

Fondée par
Louis Trotabas
Doyen honoraire de
la Faculté de droit et
des sciences économiques
de Nice

THÈSES
BIBLIOTHÈQUE
FINANCES PUBLIQUES
ET FISCALITÉ
TOME 77

Dirigée par
Michel Bouvier
Professeur
des universités

TRANSPARENCE ET TRANSLUCIDITÉ DES SOCIÉTÉS EN DROIT FISCAL INTERNATIONAL

Camille Ortiz

Préface de
Sophie Raimbault de Fontaine
et Vincent Dussart

LGDJ

un savoir-faire de
Lextenso

Fondée par
Louis Trotabas †
Doyen honoraire de
la Faculté de droit et
des sciences économiques
de Nice

THÈSES
BIBLIOTHÈQUE
FINANCES PUBLIQUES
ET FISCALITÉ
TOME 77

Dirigée par
Michel Bouvier
Professeur
des universités

TRANSPARENCE ET TRANSLUCIDITÉ DES SOCIÉTÉS EN DROIT FISCAL INTERNATIONAL

Camille Ortiz

Maître de conférences à CY Cergy Paris Université

Préface de
Sophie Raimbault de Fontaine
et Vincent Dussart

Maître de conférences HDR à l'Université Toulouse 1 Capitole
Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole



© 2024, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
EAN : 9782275142968
ISSN : 0520-044X
Collection : Thèses

REMERCIEMENTS

L'exercice de la thèse représente à n'en point douter une véritable aventure, tant personnelle qu'intellectuelle. À l'heure où la mienne approche de son terme, je tenais à profiter de la liberté que m'offre l'espace dédié aux remerciements pour exprimer ma gratitude à l'égard de l'ensemble des personnes que j'ai eu l'occasion de côtoyer tout au long de ce travail.

Ainsi, je tiens à adresser mes remerciements à M^e Michael MOLENAARS pour m'avoir transmis son article sur l'importance de la personnalité morale en droit fiscal néerlandais.

À M. Alexandre LABARTHE, pour tous ses précieux conseils ainsi que pour nos échanges toujours stimulants.

À M^{me} Yuányuan ZŌU, pour m'avoir enseigné, lorsque le besoin s'est fait sentir, quelques-unes des subtilités que comporte la langue chinoise juridique.

À M. Pierre-Yves DI MALTA, pour l'ensemble de ses conseils et encouragements.

À M. Gregory KALFLÈCHE, pour toute l'aide qu'il m'a apportée.

À M. Fabrice BIN, pour ses précieuses recommandations bibliographiques.

À M^{mes} Marie-Pierre BLIN-FRANCHOMME et Carole HERMON ainsi qu'à MM. Mathieu CARPENTIER, Gilles DEDEURWAERDER et Francis QUÉROL, enseignants chercheurs à l'Université Toulouse 1 Capitole, pour m'avoir permis de faire mes premières marques dans le milieu de l'enseignement universitaire en me confiant des groupes de travaux dirigés.

À M^{mes} Polina KOURALEVA-CAZALS et Céline VIESSANT ainsi qu'à MM. Olivier DEBAT et Daniel GUTMANN pour m'avoir fait l'honneur de relire mes travaux et de composer mon jury de thèse.

Au personnel de la bibliothèque universitaire d'UT1, pour son aide dans l'obtention d'un grand nombre de documents essentiels à mes recherches.

À la cour d'appel de Toulouse, pour m'avoir permis d'accéder à son fonds de documents.

À l'ensemble de mes camarades du CERFF ainsi que de l'IRDEIC, en particulier Damien, Ludovic, Liliane, Annika, Élodie et Claire. Nos nombreuses discussions ont grandement enrichi mon quotidien de thésard.

À Gaël, Emmanuel C., Emmanuel G., William, Christophe, Nicolas et Tuckdanai pour leur amitié. Les moments passés ensemble ont constitué des périodes de coupure idéales.

À ma famille, sans le soutien de laquelle ce travail n'aurait jamais pu voir le jour.

Enfin, et surtout, je tiens à exprimer mes remerciements les plus sincères à mes directeurs de thèse. Je leur suis infiniment obligé pour tous les enseignements qu'ils m'ont prodigués durant toutes ces années ainsi que pour tout le temps qu'ils ont consacré à lire et à relire de multiples fois le manuscrit de cette thèse. Il est indubitable que ce travail a grandement profité de la qualité de leur encadrement.

PRÉFACE

Chacun se rappelle sans doute que Maurice COZIAN qualifiait, non sans humour, le régime fiscal des sociétés de personnes de « sac d'embrouilles »¹. C'est donc avec un certain courage que Camille ORTIZ a choisi de pousser plus loin l'exploration de celui-ci en consacrant ses travaux de doctorat au traitement transfrontalier des sociétés translucides et à la pertinence du maintien des spécificités du régime français de semi-transparence pour l'attractivité du territoire français. Le défi était d'autant plus ambitieux que, si une réforme de la transparence fiscale avait été envisagée par le projet de loi de finances rectificative pour 2010², le législateur avait renoncé à l'adopter compte tenu de la complexité des questions soulevées.

À partir de l'étude de questions particulièrement complexes et de recherches d'une ampleur considérable, Camille ORTIZ livre une thèse remarquable soutenue à l'Université Toulouse 1 Capitole devant un jury exigeant. Utilisant et articulant toutes les sources pertinentes du droit interne, du droit de l'Union européenne, du droit conventionnel et adoptant quand cela est nécessaire une démarche comparatiste, ce travail examine la spécificité du régime fiscal des sociétés de l'article 8 du CGI à l'aune des évolutions les plus récentes du droit fiscal international. Au terme d'une démonstration toujours très claire et méticuleusement argumentée, Camille ORTIZ parvient, de manière quelque peu contre-intuitive, à la conclusion que l'approche française de la transparence fiscale des sociétés de personnes, dont on peine à trouver la justification théorique, non seulement n'est pas indispensable à la lutte contre les pratiques d'évasion fiscale internationale mais, en outre, place la France dans une situation de concurrence normative défavorable par rapport aux États qui ont opté pour des modèles de transparence « standards ». Fort de ce constat, il propose au législateur un certain nombre de points de réforme du régime français de transparence (n° 716 et s.).

Au soutien de cette démonstration qui constitue le fil rouge de la thèse, le lecteur, averti ou non, trouvera d'intéressants développements relatifs aux règles fiscales applicables aux structures transparentes et semi-transparentes. On remarquera particulièrement les pages consacrées aux fondements théoriques du régime de la transparence fiscale où l'auteur décrit les phénomènes de mimétisme normatif, revient sur la théorie de la mutation conditionnelle pour expliquer que contrairement à une idée reçue elle ne constitue pas une émanation de la transparence fiscale (n° 622 et s.) et propose également, de manière très personnelle, d'analyser la conception

1. COZIAN (M.), « Le régime fiscal des sociétés de personnes (sociétés dites semi-transparentes) » ; *Revue des sociétés* 1980, n° 2, pp. 217 et s.

2. Assemblée nationale, Rapport n° 2998 (2010-2011) de M. Gilles CARREZ fait au nom de la Commission des finances, déposé le 1^{er} décembre 2010.

jurisprudentielle française de ce régime à l'aune de la théorie de la balance des intérêts de l'école réaliste américaine (n° 176 et s.). Le lecteur plus intéressé par les aspects techniques du traitement fiscal des sociétés de l'article 8 du CGI en situation transfrontalière trouvera également un grand intérêt à la consultation de ce travail. Il présente ainsi de manière exhaustive et particulièrement didactique, en s'appuyant lorsque cela est nécessaire sur des schémas, les règles actuellement en vigueur et les difficultés qu'elles recèlent. De l'analyse critique de la méthode de l'assimilation retenue par le juge français pour qualifier les sociétés étrangères (n° 238 et s.), aux règles anti-hybrides intégrées, à la suite des travaux du *BEPS*³, dans le droit conventionnel mais également dans la directive établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, dite « *ATAD* » (*Anti Tax Avoidance Directive*) du 12 juillet 2016⁴, en passant par les conflits normatifs que ces règles visant à éviter l'exploitation fiscale des situations d'asymétrie sont susceptibles d'entraîner, aucun détail du traitement fiscal des sociétés de personnes que ce soit en situation interne ou transfrontalière n'a échappé à la plume de Camille ORTIZ et à la rigueur de son analyse.

Pour engager et mener à bien ces travaux d'une très grande richesse mais aussi d'une grande complexité, il ne fallait pas moins de deux directeurs de thèse. Ces derniers ont pu constater, tout au long des années au cours desquelles il leur a été donné d'encadrer et d'accompagner M. ORTIZ, une soif de connaissance insatiable et une opiniâtreté à toute épreuve. Camille ORTIZ est une personne dont l'originalité de la pensée et du raisonnement, remarquée par son jury de thèse, mérite d'être saluée : refusant de se laisser enfermer dans la technicité de son objet de recherche, il a toujours cherché à comprendre pour mieux critiquer et finalement proposer. Particulièrement exigeant avec lui-même, jamais satisfait de ses écrits, il a, au bout du compte, non seulement acquis une compétence technique rare, mais aussi réussi une belle thèse que sa codirectrice et son codirecteur de recherche sont très fiers de présenter maintenant aux praticiens, ainsi qu'à l'ensemble de la communauté universitaire.

Sophie RAIMBAULT DE FONTAINE
Maître de conférences HDR à l'Université Toulouse 1 Capitole

Vincent DUSSART
Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

3. OCDE, « *Neutraliser les effets des dispositifs hybrides* » ; Projet OCDE/G20 sur l'érosion des bases d'imposition et le transfert des bénéfices – action 2, rapport final, 2015.

4. 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 (dite *ATAD 1*) ; *JOUE L/193/1*.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

26 CFR	<i>Code of Federal Regulations, Title 26. Internal Revenue</i>
26 U.S. Code	<i>U.S. Code, Title 26. Internal Revenue Code</i>
Akron Tax J.	<i>Akron Tax Journal</i>
AStG	<i>AußenSteuerGesetz (loi sur les impôts étrangers)</i>
AT Rev.	<i>Australian Tax Review</i>
BDCF	<i>Bulletin des Conclusions Fiscales</i>
BEFIT	<i>Business in Europe : Framework for Income Taxation</i>
BF	<i>Bulletin Fiscal Francis LEFEBVRE</i>
LEFEBVRE	
BMF	<i>Bundesministerium der Finanzen (administration fiscale allemande)</i>
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
BTR	<i>British Tax Review</i>
Bull. for Int'l. Fisc. Doc'n.	<i>Bulletin for International Fiscal Documentation</i>
Bull. for Int'l. Tax'n.	<i>Bulletin for International Taxation</i>
Bull. Joly sociétés	<i>Bulletin Joly sociétés</i>
C.B.	<i>Cumulative Bulletin</i>
CGI	<i>Code général des impôts</i>
CTA	<i>Corporation Tax Act</i>
CTB	<i>Check-The-Box (regulations)</i>
D/NI	<i>Déduction/Non-Inclusion</i>
D.	<i>Recueil Dalloz (NB : La citation des anciens numéros reprend la forme utilisée naguère : D. DATE. PARTIE. PAGE)</i>
DD	<i>Double Déduction</i>
DGT	<i>Dirección General de Tributos (administration fiscale espagnole)</i>
DP	<i>Dalloz Périodique</i>
Dr. fisc.	<i>Revue Droit fiscal</i>
EBITDA	<i>Earning Before Interests Taxes Depreciations and Amortizations (résultat courant avant impôt, intérêts, dépréciation et amortissement)</i>
EStG	<i>EinkommenSteuerGesetz (loi concernant l'impôt sur le revenu)</i>
FCP	<i>Fonds Communs de Placement</i>
Fed. Reg.	<i>Federal Register (registre fédéral)</i>
FIA	<i>Fonds d'Investissement Alternatif</i>

Fla. Tax Rev	<i>Florida Tax Review</i>
Fordham L. Rev	<i>Fordham Law Review</i>
FR	<i>Feuillets Rapides Francis LEFEBVRE</i>
LEFEBVRE	
GloBE	<i>Global Anti-Base Erosion Proposal</i>
Harv. L. Rev.	<i>Harvard Law Review</i>
HGB	<i>Handelsgesetzbuch</i> (Code commercial allemand)
HMRC	<i>Her Majesty's Revenue and Customs</i> (administration fiscale britannique)
IGR	Impôt Général sur le Revenu
Int'l Tax J.	<i>International Tax Journal</i>
IRB	<i>Internal Revenue Bulletin</i>
IRS	<i>Internal Revenue Service</i> (administration fiscale américaine)
IRVM	Impôt sur le Revenu des Valeurs Mobilières
ITTOIA	<i>Income Tax (Trade and Other Income) Act</i>
J. Affordable Hous. & Cmty. Dev L.	<i>Journal of Affordable Housing and Community Development Law</i>
J. Corp. L.	<i>Journal of Corporation Law</i>
JCP N	<i>La Semaine Juridique Notarial</i>
SCP S	<i>La Semaine Juridique Social</i>
JO	<i>Journal Officiel</i>
JOAN Q	<i>Journal Officiel</i> , édition Débats parlementaires, Assemblée nationale, questions.
JOAN	<i>Journal Officiel</i> , édition Débats parlementaires, Assemblée nationale
JOCE	<i>Journal Officiel de la Communauté Européenne</i>
JORF	<i>Journal Officiel de la République Française</i> (lois et décrets)
JOS	<i>Journal Officiel</i> , édition Débats parlementaires, Sénat
JOUE	<i>Journal Officiel de l'Union Européenne</i>
LLC	<i>Limited Liability Company</i>
LLP	<i>Limited Liability Limited Partnership</i>
LLP	<i>Limited Liability Partnership</i>
LP	<i>Limited Partnership</i>
Mich. St. L. Rev.	<i>Michigan State Law Review</i>
Mont. L. Rev.	<i>Montana Law Review</i>
NCCUSL	<i>National Conference of Commissioners on Uniform State Laws</i>
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économiques
OECE	Organisation Européenne de Coopération Économique
OPC	Organisme de Placement Collectif
OPCVM	Organisme de Placement Collectif en Valeurs Mobilières
PLLC	<i>Professional Limited Liability Company</i>
Priv. Ltr. Rul.	<i>Private letter ruling</i> (rescrit individuel)
RDBF	<i>Revue de Droit Bancaire et Financier</i>
Rec.	<i>Recueil</i> (CJCE et CJUE)
Rec. num.	<i>Recueil numérique</i> (CJUE)

Rev. crit.	<i>Revue critique de législation et de jurisprudence</i>
Rev. gén. dr. com.	<i>Revue générale de droit commercial</i>
Rev. Rul.	<i>Revenue ruling</i> (doctrine administrative)
RF Compt.	<i>Revue Française de Comptabilité</i>
RFFP	<i>Revue Française de Finances Publiques</i>
RFN	<i>Revue Fiscale Notariale</i> (désormais <i>revue de fiscalité du patrimoine</i>)
RJF	<i>Revue de Jurisprudence Fiscale</i>
RULPA	<i>Revised Uniform Limited Partnership Act</i>
RUPA	<i>Revised Uniform Partnership Act</i>
S.	<i>Recueil Sirey</i> (NB : La citation des anciens numéros reprend la forme utilisée naguère : S. DATE. PARTIE. PAGE)
SCSp	Société en Commandite Spéciale
SEC	Société Étrangère Contrôlée
SICAV	Société d'Investissement à Capital Variable
SL/ SRL	<i>Sociedad de Responsabilidad Limitada</i>
Tax Mag.	<i>The Tax Magazine</i>
Treas. Reg.	<i>Treasury Regulations</i>
Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne
U. Chi. L. Rev.	<i>University of Chicago Law Review</i>
U. Fla. L. Rev.	<i>University of Florida Law Review</i>
ULLCA	<i>Uniform Limited Liability Company Act</i>
UPA	<i>Uniform Partnership Act</i>
Wash. U. L. Q	<i>Washington University Law Quarterly</i>

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	5
PRÉFACE	7
INTRODUCTION	15
PARTIE I	
IDENTIFICATION DES DIFFICULTÉS LIÉES À L'UTILISATION DE RÉGIMES DE TRANSPARENCE FISCALE EN DROIT FISCAL INTERNATIONAL	57
Titre I : L'application d'un régime de transparence en droit fiscal français	59
Chapitre 1. La teneur des difficultés soulevées par la transparence fiscale	61
Chapitre 2. L'ampleur des difficultés soulevées par la transparence fiscale...	119
Titre II : L'apparition de situations asymétriques dans les opérations impliquant plusieurs États	161
Chapitre 1. Les causes des situations asymétriques	163
Chapitre 2. Les conséquences des situations asymétriques	215
PARTIE II	
RÉSOLUTION DES DIFFICULTÉS LIÉES À L'UTILISATION DE RÉGIMES DE TRANSPARENCE FISCALE EN DROIT FISCAL INTERNATIONAL	279
Titre I : Le recours à des règles de coordination dans la lutte contre les situations asymétriques	281
Chapitre 1. Les solutions recherchées via le recours aux règles de coordination	283
Chapitre 2. Les problèmes posés par le recours aux règles de coordination .	347
Titre II : Le retour à une conception standard de la transparence fiscale en droit français	415
Chapitre 1. L'opportunité du retour à la transparence fiscale	417
Chapitre 2. Les modalités du retour à la transparence fiscale	479
CONCLUSION GÉNÉRALE	555

INTRODUCTION

« Je veux chercher si dans l'ordre civil il peut y avoir quelque règle d'administration légitime et sûre, en prenant les hommes tels qu'ils sont, et les lois telles qu'elles peuvent être : Je tâcherai d'allier toujours dans cette recherche ce que le droit permet avec ce que l'intérêt prescrit, afin que la justice et l'utilité ne se trouvent point divisées. J'entre en matière sans prouver l'importance de mon sujet. On me demandera si je suis prince ou législateur pour écrire sur la Politique. Je réponds que non, et que c'est pour cela que j'écris sur la Politique. Si j'étais prince ou législateur, je ne perdrais pas mon temps à dire ce qu'il faut faire ; je le ferais, ou je me tairais ».

ROUSSEAU (J.-J.), « *Du contrat social* » ; Flammarion, Paris, 2001, p. 45.

1. Les difficultés soulevées par les régimes de transparence fiscale – Les régimes de transparence fiscale constituent un domaine du droit fiscal particulièrement difficile à appréhender. Les auteurs les ayant étudiés ont d'ailleurs eu, maintes fois, l'occasion d'en dénoncer la très grande complexité. Il est ainsi possible de lire, en compulsant les diverses contributions doctrinales consacrées à la question, que la fiscalité se rapportant aux sociétés de personnes est « l'une des plus compliquées et des plus mal maîtrisées qui soient »¹, qu'elle est d'une « [...] complexité proprement inouïe, qui n'a probablement pas d'égalé dans les autres branches du droit »², ou qu'il s'agit d'un véritable « sac d'embrouilles »³.

1. GOUTHIERE (B.), « *Les impôts dans les affaires internationales* » ; Éditions Francis LEFEBVRE, 11^e édition, 2016, p. 498, n° 30205.

2. Le GALL (J.-P.), « Rapport général », in *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXa ; Kluwer, 1995, p. 604.

3. Cette formule est, à l'origine, de COZIAN qui l'utilisait pour traiter de la complexité des règles relatives à la détermination du résultat fiscal des sociétés de personnes, lesquelles peuvent toutes à la fois impliquer une prise en compte de la nature de l'activité exercée par la société ou se focaliser sur le statut de l'associé. Cf. COZIAN (M.), « Le régime fiscal des sociétés de personnes (sociétés dites semi-transparentes) » ; *Revue des sociétés* 1980, n° 2, pp. 217 et s.). Elle a été, ensuite, reprise par d'autres auteurs pour dénoncer la complexité d'autres problématiques que soulevait ce même régime. De cette façon, MM. TUROT et GEST ont défendu qu'il y avait un deuxième, puis un troisième sac d'embrouilles à raison des nouvelles difficultés qui se posaient quant à la détermination des plus-values de cession de titres de sociétés non opaques (cf. TUROT (J.), « Entreprises cédant leur participation dans une société de personnes : L'autre sac d'embrouilles » ; *RJF* 8 – 9/91, p. 598) et des problématiques plus générales tenant à l'utilisation de ces mêmes sociétés dans un cadre international (GEST (G.), « Les associés non-résidents de sociétés de personnes françaises peuvent-ils se prévaloir des conventions internationales ? » ; *RF Compt.* 7 – 8/1993, p. 68.).

L'opinion des juristes étrangers ne semble pas être, en cela, très éloignée de celle qui a trouvé à s'exprimer en France⁴.

Dans l'ensemble, les causes de ces difficultés sont multiples. Elles pourraient sans aucun doute être recherchées dans la très grande technicité qui marque le fonctionnement de ces régimes de transparence fiscale. Mais, il semble que, dans le contexte international, ces dernières tiennent avant tout à la forte diversité qui caractérise lesdits régimes.

En l'occurrence, l'objectif de cette étude sera d'envisager les problèmes qui découlent des régimes de transparence fiscale sur le plan international en accordant une certaine importance à la situation de la France et à son régime spécifique de translucidité.

À cette fin, il incombera, préalablement à tout travail d'analyse, de donner quelques indications concernant les éléments fondamentaux de la fiscalité se rapportant aux régimes de transparence fiscale (Section 1), puis de mettre en lumière les enjeux essentiels qui sous-tendent la matière (Section 2).

SECTION 1

LES ÉLÉMENTS FONDAMENTAUX DE LA FISCALITÉ SE RAPPORTANT AUX RÉGIMES DE TRANSPARENCE FISCALE

2. Définitions et champ d'application – À titre liminaire, il conviendra d'abord de définir les notions de transparence et de translucidité (§ 1), puis de donner un aperçu de l'éventail des constructions juridiques qui peuvent relever de ce type de régimes (§ 2).

§ 1. LA DÉFINITION DES NOTIONS DE TRANSPARENCE ET DE TRANSLUCIDITÉ

3. Du domaine extra-juridique au domaine du droit fiscal – La transparence et la translucidité constituent, à la vérité, des notions dont les applications dépassent le seul cadre juridique. Partant de là, l'étude de leur utilisation dans le domaine du droit fiscal (II) doit nécessairement être précédée d'une présentation plus générale s'efforçant de rendre compte de toute leur portée (I).

I. TRANSPARENCE ET TRANSLUCIDITÉ : DES NOTIONS TRANSCENDANT LE DROIT FISCAL

4. La transparence au sens le plus large – La transparence se définit, *lato sensu*, comme la « propriété qu'a un corps, un milieu, de laisser passer les rayons

4. ESSERS (P.), MEUSSEN (G., T., K.), « *Taxation of Partnerships/Hybrid Entities* », in McCAHERY (J., A.), RAAIJMAKERS (T.), VERMEULEN (E., P., M.) *et alii*, « *The Governance of Close Corporations and Partnerships : US and European Perspectives* » ; Oxford University Press, 2004 : « L'imposition des *partnerships* dans les situations internationales s'avère être d'une très grande complexité et constitue peut-être un des cas les plus difficiles d'application des règles de droit fiscal international ». Citation originale : « *The taxation of partnerships in cross-border situations has proven to be exceptionally complicated and is perhaps one of the most difficult issues in the application of rules on international tax law* ».

lumineux »⁵. Cela étant, elle connaît plusieurs déclinaisons. Ces dernières sont au nombre de deux : la transparence est, en premier lieu, une notion qui renvoie à l'absence (A.), puis, en second lieu, une notion comportant une idée de visibilité (B.).

A. LA TRANSPARENCE-ABSENCE

5. La transparence comme phénomène de disparition d'un corps – Au sens de cette conception, la transparence se définit plus spécifiquement comme la « qualité d'un système, d'un mode de fonctionnement qui peut être ignoré de l'utilisateur »⁶. Elle comporte donc un caractère quasi-immatériel, sinon évanescent : elle est une propriété qui aboutit, finalement, à traiter l'objet transparent comme s'il était inexistant ou, dans ses formes les moins radicales, à faire abstraction de ce dernier uniquement dans certaines hypothèses. Sous ce rapport, la transparence implique de soustraire du domaine du visible l'objet qu'elle affecte. Elle entraîne, par conséquent, une nouvelle façon de concevoir le rapport qu'entretient l'observateur à la réalité placée dans son champ de vision dans le sens où, en retirant un objet à la vue, elle constitue un dévoilement de l'espace dans toute sa proximité et son étendue. En cela, elle s'oppose à l'opacité. L'objet opaque, en ce que sa constitution s'oppose au passage de la lumière, est bien visible et conduit à dissimuler, le cas échéant, ce qui se trouve derrière lui. Il est un obstacle visuel à l'intelligence de la réalité qui est placée au-delà de sa position, là où la transparence permet l'accessibilité de son arrière-plan en néantisant l'objet auquel elle s'applique.

La transparence est affaire de degrés. Plus elle est prononcée, plus l'effacement de l'objet qui en est frappé est important. Cela étant, même dans le cas où elle serait poussée à l'extrême, la portée de cette disparition ne doit pas être exagérée. La transparence-absence ne renvoie pas totalement au néant. Elle comporte, en vérité, une dimension paradoxale : si elle évoque l'inexistant, le fait même de déterminer qu'un objet est transparent revient, dans le même temps, à reconnaître son existence. Car, un corps qui serait pleinement inexistant ne pourrait pas, par définition, être identifié. En ce sens, il subsiste une différence de nature entre transparence et inexistence.

Cependant, toujours est-il qu'en suivant cette logique de degrés, il est possible de relever que plusieurs nuances de transparence existent. La translucidité se présente comme l'une d'entre elles et désigne une situation intermédiaire, située entre la transparence et l'opacité. Il s'agit de la propriété d'un corps qui, bien que se laissant traverser par la lumière, « ne permet pas de distinguer nettement les contours et les couleurs des objets »⁷ qui se trouvent derrière lui.

B. LA TRANSPARENCE-VISIBILITÉ

6. La transparence comme paradigme organisationnel – Un objet transparent, en se laissant traverser par la lumière, permet aussi à l'observateur de s'assurer de ce qu'il contient. De cette façon, la transparence-visibilité s'entend de la « qualité de ce qui laisse apparaître la réalité tout entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer »⁸. En tant que telle, elle est utilisée comme un paradigme d'organisation

5. Cf. Trésor de la langue française.

6. Cf. Le Petit Robert, 2009.

7. Cf. Trésor de la langue française.

8. Cf. Le Petit Robert, 2009.

empreint d'une certaine vision utopique. La transparence-visibilité porte, en elle-même, la promesse d'un modèle d'organisation idéal, applicable tout aussi bien à la société tout entière qu'à toute autre forme d'association, de moindre taille comme de dimension supérieure. Ainsi que l'énonce Jean-Jacques WUNENBURGER : « La méthode utopienne consiste essentiellement en un exercice optique qui doit permettre de regarder la réalité humaine sous une lumière vive, qui a la puissance d'éliminer l'ombre, de débusquer le caché, c'est-à-dire métaphoriquement les maux d'une société [...] La Cité vue au grand jour de l'utopie, peut se comparer ainsi à un dispositif optique, tout en verre, qui assure une transparence de toutes ses parties et en facilite la vision panoramique et intégrale »⁹. L'exposition à un regard omniscient, permise par la pensée utopienne, a pour visée une régulation des comportements. La visibilité rend sensible un idéal de conduite, lequel doit aboutir à « amender l'homme moins en le changeant qu'en l'arrachant à l'obscurité et à la confusion spontanées de la vie »¹⁰.

Dans ses applications, cette transparence suit une logique d'échange communicationnel, laquelle prend, à l'heure actuelle, opportunément appui sur un recours prononcé aux nouvelles technologies de la communication. L'objectif est de reparamétrer les relations que peuvent avoir des individus avec une organisation, voire les individus entre eux, en définissant de nouvelles modalités d'échange informationnel entre les différentes parties.

Le doyen CARBONNIER associe, d'ailleurs, l'essor de cette conception de la transparence à une nouvelle manière d'appréhender la morale. Celle-ci cesse d'être axiomatique pour dépendre désormais du dialogue : « le bien vient de la communication et par la communication. Inversement, le mal vient d'un défaut de communication, et finalement d'un défaut de transparence »¹¹. Il est à noter que dans cette conception des choses, la transparence ne connaît pas véritablement de nuances. Il n'est pas commun de parler de translucidité pour désigner la propension modérée d'un organe à divulguer des informations sur son fonctionnement. En un sens, la logique dont cette conception participe tend à proposer une lecture binaire du monde reposant sur deux visions radicalement opposées : soit une chose est pleinement transparente, soit elle est totalement opaque ; soit elle est digne de confiance, soit elle suscite la méfiance.

Cela étant, l'heure est, aujourd'hui, à la critique des excès auxquels cette transparence aboutit. À ce titre, il lui est notamment reproché de poser les jalons d'une société fondée sur le contrôle et la surveillance intégrale et, ce faisant, de porter en germe une nouvelle logique totalitaire¹². Sans rentrer davantage dans le débat qui se tient entre les partisans et les opposants de la transparence comme modalité d'organisation, force est de constater que celle-ci est loin d'occuper une position neutre. Au

9. WUNENBURGER (J.-J.), « Regard et transparence : utopie et philosophie » ; *Quaderni* n° 40, Hiver 1999-2000, Utopie I : la fabrique de l'utopie, pp. 145 – 158.

10. *Ibid.*

11. CARBONNIER (J.), « *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur* » ; LGDJ, *Anthologie du droit*, 10^e édition, 2014, p. 316.

12. HAN (B.-C.), « *La société de transparence* », trad. MANNONI (O.) ; PUF, 1^{re} édition, 2017, pp. 77 – 91. Les formes d'exercice de ce nouveau totalitarisme marqueraient un changement par rapport aux cas qui ont pu être observés par le passé. Ceux-ci ne reposeraient plus sur un modèle pyramidal où la surveillance suivrait un mouvement d'ensemble du haut vers le bas ; mais, sur une configuration nouvelle dans laquelle les nouvelles technologies permettraient un contrôle fragmentaire de chacun sur chacun.

contraire, elle est plutôt ambivalente et peut, tout à la fois, servir les meilleurs dessein comme les plus obscurs.

II. TRANSPARENCE ET TRANSLUCIDITÉ : DES NOTIONS REPRISES EN DROIT FISCAL

7. Le domaine de la transposition – À titre liminaire, il est important de souligner que les notions de transparence-absence et de transparence-visibilité ne sont pas uniquement reprises en droit fiscal, mais qu'elles connaissent également des déclinaisons sur l'ensemble des branches du droit. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est possible de faire mention d'études qui mettent en exergue la présence d'une transparence-absence en droit des marchés publics¹³ ou dans d'autres disciplines juridiques telles que le droit commercial et le droit du travail¹⁴. En outre, la transparence-visibilité fait, elle aussi, l'objet de récupérations. Il en va notamment de la sorte en droit des finances publiques¹⁵.

En droit fiscal, la reprise concerne les deux conceptions de la transparence. La transparence-visibilité se déploie, principalement, en procédures fiscales dans la mesure où cette discipline s'intéresse, entre autres choses, à fixer un cadre normatif à l'échange d'informations entre le contribuable et l'administration¹⁶. Mais, cette conception n'est pas pour autant absente des règles fiscales matérielles. Certaines mesures propres au droit fiscal ont pour objet de rétablir la réalité d'une situation et participent, ce faisant, d'une logique de transparence-visibilité¹⁷. De même, l'échange d'informations entre les administrations fiscales, compte parmi les thématiques les plus récurrentes de la fiscalité internationale.

Cette étude se concentrera néanmoins sur la reprise de la transparence-absence en droit fiscal. Il impliquera donc d'envisager, de manière générale la façon dont les États conçoivent leur régime de transparence fiscale (A.), puis la façon dont la France envisage le sien (B.).

13. GUIGNARD (D.), VIGUIER (J.), « La transparence des personnes morales en droit administratif », in BIOY (X.) (dir.), « *La personnalité juridique – Traditions et évolutions* » ; PUT, 2013, pp. 245 et s.

14. HANNOUN (C.), « *Le droit et les groupes de sociétés* » ; LGDJ, 1991.

15. SY (A.), « *La transparence dans le droit budgétaire de l'État en France* » ; LGDJ, 2017.

RAINAUD (Ph.), « *La transparence budgétaire : approche comparée des finances des collectivités locales, de l'État et de l'Union européenne* » ; Thèse dactyl., Poitiers, 2002.

16. Pour être plus précis, le droit des procédures fiscales est traversé par une double tendance se rapportant à un objectif d'information des parties qu'il met en relation. Ici, la transparence postule, d'un côté, que le fonctionnement du service soit rendu intelligible au contribuable. D'un autre côté, elle implique, également, que l'administration soit mise en capacité de prendre connaissance de la situation réelle du contribuable. Ces deux objectifs sont poursuivis au moyen d'une série de dispositions régissant des modalités d'échange informationnel entre les deux parties.

17. Cet aspect ressort de la réflexion de certains auteurs dont notamment : DEBOISSY (F.), « *La simulation en droit fiscal* » ; LGDJ, 1997, p. 1 : « La simulation, création volontaire d'une contradiction entre l'apparence et la réalité en vue d'induire les tiers en erreur, participe ainsi "de la cohorte des mots qui escortent la vérité", ou plutôt ses contraires, lesquels composent "une des plus riches familles sémantiques du vocabulaire juridique". **Tirailée entre l'ombre et la lumière, écartelée entre les exigences contradictoires du secret et de la vérité, de l'opacité et de la transparence, la simulation est un comportement qui intéresse à la fois la morale et le droit.** Faut-il la condamner ? Faut-il lui être indifférent ? Faut-il l'encourager ? L'histoire de la simulation témoigne des délicats arbitrages opérés en la matière ». Tel est également le cas des régimes de type SEC, cf. *infra*, n° 11 ainsi que nbp n° 21.

A. APPROCHE GÉNÉRALE DE LA TRANSPARENCE FISCALE

8. Définition – La transparence fiscale s’entend d’un régime d’imposition au sens duquel les résultats dégagés par une entité ne sont pas imposés entre ses mains, mais entre celles de ses membres.

L’image de la transparence se justifie, ici, du fait que le mode de raisonnement adopté, concernant les résultats, tend à faire abstraction de l’existence de l’entité. En effet, le régime fiscal ainsi désigné implique de procéder comme si les membres assujettis à l’impôt avaient eux-mêmes réalisé ou subi les bénéfices ou les pertes de la structure, de telle sorte que les éléments de revenus qui leur sont attribués sont censés conserver leur nature ainsi que leur source. Par ailleurs, les membres attributaires doivent également pouvoir se prévaloir des régimes de faveur qui leur sont normalement applicables pour les besoins de la détermination de l’imposition dont ils doivent s’acquitter à raison de leur participation dans une entité transparente. Dans tous les cas, l’assujettissement du membre à l’impôt n’est pas conditionné à la distribution des revenus sur lesquels porte l’imposition mise à sa charge.

9. Théorie de la juxtaposition d’entreprises individuelles et théorie de la co-exploitation – La doctrine académique s’est efforcée d’approfondir la description de ce régime en proposant une modélisation théorique de son fonctionnement. Celle-ci envisage la transparence fiscale comme étant le produit de deux logiques contradictoires : la théorie de la juxtaposition d’entreprises individuelles et la théorie de la co-exploitation¹⁸. La première consiste à envisager le groupement de manière éclatée et s’oriente, de cette façon, pleinement vers l’idée d’une absence de prise en compte de ce dernier. La seconde, en revanche, procède d’une logique de prise en compte de l’existence du groupement. Elle vient matérialiser le fait qu’il n’est pas toujours possible ou souhaitable de faire abstraction de l’entité transparente, laquelle demeure fondamentalement une unité économique réelle. C’est cette vision qui justifie, par exemple, qu’un résultat d’ensemble de la structure transparente soit déterminé avant d’être imposé entre ses membres ou que la structure transparente soit traitée comme l’interlocuteur du fisc pour la réalisation des formalités déclaratives et de contrôle.

Les modalités d’articulation de ces deux logiques varient en fonction des États. Dans l’ensemble, l’économie générale des régimes de transparence fiscale repose sur une combinaison, selon des dosages variables, de ces deux théories. Ce qui explique la grande diversité de régimes de transparence rencontrée en droit comparé. Parmi l’ensemble des hypothèses existantes, il est possible de signaler l’existence d’un cas particulier de transparence pure (faisant exclusivement application de la théorie de la juxtaposition d’entreprises individuelles) au Danemark qui, à notre connaissance, est unique en son genre¹⁹.

10. La transparence fiscale comme métaphore pédagogique – Quoi qu’il en soit, il ne faut pas perdre de vue que l’image de la transparence n’est qu’une métaphore pédagogique destinée à faciliter la désignation ainsi que la manipulation conceptuelle

18. Voir, notamment, EASSON (A.), THURONYI (V.), « *Fiscal Transparency* », in THURONYI (V.) (dir.), « *Tax Law Design and Drafting* », Vol. 2 ; *International Monetary Fund*, 1998.

WAAL (A.), « Transparence, transparence, théorie de la dette d’impôt – Les différents visages de la société de personnes et leurs conséquences dans l’ordre fiscal international » ; *Dr. fisc.* 1994, n° 45, 100062.

19. LANGHAVE JEPPESEN (I.), « *Denmark* », in HILLING (A.), *et alii*, « *Taxation of Partnership – Legal National Reports for the Nordic Tax Research Council’s annual meeting* », 2015, p. 6.