

298 Exemples étrangers : Italie, Belgique, Pays-Bas, Luxembourg

Giuseppe MARINO,
*prof. Avv., università degli Studi
 di Milano, MB e Associati*

Jean-Marc GROELLY,
*avocat associé, NautaDutilh
 Avocats Luxembourg*



Troisième table ronde du 36^e colloque du CEFEP tenu le 24 juin 2025 sur le thème « *La qualification des entités étrangères : principes, méthodes, solutions* ».

1. Italie : droit fiscal international vs droit international fiscal

1 - Giuseppe Marino. – Il y a quelque chose de byzantin dans la manière dont le droit fiscal italien qualifie les personnes morales étrangères, ce qui dénote la difficulté d’avoir une approche uniforme en raison de la vaste gamme de sujets que l’on peut rencontrer, tous reflétant les particularités du contexte social relatif, avant même le contexte juridique, de référence.

J’ai décidé de tester cet axiome à travers l’analyse de deux entités juridiques étrangères particulières, le *partnership* et le *trust* de droit anglo-saxon.

Avant de commencer, il convient toutefois de rappeler certains principes auxquels se conforme la fiscalité internationale du point de vue italien. En Italie, le droit fiscal international reflète le pouvoir de l’État d’imposer des taxes aux entités étrangères, tant sur les revenus générés sur son territoire que, dans le cas de résidents fiscaux italiens, sur les revenus produits à l’étranger. L’exercice de ce pouvoir – identification, qualification juridique et détermination de la base imposable – n’est jamais délégué à d’autres États membres de la communauté internationale. Si le droit fiscal international entraîne des phénomènes de double imposition, un autre pouvoir de l’État entre en jeu : celui de les résoudre par le biais du droit international fiscal, notamment à travers les conventions modèles de l’OCDE. Guerre et paix représentent deux faces fiscales de la même médaille.

2 - La résidence fiscale des sociétés et autres entités juridiques. – Conformément à l’article 73, alinéa 1^{er}, lettre d) du *Testo Unico delle Imposte sui Redditi* (TUIR) – le CGI sur le revenu italien – sont considérées comme des assujetties à l’impôt sur les sociétés (IRES) : « *les sociétés et entités de tout type, y compris les trusts, avec ou sans personnalité juridique, non résidentes sur le territoire de l’État* ». Lorsque ces entités sont résidentes, leur qualification juridique est déterminée par le Code civil (sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée, coopératives ou sociétés de mutuelle assurance, sociétés européennes, entités publiques et privées autres que les sociétés et les trusts).

La résidence détermine la fiscalité territoriale ou mondiale des sociétés et entités. Jusqu’en 2023, selon l’article 73, alinéa 3, du TUIR, étaient considérées comme résidentes les sociétés et entités ayant leur siège social, leur siège d’administration ou leur objet principal sur le territoire de l’État pendant la majeure partie de la période d’imposition. Depuis le 1^{er} janvier 2024, à la suite de la réforme fiscale¹, sont considérées comme résidentes les sociétés et entités ayant leur siège social, leur siège de direction effective ou leur gestion ordinaire principalement sur le territoire de l’État pendant la majeure partie de la période d’imposition. Le siège de direction effective désigne la prise continue et coordonnée des décisions stratégiques concernant la société ou l’entité dans son ensemble. La gestion ordinaire désigne l’exercice continu et coordonné des actes de gestion courante concernant la société ou l’entité dans son ensemble.

Dans le contexte du droit international fiscal, bien qu’il soit raisonnable de considérer les sociétés et entités étrangères comme des « *personnes* » au sens de l’article 3, § 1, lettres a) et b) du modèle de convention de l’OCDE (MTC), l’attribution de leur résidence à l’un des deux États contractants est plus complexe. Selon le nouvel article 4, § 3 du MTC, ils feront de leur mieux pour l’attribuer en tenant compte du siège de direction effective, du lieu de constitution ou de création et de tout autre facteur pertinent. En l’absence d’accord, cette personne n’aura droit à aucun avantage conventionnel.

3 - La qualification juridique et fiscale des *partnerships*. – La passivité fiscale IRES des *partnerships* étrangers a fondamentalement deux conséquences : pour l’imposition des revenus produits en Italie par un *partnership* non-résident et pour l’imposition du *partner* résident en Italie sur les revenus perçus de sa participation dans un *partnership* non-résident.

D’une part, le *partnership* non-résident est imposé sur les revenus produits en Italie comme une société de capitaux ou une entité non-résidente, et donc l’IRES s’applique et non l’impôt sur le revenu des personnes physiques (IRPEF), même si les *partners* du *partnership*

1. L. déléguée n° 111/2023. – Et D. législatif d’exécution n° 209/2023.

sont des personnes physiques². Cependant, les *partnerships* non-résidents ne sont pas totalement opaques, comme c'est le cas pour les sociétés de capitaux, car ils bénéficient d'une dérogation importante pour vérifier l'applicabilité des conventions conclues par l'Italie sur les revenus de source italienne. En effet, le redevable d'impôt italien devra demander des informations sur les *partners* afin de pouvoir appliquer la retenue à la source réduite (ou aucune retenue) dès le paiement du revenu au *partnership* (pour éviter les demandes de remboursement).

D'autre part, le *partnership* est considéré comme opaque au sens de l'article 73, alinéa 1^{er}, lettre d) du TUIR, qui le qualifie de société de capitaux, et l'imputation de son revenu (déterminé selon les critères de l'État de résidence) au *partner* résident a lieu uniquement au moment de sa distribution comme un dividende (application de l'impôt de substitution de 26 % sur le revenu net à la frontière). Cette approche, également confirmée par l'administration financière³, compromet l'application du crédit pour les impôts payés à l'étranger, car l'impôt que le *partner* devrait payer dans l'État de résidence du *partnership* sur sa part de bénéfice est considéré comme un impôt payé par la société et, en tant que tel, est déduit du montant brut de la part de bénéfice qui lui sera ensuite distribuée comme dividende. Il s'agit d'un cas de double imposition juridique traité comme une double imposition économique et qui n'est pas résolu par les conventions conclues jusqu'à présent par l'Italie.

4 - Les protocoles à certaines conventions fiscales. – Les protocoles à certaines conventions fiscales conclues par l'Italie réglementent certains aspects spécifiques de la vie transfrontalière des *partnerships*. Par exemple, le protocole à la convention conclue entre l'Italie et les États-Unis régit le cas triangulaire d'un associé, citoyen américain résidant en Italie, d'une société de personnes ayant son siège aux États-Unis et produisant des revenus sur le territoire italien. Dans ce cas, l'associé citoyen américain résidant en Italie aura droit à un crédit remboursable sur son impôt sur le revenu italien, prélevé par l'Italie au cours de la période fiscale, égal à la partie de l'impôt sur le revenu des personnes physiques prélevé par l'Italie pour la même période payable par le *partnership*, correspondant à sa quote-part dans les revenus de ce dernier.

D'autres protocoles précisent toutefois que les partenariats entrent dans la catégorie des « personnes » visées à l'article 3, § 1 de la convention (c'est le cas des protocoles aux conventions avec l'Arabie Saoudite, l'Azerbaïdjan et le Canada).

Le protocole à la convention conclue avec la France précise également que l'imposition des redevances dans l'État de résidence du bénéficiaire ne s'applique pas lorsqu'un établissement stable est transformé en société de personnes (cas de l'Italie) ou en société non soumise à l'impôt sur les sociétés (cas de la France), dans laquelle la personne qui possédait l'établissement stable détient, directement ou indirectement, la majorité des droits.

Enfin, dans le protocole à la convention fiscale liant l'Italie et l'Allemagne, une société de personnes est considérée comme résidente de l'État contractant, au sens de l'article 4, § 1, si elle a été constituée conformément à la législation de cet État ou si son objet principal s'y situe. Toutefois, les limitations prévues aux articles 6 à 23 concernant le droit d'imposer l'autre État contractant ne s'appliquent que dans la mesure où les revenus provenant de cet État ou la fortune qui y est située sont imposables dans le premier État.

5 - L'interposition fictive de sociétés. – Une question très différente de la transparence fiscale des *partnerships* est celle de l'interposition fictive de sociétés (qu'elles soient des sociétés de capitaux ou de personnes).

Il s'agit d'un phénomène abusif ou simulé, pertinent sur le plan pénal, dans lequel une entreprise (ou une autre entité) est utilisée uniquement pour donner l'apparence qu'elle génère les revenus, alors qu'en réalité, ceux-ci appartiennent à d'autres personnes (éventuellement ses actionnaires ou *partners*). Il ne s'agit pas d'un régime juridique, mais d'un mécanisme artificiel utilisé pour obtenir indûment des avantages fiscaux. L'entreprise est « interposée » : elle n'exerce pas d'activité économique réelle et sert uniquement à protéger le véritable bénéficiaire. L'administration fiscale italienne, sur la base de l'article 37, alinéa 3 du décret présidentiel du 26 septembre 1973, n° 600, peut écarter l'interposition et réattribuer les revenus à la personne concernée, en appliquant des sanctions.

6 - La surprise de la réforme fiscale. – L'article 6, alinéa 1^{er}, lettre h) de la loi n° 111 du 9 août 2023, pour la réforme fiscale, délègue au Gouvernement la « rationalisation en matière de qualification fiscale interne des entités étrangères, en tenant compte de leur qualification d'entité fiscalement transparente ou opaque opérée par la législation pertinente de l'État ou territoire de constitution ou de résidence fiscale ». Cependant, aucun développement n'a eu lieu à ce jour, et la loi de délégation semble toujours rester lettre morte.

Par conséquent, il peut encore arriver que, si l'État de résidence du *partnership* n'impose pas l'associé non-résident en vertu d'une convention fiscale internationale (par ex., en cas de plus-values), l'Italie l'impose une seule fois sur les revenus effectivement distribués. Il existe également des doutes quant à la possibilité d'appliquer la directive DAC 6 : seule une éventuelle législation italienne sur les sociétés étrangères contrôlées (CFC) pourrait enrayer ce phénomène.

7 - La qualification juridique et fiscale des trusts. – Tout aussi intrigante est la qualification des *trusts* de droit anglo-saxon, reconnus en Italie grâce à la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985, relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992, laquelle laisse aux États parties la pleine autonomie de réglementer leur fiscalité⁴.

En droit fiscal italien, les *trusts* ont fait l'objet d'un choix législatif précis (2006) et d'une pratique administrative subséquente⁵, ce qui a donné lieu à un débat doctrinal et jurisprudentiel intense.

Comme les *partnerships*, les *trusts* sont assujettis à l'IRES. Leur qualification, en termes de transparence et/ou d'opacité, dépend de la manière dont chaque acte de *trust* régit la relation entre le *settlor* et le *trustee*, d'une part, et le *trustee* et les bénéficiaires, d'autre part. L'interprétation des actes fondateurs et de disposition ultérieure fait l'objet d'une attention constante de la part de l'administration financière italienne.

Du point de vue du *settlor*, le *trust* est opaque s'il est juridiquement irrévocable. Du point de vue des bénéficiaires, il est opaque s'il est juridiquement discrétionnaire, c'est-à-dire lorsque les bénéficiaires ne sont pas « identifiés » et n'ont donc pas le droit de percevoir le revenu produit annuellement par les biens du fonds en *trust*. Selon l'acte de *trust*, le *trust* peut modifier, au fil du temps, sa qualification juridique fiscale ou, même être opaque à l'égard de certains bénéficiaires et transparent à l'égard d'autres.

Dans tous les cas, contrairement aux *partnerships*, dans les *trusts* transparents, le revenu est imputé fiscalement aux bénéficiaires identifiés indépendamment de sa distribution financière.

Le reflet miroir de cette analyse préliminaire est que la fiscalité du *trust* dépend principalement de la résidence du *trust* (donc, prioritairement, du siège d'administration ou de l'objet principal du *trustee*, aujourd'hui défini comme le siège de direction effective ou de gestion ordinaire principale) et de la localisation des biens faisant partie du

2. Art. 151, TUIR.

3. Circ. n° 9/E, 5 mars 2015.

4. Conv. La Haye, 1^{er} juill. 1985, art. 19.

5. Parmi toutes, Circ. n° 34/E, 20 oct. 2022. – Circ. n° 61/E, 27 déc. 2010. – Circ. n° 48/E, 6 août 2007.

trust fund. En second lieu, la résidence des bénéficiaires et la résidence du *settlor* au moment de la création du *trust* sont pertinentes.

2. La qualification fiscale des entités dans le Benelux

8 - Jean-Marc Groelly. – Nous vous proposons, pour cette dernière partie, un regard croisé sur plusieurs juridictions : la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg. Après avoir présenté les principales règles applicables en la matière pour chacun de ces pays, nous verrons notamment que la caractérisation des entités étrangères soulève de nombreux enjeux et difficultés d'ordre pratique. En effet, la transparence – parfois souhaitée afin d'accéder à certains régimes préférentiels qui ne seraient autrement pas accessibles – demeure difficile d'application dans des structures d'investissement devenues de plus en plus complexes. Par ailleurs, l'hybridité fiscale des entités – dont les conséquences sont aujourd'hui redoutées et non recherchées – est devenue un thème fiscal central pour tout groupe à vocation internationale ou tout investissement transfrontalier. Enfin, l'articulation des caractérisations domestiques des entités étrangères avec les conventions fiscales demeure parfois difficile. L'idée est ici de mettre en lumière les différences d'approche entre ces trois juridictions, tout en illustrant cela avec quelques exemples pour mieux en saisir les implications pratiques.

A. - Belgique

9 - Lorsqu'il s'agit d'aborder la question de l'attribution des revenus à un contribuable, la loi fiscale belge s'appuie largement sur les concepts du droit privé. Ce sont ces concepts qui permettent d'imposer la personne réputée percevoir le revenu. Il en résulte ainsi que la qualification fiscale d'une entité étrangère dépend principalement de l'existence ou non de la personnalité juridique, selon le droit applicable à cette entité (la loi n'évoquant qu'à peine la classification des entités). Ce critère est déterminant pour établir si l'entité doit être considérée comme opaque (imposable à l'impôt des sociétés) ou transparente (imposition au niveau des associés). Toutefois, l'existence de cette personnalité juridique n'est pas toujours simple à apprécier, en raison des spécificités des droits étrangers qui peuvent ne pas être familiers avec cette notion ou en avoir une conception différente. Ceci peut donc nécessiter, dans certains cas, une analyse complémentaire permettant de rattacher l'entité étrangère aux catégories d'entités reconnues en droit belge.

10 - Détermination de la personnalité juridique de l'entité en vertu de la *lex societatis*. – L'article 2, § 1, 5^o du Code de l'impôt sur les revenus (CIR 92) définit la « *société* » comme toute entité, belge ou étrangère, poursuivant une activité lucrative et disposant de la personnalité juridique. L'article 179 du CIR 92 soumet à l'impôt des sociétés les sociétés résidentes (dotées de la personnalité juridique) tandis que l'article 227, 2^o du CIR 92 prévoit que les entités étrangères sont assujetties à l'impôt des non-résidents. Une entité étrangère pourra ainsi être soumise à l'impôt sur les sociétés en tant que telle (et donc se verra traitée comme fiscalement opaque) si le droit étranger qui la régit lui confère la personnalité juridique. À l'inverse, si elle en est dépourvue, elle sera qualifiée d'entité transparente. Ce raisonnement repose sur l'application de la *lex societatis*, c'est-à-dire le droit de la juridiction régnant sur l'entité en question. À cet égard, l'article 110 du Code belge de droit international privé prévoit que « *la personne morale est régie par le droit de l'État où se situe son siège statutaire* », tandis que l'article 111, § 1^{er} indique que ce droit détermine notamment l'existence et la nature juridique de la personne morale. C'est donc dans ce droit qu'il conviendra de se plonger afin d'y trouver une existence fiscale propre à l'entité considérée.

11 - Rattachement de l'entité étrangère aux catégories du droit belge (*lex fori*). – Lorsque le droit étranger ne permet pas de détermi-

ner, de manière claire, si l'entité dispose ou non de la personnalité juridique (ce qui peut par exemple être le cas pour les *partnerships* de type anglo-saxon ou les formes empruntant à la fois aux sociétés et aux contrats, tels que par exemple les associations et autres partenariats), la Belgique applique une analyse complémentaire fondée sur son propre droit : la *lex fori*.

Cette méthode consiste principalement à :

- identifier les caractéristiques essentielles, en droit belge, des entités dotées de la personnalité juridique (par ex. : gestion centralisée, responsabilité limitée, capital social, libre cessibilité des parts, capacité à agir en justice, etc.) ;
- comparer ces critères aux attributs de l'entité étrangère ;
- et, en tirer les conséquences quant à l'existence (ou non) de la personnalité juridique et donc la qualification fiscale.

Cette approche est une construction issue de la pratique largement fondée sur les décisions anticipées du service des décisions anticipées (la section de l'administration fiscale belge responsable des rescrits (ou *rulings* fiscaux) – ci-après « *SDA* »). Il n'existe à cet égard aucun texte officiel fixant des critères de comparabilité des entités étrangères avec les formes juridiques belges comme – nous le verrons ci-après – le fait le récent décret du 9 novembre 2024 aux Pays-Bas.

L'analyse est donc centrée sur le droit des sociétés et non sur le droit fiscal étranger de l'entité concernée (le régime fiscal applicable localement n'étant pas un critère pertinent).

12 - Conséquence et application pratique. – Si cette approche paraît plutôt simple, le fait qu'elle repose uniquement sur le critère de la personnalité juridique, peut entraîner un certain nombre de conséquences et des difficultés d'application d'ordre pratique. Nous avons, à cet égard, choisi d'en aborder deux dans le cadre de cette présentation afin d'illustrer nos propos.

1^o Risque d'hybridité accru

13 - L'existence (ou l'absence) de la personnalité juridique n'étant pas toujours retenue comme critère de transparence ou d'opacité à l'étranger, une telle approche – reposant de surcroît sur un seul et unique critère – a pour effet d'augmenter le risque d'hybridité fiscale des entités étrangères. Par exemple, en France, les sociétés civiles (immobilières) (SC(I)) sont considérées par principe comme translucides mais ont la personnalité juridique, ce qui résulte de l'article 1842 du Code civil. Ainsi, en raison de cette personnalité morale, elle sera normalement considérée comme opaque au regard du droit fiscal belge, ce qui va donc conduire à l'hybridité fiscale de cette entité. Si celle-ci peut ne pas avoir de conséquences fiscales néfastes en pratique, il n'en résulte pas moins qu'un tel résultat devra faire l'objet d'une attention toute particulière dans pareil contexte transfrontalier.

2^o Transparence parfaite ou imparfaite – le cas des fonds communs de placement

14 - Les fonds d'investissement (de type « *contractuels* » comme par exemple les fonds communs de placement) offrent des illustrations intéressantes de la transparence et de ses implications pratiques. Le SDA a eu à connaître de questions liées à la classification de tels organismes ou entités (y compris en relation avec des entités étrangères, FCP et FCPR français, *Common Contractual Fund* (CCF) irlandais). La tendance semble aller vers une transparence absolue (qu'ils soient d'ailleurs des fonds de distribution ou de capitalisation). L'imposition intervient, en principe, lors de l'attribution ou du paiement au fonds – ou éventuellement au sous-fonds en cas de structure plus complexe – et non à l'investisseur porteur de parts. Ceci implique cependant la disposition d'informations comptables et financières précises et fiables sur les sources de revenus du fonds. Les porteurs de parts belges, dans un fonds fiscalement transparent, devront en effet disposer d'une ventilation claire et précise des revenus perçus par le

fonds ou le sous-fonds (intérêts, dividendes, plus-values réalisées ou non réalisées, sur actions ou sur créances, etc.) afin d'être en mesure de déclarer ceux-ci comme s'ils les avaient perçus directement. Or, cette exigence soulève une série de problèmes pratiques – quelquefois insolubles – de mise à disposition de l'information, notamment dans des structures avec des investisseurs nombreux, des entrées et sorties du fonds à tout moment. Au-delà de la disponibilité de l'information, un tel exercice décliné à une large échelle pour des fonds de taille importante générera des coûts additionnels non négligeables en préparation, traitement et mise à disposition d'informations détaillées, réconciliation avec des normes comptables parfois très différentes des normes belges, ventilation en cas de superposition de fonds (structures de type « *fonds de fonds* »). Face à de telles difficultés pratiques, se pose bien évidemment la question de la fiabilité, c'est-à-dire l'impossibilité de fourniture de l'information financière adéquate ou, plus généralement, l'imperfection de l'information disponible. En effet, qu'en sera-t-il si ces informations financières ne permettent pas d'atteindre le but recherché qui est la précision et le caractère individualisé suffisant afin d'assurer une imposition du détenteur de parts ? Sera-t-il possible d'apporter des correctifs ou d'appliquer une approche alternative ? C'est précisément pour faire face à ces difficultés que certaines juridictions belges ont adopté une approche plus pragmatique en acceptant l'application d'une transparence fiscale « *imparfaite* ». En pratique, cette transparence fiscale partielle revient à imposer les détenteurs de parts de fonds au moment où ils perçoivent les revenus de la part du fonds (et non au moment où le fonds perçoit les revenus, tel que cela est le cas dans un régime de transparence fiscale « *parfaite* »).

Enfin et pour finir, une difficulté complémentaire découlant de la transparence des fonds concerne les sociétés belges détentrices de parts de fonds investissant dans des actions. Ces sociétés belges devront – au-delà des enjeux précédents – s'assurer des conditions d'application de certains régimes propres à l'impôt des sociétés.

Prenons l'exemple du régime d'exonération des dividendes perçus (découlant de la transposition de la directive mère-fille). Ce régime ne s'applique que lorsque des conditions de participation de 10 %, de détention et d'imposition sont remplies. De manière générale, il est admis que l'appréciation des conditions de participation et de détention peuvent être appréciées par transparence.

Supposons une société résidente fiscale belge détenant 20 % des parts d'un fonds commun de placement étranger fiscalement transparent. Ce dernier détient les participations suivantes :

- société A : 10 % ;
- société B : 35 % ;
- société C : 20 % ;
- société D : 50 % ;
- société E : 80 %.

Pour apprécier si la condition de participation est remplie pour les différentes sociétés, il faudra ainsi multiplier le pourcentage de participation de la société belge par le pourcentage de détention du fonds dans les différentes sociétés cibles. Cela donne le résultat suivant :

- A : 2 % ;
- B : 7 % ;
- C : 4 % ;
- D : 10 % ;
- E : 16 %.

Seuls les dividendes provenant des sociétés D et E (pour lesquels le seuil de participation de 10 % est atteint) pourront ainsi être exonérés, pour autant que les conditions de détention et d'imposition soient par ailleurs remplies. Notons que cela implique également que le fonds soit en mesure de ventiler ses différents revenus afin de s'assurer d'un traçage adéquat permettant d'y appliquer le régime d'imposition correspondant, ce qui n'est pas toujours aisé comme nous avons pu le voir plus haut.

B. - Pays-Bas

15 - Aux Pays-Bas, la classification fiscale des entités étrangères a récemment fait l'objet d'une importante réforme dans son approche. Elle reposait jusqu'à présent sur une méthode de comparaison des formes juridiques. En bref, cette approche consistait à examiner certains critères de droit civil afin de déterminer à quelle forme juridique néerlandaise l'entité étrangère était comparable.

L'administration fiscale se fondait en pratique sur les 4 questions suivantes pour évaluer la comparabilité :

- (1) l'entité étrangère peut-elle juridiquement détenir les actifs utilisés dans le cadre de ses activités ?
- (2) tous les associés bénéficient-ils d'une responsabilité limitée à l'égard des dettes et autres obligations et engagements de l'entité ?
- (3) l'entité étrangère dispose-t-elle d'un capital divisé en actions ?
- (4) l'entrée ou le remplacement d'associés peut-il se faire sans l'accord unanime de tous les associés ?

Lorsque trois de ces quatre critères étaient remplis, l'entité était considérée comme opaque et donc assujettie à l'impôt néerlandais en tant que contribuable distinct.

Cette approche a récemment été substantiellement modifiée par l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2025, de la loi sur la politique de qualification fiscale des formes juridiques. Celle-ci met en place un nouveau système de qualification fiscale des entités juridiques étrangères reposant sur l'application de deux étapes :

- première étape : comparaison des formes juridiques. Si la comparaison est concluante, l'analyse s'arrête ici. Dans le cas contraire, il conviendra de passer à une seconde étape visant à appliquer d'autres méthodes alternatives ;
- deuxième étape : application d'une méthode fixe ou symétrique.

16 - Méthode de comparaison des formes juridiques. – La loi renvoie l'élaboration de la méthode de comparaison des formes juridiques à un décret adopté de manière anticipée le 9 novembre 2024 par le ministère des Finances. D'après l'article 2 de ce décret, il ressort que :

- une forme juridique étrangère est comparable lorsque sa nature et sa structure sont similaires à celles d'une forme juridique néerlandaise ;
- à l'inverse, elle n'est pas comparable lorsqu'elle présente des similitudes avec plusieurs formes juridiques néerlandaises ou avec aucune d'entre elles.

Pour effectuer cette comparaison, ce décret énumère les caractéristiques des formes juridiques néerlandaises. Par exemple, pour les NV (*naamloze vennootschap*) et BV (*besloten ven-nootschap*) néerlandaises – équivalentes respectivement à la SA et SARL – on retrouve les éléments de comparaison suivants :

- capital divisé en actions ;
- personnalité juridique ;
- constituée par une ou plusieurs personnes ;
- responsabilité limitée des actionnaires ;
- distribution des bénéfices aux actionnaires ;
- droit de vote des actionnaires ;
- conseil d'administration représentant la société ;
- statuts de la société ;
- possibilité d'être cotée sur une plateforme de négociation ;
- actions librement transférables.

Une entité juridique étrangère dont les caractéristiques ressembleraient à celles-ci pourra donc être considérée comme comparable aux NV et BV néerlandaises.

Le décret précise qu'en principe, les différentes caractéristiques essentielles d'une forme juridique doivent être considérées comme ayant le même poids. Toutefois, lors de l'évaluation, il est possible d'accorder plus ou moins d'importance à certaines caractéristiques

essentielles. À titre d'exemple, le fait qu'une forme juridique étrangère ne soit pas établie par acte notarié ne signifie pas qu'elle n'est pas comparable à une forme juridique néerlandaise pour laquelle cet acte est requis.

En guise d'aide, le décret donne une liste indicative de certaines formes juridiques étrangères qui sont ou pas comparables à une forme juridique néerlandaise. Ainsi, pour la France, toutes les sociétés listées y sont comparables. En revanche, certaines formes étrangères sont réputées non comparables : les sociétés coopératives belges et la société en commandite par actions luxembourgeoise. Dans ces cas, il conviendra donc de passer à la seconde étape du test.

17 - Méthode fixe/méthode symétrique. – La seconde étape consiste, en premier lieu, à déterminer si l'entité est située aux Pays-Bas ou à l'étranger :

- **méthode fixe** : s'il ressort que l'entité étrangère non comparable est située aux Pays-Bas, elle sera automatiquement considérée comme opaque et la seconde étape du test s'arrêtera là ;

- **méthode symétrique** : si l'entité étrangère non comparable est située hors des Pays-Bas, la qualification suivra celle du pays d'établissement (par renvoi). Il faudra alors rechercher dans la loi du pays en question ce qui a été prévu par le législateur en termes de qualification fiscale de la forme juridique en question. Une fois cette caractérisation déterminée localement, il résultera de cette seconde étape que les Pays-Bas suivront cette qualification fiscale.

18 - Exception applicable aux fonds d'investissement. – Les fonds d'investissement échappent à la logique générale de la méthode de comparaison des formes juridiques. En effet, leur traitement fiscal est désormais régi par un cadre spécifique élaboré par une décision réglementaire du 27 novembre 2024.

Il ressort notamment de cette décision qu'à partir de 2025 deux conditions principales et cumulatives doivent donc être remplies pour qu'un fonds soit considéré comme opaque :

- le fonds doit être qualifié de « *fonds d'investissement* » ou de « *fonds de placement collectif en valeurs mobilières* » (OPCVM), au sens de la loi de surveillance financière ;

- et, les droits de participation doivent être négociables.

Si ces deux conditions sont remplies, le fonds sera considéré comme une société et sera opaque, sinon il sera réputé transparent.

Toutefois, l'exigence tirée de la dernière condition (critère de la négociabilité) soulève de nombreuses discussions et tentatives d'aménagement par les praticiens. En particulier, il peut se révéler problématique à manier en présence de fonds dits « *alternatifs* », surtout lorsque l'objectif est de s'assurer de la transparence fiscale de ce type de fonds, généralement recherchée dans le but de sécuriser l'application du régime mère-fille sur les actifs du fonds.

Il est notamment admis, par la décision réglementaire de 2024, que lorsque les parts du fonds sont rachetables par le fonds lui-même, le critère de négociabilité n'est pas rempli : le fonds pourrait donc être considéré comme transparent fiscalement. Or, dans le domaine du *private equity* par exemple, les parts de fonds y sont rarement rachetables par le fonds lui-même, ces fonds de *private equity* étant plutôt de type « *fermés* » (puisqu'ayant un caractère moins liquide). Suivant les cas et si aucun mécanisme de rachat de ce type n'y est prévu, de tels fonds risquent d'être considérés comme fiscalement opaques.

Cette qualification pourrait ainsi priver certains investisseurs (sociétés néerlandaises par hypothèse) dans ces fonds de la possibilité d'appliquer (par transparence) une exonération fiscale sur les dividendes et plus-values de cessions sur titres de participation détenus par le fonds et donc s'avérer non attractif pour ceux-ci.

C. - Luxembourg

19 - Au Luxembourg, la qualification fiscale des sociétés se fait essentiellement sur la base de l'article 175 de la loi de l'impôt sur le

revenu (LIR)⁶ qui donne principalement une liste de sociétés réputées fiscalement transparentes. Cela concerne les formes suivantes :

- société en nom collectif ;
- société en commandite simple ;
- société en commandite spéciale ;
- groupement d'intérêt économique ;
- groupement européen d'intérêt économique ;
- société commerciale momentanée ;
- société commerciale en participation ;
- sociétés civiles.

Ce même article prévoit cependant une exception concernant certaines sociétés (non-résidentes). En effet, le texte se poursuit par :

[...] excepté ceux de ces organismes qui sont des organismes non-résidents visés par l'article 2 de la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents ou par l'article 3 de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre.

Il en résulte ainsi que les entités étrangères remplissant les critères de l'article 2 de la directive mère-fille ou l'article 3 de la directive fusion seront, par exception, traitées comme des entités opaques sur le plan fiscal au Luxembourg.

Si cette règle de qualification fiscale résulte de l'application de cet article 175 de la LIR aux sociétés étrangères par voie de comparaison avec les formes juridiques existantes en droit interne – application qui est d'ailleurs maintenant implicitement confirmée par l'exception se référant aux entités non-résidentes visées ci-dessus – elle était en premier lieu issue de la doctrine et de la jurisprudence.

En conclusion et pour résumer, c'est donc le double test suivant qui s'impose au Luxembourg afin de déterminer le traitement fiscal d'une entité étrangère :

- (1) l'entité étrangère est par principe classifiée sur la base d'un test de comparaison dénommé « *Rechtstypenvergleich* » ;

- (2) cependant, il convient d'analyser si l'entité étrangère relève du champ d'application de l'article 2 de la directive mère-fille ou de l'article 3 de la directive fusion.

20 - Le test de comparaison dit *rechtstypenvergleich*. – Le test surnommé *Rechtstypenvergleich* repose sur une comparaison entre les caractéristiques de l'entité étrangère analysée et celles de l'entité luxembourgeoise à laquelle elle ressemble le plus. Si la structure étrangère se rapproche d'une société de personnes luxembourgeoise, elle sera vue comme transparente au Luxembourg. Dans la négative, elle sera considérée comme opaque.

Ce test consiste à comparer les caractéristiques juridiques et fonctionnelles de l'entité étrangère avec celles d'une entité luxembourgeoise équivalente. Plusieurs critères sont alors généralement examinés, sans qu'il n'existe de liste officielle ou exhaustive. En pratique, ceux-ci sont généralement les suivants :

- gestion et représentation (existence ou non d'un organe de gestion propre à la société) ;
- responsabilité des membres (limitée ou illimitée) ;
- apport en capital (conditions, modalités, nécessité d'un capital minimum, etc.) ;
- participation aux bénéfices (automatique ou soumise à conditions et formalisme) ;
- libre négociabilité des parts (transférabilité) ;

6. Reprenant le § 11 bis de la loi d'adaptation fiscale (StAnpG).

- conditions et durée de vie (limitée ou illimitée, disparition associée entraînant liquidation ou non) ;
- modalités de constitution (formalisme).

Certains considèrent d'ailleurs qu'il convient d'opérer une gradation dans ces critères (par ex., les 4 premiers seraient déterminants), alors que d'autres ne semblent pas aller dans le sens d'une hiérarchisation des critères – même s'il est indéniable que les 4 premiers critères apparaissent comme des marqueurs de base dans un pareil exercice de comparaison. Il est à noter que la (très rare) jurisprudence ne semble, à ce jour, pas avoir explicitement tranché ce point.

Un exemple illustratif de l'application de ce test (les autres décisions se contentant simplement – à notre connaissance – d'évoquer le principe de ce test) se trouve justement dans un jugement du tribunal administratif du Luxembourg du 20 juillet 2005⁷ où la question était de savoir si une SCI française devait être assimilée à une société de capitaux luxembourgeoise. Le tribunal y a affirmé que :

Cette question de qualification est à trancher eu égard aux caractéristiques propres de la société étrangère telles qu'elles résultent des dispositions légales et statutaires applicables sans que le traitement fiscal dans l'État du siège ne constitue un critère à cet égard.

Il a ensuite procédé à une analyse de la structure juridique de cette SCI française, notamment au regard de ses statuts et des articles 1832 et suivants du Code civil français. Les juges y ont observé notamment que :

- la société avait un objet social purement civil, consistant en « la propriété, la construction, l'administration et l'exploitation d'un ensemble immobilier à usage commercial », ainsi que « toutes opérations civiles se rattachant directement ou indirectement à cet objet » ;
- et, les associés étaient personnellement responsables des dettes sociales.

Le tribunal a fini par conclure qu'étant donné que :

Les sociétés de capitaux luxembourgeoises se caractérisent toutes par leur objet commercial, conformément à l'article 1^{er} de la loi modifiée du 10 août 1915, et par la limitation de la responsabilité des associés au montant de leur apport, il s'ensuit que le régime en droit français de la SCI française [...] doit être assimilé à une société civile luxembourgeoise.

21 - Analyse au regard de la directive mère-fille ou fusion. –

S'agissant d'une exception au principe, il convient d'examiner si l'entité étrangère relève du champ de l'article 2 de la directive mère-fille ou de l'article 3 de la directive fusion. Ce test doit être opéré parallèlement en présence d'une entité européenne et prime sur le test du *Rechtstypenvergleich*.

Pour rappel, l'article 2 de la directive mère-fille prévoit essentiellement 3 conditions à cet égard :

- (i) l'entité doit revêtir une des formes énumérées à l'annexe I, partie A de la directive ;
- (ii) l'entité doit être considérée comme résidente d'un État membre de l'Union européenne, au sens de la législation interne de cet État (et non dans un pays tiers en vertu d'une convention fiscale) ;
- et, (iii) l'entité doit être pleinement soumise, sans possibilité d'option ni exonération, à l'un des impôts visés en annexe I, partie B de la directive.

L'annexe vise notamment les impôts suivants : impôt sur les sociétés en France, impôt sur le revenu des collectivités au Luxembourg, impôt des sociétés *Vennootschapsbelasting* en Belgique et *Vennootschapsbelasting* aux Pays-Bas.

S'agissant des formes sociales, cette même annexe vise notamment, dans le cas de la France, les sociétés suivantes : société anonyme, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée,

société par actions simplifiée, société d'assurance mutuelle, caisses d'épargne et de prévoyance, sociétés civiles assujetties de plein droit à l'impôt sur les sociétés, coopératives et unions de coopératives, les établissements et entreprises publics à caractère industriel et commercial, et les autres sociétés constituées conformément au droit français et assujetties à l'impôt sur les sociétés en France.

Dès lors qu'une entité étrangère remplit ces trois critères (forme juridique, résidence fiscale et assujettissement obligatoire à l'impôt), celle-ci est automatiquement considérée comme opaque au Luxembourg, et ce même si le *Rechtstypenvergleich* nous avait amené à conclure l'inverse.

22 - Limite de l'approche luxembourgeoise. – Prenons comme hypothèse de départ une société civile française détenue par un résident fiscal du Luxembourg. L'approche luxembourgeoise fondée sur le *Rechtstypenvergleich* peut conduire à des divergences de résultat plutôt étonnantes pour cette même entité. En effet, en droit français, certaines sociétés civiles sont, en principe, transparentes fiscalement (ou plutôt « *translucides* » d'après la conception française). Toutefois, elles peuvent, par exception, être soumises de plein droit à l'IS, notamment lorsqu'elles exercent des activités à caractère industriel ou commercial. Ainsi, une société civile française exerçant une activité de marchand de biens immobiliers relèvera donc automatiquement du régime de l'IS, d'après notre compréhension des règles françaises.

Comme nous l'avons vu précédemment, la méthode du *Rechtstypenvergleich* repose essentiellement sur la forme juridique étrangère pour déterminer la comparabilité avec une entité luxembourgeoise et donc de sa qualification comme entité opaque ou transparente. Or, ce test est ici mis en échec par l'exception récente issue de la directive mère-fille : les entités visées par son annexe, parmi lesquelles figurent certaines sociétés civiles assujetties de plein droit à l'impôt sur les sociétés en France, doivent être traitées comme opaques au Luxembourg. Dès lors, une société civile française exerçant une activité la faisant relever de l'IS, sera donc par exception considérée comme fiscalement opaque au Luxembourg bien que le *Rechtstypenvergleich* nous aurait amené à conclure à une transparence fiscale.

En revanche, tel ne serait vraisemblablement pas le cas d'une société civile immobilière (SCI) française non soumise de plein droit à l'IS mais ayant simplement opté pour celui-ci. En effet, la rédaction de l'article 2 de la directive mère-fille, auquel notre régime mère-fille luxembourgeois se réfère explicitement, indique que l'assujettissement à l'IS ne doit pas être issu d'une option. Il en résulte donc un traitement différencié de deux sociétés ayant la même forme juridique, ce qui peut paraître quelque peu déroutant au regard du principe de base qui régit jusque-là nos règles de qualification des entités étrangères (comparaison des formes juridiques sans référence au régime fiscal applicable localement à cette entité). Ce paradoxe est d'ailleurs également accentué par le fait que le régime fiscal applicable localement (IS de plein droit et IS sur option) serait donc de fait identique par ailleurs.

Poursuivons ce même exemple en nous focalisant cette fois sur le cas d'une SCI française non-soumise à l'IS de plein droit (et n'y ayant pas opté) dans le contexte spécifique de la convention de double imposition entre la France et le Luxembourg (signée le 20 mars 2018 et ayant pris effet au 1^{er} janvier 2020). Sur la base du test de comparabilité ou *Rechtstypenvergleich*, une telle SCI serait transparente au Luxembourg. La question qui se pose est celle de l'effet éventuel que pourrait avoir la convention fiscale franco-luxembourgeoise sur cette qualification.

Cette SCI non-soumise à l'IS en France sera considérée comme résidente au sens de la convention (art. 4.4.). Cependant, l'article 1,2. – fondé en principe sur le nouveau standard OCDE et relatif à la transparence totale ou partielle des sociétés de personnes – est expressément rendu inapplicable aux sociétés « *translucides* » françaises par les États contractants. Or, le concept français de « *translucidité* » ne

7. TA Luxembourg, 20 juill. 2005, n° 19280, confirmé par Cour adm., 10 janv. 2006, n° 20307C.

connaît pas d'équivalent au Luxembourg. À titre de comparaison, le revenu de sociétés transparentes luxembourgeoises est d'abord, par principe, déterminé au niveau de la société de personnes, pour ensuite être attribué aux associés.

Dès lors, l'inapplicabilité de cet article implique-t-elle que le Luxembourg ne puisse pas imposer les revenus de la SCI lorsqu'ils sont réalisés au niveau de cette dernière (en application de notre conception de la transparence fiscale) et soit, dès lors, forcé à ne les imposer que lorsqu'ils seront effectivement alloués par la SCI ? C'est ce que pourrait sembler impliquer une lecture combinée de ces dispositions avec celles du point 5 du protocole où il y est indiqué que s'agissant des revenus perçus par un résident du Luxembourg *via* une société translucide française, ceux-ci pourront bénéficier d'un crédit d'impôt (alors même que la double imposition des revenus immobiliers devrait normalement être évitée par la méthode de l'exemption avec réserve de progressivité telle que résultant de l'article 22).

Ce choix (méthode de l'imputation) et cette formulation (probablement réfléchie par les négociateurs de la convention et poursuivant un objectif ou visant un ou des cas précis) nous semblent cependant assez malheureux. Ils entretiennent une incertitude quant à la qualification, qui devrait rester du domaine du droit interne. En

effet, prévoir le cas de la « *perception* » de revenus pour une société qui, selon le test de comparaison luxembourgeois, serait transparente, peut paraître curieux puisqu'en raison de cette même transparence, ces revenus seraient en principe réputés réalisés pour les besoins fiscaux luxembourgeois dès lors qu'ils sont réalisés par la SCI. Cela ne signifie pas pour autant que l'application des règles de qualification de droit interne luxembourgeois des entités étrangères soit écartée : il semblerait que cette rédaction vise des cas spécifiques comme évoqués précédemment (peut-être liés à des hypothèses de sorties comme celles résultant de cessions de parts dans la société civile française) et que les négociateurs ont souhaité couvrir et traiter par cet ajout au protocole.

Aussi et plutôt que de laisser subsister un certain flou et de contraindre tout contribuable désireux d'obtenir des clarifications à initier une procédure payante de demande de décision anticipée (rescrit fiscal), dont le délai et l'issue seront nécessairement incertains, il nous semble tout à fait souhaitable que ces clarifications soient fournies par l'administration fiscale luxembourgeoise par voie de circulaire (qui nous semble être la voie la plus adéquate ici) afin de garantir au contribuable l'accès à l'information nécessaire à l'accomplissement de ses obligations fiscales. ■