Résurrection des articles 54 et 344, § 2, CIR : examen de conformité au droit européen

David Seutin*

I. Introduction

Les dispositions actuellement contenues aux articles 54 et 344, § 2, du Code des impôts sur les revenus[1] sont en vigueur depuis 1954 et comptent parmi les plus anciennes dispositions visant à lutter contre l'évasion fiscale internationale en droit belge. Leur champ d'application n'a pas significativement évolué depuis, malgré de légers ajustements au fil des décennies, dictés principalement par la volonté d'une meilleure appréhension des comportements d'évasion fiscale en constante évolution[2].

Ce même objectif a présidé à la modification de ces deux dispositions par une loi-programme du 22 décembre 2023[3]. Cette fois-ci, il se devait nécessairement d'être couplé à un autre objectif sans lequel il ne demeurerait qu'un vœu pieu : leur mise en conformité avec le droit européen, après que la Cour de justice a jugé l'ancien article 54 CIR contraire aux libertés de circulation dans l'arrêt *SIAT*[4].

Ainsi, la présente contribution se donne essentiellement pour but d'examiner si cet objectif a bien été atteint par le législateur belge.

À cette fin, en guise de défrichage du sujet étudié, nous (re)présenterons brièvement les deux dispositions dans leur version applicable jusqu'au 31 décembre 2023[5] et les mécanismes qui sous-tendent leur application. Nous reviendrons ensuite sur les enseignements de l'arrêt *SIAT* et ses conséquences en droit belge, à savoir l'inapplicabilité des deux dispositions dans un contexte intra-européen (II).

En second lieu, nous examinerons si les modifications des deux mesures anti-abus sont réellement satisfaisantes au regard des exigences établies par la CJUE dans sa jurisprudence relative aux mesures « anti-abus » nationales, comme le prétend le législateur dans les travaux parlementaires[6] (III).

II. Contexte : présentation des dispositions et les conséquences de l'arrêt *SIAT*

Dans les lignes qui suivent, afin de délimiter le sujet d'étude, nous décrirons brièvement les mécanismes d'application des dispositions dans leur version antérieure au 1er janvier 2024 qui demeurent, en substance, inchangés après la modification opérée par la loi-programme (A). Ensuite, nous résumerons le raisonnement de la CJUE dans l'arrêt *SIAT* et reviendrons sur ses enseignements et ses conséquences en droit belge (B).

A. *Description des mécanismes d'application des articles 54 et 344, § 2, CIR en vigueur jusqu'en 2023*

Les articles 54 et 344, § 2, CIR, dans leur version applicable jusqu'au 31 décembre 2023, étaient rédigés comme suit[7] :

---

* Avocat au barreau de Bruxelles (*Tiberghien*), assistant à l'Université de Liège (*Tax Institute*).

(1) Ci-après « CIR ».

(2) La notion d'« évasion fiscale », souvent connotée négativement, est employée ici de manière neutre, comme elle l'est, notamment, dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « CJUE » ou la « Cour de justice ») lorsqu'il s'agit de justifier une entrave aux libertés de circulation par la « raison impérieuse d'intérêt général » tirée de la « lutte contre l'évasion fiscale ». Elle doit s'entendre comme un équivalent des notions européennes de « montage purement artificiel » ou d'« abus de droit », que nous emploierons comme des synonymes. En droit belge, on parlera plutôt d'« évitement licite de l'impôt » ou de « *belastingontwijking* » en néerlandais. Sur les contours de la notion d'« évasion fiscale », voy. A. Nollet, *De l'« abus fiscal » ou Quand des actes juridiques du contribuable sont inopposables au fisc pour l'établissement de l'impôt*, 1re éd., Bruxelles, Intersentia, 2019, pp. 39-103.

(3) *M.B.*, 29 décembre 2023, ci-après la « loi-programme ».

(4) CJUE, 5 juillet 2012, *Société d'investissement pour l'agriculture tropicale SA (SIAT)*, aff. C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (ci-après « *SIAT* »), dont les enseignements sont transposables à l'article 344, § 2, CIR qui est rédigé en des termes similaires.

(5) L'entrée en vigueur des nouvelles dispositions est fixée au 1er janvier 2024 (article 14 de la loi-programme).

(6) *Doc. parl.*, Ch., n° 55-3697/001, p. 7.

(7) Pour un examen exhaustif des anciennes moutures des articles 54 et 344, § 2, CIR, nous renvoyons le lecteur aux contributions suivantes dont est largement inspiré le résumé qui suit : L. De Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, Doctoral Series, Amsterdam, IBFD, 2008, pp. 101-114 et 123-143 ; A. Nollet, « L'article 344, § 2,

Article 54 *ancien* du CIR	Les intérêts, indemnités visées à l'article 90, alinéa 1er, 11°, 3 qui sont payées en compensation de ces intérêts, redevances pour la concession de l'usage de brevets d'invention, procédés de fabrication et autres droits analogues ou les rémunérations de prestations ou de services, ne sont pas considérés comme des frais professionnels lorsqu'ils sont payés ou attribués directement ou indirectement à un contribuable visé à l'article 227 ou à un établissement étranger, qui, en vertu des dispositions de la législation du pays où ils sont établis, n'y sont pas soumis à un impôt sur les revenus ou y sont soumis, pour les revenus de l'espèce, à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui auquel ces revenus sont soumis en Belgique, à moins que le contribuable ne justifie par toutes voies de droit qu'ils répondent à des opérations réelles et sincères et qu'ils ne dépassent pas les limites normales.
Article 344, § 2, *ancien* du CIR	N'est pas non plus opposable à l'administration en charge de l'établissement des impôts sur les revenus, la vente, la cession ou l'apport d'actions, d'obligations, de créances ou d'autres titres constitutifs d'emprunts, de droits d'auteur et de droits voisins, de brevets d'invention, de procédés de fabrication, de marques de fabrique ou de commerce, ou de tous autres droits analogues ou de sommes d'argent, à un contribuable visé à l'article 227, qui, en vertu des dispositions de la législation du pays où il est établi n'y est pas soumis à un impôt sur les revenus ou y est soumis, du chef des revenus produits par les biens et droits aliénés, à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui auquel les revenus de l'espèce sont soumis en Belgique, à moins que le contribuable ne prouve soit que l'opération répond à des besoins légitimes de caractère financier ou économique, soit qu'il a reçu pour l'opération une contre-valeur réelle produisant un montant de revenus soumis effectivement en Belgique à une charge fiscale normale par rapport à celle qui aurait subsisté si cette opération n'avait pas eu lieu.

Les dispositions sont bien éloignées l'une de l'autre dans le CIR et font partie de corps de règles *a priori* bien différents. En effet, l'article 54 CIR figure parmi les dispositions relatives à la déductibilité des frais professionnels tandis que l'article 344, § 2, CIR fait partie des règles relatives aux moyens de preuve de l'administration. Elles ont, par conséquent, des champs d'application personnels distincts : l'article 54 CIR ne s'applique qu'aux résidents belges susceptibles de revendiquer la déduction de frais professionnels, alors que l'article 344, § 2, CIR, en tant que moyen de preuve, est susceptible de s'appliquer à tout contribuable visé par l'un des quatre impôts qu'institue le CIR.

Elles poursuivent pourtant le même objectif de lutte contre le transfert de revenus à destination de « paradis fiscaux »[8] et leur application repose sur les mêmes mécanismes.

En effet, les articles 54 et 344, § 2, CIR consacrent tous les deux des présomptions d'évasion fiscale[9] d'actes réputés, sur la base de critères prédéfinis, être inspirés par des motifs d'évitement de l'impôt en Belgique contre lesquels entend lutter le législateur.

L'article 54 CIR vise certains paiements limitativement énumérés, tandis que l'article 344, § 2, CIR cible (complémentairement) certains transferts d'actifs (translatifs de propriété), tous deux à destination de contribuables établis dans des « paradis fiscaux ».

Le législateur désigne un « paradis fiscal » par référence au régime fiscal auquel est soumis le contribuable étranger bénéficiaire du paiement ou du transfert :

– soit il n'est pas soumis à l'impôt sur les revenus ;
– soit il est soumis, pour les revenus attribués ou pour ceux produits par l'actif transféré, à « un régime de taxation notablement plus avantageux » que celui auquel ces revenus auraient été soumis en Belgique.

Les deux dispositions répartissent la charge de la preuve entre l'administration fiscale et le contribuable de la même manière.

D'un côté, l'administration fiscale doit apporter la preuve que les conditions d'application des dispositions sont remplies, telles que la nature du paiement

du C.I.R. 1992 : essai de contrôle de "constitutionnalité" et de "conventionnalité" d'une disposition légale fiscale belge "anti-abus" », *R.G.C.F.*, 2011/6, pp. 488 et s. et A. NOLLET, *De l'« abus fiscal », ou Quand des actes juridiques du contribuable sont inopposables au fisc pour l'établissement de l'impôt*, 1re éd., *op. cit.*, pp. 404-423.

(8) La notion de « paradis fiscal », aussi connotée négativement, est également employée de manière neutre. Elle recouvre généralement toutes les hypothèses où le législateur belge désigne un contribuable étranger en référence à la pression fiscale à laquelle il est soumis dans son État de résidence, qui est censée ne pas être suffisante et auquel il attache comme conséquence soit l'application d'une mesure « correctrice » censée venir compenser la faible taxation à l'étranger par une taxation en Belgique (telle qu'une mesure anti-abus), soit le refus de l'accès à un régime fiscal prévoyant un avantage fiscal (tel que le régime RDT et sa condition de taxation minimale de l'article 203 CIR). Voy. *infra*, IV., pour une typologie des différents critères employés pour caractériser un « paradis fiscal » dans le CIR.

(9) Contrairement à ce que soutient le commentaire administratif, ces deux dispositions n'instituent pas des présomptions de « simulation ».

ou du transfert, ou la qualité du contribuable étranger et son régime d'imposition.

De l'autre, afin de renverser la présomption et d'échapper à l'application de la disposition, le contribuable belge est alors mis en mesure d'apporter une contre-preuve qui consiste à démontrer :

– pour l'article 54 CIR, *cumulativement*, que l'opération est « réelle et sincère » et qu'elle ne dépasse pas les « limites normales » ;
– pour l'article 344, § 2, CIR, *alternativement*, que le transfert répond à des « besoins légitimes de caractère financier ou économique » ou bien que le contribuable belge « a reçu pour l'opération une contre-valeur réelle produisant un montant de revenus soumis effectivement en Belgique à une charge fiscale normale par rapport à celle qui aurait subsisté si cette opération n'avait pas eu lieu ».

Si le contribuable belge ne parvient pas à renverser la présomption d'évasion fiscale, le paiement visé par l'article 54 CIR n'est pas déductible ou les revenus produits par l'actif transféré visé par l'article 344, § 2, CIR demeurent imposables dans le chef du cédant-contribuable belge, comme si le transfert n'avait pas eu lieu.

Pour résumer la mécanique essentielle de ces dispositions, celles-ci présument, sur la base de critères objectifs, l'intention subjective du contribuable d'éviter l'impôt. Afin d'échapper à leur application, ce dernier doit alors établir que le paiement ou le transfert qu'il a effectué est justifié économiquement et, *a contrario*, n'a donc pas pour finalité principale l'évasion fiscale[10].

B. *L'arrêt* SIAT *et ses conséquences en droit belge*

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt *SIAT*, l'administration fiscale belge avait fait application de l'article 54 CIR à la société belge *SIAT* afin de lui refuser la déduction, au titre de frais professionnels, d'une commission payée à une société luxembourgeoise régie pas la loi du 31 juillet 1929 relative au régime fiscal des sociétés de participations financières (appelée « Holding 29 ») au motif qu'elle n'était pas assujettie à un impôt sur les revenus analogue à l'impôt des sociétés belge.

Après que le tribunal de première instance et la cour d'appel de Bruxelles ont confirmé la position de l'administration, le contribuable s'est pourvu en cassation et a demandé à notre Cour suprême de poser une question préjudicielle à la CJUE visant à examiner la conformité de l'article 54 CIR aux libertés de circulation.

La société *SIAT* soutenait que l'article 54 CIR constituait une restriction à la libre prestation de services consacrée par l'article 49 du Traité des Communautés européennes (« TCE »)[11] dans la mesure où la déduction au titre de frais professionnels d'une commission rétribuant la prestation d'un service dont le destinataire était contribuable d'un autre État membre était admise à des conditions plus strictes que la déduction de ce même paiement destiné à un contribuable résident belge, même s'il a lieu dans les mêmes circonstances[12].

La CJUE a accueilli cette thèse dès lors qu'en prévoyant des conditions de déductibilité plus strictes pour des paiements à destination d'autres États membres, l'article 54 CIR était susceptible de dissuader tant les résidents belges (« à la sortie ») que les résidents étrangers (« à l'entrée ») d'exercer leur libre prestation de services en dehors ou à destination de la Belgique.

Ensuite, la Cour a admis que la mesure pouvait être justifiée par les objectifs de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, de préservation de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre États membres et d'efficacité des contrôles fiscaux et qu'elle était apte à les atteindre[13].

Enfin, au stade de l'examen de proportionnalité, la CJUE a relevé que le contribuable devait systématiquement démontrer la réalité et la sincérité de l'opération sans que l'administration ne « soit tenue de fournir ne serait-ce qu'un commencement de preuve de fraude ou d'évasion fiscales »[14]. Ainsi, la règle pouvait s'appliquer « en l'absence de tout critère objectif et vérifiable par des tiers et pouvant servir d'indice de l'existence d'un montage purement artificiel […], seul le niveau d'imposition du prestataire de services dans l'État membre où il est établi étant pris en compte »[15].

Or, l'emploi de l'expression « régime de taxation notablement plus avantageux » pour désigner le niveau d'imposition du contribuable étranger était trop vague et ne permettait pas au contribuable de déterminer

(10) A. Nollet, « L'article 344, § 2, du C.I.R. 1992 : essai de contrôle de "constitutionnalité" et de "conventionnalité" d'une disposition légale fiscale belge "anti-abus" », *op. cit.*, p. 494.
(11) Il s'agit de l'ancien article 56 de l'actuel Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») qui n'était pas encore en vigueur à l'époque des faits.
(12) La déduction du même paiement à un résident belge est uniquement soumise au respect des conditions générales de déduction des frais professionnels énumérées à l'article 49 CIR.
(13) CJUE, 5 juillet 2012, *SIAT*, aff. C-318/10, préc., n°s 34-48.
(14) *Ibid.*, n° 55.
(15) *Ibid.*, n° 56.

avec suffisamment de précision dans quelles circonstances l'article 54 CIR était susceptible de s'appliquer. Ainsi, la disposition belge, ne satisfaisant pas suffisamment « aux exigences de la sécurité juridique qui exigent que les règles de droit soient claires, précises et prévisibles dans leurs effets […] »[16], ne pouvait être considérée comme proportionnée aux objectifs qu'elle poursuit et, partant, constituait une restriction prohibée à la libre prestation de services.

À la suite de cet arrêt, il était alors admis, tant en jurisprudence qu'en doctrine, que les dispositions du CIR qui, comme l'article 54 CIR, consacraient une présomption d'évasion fiscale sur la base d'une seule condition d'application en référence à la notion vague de « régime de taxation notablement plus avantageux » (dont l'article 344, § 2, CIR) n'étaient pas applicables dans un contexte européen[17].

Enfin, précisons qu'un auteur a très justement opéré la distinction selon que le cessionnaire du transfert visé par l'article 344, § 2, CIR n'était « pas soumis à l'impôt » (première branche de l'alternative) ou était « soumis à un régime notablement plus avantageux » qu'en Belgique (seconde branche de l'alternative)[18]. En effet, la CJUE n'a stigmatisé que la seconde branche au regard du droit européen et non la première qui demeure donc pleinement applicable dans un contexte intra-européen.

III. Examen de conformité au droit européen

Les articles 54 et 344, § 2, CIR, tels que modifiés par la loi-programme, dans leur version applicable à partir du 1er janvier 2024, sont rédigés comme suit[19] :

Article 54 CIR	§ 1er. Les intérêts, indemnités visées à l'article 90, alinéa 1er, 11°, qui sont payées en compensation de ces intérêts, redevances pour la concession de l'usage de brevets d'invention, procédés de fabrication et autres droits analogues ou les rémunérations de prestations ou de services, ne sont pas considérés comme des frais professionnels lorsqu'ils sont payés ou attribués directement ou indirectement à un contribuable visé à l'article 227, ou à un établissement étranger, **avec qui le contribuable établi en Belgique se trouve directement ou indirectement dans des liens quelconques d'interdépendance** et qui, en vertu des dispositions de la législation du pays où ils sont établis, n'y sont pas soumis à un impôt sur les revenus ou y sont soumis, pour les revenus de l'espèce, à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui auquel ces revenus sont soumis en Belgique. **§ 2. Le paragraphe 1er n'est pas d'application lorsque le contribuable justifie que l'opération est réalisée avec une entreprise soumise à un impôt sur les revenus effectif qui est au moins égal à la moitié de l'impôt sur les revenus qui serait dû si cette entreprise était établie en Belgique**. **§ 3. Le paragraphe 1er n'est pas d'application lorsque le contribuable démontre par tous moyens de preuve, à l'exception du serment, que le paiement s'inscrit dans le cadre d'une opération authentique en ce sens qu'elle a été mise en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.**
Article 344, § 2, CIR	N'est pas non plus opposable à l'administration en charge de l'établissement des impôts sur les revenus, la vente, la cession ou l'apport d'actions, d'obligations, de créances ou d'autres titres constitutifs d'emprunts, de droits d'auteur et de droits voisins, de brevets d'invention, de procédés de fabrication, de marques de fabrique ou de commerce, ou de tous autres droits analogues ou de sommes d'argent, **directement ou indirectement**, à un contribuable visé à l'article 227 **ou à un établissement étranger**, **avec qui le contribuable établi en Belgique se trouve directement ou indirectement dans des liens quelconques d'interdépendance** et qui, en vertu des dispositions de la législation du pays où ils sont établis, n'y est pas soumis à un impôt sur les revenus ou y est soumis, du chef des revenus produits par les biens et droits aliénés, à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui auquel les revenus de l'espèce sont soumis en Belgique. **L'alinéa 1er n'est pas d'application lorsque le contribuable justifie que l'opération est réalisée avec une entreprise soumise à un impôt sur les revenus effectif qui est au moins égal à la moitié de l'impôt sur les revenus qui serait dû si cette entreprise était établie en Belgique.** **L'alinéa 1er n'est pas d'application lorsque le contribuable démontre par tous moyens de preuve, à l'exception du serment, que l'opération s'inscrit dans le cadre d'une opération authentique en ce sens qu'elle a été mise en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.**

(16) *Ibid.*, n° 58.

(17) Voy. not. C. Buysse, « Paiements vers des "pays-refuges" : déduction admise dans un contexte UE », *Le Fiscologue*, 8 février 2013, n° 1327, p. 8 ; I. Panis, « Art. 54 CIR 1992 : contraire à la libre prestation des services », *Le Fiscologue*, 24 août 2012, n° 1305, pp. 10 et s.

(18) S. Gommers, « Le tribunal de Bruxelles partagé sur l'application de l'art. 344, § 2, CIR ? », *Le Fiscologue*, 12 mars 2021, n° 1693, pp. 9 et s.

(19) Les modifications opérées par la loi-programme sont mises en exergue en gras.

A. *Introduction méthodologique*

En modifiant les articles 54 et 344, § 2, CIR, le législateur belge entend donc les rendre conformes à l'arrêt *SIAT* et, plus généralement, à la jurisprudence de la CJUE relative aux libertés de circulation en lien avec les mesures anti-abus nationales.

Afin de vérifier si cet objectif a été atteint, nous nous reposerons sur la méthodologie de raisonnement développée par la CJUE dans sa jurisprudence en la matière[20].

En premier lieu, nous déterminerons les libertés de circulation susceptibles d'être affectées et invoquées par un contribuable en cas d'application, par l'administration fiscale, des dispositions belges examinées. Nous vérifierons, ensuite, si les critères que doit respecter une mesure fiscale nationale pour être conforme au droit primaire diffèrent en fonction de la liberté de circulation applicable (B).

En second lieu, nous identifierons les différences de traitement constitutives d'une restriction aux libertés de circulation que sont susceptibles d'instaurer ces dispositions et analyserons si elles peuvent être justifiées par une ou plusieurs « raisons impérieuses d'intérêt général » admises par la Cour de justice au cours de l'élaboration de sa jurisprudence (C).

Enfin, en troisième lieu, nous examinerons dans quelle mesure la modification des articles 54 et 344, § 2, CIR rencontre l'objectif de mise en conformité avec les libertés de circulation poursuivi par le législateur belge en les confrontant aux critères établis par la CJUE pour qu'une mesure anti-abus nationale passe le « test de proportionnalité » et soit conforme au droit européen (D).

B. *Les libertés de circulation applicables*

1. Détermination des libertés applicables

a) *Méthodologie issue de la jurisprudence de la CJUE*

Afin de déterminer la liberté de circulation applicable, il convient, en priorité, de prendre en considération l'*objet* de la législation nationale examinée.

Si cette dernière a vocation à s'appliquer « aux seules participations permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions d'une société et de déterminer les activités de celle-ci », elle relèverait de la liberté d'établissement. Si, en revanche, elle ne vise que « des participations effectuées dans la seule intention de réaliser un placement financier sans intention d'influer sur la gestion et le contrôle de l'entreprise », elle relèverait alors plutôt de la libre circulation des capitaux[21].

En l'occurrence, la loi-programme est venue ajouter une condition d'application supplémentaire aux deux dispositions selon laquelle les contribuables belge et étranger doivent se trouver « directement ou indirectement dans des liens quelconques d'interdépendance »[22]. Selon les travaux parlementaires, la notion d'« interdépendance » doit s'apprécier « au sens le plus large », « de manière analogue à ce qui est prévu pour l'application de l'article 26 CIR 92 »[23].

Dans le cadre de l'application de l'article 26 CIR, tant l'administration fiscale que les juridictions belges interprètent traditionnellement cette notion de manière assez large étant donné sa formulation elle-même ouverte. Sont ainsi visées des situations impliquant des liens juridiques (tels que la participation dans le capital ou le pouvoir de désigner les administrateurs d'une société) mais également des liens strictement économiques (tels que l'étroite coopération technique, la dépendance économique en termes de capitaux ou de matières premières ou même des relations familiales étroites entre les exploitants)[24].

Eu égard à cette interprétation, tant des participations qui confèrent une « influence certaine » sur une société que des participations prises au titre de placement financier sont visées par les dispositions qui sont donc susceptibles de relever de la liberté d'établissement et de la liberté de circulation des capitaux[25].

Dès lors que les articles 54 et 344, § 2, CIR sont également susceptibles de s'appliquer à des situations n'impliquant pas de participations (conférant

(20) Voy. not. L. De Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, *op. cit.*, pp. 835 et s. et A. Maitrot de la Motte, *Droit fiscal de l'Union européenne*, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 220-347.

(21) CJUE, 16 février 2023, *Gallaher Limited*, aff. C-707/20, ECLI:EU:C:2023:101, n° 56 ; CJUE, 10 avril 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, aff. C-190/12, ECLI:EU:C:2014:249, nos 23-35 ; CJUE, 27 janvier 2022, *Commission c. Royaume d'Espagne*, aff. C-788/19, ECLI:EU:C:2022:55, nos 10-15.

(22) Ci-après la « condition d'interdépendance ».

(23) *Doc. parl.*, Ch., n° 55-3697/001, préc., p. 7.

(24) L. De Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, *op. cit.*, pp. 85-86 ; L. Deklerck, *Manuel pratique d'impôt des sociétés*, 11e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 184 et Com. IR, n° 26/37.

(25) CJUE, 21 janvier 2010, *Société de Gestion Industrielle SA (SGI)*, aff. C-311/08, ECLI:EU:C:2010:26, n° 30 (ci-après « *SGI* »), dans lequel la Cour a jugé que l'article 26 CIR, dès lors qu'il s'applique entre contribuables qui se trouvent dans des « liens quelconques d'interdépendance », était susceptible de relever de la liberté d'établissement mais également d'autres libertés de circulation, telle que la liberté de circulation des capitaux.

une influence certaine ou au titre de simple placement financier) entre les contribuables belges et étrangers, ils pourraient également relever de la libre prestation de services (articles 56 et s. TFUE). Cette hypothèse devrait toutefois être, en pratique, tout à fait marginale, de telle sorte que nous n'examinerons pas spécifiquement la conformité des mesures belges à cette liberté. En effet, d'une part, la libre prestation de services est subsidiaire par rapport aux autres libertés de circulation et, d'autre part, si les articles 54 et 344, § 2, CIR devaient constituer une restriction à la liberté d'établissement ou à la libre circulation des capitaux, ils constitueraient, dans une mesure analogue, une restriction à la libre prestation de services[26].

Lorsque l'objet de la législation examinée ne permet pas, à lui seul, de déterminer la liberté de circulation applicable, la CJUE prend alors en considération les circonstances factuelles propres au cas d'espèce s'il s'avère que « l'une d'elles est tout à fait secondaire par rapport à l'autre et peut lui être rattachée »[27].

b) *La liberté d'établissement*

En pratique, il est fort probable que ces dispositions ne trouvent à s'appliquer, en grande majorité, qu'à des opérations entre sociétés qui font partie d'un même groupe, liées entre elles par des participations qui confèrent une « influence certaine », de telle sorte qu'elles devraient, dans la plupart des cas, affecter la liberté d'établissement.

En effet, bien que les anciennes versions des articles 54 et 344, § 2, CIR ne contenaient pas une condition d'interdépendance, il était déjà admis que ces mesures avaient principalement vocation à s'appliquer à des paiements ou transferts entre entreprises liées « en sorte que l'économie d'impôt qui était recherchée à travers [le paiement ou] le transfert aurait pu être répercutée sur le […] contribuable belge »[28].

De manière plus générale, la plupart des schémas d'évasion fiscale internationale (tels que ceux visés par les deux dispositions) ont pour objet le déplacement de matière imposable d'un contribuable établi dans un État à fiscalité élevée vers un autre contribuable résident d'un État à fiscalité peu élevée, voire inexistante. Ce type d'opération n'a généralement d'intérêt que si les deux contribuables sont directement ou indirectement liés et si l'avantage fiscal attendu ou produit par l'opération bénéficie ultimement à l'un d'eux et/ou à leurs actionnaires communs[29].

Or, seules des sociétés liées entre elles par une participation conférant une « influence certaine » devraient être en mesure de prendre (conjointement) la décision de mettre en place des opérations visées par les articles 54 et 344, § 2, CIR qui *in fine* profiteront fiscalement à d'autres entités du groupe ou au groupe dans son ensemble[30].

Enfin, rappelons que la liberté d'établissement ne s'applique qu'entre États membres. Par conséquent, si des sociétés liées entre elles par une participation conférant une « influence certaine », et que l'une est établie au sein de l'UE et l'autre dans un État tiers, elles ne pourraient pas en revendiquer le bénéfice. Elles ne pourraient pas non plus invoquer la liberté de circulation des capitaux qui ne s'applique pas, en relation avec les États tiers, à des situations qui tombent dans le champ d'application de la liberté d'établissement[31].

(26) P. Van Cleynenbreugel, *Droit matériel de l'Union européenne*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 426-427 et L. De Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, *op. cit.*, pp. 840-841.

(27) CJUE, 16 février 2023, *Gallaher Limited*, préc., n° 57.

(28) A. Nollet, « L'article 344, § 2, du C.I.R. 1992 : essai de contrôle de "constitutionnalité" et de "conventionnalité" d'une disposition légale fiscale belge "anti-abus" », *op. cit.*, p. 492.

(29) Voy. L. De Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, *op. cit.*, pp. 41 et s. sur le concept de *base company*.

(30) À propos de la condition d'interdépendance de l'article 26 CIR, voy. concl. av. gén. J. Kokott, 10 septembre 2009, *Société de Gestion Industrielle (SGI)*, aff. C-311/08, ECLI:EU:C:2009:545, n° 32.

(31) CJUE, 16 février 2023, *Gallaher Limited*, *op. cit.*, n° 63-64 : « […] [D]ès lors que le traité FUE n'étend pas la liberté d'établissement aux pays tiers, il importe d'éviter que l'interprétation de l'article 63, paragraphe 1, TFUE, en ce qui concerne les relations avec ces États, permette à des opérateurs économiques qui n'entrent pas dans les limites du champ d'application territorial de la liberté d'établissement de tirer profit de celle-ci ». Voy. toutefois concl. av. gén. M. P. Mengozzi, 5 juin 2018, *X GmbH c. Finanzamt Stuttgart – Körperschaften*, aff. C-135/17, ECLI:EU:C:2018:389, n° 16-20 qui considère que la règle CFC allemande en cause dans l'affaire, qui s'applique à toute participation d'au moins 1 % dans le capital d'une société établie dans un État tiers, relève de la libre circulation des capitaux, sans qu'il ne soit nécessaire de prendre en considération les circonstances concrètes de l'espèce. En l'occurrence, elles portaient sur une participation de 30 %, qui ne conférait pas nécessairement une « influence certaine » sur les décisions de la société établie en Suisse, eu égard à la répartition du capital de cette dernière et n'était dès lors pas exclue automatiquement du champ d'application de la libre circulation des capitaux. L'avocat général semble considérer que, dans cette hypothèse, l'application de la libre circulation des capitaux ne doit être refusée que dans les cas où existe un « risque de contournement de la liberté d'établissement ». Dans l'arrêt qui a suivi, la CJUE a estimé que la mesure allemande en cause relevait de la libre circulation des capitaux sans procéder à un examen de la liberté applicable, laissant par-là penser qu'elle entérine le raisonnement de l'avocat général.

c) *La libre circulation des capitaux*

Les hypothèses (plus rares) dans lesquelles les contribuables visés par les dispositions ne sont pas liés par une participation conférant une « influence certaine » relèveraient alors plutôt de la liberté de circulation de capitaux.

Il ne fait aucun doute que la liberté de circulation des capitaux entre États membres soit bien applicable. Ce n'est toutefois pas le cas en ce qui concerne les relations avec les États tiers dès lors que les articles 54 et 344, § 2, CIR pourraient relever de la clause de *standstill* de l'article 64, § 1er, TFUE.

Cette clause permet aux États membres de continuer à appliquer des restrictions à certains mouvements de capitaux existantes au 31 décembre 1993[32]. Dès lors que les articles 54 et 344, § 2, CIR existaient à cette date et n'ont pas été modifiés jusqu'alors, il était admis qu'ils relevaient de cette clause et, par conséquent, que la liberté de circulation des capitaux en relation avec les États tiers ne leur était pas applicable[33].

À notre avis, la modification de ces dispositions opérée par la loi-programme ne devrait pas avoir pour effet de les exclure du champ d'application de cette clause de *standstill*.

En effet, il ressort de l'arrêt *X GmbH* que relèvent toujours du champ d'application de l'article 64, § 1er, TFUE les législations qui existaient au 31 décembre 1993 et qui, bien qu'elles aient été modifiées par après, « sont maintenues intactes quant à leur substance »[34].

Or, il nous semble que la récente modification des articles 54 et 344, § 2, CIR n'a pas affecté leur substance.

Certes, le champ d'application des dispositions a été modifié par l'ajout de la condition d'interdépendance entre les contribuables belges et étrangers et le contenu des contre-preuves a été adapté et « modernisé ». Toutefois, la mécanique sur laquelle elles reposent[35] et l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale qu'elles poursuivent demeurent inchangés.

La modification des dispositions pourrait ne pas non plus avoir pour effet de les exclure du champ d'application de la clause de *standstill* dans la mesure où elle « se borne à réduire ou à supprimer un obstacle à l'exercice des droits et des libertés communautaires figurant dans la législation antérieure […] »[36].

Ainsi, nous estimons que la liberté de circulation des capitaux en relation avec des États tiers ne pourra toujours pas être invoquée et seule l'application de ces dispositions dans un contexte intra-européen devrait soulever la question de leur conformité au droit primaire.

L'exclusion des articles 54 et 344, § 2, CIR du champ d'application de la liberté de circulation de capitaux en relation avec des États tiers est lourde de conséquences puisque la plupart, voire la totalité, des « paradis fiscaux » dans lesquels sont susceptibles d'être établis des contribuables étrangers visés se situent en dehors de l'Union européenne[37], spécialement depuis que les États membres ont démantelé leurs régimes fiscaux préférentiels (tels que celui de la « Holding 29 » luxembourgeoise dont il est question dans l'arrêt *SIAT*), à la suite de l'adoption par le Conseil du Code de conduite[38]-[39].

(32) Voy. not. D. S. Smit, « Capital Movements and Third Countries: the Significance of the Standstill-Clause Ex-Article 54(1) of the EC Treaty in the Field of Direct Taxation », *EC Tax Review*, 2006-4, pp. 203 et s.

(33) L. De Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, *op. cit.*, pp. 974 et 990.

(34) CJUE, 26 février 2019, *X GmbH c. Finanzamt Stuttgart (Sociétés intermédiaires établies dans des pays tiers)*, aff. C-135/17, ECLI:EU:C:2019:136, n° 38 (ci-après « *X GmbH* »).

(35) Telle que décrite *supra*, II, A.

(36) CJUE, 13 décembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, aff. C-446/04, ECLI:EU:C:2006:774, n° 192 ; CJUE, 26 février 2019, *X GmbH*, préc., n° 37.

(37) À titre indicatif, nous renvoyons le lecteur à l'article 73-4*quater* AR/CIR qui établit une liste d'États dont le régime de droit commun à l'impôt des sociétés est présumé être notablement plus avantageux qu'en Belgique pour l'application du régime RDT et à l'article 179 AR/CIR qui énumère les États à fiscalité inexistante ou peu élevée vers lesquels certains paiements doivent faire l'objet d'une déclaration en vertu de l'article 307, § 1er/2, CIR. Aucun des États figurant sur ces deux listes ne fait partie de l'Union européenne.

(38) Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, du 1er décembre 1997 (*JO*, C 2, 1998, p. 1).

(39) Le contribuable ne se retrouvera toutefois pas démuni en cas d'application de l'article 54 ou 344, § 2, CIR à un paiement ou un transfert d'actif vers un État tiers. En relation avec ceux d'entre eux avec lesquels la Belgique a conclu une convention préventive de la double imposition (« CPDI »), le contribuable belge pourrait, le cas échéant, soutenir que l'application des articles 54 ou 344, § 2, CIR est contraire à la répartition du pouvoir d'imposition consacrée par ladite CPDI. Par ailleurs, nous verrons *infra* (III, D, 1) que les articles 54 et 344, § 2, CIR sont toujours problématiques du point de vue du principe de sécurité juridique. Or, ce principe est également consacré par d'autres ordres juridiques que celui de l'Union européenne (tels que l'article 1er du Premier Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme ou le droit belge au sein duquel il occupe le rang de principe général de droit) que le contribuable pourra également invoquer pour échapper à l'application de ces mesures. Sur la portée du principe de sécurité juridique en droit

2. Incidence de la liberté applicable sur les critères pertinents pour la détermination de l'existence d'une restriction prohibée

Comme nous le verrons plus loin, la Cour de justice a développé, au cours de l'élaboration de sa jurisprudence, une série de critères que doit respecter une mesure anti-abus nationale (constitutive d'une restriction aux libertés de circulation) pour être considérée comme proportionnée à l'objectif de « lutte contre l'évasion fiscale » et donc conforme au droit européen. Après l'analyse de la détermination des libertés de circulation potentiellement applicables aux articles 54 et 344, § 2, CIR, il convient alors d'examiner si ces critères sont susceptibles d'être différents selon la liberté à l'aune de laquelle leur conformité au droit européen est examinée.

Alors qu'il est traditionnellement admis que ces critères ne devraient pas être substantiellement différents en fonction de la liberté applicable[40], la jurisprudence récente de la CJUE semble semer le doute sur la pertinence et l'uniformité des critères jusqu'ici pris en compte pour déterminer la compatibilité d'une mesure nationale au droit primaire.

Il ressort notamment de l'arrêt *Cadbury Schweppes* que les conditions auxquelles les États membres pouvaient mettre en place des mesures anti-abus nationales (telles que la règle *CFC* britannique mise en cause dans cette affaire) étaient particulièrement strictes et que la CJUE « favorisait, à cette époque, une approche consistant à faire prévaloir les libertés fondamentales »[41]. La notion de « montage purement artificiel », permettant de distinguer l'usage légitime de l'usage abusif du droit européen[42], était effectivement définie strictement (en tant qu'exception aux libertés de circulation) et l'exercice d'une activité économique effective dans un autre État membre excluait la présence d'un tel montage[43].

À la suite des travaux *BEPS* de l'OCDE visant à lutter contre l'évasion fiscale internationale, l'on peut déceler un changement sémantique, opéré par la CJUE, que d'aucuns interprètent comme une extension de la notion de « montage purement artificiel »[44].

Dans l'arrêt *X GmbH*[45], interrogée sur la transposition de la notion de « montage purement artificiel », telle que consacrée en matière de liberté d'établissement dans *Cadbury Schweppes*, à celle de la libre circulation des capitaux en relation avec des États tiers, la CJUE a considéré qu'elle ne pouvait se limiter à l'absence de réalité économique de l'établissement d'une filiale mais était « également susceptible de couvrir, dans le contexte de la libre circulation des capitaux, tout dispositif dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est le transfert artificiel de bénéfices générés en vertu d'activités réalisées sur le territoire d'un État membre vers des pays tiers à faible niveau d'imposition »[46].

Il est vrai que cette définition semble, à première vue, plus large que celle traditionnellement admise en matière de liberté d'établissement[47]. Cependant, la Cour de justice considère plus loin que la démonstration de l'existence de raisons commerciales de la participation dans la CFC ou de la réalité de l'activité économique qu'elle exerce sont de nature à exclure la constatation de l'existence d'un « montage purement artificiel » (ou d'un « dispositif artificiel »)[48]. Or, ces critères sont les mêmes que ceux consacrés précédemment par la CJUE, dans sa jurisprudence antérieure au projet *BEPS*, pour exclure la présence

européen, en vertu de la CEDH et en droit belge, nous renvoyons le lecteur vers l'étude suivante : N. Pirotte, « Sécurité juridique (et complexité) du droit fiscal : comment la renforcer sans la détruire ou les paradoxes d'un idéal… », *R.G.C.F.*, 2023/2, pp. 149-182, spéc. pp. 168-180.

(40) Voy. not. L. De Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, *op. cit.*, p. 841.

(41) J. Kokott, « Justice et temps – La Cour de justice en temps de lutte contre le "BEPS" (érosion de base d'imposition et transfert de bénéfices) », *R.G.C.F.*, 2022/3-4, p. 178.

(42) K. Lenaerts, « Le juge de l'Union, promoteur de la lutte contre l'abus de droit en matière fiscale », *R.G.C.F.*, 2019/6, pp. 433-449.

(43) CJUE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc Cadbury Schweppes Overseas Ltd*, aff. C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (ci-après « *Cadbury Schweppes* »), n° 68.

(44) Voy. not. N. Traut et G. Weiss de Resende, « Anti-Avoidance Jurisprudence in Direct Taxation: the CJEU Between Politics and Certainty », *Intertax*, 2024, vol. 52, Issue 3, pp. 1-13. Outre ce changement sémantique, ces auteurs constatent également que la CJUE, par les « arrêts danois », a étendu la portée du principe général anti-abus européen qui implique désormais une *obligation* (et non plus une *faculté*), à destination des États membres, de lutter contre les abus de droit européen.

(45) Comme l'affaire *Cadbury Schweppes*, cet arrêt porte sur la compatibilité d'une règle *CFC* allemande avec le droit primaire en raison de son application à une société allemande pour une participation dans une société établie en Suisse.

(46) CJUE, 26 février 2019, *X GmbH*, préc., n° 84.

(47) Voy. not. CJUE, *Cadbury Schweppes*, préc., n° 64 et CJUE, 26 février 2019, *N Luxembourg 1 et e.a.*, C-115/16, C-118/16, C-119/16 et C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134, n° 124 (ci-après « *N Luxembourg 1* »).

(48) CJUE, *X GmbH*, préc., n° 85.

d'un abus[49]. Si *X GmbH* révèle, certes, une certaine évolution sémantique par rapport à la jurisprudence traditionnelle en matière d'abus de droit, il n'est, selon nous, pas si évident que l'enseignement de cet arrêt consiste nécessairement en la consécration d'une conception plus large de la notion de « montage purement artificiel ».

Si cela devait toutefois être le cas, cette conception devrait, à notre estime, être strictement circonscrite au contexte de la libre circulation des capitaux en relation avec les États tiers.

L'étendue du champ d'application du principe général anti-abus européen[50] dépend de la matière à laquelle il s'applique et des objectifs de la disposition du droit de l'Union en cause[51]. Il serait donc logique qu'il soit interprété plus largement dans le cadre de la libre circulation des capitaux en relation avec les États tiers dès lors que ces derniers ne sont pas soumis aux objectifs d'intégration économique et juridique et d'instauration d'un marché unique que poursuit l'Union européenne[52]. À l'inverse, le concept d'abus de droit dans une situation intra-européenne devrait faire l'objet d'une interprétation plus stricte et d'une acception uniforme quelle que soit la liberté de circulation applicable[53].

À cet égard, la Cour de justice a déjà jugé qu'en raison du contexte juridique différent et, notamment, du degré d'intégration juridique existant entre les États membres, une mesure nationale constitutive d'une restriction à la libre circulation des capitaux en relation avec les États tiers pourrait plus facilement être justifiée qu'une mesure similaire dans un contexte intra-européen[54].

Cette vision est corroborée par (une certaine lecture de) l'arrêt *X GmbH*.

En effet, la CJUE constate, en premier lieu, que les objectifs de la liberté de circulation des capitaux en relation avec les États tiers diffèrent de ceux poursuivis par la liberté d'établissement[55].

En second lieu, la Cour déduit de ce constat que l'interprétation du concept de « montage purement artificiel », consacrée dans *Cadbury Schweppes*, ne peut être transposée mais est susceptible, dans le contexte de la libre circulation des capitaux, de recouvrir un éventail plus large de situations. L'emploi du terme « partant » au début du paragraphe indique clairement un lien causal entre, d'une part, les objectifs différents de la liberté de circulation des capitaux en relation avec les États tiers de ceux de la liberté d'établissement et, d'autre part, l'interprétation plus « large », dans ce contexte, de la notion de « montage purement artificiel »[56].

Elle précise, enfin, que l'interprétation large de cette notion vise uniquement le transfert de bénéfices réalisés sur le territoire de l'Union européenne vers des « pays tiers à faible imposition ».

Par ailleurs, la Cour de justice, dans un arrêt *Commission c. Royaume-Uni*, n'a pas opéré cette distinction alors qu'il était pourtant également question de la conformité d'une législation britannique similaire à une règle *CFC*[57] dans un contexte de libre circulation des capitaux.

(49) Voy. not. CJUE, *Cadbury Schweppes*, préc., n° 66-68 et CJUE, 13 novembre 2014, *Commission c. Royaume-Uni*, C-112/14, ECLI:EU:C:2014:2369, n° 28.

(50) Dans le cadre de l'examen de conformité de mesures anti-abus nationales aux libertés de circulation, il se matérialise, en l'espèce, par la « raison impérieuse d'intérêt général » de « lutte contre l'évasion fiscale ». Sur la controverse doctrinale relative à l'unicité du concept d'abus de droit européen, voy. L. De Broe, « Tax Abuse in the European Union: The Current State of Affairs », *World Tax Journal*, August 2022, pp. 435 et s. et W. Nystrom, « Saving the ATAD CFC Regime Through Abuse of Law or the Rule Of Reason », *Intertax*, 2021, vol. 49, issue 3, pp. 222 et s., spéc. pp. 224-226.

(51) L. De Broe, « Tax Abuse in the European Union: The Current State of Affairs », *op. cit.*, pp. 446-447.

(52) F. Vanistendael, « An EU Corporate Income Tax Filling the Hole in the EU Budget: An End to Tax Competition and "Tax Abuse"? », *Bulletin for International Taxation*, November-December 2021, pp. 749 et s., spéc. pp. 753-754.

(53) Concl. av. gén. J. Kokott, 10 septembre 2009, *SGI*, préc., n°s 37-38 : « […] Dans des situations purement intracommunautaires, la question du rapport entre la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux peut rester ouverte, étant donné que les critères de ces deux libertés fondamentales sont largement les mêmes. […] Comme une analyse à la lumière des règles relatives à la libre circulation des capitaux n'aboutirait pas à un autre résultat qu'une analyse à l'aune de la liberté d'établissement, j'analyserai la présente affaire, pour des raisons d'économie de procédure, à la seule lumière de la seconde de ces libertés fondamentales ».

(54) Voy. not. CJUE, 18 décembre 2007, *A*, aff. C-101/05, ECLI:EU:C:2007:804, n°s 36-37 et CJUE, 13 décembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, préc., n°s 170-171. Voy. également, S. Geringer, « The EU's Uncoordinated Approach to Tax Avoidance and Tax Abuse in Relation to "Uncooperative" Tax Jurisdictions », *Intertax*, 2022, vol. 50, Issue 3, pp. 205-217, spéc. pp. 207-209.

(55) Les arrêts cités par la CJUE, sur ce point, ne portent d'ailleurs que sur des affaires relatives à la liberté de circulation des capitaux en relation avec des États tiers.

(56) La version anglaise de l'arrêt emploie le terme *therefore* et la version néerlandaise emploie *derhalve* qui peuvent être traduits par « en conséquence » ou « par conséquent ».

(57) CJUE, 13 novembre 2014, *Commission c. Royaume-Uni*, préc., n°s 2-5, pour une description de la législation nationale en cause qui prévoyait, en substance, l'imposition de plus-values réalisées par une filiale non-résidente dans le chef de sa société mère résidente britannique.

Cet arrêt a été rendu à l'issue d'une procédure de recours en manquement diligentée par la Commission. Dès lors, contrairement aux arrêts rendus sur renvoi préjudiciel, la Cour examinait la conformité de la législation britannique à la liberté de circulation des capitaux considérée *in abstracto*, applicable donc tant aux situations entre États membres qu'à celles en relation avec des États tiers. Or, dans ce contexte, elle ne semble pas avoir consacré une interprétation de la notion de « montage purement artificiel » plus large que celle en matière de liberté d'établissement issue de *Cadbury Schweppes*[58].

Ainsi, si la CJUE a consacré une interprétation « extensive » de la notion de « montage purement artificiel » dans *X GmbH* et pas dans *Commission c. Royaume-Uni*, alors que les deux législations étaient examinées au regard de la liberté de circulation des capitaux, il y a lieu de penser que la différence de contexte a été décisive et que l'interprétation « large » issue de *X GmbH* doit alors être circonscrite aux seules situations impliquant les États tiers.

Enfin, relevons que l'avocat général N. Emiliou, dans l'affaire *X BV*[59], estimait que l'interprétation issue de *X GmbH* devait être appliquée en matière de liberté d'établissement (en cause dans l'affaire) dans un souci d'uniformité de la notion d'abus de droit européen[60].

Or, dans l'arrêt rendu dans cette affaire, la Cour n'a pas consacré cette définition mais a rappelé celle citée traditionnellement en matière de liberté d'établissement en référence aux arrêts *Cadbury Schweppes* et *N Luxembourg 1*[61]. Il peut en être déduit qu'implicitement, la CJUE n'a pas entendu transposer l'interprétation « large » issue de *X GmbH* à la matière de la liberté d'établissement.

Pour revenir aux articles 54 et 344, § 2, CIR, il résulte de ce qui précède, premièrement, que dans des situations entre États membres, les critères pertinents pour examiner leur conformité au droit primaire ne devraient pas être différents selon que les circonstances de l'espèce relèvent de la liberté d'établissement ou de la libre circulation des capitaux. Deuxièmement, dès lors que nous avons conclu à l'inapplicabilité de la libre circulation des capitaux en relation avec les États tiers (en raison de l'application de la clause de *standstill*), l'interprétation « large » de la notion de « montage purement artificiel », issue de *X GmbH*, ne sera pas pertinente pour la suite de notre étude.

Nous n'envisagerons donc que l'application de la liberté d'établissement dès lors qu'il s'agira, en pratique, de la liberté de circulation la plus souvent impactée. Le raisonnement en la matière devrait alors être transposable *mutatis mutandis* à la libre circulation des capitaux.

C. *Identification d'une entrave à la liberté d'établissement et de « raisons impérieuses d'intérêt général » susceptibles de la justifier*

À titre liminaire, précisons que la question de l'identification d'une entrave à une liberté fondamentale est une question complexe et controversée en doctrine, souvent tributaire des éléments factuels de l'espèce[62]. Or, le présent examen n'envisage les mesures belges qu'abstraitement, de telle sorte qu'il excéderait le cadre de la présente contribution d'identifier toutes les circonstances dans lesquelles elles pourraient créer des entraves à la liberté d'établissement.

Ainsi, dans les lignes qui suivent, nous nous contenterons de nous appuyer sur la jurisprudence de la CJUE dans des affaires portant sur des mesures anti-abus nationales similaires afin de déterminer dans quelle mesure les dispositions belges constituent ou non de telles entraves (1).

Nous identifierons ensuite quelles « raisons impérieuses d'intérêt général », admises par la Cour de justice au cours de l'élaboration de sa jurisprudence, sont susceptibles de justifier les entraves à la liberté d'établissement instaurées par les articles 54 et 344, § 2, CIR (2).

(58) *Ibid.*, n° 28 où la CJUE considère, comme dans *Cadbury Schweppes* (n°s 55 et 65), que la démonstration de la « réalité économique » de la participation prise dans une société non-résidente est suffisante pour exclure la présence d'un « montage purement artificiel ».

(59) CJUE, 4 octobre 2024, *X BV c. Staatssecretaris van Financiën (Intérêts relatifs à un emprunt intragroupe)*, aff. C-585/22, ECLI:EU:C:2024:822 (ci-après « *X BV* »).

(60) Concl. av. gén. N. Emiliou, 14 mars 2024, *X BV c. Staatssecretaris van Financiën (Intérêts relatifs à un emprunt intragroupe)*, aff. C-585/22, ECLI:EU:C:2024:238, n°s 74-75.

(61) CJUE, 4 octobre 2024, *X BV*, préc., n° 66 : « La constatation de l'existence d'un tel montage exige, outre un élément subjectif consistant en la volonté d'obtenir un avantage fiscal, qu'il ressorte d'un ensemble d'éléments objectifs que, malgré un respect formel des conditions prévues par le droit de l'Union, l'objectif poursuivi par la liberté d'établissement n'a pas été atteint ».

(62) L. De Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, *op. cit.*, p. 865 et M. Helminen, *EU Tax Law – Direct Taxation*, Amsterdam, IBFD, 2023, p. 155.

1. Existence d'une entrave à la liberté d'établissement

a) *L'article 54 CIR*

Nous l'avons vu, dans l'arrêt *SIAT*, la CJUE a considéré que l'article 54 CIR constituait une entrave à la libre prestation de services en ce que la déductibilité des paiements visés était admise à des conditions plus strictes que celles énumérées à la règle générale de déductibilité des frais professionnels de l'article 49 CIR. Dès lors, une telle règle, qui ne s'applique que lorsque le prestataire de services est établi dans un autre État membre, « est susceptible de dissuader, d'une part, les contribuables belges d'exercer leur droit à la libre prestation de services et de recourir aux services de prestataires établis dans un autre État membre et, d'autre part, ces derniers d'offrir leurs services à des destinataires établis en Belgique »[63].

La modification de la disposition par la loi-programme n'est, selon nous, pas de nature à mener à une conclusion différente ni en ce qui concerne la libre prestation de services (dont il était question dans l'arrêt *SIAT*), ni dans le contexte de la liberté d'établissement (dans lequel la présente étude s'inscrit).

En effet, dans des affaires dans lesquelles étaient mises en cause des mesures anti-abus nationales analogues à l'article 54 CIR, la Cour de justice a également considéré qu'elles étaient constitutives d'entraves à la liberté d'établissement[64]. Comme l'article 54 CIR, ces mesures avaient pour objet de refuser la déductibilité (totale ou partielle) d'intérêts payés entre sociétés liées résidentes d'autres États membres dans des circonstances où le législateur national pressentait un risque d'évasion fiscale.

Dans ces affaires, la Cour de justice a jugé que les mesures nationales introduisaient une différence de traitement en fonction du lieu de résidence de la société liée qui était de nature à dissuader des sociétés d'exercer leur liberté d'établissement ou de la rendre moins attrayante et, par conséquent, constituaient une entrave à cette liberté.

b) *L'article 344, § 2, CIR*

L'article 344, § 2, CIR présente de nombreuses similitudes avec les règles *CFC*[65] dont celle d'imposer des revenus perçus par un contribuable étranger bénéficiant d'un régime fiscal favorable dans le chef d'un contribuable résident de l'État qui prescrit la règle anti-abus.

Or, la Cour de justice considère que de telles règles instaurent des différences de traitement fondées sur le lieu de résidence d'une société liée et sont, par conséquent, constitutives d'une entrave à la liberté d'établissement[66].

De façon similaire, l'article 344, § 2, CIR traite plus défavorablement des situations transfrontalières que des situations purement internes dès lors qu'aucune disposition de droit belge ne prévoit l'imposition de revenus d'actifs transférés à un contribuable belge faiblement taxé par un autre contribuable belge dans le chef de ce dernier. Son application devrait donc également constituer une entrave à la liberté d'établissement.

2. Existence d'une « raison impérieuse d'intérêt général » susceptible de justifier une entrave à la liberté d'établissement

a) *L'article 54 CIR*

a.1) La lutte contre l'évasion fiscale

L'entrave à la liberté d'établissement instaurée par l'article 54 CIR est certainement susceptible d'être justifiée par la « raison impérieuse d'intérêt général » de « lutte contre l'évasion fiscale » puisque l'objectif de cette disposition est de lutter contre le transfert de bénéfices normalement imposables en Belgique vers des « paradis fiscaux ».

Pour qu'une législation nationale puisse être justifiée par l'objectif de « lutte contre l'évasion fiscale », son but spécifique « doit être de faire obstacle à des comportements consistant à créer des montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique, dans le but d'éluder l'impôt normalement dû sur les bénéfices générés par des activités réalisées sur le territoire national »[67].

Or, l'article 54 CIR ne s'appliquera notamment pas si le contribuable belge parvient à démontrer que « le paiement s'inscrit dans le cadre d'une opération authentique en ce sens qu'elle a été mise en place

(63) CJUE, 5 juillet 2012, *SIAT*, préc., n° 28.
(64) Voy. not. CJUE, 13 mars 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue*, aff. C-524/04, n° 34, ECLI:EU:C:2007:161 (ci-après « *Thin Cap* »), n°s 36-63 ; CJUE, 22 février 2018, *X BV et X NV*, aff. C-398/16 et aff. C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, n°s 27-32 et CJUE, 20 janvier 2021, *Lexel AB*, aff. C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34, n°s 35-42.
(65) Voy. not. L. De Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, *op. cit.*, pp. 124-128.
(66) CJUE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, préc., n°s 44-46.
(67) *Ibid.*, n° 55 et CJUE, 13 mars 2007, *Thin Cap*, préc., n° 74.

pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique ».

Nous aborderons *infra*[68] l'interprétation à accorder à cette échappatoire pour qu'elle puisse être conforme au droit primaire mais il semble qu'à première vue, le champ d'application de l'article 54 CIR soit bien circonscrit aux seuls « montages purement artificiels »[69].

a.2) La sauvegarde de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres

Selon les travaux préparatoires, le motif de « sauvegarde de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres »[70] serait également susceptible de justifier l'entrave instaurée par l'article 54 CIR[71]. Sont cités, au soutien de cette thèse, les arrêts *Impresa Pizzarotti*[72] et *X GmbH c. Finanzamt Bremen*[73], rendus par la CJUE, qui a admis que cet objectif puisse justifier des mesures nationales en matière de prix de transfert.

L'enjeu de la question de savoir si le motif de « répartition équilibrée du pouvoir d'imposition » est susceptible de justifier l'entrave à la liberté d'établissement instaurée par l'article 54 CIR réside dans le fait que, dans l'affirmative, cet article ne devrait pas se limiter à ne viser que des « montages purement artificiels » mais permettrait de lutter, de manière générale, contre des « comportements [qui sont] de nature à compromettre le droit d'un État membre d'exercer sa compétence fiscale en relation avec les activités réalisées sur son territoire »[74].

Les motifs de « lutte contre l'évasion fiscale » et de « répartition équilibrée du pouvoir d'imposition » sont d'ailleurs reconnus comme étant liés[75] dès lors que les « montages abusifs ne sont […] qu'une forme particulière d'atteinte à la répartition de la souveraineté fiscale entre les États membres »[76].

Toutefois, alors que la CJUE a clairement défini la notion de « montage purement artificiel »[77], elle n'a pas (encore) établi de critères précis permettant de répartir de manière équilibrée le pouvoir d'imposition entre les États membres, ni de déterminer dans quelles circonstances les États membres pouvaient invoquer avec succès cette justification[78].

En effet, la Cour de justice a admis cette justification (seule ou conjointement avec d'autres motifs) dans diverses affaires portant sur des mesures nationales variées relatives tant à la lutte contre le transfert de bénéfices[79] qu'au transfert transfrontalier de pertes[80], qu'à des régimes de transfert de bénéfices intragroupe ou de consolidation fiscale[81] ou encore à des règles d'*exit tax*[82].

Dans l'arrêt *SIAT*, la Cour de justice a admis que ce motif (conjointement avec d'autres) puisse justifier la restriction créée par l'article 54 CIR, de sorte qu'il ne devrait y avoir aucune raison pour qu'elle en décide autrement à propos de sa nouvelle version.

(68) Voy. III, D, 3, a).
(69) Voy. not. CJUE, 5 juillet 2012, *SIAT*, préc., n° 42.
(70) Ci-après la « répartition équilibrée du pouvoir d'imposition ».
(71) *Doc. parl.*, Ch., n° 55-3697/001, préc., p. 9.
(72) CJUE, 8 octobre 2020, *Impresa Pizzarotti & C Spa Italia Sucursala Cluj*, aff. C-558/19, ECLI:EU:C:2020:806 (ci-après « *Impresa Pizzarotti* »), relatif à une disposition de droit roumain qui prévoit un ajustement à la hausse des bénéfices en cas de transaction entre personnes liées qui n'est pas conforme au principe de pleine concurrence.
(73) CJUE, 13 octobre 2022, *X GmbH & Co. KG c. Finanzamt Bremen*, aff. C-431/21, ECLI:EU:C:2022:792. Cette affaire n'est pas réellement pertinente en l'espèce puisqu'elle porte sur la conformité d'une législation allemande qui assujettit le contribuable à une obligation de documentation en matière de prix de transfert et qui permet à l'administration fiscale d'imposer une sanction pécuniaire en cas de non-respect de cette obligation.
(74) Voy. not. CJUE, 18 juillet 2007, *Oy AA*, aff. C-231/05, ECLI:EU:C:2007:439, n°s 54 et 63 et CJUE, 21 janvier 2010, *SGI*, préc., n°s 60 et 66.
(75) Voy. not. CJUE, 18 juillet 2007, *Oy AA*, préc., n° 62 et CJUE, 20 janvier 2021, *Lexel AB*, préc., n° 74.
(76) Concl. av. gén. J. Kokott, 10 septembre 2009, *SGI*, préc., n° 59.
(77) CJUE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, préc., n° 64.
(78) Voy. not. M. Poulsen, « Freedom of Establishment and the Balanced Allocation of Tax Jurisdiction », *Intertax*, 2012, vol. 40, Issue 3, pp. 200-211, spéc. p. 208. et M. G. H. Schaper, « The Need to Prevent Abusive Practices and Fraud as a Composite Justification », *EC Tax Review*, 2014-4, pp. 220-229.
(79) Voy. not. CJUE, 21 janvier 2010, *SGI*, préc., dans lequel la Cour a admis le motif de « répartition équilibrée du pouvoir d'imposition » pris ensemble avec celui de « lutte contre l'évasion fiscale » et CJUE, 5 juillet 2012, *SIAT*, préc., pris ensemble avec les motifs de « lutte contre l'évasion fiscale » et de « nécessité d'assurer l'efficacité des contrôles fiscaux ».
(80) Voy. not. CJUE, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, aff. C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763, pris ensemble avec les motifs de « risque de double emploi des pertes » et de « risque d'évasion fiscale » et CJUE, 15 mai 2008, *Lidl Belgium*, aff. C-414/06, ECLI:EU:C:2008:278, pris ensemble avec le motif de « risque de double emploi des pertes ».
(81) Voy. not. CJUE, 18 juillet 2007, *Oy AA*, préc., pris ensemble avec le motif de « lutte contre l'évasion fiscale » et CJUE, 25 février 2010, *X Holding BV*, C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89 dans lequel la Cour a admis pour la première fois le caractère autonome du motif de « répartition équilibrée du pouvoir d'imposition ».
(82) Voy. not. CJUE, 29 novembre 2011, *National Grid Indus BV*, aff. C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 et CJUE, 25 avril 2013, *Commission européenne c/ Royaume d'Espagne*, aff. C-64/11, ECLI:EU:C:2013:264.

Pourtant, la Cour de justice a récemment jugé, dans l'arrêt *Lexel AB*, que le motif tiré de la « répartition équilibrée du pouvoir d'imposition » (qu'il soit pris isolément ou conjointement avec celui de « lutte contre l'évasion fiscale ») ne pouvait être admis pour justifier une entrave instaurée par une règle suédoise presque identique à l'article 54 CIR[83]-[84].

Au stade de l'examen du caractère justifiable de la mesure nationale au regard du motif de « répartition équilibrée du pouvoir d'imposition », la Cour de justice rappelle que ce motif a, en effet, déjà été admis « lorsqu'une condition de résidence est requise pour accéder à un régime fiscal particulier afin d'éviter que l'assujetti ait le libre choix de déterminer dans quel État un bénéfice est imposé ou une perte est prise en compte et la possibilité de déplacer librement l'assiette imposable entre les États membres » en se référant aux arrêts *Oy AA*, *SGI* et *X Holding BV* précités[85].

La Cour de justice soulève, toutefois, que la mesure suédoise ne relève pas de cette catégorie de règles relatives au transfert de bénéfices ou de pertes au sein d'un groupe fiscal consolidé et qu'elle doit, dès lors, « être examinée de manière séparée »[86]. Elle considère, ensuite, que l'objectif qu'elle poursuit qui « vise explicitement à empêcher l'érosion de la base d'imposition suédoise qui pourrait résulter de la planification fiscale liée à la déduction d'intérêts dans une situation transfrontalière […] ne saurait être confondu avec la nécessité de préserver la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres » et estime donc que ce motif de justification ne pourrait être retenu[87].

Enfin, la Cour de justice estime que la mesure examinée « ne saurait être justifiée sur le fondement d'une prise en compte conjointe de la nécessité de préserver une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres et de celle de la lutte contre l'évasion fiscale » dès lors que le motif de « répartition équilibrée du pouvoir d'imposition », pris isolément, n'a pu être admis[88].

Ainsi, eu égard aux caractéristiques communes partagées par la législation suédoise et l'article 54 CIR sur lesquelles se fonde la CJUE pour rejeter l'admission de la justification tirée de la « répartition équilibrée du pouvoir d'imposition » (prise seule ou conjointement avec celle de « lutte contre l'évasion fiscale »), il peut être soutenu que ces motifs ne sont pas de nature à justifier l'entrave à la liberté d'établissement instaurée par la disposition belge[89].

b) *L'article 344, § 2, CIR*

b.1) La lutte contre l'évasion fiscale

Nous avons relevé plus haut que l'article 344, § 2, CIR présentait de nombreuses similitudes avec les règles *CFC*. Or, la CJUE a déjà admis que des règles *CFC* puissent être justifiées par le motif de « lutte contre l'évasion fiscale » si elles se limitaient à ne viser que des « montages purement artificiels »[90].

De la même manière que l'article 54 CIR, l'article 344, § 2, CIR ne s'applique notamment pas si le contribuable parvient à démontrer que l'opération est « authentique », de sorte que son champ d'application devrait également être bien circonscrit aux « montages purement artificiels »[91].

(83) La législation suédoise en cause conditionnait la déductibilité d'intérêts payés entre sociétés liées à leur imposition minimale à 10 % dans le chef de leur bénéficiaire à moins que le principal motif de la conclusion du prêt ne soit l'obtention d'un « avantage fiscal substantiel ». Le contribuable était encore mis en mesure de démontrer que le prêt était principalement justifié par des raisons commerciales pour échapper à l'application de la règle. Voy. CJUE, 20 janvier 2021, *Lexel AB*, préc., n°s 3-13 pour une description des dispositions légales en cause.

(84) Voy. également CJUE, 22 février 2018, *X BV et X NV*, préc., qui porte sur une mesure néerlandaise qui limite également la déductibilité d'intérêts intragroupe. Cette affaire se distingue, cependant, de l'affaire *Lexel AB* et de l'article 54 CIR dans la mesure où la différence de traitement était fondée non pas sur un critère de résidence fiscale, mais sur l'accès à un régime de consolidation fiscale qui est susceptible d'être justifié plus facilement par le motif de « répartition équilibrée du pouvoir d'imposition ». En ce sens, voy. CJUE, 20 janvier 2021, *Lexel AB*, préc., n°s 64-65.

(85) CJUE, 20 janvier 2021, *Lexel AB*, préc., n° 61.

(86) *Ibid.*, n° 63.

(87) *Ibid.*, n°s 67-70.

(88) *Ibid.*, n° 76.

(89) En ce sens, voy. concl. av. gén. M. Pedro Cruz Villalon, 29 septembre 2011, *SIAT*, aff. C-318/10, ECLI:EU:C:2011:624, n°s 49-50 : « […] La pertinence de la justification tirée de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition doit pourtant être écartée en l'espèce au principal. […] En effet, l'article 54 du CIR 1992 ne vise pas, à tout le moins dans sa littéralité, à permettre à la Belgique de conserver des ressources fiscales qui risqueraient de lui échapper. Il ne faut pas oublier que cette disposition vise les personnes qui sont et ne peuvent être que contribuables en Belgique et ne vise qu'à assurer que les déductions de l'impôt sur leurs revenus sont justifiées. Elle n'opère donc pas de répartition du pouvoir de taxation des États membres concernés sur les bénéfices correspondant auxdites rémunérations ». Sans qu'elle ne s'en soit justifiée, la CJUE n'a toutefois pas suivi l'avocat général sur ce point.

(90) CJUE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, préc., n° 55 et CJUE, 13 novembre 2014, *Commission c. Royaume-Uni*, préc., n° 25.

(91) Voy. *infra*, III, D, 3, b), sur l'interprétation de la seconde échappatoire à consacrer pour que la disposition ne vise que des « montages purement artificiels » et soit conforme au droit primaire.

b.2) La sauvegarde de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre États membres

À notre connaissance, la Cour de justice n'a pas (encore) admis que le motif de « répartition équilibrée du pouvoir d'imposition » puisse justifier une règle similaire à l'article 344, § 2, CIR (telle qu'une règle *CFC*) et la doctrine belge est partagée sur cette question[92].

À notre estime, les enseignements de l'arrêt *Lexel AB* (sur lesquels nous nous sommes fondés pour dénier la possibilité de justification de l'entrave instaurée par l'article 54 CIR par le motif de « répartition équilibrée du pouvoir d'imposition ») peuvent être (à tout le moins partiellement) transposables à l'article 344, § 2, CIR.

En effet, d'une part, l'article 344, § 2, CIR ne relève pas de la catégorie de mesures nationales pour lesquelles la Cour de justice admet qu'elles soient justifiées par le motif de « répartition équilibrée du pouvoir d'imposition ». D'autre part, l'objectif de lutte contre les transferts de revenus imposables vers des « pays-refuges », poursuivi par l'article 344, § 2, CIR, « ne saurait [lui non plus] être confondu avec la nécessité de préserver la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres »[93].

Enfin, la CJUE a déjà refusé le droit, pour un État membre, d'invoquer ce motif de justification lorsque celui-ci avait renoncé à son pouvoir d'imposition sur certains revenus lors de la conclusion d'une CPDI avec un autre État membre[94]. Dès lors que la Belgique a conclu une CPDI avec tous les États membres de l'UE, le motif de « répartition équilibrée du pouvoir d'imposition » ne devrait pas pouvoir être invoqué pour justifier une entrave créée par l'article 344, § 2, CIR lorsque son application a pour conséquence d'attribuer à la Belgique un pouvoir d'imposition qui ne lui revient pas en vertu de la CPDI conclue avec l'État de résidence du cessionnaire[95].

D. *Test de proportionnalité*

Afin qu'une mesure anti-abus nationale puisse être considérée comme conforme à la liberté d'établissement, encore faut-il qu'elle soit proportionnée à l'objectif de « lutte contre l'évasion fiscale », en ce sens qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

Nous l'avons vu, dans l'arrêt *SIAT*, le principal grief exprimé par la CJUE au regard du principe de proportionnalité repose sur le caractère incertain de l'application de l'article 54 CIR pour le contribuable et, par conséquent, sur son absence de conformité au principe de sécurité juridique. Nous examinerons, en premier lieu, si les modifications apportées par la loi-programme sont de nature à surmonter cet écueil et à rendre les dispositions belges compatibles à la jurisprudence de la CJUE sur ce point (1).

Nous avons également vu que les articles 54 et 344, § 2, CIR instauraient des présomptions d'évasion fiscale. Bien que de telles présomptions ne soient pas, en soi, contraires aux libertés de circulation, elles doivent répondre à certaines exigences, telles que la répartition équilibrée de la charge de la preuve entre l'administration fiscale et le contribuable ou le degré de spécificité des critères permettant de présumer l'existence d'un « montage purement artificiel ». Nous verrons, en deuxième lieu, que les modifications opérées par la loi-programme ne devraient pas être satisfaisantes à cet égard, contrairement à ce que soutient le législateur belge (2).

Enfin, en troisième lieu, pour qu'une mesure anti-abus n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de « lutte contre l'évasion fiscale », elle doit se limiter à viser les « montages purement artificiels » et non des opérations « dont la réalité économique ne saurait être contestée »[96]. Nous déterminerons ainsi l'interprétation qu'il conviendra d'accorder à la notion d'« opération

(92) Voy. not. A. Nollet, « L'article 344, § 2, du C.I.R. 1992 : essai de contrôle de "constitutionnalité" et de "conventionnalité" d'une disposition légale fiscale belge "anti-abus" », *op. cit.*, p. 514 : « [C]ette disposition, même si elle ne vise pas formellement les groupes de sociétés, viendrait bien s'attaquer à des délocalisations trop aisées de "source de matière imposable" (transferts de propriété d'actifs mobiliers) vers des États où cette *matière* serait sensiblement moins taxée qu'en Belgique et avec le territoire desquels ces *sources* ne seraient pas vraiment "économiquement" liées ». *Contra* : L. De Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, *op. cit.*, p. 994 : « *As to the first argument it is believed that Art. 344(2) BITC distorts rather than preserves the balanced allocation of taxing powers between Members States as it allows Belgium to tax income which has been taxed – albeit moderately – in another Member State in the hands of another taxpayer* ».

(93) CJUE, 20 janvier 2021, *Lexel AB*, préc., n° 67.

(94) CJUE, 17 septembre 2015, *F. E. Familienprivatstiftung Eisenstadt*, aff. C-589/16, ECLI:EU:C:2015:612, n° 71. Voy. également, M. Helminen, *EU Tax Law – Direct Taxation*, *op. cit.*, p. 172.

(95) Sur la compatibilité de l'article 344, § 2, CIR aux CPDI conclues par la Belgique similaires à la « Convention-Modèle » de l'OCDE, voy. not. L. De Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, *op. cit.*, pp. 638-644 et A. Nollet, « L'article 344, § 2, du C.I.R. 1992 : essai de contrôle de "constitutionnalité" et de "conventionnalité" d'une disposition légale fiscale belge "anti-abus" », *op. cit.*, pp. 514-520.

(96) CJUE, 13 novembre 2014, *Commission c. Royaume-Uni*, préc., n° 28.

authentique » dans le cadre de la seconde contre-preuve que prévoient les deux dispositions, pour qu'elle soit conforme au droit primaire (3).

1. Conformité au principe de sécurité juridique ?

À titre liminaire, rappelons que, comme un auteur l'a souligné[97], le grief relatif à la contrariété au principe de sécurité juridique, émis par la CJUE, dans l'arrêt *SIAT*, ne portait pas sur la première alternative désignant un contribuable établi dans un « paradis fiscal »[98]. Celle-ci devrait donc être interprétée comme elle l'était déjà sous l'ancienne mouture des articles 54 et 344, § 2, CIR, sans que cela ne soit problématique au regard du droit européen. Ainsi, un contribuable étranger sera considéré comme n'étant « pas soumis à un impôt sur les revenus » dans son État de résidence soit lorsque ce dernier ne prélève aucun impôt, soit lorsque le contribuable y bénéficie d'une exemption « subjective », c'est-à-dire lorsqu'il est explicitement exclu de l'assujettissement à l'impôt sur les revenus[99].

Ce grief portait plutôt sur la seconde alternative et l'expression de « régime de taxation notablement plus avantageux ».

Malgré l'avis négatif rendu par le Conseil d'État[100], le législateur considère que l'ajout, d'une part, de la condition d'interdépendance (a) et, d'autre part, de la possibilité pour le contribuable belge de démontrer que le contribuable étranger est soumis « à un impôt sur les revenus effectif qui est au moins égal à la moitié de l'impôt sur les revenus qui serait dû si cette entreprise était établie en Belgique »[101] (b) est suffisant pour répondre aux exigences du principe de sécurité juridique.

a) *La condition d'interdépendance*

Le législateur belge se fonde principalement sur les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *SIAT* et sur les arrêts *Impresa Pizzarotti* et *X GmbH c. Finanzamt Bremen* précités pour considérer que l'ajout de la condition d'interdépendance « peut être un facteur important au regard de la proportionnalité de la mesure par rapport à l'objectif qu'elle poursuit »[102] et qu'elle « permet d'améliorer la prévisibilité de l'application des mesures »[103].

L'avocat général estimait, en effet, que le principal problème que posait l'article 54 CIR au regard de la libre prestation de services résidait « dans son absence de spécificité ou […] dans l'universalité de son champ d'application » et que, s'il était circonscrit aux situations où les contribuables sont unis par des liens d'interdépendance, « il serait plus aisé de constater qu'[il] ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif qu'il poursuit légitimement »[104].

Le Conseil d'État épingle, cependant, un passage des mêmes conclusions de l'avocat général qui lui fait conclure que la condition d'interdépendance n'est pas suffisante pour rencontrer les exigences de sécurité juridique : « [T]outefois, l'existence d'un lien d'interdépendance n'est, précisément, qu'une circonstance dont la présence éventuelle dans un cas déterminé ne permet pas de relativiser l'universalité du champ d'application de l'article 54 CIR, son défaut de spécificité »[105].

Rappelons, en effet, que la notion de « liens quelconques d'interdépendance » recouvre un éventail de situations particulièrement large qui, si elle permet de circonscrire un peu plus le champ d'application des articles 54 et 344, § 2, CIR, n'est pas réellement de nature à relativiser son universalité[106].

Pour les contribuables qui se trouvent dans des liens d'interdépendance *juridique* (comme le sont des sociétés d'un même groupe), cette condition supplémentaire ne devrait, en réalité, pas avoir l'importance que lui accorde le législateur belge.

En effet, nous avons mis en exergue *supra*[107] que les opérations de transfert de revenus ou d'actifs intragroupe vers des « paradis fiscaux » ne sont mises en

(97) S. Gommers, « Le tribunal de Bruxelles partagé sur l'application de l'art. 344, § 2, CIR ? », *op. cit.*, pp. 9 et s.
(98) En référence à l'absence d'assujettissement à un impôt sur les revenus.
(99) L. De Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, *op. cit.*, pp. 86-87, 104 et 132-133. Sont dès lors exclus de cette première branche de l'alternative les contribuables qui, bien qu'assujettis à un impôt sur les revenus, sont imposés sur une base réduite ou sur certains (types de) revenus. Pour ces contribuables, on parlera alors plutôt d'exemption « objective », telle que celle dont bénéficient certaines « sociétés d'investissement » dont la base imposable à l'impôt des sociétés belge est déterminée par l'article 185*bis* CIR.
(100) *Doc. parl.*, Ch., n° 55-3697/001, préc., pp. 289-295.
(101) Ci-après « la contre-preuve portant sur la charge fiscale minimale ».
(102) *Doc. parl.*, Ch., n° 55-3697/001, préc., pp. 293.
(103) *Ibid.*, p. 7.
(104) Concl. av. gén. M. Pedro Cruz Villalon, 29 septembre 2011, *SIAT*, préc., n°s 70-72.
(105) *Ibid.* Cette phrase suit immédiatement celle sur laquelle se fonde le législateur dans les travaux préparatoires…
(106) Voy. *supra*, III, B, 1, a), sur l'interprétation de la notion de « liens quelconques d'interdépendance ».
(107) Voy. III, B, 1, b).

place, la plupart du temps, qu'entre sociétés liées entre elles par une participation qui confère une « influence certaine » puisqu'elles supposent un certain degré de connivence entre les parties afin que l'avantage fiscal consenti par le contribuable belge puisse bénéficier ultimement au groupe dans son ensemble. Ceci était déjà vrai sous l'empire des anciennes moutures des articles 54 et 344, § 2, CIR qui ne contenaient pas cette condition, de sorte que son impact pratique sur les groupes de sociétés devrait être minime (voire nul), dès lors qu'ils la rempliront systématiquement.

En ce qui concerne les contribuables qui se trouvent dans des liens d'interdépendance *économique*, cette condition supplémentaire ajoute plutôt de l'imprévisibilité étant donné l'interprétation particulièrement large que lui consacrent les juridictions et l'administration[108]. En pratique, il n'est, en outre, pas aisé d'apporter la contre-preuve relative à la charge fiscale minimale ou celle relative à la « réalité économique » de l'opération lorsque le contribuable étranger est un cocontractant-tiers avec lequel le contribuable belge n'a aucun lien juridique.

Ainsi, dans l'un ou l'autre cas d'interdépendance, l'ajout de cette condition ne devrait pas être de nature, à elle seule, à pallier l'insécurité juridique inhérente aux mesures belges[109].

b) *La contre-preuve portant sur la charge fiscale minimale*

Le législateur belge considère, en outre, que l'ajout de la contre-preuve portant sur la charge fiscale minimale ainsi que les avancées en matière de transparence fiscale (qui permettraient au contribuable belge d'avoir plus facilement connaissance du régime fiscal dont bénéficie un cocontractant) « garantissent qu'une sécurité juridique suffisante [soit] fournie aux contribuables et que les dispositions prévues [soient] conformes à l'arrêt SIAT de la Cour de justice »[110].

Selon nous, le législateur identifie mal les griefs émis par la CJUE dans l'arrêt *SIAT*[111].

En effet, la Cour de justice n'a pas seulement mis en cause les incertitudes quant à l'applicabilité de l'article 54 CIR dues à l'emploi de l'expression vague de « régime de taxation notablement plus avantageux ».

Les griefs portaient, plus généralement, sur le caractère systématique du renversement de la charge de la preuve sur la base d'une présomption d'évasion fiscale reposant sur un seul critère rédigé de telle façon que le contribuable ne pouvait anticiper de manière suffisamment claire l'application de la mesure[112]. Ainsi, le grief d'imprévisibilité du texte s'inscrivait dans celui, plus large, de répartition déséquilibrée de la charge de la preuve entre l'administration et le contribuable[113].

Or, force est de constater que la loi-programme ne répond à aucun de ces deux griefs.

L'ajout de la condition d'interdépendance, qui inclut un large éventail d'hypothèses, n'est, selon nous, pas de nature à remédier au défaut de sécurité juridique des dispositions inhérent à l'emploi de la notion toujours aussi vague de « régime de taxation notablement plus avantageux » stigmatisée par la CJUE. Ainsi, les deux conditions sont rédigées en des termes tellement imprécis que l'application des mesures belges risque d'être abandonnée à l'arbitraire de l'administration fiscale. Une fois la présomption d'évasion fiscale (facilement) établie et la charge de la preuve renversée sur les épaules du contribuable, ce dernier est quant à lui confronté à un lourd calcul de l'impôt hypothétique qu'aurait dû payer le prestataire ou le cessionnaire s'il avait été établi en Belgique, ce qui revient à lui faire effectivement supporter la charge de la preuve relative au régime fiscal auquel est soumis le contribuable étranger.

Avec le Conseil d'État, l'on peut également constater les discordances dans la désignation d'un « paradis

(108) Spécialement s'il devait être question de liens *indirects* d'interdépendance économique.

(109) Remarquons que les législations roumaine et allemande mises en cause (mais validées par la CJUE) dans les affaires *Impresa Pizzarotti* et *X GmbH c. Finanzamt Bremen*, invoquées dans les travaux préparatoires de la loi-programme, s'appliquent entre « personnes liées » par des participations directes ou indirectes d'au moins 25 %. Le champ d'application de ces dispositions est donc nettement plus circonscrit que celui des articles 54 et 344, § 2, CIR.

(110) *Doc. parl.*, Ch., n° 55-3697/001, préc., p. 9.

(111) En ce sens, voy. également I. Panis et A. Sultus, « Révision des régimes relatifs aux paiements et transferts vers les paradis fiscaux », *Le Fiscologue*, 12 janvier 2024, n° 1819, pp. 3 et s. ; G. Galéa, C. Guéry et M. Cauchie, « Paiements et transferts d'actifs vers des paradis fiscaux : une prétendue conformité à la jurisprudence européenne », *Act. fisc.*, 2024/12, pp. 5-6.

(112) CJUE, 5 juillet 2012, *SIAT*, préc., n°s 55-57.

(113) Voy. *infra*, III, D, 2, sur les exigences posées par la CJUE en termes de répartition de la charge de la preuve dans l'application de mesures anti-abus nationales. Ces exigences poursuivent également un impératif de sécurité juridique pour le contribuable, de sorte que les deux questions sont liées et se recoupent. Toutefois, nous les examinons de manière séparée dans un but de clarté de la présente contribution.

fiscal » entre, d'une part, la condition d'application qui se réfère au « régime de taxation notablement plus avantageux » et, d'autre part, la contre-preuve portant sur la charge fiscale minimale[114].

En effet, la condition relative au « régime de taxation notablement plus avantageux » renvoie au régime fiscal *théorique*[115] auquel est soumis le revenu perçu par le contribuable étranger dans son État de résidence, là où la contre-preuve vise l'impôt *effectivement* payé.

En outre, la condition relative au « régime de taxation notablement plus avantageux » ne porte que sur les revenus *de l'espèce* (transférés ou produits par l'actif cédé) alors que la contre-preuve vise l'impôt effectif de l'entreprise sur son revenu *total*[116].

Prenons un exemple pour illustrer l'impact pratique de cette discordance sur l'efficacité des mesures belges au regard de l'objectif qu'elles poursuivent.

Imaginons que plusieurs sociétés d'un même groupe soient établies dans différents États membres de l'UE. Parmi elles, la société belge du groupe est particulièrement florissante alors que la *holding* faîtière, une SOPARFI établie au Luxembourg, enregistre des pertes reportables sur plusieurs exercices en raison de moins-values sur actions d'autres sociétés du groupe[117]. Les deux sociétés s'accordent pour que la *holding* effectue des prestations de services contre rémunérations au bénéfice de sa filiale belge. Cette opération poursuit exclusivement le but de transférer des bénéfices normalement imposables en Belgique vers le Luxembourg afin de les compenser avec les pertes de la *holding*.

Alors que ce cas typique d'évasion fiscale contrarie clairement les objectifs de lutte contre le transfert de bénéfices vers des « paradis fiscaux » que poursuit le législateur belge, l'administration fiscale ne sera pas en mesure d'invoquer l'article 54 CIR avec succès dès lors qu'une SOPARFI est assujettie à l'impôt sur le revenu des collectivités au Luxembourg et n'y bénéficie pas d'un « régime de taxation notablement plus avantageux » qu'en Belgique pour les revenus de l'espèce. Pourtant, le contribuable belge n'aurait pas pu se prévaloir de la contre-preuve portant sur la charge fiscale minimale dès lors que, si la *holding* luxembourgeoise était établie en Belgique, elle n'aurait pas pu déduire les moins-values sur actions (en vertu de l'article 198, § 1er, 7°, CIR) qui auraient alors été imposables à l'impôt des sociétés. L'article 54 CIR est donc impuissant face à cet exemple (pourtant caricatural) de « montage purement artificiel ».

En lui attribuant deux acceptions différentes dans un même contexte, le législateur belge n'appréhende pas de manière suffisamment claire la notion de « paradis fiscal ». L'on peut donc s'interroger sur l'aptitude des articles 54 et 344, § 2, CIR à lutter, *de manière cohérente*, contre certains paiements et transferts d'actifs vers des « paradis fiscaux », ce qui pourrait également être contraire à la jurisprudence de la CJUE[118].

2. La répartition de la charge de la preuve

a) *Les exigences établies par la CJUE concernant la répartition de la charge de la preuve de l'abus de droit*

Comme nous venons de le voir, le grief portant sur l'absence de conformité de l'article 54 CIR au principe de sécurité juridique (transposé à l'article 344, § 2, CIR) s'inscrit dans l'analyse, plus globale, du caractère (dis)proportionné de la répartition de la charge de la preuve entre le contribuable et l'administration fiscale.

Il est, à cet égard, de jurisprudence constante que la charge de la preuve de l'existence d'un « montage purement artificiel » repose, en principe, sur l'administration fiscale[119]. Pour qu'une mesure nationale anti-abus soit conforme au droit européen,

(114) *Doc. parl.*, Ch., n° 55-3697/001, préc., p. 294.

(115) Il s'agit du régime fiscal auquel devrait être soumis le revenu de l'espèce *in abstracto* et non son imposition effective dans le chef du contribuable étranger. Voy. L. De Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, *op. cit.*, pp. 105-106.

(116) « […] l'opération est réalisée avec une entreprise soumise à un impôt sur *les revenus* effectif qui est au moins égal à la moitié de l'impôt sur *les revenus* qui serait dû si cette entreprise était établie en Belgique » (*c'est nous qui soulignons*). Par ailleurs, cette contre-preuve s'inspire directement de la condition de taxation de la règle *CFC* issue de la Directive *ATAD*, transposée à l'article 185/2 CIR, qui requiert bien de prendre en compte l'impôt effectivement payé par la société étrangère contrôlée sur *son revenu total*.

(117) Sur le régime fiscal de la SOPARFI, voy. D.-E. Philippe, *L'utilisation par les résidents belges des structures sociétaires luxembourgeoises*, 1re éd., Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 85-123.

(118) L. De Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, *op. cit.*, pp. 923-924 : « *The Court will sanction the use of arbitrary criteria for purposes of establishing the types of tax avoidance that are to be wiped out. The national anti-avoidance rule must treat all situations having the same objective risk of tax avoidance or tax evasion in the same manner* ».

(119) Voy. not. CJUE, 26 février 2019, *N Luxembourg 1*, préc., n° 142 et CJUE, 26 février 2019, *T Danmark et Y Denmark Aps*, aff. C-116/16 et aff. C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135, n° 117 (ci-après les « arrêts danois »).

l'administration fiscale doit alors « procéder à un examen individuel de l'ensemble de l'opération concernée » afin d'établir, d'une part, « un élément subjectif consistant en la volonté d'obtenir un avantage fiscal » et, d'autre part, « qu'il ressorte d'éléments objectifs que, malgré un respect formel des conditions prévues par le droit communautaire, l'objectif poursuivi par la liberté d'établissement […] n'a pas été atteint »[120].

La CJUE admet toutefois, à certaines conditions, que les États membres recourent à des mesures instaurant une présomption d'évasion fiscale.

En premier lieu, une mesure nationale qui présume l'évasion fiscale sur la base de critères prédéterminés doit être réfragable en ce sens que le contribuable doit être mis en mesure, sans contraintes administratives excessives, d'établir l'existence de motifs économiques afin d'échapper à son application[121].

En second lieu, cette présomption ne doit pas avoir une portée générale, en ce sens qu'elle permettrait à l'administration fiscale « d'appliquer des critères généraux prédéterminés » sans qu'elle ne « soit tenue de fournir ne serait-ce qu'un commencement de preuve ou d'indice […] d'abus »[122]. En effet, une mesure anti-abus nationale se fondant sur des critères (trop) facilement démontrables par l'administration aurait pour effet de faire supporter au contribuable une charge de la preuve disproportionnée[123]. Cette interdiction implique que la mesure anti-abus nationale doit se fonder sur un ensemble de critères suffisamment précis et concordants pour présumer le caractère abusif d'une opération.

À l'issue des arrêts *Eqiom et Enka*[124] et *Deister Holding*[125], une certaine doctrine a (légitimement) considéré que la CJUE consacrait un seuil particulièrement élevé de spécificité des critères permettant de présumer l'évasion fiscale[126].

Cependant, la CJUE semble, à première vue, avoir assoupli ses exigences dans l'arrêt *X BV*. Dans cette affaire, était mise en cause la conformité avec la liberté d'établissement d'une législation néerlandaise prévoyant la limitation de la déductibilité d'intérêts payés par une société néerlandaise (i) à une entité liée[127] (ii) en exécution d'un prêt conclu dans le but d'acquérir ou d'augmenter une participation dans une entité qui, à la suite de cette acquisition ou cette augmentation, devient une entité liée du contribuable. La Cour de justice a jugé que la combinaison de ces deux conditions d'application était suffisamment spécifique et concordante pour présumer l'existence d'un « montage purement artificiel »[128].

Selon la CJUE, la législation néerlandaise en cause ne constitue pas une présomption générale prohibée dans la mesure où le contribuable est mis en mesure de la renverser en démontrant soit que l'emprunt et l'opération d'acquisition ou d'augmentation de la participation se fondent, de manière déterminante, sur des considérations économiques, soit que les intérêts payés subissent une imposition effective « raisonnable », dans le chef du prêteur, c'est-à-dire au moins 10 % d'impôt sur un bénéfice imposable déterminé selon le droit néerlandais.

À y regarder de plus près, les arrêts *Eqiom et Enka* et *X BV* peuvent toutefois être réconciliés et le second peut être vu plutôt comme une précision que comme divergent du premier.

Dans l'arrêt *Eqiom et Enka*, la législation française en cause prévoyait le refus d'exonération de prélèvement à la source de dividendes versés à une société mère non-résidente contrôlée directement ou indirectement par des résidents d'États tiers à moins que la société française ne démontre que la chaîne de participation n'a pas pour objet principal ou l'un de ses objets principaux de tirer avantage de cette exonération. La CJUE a estimé que la combinaison de ses conditions d'application ne permettait pas à la mesure de viser spécifiquement

(120) CJUE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, préc., n° 64, réitéré en des termes similaires dans CJUE, 26 février 2019, *N Luxembourg 1*, préc., n° 124 et CJUE, 26 février 2019, *T Danmark et Y Denmark Aps*, préc., n° 97.

(121) Voy. not. CJUE, 5 juillet 2012, *SIAT*, préc., n° 50.

(122) Voy. not. CJUE, 17 juillet 1997, *Leur Bloem*, aff. C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369, n° 41 et CJUE, 7 septembre 2017, *Eqiom SAS et Enka SA*, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641, n° 32 (ci-après « *Eqiom et Enka* »).

(123) L. De Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, *op. cit.*, p. 915.

(124) CJUE, 7 septembre 2017, *Eqiom et Enka*, préc.

(125) CJUE, 20 décembre 2017, *Deister Holding AG et Juhler Holding A/S*, aff. C-504/16 et aff. C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009 (ci-après « *Deister Holding* »).

(126) En ce sens, voy. not. I. de Groot, « Deister Holding and Juhler Holding: New Opportunities for Holding Companies Under the Parent-Subsidiary Directive/Fundamental Freedoms? », *EC Tax Review*, 2018/4, pp. 225-228 ; C. Sano, « Allocation of the Burden of Proof Under the Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive According to the Most Recent ECJ Case Law », *EC Tax Review*, 2018/5, pp. 267-279.

(127) La notion d'« entité liée », employée par la législation néerlandaise, vise les sociétés mères et filiales à hauteur d'une participation d'au moins un tiers ainsi que les entités sœurs qui ont un actionnaire commun chacune à hauteur d'une participation d'au moins un tiers (CJUE, 4 octobre 2024, *X BV*, préc., n° 3).

(128) *Ibid.*, n° 70.

les « montages purement artificiels » mais constituait une présomption générale d'évasion fiscale et, partant, l'a déclarée contraire à la liberté d'établissement et à l'article 1.2 de la Directive mère-filiale[129].

Dans l'arrêt *X BV*, la Cour de justice nous donne des précisions sur la portée de l'arrêt *Lexel AB* et indique que la législation suédoise en cause dans cette affaire a été jugée contraire à la liberté d'établissement dans la mesure où elle était susceptible de s'appliquer uniquement en raison de « l'intention de la société concernée de contracter une dette principalement pour des raisons fiscales »[130]. Elle ne visait donc pas uniquement des « montages purement artificiels » mais également des transactions conclues dans des conditions de pleine concurrence et constituait dès lors une présomption générale d'évasion fiscale prohibée.

Ainsi, le dénominateur commun des mesures en cause dans les affaires *Eqiom et Enka* et *Lexel AB* réside dans la circonstance que leur application repose uniquement sur les motivations principalement fiscales poursuivies par le contribuable.

La mesure en cause dans *X BV* s'en distingue, d'une part, en raison des circonstances bien spécifiques dans lesquelles les intérêts visés sont payés et, d'autre part, son application nécessite un examen individuel et concret du caractère artificiel et de la conformité à la réalité économique de l'opération en cause. Selon nous, c'est ce dernier point qui est déterminant pour qu'une mesure anti-abus soit conforme à la liberté d'établissement : le contribuable doit pouvoir échapper à son application en démontrant l'existence de motifs économiques valables susceptibles de justifier la mise en place de l'opération. Par-là, il démontre que l'opération mise en place n'est pas artificielle, que les objectifs de la liberté d'établissement sont atteints[131] et que l'élément objectif de l'abus n'est donc pas rencontré en l'espèce.

b) *La répartition de la charge de la preuve établie par les articles 54 et 344, § 2, CIR*

Malgré certaines similitudes entre les conditions d'application de cette mesure néerlandaise en cause dans *X BV* et celles des articles 54 et 344, § 2, CIR, nous estimons que les dispositions belges n'offrent pas de garanties suffisantes, au regard des critères établis par la CJUE, en termes de spécificité des conditions d'application.

En premier lieu, relevons que l'opération visée par la législation néerlandaise en cause dans *X BV*, consistant en une acquisition ou une augmentation d'une participation dans une entité liée financée par un emprunt auprès d'une autre entité liée, est, en soi, considérée comme « suspecte » et est un élément constitutif de la présomption d'abus à part entière. L'opération permet, en effet, la conversion d'une participation en un prêt. Les dividendes distribués par la filiale sont alors transformés en intérêts déductibles et « artificiellement » transférés vers une autre entité liée étrangère faiblement taxée qui, sans l'opération, n'aurait sans doute pas pu prétendre à une exonération des dividendes, si elle avait détenu directement la filiale. À l'inverse, pour reprendre les termes de l'avocat général dans l'affaire *SIAT*, l'universalité des champs d'application des articles 54 et 344, § 2, CIR n'a pas été relativisée par la modification opérée par la loi-programme puisque les mesures belges ne ciblent pas des opérations spécifiques mais s'appliquent indistinctement à tout paiement ou toute cession d'actif.

En deuxième lieu, le lien entre les contribuables exigé par la mesure néerlandaise est bien plus ténu et spécifique que les « liens quelconques d'interdépendance » entre les contribuables belge et étranger requis pour l'application des articles 54 et 344, § 2, CIR.

En troisième lieu, les mesures belges emploient toujours l'expression de « régime de taxation notablement plus avantageux » condamnée par la CJUE dont les griefs émis dans l'arrêt *SIAT* sont toujours pertinents. Relevons que la législation néerlandaise emploie également le terme vague d'imposition « raisonnable », qu'elle a au moins le mérite d'expliciter et de fixer à une imposition effective de 10 %.

En résumé, les critiques que nous avons émises ci-dessus au regard du principe de sécurité juridique peuvent être répétées à propos de la répartition de la charge de la preuve.

Les conditions d'application des mesures belges, dont la charge de la preuve repose sur l'administration, sont particulièrement vagues et aisément

(129) Directive 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, applicable aux faits de l'espèce mais désormais remplacée par la Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux société mères et filiales d'États membres différents (ci-après « directive mère-filiale »).

(130) *Ibid.*, n° 80.

(131) Voy. CJUE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, préc., n° 53.

démontrables. De son côté, le contribuable est tenu, pour échapper à leur application, soit de procéder, chaque année, à un lourd calcul de l'impôt auquel aurait été assujetti le contribuable étranger visé s'il avait été établi en Belgique, soit d'établir la réalité économique de l'opération. Eu égard à la condition d'interdépendance particulièrement large, la production des documents permettant d'étayer l'une et l'autre de ces contre-preuves pourrait s'avérer particulièrement délicate dans des hypothèses où le lien d'interdépendance avec le contribuable étranger est mince, spécialement s'il devait être question d'interdépendance économique.

Selon nous, pour bien faire, le législateur belge aurait dû, en premier lieu, employer un critère d'interdépendance plus restreint basé, par exemple, sur un pourcentage minimal direct ou indirect de participation[132]. De la sorte, ce critère aurait été suffisamment précis pour présumer un certain degré de connivence entre les parties, souvent nécessaire pour consentir au transfert de revenus ou d'actifs afin de diminuer la charge fiscale du groupe dans son ensemble.

En second lieu, il aurait mieux valu se débarrasser définitivement de la notion de « régime de taxation notablement plus avantageux » et faire *réellement* supporter à l'administration la preuve de la charge fiscale insuffisante du paiement ou des revenus produits par l'actif transféré dans l'État de résidence du contribuable étranger. Le caractère « notablement plus avantageux » du régime fiscal étranger aurait pu être présumé sur la base d'une liste préétablie de régimes fiscaux étrangers ou d'États considérés comme des « paradis fiscaux »[133] et/ou déterminés clairement en référence à un taux minimal d'imposition (théorique ou effectif, du revenu de l'espèce ou du revenu total du contribuable étranger) en dessous duquel il devient inconcevable, pour le législateur belge, de voir des bénéfices imposables lui échapper.

Il ressort de l'arrêt *X BV* qu'est conforme à la liberté d'établissement la possibilité laissée au contribuable de démontrer soit que le paiement ou le revenu produit par l'actif transféré est soumis à une imposition effective suffisante[134], soit que l'opération correspond à la réalité économique et est justifiée par des motifs commerciaux valables[135] afin d'échapper à l'application des mesures belges.

À notre sens, cette répartition de la charge de la preuve aurait permis, d'un côté, à l'administration fiscale de cibler plus spécifiquement les « montages purement artificiels » et, de l'autre, au contribuable d'être assuré d'une certaine prévisibilité d'application des mesures. Ainsi, les mesures belges auraient pu *réellement* respecter les exigences de la CJUE et être conformes au droit primaire[136].

3. Interprétation de la notion d'« authenticité » du paiement ou de l'opération

Afin d'échapper à l'application de l'une ou l'autre disposition, le contribuable est mis en mesure de démontrer que le paiement (visé par l'article 54 CIR) ou l'opération (visée par l'article 344, § 2, CIR) « s'inscrit dans le cadre d'une opération

(132) Comme pour l'application de la règle *CFC* belge (qui est d'ailleurs bien plus spécifique dans ses conditions d'application), il pourrait s'agir d'une participation en termes de droits de vote, de détention du capital ou de droits aux bénéfices (art. 185/2, § 3, CIR).

(133) En ce sens, voy. G. Galéa, C. Guéry et M. Cauchie, « Paiements et transferts d'actifs vers des paradis fiscaux : une prétendue conformité à la jurisprudence européenne », *op. cit.*, p. 6. Rappelons, toutefois, que la libre circulation des capitaux en relation avec les États tiers ne devrait pas être applicable aux nouveaux articles 54 et 344, § 2, CIR, de sorte que, dans ce contexte, la Belgique ne serait pas tenue par les exigences de la CJUE. Les mesures belges doivent tout de même respecter le principe de sécurité juridique tel que consacré par la CEDH et la Cour de cassation (même lorsque celui issu du droit européen n'est pas applicable) qui pourrait exiger l'établissement d'une liste de « paradis fiscaux » également dans des circonstances où sont impliqués des États tiers.

(134) Le contribuable démontre par là que l'opération n'a pas été mise en place pour des motifs fiscaux puisque aucun avantage fiscal n'est censé être escompté de l'opération et que l'élément subjectif de l'abus de droit européen fait donc défaut.

(135) Ainsi, les objectifs de la liberté d'établissement ne sont pas contrariés par l'opération et l'élément objectif de l'abus de droit européen n'est alors pas rencontré.

(136) Voy. toutefois F. Ravelli et F. Franconi, « Numerous EU Member States are in Breach of EU Law by Requiring Taxpayers to Demonstrate Absence of Abuse », *European Taxation*, October 2021, pp. 440-449 selon lesquels il résulte des « arrêts danois » que l'administration fiscale doit supporter la totalité de la charge de la preuve d'un abus et qu'une mesure anti-abus nationale qui requerrait du contribuable qu'il doive démontrer l'absence d'abus est contraire au droit européen. Si cette thèse a raisonnablement pu être soutenue à la suite des arrêts *Eqiom et Enka*, *Deister Holding* et des « arrêts danois », elle est manifestement contredite par l'arrêt *X BV*. Par ailleurs, selon nous, les « arrêts danois » doivent être distingués de la jurisprudence de la CJUE en matière de présomption d'évasion fiscale et de répartition de la charge de la preuve puisqu'ils portent sur l'application du principe général anti-abus européen qui est donc, par nature, *général* et non pas sur une mesure *spécifique* anti-abus qui emploie des critères prédéfinis. En cas d'application d'une mesure générale anti-abus, dans un contexte européen, l'administration doit effectivement apporter la preuve du double test objectif et subjectif issu notamment de *Cadbury Schweppes* (n° 64) (réitéré, sous une autre forme, par la CJUE dans *N Luxembourg 1*, préc., n° 124). Tandis qu'en cas d'application d'une mesure spécifique anti-abus, l'administration fiscale supporte la charge de la preuve des éléments constitutifs lui permettant d'établir la présomption d'évasion fiscale. Il n'est

authentique en ce sens qu'elle a été mise en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique ».

La filiation européenne de cette expression est indéniable. Il s'agit, en effet, de la formulation employée par les mesures générales anti-abus de la Directive mère-filiale[137] et de l'*ATAD*[138] qui qualifient de « non authentique » un « montage ou une série de montages » qui ne serait pas « mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique ».

Cette filiation est d'ailleurs logique dès lors que le législateur belge entend mettre les articles 54 et 344, § 2, CIR en conformité avec le droit primaire.

En dépit des différences sémantiques, la notion de « non-authenticité » (employée en droit dérivé) doit être considérée comme synonyme de « pure artificialité » (employée en droit primaire) dès lors que, dans l'un ou l'autre cas, il sera question d'un montage qui est dépourvu de réalité économique[139].

À la différence de ces mesures générales anti-abus pour l'application desquelles l'administration fiscale supporte la charge de la preuve du caractère « non authentique » d'un « montage ou d'une série de montages », le contribuable, dans le cadre de la contre-preuve prévue par les articles 54 et 344, § 2, CIR, ne devrait pas apporter la preuve *négative* de la *non-artificialité* du paiement ou de l'opération mais plutôt la preuve *positive* de leur caractère *authentique*, à savoir l'existence de « motifs commerciaux valables » qui sous-tendent leur mise en place.

L'emploi de termes issus du droit européen rend l'interprétation de la seconde échappatoire plus aisément conforme au droit primaire et il conviendra alors de se reposer sur la jurisprudence de la CJUE en matière d'abus de droit pour déterminer dans quelles circonstances les « motifs commerciaux », avancés par le contribuable, pourront être considérés comme suffisamment « valables » pour que l'opération « reflète la réalité économique » et ne soit pas considérée comme abusive.

Les deux dispositions belges relèvent toutefois de catégories de mesures distinctes pour lesquelles la CJUE consacre des critères différents. L'article 54 CIR relève plutôt de la jurisprudence relative aux dispositifs de limitation de la déductibilité d'intérêts à l'aune de laquelle la notion d'« authenticité » de l'opération dans laquelle s'inscrit le paiement sera examinée (a). Nous analyserons, ensuite, l'interprétation qu'il conviendra d'accorder à la notion d'« opération authentique », employée par l'article 344, § 2, CIR, à la lumière de la jurisprudence de la CJUE relative aux règles *CFC*[140] (b).

a) *Le caractère « authentique » du paiement visé par l'article 54 CIR*

a.1. La jurisprudence de la CJUE relative aux mesures nationales de limitation de la déductibilité d'intérêts : controverse suscitée par l'arrêt *Lexel AB* résolue par l'arrêt *X BV*

L'arrêt *Lexel AB* a été interprété comme jugeant que la constatation de l'existence d'un « montage purement artificiel » doit systématiquement être exclue lorsqu'une transaction respecte le principe de pleine concurrence, même en l'absence de toute justification économique[141]. La doctrine a ainsi considéré que ce principe constituait une « sphère de sécurité » (« *safe harbour* ») pour les transactions intragroupe[142].

donc pas question d'un degré différent de répartition de la charge de la preuve mais plutôt d'un objet de la preuve d'une nature différente. Dans l'un ou l'autre cas, le contribuable devra toujours être mis en mesure d'établir l'existence de motifs économiques, permettant d'exclure la constatation d'un abus et ainsi échapper à l'application de la mesure.

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

(138) 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, *JOUE*, 17 juillet 2016, L 193/1.

(139) Sur les liens entre le principe général européen anti-abus et l'article 6 de l'*ATAD*, voy. not. L. De Broe et D. Beckers, « The General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Analysis Against the Wider Perspective of the European Court of Justice's Case Law on Abuse of EU Law », *EC Tax Review*, 2017/3, pp. 133-144 ; L. De Broe, « Tax Abuse in the European Union: The Current State of Affairs », *op. cit.*, spéc. p. 448 ; A. Nollet, « La mesure générale anti-"abus fiscal" en vigueur en droit belge confrontée à la clause générale anti-abus de la directive "ATAD" », *R.E.I.D.F.*, 2020/3, pp. 367-376, spéc. p. 374.

(140) Bien qu'elles n'emploient pas les mêmes moyens et, par conséquent, diffèrent sur certains points, l'article 344, § 2, CIR et les règles *CFC* visent, en fin de compte, à lutter contre le même phénomène de transferts de revenus imposables par l'allocation d'actifs à une société liée établie dans un État à faible fiscalité. Nous ne voyons donc *a priori* pas d'objection à transposer, *mutatis mutandis*, les enseignements de la jurisprudence de la CJUE en matière de *CFC* à la mesure belge.

(141) CJUE, 20 janvier 2021, *Lexel AB*, préc., n° 56.

(142) CFE ECJ Task Force, « Opinion Statement ECJ-TF 1/2021 on the ECJ Decision of 20 January 2021 in *Lexel AB* (Case C-484/19) Concerning the Application of the Swedish Interest Deductibility Rules », *European Taxation*, June 2021, p. 266 ; M. Helminen, *EU Tax Law – Direct Taxation*, *op. cit.*, p. 164.

Le *Hoge Raad* néerlandais s'est demandé si cette interprétation de l'arrêt *Lexel AB* pouvait être transposable à une règle interne de limitation de déductibilité d'intérêts similaire à celle en cause dans *Lexel AB* et a interrogé la CJUE en ce sens par la voie d'une question préjudicielle, dans le cadre de l'affaire *X BV*.

Dans ses conclusions rendues dans cette affaire, l'avocat général N. Emiliou a considéré que l'arrêt *Lexel AB* n'était ni vague ni ambigu et ne pouvait être interprété autrement que comme précédemment décrit mais a explicitement invité la Cour de justice à revenir sur cette position[143].

Selon la CJUE, cette interprétation de l'arrêt *Lexel AB* est, toutefois, erronée et la détermination du caractère purement artificiel d'une transaction intragroupe ne peut se fonder automatiquement et de manière contraignante sur le respect du principe de pleine concurrence.

En se référant aux enseignements de l'arrêt *Thin Cap*, la Cour de justice rappelle que le principe de pleine concurrence peut constituer « un élément objectif et vérifiable par des tiers pour déterminer si la transaction concernée constitue, *en tout ou en partie*, un montage purement artificiel […] » (*c'est nous qui soulignons*). Elle précise, dans le cadre de la détermination du caractère artificiel d'une transaction, qu'« il convient alors de déterminer si, en l'absence de relations spéciales entre les sociétés concernées, le prêt en cause n'aurait *pas été accordé* ou si celui-ci aurait *été accordé pour un montant ou à un taux d'intérêt différents* »[144] (*c'est nous qui soulignons*).

La CJUE met ici un terme à la controverse provoquée par l'arrêt *Lexel AB* en précisant que la détermination de la conformité au principe de pleine concurrence porte non seulement sur « les conditions de l'emprunt », mais aussi sur sa logique économique ainsi que sur celle des opérations juridiques qui y sont liées. L'examen du caractère artificiel d'une transaction intragroupe implique donc de déterminer si, en l'absence de liens d'interdépendance entre les sociétés, celles-ci l'auraient quand même conclue.

Ainsi, la CJUE distingue selon qu'une transaction intragroupe est artificielle dans son *existence* (auquel cas elle n'aurait pas été conclue) ou dans ses *conditions* (auquel cas elle aurait été conclue à des conditions différentes).

Dans l'arrêt *Thin Cap*, la Cour de justice précisait également que, si le caractère artificiel de la transaction ne peut être exclu sur la base d'un « examen d'éléments objectifs et vérifiables » (telle que, notamment, l'absence de conformité au principe de pleine concurrence), le contribuable doit « être mis en mesure […] de produire des éléments concernant les éventuelles raisons commerciales pour lesquelles cette transaction a été conclue »[145]. *A contrario*, en l'absence de raisons commerciales, la transaction doit bien être considérée comme artificielle.

Bien loin d'une conception rigide de la notion de « montage purement artificiel », reposant sur une référence automatique et contraignante au principe de pleine concurrence, qui a pu être déduite de l'arrêt *Lexel AB*, la Cour de justice confirme que les raisons (commerciales ou fiscales) qui ont présidé à la mise en place d'une transaction sont déterminantes dans l'appréciation de l'existence d'un « montage purement artificiel »[146].

Il en résulte donc que la Cour assigne au principe de pleine concurrence un premier rôle de boussole dans la *caractérisation* d'un abus, sans pour autant le considérer comme un cap indépassable et contraignant.

Ainsi, une transaction intragroupe qui respecte, dans ses *conditions*, le principe de pleine concurrence mais dont l'*existence* même n'est pas justifiée par des motifs économiques (en ce sens que des sociétés indépendantes ne l'auraient jamais conclue) doit être considérée comme abusive[147]. Dans l'arrêt *X BV* et *X NV*, la CJUE a déjà jugé qu'un prêt intragroupe pouvait être considéré comme un « montage purement artificiel » *pour le tout* dès lors qu'il ne correspond « à aucune opération économique réelle et ne vise qu'à créer artificiellement une charge déductible », indépendamment de la question de savoir si ses conditions respectaient le principe de pleine concurrence[148].

(143) Concl. av. gén. N. Emiliou, 14 mars 2024, *X BV*, préc., n°s 70-71. Nous avons vu *supra*, III, B, 2, que l'avocat général fonde notamment son raisonnement sur l'interprétation « large » de la notion de « montage purement artificiel », issue de l'arrêt *X GmbH*, qu'il aurait convenu de transposer à la matière de la liberté d'établissement. Au contraire, la CJUE a abouti à la même conclusion sans qu'il ne soit nécessaire de se fonder sur l'interprétation « extensive » de l'arrêt *X GmbH*, mais sur la base de sa jurisprudence « traditionnelle » en matière de liberté d'établissement.

(144) CJUE, 4 octobre 2024, *X BV*, préc., n° 74.

(145) CJUE, 13 mars 2007, *Thin Cap*, préc., n° 82.

(146) Ce qui résulte logiquement de la définition de l'abus de droit européen, issue de *Cadbury Schweppes*, qui inclut une composante subjective selon laquelle le contribuable ait eu la « volonté d'obtenir un avantage fiscal ».

(147) CJUE, 4 octobre 2024, *X BV*, préc., n° 76.

(148) CJUE, 22 février 2018, *X BV et X NV*, préc., n° 50.

Inversement, mais dans la même logique, une transaction intragroupe dont les *conditions* ne respectent pas le principe de pleine concurrence mais pour laquelle le contribuable peut démontrer que son *existence* et ses *conditions* sont justifiées par des motifs économiques ne doit alors pas être considérée comme abusive. La référence au prix du marché, déterminé entre parties indépendantes, n'est pas toujours adéquate dans le cadre de transactions entre sociétés liées. En effet, l'absence de conformité au principe de pleine concurrence de l'*existence* ou des *conditions* d'une transaction peut trouver sa raison d'être dans le contexte de groupe sans pour autant que sa mise en place ne poursuive un but d'évasion fiscale. Pensons tout simplement à un prêt sans intérêts d'une société mère pour sauver sa filiale d'une mauvaise situation financière. Entre sociétés indépendantes, il n'aurait tout simplement pas été conclu et, pourtant, il est justifié économiquement par d'autres raisons que celle d'éviter l'impôt. Ce qui précède a déjà été admis par la CJUE qui a considéré que des motifs tenant à la qualité d'entreprises associées puissent être pris en compte dans le cadre de l'examen du caractère artificiel d'une transaction[149].

Conformément à une jurisprudence constante de la CJUE, la détermination du caractère artificiel d'une transaction intragroupe ne saurait faire l'impasse sur un examen global, au cas par cas, des circonstances de l'espèce (dont l'existence de justifications économiques) et se borner à l'application de critères prédéterminés, en l'occurrence, la constatation de la conformité ou non au principe de pleine concurrence. Ainsi, l'interprétation de l'arrêt *Lexel AB*, selon laquelle le principe de pleine concurrence constitue une « sphère de sécurité » pour les transactions intragroupes, ne trouve aucun appui dans la jurisprudence antérieure de la CJUE en matière de règles de limitation de la déductibilité d'intérêts.

La Cour de justice confirme également le second rôle assigné au principe de pleine concurrence de limite (contraignante) au-delà de laquelle l'abus ne peut être *sanctionné*.

Ainsi, lorsque les autorités fiscales concluent qu'une transaction intragroupe constitue un « montage purement artificiel », « le principe de proportionnalité requiert que le refus du droit à déduction se limite à la fraction des intérêts versés au titre de ce prêt qui dépasse ce qui aurait été convenu en l'absence de relations spéciales entre les parties »[150].

Ainsi que l'a relevé l'avocat général N. Emiliou, le principe de pleine concurrence n'a toutefois vocation à assumer ce rôle que lorsque les *conditions* auxquelles la transaction est conclue n'y sont pas conformes[151]. Lorsque l'*existence* de la transaction n'est pas justifiée économiquement, cette limite n'est pas pertinente puisqu'en l'absence de liens d'interdépendance, elle n'aurait tout simplement pas été conclue. Dans ce cas de figure, elle doit être considérée comme artificielle *pour le tout* et c'est la déductibilité de la totalité des intérêts qui doit alors être rejetée[152].

a.2. Interprétation de l'article 54, § 3, CIR à l'aune des critères établis par la CJUE

Il ressort de ce qui précède que pour l'application de l'article 54, § 3, CIR, le contribuable doit pouvoir produire des éléments justifiant économiquement un paiement tant dans son *existence* que dans ses *conditions* afin d'échapper à la mesure anti-abus. La conformité du paiement au principe de pleine concurrence ne constitue alors qu'un indice de son absence d'artificialité. Un examen global de la transaction et d'éventuelles opérations juridiques connexes ou d'autres éléments factuels sera toutefois nécessaire. À titre d'exemple, il conviendra de prendre également en compte les motivations économiques qui sous-tendent la conclusion de l'opération, la substance économique du contribuable étranger en termes de personnel, d'équipement, de locaux et de structure de coûts eu égard à l'activité économique qu'il exerce, les modalités de son financement et son rôle dans la structuration du groupe[153].

Un auteur de doctrine constate que la CJUE, dans l'arrêt *X BV*, consacre une approche plus « holistique » dans l'identification de l'abus, plutôt qu'une simple référence au principe de pleine

(149) CJUE, 31 mai 2018, *Hornbach-Baumarkt AG*, aff. C-382/16, ECLI:EU:C:2018:366, n°s 54-56.

(150) CJUE, 4 octobre 2024, *X BV*, préc., n° 86. En ce sens, voy. également CJUE, 13 mars 2007, *Thin Cap*, préc., n° 83 ; CJUE, 21 janvier 2010, *SGI*, préc., n° 72 ; CJUE, 5 juillet 2012, *SIAT*, préc., n° 52.

(151) Concl. av. gén. N. Emiliou, 14 mars 2024, *X BV*, préc., n° 79.

(152) CJUE, 4 octobre 2024, *X BV*, préc., n°s 86-88.

(153) Voy. les indices d'abus renseignés par la Cour dans CJUE, *T Danmark*, préc., n° 100-106 et CJUE, *N Luxembourg 1*, préc., n° 127-133. Relevons, à cet égard, que, dans l'affaire *X BV*, la société belge prêteuse, qui bénéficiait du statut fiscal de centre de coordination, employait près de 400 personnes en 2008, qu'elle était financée par la holding du groupe par l'apport de fonds propres, agissait en tant que centre de trésorerie du groupe (« banque intragroupe ») et octroyait donc des prêts aux autres entités du groupe. Sur la base de ces éléments, le prêt octroyé à la société néerlandaise ne devrait, selon nous, pas être considéré comme constitutif d'un abus de droit.

concurrence ou aux seules conditions formelles de la transaction[154].

Selon nous, cette approche « holistique » n'est pas nouvelle mais découle d'une jurisprudence bien établie, de manière générale, par les arrêts de la CJUE en matière d'abus de droit qui exigent que l'établissement de l'abus ne se fonde pas sur des critères généraux et prédéterminés, mais sur un examen global des circonstances particulières de l'espèce, à l'aune des indices établis par la CJUE. Appliquée plus spécifiquement aux règles de limitation de la déductibilité d'intérêts intragroupe, cette jurisprudence implique, comme nous l'avons vu, que l'absence de conformité d'une transaction intragroupe au principe de pleine concurrence ne constitue pas, à lui seul, un critère suffisant pour conclure à la présence d'un abus. Un examen de l'opération et des motifs économiques valables qui sous-tendent sa mise en place eu égard au contexte global dans lequel elle s'inscrit est nécessaire.

Un autre changement sémantique – qui pourrait être interprété comme un nouveau « glissement » vers une conception plus large de l'abus de droit européen[155] – peut, cependant, être décelé dans l'arrêt *X BV*.

En effet, nous avons vu que la Cour de justice considérait jusqu'ici que les mesures anti-abus nationales dont elle examinait la conformité aux libertés de circulation devaient se limiter à ne viser que des « montages purement artificiels ». Dans *X BV*, elle juge que le fait que la règle néerlandaise instaure une présomption que la dette d'emprunt visée constitue un « montage purement artificiel » ou fait « *partie d'un tel montage* » (*c'est nous qui soulignons*) est compatible avec la liberté d'établissement.

L'on pourrait en inférer que lorsqu'une règle anti-abus nationale vise un certain type d'opération déterminée, le principe général anti-abus de droit européen – dans sa nouvelle conception « maximaliste » telle que consacrée depuis les « arrêts danois » – permettrait d'en étendre le champ d'application afin de viser, non seulement, les opérations visées par la règle nationale constitutives de « montages purement artificiels » mais également de tels montages, plus larges, en ce sens qu'ils seraient composés d'autres actes qui ne sont pas visés par la règle anti-abus, pour autant que l'opération visée en soit l'une des composantes.

Nous sommes toutefois d'avis qu'il ne faut pas y voir là un « nouvel » élargissement de la portée du principe général anti-abus de droit européen mais plutôt que l'utilisation de cette formulation, à notre connaissance inédite dans la jurisprudence de la CJUE, doit trouver sa raison d'être, d'une part, dans le texte de la règle néerlandaise qui vise, non seulement l'emprunt, mais également « l'opération qui y est liée » et, d'autre part, dans les questions préjudicielles posées par le *Hoge Raad* qui emploie cette terminologie. Il en résulte que le principe général anti-abus européen ne pourrait permettre l'interprétation d'une disposition nationale au-delà de son texte : si une règle nationale ne vise qu'un seul type d'opération, l'application de cette règle ne devrait se limiter qu'à celle-ci et non pas à des actes connexes. S'il fallait s'attaquer à des montages plus larges, l'application de mesures générales anti-abus, telles que le principe général anti-abus européen ou l'article 6 d'*ATAD*, serait plus adéquate[156].

Toujours est-il que, dans le cadre de la contre-preuve de l'article 54 CIR fondée sur la réalité économique, l'emploi de la notion d'« opération authentique » dans laquelle s'inscrit le paiement semble indiquer qu'il faille prendre en compte non seulement le paiement mais également d'autres actes connexes dans l'appréciation de son caractère abusif.

La notion d'« opération » nous fait inévitablement penser, en matière de mesures anti-abus, à celle de « même opération » réalisée par un « ensemble d'actes juridiques », employée à l'article 344, § 1er, CIR. Sans pour autant qu'il ne soit nécessaire de lui accorder une portée aussi spécifique que celle de l'article 344, § 1er, CIR[157], la notion d'« opération » de l'article 54 CIR devrait, à tout le moins,

(154) B. Kuzniacki, « Why must the Dutch Supreme Court resist the temptation of "fraus legis" to follow the CJEU's interpretative guidance in X BV? », Kluwer International Tax Blog, disponible sur : https://kluwertaxblog.com/2024/10/18/why-must-the-dutch-supreme-court-resist-the-temptation-of-fraus-legis-to-follow-the-cjeus-interpretative-guidance-in-x-bv/.

(155) Voy. *supra*, III., B., 2), sur une certaine évolution, cette dernière décennie, de la jurisprudence de la CJUE en matière d'abus de droit.

(156) Voy. également considérant n° 11 de l'*ATAD* : « Des clauses anti-abus générales sont prévues dans les systèmes fiscaux pour lutter contre les pratiques fiscales abusives qui n'ont pas encore été traitées par des dispositions spécifiques. Les clauses anti-abus générales servent donc à combler des lacunes ; elles ne devraient pas avoir d'incidence sur l'applicabilité des clauses anti-abus spécifiques ».

(157) Voy. not. T. Afschrift, *L'abus fiscal*, 1re éd., Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 143-147, D. Garabedian, « La nouvelle règle fiscale anti-abus et les "ensembles d'actes juridiques réalisant une même opération" », *J.D.F.*, 2013/7-8, pp. 193-209 et A. Nollet, *De l'« abus fiscal » ou Quand des actes juridiques du contribuable sont inopposables au fisc pour l'établissement de l'impôt*, *op. cit.*, pp. 428-430 et 470.

s'interpréter comme plusieurs actes juridiques notamment composés du paiement visé.

Pour échapper à l'application de l'article 54 CIR, le contribuable devra alors établir le caractère authentique du paiement mais, le cas échéant, également d'éventuels actes juridiques connexes avec lesquels il réaliserait une « opération ». Cette interprétation serait, à notre sens, conforme à l'approche « holistique » de la CJUE, décrite plus haut, dans la détermination d'un abus.

En revanche, l'application de l'article 54 CIR ne pourrait jamais conduire à l'écartement de ces autres actes juridiques au titre qu'ils constitueraient ensemble une opération abusive. Seul l'article 344, § 1er, CIR devrait constituer une arme suffisante pour lutter contre de telles opérations dans leur ensemble.

La sanction de l'article 54 CIR réside uniquement dans le rejet (total ou partiel) de la déductibilité du paiement. Si les éléments produits par le contribuable ne suffisent pas à établir la réalité économique de l'*existence* même du paiement, le rejet de déductibilité portera *sur le tout*, indépendamment de la question de savoir si ses conditions respectent le principe de pleine concurrence. Si le paiement est justifié économiquement dans son *existence* mais pas dans ses *conditions*, le rejet de déductibilité portera sur la seule partie de celui-ci qui excède le principe de pleine concurrence[158].

b) *Le caractère « authentique » de l'opération visée par l'article 344, § 2, CIR*

Le principe de pleine concurrence pourrait également jouer un rôle dans le cadre de la détermination du caractère « authentique » de l'opération visée par l'article 344, § 2, CIR.

Les parties pourraient effectivement prévoir un prix de cession plus bas que celui qu'auraient convenu des contribuables indépendants afin d'éviter de transférer vers la Belgique des revenus imposables à un taux plus élevé. Cet élément ne devrait toutefois pas être déterminant, en soi, puisque le but de l'article 344, § 2, CIR n'est pas tant de lutter contre l'insuffisance de revenus transférés vers la Belgique que contre le transfert de revenus imposables, hors de la Belgique, vers des « paradis fiscaux ».

L'élément fondamental sur lequel doit reposer l'examen d'« authenticité » de l'opération consiste à déterminer que le contribuable étranger dispose bien d'une substance économique suffisante pour gérer l'actif transféré. Dans le cas contraire, il devrait être considéré comme une « société-écran » ou « boîte aux lettres » employée à des fins d'évasion fiscale[159].

Indépendamment de la réalisation d'une économie d'impôt (même substantielle), il conviendra de déterminer si les objectifs de la liberté d'établissement ont été contrariés[160]. Ce ne sera pas le cas si l'établissement du contribuable étranger correspond à une implantation réelle, dans son État de résidence, ayant pour but l'exercice d'une activité économique effective. Cet examen devra reposer sur des « éléments objectifs et vérifiables par des tiers, relatifs, notamment, au degré d'existence physique de la [société] en termes de locaux, de personnel et d'équipements »[161].

Le degré de substance économique dépendra des besoins de la société en fonction de l'activité économique qu'elle poursuit. Ainsi, dans le chef d'une société *holding* (qui, par nature, n'a pas de besoins importants en termes de locaux, de personnel et d'équipements), cet examen devra se limiter à des exigences minimales[162] et la seule circonstance que son activité économique consiste en la gestion d'actifs ou que ses bénéfices ne proviennent que de leur gestion ne pourrait, en soi, impliquer l'existence d'un « montage purement artificiel »[163].

Comme indiqué précédemment à propos de l'article 54 CIR, la constatation de l'existence d'un « montage purement artificiel » ne pourra se contenter d'une référence à certains critères prédéterminés mais nécessitera un examen global, au cas

(158) Malgré la formulation littérale de l'article 54 CIR, selon laquelle le rejet de déductibilité semble porter systématiquement sur la totalité du paiement, la Cour de cassation a limité, sous l'empire de son ancienne version, le rejet de déductibilité à la partie qui excédait les « limites normales » (autrement dit, le principe de pleine concurrence) (voy. L. De Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, *op. cit.*, p. 113). Pour être conforme aux libertés de circulation, le nouvel article 54 CIR devra être interprété dans le même sens sur ce point.

(159) CJUE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, préc., nos 65-68.

(160) Dans le cas contraire, l'élément objectif de l'abus fait défaut (L. De Broe, « Tax Abuse in the European Union: The Current State of Affairs », *op. cit.*, pp. 445-446).

(161) CJUE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, préc., n° 67.

(162) En ce sens, voy. concl. av. gén. J. Kokott, 1er mars 2018, *N Luxembourg 1 c. Skatteministeriet*, aff. C-115/16, ECLI:EU:C:2018:143, n° 67 et concl. av. gén. J. Kokott, 1er mars 2018, *Skatteministeriet c. T Danmark*, aff. C-116/16, ECLI:EU:C:2018:144, n° 55. Voy. également S. Geringer, « Criteria for the Application of Anti-Abuse Provisions to Holding Companies under ECJ Case Law: Their Significance in Interpreting and Applying ATAD Provisions », *European Taxation*, October 2020, pp. 443-450.

(163) CJUE, 20 décembre 2017, *Deister Holding*, préc., n° 73.

par cas, « de la situation concernée, portant sur des éléments tels que les caractéristiques organisationnelles, économiques et les autres caractéristiques importantes du groupe de sociétés auquel appartient [le contribuable étranger] ainsi que les structures et les stratégies de ce groupe »[164].

À titre exemplatif (et non limitatif), l'on peut utilement se référer à la définition d'un « montage non authentique » dans le cadre du « modèle B » de la règle *CFC* de l'*ATAD*. Ainsi, la présomption d'abus ne devrait pas pouvoir être renversée lorsque, en l'absence de liens d'interdépendance, l'actif n'aurait pas été cédé au contribuable étranger car le contribuable belge assure les fonctions clés liées à l'actif qui jouent un rôle essentiel dans la création de revenus qu'il génère.

La transposition belge de l'exception de substance du « modèle A » de la règle *CFC* de l'*ATAD* ne devrait, en revanche, pas constituer une référence pertinente dans le cadre de l'application de l'article 344, § 2, CIR, tant elle est consacrée de manière restrictive et, partant, contraire à la jurisprudence de la CJUE[165].

L'exception de substance de la règle *CFC* permet au contribuable d'échapper à son application s'il démontre que la société étrangère qu'il contrôle « exerce une activité économique substantielle, au moyen de personnel, d'équipements, de biens et de locaux, corroborée par des faits et des circonstances pertinents » (article 185/2, § 4, al. 1er, 1er tiret, CIR). L'exercice d'une activité économique est entendu comme « l'offre de biens ou services sur un marché déterminé ».

L'examen de conformité de l'exception de substance de la règle *CFC* belge au droit primaire répond à des critères différents de ceux pertinents pour l'examen d'une mesure anti-abus purement nationale dès lors qu'elle constitue la transposition d'une règle de droit dérivé[166]. Cet examen excéderait de loin les limites de la présente contribution. Toutefois, l'interprétation de cette exception de substance consacrée par le législateur belge peut constituer un indicateur de la position future de l'administration fiscale belge sur le test d'« authenticité » de l'opération visée par l'article 344, § 2, CIR.

Relevons les trois points suivants (sans qu'ils ne soient exhaustifs) qui illustrent la volonté du législateur d'interpréter le plus strictement possible l'exception de substance de l'*ATAD* lors de la modification du régime *CFC* belge par la même loi-programme[167] :

- la définition de la notion d'« activité économique » constitue un ajout du législateur belge (elle ne figure pas dans l'*ATAD*) qui se fonde sur la jurisprudence de la CJUE en matière d'aides d'État[168] ;
- les prestations de services dans un groupe multinational ne sont considérées comme constituant une « activité économique » qu'à la condition qu'elles soient offertes à des conditions de pleine concurrence ;
- toujours sur la base de la jurisprudence de la CJUE en matière d'aides d'État, le ministre des Finances en Commission considère qu'une société *holding* ne pourra bénéficier de l'exception de substance que si elle « participe activement à la gestion de ce groupe qui constitue une entreprise sur laquelle la société holding exerce un contrôle »[169].

Il est ainsi saisissant de constater que le législateur belge se réfère presque systématiquement à la matière des aides d'États (voire même à un arrêt de la CJUE en matière de droits d'enregistrement), qui n'est pas pertinente dans le contexte de la lutte contre l'évasion fiscale en matière de fiscalité directe, sans jamais ne serait-ce qu'évoquer l'arrêt *Cadbury Schweppes* qui constitue pourtant l'arrêt de référence en matière de *CFC*[170].

(164) *Ibid.*, n° 74.

(165) Ce constat vaut *a fortiori* pour l'exception de substance de la taxe Caïman (art. 5/1, § 3, al. 1er, b) et al. 2, CIR), rédigée en des termes similaires mais dont la formulation est encore plus stricte et qui contient, en outre, une présomption irréfragable d'évasion fiscale pour les sociétés patrimoniales. Pour de plus amples développements, voy. F. Dierckx, « De kaaimantaks 2024 zonder Cadbury Schweppes: of de ongeoorloofde export van het Belgische belastingsysteem », *T.F.R.*, 2024/6, n° 658, pp. 311-323.

(166) Si une directive consacre une « harmonisation exhaustive » au sein de l'Union, l'examen de conformité du droit national au droit européen a lieu au regard du droit dérivé et non du droit primaire. Sur cette question, voy. M. Helminen, *EU Tax Law – Direct Taxation*, *op. cit.*, pp. 25-26.

(167) Pour un commentaire de cette réforme, voy. not. E. Maes, « Nouvelles règles CFC à partir de l'ex. d'imp. 2024 : de nombreuses questions », *Le Fiscologue (I.)*, 30 avril 2024, n° 484, pp. 2-5 ; M. Smets, « Naar een effectief CFC-regime in België », *T.F.R.*, 2024, n° 656, pp. 193-201 ; H. Vanhulle et A. Roughou, « Extension du régime des CFC », *Act. fisc.*, 2024/18, pp. 1 et s. ; W. Willems, « CFC : la Belgique passe de l'approche transactionnelle à l'approche par entités », *Le Fiscologue*, 1er décembre 2023, n° 1814, pp. 7 et s ; P.-J. Wouters, « Belgian CFC Rules Shift from a Transactional (Model B) to an Entity Approach (Model A) as from 2023 », *European Taxation*, April 2024, vol. 60.

(168) *Doc. parl.*, Ch., n° 55-3697/001, préc., pp. 17-18.

(169) *Doc. parl.*, Ch., n° 55-3697/005, p. 50.

(170) Pour un examen critique de l'exception de substance de la nouvelle règle *CFC* belge, voy. E. Van Malder, « Substance een vlag die steeds meer ladingen dekt », *T.F.R.*, 2024, n° 657, pp. 247-253, spéc. pp. 249-251.

Il ne le mentionne, en fait, que dans le cadre de la réécriture de l'exception de substance de la taxe Caïman[171] pour estimer que « cette jurisprudence a évolué depuis lors » et que l'exception de substance de la règle *CFC* « va au-delà du concept de "montages purement artificiels", qui limite stricto sensu l'application des mesures relatives aux CFC aux sociétés dites "boîtes aux lettres" »[172].

Nous ignorons les fondements sur lesquels repose cette affirmation qui nous paraît fortement contestable.

En effet, d'une part, l'*ATAD* se fonde explicitement sur la jurisprudence de la CJUE en matière de libertés fondamentales pour justifier que la règle *CFC* s'accompagne d'une exception de substance[173]. D'autre part, la CJUE fait toujours référence à l'arrêt *Cadbury Schweppes* dans ses arrêts en matière d'abus de droit, de telle sorte qu'il n'y a aucune raison de penser que cet arrêt n'est plus pertinent pour examiner la conformité des mesures anti-abus nationales au droit européen[174].

L'exception de substance, aussi strictement interprétée, implique que la règle *CFC* belge ne se limite pas à ne viser que des « montages purement artificiels » mais s'applique également à des sociétés qui exercent une activité économique effective dans leur État d'accueil. Nous estimons, par conséquent, qu'elle est contraire à la jurisprudence de la CJUE en matière de libertés de circulation[175].

Pour en revenir à l'article 344, § 2, CIR, nous considérons donc que la notion d'« authenticité » doit être interprétée conformément à la jurisprudence de la Cour de justice telle que nous l'avons résumée plus haut sur la base, notamment, de l'arrêt *Cadbury Schweppes*[176].

Du point de vue de la proportionnalité *sensu stricto*, l'on peut, par ailleurs, se demander si l'objectif de lutte contre les transferts artificiels d'actifs vers des « paradis fiscaux », poursuivi par l'article 344, § 2, CIR, n'aurait pas pu être atteint d'une manière aussi efficace mais moins attentatoire aux libertés de circulation par une autre mesure.

En effet, en premier lieu, relevons que le droit fiscal belge contient d'autres dispositifs permettant de lutter contre les transferts artificiels d'actifs vers des « paradis fiscaux » dont les champs d'application sont susceptibles de se chevaucher[177]. Il existe donc un risque d'application cumulative de plusieurs règles poursuivant le même objectif à la même opération qui entraînerait une double imposition. Pour éviter ce risque, il conviendrait que l'administration choisisse laquelle de ces règles elle appliquera pour lutter contre ce type d'opérations considérées comme abusives. L'application cumulative de plusieurs mesures anti-abus à la même opération irait, en effet, au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de « lutte contre l'évasion fiscale ».

En second lieu, la règle *CFC* nous semble moins attentatoire aux libertés de circulation que l'article 344, § 2, CIR pour atteindre le même objectif de lutte contre le déplacement d'actifs générateurs de revenus vers des « paradis fiscaux »[178].

(171) Art. 5/1, § 3, b), CIR modifié par la même loi-programme afin de l'aligner sur celle de la règle *CFC*.

(172) *Doc. parl.*, Ch., n° 55-3697/001, préc., p. 28.

(173) Considérant n° 12 : « Afin de respecter les libertés fondamentales, les catégories de revenus devraient être combinées avec une exception fondée sur la réalité économique visant à limiter, au sein de l'Union, l'impact des règles aux cas où la SEC n'exerce pas d'activité économique substantielle ».

(174) L'arrêt *Cadbury Schweppes* est cité à plusieurs reprises dans l'arrêt *X BV*. Par ailleurs, dans l'affaire *X GmbH*, la question préjudicielle était posée, de telle sorte qu'elle donnait à la Cour l'occasion de revenir sur sa jurisprudence *Cadbury Schweppes*. Force est de constater qu'elle ne s'est pas dédite mais s'est, tout au plus, bornée à adapter les enseignements de cet arrêt à la matière de la libre circulation des capitaux en relation avec des États tiers.

(175) Sur cette question, voy. G. Delfosse et D. Seutin, « Première application de l'exception de substance par le SDA à une holding », *Le Fiscologue International*, n° 489 du 30 septembre 2024, pp. 4 et s.

(176) Voy. également le considérant n° 11 de l'*ATAD* : « Lorsqu'il s'agit d'apprécier s'il y a lieu de considérer un montage comme non authentique, il pourrait être possible, pour les États membres, de prendre en considération tous les motifs économiques valables, *y compris les activités financières* » (*c'est nous qui soulignons*).

(177) Nous pensons à la nouvelle règle *CFC*, à l'impôt des sociétés, et à la taxe Caïman, à l'impôt des personnes physiques et à l'impôt des personnes morales.

(178) Alors que l'article 344, § 2, CIR s'applique aux quatre impôts qu'instaure le CIR, la règle *CFC* belge ne s'applique cependant qu'à l'impôt des sociétés. Elle ne semble, en outre, pas s'appliquer à l'impôt des non-résidents sociétés dès lors que l'article 235 CIR, qui détermine le revenu imposable des contribuables non-résidents sociétés par renvoi à certaines dispositions en matière d'impôt des sociétés, n'inclut pas l'article 185/2 CIR. En matière d'impôt des personnes physiques et d'impôt des personnes morales, la taxe Caïman n'est, selon nous, pas moins attentatoire aux libertés de circulation (loin s'en faut) que l'article 344, § 2, CIR. À ce sujet, voy. not. F. Dierckx, « De kaaimantaks 2024 zonder Cadbury Schweppes: of de ongeoorloofde export van het Belgische belastingsysteem », *op. cit.* ; D.-E. Philippe, « Taxe Caïman 2.1. : les taxations à la sortie aux prises avec le droit européen », *Le Fiscologue (I.)*, 29 février 2024, n° 482, pp. 1 et s. ; D. Seutin, « La taxe caïman », in Y.-H. Leleu (dir.), *Chroniques notariales – Volume 79*, 1re éd., Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, pp. 388-404 et V. de Brauwere et N. Thémelin, « Taxe Caïman 3.0 : le Crocodile aux dents trop longues », *R.P.P.*, 2024/2, p. 117-167, spéc. pp. 163-166.

En effet, d'une part, elle fait l'objet d'une harmonisation dans toute l'UE puisque les États membres devaient transposer les articles 7 et 8 de l'*ATAD* pour les appliquer à partir du 1er janvier 2019. Comme nous l'avons relevé plus haut, son élaboration au niveau européen a tenu compte des exigences de la CJUE au regard des libertés de circulation[179].

D'autre part, ses conditions d'application sont plus strictes et entraînent, à notre sens, moins d'insécurité juridique que l'article 344, § 2, CIR résultant de l'emploi de l'expression vague de « régime de taxation notablement plus avantageux » et de la répartition déséquilibrée de la charge de la preuve[180].

La règle *CFC* semble, en outre, plus adéquate pour lutter contre le phénomène de « report de taxation » qu'entraîne l'allocation d'actifs à une société constituée dans un État à faible fiscalité. En effet, elle ne vise que des participations supérieures à 50 %, de sorte que seuls les cas où il est (fort) probable que les revenus de la *CFC* soient, un jour, redistribués à la société mère belge sont ciblés. À l'inverse, la condition d'interdépendance de l'article 344, § 2, CIR est bien plus large et peut s'appliquer à des hypothèses où le contribuable belge n'aurait jamais perçu les revenus des actifs transférés à l'étranger.

Enfin, la règle *CFC* comporte plusieurs mécanismes d'évitement de la double imposition que ne prévoit pas l'article 344, § 2, CIR : la proratisation des bénéfices à réintégrer dans les revenus imposables de la société mère belge en fonction de son taux de participation dans la *CFC* (article 185/2, § 2, al. 5, CIR), la déduction des revenus distribués par la *CFC* à sa société mère en proportion de leur imposition antérieure en application de l'article 185/2 CIR (article 202, § 2, al. 6, CIR), l'exonération de la plus-value réalisée à l'occasion de la cession des actions de la *CFC* dans la mesure où les bénéfices ont été imposés par application de la règle *CFC* (article 192, § 3, al. 3 et 4, CIR), ou encore l'imputation de l'impôt étranger payé par la *CFC* sur l'impôt belge reportable dans le temps (articles 289/1 et 292/1 CIR).

La règle *CFC* apparaît donc comme ciblant plus précisément le phénomène contre lequel le législateur entend lutter tout en remédiant mieux aux situations de double imposition qu'entraîne l'application de mesures visant à lutter contre l'évasion fiscale internationale.

IV. Conclusion

Dans le cadre de l'application de mesures anti-abus à des opérations transfrontalières, les droits de l'administration fiscale et du contribuable reposent sur un subtil équilibre développé par la CJUE, depuis maintenant près de trois décennies, issu de la dialectique entre les libertés de circulation et le droit (désormais l'obligation[181]) pour les États membres de lutter contre l'évasion fiscale et les « montages purement artificiels ».

Si l'intention initiale du législateur belge de mettre les articles 54 et 344, § 2, CIR en conformité avec le droit primaire est louable, force est de constater que les efforts entrepris ne sont toutefois pas suffisants pour rencontrer les exigences minimales développées par la CJUE dans sa jurisprudence sur l'abus de droit. L'équilibre en question s'en trouve ainsi affecté.

Comme nous avons tenté de le démontrer, les modifications opérées par la loi-programme ne sont, en effet, pas de nature à répondre aux griefs émis par la CJUE dans l'arrêt *SIAT* à propos de l'article 54 CIR (transposables à l'article 344, § 2, CIR) en termes de prévisibilité d'application et de répartition de la charge de la preuve entre l'administration fiscale et le contribuable.

Certes, l'emploi de concepts « ouverts » est nécessaire (voire indispensable) pour lutter contre les différentes formes que peuvent prendre les opérations d'évitement de l'impôt que le législateur belge entend combattre et les termes employés pour les caractériser peuvent varier en fonction de l'objectif poursuivi et du contexte dans lequel ils s'inscrivent.

Nous déplorons, toutefois, que les écueils soulevés à propos des articles 54 et 344, § 2, CIR soient symptomatiques d'une absence de « vue d'ensemble » dans la lutte contre l'évasion fiscale internationale en Belgique, en raison de l'élaboration et de la modification « au compte-gouttes » des dispositions en la matière.

Relevons, par exemple, que les termes employés pour la désignation d'un « paradis fiscal » diffèrent sensiblement parmi les différentes dispositions du CIR (sans que cela ne soit toujours justifié). Tour à tour, il sera question :

– du caractère « notablement plus avantageux » du régime fiscal étranger (dans son ensemble)

(179) Considérant n° 12 de l'*ATAD*.

(180) Ce dernier point doit toutefois être nuancé dès lors que la règle *CFC* belge est désormais assortie d'une lourde obligation déclarative impliquant de déterminer toutes les sociétés détenues par une société résidente susceptibles d'être qualifiées de *CFC* (art. 307, § 1er/2, al. 5 et 6, CIR).

(181) CJUE, 26 février 2019, *N Luxembourg 1*, préc., nos 102-105 et CJUE, 26 février 2019, *T Danmark et Y Denmark Aps*, nos 76-79.

par rapport au régime belge (articles 26, 198, § 1er, 11° et 203, § 1er, 1°, CIR) ;

– du caractère « notablement plus avantageux » du régime fiscal étranger (pour les revenus de l'espèce) par rapport au régime belge (articles 54 et 344, § 2, CIR) ;

– d'une comparaison entre l'impôt sur les revenus effectivement payé dans l'État de résidence du contribuable étranger et l'impôt auquel il aurait été soumis en Belgique (articles 2, § 1er, 13°, b), al. 1er, 54, 185/2, § 3, al. 1er, 2e tiret, et 344, § 2, CIR[182]) ;

– d'une référence à une liste exhaustive de « paradis fiscaux » (articles 2, § 1er, 13°, b), al. 3, 185/2, § 3, al. 3, 198, § 1er, 10°, et 203, § 1er, al. 2, CIR[183]).

Il en va de même pour les contre-preuves fondées sur l'existence de motifs économiques permettant au contribuable d'échapper à l'application de mesures anti-abus en démontrant :

– le caractère « réel » du paiement « avec des personnes autres que des constructions artificielles » (article 198, § 1er, 10°, CIR) ;

– l'existence de « besoins légitimes de caractère financier ou économique » (articles 192, § 3, al. 6 et 207, al. 7, CIR) ;

– la présence « d'autres motifs que la volonté d'éviter les impôts sur les revenus » (article 344, § 1er, CIR) ;

– le caractère « authentique » d'une « opération » lorsqu'elle « est mise en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique » (articles 54, 203, § 2, al. 9 et 344, § 2, CIR[184]).

L'équilibre développé par la Cour de justice, décrit au début de cette conclusion, s'impose, en principe, aux États membres dans l'adoption et la mise en œuvre de mesures visant à lutter contre l'évasion fiscale. Cette dernière décennie, en Belgique, cet équilibre est toutefois de plus en plus précarisé par la multiplication de mesures anti-abus aux champs d'application qui se chevauchent, susceptibles d'engendrer de multiples impositions d'une même opération. L'hétérogénéité et l'absence de cohérence des moyens mis en place pour lutter contre l'évasion fiscale internationale nuisent aux principes supérieurs qui gouvernent la matière tels que la sécurité juridique, la légalité en matière fiscale, la proportionnalité et les droits économiques tirés des libertés de circulation européennes. La légitimité de l'objectif poursuivi – pourtant louable – s'en trouve d'autant plus fragilisée.

Ces constats laissent place à la réflexion pour de nécessaires refontes de la matière.

(182) Le seuil d'imposition *effective* en dessous duquel la règle anti-abus sera d'application peut varier d'une règle à l'autre et être fixé à 15 % ou 1 % au moins du revenu imposable déterminé en vertu des règles belges dans le cadre de l'application de la taxe Caïman (art. 2, § 1er, 13°, b), CIR) ou bien être égal au moins à la moitié de l'impôt qui aurait été dû en Belgique, dans le cadre de l'application de la règle *CFC* et des contre-preuves prévues par les articles 54 et 344, § 2, CIR.

(183) Ces dispositions renvoient, par ailleurs, à différentes listes : celle de l'article 73-4*quater* AR/CIR en matière de déduction RDT, celle de l'article 179 AR/CIR établie sur la base de l'article 307, § 1er/2, CIR à laquelle font référence plusieurs dispositions du CIR (telles que, par exemple, la taxe Caïman, la nouvelle règle *CFC* ou l'article 198, § 1er, 10°, CIR) ou encore la liste UE des juridictions non coopératives (articles 2, § 1er, 13°, b), al. 3, 1er tiret et 185/2, § 3, al. 3, CIR).

(184) Relevons que, dans un contexte européen, toutes ces différentes expressions doivent, toutefois, être interprétées conformément à la notion de « montage purement artificiel » telle que définie par la CJUE.