93, 95, 99, 120, 134, 179, 180, 183, 188, 190, 191, 208, 210, 213, 218, 222, 223, 225, 233, 235, 240, 265, 293, 320, 321, 411, 417, 423, 468, 508, 520, 537, 550, 575, 576, 599, 615, 616, 617, 632, 777, 790.

droits de

- d'auteur : 76, 453.
- de la C.E.E. : 87.
- d'enregistrement : 102, 675, 737.
- de succession : 32.
- douane : 30, 556.

droits intellectuels : 77.

E

échéance d'informations : 779, 780, 785, 787, 788, 790, 791, 800.

émigration : 530, 532.

entreprises associées (ou liées) : 22, 537, 539, 540, 545, 572, 574, 575, 576, 580, 632.

établissement stable (ou belge ou étranger) : 25, 33, 63, 74, 99, 101, 103, 115, 123, 125, 128, 129, 130, 135, 167, 189, 195, 196, 198, 267, 273, 297, 299, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 319, 325, 331, 332, 335, 336, 340, 347, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 356, 362, 363, 364, 367, 373, 374, 376, 377, 378, 384, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 398, 403, 408, 409, 410, 424, 430, 439, 440, 441, 442, 451, 456, 457,

461, 466, 467, 468, 478, 479, 485, 491, 493, 510, 511, 513, 514, 516, 517, 519, 520, 576, 591, 636, 706, 707, 709, 730, 738, 739, 740, 741, 746, 747, 748, 751, 760, 768, 769, 773, 774.

Etat :

- de la résidence (cf. résidence).
- de la source (cf. source).

étudiants : 33, 387, 388.

évasion fiscale : 16, 33, 91, 95, 190, 531, 597, 680, 685, 686, 759, 760, 761, 800.

exemption :

- en général : 26, 31, 71, 81, 83, 86, 91, 92, 96, 97, 110, 120, 159, 164, 167, 180, 186, 191, 195, 196, 234, 249, 260, 272, 273, 274, 275, 283, 320, 352, 414, 421, 432, 433, 436, 444, 447, 448, 449, 677, 689, 695, 738, 740, 741, 742, 761, 769, 770, 771, 774.
- de participation : 154, 264, 265, 267, 269.
- méthode d'exemption : 14, 84, 92, 132, 136, 154, 181, 188, 190, 192, 193, 293, 411, 599.

exonération (cf. exemption).

F

filiale (cf. sociétés filiales).

fonction publique : 33, 385.

fonctions réelles et permanentes : 128.

fonds de placement : 425.

force attractive de l'établissement stable : 325, 327.

Foreign Investors Tax Act : 25.

Foreign Investment in Real Property Tax Act : 25.

foyer d'habitation : 42, 50, 51, 52, 54, 63, 66.

frais professionnels : 117, 119, 126, 248, 260, 397, 480, 496, 597, 601, 602, 603, 604, 698.

Franked Investment Income : 281, 282, 284.

fraude :

- fiscale : 16, 671, 672, 685, 690, 759, 760, 761, 787, 801.
- à la loi : 672, 674, 675, 678, 683.

frontaliers : 121, 364, 365.

fusion : 21, 201, 205, 227, 228, 229, 729, 731, 732, 733, 734, 735, 738, 739, 740, 741, 743, 744, 745, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 767, 768, 769, 770, 772, 773.

G

gains en capital (cf. plus-values).

GATT : 552, 719.

gérants (de sociétés de personnes) : 375.

globalisation : 475, 477.

goodwill : 76, 77.

groupements :

- européen d'intérêt économique : 22, 58, 59, 60, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 347, 349, 350, 351, 353, 354, 357, 358.
- sans personnalité juridique (cf. personnalité juridique).

group relief : 285, 286.

H

habitants du Royaume : 48, 51, 52, 53, 55.

high-tax kick-out rule : 256.

holdings (cf. sociétés).

I

immeubles : 101, 102.

impôt alternatif minimum : 26, 402.

impôt des non-résidents : 47, 53, 55, 58, 60, 71, 143, 148, 209, 307, 319, 340, 344, 346, 353, 475, 505, 507, 508, 511, 516, 582, 711.

impôt des personnes physiques : 47, 53, 55, 99, 117, 212, 348, 351, 398, 412, 480, 697, 698.

impôt des sociétés : 33, 56, 57, 60, 87, 90, 93, 103, 104, 106, 139, 143, 148, 152, 183, 186, 209, 269, 272, 278, 279, 284, 344, 398, 411, 412, 415, 417, 424, 431, 432, 480, 485, 505, 507, 511, 516, 641, 697, 711, 725, 757.

impôt sur la fortune : 85, 275.

imputation (méthode d') : 14, 15, 84, 85, 86, 92, 96, 97, 110, 132, 134, 164, 188, 192, 209, 212, 213, 214, 216, 217, 218, 221, 222, 223, 234, 263, 278, 412, 434, 436, 805.

income tax : 277.

indépendant (cf. profession indépendante).

intérêts :

- en général : 27, 73, 74, 76, 78, 83, 101, 152, 206, 208, 220, 223, 236, 256, 263, 273, 310, 311, 312, 313, 320, 323, 328, 330, 357, 358, 393, 395, 403, 407, 421, 429, 430, 431, 437, 438, 439, 440, 441, 444, 445, 446, 447, 449, 450, 451, 456, 467, 468, 487, 488, 506, 550, 594, 597, 598, 600, 604, 626, 628, 643, 655, 664, 667, 668, 670, 689, 712, 724.
- d'avances : 148, 150, 165, 168, 174, 243, 587, 588.
- excessifs : 442, 668.

K

know-how : 357, 455, 540, 545, 546, 548.

L

libre circulation : 22.

licence : 454, 455, 540, 545, 546, 548, 553, 629.

limitation :

- globale : 192, 193, 254, 275, 288.

- par panier : 256.

- pays par pays : 173, 192, 193, 254, 255, 271.

liquidation : 127, 131, 145, 200, 231, 272, 320, 374, 376, 405, 587, 731, 732, 733, 734, 735, 756, 757, 763, 764, 766.

location : 75, 76, 101, 236, 256, 390, 392, 393, 394, 395, 398, 452, 453, 474, 478, 660.

look-through rule : 256, 402.

loyer (cf. location).

M

mainstream corporation law : 279, 280, 281, 283.

marchand de biens : 397, 487.

moins-value : 90, 137, 162, 164, 201, 202, 203, 229, 230, 273, 274, 296, 744, 758.

N

national (cf. nationalité).

nationalité : 33, 41, 42, 54, 65, 66, 71, 75, 368, 369, 370, 491, 497, 502, 513, 514, 521, 531, 640, 693, 701.

non-discrimination (cf. clause de non-discrimination).

non-résidents : 13, 26, 37, 65, 67, 71, 75, 369, 394, 403, 429, 488, 668, 693, 694, 695, 697, 699, 700.

O

obligation : 226, 438, 439, 444, 445, 448, 449, 451, 489.

organisme de placement collectif : 89, 273.

P

paradis fiscal : 16, 57, 152, 157, 160, 189, 227, 447, 591, 592, 608, 626, 627.

participation : 90, 91, 137, 138, 150, 151, 152, 160, 169, 172, 173, 174, 175, 177, 179, 180, 185, 190, 237, 252, 264, 265, 267, 269, 272, 274, 275, 405, 408, 409, 410, 414, 421, 431, 432, 433, 436, 450, 461, 506, 508, 532, 549, 641, 643, 644, 650, 675, 739, 740, 741, 747, 749, 757, 760, 762, 769, 770, 771, 774.

partnership : 58, 247.

parts de fondateur : 405, 406.

pensions :

- secteur privé : 95, 359, 380, 381, 466, 469, 475, 476, 478, 481, 484, 496.
- secteur public : 33, 86.

personnalité juridique : 43, 44, 59, 60, 61, 167, 339, 340, 342, 345, 347, 351, 353, 354, 355, 390, 478.

personnes :

- morales : 43, 390.
- physiques : 41, 43, 47, 67, 75, 97, 99, 131, 195, 233, 261, 279, 363, 373, 376, 390, 411, 412, 428, 434, 475, 477.

perte

- de liquidation : 266.
- fiscale : 81, 106, 108, 109, 110, 111, 136, 176, 188, 191, 229, 231, 236, 261, 282, 283, 297, 298, 343, 345, 613, 614, 615, 741, 760, 769, 772.

plus-value : 25, 149, 159, 200, 201, 204, 207, 220, 225, 226, 228, 229, 231, 236, 256, 264, 268, 273, 274, 284, 291, 295, 328, 389, 390, 392, 398, 399, 400, 402, 459, 461, 463, 466, 467, 469, 478, 487, 505, 506, 596, 609, 652, 677, 686, 690, 712, 738, 739, 740, 741, 743, 746, 750, 751, 758, 759, 760, 761, 762, 770, 773, 774.

plus-value latente : 533, 586, 587.

précompte :

- fictif : 160, 179, 180, 181, 185, 190, 506, 507.
- immobilier : 250, 356, 394, 477, 478.
- mobilier : 95, 138, 139, 151, 162, 175, 183, 184, 200, 208, 212, 215, 216, 238, 241, 353, 357, 358, 394, 395, 416, 417, 420, 423, 424, 425, 427, 443, 485, 505, 507, 508, 513, 516, 594, 604, 713.
- professionnel : 340, 357, 469, 470, 478.

prix de transfert : 145, 536, 539, 540, 541, 552, 560, 561, 562, 563, 564, 567, 572, 573, 585.

procédé secret : 75.

procédure amiable : 33, 42, 777.

professeur : 366.

profession

- dépendante : 75, 113, 129, 197, 359, 362, 466.
- indépendante : 75, 129, 334, 335, 386, 452.

profit tax : 277.

profits : 307, 375.

progressivité (cf. réserve de progressivité).

provision : 236, 237.

Q

quotité forfaitaire d'impôt étranger : 96, 99, 104, 131, 162, 163, 164, 177, 185, 200, 205, 206, 207, 208, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 220, 221, 222, 223, 428, 508.

R

réalité économique : 676, 677.

redevance : 76, 83, 101, 152, 206, 221, 236, 256, 263, 310, 311, 312, 315, 320, 328, 334, 357, 358, 393, 403, 429, 431, 449, 452, 453, 454, 456, 457, 458, 467, 468, 469, 545, 547, 553, 594, 597, 598, 600, 604, 626, 643, 655, 664, 667, 670, 712.

redevance excessive : 76, 623, 624.

réduction de valeur :

- sur actions : 139, 162, 163, 164, 203, 229, 274, 320.
- sur créances : 266, 267, 686.

réduction d'impôts : 165, 169, 199, 214, 320.

registre :

- national : 52, 53.
- de la population : 52, 53.

règle des 183 jours : 121, 122, 123, 124, 129, 197, 234, 328, 334, 360, 362, 364, 367, 368, 385, 463, 478.

rémunération :

- en général : 33, 64, 75, 113, 114, 115, 116, 117, 119, 120, 122, 123, 125, 126, 128, 129, 130, 194, 195, 198, 234, 260, 334, 347, 348, 357, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 368, 370, 371, 372, 373, 375, 376, 377, 381, 385, 387, 475, 476, 478, 480, 484, 643, 694, 695, 700, 723, 727, 777, 778.
- de services : 597, 598, 601, 602, 626.

rescrits (cf. ruling).

réserves : 266, 346, 747.

réserve de progressivité : 14, 100, 114, 120, 124, 180, 195, 197, 208, 210, 261, 494, 695.

résidence :

- en général : 37, 41, 43, 52, 55, 65, 66, 67, 68, 71, 73, 75, 81, 306, 497, 700.
- double résidence : 18, 42, 171.
- Etat de la résidence : 13, 14, 18, 32, 54, 83, 85, 95, 409, 456, 465, 502, 503, 662, 695.

résidents (cf. résidence).

retenue à la source : 26, 27, 28, 84, 88, 90, 140, 146, 161, 165, 171, 173, 206, 219, 220, 222, 245, 271, 320, 350, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 419, 420, 426, 428, 431, 432, 433, 436, 437, 440, 441, 445, 446, 447, 449, 451, 456, 468, 474, 487, 494, 508, 510, 625, 664, 689, 690.

revenu cadastral : 390, 398, 479.

Revenue Act : 24.

revenus :

- divers : 469, 470.
- immobiliers : 99, 102, 103, 105, 118, 261, 389, 391, 392, 401, 437, 469, 474, 477, 478.
- mobiliers : 64, 99, 100, 118, 131, 194, 200, 206, 209, 218, 263, 271, 350, 403, 409, 416, 469, 474, 610.
- professionnels : 99, 100, 103, 114, 115, 117, 118, 194, 200, 209, 347, 349, 375, 393, 394, 398, 469, 474, 477, 480, 481, 482, 484, 501, 515, 700.

revenus définitivement taxés : 104, 132, 133, 135, 136, 138, 139, 140, 142, 144, 148, 150, 151, 153, 156, 157, 160, 162, 163, 164, 165, 166, 172, 174, 175, 177, 181, 184, 190, 202, 208, 210, 225, 227, 353, 355, 421, 505, 507, 516, 519, 592, 613.

royaltie (cf. redevance).

ruling : 162, 612, 679, 749, 764.

S

salarié : 63, 115, 120, 198, 234, 271, 360, 374, 376, 385, 386, 387, 466, 478, 494.

saving clause : 33.

scission : 729, 731, 735, 736, 738, 739, 740, 741, 743, 744, 756, 757, 760, 761, 762, 773.

siège :

- central : 124, 125, 311, 312, 320, 440.
- de direction : 43, 44, 58, 60, 129, 140, 141, 142, 360, 361, 422, 466, 640.
- de la fortune : 47, 48, 49, 51, 52, 693, 694, 699.
- social : 56, 58, 70, 140, 422, 740.
- statutaire : 56, 57.

simulation : 214, 598, 606, 671, 674, 677, 678.

société :

- de base (base companies) : 300, 713.
- de coordination (cf. centre de coordination).
- filiales : 132, 150, 172, 173, 242, 252, 266, 267, 268, 283, 284, 309, 320, 410, 411, 418, 420, 423, 426, 431, 432, 445, 647, 725, 738.
- de financement : 153, 154, 155, 156, 157, 722, 725.
- en général : 43, 44, 70, 73, 97, 235, 363, 411, 434, 475.
- holding : 25, 44, 128, 144, 153, 154, 156, 157, 161, 182, 227, 231, 244, 265, 275, 300, 402, 432, 583, 588, 598, 599, 600, 606, 643, 646, 648, 714, 723, 724, 725, 741.
- société dénuée de la personnalité juridique : 339, 341, 346, 478, 479.
- société de personnes : 194, 196, 197, 375, 376, 377, 378, 406.
- société d'investissement : 155, 156, 157, 158, 159, 160, 227, 419, 425, 653, 727.
- sociétés interdépendantes : 579, 580, 585, 622.
- société mère : 21, 87, 90, 91, 132, 134, 145, 150, 151, 171, 172, 173, 231, 242, 264, 266, 267, 268, 273, 274, 283, 284, 412, 414, 415, 416, 418, 420, 422, 423, 426, 427, 428, 431, 432, 445, 522, 548, 587, 648, 650, 712, 721, 725.
- société par actions : 125, 127, 197, 376, 377.
- société relais (écran) : 227, 294, 532, 582, 635, 649, 660, 661, 681.

source : 13, 14, 18, 20, 32, 54, 71, 73, 74, 81, 83, 85, 91, 95, 121, 263, 311, 328, 360, 362, 385, 403, 408, 456, 502, 503.

sous-capitalisation : 437, 671.

sportifs : 383, 385, 386.

stagiaires : 387.

subsidiarité : 31.

succursale : 27, 73, 95, 96, 189, 190, 249, 252, 261, 307, 309, 315, 320, 322, 329, 330, 498, 513, 514, 515, 618, 647, 706, 707, 709, 765.

surtax : 277.

T

tantièmes : 125, 126, 130, 372, 373, 724.

taux : 28, 55, 81, 88, 92, 96, 101, 117, 120, 121, 125, 169, 184, 186, 187, 189, 197, 210, 215, 248, 256, 271, 277, 278, 279, 285, 319, 322, 355, 403, 409, 410, 412, 413, 414, 415, 420, 429, 436, 444, 458, 461, 485, 505, 507, 509, 510, 513, 516, 518, 550, 668, 689.

tax havens (cf. paradis fiscal).

tax sparing : 86, 209, 211, 219, 222, 223, 294, 713.

Technical and Miscellaneous Revenue Act : 25.

territorialité (principe de) : 14, 235.

thin capitalization (cf. sous-capitalisation).

traités (préventifs de la double imposition) : 18, 19, 20, 23, 24, 25, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 54, 74, 95, 100, 103, 106, 135, 189, 208, 210, 213, 215, 233, 234, 261, 297, 320, 348, 367, 392, 411, 415, 422, 426, 429, 430, 444, 490, 497, 516, 533, 610, 616, 647, 716, 779, 783, 787, 800, 801.

Traité de Rome : 21, 60, 353, 420, 493, 496, 497, 498, 500, 514, 516, 607, 636.

treaty shopping : 28, 171, 329, 441.

trust : 247, 251, 465, 607, 608, 609, 610, 642, 723.

V

valeur de douane : 552, 553, 555, 557, 558, 563, 564, 565, 567, 569, 570, 572.

W

withholding tax : 27, 28, 74, 256, 328, 329, 429, 508.

Z

zone d'emploi : 620, 621.

TABLE DES MATIÈRES

PAGES

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER. — DOUBLE IMPOSITION	13
SECTION I. — DÉFINITIONS	13
SECTION 2. — MÉTHODES DE PRÉVENTION DE LA DOUBLE IMPOSITION	14
CHAPITRE II. — L'ÉVASION FISCALE INTERNATIONALE	16
CHAPITRE III. — TRAITÉS	18
SECTION I. — HISTORIQUE	19
§ 1 ^{er} . <i>SDN</i>	19
§ 2. <i>OCDE</i>	19
§ 3. <i>ONU</i>	19
§ 4. <i>Modèles nationaux</i>	20
§ 5. <i>CEE</i>	20
SECTION 2. — RAPPORTS ENTRE TRAITÉS ET DROIT INTERNE.	23
§ 1 ^{er} . <i>Droit comparé</i>	24
A. États-Unis	24
B. France et pays du Benelux.	29
§ 2. <i>Préservation des avantages du droit interne</i>	31
§ 3. <i>Interprétation des traités fiscaux</i>	34

PREMIÈRE PARTIE
CONCEPTS JURIDICTIONNELS

TITRE PREMIER

RÉSIDENCE

SOUS-TITRE PREMIER
DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

CHAPITRE PREMIER. — PERSONNES PHYSIQUES	41
§ 1 ^{er} . <i>Critère principal</i>	41
§ 2. <i>Critères subsidiaires : prévention de la double résidence</i>	42

CHAPITRE II. — PERSONNES MORALES ET GROUPEMENTS SANS PERSONNALITÉ JURIDIQUE	43
§ 1 ^{er} . <i>Critère principal</i>	43
§ 2. <i>Critères subsidiaires</i>	43
§ 3. <i>Exclusions</i>	44

SOUS-TITRE II
DROIT BELGE

CHAPITRE PREMIER. — PERSONNES PHYSIQUES	47
SECTION I. — DROIT INTERNE	47
§ 1 ^{er} . <i>Définitions</i>	47
§ 2. <i>Présomption légale</i>	52
§ 3. <i>Agents diplomatiques et consulaires</i>	53
SECTION 2. — DROIT CONVENTIONNEL	54
CHAPITRE II. — SOCIÉTÉS.	56
§ 1 ^{er} . <i>Sociétés résidentes</i>	56
§ 2. <i>Sociétés étrangères</i>	58
A. <i>Droit interne</i>	58
B. <i>Droit conventionnel</i>	59
§ 3. <i>Pouvoirs publics et associations sans but de lucre</i>	60

TABLE DES MATIÈRES

881

PAGES

SOUS-TITRE III
DROIT COMPARÉ

FRANCE	63
ÉTATS-UNIS	65
ROYAUME-UNI	67
CHAPITRE PREMIER. — PERSONNES PHYSIQUES	67
CHAPITRE II. — SOCIÉTÉS.	69

TITRE II

SOURCE DES REVENUS

ÉTATS-UNIS	73
A. Intérêts	73
B. Dividendes	74
C. Rémunération de services	74
D. Loyers et redevances	76
E. Vente de biens immobiliers	76
F. Vente de biens meubles (<i>personal property</i>).	76
1. Biens meubles et valeurs mobilières en général	76
2. Stocks	76
3. Biens amortissables	77
4. Droits intellectuels (intangibles)	77

DEUXIÈME PARTIE

IMPOSITION DES REVENUS
DE SOURCE ÉTRANGÈRE
DANS L'ÉTAT DE LA RÉSIDENCE

TITRE PREMIER

DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

CHAPITRE PREMIER. — EXEMPTION ET IMPUTATION (SYSTÈME MIXTE)	83
---	----

	PAGES
SECTION 1. — OBLIGATION INCOMBANT À L'ÉTAT DE LA RÉSIDENCE D'ACCORDER L'EXEMPTION	83
SECTION 2. — RÉGIME SPÉCIAL EN CAS DE PERTE	83
SECTION 3. — CAS DES DIVIDENDES, INTÉRÊTS ET REDEVANCES.	83
SECTION 4. — DIVIDENDES DE FILIALES	84
§ 1 ^{er} . <i>Crédit indirect</i>	84
§ 2. <i>Exonération</i>	84
CHAPITRE II. — IMPUTATION	85
CHAPITRE III. — <i>TAX SPARING</i>	86

TITRE II

DROIT DE LA CEE

CHAPITRE PREMIER. — PROPOSITION DE DIRECTIVE.	87
§ 1 ^{er} . <i>Proposition de directive sur le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents</i>	87
§ 2. <i>Proposition de directive d'harmonisation des systèmes d'impôt des sociétés et des régimes de retenue à la source sur les dividendes</i>	88
CHAPITRE II. — DIRECTIVE SUR LE RÉGIME FISCAL COMMUN DES SOCIÉTÉS MÈRES ET FILIALES D'ÉTATS MEMBRES DIFFÉRENTS	90

TITRE III

DROIT BELGE

SOUS-TITRE PREMIER

REVENUS IMMOBILIERS ET BÉNÉFICES D'ÉTABLISSEMENTS ÉTRANGERS

CHAPITRE PREMIER. — PERSONNES PHYSIQUES	99
§ 1 ^{er} . <i>Règle générale</i>	99
§ 2. <i>Revenus immobiliers</i>	101
A. <i>Loyers</i>	101
B. <i>Revenus de la constitution ou de la cession de droits d'emphytéose ou de superficie</i>	102

	PAGES
CHAPITRE II. — SOCIÉTÉS.	103
SECTION I. — RÉDUCTION OU EXONÉRATION.	103
SECTION 2. — OPÉRATIONS TECHNIQUES DE DÉTERMINATION DE LA BASE IMPO- SABLE	105
§ 1 ^{er} . <i>Deuxième opération</i>	105
A. Objet de la deuxième opération.	105
B. Processus de ventilation des bénéfiques	106
C. Prévention de la double compensation des pertes	108
§ 2. <i>Troisième opération</i>	109
§ 3. <i>Cinquième opération</i>	110

SOUS-TITRE II RÉMUNÉRATIONS

CHAPITRE PREMIER. — RÉMUNÉRATIONS DES PROFESSIONS DÉPENDANTES	113
SECTION I. — DROIT INTERNE	114
§ 1 ^{er} . <i>Régime général</i>	114
§ 2. <i>Détachement dans les pays extra-européens</i>	118
SECTION 2. — DROIT CONVENTIONNEL	120
§ 1 ^{er} . <i>Régime général</i>	120
§ 2. <i>Frontaliers</i>	121
§ 3. <i>Règle des 183 jours</i>	121
CHAPITRE II. — RÉMUNÉRATIONS DES ADMINISTRATEURS DE SOCIÉTÉS PAR ACTIONS	125
SECTION I. — DROIT INTERNE	125
SECTION 2. — DROIT CONVENTIONNEL	126
§ 1 ^{er} . <i>Tantièmes</i>	126
§ 2. <i>Rémunérations de fonctions spéciales</i>	128

SOUS-TITRE III REVENUS MOBILIERS

CHAPITRE PREMIER. — DIVIDENDES ET DISTRIBUTIONS DE LIQUIDATION	131
SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DIVIDENDES	131
SECTION I. — PERSONNES PHYSIQUES	131

	PAGES
SECTION 2. — SOCIÉTÉS	131
SOUS-SECTION 1. — DROIT INTERNE	131
§ 1 ^{er} . <i>Mode de déduction des revenus définitivement taxés</i>	133
§ 2. <i>Limitation de la déduction des revenus définitivement taxés à 95 % de leur montant</i>	136
§ 3. <i>Calcul de la déduction</i>	137
A. Dividendes belges	137
B. Dividendes étrangers	139
§ 4. <i>Champ d'application</i>	140
A. Champ d'application <i>ratione personae</i>	140
B. Champ d'application <i>ratione materiae</i>	144
1. Dividendes	145
2. Distribution déguisée de bénéfices	145
3. Bonis de liquidation	146
4. Rachat par une société de ses propres actions et partage partiel d'avoir social	147
5. Réduction de capital	148
6. Intérêts d'avances consenties à des sociétés de personnes par des associés	148
§ 5. <i>Conditions supplémentaires</i>	150
A. Minimum de participation	150
B. Permanence de la participation	151
§ 6. <i>Dispositions anti-abus</i>	152
§ 7. <i>Régime des revenus définitivement taxés et réductions de valeur</i>	162
§ 8. <i>Abrogation du crédit d'impôt et de la quotité forfaitaire d'impôt étranger</i>	163
SOUS-SECTION 2. — DROIT CONVENTIONNEL	164
SOUS-SECTION 3. — HISTORIQUE	172
§ 1 ^{er} . <i>Régime ancien des participations permanentes et non permanentes</i>	172
A. Participations permanentes	172
B. Participations non permanentes	177
§ 2. <i>Régime ancien du précompte mobilier fictif</i>	179
A. Comparaison internationale	180
B. Evolution	181
C. Conventions fiscales internationales	185
§ 3. <i>Propositions de réforme de l'impôt des sociétés</i>	186
SOUS-SECTION 4. — APPRÉCIATION CRITIQUE.	188
SOUS-CHAPITRE II. — REVENUS D'ASSOCIÉS DE SOCIÉTÉS DE PERSONNES	194
SECTION 1. — DROIT INTERNE	194
SECTION 2. — DROIT CONVENTIONNEL	194

	PAGES
§ 1 ^{er} . <i>Rémunérations d'associé actif</i>	194
§ 2. <i>Bénéfices distribués</i>	196
§ 3. <i>Rémunérations de salarié</i>	197
§ 4. <i>Convention franco-belge</i>	198
SOUS-CHAPITRE III. — DISTRIBUTIONS DE LIQUIDATION ET ASSIMILÉES	200
SECTION 1. — PERSONNES PHYSIQUES	200
§ 1 ^{er} . <i>Actions ou parts rattachées au patrimoine privé</i>	200
§ 2. <i>Actions ou parts affectées à l'exercice de l'activité professionnelle</i>	200
SECTION 2. — SOCIÉTÉS	201
§ 1 ^{er} . <i>Régime actuel</i>	201
§ 2. <i>Historique</i>	203
A. <i>Droit interne</i>	203
B. <i>Droit conventionnel</i>	204
CHAPITRE II. — INTÉRÊTS ET REDEVANCES	206
SECTION 1. — LA QUOTITÉ FORFAITAIRE D'IMPÔT ÉTRANGER : RÉGIME ACTUEL	206
SECTION 2. — HISTORIQUE	209
§ 1 ^{er} . <i>Régime initial</i>	209
§ 2. <i>Conventions fiscales internationales conclues par la Belgique</i>	210
§ 3. <i>Modifications du droit interne belge</i>	212
A. <i>Suppression de l'imputation de la QFIE pour les personnes physiques n'ayant pas affecté les biens productifs de revenus mobiliers à leur activité professionnelle</i>	212
B. <i>Refus d'imputation de la QFIE en cas de channeling</i>	214
C. <i>Brutage de la QFIE</i>	215
D. <i>Proratisation de l'imputabilité de la QFIE</i>	219
E. <i>Passage d'une quotité forfaitaire d'impôt étranger à un crédit réel d'impôt étranger</i>	221
CHAPITRE III. — PLUS-VALUES MOBILIÈRES	225
SECTION 1. — RÉGIME DES PLUS-VALUES SUR ACTIONS ET PARTS	225
SECTION 2. — RÉGIME DES RÉDUCTIONS DE VALEUR ET MOINS-VALUES SUR ACTIONS ET PARTS.	229

TITRE IV

DROIT COMPARÉ

FRANCE	233
SECTION 1. — PERSONNES PHYSIQUES	233
§ 1 ^{er} . <i>Droit interne</i>	233
A. Régime général	233
B. Salariés français détachés à l'étranger	234
§ 2. <i>Traités</i>	234
A. Exonération et taux effectif	234
B. Crédit d'impôt	235
SECTION 2. — SOCIÉTÉS	235
§ 1 ^{er} . <i>Territorialité</i>	235
A. Bénéfices imposables en France	235
B. Déduction des frais d'investissement	236
§ 2. <i>Régimes du bénéfice mondial et du bénéfice consolidé</i>	237
A. Bénéfice mondial	237
B. Bénéfice consolidé	237
C. Règles communes aux deux régimes	237
§ 3. <i>Régime des distributions</i>	238
A. Notion de revenus distribués	238
B. Avoir fiscal	240
C. Précompte	240
D. Régime des sociétés mère et filiales	242
E. Holdings de participations étrangères	244
ÉTATS-UNIS	247
CHAPITRE PREMIER. — CRÉDIT D'IMPÔT ÉTRANGER (<i>FOREIGN TAX CREDIT</i>)	248
§ 1 ^{er} . <i>Pincipe — Origine</i>	248
A. Principe	248
B. Origine	248
§ 2. <i>Objectifs et critiques</i>	249
§ 3. <i>Impôts étrangers susceptibles de crédit</i>	250
A. Impôts sur le revenu, les profits de guerre et les excédents de profits	250
B. Taxes payées au lieu d'un impôt sur le revenu	251
§ 4. <i>Contribuable ayant droit au crédit</i>	251
A. Crédit direct	251
B. Crédit indirect (<i>Deemed paid credit</i>)	252
§ 5. <i>Limitation du montant du crédit</i>	254
A. Limitation globale	254

	PAGES
<i>B.</i> Limitation par paniers	256
1. Revenus passifs	256
2. Intérêts à retenue à la source élevée.	256
3. Revenu de services financiers	257
4. Revenu de la navigation	257
5. Revenus de société étrangères non contrôlées	257
6. Revenus liés au pétrole	257
<i>C.</i> Pertes	257
1. Pertes étrangères	257
2. Pertes américaines	258
CHAPITRE II. — EXEMPTION DU REVENU GAGNÉ À L'ÉTRANGER	259
PAYS-BAS	261
CHAPITRE PREMIER. — REVENUS D'IMMEUBLES ET D'ÉTABLISSEMENTS ÉTRANGERS	261
CHAPITRE II. — REVENUS MOBILIERS EN GÉNÉRAL.	263
§ 1 ^{er} . <i>Sociétés résidentes</i>	263
CHAPITRE III. — DIVIDENDES ET PLUS-VALUES SUR ACTIONS	264
§ 1 ^{er} . <i>Exemption de participation</i>	264
§ 2. <i>Pertes de liquidation</i>	266
§ 3. <i>Transformation d'un établissement stable en filiale</i>	267
§ 4. <i>Mise en vigueur de la directive CEE mères-filiales</i>	268
LUXEMBOURG	271
CHAPITRE PREMIER. — RÈGLES GÉNÉRALES	271
CHAPITRE II. — RÉGIME DES SOCIÉTÉS MÈRES ET FILIALES	272
SECTION I. — IMPÔT SUR LE REVENU DES COLLECTIVITÉS.	272
§ 1 ^{er} . <i>Dividendes</i>	272
§ 2. <i>Plus-values</i>	273
SECTION 2. — IMPÔT SUR LA FORTUNE	275
ROYAUME-UNI	277
CHAPITRE PREMIER. — PRÉVENTION DE LA DOUBLE IMPOSITION ÉCONOMIQUE.	277
§ 1 ^{er} . <i>Advance Corporation Tax</i>	277
A. Historique et description	277

	PAGES
<i>B. Limites de la déduction de l'ACT de l'impôt des sociétés</i>	280
§ 2. <i>Franked Investment Income (FII)</i>	281
§ 3. <i>Fiscalité de groupe.</i>	283
<i>A. Définition.</i>	283
<i>B. Group income</i>	283
<i>C. Transfert d'ACT</i>	284
§ 4. <i>Close companies.</i>	285
§ 5. <i>Group relief : transferts de charges et d'actifs</i>	285
CHAPITRE II. — IMPOSITION DES REVENUS DE SOURCE ÉTRAN-	
GÈRE	287
§ 1 ^{er} . <i>Principe</i>	287
§ 2. <i>Crédit d'impôt étranger.</i>	287
§ 3. <i>Foreign Income Dividends (FID)</i>	290
§ 4. <i>International Headquarters companies (IHCs)</i>	290
§ 5. <i>Exemption en cas de travail à l'étranger</i>	291
§ 6. <i>Capital gains tax</i>	291
ALLEMAGNE	293
CHAPITRE PREMIER. — DROIT INTERNE	293
§ 1 ^{er} . <i>Crédit d'impôt étranger.</i>	293
<i>A. Crédit direct.</i>	293
<i>B. Crédit indirect</i>	294
§ 2. <i>Dividendes provenant de participations étrangères</i>	296
§ 3. <i>Déduction des impôts étrangers</i>	296
§ 4. <i>Remise d'impôt et imposition forfaitaire</i>	296
CHAPITRE II. — TRAITÉS	297
SUISSE	299
§ 1 ^{er} . <i>Établissements stables à l'étranger</i>	299
§ 2. <i>Sociétés domiciliées</i>	299
§ 3. <i>Sociétés holdings</i>	300

TROISIÈME PARTIE
IMPOSITION DES REVENUS
DANS L'ÉTAT DE LA SOURCE

TITRE PREMIER
BÉNÉFICES ET PROFITS

CHAPITRE PREMIER. — BÉNÉFICES DES ENTREPRISES	307
SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL	307
SECTION 1. — DÉFINITIONS	307
§ 1 ^{er} . <i>Établissement stable</i>	307
§ 2. <i>Succursale et filiale</i>	309
§ 3. <i>Agents et représentants</i>	309
§ 4. <i>Bénéfice</i>	310
SECTION 2. — SOURCE DU REVENU	311
SECTION 3. — IMPOSITION DANS L'ÉTAT DE LA SOURCE	312
§ 1 ^{er} . <i>Déductions</i>	312
§ 2. <i>Méthode de détermination du bénéfice</i>	313
SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE	314
SECTION 1. — DÉFINITIONS	314
§ 1 ^{er} . <i>Établissement belge</i>	314
§ 2. <i>Succursale</i>	315
§ 3. <i>Agents et représentants</i>	315
§ 4. <i>Chantiers</i>	316
§ 5. <i>Assureurs étrangers</i>	317
SECTION 2. — IMPOSITION DANS L'ÉTAT DE LA SOURCE	317
§ 1 ^{er} . <i>Déductions</i>	317
§ 2. <i>Méthode de détermination du bénéfice</i>	318
§ 3. <i>Taux de l'impôt</i>	319
§ 4. <i>Comparaison entre succursale et filiale</i>	320
SOUS-CHAPITRE III. — DROIT COMPARÉ	321
FRANCE	323

	PAGES
SECTION UNIQUE. — IMPOSITION DANS L'ÉTAT DE LA SOURCE	321
§ 1 ^{er} . <i>Droit interne</i>	321
§ 2. <i>Droit conventionnel</i>	322
ÉTATS-UNIS	323
SECTION 1. — DÉFINITIONS	323
A. Prestation de services	324
B. Vente de marchandises	324
C. Achat de marchandises	324
SECTION 2. — SOURCE DU REVENU	325
A. Gains en capital et revenus périodiques	326
1. Critère d'utilisation de l'actif	326
2. Critère des activités d'affaires	327
B. Autres revenus	327
SECTION 3. — IMPOSITION DES REVENUS EFFECTIVEMENT LIÉS À UNE ACTIVITÉ D'AFFAIRES AUX ÉTATS-UNIS	327
ALLEMAGNE	331
CHAPITRE II. — REVENUS DES PROFESSIONS INDÉPENDANTES	334
SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL	334
SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE	335
SECTION 1. — REVENUS GAGNÉS PENDANT L'EXERCICE DE LA PROFESSION	335
SECTION 2. — BÉNÉFICES ET PROFITS RATTACHÉS À UNE ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE INDÉPENDANTE ANTÉRIEURE	336
CHAPITRE III. — REVENUS DE LA NAVIGATION	337
SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL	337
SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE	338
CHAPITRE IV. — SOCIÉTÉS DÉNUÉES DE PERSONNALITÉ FISCALE	339
DROIT BELGE	339
SECTION 1. — ASSOCIÉS DE SOCIÉTÉS CIVILES ET DE SOCIÉTÉS SANS PERSONNALITÉ JURIDIQUE	339

	PAGES
SECTION 2. — ASSOCIÉS DE SOCIÉTÉS CONSIDÉRÉES FISCALEMENT COMME DÉNUÉES DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE	340
SECTION 3. — GROUPEMENTS D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE	341
§ 1 ^{er} . <i>Revenus belges d'un GEIE administré en Belgique</i>	344
A. Sociétés belges membres du GEIE	344
B. Sociétés étrangères membres du GEIE.	346
§ 2. <i>Revenus étrangers d'un GEIE administré en Belgique</i>	349
A. Imposition à l'étranger des revenus étrangers du groupement . .	349
B. Imposition en Belgique des revenus étrangers du groupement . .	351
§ 3. <i>Questions spéciales</i>	352
A. Revenus d'actions et parts.	352
B. Absence de solidarité	353
§ 4. <i>Imposition en Belgique des revenus de membres belges d'un GEIE administré à l'étranger</i>	353
§ 5. <i>Imposition en Belgique de l'établissement d'un GEIE administré à l'étranger</i>	355
§ 6. <i>Débiton et imputation de précomptes</i>	356
A. Précompte immobilier	356
B. Précompte professionnel	357
C. Précompte mobilier.	357

TITRE II

RÉMUNÉRATIONS ET PENSIONS

CHAPITRE PREMIER. — RÉMUNÉRATIONS DES PROFESSIONS DÉPENDANTES PRIVÉES.	359
SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL	359
SECTION 1. — DÉFINITIONS	359
SECTION 2. — SOURCE DU REVENU.	360
§ 1 ^{er} . <i>Règle générale</i>	360
§ 2. <i>Rémunérations des équipages</i>	361
SECTION 3. — IMPOSITION DANS LE PAYS DE LA SOURCE	362
§ 1 ^{er} . <i>Règle générale</i>	362
§ 2. <i>Exception : règle des 183 jours</i>	362
A. Séjour de 183 jours	362
B. Employeur ne résidant pas dans l'État d'exercice	363
C. Rémunération ne tombant pas à charge d'un établissement stable	364
§ 3. <i>Frontaliers</i>	364

	PAGES
§ 4. <i>Professeurs</i>	366
SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE	367
CHAPITRE II. — RÉMUNÉRATIONS DES FONCTIONS PUBLIQUES	370
SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL	370
SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE	371
SECTION 1. — FONCTIONNAIRES EN GÉNÉRAL	371
SECTION 2. — PERSONNEL DIPLOMATIQUE ET CONSULAIRE	371
CHAPITRE III. — RÉMUNÉRATIONS DES ADMINISTRATEURS DE SOCIÉTÉS PAR ACTIONS	372
SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL	372
SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE	373
SECTION 1. — PERSONNES PHYSIQUES	373
A. Tantièmes.	373
B. Rémunérations d'administrateurs exerçant d'autres fonctions dans la société	373
SECTION 2. — PERSONNES MORALES	374
CHAPITRE IV. — RÉMUNÉRATIONS DES GÉRANTS DE SOCIÉTÉS DE PERSONNES	375
SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL	375
SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE	376
SECTION 1. — PERSONNES PHYSIQUES	376
SECTION 2. — PERSONNES MORALES	379
CHAPITRE V. — PENSIONS	380
SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL	380
SECTION 1. — PENSIONS PRIVÉES.	380

TABLE DES MATIÈRES

893

	PAGES
SECTION 2. — PENSIONS DES FONCTIONNAIRES	380
SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE	381
CHAPITRE VI. — REVENUS DES ARTISTES ET SPORTIFS	383
SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL	383
SECTION I. — DÉFINITIONS	383
SECTION 2. — SOURCE DU REVENU.	384
SECTION 3. — IMPOSITION DANS L'ÉTAT DE LA SOURCE	385
SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE	386
CHAPITRE VII. — PAIEMENTS REÇUS PAR DES ÉTUDIANTS OU STAGIAIRES — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL	387
SECTION I. — COUVERTURE DES FRAIS D'ENTRETIEN, D'ÉTUDES ET DE FORMATION	387
SECTION 2. — RÉMUNÉRATIONS	387

TITRE III

REVENUS IMMOBILIERS

CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL	389
CHAPITRE II. — DROIT BELGE.	390
SECTION I. — LOYERS	390
SECTION 2. — PLUS-VALUES IMMOBILIÈRES.	390
§ 1 ^{er} . <i>Plus-values professionnelles</i>	390
§ 2. <i>Plus-values privées</i>	398
CHAPITRE III. — PAIEMENTS REÇUS PAR DES ÉTUDIANTS OU STAGIAIRES DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL	401
ÉTATS-UNIS	401
SECTION I. — REVENUS IMMOBILIERS EN GÉNÉRAL	401
SECTION 2. — PLUS-VALUES IMMOBILIÈRES.	402

TITRE IV	
REVENUS MOBILIERS	
SOURCE DES REVENUS MOBILIERS	
DROIT BELGE	
CHAPITRE PREMIER. — DIVIDENDES	405
SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL	405
SECTION I. — DÉFINITIONS	405
§ 1 ^{er} . <i>Biens susceptibles de produire des dividendes</i>	405
§ 2. <i>Revenus susceptibles de constituer des dividendes</i>	407
§ 3. <i>Actionnaires susceptibles de percevoir des dividendes</i>	408
SECTION 2. — SOURCE DU REVENU	408
SECTION 3. — IMPOSITION DANS L'ÉTAT DE LA SOURCE	409
§ 1 ^{er} . <i>Règle générale</i>	409
§ 2. <i>Incidence de l'imposition des revenus non distribués dans l'État de la résidence</i>	410
§ 3. <i>Incidence des méthodes de prévention de la double imposition économique</i>	411
A. <i>Système classique</i>	411
B. <i>Système du double taux d'impôt des sociétés dans l'État de la société distributrice</i>	412
C. <i>Système d'imputation de tout ou partie de l'impôt des sociétés sur l'impôt de l'actionnaire</i>	412
D. <i>Système ne taxant que les actionnaires, à l'exclusion de la société, sur les bénéfices distribués</i>	413
SOUS-CHAPITRE II. — DIRECTIVE CEE	414
SECTION I. — EXONÉRATION DE RETENUE À LA SOURCE	414
SECTION 2. — INTERDICTION DE PERCEPTION D'UNE RETENUE À LA SOURCE DANS L'ÉTAT DE LA SOCIÉTÉ MÈRE	416
SECTION 3. — MAINTIEN DES IMPÔTS ANTICIPÉS	417
SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE	419
SECTION I. — RÈGLES GÉNÉRALES	419
SECTION 2. — EXONÉRATION DE RETENUE À LA SOURCE DES DIVIDENDES DISTRIBUÉS PAR DES FILIALES À DES SOCIÉTÉS MÈRES	420
§ 1 ^{er} . <i>Dividendes distribués par une filiale belge à une société mère belge</i>	420
A. <i>Minimum de participation</i>	421

	PAGES
<i>B. Condition de permanence</i>	421
§ 2. <i>Dividendes distribués par une société filiale belge à une société mère d'un autre État de la Communauté économique européenne</i>	423
SECTION 3. — EXONÉRATION DES DIVIDENDES DISTRIBUÉS AUX ORGANISMES SANS BUT LUCRATIF ÉTRANGERS	424
SECTION 4. — EXONÉRATIONS APPLICABLES AUX FONDS DE PLACEMENT	425
SOUS-CHAPITRE IV. — DROIT COMPARÉ	426
FRANCE	426
§ 1 ^{er} . <i>Retenue à la source</i>	426
§ 2. <i>Remboursement du précompte</i>	427
§ 3. <i>Extension de l'avoir fiscal</i>	428
ÉTATS-UNIS	429
PAYS-BAS	431
LUXEMBOURG	432
§ 1 ^{er} . <i>Droit interne</i>	432
§ 2. <i>Directive CEE</i>	432
§ 3. <i>Traités</i>	433
ROYAUME-UNI	434
ALLEMAGNE	436
CHAPITRE II. — INTÉRÊTS.	437
SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL	437
SECTION 1. — DÉFINITIONS	437
SECTION 2. — SOURCE DU REVENU	439
SECTION 3. — IMPOSITION DANS L'ÉTAT DE LA SOURCE	440
§ 1 ^{er} . <i>Règle générale</i>	440
§ 2. <i>Intérêts perçus par un établissement stable</i>	441
§ 3. <i>Intérêts excessifs</i>	442
SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE	444

	PAGES
SOUS-CHAPITRE III. — DROIT COMPARÉ	446
ÉTATS-UNIS	446
ROYAUME-UNI	449
ALLEMAGNE	450
CHAPITRE III. — REDEVANCES	452
SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL	452
SECTION 1. — DÉFINITIONS	452
SECTION 2. — SOURCE DU REVENU	456
SECTION 3. — IMPOSITION DANS L'ÉTAT DE LA SOURCE	456
§ 1 ^{er} . <i>Règle générale</i>	456
§ 2. <i>Redevances rattachées à un établissement stable</i>	457
§ 3. <i>Redevances excessives</i>	457
SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE	458
CHAPITRE IV. — PLUS-VALUES MOBILIÈRES	459
SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL	459
SECTION 1. — DÉFINITIONS	459
SECTION 2. — IMPOSITION DANS L'ÉTAT DE LA SOURCE	459
SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE	461
SOUS-CHAPITRE III. — DROIT COMPARÉ	463
ÉTATS-UNIS	463

TITRE V

REVENUS NON DÉSIGNÉS AILLEURS

SOUS-CHAPITRE PREMIER. — DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL	465
---	-----

	PAGES
SECTION 1. — DÉFINITIONS	465
SECTION 2. — IMPOSITION DANS L'ÉTAT DE LA SOURCE	466
§ 1 ^{er} . <i>Règle générale</i>	466
§ 2. <i>Revenus attribuables à un établissement stable</i>	467
§ 3. <i>Revenus provenant de biens immobiliers</i>	468
SOUS-CHAPITRE II. — DROIT BELGE	469

TITRE VI

IMPOSITION GLOBALE
DANS L'ÉTAT DE LA SOURCESOUS-TITRE PREMIER
DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRALSOUS-TITRE II
DROIT BELGE

CHAPITRE PREMIER. — RÉGIME D'IMPOSITION.	475
SECTION 1. — ASSIETTE DE LA GLOBALISATION	477
§ 1 ^{er} . <i>Personnes physiques</i>	477
A. Revenus immobiliers	477
B. Revenus professionnels	477
C. Exceptions	478
§ 2. <i>Sociétés</i>	479
§ 3. <i>Pouvoirs publics étrangers et associations étrangères sans but lucratif.</i>	479
SECTION 2. — DÉTERMINATION DES REVENUS NETS GLOBALISABLES	480
SECTION 3. — DÉPENSES DÉDUCTIBLES DE L'ENSEMBLE DES REVENUS NETS	480
§ 1 ^{er} . <i>Non-résidents purs</i>	480
§ 2. <i>Non-résidents liés à la Belgique par un foyer d'habitation ou par l'importance de leurs rémunérations ou pensions de source belge</i>	481
CHAPITRE II. — CALCUL DE L'IMPÔT	482
SECTION 1. — PERSONNES PHYSIQUES	482
§ 1 ^{er} . <i>Non-résidents « purs »</i>	482
§ 2. <i>Non-résidents liés à la Belgique par un foyer d'habitation ou par l'importance de leurs rémunérations ou pensions de source belge</i>	484
§ 3. <i>Assimilation aux isolés</i>	484

	PAGES
§ 4. <i>Additionnels</i>	485
SECTION 2. — SOCIÉTÉS	485
SECTION 3. — ASSOCIATIONS ET ORGANISMES SANS BUT DE LUCRE	486
SOUS-TITRE III DROIT COMPARÉ	
FRANCE	487
<i>A. Retenues à la source</i>	487
<i>B. Impôt final</i>	489
<i>C. Imposition forfaitaire</i>	490
TITRE VII NON-DISCRIMINATION	
SOUS-TITRE PREMIER DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL	
SOUS-TITRE II TRAITÉ CEE	
SOUS-TITRE III DROIT BELGE	
CHAPITRE PREMIER. — EN GÉNÉRAL	505
CHAPITRE II. — PARTICIPATIONS BELGES OU ÉTRANGÈRES INVESTIES DANS UN ÉTABLISSEMENT BELGE PAR UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE.	507
§ 1 ^{er} . <i>Droit interne</i>	507
§ 2. <i>Conventions</i>	509
SOUS-CHAPITRE IV. — DROIT COMPARÉ	519
FRANCE	519

QUATRIÈME PARTIE
PRÉVENTION DE L'ÉVASION
FISCALE INTERNATIONALE

TITRE PREMIER

ÉMIGRATION

SOUS-TITRE PREMIER

DROIT BELGE

SOUS-TITRE II

DROIT COMPARÉ

ÉTATS-UNIS	531
ALLEMAGNE	532

TITRE II

PRIX DE TRANSFERT

SOUS-TITRE PREMIER

DROIT CONVENTIONNEL GÉNÉRAL

CHAPITRE PREMIER. — CONVENTIONS MODÈLES	537
CHAPITRE II. — RAPPORTS DU COMITÉ DES AFFAIRES FISCALES DE L'OCDE	539
§ 1 ^{er} . <i>Principes généraux</i>	540
§ 2. <i>Transferts de marchandises</i>	542
A. Méthode du prix comparable sur le marché libre	542
B. Méthode du prix de revente	543
C. Méthode du prix de revient majoré d'une marge bénéficiaire	543
§ 3. <i>Transferts de techniques et de marques</i>	545
A. Transferts de techniques (brevets et <i>know-how</i>)	545
1. Licences	545
2. Accords de contribution aux dépenses de recherche et de développement	546
B. Transferts de marques et de noms commerciaux	547

	PAGES
§ 4. <i>Prestations de service</i>	548
§ 5. <i>Prêts</i>	549
§ 6. <i>Ajustements corrélatifs</i>	550
CHAPITRE III. — GATT : PRIX DE TRANSFERT ET VALEUR EN DOUANE	552
§ 1 ^{er} . <i>Principes</i>	552
§ 2. <i>Ventes entre parties liées</i>	557
A. Définition.	557
B. Conséquence principale : discussion de l'acceptabilité de la valeur transactionnelle	558
1. Examen général : l'influence des liens	559
2. Examen spécial : les valeurs critères	563
C. Conséquences secondaires	568
1. Notion de vente	568
2. Valeur déductive	570
3. Valeur calculée	571
4. Dividendes et autres paiements	572
CHAPITRE IV. — DROIT DE LA CEE	575
§ 1 ^{er} . <i>Proposition de directive</i>	575
§ 2. <i>Convention CEE</i>	576
SOUS-TITRE II	
DROIT BELGE	
CHAPITRE PREMIER. — AVANTAGES ANORMAUX ET BÉNÉVOLES : ARTICLE 26	579
§ 1 ^{er} . <i>Avantages consentis à des entreprises étrangères liées : article 26, alinéa 2, 1^o et 3^o</i>	579
A. Une entreprise établie en Belgique	579
B. Un lien direct ou indirect d'interdépendance	580
C. Le bénéficiaire de l'avantage	582
D. Avantages anormaux et bénévoles	584
E. Charge de la preuve	590
F. Imposition	590
§ 2. <i>Avantages consentis à des personnes établies dans des juridictions fiscales privilégiées : article 26, alinéa 2, 2^o et 3^o</i>	590
A. Un régime fiscal notablement plus avantageux	591
B. Charge de la preuve	593
§ 3. <i>Avantages consentis à des résidents belges : article 26, alinéa 1^{er}</i>	593
A. Bénéficiaires de l'avantage.	593
B. Exception.	595
C. Charge de la preuve	596

	PAGES
CHAPITRE II. — PAIEMENTS À DES PERSONNES ÉTABLIES DANS DES JURIDICTIONS FISCALES PRIVILÉGIÉES : ARTICLE 54 DU C.I.R.	597
§ 1 ^{er} . <i>Rejet des charges</i>	597
A. Les sommes	598
B. Régime de taxation notablement plus avantageux	598
C. Charge de la preuve	599
§ 2. <i>Cas d'application</i>	600
A. Intérêts	600
B. Indemnité de rupture de contrat	600
C. Royalties	600
D. Services	601
E. Les accords de partage des coûts	602
§ 3. <i>Problèmes de procédure</i>	604
A. Étendue du rejet au titre de frais professionnels déductibles	604
B. Cotisation spéciale	604
C. Précompte mobilier	604
 CHAPITRE III. — TRANSFERTS D'ACTIFS À DES PERSONNES ÉTA- BLIES DANS DES JURIDICTIONS FISCALES PRIVILÉGIÉES ARTICLE 344, § 2	 605
§ 1 ^{er} . <i>Inopposabilité à l'administration</i>	605
§ 2. <i>Compatibilité avec le Traité de Rome</i>	607
§ 3. <i>Trusts et institutions similaires</i>	607
A. Trusts	607
1. Imposition des constituants du <i>trust</i>	608
2. Imposition du <i>trustee</i> et du bénéficiaire	609
3. Conventions fiscales internationales	610
4. Impôt sur le capital	610
B. Bureaux d'administration	610
 CHAPITRE IV. — RULING	 612
 CHAPITRE V. — IMPUTATION DE PERTES ET DE REVENUS DÉFI- NITIVEMENT TAXÉS SUR DES AVANTAGES ANORMAUX OU BÉNÉVOLES : ARTICLE 79	 613
 CHAPITRE VI. — DOUBLE IMPOSITION INTERNATIONALE	 616
§ 1 ^{er} . <i>Droit interne belge</i>	616
§ 2. <i>Conventions conclues par la Belgique</i>	616
 CHAPITRE VII. — TRANSFERTS DE BÉNÉFICES ENTRE ENTRE- PRISES INTERDÉPENDANTES ET ARRÊTÉ ROYAL N° 187 RELA- TIF À LA CRÉATION DE CENTRES DE COORDINATION.	 618

	PAGES
CHAPITRE VIII. — TRANSFERTS DE BÉNÉFICES ENTRE ENTREPRISES INTERDÉPENDANTES ET CENTRES DE DISTRIBUTION	619
CHAPITRE IX. — TRANSFERTS DE BÉNÉFICES ENTRE ENTREPRISES INTERDÉPENDANTES ET ARRÊTÉ ROYAL N° 118 RELATIF À LA CRÉATION DE ZONES D'EMPLOI	620
 SOUS-TITRE III DROIT COMPARÉ 	
FRANCE	623
CHAPITRE PREMIER. — SOCIÉTÉS DÉPENDANTES	623
§ 1 ^{er} . <i>Conditions d'application</i>	623
§ 2. <i>Procédure</i>	624
CHAPITRE II. — PAIEMENTS À DES PERSONNES ÉTABLIES DANS DES PARADIS FISCAUX	626
ÉTATS-UNIS	627
§ 1 ^{er} . <i>Section 482</i>	627
A. Règle.	627
B. Ventes de marchandises	628
C. Intérêts	628
D. Actifs incorporels	629
E. Sanctions	632
§ 2. <i>Problèmes posés par les redressements opérés</i>	632
A. Double imposition internationale.	632
B. Double imposition nationale.	632
C. Correction des comptes inter-sociétés	633
 TITRE III SOCIÉTÉS RELAIS 	
FRANCE	637
CHAPITRE PREMIER. — SOCIÉTÉS DE SERVICES	637
CHAPITRE II. — SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES PROPRIÉTAIRES D'IMMEUBLES EN FRANCE	639

	PAGES
CHAPITRE III. — FILIALES ÉTABLIES DANS DES PAYS À RÉGIME FISCAL PRIVILÉGIÉ	641
CHAPITRE IV. — TRUSTS	642
ÉTATS-UNIS	643
CHAPITRE PREMIER. — SOCIÉTÉS HOLDINGS PERSONNELLES . .	643
§ 1 ^{er} . <i>Régime général</i>	643
§ 2. <i>Sociétés étrangères</i>	644
CHAPITRE II. — SOCIÉTÉS HOLDINGS PERSONNELLES ÉTRANGÈRES	645
§ 1 ^{er} . <i>Définitions</i>	645
§ 2. <i>Imposition</i>	645
CHAPITRE III. — SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES CONTROLÉES	647
SECTION I. — DÉFINITION	647
SECTION 2. — IMPOSITION	648
§ 1 ^{er} . <i>Revenu imposable</i>	648
A. Subpart F income	648
1. Composantes	648
2. Exceptions	649
B. Accroissement des bénéfices investis en biens américains	650
C. Bénéfices investis en actifs passifs excessifs	650
§ 2. <i>Mode de taxation</i>	650
§ 3. <i>Crédit indirect des actionnaires</i>	650
A. Sociétés actionnaires	650
B. Personnes physiques actionnaires	651
§ 4. <i>Vente d'actions ou distribution de liquidation</i>	651
A. Sociétés actionnaires	651
B. Personnes physiques actionnaires	652
CHAPITRE IV. — SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES D'INVESTISSEMENT PASSIVES	653
SECTION I. — DÉFINITION	653
SECTION 2. — IMPOSITION	653
CHAPITRE V. — EFFET DES TRAITÉS	655
A. Taxes imposées à la société étrangère	655
B. Taxes imposées aux actionnaires nationaux ou résidents	655

	PAGES
CHAPITRE VI. — PROPOSITIONS	656
ROYAUME-UNI	659
ALLEMAGNE	660
TITRE IV	
L'ABUS DES TRAITÉS	
ÉTATS-UNIS	664
SUISSE	667
CHAPITRE PREMIER. — MESURES UNILATÉRALES	667
A. Critères déterminant un transfert abusif des revenus	667
1. Transfert abusif en général	667
2. Couverture des frais	668
3. Financement normal	668
B. Critères déterminant une accumulation indue	668
CHAPITRE II. — DROIT CONVENTIONNEL	670
TITRE V	
ABUS DE DROIT	
CHAPITRE PREMIER. — GÉNÉRALITÉS	671
CHAPITRE II. — DROIT BELGE.	674
SECTION I. — LICÉITÉ DU CHOIX DE LA VOIE LA MOIS IMPOSÉE.	674
SECTION 2. — DISPOSITION PRÉVENTIVE DE L'ABUS DE DROIT	678
§ 1 ^{er} . <i>Généralités</i>	678
§ 2. <i>Application de la disposition anti-abus dans le contexte international</i>	680
CHAPITRE III. — DROIT COMPARÉ	683
FRANCE	683
PAYS-BAS	684
ROYAUME-UNI	685

	PAGES
ALLEMAGNE	687

TITRE VI

FISCALITÉ DE L'ÉPARGNE

CINQUIÈME PARTIE

INCITANTS

À L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL

TITRE PREMIER

RÉGIME DES CADRES ÉTRANGERS

DROIT BELGE	693
CHAPITRE PREMIER. — RÉGIME ACTUEL DES CADRES ÉTRANGERS	693
CHAPITRE II. — BASE LÉGALE.	697
SECTION 1. — RÉGIME ANCIEN	697
SECTION 2. — RÉGIME NOUVEAU	699
A. Détermination de la qualité de non-résident	699
B. Exemption des rémunérations pour prestations accomplies à l'étranger	700
C. Déduction des frais propres à l'employeur	700
CHAPITRE III. — HISTORIQUE.	702

TITRE II

**ENTITÉS À RÉGIME FISCAL
PRIVILÉGIÉ**

SOUS-TITRE PREMIER

DROIT BELGE

CHAPITRE PREMIER. — CENTRES DE COORDINATION	707
--	------------

	PAGES
§ 1 ^{er} . <i>Définitions</i>	707
<i>A. Activités</i>	707
<i>B. Groupe multinational.</i>	710
<i>C. Conditions d'emploi</i>	711
§ 2. <i>Imposition (impôt des sociétés ou INR-Soc.)</i>	711
§ 3. <i>Imposition de la société mère</i>	712
FRANCE	713
ROYAUME-UNI	715
CHAPITRE II. — CENTRES DE DISTRIBUTION	717
SOUS-TITRE II	
DROIT COMPARÉ	
ÉTATS-UNIS	719
<i>A. Origine</i>	719
<i>B. Définition.</i>	720
<i>C. Revenu susceptible d'exonération (Foreign Trade Income — FTI</i> <i>)</i>	720
<i>D. Exemption</i>	721
<i>E. Imposition des autres revenus</i>	721
<i>F. Imposition des actionnaires</i>	721
PAYS-BAS	722
LUXEMBOURG	723
SECTION 1. — SOCIÉTÉS HOLDINGS	723
§ 1 ^{er} . <i>Holdings ordinaires</i>	723
§ 2. <i>Holdings milliardaires</i>	724
SECTION 2. — SOCIÉTÉS DE FINANCEMENT DE GROUPE INTERNATIONAL	725
SECTION 3. — SOCIÉTÉS DE COORDINATION	726
SECTION 4. — ORGANISMES DE PLACEMENT COLLECTIF EN VALEURS MOBILIÈRES (OPCVM)	727

TITRE III

RÉORGANISATIONS INTERNATIONALES

SOUS-TITRE PREMIER

DROIT DE LA CEE

CHAPITRE PREMIER. — PROPOSITION DE DIRECTIVE DE 1969.	729
CHAPITRE II. — LA DIRECTIVE « FUSIONS »	731
SECTION I. — OPÉRATIONS VISÉES	731
§ 1 ^{er} . <i>Fusions</i>	732
A. Fusion absorption	732
B. Fusion par création d'une société nouvelle	732
C. Transfert de patrimoine à l'actionnaire unique (quasi-fusion, annexion, <i>concernfusie</i>)	733
§ 2. <i>Scissions</i>	735
§ 3. <i>Apports d'actifs (apport d'universalité ou apport de branches d'acti- vités)</i>	736
§ 4. <i>Échanges d'actions</i>	739
SECTION 2. — RÉGIME FISCAL COMMUN	741

SOUS-TITRE II

DROIT BELGE

CHAPITRE PREMIER. — INCIDENCE EN BELGIQUE DE RÉORGANI- SATIONS ÉTRANGÈRES	743
CHAPITRE II. — APPORT D'ACTIF À UNE SOCIÉTÉ ÉTABLIE DANS LA CEE	746
SECTION I. — APPORT D'UNIVERSALITÉ.	746
SECTION 2. — APPORT DE BRANCHE D'ACTIVITÉ	749
SECTION 3. — APPORT SOUS-ÉVALUÉ	751
A. Plus-values	751
B. Avantage anormal ou bénévole.	754
CHAPITRE III. — DROIT COMPARÉ	756
FRANCE	756
SECTION I. — OPÉRATIONS VISÉS	756

	PAGES
SECTION 2. — RÉGIME FISCAL	758
§ 1 ^{er} . <i>Régime de la société apporteuse et de la société bénéficiaire.</i>	758
A. Fusion	758
1. Plus-values	758
2. Provisions et réserves.	759
3. Transfert des pertes	759
4. Participation de la société bénéficiaire dans la société appor- teuse	760
B. Scissions	760
C. Apport partiel d'actif	760
D. Échange d'actions	761
§ 2. <i>Imposition des associés des sociétés concernées</i>	762
ÉTATS-UNIS	763
§ 1 ^{er} . <i>Transferts vers l'étranger (outbound transfers)</i>	765
§ 2. <i>Transferts en direction des États-Unis (inbound transfers) et trans- ferts étrangers</i>	766
PAYS-BAS	768
ROYAUME-UNI	772
ALLEMAGNE	773

SIXIÈME PARTIE

PROCÉDURE FISCALE INTERNATIONALE

TITRE PREMIER

PROCÉDURE AMIABLE

TITRE II

ÉCHANGE D'INFORMATIONS

CHAPITRE PREMIER. — CONVENTIONS FISCALES ET DROIT DE LA CEE	779
§ 1 ^{er} . <i>Règles générales.</i>	779
A. Champ d'application des conventions	780

TABLE DES MATIÈRES

909

	PAGES
<i>B. Limites de la divulgation</i>	782
<i>C. Garantie de procédure</i>	782
<i>D. Secret fiscal</i>	783
§ 2. <i>Subsidiarité.</i>	785
§ 3. <i>Procédure</i>	785
CHAPITRE II. — CONVENTIONS D'ASSISTANCE EN MATIÈRE PÉNALE.	787
CHAPITRE III. — CONVENTIONS D'ASSISTANCE JUDICIAIRE EN MATIÈRE CIVILE	789
CHAPITRE IV. — DROIT BELGE	790
SECTION 1. — ÉCHANGE D'INFORMATIONS.	790
SECTION 2. — DÉLAI SPÉCIAL D'IMPOSITION	790
CHAPITRE V. — DROIT COMPARÉ.	791
SUISSE	791
SECTION 1. — SECRET BANCAIRE.	791
SECTION 2. — ÉCHANGE D'INFORMATIONS.	791
§ 1 ^{er} . <i>Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale.</i>	791
§ 2. <i>Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale</i>	794
§ 3. <i>Conventions fiscales</i>	800
TITRE III	
L'ASSISTANCE AU RECOUVREMENT	
BENELUX	803
SUISSE	804
TITRE IV	
PROTECTION INTERNATIONALE DU CONTRIBUABLE : DROITS DE L'HOMME	
BIBLIOGRAPHIE.	807

	PAGES
LISTE DES ABRÉVIATIONS.	821
ANNEXES	823
ANNEXE I. — <i>Sociétés étrangères exclues du régime des revenus définitivement taxés (M.B., 24 août 1991, p. 18431)</i>	825
ANNEXE II. — <i>Modèle de convention de l'OCDE</i>	828
ANNEXE III. — <i>Directive du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (90/435/CEE)</i>	842
ANNEXE IV. — <i>Directive du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents (90/434/CEE)</i>	847
ANNEXE V. — <i>Convention relative à l'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéfices d'entreprises associées (90/436/CEE)</i>	855
TABLE ALPHABÉTIQUE	869