

Doctrine

LA PROPOSITION DE DIRECTIVE « UNSHELL » DE LA COMMISSION EUROPÉENNE POUR LUTTER CONTRE LES ENTITÉS ÉCRANS : COMMENT CASSER UNE NOIX À L'AIDE D'UN MARTEAU DE FORGERON

OLIVER R. HOOR

TAX PARTNER (HEAD OF
TRANSFER PRICING & THE GERMAN DESK)
ATOZ TAX ADVISERS (TAXAND LUXEMBOURG)



KEITH O'DONNELL

MANAGING PARTNER
ATOZ TAX ADVISERS (TAXAND LUXEMBOURG)



SAMANTHA SCHMITZ

CHIEF KNOWLEDGE OFFICER
ATOZ TAX ADVISERS (TAXAND LUXEMBOURG)



Le 22 décembre 2021, la Commission européenne a émis une proposition de directive (« la Proposition de Directive », également dénommée la « Proposition unshell ») établissant des règles pour éliminer l'utilisation abusive d'entités écrans (« shell entities ») à des fins fiscales. Cette initiative est la conséquence de la perception de la Commission selon laquelle les personnes morales dépourvues de substance ou ne disposant que d'une substance très réduite qui n'exercent aucune ou très peu d'activités économiques continueraient de présenter le risque d'être utilisées pour des structures de planification fiscale agressive. Cet article examine la nécessité et la base juridique de la Proposition de Directive et analyse le régime proposé qui introduirait à la fois de nouvelles obligations déclaratives et des règles anti-abus ciblant les entités écrans.

I. INTRODUCTION

Le paysage fiscal international a subi une transformation spectaculaire au cours de ces dernières années. À la suite du projet de l'Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE ») sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (*base erosion and profit shifting*, « BEPS »), les États ont modifié leur législation fiscale nationale et leurs conventions fiscales bilatérales, les principes directeurs de l'OCDE en matière de prix de transfert ont fait l'objet de révisions considérables et, au sein de l'Union européenne (« UE »), plusieurs directives ont été adoptées, ce qui a entraîné la mise en œuvre d'une législation anti-abus stricte et

d'obligations de déclaration et d'échange d'information supplémentaires, concernant notamment certains dispositifs transfrontières.

La Proposition de Directive¹ fait suite à la communication de la Commission sur la fiscalité des entreprises pour le XXI^e siècle qui vise, selon les propos de la Commission, à « promouvoir un système fiscal solide, efficace et équitable pour les entreprises dans l'Union européenne » et qui implique un certain nombre d'autres initiatives politiques qui seront mises sur le devant de la scène à court et à long terme par la Commission. La Proposition de Directive est l'une des initiatives planifiées à court terme annoncées dans la communication. Du point de vue du timing, il est actuellement prévu que les États membres devront adopter et publier au plus tard le 30 juin 2023 les dispositions nationales transposant la Directive et que le régime s'appliquera à compter du 1^{er} janvier 2024.

Parmi les initiatives annoncées, il est également prévu que la Commission proposera, dès 2023, un nouveau cadre pour l'imposition des revenus des entreprises en Europe (Business in Europe : Framework for Income Taxation ou « BEFIT »). Cette initiative a pour objectif de fournir à l'UE un corpus réglementaire unique en matière d'impôt sur les sociétés, qui reposera sur les éléments essentiels d'une base d'imposition commune et sur la répartition des bénéfices entre les États membres sur la base d'une formule de répartition et qui remplacera les propositions pendantes d'assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (« ACCIS »), qui seront retirées.

1. Proposition de Directive du Conseil établissant des règles pour empêcher l'utilisation abusive d'entités écrans à des fins fiscales et modifiant la directive 2011/16/UE.

En outre, la Commission a publié une proposition de directive visant à mettre en œuvre, au sein de l'UE, la réforme fiscale mondiale sur laquelle un accord est intervenu au niveau du G20/de l'OCDE, garantissant un niveau d'imposition minimum mondial pour les groupes multinationaux dans l'UE (également appelé « deuxième pilier »), qui s'appliquera en principe aux groupes multinationaux et aux groupes nationaux de grande envergure dont le chiffre d'affaires total consolidé dépasse 750 millions d'euros. Le Conseil de l'UE a l'intention d'adopter cette réforme dans les prochains mois afin que les nouvelles mesures deviennent applicables à partir de 2023.

Compte tenu des éléments précités, on peut se demander si le régime proposé établissant des règles pour éliminer l'utilisation abusive d'entités écrans à des fins fiscales est réellement nécessaire, comment ce régime interagira avec toutes les autres modifications à venir de la législation fiscale et s'il y a réellement encore une catégorie d'entités dépourvues de substance qui ne puisse pas déjà être remise en cause sur la base des dispositions anti-abus existantes.

II. QUANT AU CARACTÈRE NÉCESSAIRE ET À LA BASE JURIDIQUE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE

1. Aperçu général

La substance des entités a toujours été un sujet important en matière de fiscalité internationale lorsque celles-ci réalisent des investissements et des activités commerciales transfrontalières. Cependant, la prise de conscience de l'importance de la substance n'a fait que croître tout au long du projet BEPS de l'OCDE, qui s'est concentré sur la substance et la transparence comme sujets centraux.

Le projet BEPS de l'OCDE a eu un impact considérable sur le paysage fiscal international. Au sein de l'Union européenne (« UE »), deux directives contre l'évasion fiscale (*Anti-Tax Avoidance Directives*, « ATAD » et « ATAD 2 ») ont été adoptées et obligent les États membres de l'UE à mettre en œuvre un certain nombre de dispositions anti-abus². En outre, les conventions fiscales bilatérales ont été modifiées par le biais de l'instrument multilatéral (« IM »)³ en vue de mettre en œuvre diverses dispositions anti-abus telles que le test des objets principaux (*principle purposes test*, « PPT »). En outre, afin d'accroître la transparence, une série de directives sur la coopération administrative, la série

« DAC », a été mise en place. Une des dernières en date, la DAC 6⁴, impose la déclaration des transactions potentiellement agressives en matière d'impôt sur les sociétés.

Par conséquent, les autorités fiscales des États membres de l'UE disposent déjà d'un arsenal complet de règles anti-abus qui leur permettent de s'attaquer à tout type de situation abusive, ainsi que de systèmes de déclaration et d'échange d'informations leur permettant d'être informées de tout abus résiduel. Dès lors, on peut se demander si la Directive proposée peut encore élever à un niveau supérieur les exigences existantes en matière de substance pour les entités de l'UE et si cette initiative répond à un besoin réel.

2. La substance en fiscalité internationale

2.1. Remarques préliminaires

La substance est un élément clé de la fiscalité internationale et elle est pertinente pour l'application du droit fiscal interne, des conventions préventives de la double imposition et du principe de pleine concurrence. S'il est crucial que les entreprises soient gérées de manière efficace dans leur État de résidence, des exigences de substance plus étendues peuvent notamment découler des dispositions anti-abus mises en œuvre en vertu du droit fiscal étranger ou des conventions fiscales applicables.

2.2. La notion de substance d'une entité

La notion de substance n'est pas un concept unidimensionnel, puisqu'elle implique un nombre d'éléments constitutifs différents qui peuvent être interconnectés.

Un des éléments constitutifs de la substance est « l'infrastructure », qui comprend les employés, les bureaux et autres installations telles que les salles de réunion, les équipements (fournitures de bureau, matériel informatique, etc.). En outre, l'existence d'un site internet ou le fait d'être mentionné sur le site du groupe, l'existence d'adresses *e-mail* et de cartes de visite spécifiques peuvent être des indicateurs de substance. En pratique, les sociétés peuvent se prévaloir de leur propre personnel et de leurs administrateurs, ou sous-traiter certaines fonctions à des prestataires de services qualifiés (par exemple, des services de comptabilité, de *compliance* fiscale et d'assistance juridique).

2. Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur et Directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la Directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers.

3. Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (« Instrument multilatéral » ou « IM »).

4. Directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 modifiant la Directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration.

Un autre élément constitutif de la substance est la « gouvernance d'entreprise », qui concerne la composition du conseil d'administration, l'organisation des réunions de ce conseil dans l'État de résidence de l'entité, l'implication d'administrateurs locaux qualifiés dans le processus décisionnel et une documentation y relative appropriée (c.-à-d. les procès-verbaux des réunions du conseil d'administration, la correspondance par courrier électronique, les mémos internes, etc.). En outre, une bonne gouvernance d'entreprise exige que les aspects contractuels soient définis dans une documentation juridique solide.

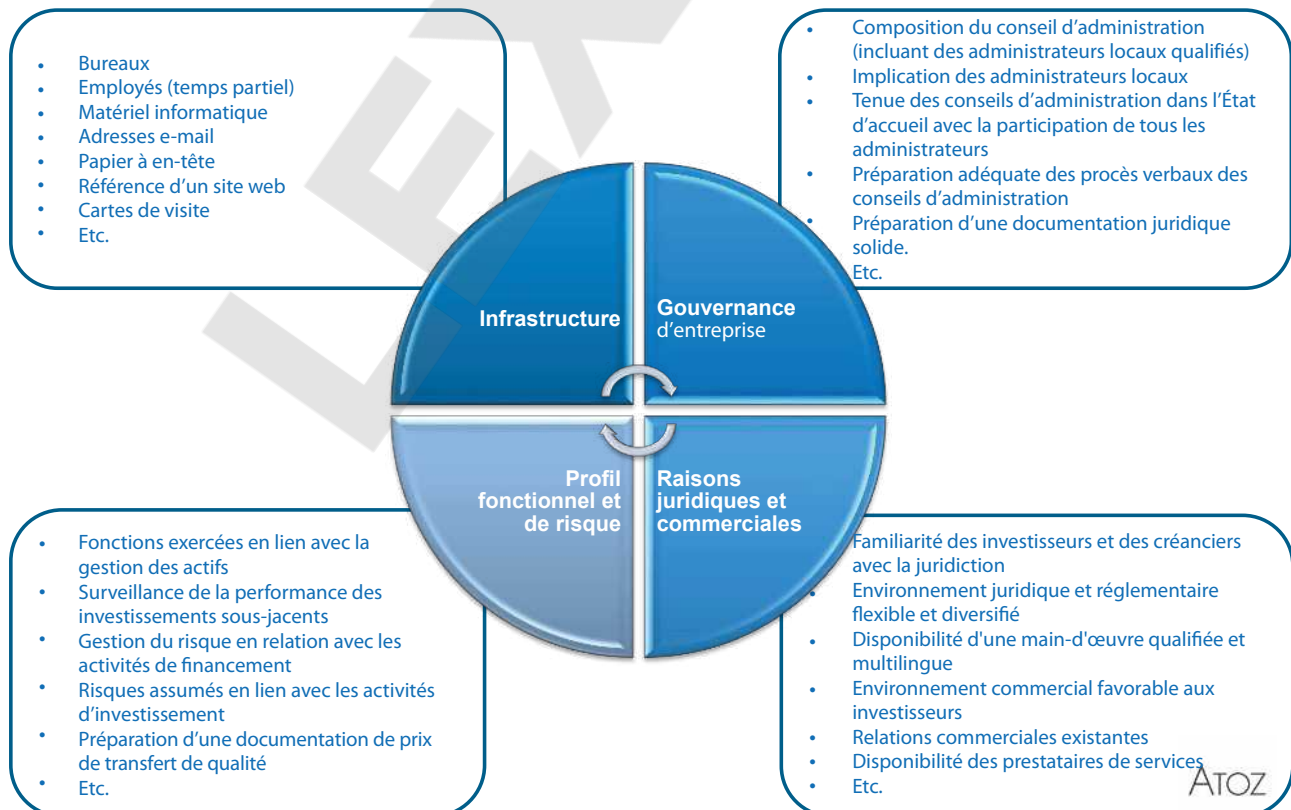
Le « profil fonctionnel et de risque » des sociétés peut varier d'une société à l'autre. Les sociétés peuvent être amenées à exercer diverses fonctions et supportent différents types de risques liés à leurs investissements et à leurs activités commerciales. Les fonctions typiques des sociétés impliquées dans les activités d'investissement comprennent notamment la surveillance et la gestion des investissements, les flux de trésorerie et les risques liés aux investissements, l'analyse des opportunités d'investissement, la rédaction ou la revue de la documentation juridique, la tenue des livres et comptes et la préparation des rapports financiers et des déclarations fiscales.

De plus, les sociétés peuvent être amenées à fournir des services administratifs ainsi que d'autres services aux sociétés du groupe, exercer des fonctions de trésorerie ou

gérer des droits de propriété incorporelle. Lorsque certaines fonctions sont sous-traitées à des prestataires de services qualifiés ou à d'autres sociétés du groupe, il appartient aux dirigeants ou aux membres du personnel de la société de s'assurer de la bonne exécution de ces fonctions. Les fonctions exercées et les risques assumés par les sociétés en ce qui concerne les transactions intra-groupes significatives doivent être analysés dans une documentation de prix de transfert rigoureuse au moment de la détermination du prix de pleine concurrence.

Un dernier élément constitutif de la substance concerne les « raisons commerciales et juridiques » motivant l'établissement d'activités commerciales dans une certaine juridiction. Cela concerne d'une part les caractéristiques liées au lieu d'implantation, telles qu'un environnement juridique et réglementaire flexible et diversifié, la disponibilité d'une main-d'œuvre qualifiée et multilingue, un environnement commercial favorable aux investisseurs ainsi que la stabilité politique et financière. D'autre part, cela concerne des aspects particuliers tels que les relations commerciales existantes, la familiarité des investisseurs et des créanciers avec l'État de résidence de l'entité, l'expérience du système juridique et réglementaire et, éventuellement, la substance existante.

Le schéma ci-dessous décrit les différentes dimensions de la substance :



2.3. Comment définir le niveau approprié de substance ?

Lorsque les sociétés réalisent des investissements et des activités commerciales transfrontalières, elles doivent se doter d'un niveau de substance approprié afin d'atténuer les risques fiscaux. Toutefois, il n'existe pas d'approche unique pouvant être appliquée à toutes les situations. Au contraire, le niveau adéquat de substance doit être adapté à chaque cas individuel.

Un certain nombre de facteurs doivent être pris en compte pour déterminer le niveau de substance approprié, tels que :

- le type d'investissement ou d'activité : si certaines activités nécessitent un niveau de substance important, d'autres peuvent être gérées avec un niveau de substance limité ;
- l'ampleur des activités : le besoin de substance dépend également du nombre de transactions et des risques y associés ;
- les éléments de revenus qui seront réalisés : dans un contexte transfrontalier, les juridictions étrangères adoptent généralement une législation anti-abus dans les cas où une société non-résidente bénéficie d'un avantage fiscal (par exemple, une retenue à la source à un taux réduit ou nul). En l'absence d'avantage fiscal, il ne devrait pas y avoir d'exigences de substance excessive à des fins de fiscalité étrangère ;
- les juridictions concernées : alors que les autorités fiscales de certaines juridictions sont plus exigeantes en ce qui concerne la substance, les autorités fiscales d'autres juridictions ont des attentes plus raisonnables ;
- la stratégie d'investissement poursuivie : lorsque la stratégie d'investissement repose sur la réalisation d'éléments de revenu non assujettis à la fiscalité étrangère (par exemple, intérêts et plus-values), il ne devrait y avoir aucune exigence excessive de substance du point de vue de la fiscalité étrangère.

D'une manière générale, la substance d'une société doit être adéquate pour la gestion des activités commerciales exercées par la société. Il s'ensuit que plus la société exerce d'activités et plus le volume de ces activités est important, plus elle doit en principe avoir de substance. Cependant, la bonne gestion de certains actifs tels que

les participations, les prêts et les biens incorporels peut également être effectuée avec un niveau de substance limité. Le niveau de substance adéquat doit par conséquent être apprécié au cas par cas.

3. Les règles anti-abus et les obligations déclaratives existantes

Les exigences en matière de substance peuvent être issues d'un certain nombre de dispositions anti-abus mises en œuvre dans les législations fiscales nationales et les conventions fiscales bilatérales conclues par les États membres de l'UE. En outre, la substance peut être pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer les obligations potentielles de déclaration dans le cadre du régime de communication obligatoire introduit par la DAC 6.

3.1. Les règles anti-abus en droit fiscal interne

3.1.1. Aperçu général

De nombreux pays d'Europe et du monde entier ont adopté différents types de règles anti-abus dans leur législation fiscale nationale. La législation anti-abus comprend des règles qui vont de règles générales anti-abus (*general anti-abuse rules*, « GAAR ») à des dispositions visant des situations d'abus spécifiques. Ces règles ont en commun de subordonner, de manière générale, la reconnaissance de sociétés étrangères ou l'octroi d'avantages fiscaux à certaines conditions de substance.

3.1.2. Règles anti-chalandage de directives et de conventions fiscales

Les règles contre le chalandage de directives et de conventions préventives de double imposition permettent aux autorités fiscales de remettre en question l'application de taux de retenue à la source réduits ou nuls sur les dividendes, les paiements d'intérêts et les redevances – sur la base des directives de l'UE (c'est-à-dire la directive européenne concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales⁵, « DMF » et la directive européenne concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents⁶) ou sur la base des conventions fiscales – si le bénéficiaire du revenu ne remplit pas des conditions de substance spécifiques.⁷

5. Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents.

6. Directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents.

7. Cf. Oliver R. Hoor, « The Concept of Substance in a Post-BEPS World », Tax Notes International, 12 August 2019, p. 597.

Dans de nombreux cas, ces législations conditionnent l'application de taux de retenue à la source réduits ou nuls à la condition que le bénéficiaire du revenu en soit le bénéficiaire effectif.

3.1.3. Règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées

D'autres dispositions anti-abus pouvant constituer une source d'exigence de substance sont les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (« SEC »), qui visent à limiter l'utilisation de filiales établies sur un territoire à faible taux d'imposition (les « *base companies* ») pour réduire (ou du moins différer) l'imposition dans l'État de résidence de la société mère en transférant les revenus à la filiale⁸.

Les règles SEC ont été introduites dans les États membres de l'UE dans le cadre de la transposition de l'ATAD afin d'attribuer, sous certaines conditions, les revenus des filiales étrangères à faible imposition à leur société mère, que la filiale distribue ou non ces bénéfices.

3.1.4. Clause anti-abus générale

L'implication de sociétés étrangères peut en outre être contestée sur la base d'une clause anti-abus générale (« GAAR ») si les autorités fiscales peuvent démontrer qu'un investissement est simplement motivé par l'obtention d'avantages fiscaux ou si le choix d'instruments juridiques spécifiques constitue un abus de droit.⁹

La directive européenne établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale (ATAD) oblige les États membres de l'Union européenne à mettre en œuvre une GAAR au 1^{er} janvier 2019. Selon cette disposition, « les États membres ne prennent pas en compte un montage ou une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable, ne sont pas authentiques compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. » Ces montages sont considérés comme non authentiques dans la mesure où ils ne sont pas mis en place pour des motifs commerciaux valables reflétant la réalité économique.

3.2. Les règles anti-abus des conventions fiscales

3.2.1. Aperçu général

Les conventions fiscales peuvent contenir un certain nombre de dispositions anti-abus. Toutefois, les exigences en matière de substance peuvent principalement découler du PPT et de la notion de bénéficiaire effectif.

3.2.2. Le critère de l'objet principal (*Principal purposes test*, « PPT »)

Selon le PPT, un avantage au titre d'une convention préventive de la double imposition¹⁰ ne sera pas accordé s'il est raisonnable de conclure que l'obtention de cet avantage était l'un des objectifs principaux d'un montage ou d'une transaction, à moins que le contribuable soit en mesure d'établir que l'octroi de cet avantage serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la convention¹¹.

Le PPT a été développé dans le cadre des travaux de l'OCDE sur l'action 6 du projet BEPS, qui visait les abus apparents des conventions fiscales. Le PPT figure au paragraphe 9 de l'article 29 de la version 2017 du Modèle de Convention Fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune (« Modèle OCDE ») et faisait partie de la norme minimale de l'instrument multilatéral (le « MLI ») résultant des travaux de l'OCDE sur l'action 15 du projet BEPS ayant pour objet la mise en œuvre rapide des mesures BEPS liées aux conventions fiscales, telles que le PPT.

Selon les indications de l'OCDE, le PPT requiert une analyse approfondie de tous les faits et circonstances de chaque cas afin de déterminer si l'obtention de l'avantage constituait une considération principale et aurait justifié la conclusion d'un accord ou d'une transaction ayant entraîné l'avantage. Ainsi, les autorités fiscales ne devraient pas pouvoir aisément conclure que l'un des objectifs principaux était d'obtenir des avantages en vertu d'une convention fiscale. La substance est également un élément à prendre en compte pour analyser si le PPT est respecté ou non.

8. Cf. Oliver R. Hoor, « Luxembourg's New CFC Rules », *Tax Notes International*, 29 April 2019, p. 419.

9. Cf. Oliver R. Hoor, « Transformation of the Luxembourg tax environment towards the post-BEPS era », *Legitech*, 2021, p. 185.

10. L'expression « avantage » recouvre toutes les formes de limitation (réduction, exonération, report ou remboursement de l'impôt) de l'imposition applicable à l'État de source au titre des art. 6 à 22 de la Convention, l'élimination de la double imposition prévue à l'art. 23 et la protection assurée aux résidents

et aux nationaux d'un État contractant au titre de l'art. 24 ainsi que toute autre limitation similaire ; cf. Paragraphe 175 des commentaires de l'art. 29 du Modèle OCDE.

11. Cf. Oliver R. Hoor, « Transformation of the Luxembourg tax environment towards the post-BEPS era », *Legitech*, 2021, p. 245, 273 ; cf. Oliver R. Hoor, Keith O'Donnell, « Luxembourg: Impact of the PPT on Alternative Investments », *Tax Planning International*, *Bloomberg Tax*, January 2018, p. 2.

3.2.3. Le concept de bénéficiaire effectif

La notion de « bénéficiaire effectif » joue un rôle de premier plan dans le contexte des conventions fiscales. En substance, le concept de « bénéficiaire effectif » est une règle anti-abus conçue pour empêcher le chalandage fiscal par les agents, les mandataires ou les sociétés relais, au profit d'un résident d'un État tiers en lien avec des revenus tels que les dividendes, les intérêts et les redevances¹².

Plus précisément, lorsque des dividendes, des intérêts ou des redevances provenant d'un État contractant sont payés à un résident de l'autre État contractant, le droit d'imposition de l'État de source est généralement limité à un certain pourcentage du montant brut¹³, voire est exclu (par exemple, dans le cas des redevances¹⁴).

Cependant, les conventions fiscales stipulent généralement que la personne qui revendique les avantages de la convention (à savoir, un taux de retenue à la source réduit ou nul dans l'État de source) doit être le bénéficiaire effectif des dividendes, des intérêts ou des redevances. Ainsi, l'État de source n'est pas tenu d'accorder les avantages prévus aux articles 10 (2), 11 (2) et 12 (1) du Modèle OCDE du seul fait que le revenu est perçu par un résident de l'autre État contractant. Au lieu de cela, le bénéficiaire doit être le « bénéficiaire effectif » de ce revenu.¹⁵

Selon les indications fournies dans les commentaires du Modèle OCDE, le terme bénéficiaire effectif ne doit pas être utilisé dans un sens technique et étroit, mais doit être interprété dans son contexte et à la lumière de l'objet et de la finalité de la convention fiscale, y compris la prévention de la double imposition et la prévention de l'évasion et de la fraude fiscales¹⁶.

Par conséquent, il convient de vérifier si le bénéficiaire du revenu est assujéti à l'impôt sur le revenu. Il importe peu que le revenu soit réellement imposé ou non, et ce critère doit être rempli dès lors que le contribuable est soumis à l'impôt sur le revenu, quelles que soient les exonérations applicables (par exemple, le régime d'exemption des participations dans le cas de dividendes) ou les pertes fiscales reportées disponibles.¹⁷

3.3. Le régime de communication obligatoire (DAC 6)

Suivant le régime de communication obligatoire (« RCO ») introduit par la DAC 6, les intermédiaires fiscaux tels que les conseillers fiscaux, les comptables et les avocats qui conçoivent, promeuvent ou apportent leur assistance concernant certains dispositifs transfrontières doivent déclarer ceux-ci auprès des autorités fiscales.

Depuis l'introduction du RCO, l'analyse des obligations déclaratives potentielles fait partie intégrante de toute analyse fiscale.

Le RCO fonctionne par le biais d'un système de marqueurs qui peuvent engendrer des obligations déclaratives et du critère de l'avantage principal (« CAP ») qui sert de condition de seuil pour la plupart de ces marqueurs. En tant que tel, le CAP devrait permettre de filtrer les déclarations non pertinentes et d'accroître l'utilité des informations collectées dans la mesure où l'accent est mis sur les dispositifs les plus susceptibles de présenter un risque d'évasion fiscale.

Lorsque l'on doit analyser si, par exemple, un avis relatif à un dispositif particulier doit faire l'objet d'une déclaration en vertu du RCO, il faut tout d'abord déterminer si le dispositif a une dimension transfrontière. C'est le cas lorsqu'un dispositif concerne plusieurs États membres de l'UE ou un État membre de l'UE et un pays tiers.

Les dispositifs transfrontières peuvent être soumis à déclaration s'ils contiennent au moins un des marqueurs listés à l'Annexe de la DAC 6. Ces marqueurs décrivent des caractéristiques ou particularités des dispositifs transfrontières susceptibles de présenter une indication de risque potentiel d'évasion fiscale.

Lorsque l'on est en présence d'au moins un de ces marqueurs, il faut alors vérifier si le marqueur est soumis au CAP. Si tel n'est pas le cas, il y a une obligation automatique de déclaration en vertu du RCO. Lorsque le marqueur est soumis au CAP, il est nécessaire d'effectuer une analyse complète de tous les faits et circonstances pertinents afin de déterminer si l'avantage ou l'un des avantages principaux du dispositif était l'obtention d'un avantage fiscal.

12. Cf. Oliver R. Hoor, « Transformation of the Luxembourg tax environment towards the post-BEPS era », Legitech, 2021, p. 246 ; cf. Oliver R. Hoor, « The OECD Model Tax Convention – A comprehensive technical analysis », Legitech, Luxembourg 2015, p. 73.

13. Art. 10 (2) et 11 (2) du Modèle OCDE.

14. L'Art. 12 (1) du Modèle OCDE alloue un droit d'imposition exclusif à l'État de résidence du bénéficiaire.

15. Cf. Oliver R. Hoor, « The OECD Model Tax Convention – A comprehensive technical analysis », Legitech, Luxembourg 2015, p. 73 ; cf. Philip Baker, « Double Taxation Conventions and International Tax Law – A Manual on the

OECD Model Tax Convention on Income and on Capital of 1992 », 2nd édition, Sweet & Maxwell, London 1994, p. 91.

16. Cf. Paragraphe 12.1 du Commentaire relatif à l'Art. 10, Paragraphe 10 du Commentaire relatif à l'Art. 11 et Paragraphe 4.1. du Commentaire relatif à l'Art. 12 du Modèle OCDE.

17. Lorsque les agents, les actionnaires désignés (« *nominees* ») ou les sociétés intermédiaires ne sont pas traités comme le propriétaire du revenu à des fins fiscales dans leur État de résidence, aucune double imposition ne devrait se produire en ce qui concerne cet élément de revenu.

À cet égard, il est également nécessaire d'analyser la substance des entités concernées. Lorsqu'une entité peut être qualifiée de montage purement artificiel (voir III.2.5.2 ci-dessous), il est très probable que le CAP soit rempli et qu'une déclaration devra être faite auprès des autorités fiscales qui partageront ensuite les informations reçues par le biais d'une base de données centrale accessible aux autorités fiscales de tous les États membres de l'UE.

4. Considérations relatives à la base légale de la Proposition de Directive

4.1. Remarques préliminaires

Alors que les États membres disposent déjà, en vertu de leur législation fiscale nationale et des conventions fiscales applicables, d'une série de dispositions anti-abus leur permettant de remettre en cause les entités dépourvues de substance, la Commission européenne déclare dans l'exposé des motifs de la Proposition de Directive que « les instruments fiscaux existants au niveau de l'UE ne contiennent pas de dispositions explicites ciblant les entités écrans »¹⁸. Compte tenu de cette perception erronée (puisque l'analyse de nombreuses mesures anti-abus existantes nécessite déjà une analyse de la substance des entités), la question se pose de savoir si la Commission européenne dispose même d'une base légale qui puisse fonder son action.

4.2. Fraude et évasion fiscales

L'exposé des motifs de la Proposition de Directive indique que « les entités juridiques qui n'ont pas de substance ni d'activité économique minimales continuent de présenter un risque d'être utilisées à des fins fiscales abusives, telles que la fraude et l'évasion fiscale ». Cependant, cette affirmation est-elle réellement correcte ?

La fraude fiscale implique un comportement intentionnel et frauduleux visant à éluder l'impôt par des moyens illégaux. Dans ce cas, les contribuables déforment ou dissimulent délibérément la situation réelle de leurs affaires aux autorités fiscales afin de réduire l'impôt à payer. Parmi les exemples de fraude fiscale, citons les déclarations fiscales malhonnêtes¹⁹, les transactions fictives visant à réduire les paiements d'impôts et les manipulations des prix de transfert. La fraude fiscale implique une violation de la loi et peut donc être combattue par l'application de la loi existante (une fois découverte par les autorités fiscales compétentes).

Un manque de substance ne devrait généralement pas donner lieu à une fraude fiscale car les contribuables doivent déjà être totalement transparents sur les faits et les circonstances et un manque de substance peut déjà donner lieu à des contestations au titre de la législation anti-abus.

L'expression « planification fiscale agressive » (dont la signification devrait correspondre à celle de l'expression « évasion fiscale » au sens de *tax avoidance*, telle qu'utilisée dans la Proposition de Directive) a été définie dans la recommandation de la Commission du 6 décembre 2012 relative à la planification fiscale agressive (2012/772/UE) comme suit : « La planification fiscale agressive consiste à tirer parti des subtilités d'un système fiscal ou des incohérences entre deux ou plusieurs systèmes fiscaux afin de réduire l'impôt à payer. Elle peut prendre de multiples formes. Parmi les conséquences de cette pratique, on peut citer les doubles déductions (par exemple, la même perte est déduite à la fois dans l'État de la source et dans l'État de résidence) et la double non-imposition (par exemple, des revenus qui ne sont pas imposés dans l'État de la source sont exonérés dans l'État de résidence). »

Dès lors, on se trouve en présence d'une planification fiscale agressive (ou d'une évasion fiscale) dans les deux situations suivantes :

- (i) Le contribuable tire parti des subtilités d'un système fiscal ; ou
- (ii) Le contribuable tire parti des incohérences entre deux ou plusieurs systèmes fiscaux.

Les deux situations ont comme point commun que le traitement fiscal ne correspond pas à l'intention du législateur.

À contrario, le traitement fiscal d'un dispositif est conforme à l'intention du législateur lorsque le dispositif repose sur l'application d'une loi fiscale explicite (qui est l'expression de l'intention du législateur) ou, dans un contexte transfrontalier, lorsqu'il ne tire pas profit des disparités entre les systèmes fiscaux de deux ou plusieurs juridictions.

La transposition des deux directives européennes contre l'évasion fiscale, l'ATAD et l'ATAD 2, a entraîné l'adoption par les États membres de l'UE des législations anti-abus suivantes :

- a) règles de limitation des intérêts ;
- b) règles relative aux sociétés étrangères contrôlées ;

18. Cf. page 2 de la Proposition de Directive.

19. Par exemple, la non-déclaration ou la « sous-déclaration » des revenus ou la surestimation des dépenses.

- c) règles d'imposition à la sortie ;
- d) clause anti-abus générale ; et
- e) règles relatives aux dispositifs hybrides.

Les mesures anti-abus spéciales a) – c) ciblent les apparentes vulnérabilités des législations fiscales nationales et ont abouti à une harmonisation substantielle des législations fiscales des États membres de l'UE.

En ce qui concerne la planification fiscale agressive, la GAAR permet aux autorités fiscales de s'attaquer aux montages non authentiques qui tirent profit de la technicité de la législation fiscale applicable, tandis que les règles relatives aux dispositifs hybrides éliminent les asymétries dans les conséquences fiscales (double déduction et déduction sans inclusion) qui résultent d'asymétries entre les systèmes fiscaux de deux ou plusieurs juridictions.

Par conséquent, la transposition des directives contre l'évasion fiscale a pratiquement supprimé la possibilité de recourir à des stratégies de planification fiscale agressive et a conféré aux administrations fiscales des pouvoirs étendus leur permettant de mettre à mal les contribuables. Les administrations fiscales ne peuvent toutefois remettre en cause l'existence d'une entité étrangère pour des raisons de substance que s'il peut être établi que cette entité constitue un montage purement artificiel.²⁰

Par conséquent, les entités qui n'ont pas un niveau de substance approprié ne devraient pas pouvoir donner lieu à une fraude ou évasion fiscale car un traitement fiscal qui va à l'encontre de l'intention du législateur peut déjà être remis en cause sur la base des règles anti-abus existantes.

4.3. Réactions à la consultation publique

Une consultation publique a été lancée le 4 juin 2021 sur une initiative visant à lutter contre l'utilisation d'entités écrans et de montages fictifs à des fins fiscales. La Commission européenne a invité les parties intéressées à faire part de leur point de vue dans un questionnaire reposant essentiellement sur des questions à choix multiples. La consultation a été clôturée le 27 août 2021 avec un total de 50 réponses.

Selon l'exposé des motifs de la Proposition de Directive, « tous les répondants reconnaissent que, malgré les récentes mesures de lutte contre l'évasion fiscale prises

par l'Union, le problème de l'évasion et de la fraude fiscales persiste, notamment en raison de l'utilisation abusive d'entités écrans. » Les auteurs ayant participé à la préparation de plusieurs des réponses d'associations professionnelles, il convient de préciser que cette affirmation est, pour le moins, une déformation de la réalité.

Un autre indicateur que cette affirmation de position unanime sur la question est incorrecte pourrait être trouvé dans la reconnaissance du fait que 33 répondants (en particulier, les associations commerciales et professionnelles) ont fourni une contribution étendue qui va au-delà des questions de la consultation. En effet, étant donné la valeur informative limitée de réponses à des questions à choix multiples, il a été nécessaire de fournir une contribution plus significative par le biais d'une annexe au questionnaire.

Il est intéressant de noter que l'une des questions du questionnaire laissait entendre que la Commission ne savait même pas si les entités dites « écrans » posaient réellement un problème. Plus précisément, il a été indiqué que la boîte à outils de l'UE pour lutter contre l'évasion fiscale a été récemment améliorée et que de nouveaux outils sont entrés en vigueur à partir de 2019 et 2020. À cet égard, les parties intéressées devaient choisir entre l'une des deux affirmations suivantes :

- l'impact des nouvelles mesures n'est pas encore quantifiable. L'UE devrait attendre que l'impact des mesures existantes soit mesurable avant de prendre de nouvelles mesures pour lutter contre l'évasion fiscale, et
- si l'impact des nouvelles mesures n'est pas encore quantifiable, il existe une marge d'amélioration. L'UE devrait prendre des mesures pour compléter le cadre existant dès que possible.²¹

Étant donné que la Commission européenne affirme que l'impact des nouvelles mesures n'est pas encore quantifiable, il est difficile de comprendre comment la Commission pourrait arriver à la conclusion qu'il est nécessaire de prendre des mesures additionnelles.

Même la définition d'entité « écran » ou « boîte aux lettres » comme « entité ayant peu ou pas de substance dans son lieu d'établissement ou ailleurs » ne semble pas claire pour la Commission européenne puisque les participants pouvaient (au choix) être ou non d'accord avec cette définition. En outre, dans le contexte de l'UE, une définition de la substance minimale doit tenir compte de la doctrine du « montage purement artificiel » élaborée

20. Cf. section III. 2.5.2. de cet article.

21. Cf. question 3.2. du questionnaire.

par la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE »), qui exige que les sociétés aient une substance appropriée.²²

4.4. Base légale de l'initiative de la Commission

La législation sur la fiscalité directe relève de l'article 115 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE ») selon lequel les mesures législatives prises en vertu de cet article revêtent la forme juridique d'une directive. Toutefois, les compétences de l'UE sont régies et limitées par les principes de subsidiarité et de proportionnalité.

Le principe de subsidiarité

La signification et la finalité générales du principe de subsidiarité résident dans l'octroi d'un certain degré d'indépendance à une autorité subordonnée vis-à-vis d'une autorité de niveau supérieur, notamment d'une autorité locale envers le pouvoir central. Il y va donc du partage des compétences entre les divers échelons de pouvoir, principe qui constitue le fondement institutionnel des États ayant une structure fédérale.

Appliqué dans le cadre de l'Union, le principe de subsidiarité sert de critère régulateur de l'exercice des compétences non exclusives de l'Union. Il exclut l'intervention de l'Union lorsqu'une question peut être réglée efficacement par les États membres eux-mêmes au niveau central, régional ou local. Il ne légitime l'exercice par l'Union de ses pouvoirs que lorsque les États membres ne sont pas en mesure de réaliser les objectifs d'une action envisagée de manière satisfaisante et que l'action au niveau de l'Union peut apporter une valeur ajoutée.

À cet égard, il est prétendu dans l'exposé des motifs que « Les règles de la présente directive visent à lutter contre les pratiques d'évasion et de fraude fiscales transfrontières et à fournir un cadre commun à transposer dans le droit national des États membres d'une manière coordonnée. Ces objectifs ne peuvent pas être atteints de manière satisfaisante au moyen d'actions entreprises par chaque État membre agissant seul. »²³

Le principe de proportionnalité

Les mesures envisagées par la Proposition de Directive doivent de même être conformes au principe de proportionnalité. En vertu de ce principe, la Proposition de Directive ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour

atteindre le niveau requis de protection du marché intérieur.

Evaluation de ces principes

La Commission européenne ne dispose d'une base juridique suivant l'article 115 du TFUE que dans la mesure où la Proposition de Directive adhère aux principes de subsidiarité et de proportionnalité.

Cependant, l'action de la Commission ne devrait pas pouvoir être considérée comme conforme au principe de subsidiarité car les États membres disposent déjà de tous les moyens leur permettant de remettre en cause les entités qui manquent de substance conformément à la législation anti-abus existante en vertu du droit fiscal interne et des conventions fiscales applicables. Cela est d'autant plus évident si l'on considère que les conséquences fiscales de la qualification d'entité écran dans le cadre du régime proposé seraient assez similaires à celles prévues par les règles anti-abus existantes (voir chapitre III. 3.). La Commission a reconnu elle-même dans le questionnaire que l'impact des mesures adoptées en 2019 et 2020 ne pouvait encore être quantifié. Sur cette base, il semble que la Commission va un peu loin lorsqu'elle conclut qu'il est nécessaire d'agir au niveau de l'UE.

Cela nous amène directement à la question de savoir si la Proposition de Directive de la Commission européenne respecte le principe de proportionnalité. Il semble pour le moins douteux que le régime proposé, qui s'appliquerait à toutes les entités considérées comme résidentes fiscales et pouvant recevoir un certificat de résidence fiscale dans un État membre, soit proportionné au problème potentiel.

Étant donné que la Commission n'est pas en mesure d'établir que les entités dépourvues de la substance appropriée représentent toujours un problème important et que l'initiative actuelle n'est pas conforme aux principes de subsidiarité et de proportionnalité, la Commission ne devrait pas être autorisée à intervenir.

III. ANALYSE DU RÉGIME PROPOSÉ

I. Aperçu

La Proposition de Directive s'applique à toutes les entreprises qui sont considérées comme des résidents fiscaux et qui sont susceptibles de recevoir un certificat de résidence fiscale dans un État membre, quelles que soient

22. Cf. III. 2.5.2 ci-dessous.

23. Cf. page 3 de l'exposé des motifs de la Proposition de Directive.

leurs formes juridiques. L'identification des entités écrans dans le cadre du régime proposé implique une série de tests et peut, dans certains cas, nécessiter une analyse détaillée.

Toutefois, seules les entités qui répondent à certains critères d'entrée (*gateway criteria*, les « Critères d'Entrée ») sont tenues de faire état d'indicateurs spécifiques de substance minimale dans leurs déclarations fiscales. Lorsqu'une entité satisfait à tous ces indicateurs, il y aura une présomption que l'entité dispose d'une substance minimale. Dans le cas contraire, il y aura une présomption réfragable que l'entité ne dispose pas d'une substance minimale et qu'elle constitue dès lors une entité écran.

Le régime proposé impose en outre aux États membres l'obligation d'échanger, en temps utile, des informations complètes sur les entités soumises à déclaration et sur les entités qui renversent la présomption en vertu de laquelle le niveau minimum de substance n'est pas atteint ou qui sont exemptées des obligations prévues par la Proposition de Directive.

La qualification d'entité écran aurait des conséquences (fiscales) considérables dans l'État de résidence de l'entité comme dans les autres États membres concernés.

2. Identification des entités écrans

2.1. Remarques préliminaires

Afin de déterminer si une entité est une entité écran selon le régime proposé, il convient d'abord d'analyser si l'entité fait partie des entreprises exclues expressément (*carve-outs*) et donc dispensées des obligations de déclaration.

Ensuite, une entité ne peut être soumise à des obligations de déclaration en vertu du régime proposé que si elle remplit cumulativement trois Critères d'Entrée. Lorsque ces trois critères sont remplis, l'entité doit alors mentionner et documenter dans sa déclaration d'impôt sur les sociétés des indicateurs spécifiques de substance minimale.

Lorsque tous ces indicateurs de substance minimale sont remplis et correctement documentés, l'entité est réputée ne pas être une entité écran. Dans le cas contraire, il existe une présomption réfragable que l'entité est une entité écran. Dans un tel cas, l'entité a alors la possibilité de prouver au cas par cas qu'elle ne constitue pas un dispositif purement artificiel.

Alternativement, une entité peut demander à être exonérée des obligations de déclaration s'il peut être établi

que l'entité ne réduit pas la charge fiscale de son ou ses bénéficiaires effectifs ou du groupe dans son ensemble.

2.2. Entreprises dispensées des obligations déclaratives

Le régime proposé prévoit un certain nombre de dérogations pour certaines entités qui ne sont pas soumises aux obligations de déclarations prévues par la Proposition de Directive. Selon la Proposition, les activités de ces entreprises sont soumises à un niveau de transparence adéquat et ne présentent donc pas de risque de manque de substance à des fins fiscales.

La dérogation s'applique aux entités suivantes :

- (a) les entreprises dont une valeur mobilière est admise à la négociation ou cotée sur un marché réglementé ou un système multilatéral de négociation au sens de la Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil ;
- (b) les entreprises financières réglementées suivantes :
 - un établissement de crédit au sens de l'article 4(1), point (1), du Règlement (UE) No 575/2013 du Parlement européen et du Conseil ;
 - une entreprise d'investissement au sens de l'article 4(1), point (1), de la Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil ;
 - un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4(1), point (b), de la Directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil, y compris un gestionnaire d'EuVECA visé par le Règlement (UE) No 345/2013 du Parlement européen et du Conseil, un gestionnaire d'EuSEF visé par le Règlement (UE) No 346/2013 du Parlement européen et du Conseil et un gestionnaire d'ELTIF visé par le Règlement (UE) 2015/760 du Parlement européen et du Conseil ;
 - la société de gestion d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) au sens de l'article 2 (1), point (b), de la Directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil ;
 - une entreprise d'assurance au sens de l'article 13, point (1), de la Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil ;
 - une entreprise de réassurance au sens de l'article 13, point (4), de la Directive 2009/138/CE ;
 - une institution de retraite professionnelle au sens de l'article 1, point (6), de la Directive 2016/2341 du Parlement européen et du Conseil ;
 - les institutions de retraite gérant des régimes de retraite qui sont considérés comme des régimes

de sécurité sociale relevant du règlement (CE) No 883/2004 du Parlement européen et du Conseil et du Règlement (CE) No 987/2009 du Parlement européen et du Conseil, ainsi que toute entité juridique créée aux fins d'investissements de tels régimes ;

- un fonds d'investissement alternatif (FIA) géré par un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1, point b), de la Directive 2011/61/UE ou un FIA supervisé en vertu du droit national applicable ;
- les OPCVM au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la Directive 2009/65/CE ;
- une contrepartie centrale au sens de l'article 2, point 1), du Règlement (UE) No 648/2012 du Parlement européen et du Conseil ;
- un dépositaire central de titres au sens de l'article, paragraphe 1^{er}, point 1), du Règlement (UE) No 909/2014 du Parlement européen et du Conseil ;
- un véhicule de titrisation de l'assurance ou de la réassurance agréé conformément à l'article 211 de la Directive 2009/138/CE ;
- une entité de titrisation au sens de l'article 2, point (2), du Règlement (UE) No 2017/2402 du Parlement européen et du Conseil ;
- une société holding d'assurance au sens de l'article 212 (1), point (f), de la Directive 2009/138/CE ou une compagnie financière holding mixte au sens de l'article 212(1), point (h), de la Directive 2009/138/CE, qui fait partie d'un groupe d'assurance soumis à un contrôle au niveau du groupe conformément à l'Article 213 de cette Directive et qui n'est pas exemptée du contrôle de groupe conformément à l'Article 214(2) de la Directive 2009/138/CE ;
- un établissement de paiement au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, point (d) de la Directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil ;
- un établissement de monnaie électronique au sens de l'article 2, point (1) de la Directive 2009/110/CE du Parlement européen et du Conseil ;
- un prestataire de services de financement participatif au sens de l'Article 2(1) point (e) du Règlement (UE) 2020/1503 du Parlement européen et du Conseil ;
- un prestataire de services sur crypto-actifs au sens de l'article 3(1), point (8), de [la proposition de

Règlement du Parlement Européen et du Conseil sur les marchés de crypto-actifs, et modifiant la Directive (UE) 2019/1937] lorsqu'il fournit un ou plusieurs services sur crypto-actifs au sens de l'article 3(1), point (9), de [la proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil sur les marchés de crypto-actifs, et modifiant la Directive (UE) 2019/1937].

Cependant, la plupart de ces entreprises financières réglementées ont généralement des ressources propres d'une importance telle que celles-ci sont loin de remplir les critères justifiant une qualification d'entité écran.

- (c) les entreprises dont l'activité principale consiste à détenir des parts dans des entreprises opérationnelles dans le même État membre, alors que leurs bénéficiaires effectifs sont également résidents fiscaux dans le même État membre ;

Dans ces circonstances, la société holding ne peut généralement pas obtenir les avantages que les bénéficiaires effectifs peuvent obtenir en leur propre qualité. Par conséquent, la société holding ne devrait pas présenter de risque pour la base d'imposition d'un État membre qui est l'État de résidence des entreprises opérationnelles, de la société holding et des bénéficiaires effectifs.

- (d) les entreprises poursuivant des activités de holding qui ont leur résidence fiscale dans le même État membre que l'actionnaire ou les actionnaires de l'entreprise ou l'entité mère ultime au sens de l'annexe III, section I, point 7, de la Directive 2011/16/UE ;

Dans ce cas, l'entité exerçant des activités de holding ne devrait généralement pas obtenir d'avantages que le ou les actionnaires de l'entité ou l'entité mère ultime ne pourraient pas obtenir en leur propre qualité. Par conséquent, ces entités ne devraient pas présenter de risques.

- (e) les entreprises employant au moins cinq salariés ou membres du personnel équivalents temps plein qui exercent exclusivement les activités générant les revenus pertinents²⁴.

Le critère des cinq employés en équivalent temps plein semble s'appliquer au niveau de l'entité plutôt qu'au niveau du groupe. Toutefois, étant donné que dans un contexte européen, il est légitime qu'une entité puisse se reposer sur l'infrastructure d'autres entités du même groupe résidant dans le même État membre, il serait raisonnable d'étendre cette dérogation à au moins cinq employés propres en équivalent temps plein dans un État

24. Cf. III.2.3.2. ci-dessous.

membre au niveau du groupe. Dans le cas spécifique des investissements alternatifs, il serait également raisonnable d'appliquer le critère des cinq employés en équivalent temps plein au niveau du gestionnaire d'actifs. Enfin, on peut se demander si le nombre minimum de cinq employés en équivalent temps plein n'est pas excessif et ne représente pas un niveau de substance artificiellement élevé.

2.3. Les critères d'entrée

2.3.1. Aperçu

La Proposition de Directive prévoit trois critères (les « Critères d'Entrée »)²⁵ qui sont relatifs à (i) certaines catégories de revenus (les « Revenus Pertinents »), (ii) aux activités transfrontières et (iii) à la gestion des opérations courantes et à la prise de décision sur des fonctions importantes. C'est seulement si ces trois Critères d'Entrée sont remplis cumulativement que l'entité sera tenue d'inclure dans sa déclaration fiscale des informations relatives à sa substance (indicateurs de substance). Ces critères constituent des « passerelles ».

2.3.2. Réalisation de Revenus Pertinents

Le premier Critère D'Entrée concerne le type de revenu généré par l'entité. Le critère des Revenus Pertinents est rempli si plus de 75 % des recettes de l'entreprise au cours des deux années fiscales précédentes constituent des Revenus Pertinents.

Sont considérés comme des Revenus Pertinents²⁶ les revenus suivants :

- (a) les intérêts et tout autre revenu généré par des actifs financiers, y compris les crypto-actifs (tels que définis à l'Article 3(1), point 2 de la Proposition de Règlement du Parlement et du Conseil sur les marchés de crypto-actifs, et modifiant la Directive (UE) 2019/1937 ;
- (b) les redevances ou tout autre revenu provenant de la propriété intellectuelle, d'actifs incorporels ou de permis négociables ;
- (c) les dividendes et revenus provenant de la cession d'actions ;
- (d) les revenus provenant de crédits-bails ;
- (e) les revenus provenant de biens immobiliers ;

(f) les revenus provenant de biens mobiliers, autres que les espèces, actions ou les titres, détenus à des fins privées et d'une valeur comptable supérieure à un million d'euros ;

(g) les revenus provenant d'activités d'assurance, bancaire ou d'autres activités financières ;

(h) les revenus provenant de services que l'entreprise a externalisés à d'autres entreprises associées.

En ce qui concerne les revenus relevant des catégories e) et f), le critère de Revenu Pertinent sera réputé satisfait si la valeur comptable de ces actifs représente plus de 75 % de la valeur comptable totale des actifs de l'entité, peu importe que ces actifs aient généré ou non des revenus.

De même, lorsqu'une entité détient des participations, le critère du Revenu Pertinent est rempli si la valeur comptable de ces actifs est supérieure à 75 % de la valeur comptable totale des actifs de l'entité, peu importe que ces actifs aient généré ou non des revenus.

2.3.3. Entreprise exerçant une activité transfrontière

Le deuxième Critère d'Entrée est rempli lorsque l'entité exerce une activité majoritairement transfrontière. Ce sera le cas si au moins 60 % des Revenus Pertinents de l'entité sont perçus ou versés au moyen de transactions transfrontières.

Ce critère doit porter exclusivement sur les actifs et les revenus correspondants ainsi que sur les activités commerciales exercées par l'entité. Les transactions transfrontières doivent inclure toutes les transactions génératrices de revenus, les investissements et les activités commerciales dans lesquelles des contreparties étrangères sont impliquées, y compris la détention d'actifs situés dans une juridiction étrangère.

En outre, dans le cas d'actifs susceptibles de générer des revenus relevant des catégories e) (revenus provenant de biens immobiliers) et f) (revenus provenant de certains biens mobiliers détenus à des fins privées), ce critère sera réputé satisfait si plus de 60 % de la valeur comptable des actifs de l'entité était située en dehors de l'État de résidence de l'entité au cours des deux années fiscales précédentes.

25. Art. 6 (1) de la Proposition de Directive.

26. Art. 4 de la Proposition de Directive.

2.3.4. Externalisation (outsourcing) des fonctions

Le troisième Critère d'Entrée concerne la gestion des opérations courantes de l'entité et la prise de décision relative aux fonctions importantes. Ce critère est rempli si l'entité a externalisé/sous-traité au cours des deux années fiscales précédentes (i) la gestion des opérations courantes et (ii) la prise de décision relative aux fonctions importantes. Il est important de noter que ce critère ne sera rempli que si les deux activités sont externalisées. En revanche, la simple externalisation d'une partie de la gestion des opérations courantes n'est pas suffisante pour que ce troisième Critère d'Entrée soit rempli.

Le considérant 5 de la Proposition de Directive indique que les entreprises qui ne disposent pas de ressources propres suffisantes ont tendance à faire appel à des prestataires de services tiers ou à conclure des accords pertinents avec des entreprises associées pour la fourniture de certains services d'administration, de gestion, de correspondance et de compliance juridique. La Proposition de Directive reconnaît toutefois que l'externalisation de certains services auxiliaires uniquement, tels que les services de comptabilité, alors que les activités principales restent au sein de l'entreprise, ne suffirait pas en soi pour qu'une entreprise remplisse cette condition.

Cependant, l'externalisation des opérations courantes à une entreprise associée (résidant dans la même juridiction) ou à des prestataires de services professionnels est légitime et ne devrait pas, en tant que telle, conduire à la conclusion qu'une entité ne dispose pas d'une substance appropriée. En outre, même lorsque certaines opérations courantes sont externalisées, les administrateurs de l'entité doivent superviser et examiner les services rendus à l'entité.

Afin de se conformer à la jurisprudence de la CJUE sur les exigences de substance dans le cadre de l'application de règles anti-abus, il convient de préciser que l'externalisation vers une entreprise associée résidant dans la même juridiction que l'entité ne devrait pas être considérée comme une « externalisation » au sens du troisième Critère d'Entrée.

Souvent, la prise de décision relative aux fonctions importantes n'est pas externalisée mais traitée en interne par les administrateurs de l'entité lors des réunions du conseil d'administration qui doivent se tenir dans l'État de résidence de l'entité. Les administrateurs sont les ressources propres de l'entité et le conseil d'administration est l'organe compétent pour prendre toutes les décisions impor-

tantes concernant les activités commerciales de l'entité, ses investissements, ses obligations de compliance, etc.

Néanmoins, l'utilisation du terme « externalisation » (*outsourcing*) entraîne une certaine insécurité juridique à cet égard. À titre d'exemple, il n'est pas clair si le recours à des administrateurs dits « indépendants », considéré comme une bonne pratique dans de nombreuses circonstances, constituerait une externalisation au sens de la Proposition de Directive. En outre, lorsqu'un administrateur indépendant offre des services d'administrateur par le biais d'une société créée à cet effet (par exemple, à des fins de gestion des risques), le contrat d'administrateur sera conclu entre la société de l'administrateur et l'entité. Toutefois, étant donné que la personne nommée au conseil d'administration de l'entité a l'obligation de remplir ce rôle de manière indépendante et qu'elle est soumise à une responsabilité personnelle importante en cas de faute ou de négligence (indépendamment des aspects contractuels), il semble logique de conclure que ces personnes devraient toujours être considérées comme des ressources propres de l'entité.

Une autre incertitude concerne l'expression « au cours des deux années fiscales précédentes » : faut-il comprendre que la Proposition de Directive vise toute externalisation/sous-traitance à n'importe quel moment au cours des deux années fiscales précédentes, ou vise-t-elle la situation dans laquelle les activités ont été externalisées de manière continue durant toute la période de deux ans ? Le bon sens voudrait que la réponse se situe quelque part entre ces deux interprétations extrêmes. Toutefois, à l'heure actuelle, la Proposition de Directive n'est pas claire à cet égard.

2.4. Indicateurs de substance minimale

2.4.1. Informations à déclarer dans la déclaration fiscale

Si une entité remplit cumulativement les trois Critères d'Entrée, elle devra indiquer dans sa déclaration d'impôt sur les sociétés annuelle si elle remplit les indicateurs de substance minimale²⁷ suivants :

- (a) l'entité possède ses propres locaux dans l'État membre, ou dispose de locaux réservés à son usage exclusif.

À première vue, cet indicateur semble trop restrictif car, pour que des locaux puissent être considérés comme disponibles, il n'est pas nécessaire que la société en soit le

27. Art. 7 de la Proposition de Directive.

propriétaire ni qu'elle en ait une utilisation exclusive. En effet, en pratique, en fonction des exigences du cas spécifique, une entité peut être amenée à louer des locaux pour son usage exclusif, sur une base *ad hoc* (en cas de besoin d'espaces de bureaux ou de salles de réunion) ou utiliser les locaux d'autres sociétés du groupe résidant dans la même juridiction. Dans le contexte des investissements alternatifs, une société peut en outre se reposer sur les locaux du gestionnaire d'actifs. Une telle interprétation large de cet indicateur de substance serait conforme à la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE »), selon laquelle une entité peut légitimement avoir recours aux ressources et à l'infrastructure d'une entité du même groupe qui réside dans la même juridiction.²⁸

(b) l'entité dispose d'au moins un compte bancaire actif qui lui est propre dans l'UE ;

Si l'on peut s'attendre à ce que chaque entité dispose d'un compte bancaire auprès d'une banque dans un État membre, la question se pose de savoir ce que signifie « actif » au sens de cet indicateur. De l'avis des auteurs, un compte bancaire devrait être considéré comme actif lorsqu'il est opérationnel et utilisé par l'entité en cas de besoin.

(c) l'un des indicateurs suivants :

(i) Un ou plusieurs administrateurs de l'entreprise :

- sont résidents fiscaux dans l'État de résidence de l'entité, ou à une distance de cet État membre qui est compatible avec le bon exercice de leurs fonctions (par exemple, les frontaliers) ;
- sont qualifiés et autorisés à prendre des décisions en rapport avec les activités qui génèrent des Revenus Pertinents pour l'entreprise ou en rapport avec les actifs de l'entité ;
- utilisent régulièrement et de manière active et indépendante l'autorisation de prendre des décisions sur une base régulière ;
- ne sont pas des salariés d'une entreprise qui n'est pas une entreprise associée et n'exercent pas la fonction d'administrateur ou une fonction équivalente dans d'autres entreprises qui ne sont pas des entreprises associées.

Les trois premiers aspects de cet indicateur de substance ne devraient généralement pas poser problème, car il est

assez courant que les entités aient des administrateurs locaux qui doivent être suffisamment expérimentés et qualifiés pour cette fonction. Tous les administrateurs doivent en outre être activement impliqués dans le processus décisionnel, qui doit être correctement documenté (par exemple, dans les procès-verbaux des réunions du conseil d'administration, les mémos internes, la correspondance électronique).

Cependant, le dernier aspect de cet indicateur est problématique car des administrateurs qualifiés peuvent légitimement être nommés au conseil d'administration de plusieurs sociétés qui peuvent, ou non, faire partie du même groupe. Toutefois, compte tenu de la jurisprudence de la CJUE en matière de montages purement artificiels²⁹, une telle exigence ne serait pas conforme au droit communautaire.

(ii) la majorité des salariés équivalents temps plein de l'entreprise sont résidents fiscaux de l'État membre de l'entité, ou à une distance de cet État membre compatible avec le bon exercice de leurs fonctions (par exemple, les frontaliers), et ces salariés sont qualifiés pour exercer les activités qui génèrent des Revenus Pertinents pour l'entreprise.

Bien que cet indicateur de substance semble prendre en compte exclusivement les employés en équivalent temps plein de l'entité même, il serait judicieux de modifier la formulation afin d'inclure explicitement les employés des autres entités du groupe qui résident dans l'État de résidence de l'entité (ou qui sont des frontaliers). Dans le contexte des investissements alternatifs, il serait en outre raisonnable d'inclure les employés du gestionnaire d'actifs dans cette analyse.

Dans l'ensemble, ces indicateurs prédéterminés de substance minimale ne sont pas adaptés pour détecter un montage purement artificiel. En outre, la CJUE a expressément³⁰ indiqué que la législation anti-abus ne pouvait reposer sur des critères généraux prédéterminés, mais que ce n'était qu'au cas par cas que la substance d'une entité pouvait être considérée comme inappropriée au regard des activités exercées.

2.4.2. Documentation relative aux critères de substance à joindre à la déclaration fiscale

Les entités soumises à l'obligation de déclarer les critères de substance minimale doivent en outre joindre à leur

28. Quelques exemples incluent les décisions de la CJUE suivantes : 12 septembre 2006, *Cadbury-Schweppes*, Affaire C-196/04 ; 7 septembre 2017, *Eqium SAS*, Affaire C-6/16 ; 20 décembre 2017, *Deister Holding*, Affaire C-504/16 and *Juhler Holding*, Affaire C-613/16 ; 14 juin 2018, *GS*, Affaire C-440/17.

29. Cf. III. 2.5.2 ci-dessous.

30. Cf. III. 2.5.2 ci-dessous.

déclaration fiscale des éléments de preuve qui permettront de démontrer de façon satisfaisante que les critères de substance sont effectivement remplis³¹.

Les éléments de preuve à fournir doivent comprendre les informations suivantes :

- l'adresse et le type de locaux ;
- le montant des produits bruts et leur nature ;
- le montant des charges et leur nature ;
- le type d'activités exercées pour générer les Revenus Pertinents ;
- le nombre d'administrateurs, leurs qualifications, leurs habilitations et leur lieu de résidence à des fins fiscales ou le nombre d'employés équivalents temps plein exerçant les activités commerciales qui génèrent les Revenus Pertinents et leurs qualifications, leur lieu de résidence fiscale ;
- les activités externalisées/sous-traitées ;
- le numéro de compte bancaire, tout mandat accordé pour accéder au compte bancaire et pour utiliser ou émettre des instructions de paiement, ainsi que les preuves relatives à l'activité du compte.

2.4.3. Présomption de substance minimale à des fins fiscales

Les entités qui satisfont à tous les indicateurs de substance minimale et fournissent les éléments de preuves documentant cette substance, tels que définis dans la Proposition de Directive, sont réputées avoir une substance minimale pour cet exercice fiscal³². Comme mentionné ci-dessus, les indicateurs de substance minimale devront être interprétés de manière large afin d'être cohérents avec la jurisprudence pertinente de la CJUE. Dans un souci de sécurité juridique, il serait utile que la Commission puisse clarifier ce point.

En revanche, lorsqu'une entité ne remplit pas tous les indicateurs de substance minimale ou ne fournit pas des preuves appropriées justifiant cette substance, il y aura une présomption réfragable que l'entité est une entité écran qui manque de substance minimale.

2.5. Possibilité de renverser la présomption de manque de substance minimale

2.5.1. Aperçu

Les entités qui sont présumées ne pas avoir de substance minimale conforme à la liste prédéterminée d'indicateurs de substance minimale peuvent renverser cette présomption en fournissant des éléments de preuve supplémentaires sur les activités commerciales qu'elles exercent pour générer des Revenus Pertinents³³.

Selon la Proposition de Directive, les entités qui sont présumées être des entités écrans doivent fournir les preuves supplémentaires suivantes³⁴ :

- (a) un document permettant de vérifier la justification commerciale de la création de l'entreprise ;
- (b) des informations sur le profil des salariés, y compris leur niveau d'expérience, leur pouvoir de décision dans l'organisation générale, leur rôle et leur position dans l'organigramme, le type de leur contrat de travail, leurs qualifications et la durée de leur emploi ;
- (c) des preuves concrètes que la prise de décision concernant l'activité générant des Revenus Pertinents a lieu dans l'État membre de l'entité.

Une entité est réputée avoir renversé la présomption en vertu de laquelle elle manque de substance s'il peut être démontré que l'entité a exécuté et contrôlé en permanence les activités qui ont généré les Revenus Pertinents ou, à défaut de revenus, les actifs de l'entreprise et en assumait les risques.

Si une entité parvient à renverser la présomption selon laquelle elle est une entité écran, un État membre pourra considérer pendant une période de cinq années que l'entité n'est pas une entité écran à condition que les circonstances factuelles et juridiques de l'entité restent inchangées durant cette période.

Bien que la possibilité donnée par la Proposition de Directive de renverser la présomption soit positive, en pratique, les conséquences pourraient malgré tout être dévastatrices pour les contribuables. En effet, la Proposition de Directive n'impose pas aux États membres d'examiner les éléments de preuve fournis dans un certain délai et ne prévoit pas non plus de protection pendant la période durant laquelle l'examen par les autorités compétentes est en cours. Ainsi, les entités pourraient être

31. Art. 7 (2) de la Proposition de Directive.

32. Art. 8 (1) de la Proposition de Directive.

33. Art. 8 (2) de la Proposition de Directive.

34. Art. 9 (2) de la Proposition de Directive.

confrontées à des conséquences fiscales défavorables pendant une période prolongée jusqu'à ce que l'analyse fiscale fournie par l'entité pour renverser la présomption ait pu être examinée par les autorités fiscales.

2.5.2. Les limites de la législation anti-abus dans un contexte européen

Le renversement de la présomption selon laquelle une entité n'a pas de substance minimale devrait s'appuyer sur une analyse des critères fournis dans les décisions pertinentes de la CJUE relatives aux montages purement artificiels.³⁵ En effet, dans un contexte européen, la législation anti-abus prévue par le droit fiscal national ou les conventions fiscales bilatérales doit être conforme au droit européen tel qu'interprété par la CJUE.³⁶

Compte tenu des conséquences fiscales considérables résultant d'une classification en tant qu'entité écran au sens de la Proposition de Directive, le régime proposé doit en tout être de cause être conforme à la même norme.

Selon la CJUE, l'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, qu'il s'appuie sur l'article 1 (2) de la DMF ou qu'il justifie une exception au droit primaire (c'est-à-dire à la liberté d'établissement) a la même portée. Par conséquent, les dispositions anti-abus doivent être des mesures ciblées visant spécifiquement les « montages purement artificiels » qui ne reflètent pas la réalité économique et dont le but est d'obtenir indûment un avantage fiscal.

Par conséquent, les autorités fiscales ne devraient pas être en mesure de considérer aisément la présence d'une fraude ou d'un abus. En outre, les contribuables sont libres de se reposer sur les libertés fondamentales dont ils jouissent au sein de l'UE lorsqu'ils structurent des investissements et le chalandage de juridiction fiscale (*tax jurisdiction shopping*) est une activité légitime dans un marché intérieur, et ce, même si le choix de la juridiction était principalement motivé par des considérations fiscales.

Il est toutefois incontestable que les États membres sont libres de protéger leurs assiettes fiscales au moyen de règles anti-abus qui visent exclusivement les montages purement artificiels. Néanmoins, lorsqu'elles évaluent l'existence d'une fraude ou d'un abus, les autorités fiscales ne peuvent pas se fonder sur des critères généraux prédéterminés. Elles doivent au contraire procéder à un examen individuel de l'ensemble de l'opération en cause.

En tant que tels, les indicateurs de substance minimale qui ne permettent pas de détecter un montage purement artificiel ne devraient pas être conformes à la jurisprudence de la CJUE.

Une situation abusive ne dépend pas seulement de l'intention du contribuable d'obtenir des avantages fiscaux (c'est-à-dire un test de motivation) mais requiert l'existence (ou l'absence) de certains facteurs objectifs, notamment un « établissement effectif » dans l'État d'accueil (par exemple, des locaux, du personnel, des installations et des équipements) et l'exercice d'une « activité économique réelle ». En ce qui concerne l'existence d'un établissement effectif, la CJUE ne semble pas exiger un niveau élevé de substance. En règle générale, la substance doit être appropriée par rapport aux activités exercées par l'entreprise. À cet égard, les indicateurs formatés/prédéterminés de substance minimale vont au-delà de la norme du montage purement artificiel.

La notion d'« activité économique authentique » doit être comprise de manière très large et peut inclure la simple exploitation d'actifs tels que des participations, des créances et des biens incorporels dans le but d'en dégager des revenus dits « passifs ». La nature de l'activité ne devrait pas être compromise si ces revenus passifs proviennent principalement de l'extérieur de l'État d'accueil de l'entité. Sur cette base, on peut se demander pourquoi deux des trois Critères d'Entrée sont spécifiquement axés sur les Revenus Pertinents et l'activité transfrontière qui ne sont pas des indicateurs de montage purement artificiel.

En outre, aucun lien ou connexion spécifique entre l'activité économique attribuée à l'entité étrangère et le territoire de l'État d'accueil de cette entité ne peut être exigé par les dispositions anti-abus nationales. Par conséquent, dans la mesure où le marché intérieur de l'UE est concerné, le simple fait qu'une société intermédiaire soit « active » dans la conduite des fonctions et des actifs qui lui sont attribués (plutôt que d'être une simple société boîte aux lettres) devrait suffire pour être hors du champ d'application de la législation anti-abus nationale. Par conséquent, même si une entité se contente de réaliser des revenus de source étrangère, rien ne devrait indiquer qu'il s'agit d'un montage purement artificiel, pour autant que l'entité gère correctement ses activités.

Lors de l'analyse de la substance d'une société, il est nécessaire d'analyser non seulement la situation de l'en-

35. Quelques exemples incluent les décisions de la CJUE suivantes : 12 septembre 2006, *Cadbury-Schweppes*, Affaire C-196/04 ; 7 septembre 2017, *Egijum SAS*, Affaire C-6/16 ; 20 décembre 2017, *Deister Holding*, Affaire C-504/16 and *Juhler Holding*, Affaire C-613/16 ; 14 juin 2018, *GS*, Affaire C-440/17.

36. Cf. Oliver R. Hoor, « Transformation of the Luxembourg tax environment towards the post-BEPS era », *Legitech*, 2021, p. 243.

tité en tant que telle, mais aussi celle du groupe dans son ensemble. En l'occurrence, il peut même suffire qu'une société se repose sur le personnel et les locaux d'une autre société du groupe située dans la même juridiction. À cet égard, la question se pose de savoir pourquoi l'une des trois exclusions (*carve-outs*) exige au moins cinq employés propres en équivalent temps plein au niveau de l'entité ou encore pourquoi les indicateurs de substance minimale incluent l'exigence que l'entité dispose de locaux propres.

La législation anti-abus ne doit pas non plus établir une présomption irréfragable de fraude ou d'abus. Au contraire, le contribuable doit avoir la possibilité de fournir des preuves du caractère approprié de sa structure. S'il semble évident que les Critères d'Entrée et les indicateurs de substance minimale ne permettent pas de détecter un montage purement artificiel, la Proposition de Directive prévoit au moins la possibilité de renverser la présomption selon laquelle une entité n'a pas de substance minimale (lorsque les trois Critères d'Entrée sont remplis et que les indicateurs de la substance minimale ne le sont pas).

L'imposition d'une mesure fiscale générale excluant automatiquement certaines catégories d'assujettis de l'avantage fiscal, sans que les autorités fiscales ne soient tenues de fournir ne serait-ce que des preuves *prima facie* de fraude et d'abus, va au-delà de ce qui est nécessaire pour prévenir la fraude et les abus. Par conséquent, tant que la société étrangère a une substance appropriée, la nature (sociétés ou personnes physiques) et l'origine ou le statut fiscal de son ou ses actionnaires ne devraient pas être pertinents pour l'application d'une législation anti-abus.

D'un point de vue pratique, la création de sociétés holding et de financement avec un niveau artificiellement élevé d'équipements, d'installations et d'employés serait, dans une certaine mesure, contraire à leur nature économique. La simple présence d'un administrateur qui contrôle les activités de holding et de financement d'une société luxembourgeoise peut dans certains cas être considérée comme suffisante pour apporter de la substance à la structure et, en tant que telle, empêcher que la structure ne soit (partiellement) remise en cause sur la base de dispositions anti-abus. Un faible niveau de substance est la conséquence directe de l'objectif spécifique d'un véhicule de holding et de financement et devrait être accepté à des fins fiscales selon la CJUE.

Étant donné que la substance des entités doit être appropriée par rapport aux activités exercées, il ne peut y avoir de liste unique de conditions de substance à remplir permettant d'être hors de portée de la législation anti-abus.

Il est intéressant de noter que jusqu'à présent, les tribunaux nationaux ne se sont pas écartés de la doctrine du « montage purement artificiel » établie par la CJUE.

2.5.3. Analyse au cas par cas

Les entités qui ne satisfont pas aux indicateurs formatés/prédéterminés de substance minimale ont toujours la possibilité de prouver, au cas par cas, qu'elles ne constituent pas un montage purement artificiel. De l'avis des auteurs, une telle analyse au cas par cas devrait prendre en compte les aspects suivants :

- Vue d'ensemble du groupe ou de la plate-forme d'investissement ;
- Objectif et logique commerciale de la création de l'entité ;
- Aperçu des actifs détenus et des revenus réalisés par l'entité ;
- Informations sur la gouvernance d'entreprise de l'entité (composition du conseil d'administration, réunions du conseil d'administration, implication des administrateurs résidents locaux, ...) ;
- Informations sur l'infrastructure de l'entité (et du groupe, le cas échéant) dans l'État membre de l'entité ;
- Informations sur le profil fonctionnel et de risque de l'entité (risques assumés, fonctions exercées) ;
- Raisons du choix de l'État de résidence de l'entité ;
- Traitement fiscal de l'entité dans son État de résidence et à l'étranger ;
- Avantages fiscaux obtenus et législation anti-abus potentielle qui pourrait s'appliquer.

Cela permettrait aux autorités fiscales de disposer d'un aperçu complet de l'objectif, de la substance, de la raison d'être et des activités de l'entité et devrait renverser la présomption selon laquelle l'entité constitue un montage purement artificiel.

2.6. Exonération en cas d'absence d'avantages fiscaux

Selon la Proposition de Directive, les entités devront avoir la possibilité de demander une exemption de leur obligation en vertu du régime proposé si l'existence de l'entité n'entraîne pas de réduction de la charge fiscale de son ou ses bénéficiaires effectifs ou du groupe dans son ensemble³⁷.

37. Art. 10 de la Proposition de Directive

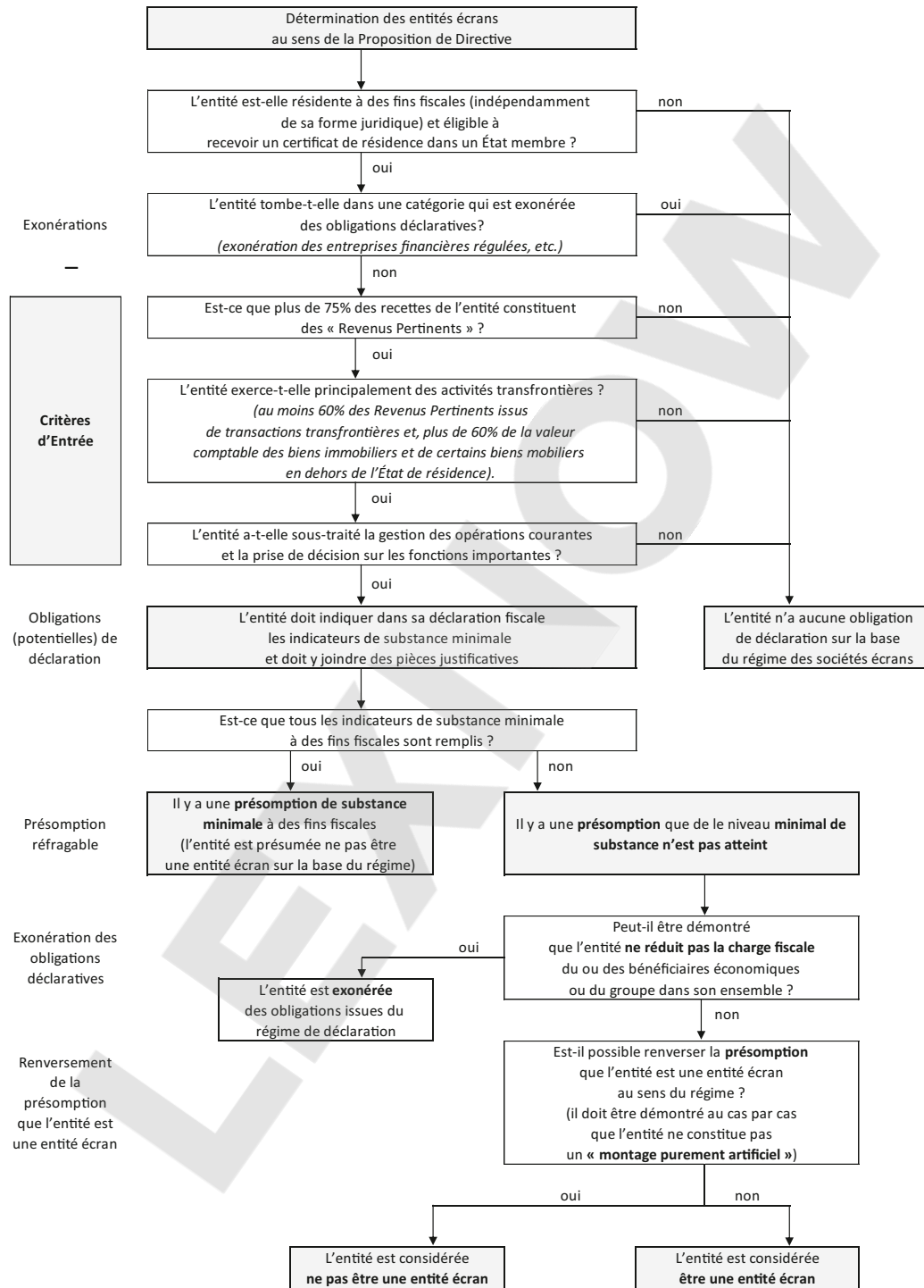
L'exemption sera soumise à la condition que l'entité fournisse des preuves suffisantes et objectives que son interposition n'entraîne pas d'avantage fiscal pour son ou ses bénéficiaires effectifs ou le groupe dans son ensemble, selon le cas. Ces preuves devront comprendre des informations sur la structure du groupe et ses activités ainsi que des informations suffisantes pour déterminer si la mise en place de l'entité permet ou non d'obtenir un traitement fiscal global plus avantageux.

Cependant, prouver que l'existence d'une entité particulière ne génère aucun avantage pour le groupe dans son ensemble ou pour le(s) bénéficiaire(s) effectif(s) nécessite une analyse fiscale complète (et coûteuse) qui pourrait s'étendre sur plusieurs juridictions. En outre, la question se pose de savoir si les attributs fiscaux tels que les pertes fiscales seraient considérés comme un avantage fiscal au sens de cette exemption.

Lorsque l'exonération est accordée, sa validité peut être prolongée pendant cinq ans après la fin de l'exercice fiscal pour lequel elle a été accordée, à condition que les circonstances de fait et de droit de l'entité, y compris du ou des bénéficiaires effectifs et du groupe, selon le cas, restent inchangées au cours de la période concernée.

Néanmoins, la Proposition de Directive n'impose pas aux États membres de réexaminer l'analyse et les preuves fournies dans un certain délai et ne prévoit pas non plus de protection pendant la période durant laquelle l'analyse est en cours d'examen par les autorités compétentes. Ainsi, les entités peuvent être confrontées à des conséquences fiscales défavorables pendant une période prolongée jusqu'à ce que l'analyse fiscale ait été examinée par les autorités fiscales.

2.7. Checklist



2.8. Cas pratique : le fonds immobilier

2.8.1. Contexte

Le 1^{er} février 2021, un gestionnaire d'actifs (« AIFM ») a créé un fonds d'investissement alternatif réservé luxem-

bourgeois (« RAIF », le « Fonds ») sous la forme juridique d'une société en commandite spéciale (« SCSp ») pour investir dans des actifs immobiliers paneuropéens. La SCSp est gérée par une société à responsabilité limitée luxembourgeoise qui est l'associé commandité (*General Partner*, « GP ») de la SCSp.

Les investisseurs du Fonds sont des investisseurs institutionnels tels que des fonds de pension et des compagnies d'assurance résidant dans l'UE et en Amérique du Nord qui investissent les cotisations des personnes assurées afin de générer des revenus réguliers et de bénéficier de l'expertise du gestionnaire d'actifs. Aucun des investisseurs ne détient plus de 5 % du Fonds.

L'AIFM du Fonds emploie un certain nombre d'employés qualifiés au Luxembourg qui fournissent des services de gestion de fonds au Fonds (gestion de portefeuille, gestion des risques, etc.) et gèrent les activités des filiales luxembourgeoises du Fonds.

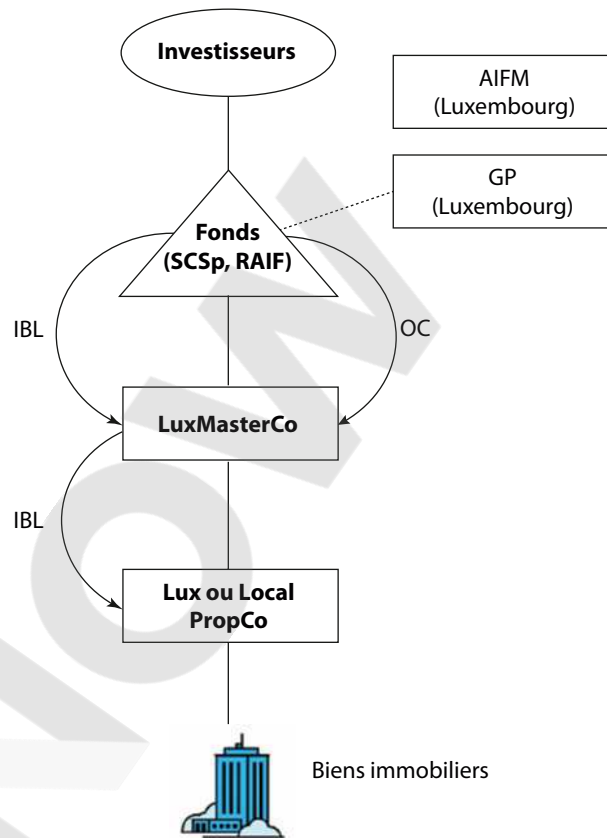
2.8.2. Structure d'investissement

Les investissements du Fonds sont réalisés par l'intermédiaire d'une société luxembourgeoise (« LuxMasterCo ») et de sociétés immobilières luxembourgeoises ou locales (« Lux ou local PropCo »). Les investissements en biens immobiliers étrangers sont financés par une combinaison de fonds propres et de prêts portant intérêt (« IBL »).

Lors de la détermination du ratio optimal entre le financement par fonds propres et le financement par dette, il convient de tenir compte de la législation fiscale de l'État du *situs* du bien immobilier, étant donné que les revenus tirés des biens immobiliers sont imposables dans l'État du *situs* (et que les dépenses connexes doivent être déductibles à des fins fiscales dans ce même État). Dans la mesure du possible, le financement par dette est généralement privilégié, car il est moins formaliste d'accorder et de rembourser un prêt. De plus, les intérêts accumulés dans le cadre d'un prêt facilitent le rapatriement des liquidités.

LuxMasterCo finance les IBL accordées aux sociétés immobilières en grande partie par des IBL accordés par le Fonds. Conformément au régime luxembourgeois des prix de transfert, LuxMasterCo supporte tous les risques liés à ses activités de financement (risque de crédit, etc.) et a la capacité financière de supporter le risque s'il se matérialise (c'est-à-dire que LuxCo est financée avec suffisamment de fonds propres pour couvrir le risque s'il se matérialise). À cet égard, LuxMasterCo réalise une rémunération de pleine concurrence qui a été déterminée dans une étude de prix de transfert.

Les participations détenues par LuxMasterCo dans les sociétés immobilières sont financées par un mélange de capitaux propres (capital social, prime d'émission et contributions au compte de capitaux propres 115) et d'obligations convertibles (« OC ») qui portent un intérêt fixe à des conditions de pleine concurrence (comme il est établi dans une étude de prix de transfert).



2.8.3. Traitement fiscal au Luxembourg et à l'étranger

Lux ou local PropCo est soumise à l'impôt dans l'État de situation du bien immobilier. Lors de la détermination du revenu imposable dans l'État du *situs*, le revenu locatif provenant du bien immobilier est réduit de l'amortissement (du bâtiment), des intérêts de pleine concurrence facturés dans le cadre de l'IBL (accordée par LuxMasterCo et, lorsqu'un financement externe est obtenu, par la banque) et d'autres dépenses opérationnelles.

Les paiements de dividendes et d'intérêts effectués par Lux ou local PropCo ne devraient généralement pas être soumis à une retenue à la source étrangère ou bénéficiaire d'un taux de retenue à la source nul en vertu des directives européennes (ou de la convention fiscale applicable).

LuxMasterCo est soumise à l'impôt sur le revenu des collectivités et à l'impôt commercial communal à un taux global de 24,94 % (en 2021). En ce qui concerne ses activités de financement, LuxMasterCo réalise une marge de financement de pleine concurrence.

Les dividendes perçus par LuxMasterCo bénéficient d'une exonération fiscale en vertu du régime luxembourgeois

d'exemption des participations (c'est-à-dire la transposition de la DMF en droit fiscal luxembourgeois).

Les paiements d'intérêts effectués par LuxMasterCo au Fonds ne sont pas soumis à retenue à la source au Luxembourg. En revanche, les dividendes versés par LuxMasterCo au Fonds peuvent être soumis à une retenue à la source luxembourgeoise au taux de 15 %, à moins que l'exemption luxembourgeoise de retenue à la source sur les dividendes ne soit appliquée³⁸ ou qu'un taux de retenue à la source réduit (ou nul) ne s'applique en vertu d'une convention fiscale. Le Fonds étant considéré comme transparent du point de vue de la fiscalité luxembourgeoise, l'application potentielle de l'exonération de la retenue à la source nationale ou des conventions fiscales dépend des investisseurs du Fonds.

Le Fonds n'est soumis ni à l'impôt sur le revenu des collectivités, ni à l'impôt commercial communal et ni l'impôt sur la fortune, mais doit payer une taxe d'abonnement annuelle de 0,01 % (applicable sur la valeur nette d'inventaire du Fonds). Les paiements effectués par le Fonds à ses investisseurs ne sont pas soumis à la retenue à la source luxembourgeoise.

2.8.4. Rationalité commerciale de la structure d'investissement

Il existe un certain nombre de raisons commerciales motivant un investissement dans des actifs immobiliers au travers de Lux ou local PropCo, telles que :

- la ségrégation des investissements et des risques y associés ;
- la facilitation du financement externe et la mise en place de garanties bancaires ;
- la possibilité d'organiser des co-investissements ;
- la flexibilité en ce qui concerne la cession future de l'investissement (alors que certains investisseurs préfèrent l'acquisition de l'actif immobilier, d'autres préfèrent l'acquisition de la société immobilière).

De même, LuxMasterCo est établie pour un certain nombre de raisons commerciales et juridiques, telles que :

- la protection du Fonds contre les actions en responsabilité et autres contestations potentielles contre les investissements du fonds ;

- la facilitation du financement par dette (y compris la dette obtenue auprès de tiers) ;
- la gestion des investissements (y compris l'acquisition et la cession de ceux-ci) ;
- la gestion des demandes d'exonération de la retenue à la source en vertu de toute convention fiscale applicable.

2.8.5. Profil fonctionnel de LuxMasterCo

LuxMasterCo exerce un certain nombre de fonctions relatives à ses activités d'investissement, notamment :

- l'approbation et le suivi des investissements ;
- l'exécution des fonctions de trésorerie ;
- la tenue des livres et registres de la société et de ses filiales luxembourgeoises ;
- l'assurance de la conformité aux exigences réglementaires dans les juridictions d'investissement ;
- la prestation de services administratifs et autres services aux filiales ;
- le suivi des paiements de dividendes, d'intérêts et autres paiements ;
- le suivi et la gestion des risques liés aux activités d'investissement ;
- la gestion et coordination des obligations potentielles de déclaration en vertu du régime DAC 6 ;
- la gestion des obligations relatives à la comptabilité et la tenue des comptes.

2.8.6. Gouvernance d'entreprise

Le conseil d'administration de LuxMasterCo (et des sociétés immobilières luxembourgeoises) est composé d'au moins 50 % d'administrateurs résidents au Luxembourg qui ont une grande expérience dans le domaine de la gestion des investissements immobiliers (gestion de portefeuille, aspects juridiques, comptables, réglementaires, fiscaux, etc.)

Les fonctions de LuxMasterCo sont exercées par les administrateurs qui utilisent fréquemment les bureaux que LuxMasterCo loue dans la ville de Luxembourg. En ce qui concerne certaines fonctions, les administrateurs bénéficient du soutien de l'AIFM (par exemple, pour le suivi des investissements).

38. Art. 147 de la Loi sur l'impôt sur le Revenu (« LIR »).

En outre, les administrateurs de LuxMasterCo supervisent les fonctions suivantes qui sont sous-traitées à des prestataires de services luxembourgeois qualifiés :

- la rédaction de la documentation juridique ;
- la préparation des rapports financiers ;
- la préparation de la documentation relative aux prix de transfert ;
- la conformité aux exigences en matière d'impôts directs et indirects.

2.8.7. Raisons du choix de la juridiction (le Luxembourg)

En ce qui concerne le choix du Luxembourg comme lieu d'implantation du Fonds et de l'activité de détention, le gestionnaire d'actifs avait un certain nombre de raisons, notamment :

- une grande expérience de l'environnement réglementaire luxembourgeois et des régimes de fonds disponibles ;
- l'environnement réglementaire et juridique souple et diversifié ;
- la familiarité des prêteurs et des investisseurs avec le lieu ;
- l'accès à un personnel qualifié et multilingue ;
- les relations d'affaires existantes avec divers prestataires de services luxembourgeois, banques dépositaires, etc. ;
- le vaste réseau de conventions fiscales du Luxembourg ; et
- la stabilité politique.

2.8.8. Analyse des obligations potentielles dans le cadre du régime proposé

(i) Le Fonds

Le Fonds est une société de personnes transparente d'un point de vue fiscal (SCSp) et ne devrait pas, en tant que tel, être considéré comme un résident fiscal à des fins fiscales au sens de la Proposition de Directive étant donné que le Fonds n'est généralement pas en mesure de recevoir un certificat de résidence fiscale. En tant que tel, le Fonds n'entrerait pas dans le champ d'application du régime proposé.

Si le Fonds était établi sous la forme d'une société de capitaux, il devrait alors être considéré comme résident fiscal au Luxembourg et pourrait être éligible à un certi-

ficat de résidence fiscale. Toutefois, dans ce cas, le Fonds relèverait du champ d'application des règles d'exclusion en tant que fonds alternatif géré par un gestionnaire de fonds alternatif.

(ii) LuxMasterCo

LuxMasterCo est une société qui est résidente fiscale au Luxembourg et qui, en tant que telle, peut recevoir un certificat de résidence fiscale. Par conséquent, LuxMasterCo entre dans le champ d'application du régime proposé.

Même si LuxMasterCo est détenue par un fonds alternatif géré par un gestionnaire de fonds alternatifs, LuxMasterCo elle-même ne devrait pas bénéficier de l'exonération applicable aux fonds d'investissement alternatifs.

Comme on peut supposer que LuxMasterCo réalisera plus de 75 % de Revenus Pertinents (revenus d'intérêts, dividendes et potentiellement des revenus issus de la cession de parts/actions), on peut supposer que le premier Critère d'Entrée sera rempli.

La question se pose de savoir si LuxMasterCo remplit le deuxième Critère d'Entrée relatif aux activités transfrontières. Si plus de 60 % des Revenus Pertinents sont dérivés de transactions transfrontières, ce critère devrait être rempli.

Cependant, étant donné que la prise de décision sur les fonctions importantes est effectuée par les administrateurs de LuxMasterCo qui sont les ressources propres de l'entité, le troisième Critère d'Entrée ne devrait pas être rempli.

Par conséquent, LuxMasterCo ne devrait pas remplir cumulativement les trois Critères d'Entrée et ne devrait donc pas être soumise à l'obligation de déclarer les indicateurs de substance minimale.

(iii) LuxPropCo

LuxPropCo est une société qui a sa résidence fiscale au Luxembourg et qui, en tant que telle, peut recevoir un certificat de résidence fiscale. Par conséquent, LuxPropCo entre dans le champ d'application du régime proposé.

Même si LuxPropCo est indirectement détenue par un fonds alternatif géré par un gestionnaire de fonds alternatifs, LuxPropCo elle-même ne devrait pas bénéficier de l'exonération applicable aux fonds d'investissement alternatifs.

Comme on peut supposer que LuxPropCo réalisera plus de 75 % de Revenus Pertinents (revenus de biens immo-

biliers), on peut supposer que le premier Critère d'Entrée sera rempli.

LuxPropCo satisfait au deuxième Critère d'Entrée concernant les activités transfrontières car on peut supposer que la valeur comptable de l'actif immobilier étranger représente plus de 60 % des actifs de LuxPropCo.

Cependant, étant donné que la prise de décision sur les fonctions importantes est effectuée par les administrateurs de LuxPropCo, le troisième Critère d'Entrée ne devrait pas être rempli.

Par conséquent, LuxPropCo ne devrait pas remplir cumulativement les trois Critères d'Entrée et ne devrait donc pas être soumise à l'obligation de déclarer les indicateurs de substance minimale.

3. Traitement fiscal applicable aux entités écrans

La qualification d'une entité en tant qu'entité écran pourrait entraîner des conséquences fiscales considérables, tant dans l'État de résidence de l'entité que dans les autres États membres concernés.

3.1. Traitement fiscal dans l'État de résidence de l'entité écran

Lorsqu'une entité est qualifiée d'entité écran en vertu de la Proposition de Directive, les autorités fiscales de l'État membre dans lequel l'entité a sa résidence fiscale ne devra pas délivrer de certificat de résidence fiscale ou devra délivrer un certificat assorti d'une mise en garde³⁹.

Dans ce dernier cas, la mise en garde devra inclure une mention spécifique visant à empêcher l'utilisation de l'entité en vue d'obtenir des avantages sur la base d'une convention fiscale, de la directive applicable aux sociétés mères et filiales (DMF), de la directive relative paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents, ou encore de tout autre accord (international) prévoyant l'élimination de la double imposition des revenus.

3.2. Traitement fiscal à l'étranger

3.2.1. Non-application des directives et conventions fiscales

Les États membres dans lesquels l'entité écran investit ou exerce des activités commerciales (autres que l'État

membre dans lequel l'entité écran est résidente) devront ignorer (la mise en œuvre nationale de) la directive mère-filiale (Directive 2011/96/UE) et la directive sur les intérêts et redevances (Directive 2003/49/CE) ainsi que la convention fiscale conclue avec l'État de résidence de l'entité écran⁴⁰.

Par conséquent, l'entité écran ne sera pas en mesure de réclamer des taux de retenue à la source réduits ou nuls sur les dividendes, les intérêts et les redevances sur la base de la mise en œuvre nationale des directives européennes susmentionnées ou d'une convention applicable (avec l'État membre dans lequel le payeur est résident à des fins fiscales) ainsi que d'autres avantages fiscaux prévus par ces conventions fiscales⁴¹.

En tant que telle, cette disposition est largement similaire aux dispositions anti-chalandage de directives et conventions fiscales existant dans le droit fiscal national et au critère des objets principaux (PPT) qu'on retrouve dans les conventions fiscales.

3.2.2. Non-prise en compte de l'entité écran

La classification en tant qu'entité écran aura également des conséquences fiscales dans l'État membre dans lequel l'actionnaire de l'entité est résident fiscal. Plus précisément, le ou les actionnaires de l'entité devront imposer les Revenus Pertinents de l'entité conformément à leurs règles fiscales nationales, comme si ces revenus avaient été réalisés directement par l'actionnaire/associé de l'entité.

Dans ces circonstances, il n'est pas tenu compte des dispositions d'une convention fiscale applicable conclue entre l'État membre de l'actionnaire et l'État membre de l'entité écran. Toutefois, l'impôt payé sur ces revenus dans l'État de résidence de l'entité écran pourra être déduit de l'impôt autrement dû dans l'État membre du ou des actionnaires. En outre, il faudrait prévoir qu'une éventuelle retenue à la source prélevée dans l'État de résidence du payeur (par exemple, lorsque la règle décrite au point 3.1.1. est appliquée dans l'État de résidence du payeur) sera déductible dans l'État membre de l'actionnaire ou des actionnaires afin d'éviter une double imposition économique. Ce point devrait être clarifié dans la Proposition de Directive.

Cette disposition est, dans son effet, largement similaire à la règle sur les sociétés étrangères contrôlées (« SEC ») mise en œuvre par les États membres conformément à l'ATAD.

39. Art. 12 de la Proposition de Directive.

40. Art. 11 de la Proposition de Directive.

41. Par exemple, une exonération de la plus-value réalisée lors de la cession d'une participation dans une société résidente de l'autre État membre.

Si le payeur du revenu n'est pas résident fiscal d'un État membre, dès lors que la Proposition de Directive ne s'impose pas aux États tiers, la convention fiscale conclue entre l'État membre de l'actionnaire ou des actionnaires et l'État tiers (État de résidence du payeur) restera applicable.

Lorsque le ou les actionnaires de l'entité écran ne sont pas résidents fiscaux d'un État membre, l'État membre du payeur de ces revenus applique une retenue à la source conformément à son droit fiscal interne. Toutefois, la convention fiscale conclue entre l'État membre du payeur et l'État tiers peut aboutir à un taux de retenue à la source réduit ou nul.

3.2.3. Revenus provenant de biens immobiliers

Lorsqu'une entité écran détient un bien immobilier situé dans un État membre, cet État membre doit imposer ce bien conformément à sa législation fiscale nationale comme si le bien était détenu directement par le ou les actionnaires de l'entité écran. Si une convention fiscale conclue entre l'État de résidence du ou des actionnaires et l'État membre dans lequel le bien immobilier est situé s'applique, les conventions fiscales attribuent fréquemment un droit d'imposition primaire illimité à l'État du *situs* du bien immobilier.

Lorsque le ou les actionnaires de l'entité écran sont résidents d'un État membre, ce dernier impose (les revenus tirés de) ces biens conformément à sa législation fiscale nationale. Toutefois, la convention fiscale (éventuellement) conclue entre l'État de résidence du ou des actionnaires et l'État du *situs* du bien immobilier devrait prévoir une méthode d'élimination de la double imposition (c'est-à-dire la méthode de l'exemption ou la méthode du crédit).

Les conséquences fiscales de cette disposition seraient largement similaires à l'application de la GAAR (qui devait être mise en œuvre conformément à l'ATAD) si une entité étrangère possédant des biens immobiliers nationaux était qualifiée de montage purement artificiel. Néanmoins, étant donné que l'État du *situs* du bien immobilier dispose d'un droit primaire illimité d'imposition des revenus tirés du bien immobilier, l'application de la GAAR ou de cette disposition en vertu de la Proposition de Directive ne devrait généralement pas entraîner une charge fiscale plus importante.

3.3. Relation avec les autres règles anti-abus

Les conséquences fiscales stipulées dans la Proposition de Directive sont largement similaires à celles de la législation anti-abus existante dans le droit fiscal interne des États membres (règles anti-chalandage de directives et conventions fiscales, règles sur les SEC, GAAR) et dans les conventions fiscales bilatérales (PPT, concept de bénéficiaire effectif).

La question se pose de savoir quelle hiérarchie des normes s'appliquera une fois la Proposition de Directive transposée dans le droit fiscal interne. À cet égard, le libellé de la Proposition de Directive suggère que la législation anti-abus prévue par la Proposition de Directive devrait, en tant que règle spécifique, prévaloir sur les autres législations anti-abus du droit fiscal national ou des conventions fiscales bilatérales. Ce résultat n'aurait toutefois pas de sens, car les autres dispositions anti-abus sont généralement plus complètes (y compris des conséquences fiscales supplémentaires et des directives substantielles) que les règles prévues par la Proposition de Directive.

Compte tenu de l'ampleur des conséquences fiscales résultant de la qualification d'une entité en tant qu'entité écran, le régime proposé devra respecter le critère du montage purement artificiel qui s'applique également aux autres dispositions anti-abus dans un contexte européen. Par conséquent, la Proposition de Directive, si elle venait à être adoptée, ne devrait pas pouvoir imposer des exigences de substance plus élevées que celles applicables en vertu de la législation anti-abus existante.

4. Échange d'informations

Le régime proposé exigerait que les États membres échangent automatiquement certaines informations avec les autres États membres par le biais d'un répertoire central⁴². L'échange d'informations devrait avoir lieu dans les cas suivants :

- lorsqu'une entité remplit cumulativement les trois Critères d'Entrée ; et
- lorsqu'un État membre procède à une évaluation des faits et des circonstances propres à un cas particulier et décide de certifier qu'une entité a renversé la présomption selon laquelle elle devait être considérée comme une entité écran ou doit être exemptée des obligations prévues par le régime proposé.

L'échange d'informations devra alors avoir lieu dans les 30 jours à compter du moment où l'administration dis-

42. Art. 13 de la Proposition de Directive.

pose de ces informations, c'est-à-dire dans un délai de 30 jours à compter de la réception de la déclaration fiscale de l'entité ou dans un délai de 30 jours à compter du moment où l'administration émet une décision certifiant qu'une entité a renversé la présomption en vertu de laquelle elle devait être considérée comme une entité écran ou qu'elle est exemptée.

En outre, l'échange automatique aura lieu dans les 30 jours suivant la conclusion d'un audit d'une entité considérée comme à risque au sens de la Proposition de Directive (c'est-à-dire une entité qui remplit cumulativement les trois Critères d'Entrée), si le résultat de cet audit a une incidence sur les informations déjà échangées ou qui auraient dû être échangées pour cette entité.

Les informations détaillées à échanger concernant l'entité, ses actionnaires (et les bénéficiaires effectifs) avec toute personne et État membre susceptibles d'être affectés par cette déclaration sont prescrites à l'article 13 de la Proposition de Directive. En outre, lorsque l'administration fiscale d'un État membre prend la décision de certifier qu'une entité a renversé la présomption ou doit être exonérée, les informations échangées devront permettre aux autres États membres de comprendre les raisons de cette décision.

5. Pénalités

La Proposition de Directive laisse aux États membres le soin de fixer les sanctions applicables en cas de violation des obligations de déclaration⁴³. Des pénalités peuvent être dues si une entité qui répond aux Critères d'Entrée ne fait pas état des indicateurs de substance minimale dans le délai prescrit ou fait une fausse déclaration dans la déclaration fiscale en ce qui concerne les indicateurs de substance minimale.

Les sanctions doivent, comme toujours, être effectives, proportionnées et dissuasives. À cet égard, la Proposition de Directive prévoit que ces sanctions devront inclure une sanction administrative pécuniaire d'au moins 5 % du chiffre d'affaires de l'entité au cours de l'exercice fiscal concerné.

6. Demande de contrôle fiscal

Les États membres pourront également demander à l'État de résidence de l'entité d'effectuer des contrôles

fiscaux s'ils ont des raisons de soupçonner que l'entité pourrait manquer de substance minimale aux fins de la Proposition de Directive⁴⁴.

En termes de calendrier, l'autorité compétente de l'État membre requis devra lancer la procédure de contrôle dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de la demande et effectuer le contrôle fiscal (conformément aux règles régissant les contrôles fiscaux dans l'État membre requis). L'autorité compétente qui a effectué l'audit fiscal devra fournir à l'autorité compétente de l'État membre requérant un rapport sur le résultat du contrôle mené et ce, dès que possible, mais au plus tard un mois après que le résultat de l'audit fiscal soit connu.

7. Informations à fournir à la Commission européenne

Les États membres seront en outre tenus de produire des données statistiques pour chaque année fiscale à l'intention de la Commission⁴⁵, incluant :

- Le nombre d'entités qui répondent aux Critères d'Entrée ;
- Le nombre d'entités qui ont déclaré les indicateurs de substance minimale ;
- Les pénalités imposées en cas de non-respect des exigences du régime de déclaration proposé ;
- Le nombre d'entités présumées être dépourvues de substance minimale et le nombre d'entités ayant renversé cette présomption ;
- Le nombre d'entités exemptées de l'obligation en vertu de la Proposition de Directive ;
- Le nombre de contrôles effectués auprès des entités qui répondent aux Critères d'Entrée ;
- Le nombre de cas où une entité présumée être pourvue de substance minimale s'est révélée ne pas avoir d'activité substantielle (notamment suite à un audit) ;
- Le nombre de demandes d'échange d'informations présentées et le nombre de demandes reçues ;
- Le nombre de demandes de contrôles fiscaux présentées et le nombre de demandes reçues.

La Commission communiquera les informations énumérées ci-dessus sur une base semestrielle par le biais du répertoire central.

43. Art. 14 de la Proposition de Directive.

44. Art. 15 de la Proposition de Directive.

45. Art. 16 de la Proposition de Directive.

8. Analyse d'impact

L'environnement fiscal européen et international actuel se caractérise par une insécurité juridique extrême et sans précédent suite à une multitude de modifications de la législation fiscale dans le sillage du projet BEPS. L'adoption du régime proposé ne ferait qu'accroître cette insécurité juridique.

La Commission européenne a reconnu que l'impact des mesures mises en œuvre au cours des dernières années n'était pas encore quantifiable. Ainsi, il ne peut être établi que les entités dépourvues de substance constituent toujours un problème majeur pour le marché intérieur.

Étant donné que les conséquences fiscales du régime de déclaration proposé sont largement similaires à celles d'autres législations anti-abus prévues par le droit fiscal interne des États membres et par les conventions fiscales bilatérales, on peut s'attendre à ce que le champ d'application (supplémentaire) attendu soit très réduit.

Si la Proposition de Directive venait à être adoptée, cela signifierait que chaque entité devrait analyser ses obligations potentielles de déclaration, qu'elle obtienne ou non des avantages fiscaux. Cela signifierait un changement de paradigme de « présumé innocent jusqu'à preuve du contraire » à « présumé coupable jusqu'à preuve du contraire » et introduirait une suspicion selon laquelle les entités impliquées dans des investissements et des activités commerciales transfrontières seraient illégitimes. Cela va clairement à l'encontre des libertés fondamentales sur lesquelles reposent le marché unique européen et l'Union européenne.

En outre, le régime de déclaration proposé imposerait un niveau supplémentaire d'obligations de compliance aux contribuables qui doivent déjà envisager des obligations de déclaration potentielles dans le cadre du régime de déclaration obligatoire en vertu de DAC 6 chaque fois que des dispositifs transfrontières sont mis en œuvre.

De même, le régime proposé constituerait une lourde charge pour les administrations fiscales qui devraient contrôler le respect des obligations déclaratives, examiner l'analyse fiscale effectuée par les contribuables, faire des déclarations dans des délais courts par le biais d'un répertoire central et effectuer des contrôles fiscaux à la demande des autorités compétentes des autres États membres.

Dans l'ensemble, la mise en œuvre d'un régime additionnel de déclaration détaillée dont on peut s'attendre à ce qu'il ait un champ d'application supplémentaire très limité ne

semble pas judicieuse, en particulier si l'on considère les mesures fiscales supplémentaires qui sont à l'ordre du jour à court terme (par exemple, celles relatives à l'imposition minimale effective globale).

IV. CONCLUSION

La Proposition de Directive vise à limiter les abus commis par des entités qui manquent de substance. Cependant, un manque de substance peut déjà entraîner des contestations de la part des autorités fiscales nationales sur la base d'un ensemble complet de dispositions anti-abus qui ont été mises en œuvre dans toute l'UE, dans l'OCDE et même au-delà. Ainsi, il ne devrait en principe pas y avoir de catégorie résiduelle d'entités qui pourrait être mise à mal par le régime de déclaration proposé.

Cela soulève la question de savoir si la Commission dispose d'une base légale justifiant son action. Étant donné que la Commission n'est pas en mesure de démontrer que les entités écrans représentent toujours un problème important et que l'initiative actuelle ne respecte pas, selon les auteurs, les principes de subsidiarité et de proportionnalité, la Commission ne devrait pas disposer du pouvoir d'intervenir sur la base de l'article 115 du TFUE.

Il est essentiel que, dans un contexte européen, les exigences de substance prévues par la législation anti-abus soient conformes au droit européen tel qu'interprété par la CJUE. Ainsi, les contribuables sont libres de se reposer sur leurs libertés fondamentales européennes lorsqu'ils organisent leurs investissements et leurs activités commerciales, pour autant que les accords contractuels sous-jacents ne constituent pas des « montages purement artificiels ». Le régime proposé doit adhérer à la même norme et ne peut pas augmenter les exigences de substance.

Malheureusement, le régime de déclaration proposé entraînerait une charge administrative importante tant pour les contribuables que pour l'administration fiscale et risquerait de créer une insécurité juridique chronique pour les années à venir. Cette dernière ne contribuera guère à l'objectif proclamé de soutenir la reprise au sein de l'Europe après la pandémie COVID-19 et de garantir des recettes publiques adéquates, car la Proposition de Directive entraverait les investissements et les activités commerciales transfrontières.

Enfin, lorsqu'une entité n'a pas la substance appropriée pour exercer ses activités, tout avantage fiscal obtenu peut déjà être remis en question sur la base de la législation anti-abus existante. ■