

FISCALITÉS ÉTRANGÈRES

Chronique d'actualité

Europe

> **Allemagne** - Les ministres des Finances des États fédérés allemands sont parvenus à un accord sur une baisse du seuil de déclenchement et un renforcement du dispositif anti-abus de la taxe sur les transactions immobilières (« Grunderwerbsteuergesetz » - GrEStG), ou « Real Estate Transfer Tax » - RETT) (V. § 1).

> La CJUE juge que l'exonération de taxe sur les transactions immobilières dans le cadre de restructurations intra-groupe ne constitue pas une aide d'État illégale (V. § 3).

> **Belgique** - Le Service des Décisions Anticipées (SDA) a rendu un rescrit positif dans le cadre de la déductibilité de charges d'intérêts liées à un emprunt contracté pour financer une opération de réduction de capital (V. § 5).

> La Belgique a transposé la presque totalité des mesures de la directive ATAD au terme de l'année 2017 ; une loi du 30 juillet 2018 dite « réparatrice » a corrigé certaines imperfections techniques concernant notamment la règle de CFC (V. § 8).

> **Espagne** - Le Ministère des Finances a publié un projet de loi de lutte contre la fraude, visant à transposer la directive ATAD et celle sur le règlement des différends fiscaux (V. § 14).

> Le gouvernement prévoit de créer une taxe sur les transactions financières au taux de 0,2%, applicable aux acquisitions d'actions de sociétés cotées résidentes en Espagne (V. § 16).

> **Italie** - The Tax Agency confirmed that the contribution of a branch of business belonging to the Italian permanent establishment of a French company benefits of tax neutrality, as long as the shares received are kept and booked by the permanent

establishment and not transferred to the head office (V. § 21).

> The Supreme Court wrote a new chapter in the ongoing clash between the Italian Tax Agency and D&G's trademark company regarding the latter's place of effective management for residence of a corporation : it will have to be identified in a new trial respecting EU law's cardinal principles (first and foremost, the freedom of establishment) (V. § 23).

> The Supreme Court states that a debt pushdown transaction can be considered as tax avoidance under (the now repealed) art. 37-bis, Presidential decree n° 600/1973, whereas for the Tax Agency a demerger in favor of a shareholder may not (V. § 25).

> **Luxembourg** - Le Parlement a voté le projet de loi transposant la directive sur la lutte contre l'évasion fiscale (dite « ATAD ») (V. § 28).

> Le Tribunal administratif, statuant sur le caractère de pleine concurrence des paiements d'intérêts faits par une société luxembourgeoise à son actionnaire, confirme la requalification d'une partie des intérêts en distributions cachées en considérant que, dans le cas d'espèce, les deux critères de qualification étaient remplis : (i) relation particulière entre le débiteur et le créancier (associé, sociétaire ou intéressé) et (ii) avantage injustifié, qui découle du taux d'intérêt élevé, et qui entraîne soit une diminution de l'actif net soit un défaut d'accroissement de l'actif net (V. § 36).

> Le Tribunal administratif a requalifié les prêts accordés par une société luxembourgeoise à sa filiale canadienne en apports déguisés sur base des caractéristiques financières des prêts, notamment le défaut des formes juridiques usuelles des fonds prêtés (V. § 38).

> Le Tribunal administratif a jugé qu'il est uniquement compétent pour connaître d'un recours en annulation (et non d'un recours en réformation) introduit par un contribuable contre une décision d'injonction qui lui est adressée en matière d'échange d'information (V. § 40).

> **Pays-Bas** - À la suite de la décision rendue par la CJUE dans les affaires *Deister Holding* et *Juhler Holding*, le législateur a introduit à partir du 1er janvier 2019 une possibilité supplémentaire de démontrer l'existence de motifs commerciaux valables reflétant la réalité économique concernant l'exonération de retenue à la source sur dividendes (V. § 42).

> Contrairement à ce qui avait été annoncé précédemment, la RASD néerlandaise ne sera pas supprimée mais les Pays-Bas introduiront une nouvelle RAS conditionnelle sur les intérêts et redevances attribués à des entités faiblement imposées, ainsi qu'en cas d'abus, à partir du 1er janvier 2021. Une nouvelle retenue à la source similaire pourrait être introduite sur les distributions de dividendes (V. § 44).

> Les Pays-Bas réduiront progressivement leur taux global de l'IS (CIT) de 25 % à 20,5 % en 2021 (V. § 46).

> La pratique des rescrits sera révisée à partir du 1er juillet 2019, à la suite de quoi un « lien économique » avec les Pays-Bas sera requis pour conclure des rescrits fiscaux internationaux (V. § 47).

> À partir du 1^{er} janvier 2019, les Pays-Bas ont mis en place la règle de limitation de déductibilité des intérêts et une nouvelle règle sur les sociétés étrangères contrôlées (CFC) conformément à la directive européenne contre l'évasion fiscale (ATAD) (V. § 49).

> Le Conseil d'État néerlandais a confirmé dans les affaires X NV et N BV l'arrêt de la CJUE du 22 février 2018 selon lequel l'« approche par élément » s'applique au régime néerlandais de l'intégration fiscale (V. § 54).

> **Portugal** - Le Portugal introduit un régime REIT (*Real Estate Investment Trust*) dans l'ordre juridique portugais, en créant les sociétés d'investissement et de gestion immobilières (SIGI) (V. § 56).

> **Royaume-Uni** - Le gouvernement a lancé une consultation sur la taxe sur les services numériques qui serait applicable aux prestations de services réalisées auprès d'utilisateurs britanniques à compter d'avril 2020 (V. § 61).

> Le Gouvernement a inséré dans le projet de loi de finances une mesure visant à imposer au Royaume-Uni les redevances perçues par une entité non résidente au titre de biens incorporels qui sont liés à la vente de biens ou services au Royaume-Uni (V. § 63).

> **Suisse** - Le Parlement a adopté le projet de loi de réforme de l'imposition des entreprises, le Projet Fiscal 17 (PF 17), qui inclut également quelques modifications à la marge de l'imposition des personnes physiques ; cette réforme devrait entrer en vigueur le 1er janvier 2020 ; un référendum sur le PF 17 est toutefois prévu en mai 2019 (V. § 66).

> L'administration fédérale des contributions (AFC) informe les contribuables que les pratiques fédérales en matière de sociétés principales et de *Swiss Finance Branches* ne sont plus applicables aux nouveaux entrants à compter du 1er janvier 2019 (V. § 78).

> Compte tenu des taux d'imposition effectifs avantageux dont bénéficient les entreprises suisses, celles-ci peuvent être concernées par l'introduction de règles obligatoires relatives aux sociétés étrangères contrôlées (« SEC ») prévue par la directive ATAD (V. § 80).

États-Unis et Canada

> **États-Unis** - L'IRS a publié un projet d'instruction sur le dispositif BEAT, qui apporte des réponses à plusieurs questions en suspens concernant cette nouvelle taxe minimale, mais il n'aborde pas celle de l'application du « *Cost Of Goods Sold* » (COGS) aux sociétés prestant des services (V. § 82).

> L'IRS a publié une deuxième série de projets d'instructions internationales pour l'application de l'article 951A du Code qui met en place le régime du GILTI ; de nouvelles instructions sont en outre attendues prochainement (V. § 86).

> La Cour suprême des États-Unis abandonne, pour l'application de la *Sales tax*, le critère de la présence physique au profit d'un critère de présence numérique pour déterminer l'existence d'un lien substantiel entre le vendeur en ligne et l'État de son client ; ce faisant, elle ouvre la voie vers le concept de nexus numérique (V. § 91).

Amérique latine

> **Argentine** - La Cour Suprême de Justice de la Nation juge, à la suite d'un très long contentieux, qu'une redevance municipale d'inspection, de sécurité et

...

d'hygiène - assise sur le chiffre d'affaires brut - n'est pas applicable aux opérateurs non établis qui agissent localement par l'intermédiaire d'agents (V. § 95).

> Deux aménagements sont apportés à la loi du 29 décembre 2017 portant réforme fiscale, qui a introduit la plus grande réforme fiscale des dernières années, portant notamment un allègement de la fiscalité des entreprises et une augmentation de la fiscalité des ménages : l'imposition des plus-values (jusqu'à présent hors champ d'application de l'impôt sur le revenu) et la dépréciation pour inflation, désormais autorisée pour les entreprises, dans certaines limites (V. § 98).

> **Brésil** - S'il n'y a pas eu durant la campagne électorale de propositions concrètes en matière de fiscalité hormis un projet de réforme des retraites, quelques propositions ont toutefois émergé dans l'entourage du Président (V. § 103).

> **Chili** - Le gouvernement négocie avec l'opposition un projet de réforme fiscale, en vue de simplifier l'imposition des distributions, d'instaurer une définition de l'établissement stable et d'instaurer une taxe sur l'économie numérique (V. § 107).

> **Colombie** - La Colombie adopte une réforme fiscale qui apporte de nombreuses modifications et nouveautés ayant un impact direct sur les investissements étrangers dans ce pays (V. § 113).

> **Mexique** - Le Mexique met en place une politique d'aide visant à promouvoir l'emploi et la croissance dans la zone frontalière avec les États-Unis, par la forte réduction de l'impôt sur les sociétés et du taux de TVA dus par les contribuables établis localement (V. § 123).

> **Pérou** - Le Pérou s'engage fortement dans la lutte contre l'évasion fiscale au travers de sa législation interne et en adhérant aux conventions multilatérales de l'OCDE (V. § 127).

Asie et Océanie

> **Hong Kong** - L'*Inland Revenue* crée un nouveau régime de déductions fiscales majorées pour certaines dépenses éligibles en matière de R&D réalisées à Hong Kong (V. § 131).

> **Inde** - The Delhi High Court upheld the decision of the Delhi Tax Court on constitution of fixed place PE and dependent agent PE (DAPE) in India for 24

General Electric group entities. This was in relation to a batch of appeals with GE Energy Parts Inc. (a US based company) as the lead case (V. § 138).

Afrique et Moyen-Orient

> **Bénin** - La LF 2019 limite à 5 % le taux de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières dû sur les dividendes versés aux associés non-résidents d'une société béninoise (V. § 141).

> La LF 2019 introduit un mécanisme de lutte contre la sous-capitalisation (V. § 153).

> **Burkina Faso** - La LF 2019 soumet la déduction des charges du bénéfice imposable à une condition complémentaire à compter du 1er janvier 2019 (V. § 144).

> La LF 2019 modifie les règles de déductibilité des charges financières (V. § 155).

> **Côte d'Ivoire** - La LF 2019 durcit les règles de limitation de déductibilité des charges financières en supprimant l'exclusion dont bénéficiaient les sociétés holdings quant à l'application de la limite de déductibilité relative au montant des sommes laissées à disposition, ne devant pas excéder le montant du capital social (V. § 157).

> **Niger** - La LF 2019 prévoit que les sommes destinées à rémunérer les services rendus à titre de frais de siège, par une entreprise installée à l'étranger, ne sont admises en déduction du bénéfice imposable que pour 20% de leur montant (V. § 146).

> **République du Congo** - La loi de finances pour l'année 2019 élargit la base de la retenue à la source, prévue à l'article 185 ter nouveau du CGI, pour les prestataires non résidents ; elle s'applique dorénavant au montant brut des sommes versées hors taxe y compris les frais annexes (V. § 147).

> **Gabon** - Le PLF 2019 prévoit d'imposer les plus-values de cession indirecte de droits sociaux de sociétés gabonaises (V. § 148).

> **Sénégal** - La loi complète les règles de limitation de déductibilité des charges financières existantes au Sénégal (V. § 159).

> **Tchad** - La LF 2019 limite la déductibilité, sous réserve des conventions internationales, d'un certain nombre de frais à hauteur de 10 % du bénéfice imposable avant leur déduction (V. § 150).

Europe

Allemagne



David CHAUMONTET,
Avocat associé, Arsene Taxand

1. Allemagne - Taxe sur les transactions immobilières - Modification des conditions d'application - Les ministres des Finances des États fédérés allemands sont parvenus à un accord sur une baisse du seuil de déclenchement et un renforcement du dispositif anti-abus de la taxe sur les transactions immobilières (« *Gründerwerbsteuergesetz* » - GrEStG), ou « *Real Estate Transfer Tax* » - RETT).

Ministère des finances de Hesse, communiqué, 29 nov. 2018

2. En vertu des règles actuelles, la taxe est applicable en cas de transfert de biens immobiliers ou lorsque 95% ou plus des actions d'une société détenant des immeubles allemands sont directement ou indirectement transférés à un nouveau propriétaire.

Le redevable de la RETT varie selon les cas. En cas de transfert direct du bien immobilier, par exemple, au travers d'une cession, les deux parties sont redevables (responsabilité solidaire). En cas de transfert de 95% des actions d'une société à un seul acquéreur, c'est l'acquéreur qui est redevable de la taxe.

En fonction de l'État fédéré allemand dans lequel se situe le bien immobilier, le taux de la taxe évolue entre 3,5% et 6,5% de la valeur vénale de l'immeuble transféré.

Les autorités allemandes envisagent de **réduire à 90% le seuil de déclenchement de la taxe** en cas de cession de titres d'une société détenant des actifs immobiliers. La RETT deviendrait exigible dès lors que 90% des titres de la société seraient transférés à un même acquéreur (95% aujourd'hui). Par suite, si le vendeur conservait plus de 10% des titres de la société immobilière, la taxe ne serait pas due.

Les modèles « 94/6 » devraient donc évoluer. Dans ce scénario, le cessionnaire n'acquiert que 94% des actions de la société détenant des biens immobiliers allemands. Le vendeur conserve une participation au moins égale à 6% dans la société cible ou la transfère à un tiers non lié au cessionnaire principal. Dans cette situation, la RETT n'est pas exigible puisque le seuil de 95% n'est pas atteint.

Un mécanisme anti-abus encadre ces situations et impose un délai minimal de conservation de la participation minoritaire par le vendeur ou le tiers non lié durant

une période de 5 ans. Ce délai court à compter de la date de la cession principale. Cette **durée de détention serait portée à 10 ans** par la réforme.

La résolution à laquelle les ministres des finances ont abouti n'a pas encore été rendue publique. Par conséquent, ni le libellé précis des règles proposées ni la date d'entrée en vigueur ne sont connus. Les ministres des Finances des États fédérés ont demandé que cette proposition soit introduite dans le processus législatif.

3. Allemagne - Taxe sur les transactions immobilières - Droit européen des aides d'État - La CJUE juge que l'exonération de taxe sur les transactions immobilières dans le cadre de restructurations intra-groupe ne constitue pas une aide d'État illégale.

CJUE, gde ch., 19 déc. 2018, C374/17, A-Brauerei, concl. H. S. Øe (FI 1-2019, n° 2, § 17)

4. Au printemps 2017, la Cour fiscale fédérale allemande s'est interrogée sur la compatibilité avec les règles communautaires, et en particulier l'interdiction des aides d'État prévue par les articles 107 et suivants du TFUE, de la clause d'exonération de taxe sur les transactions immobilières (« *Gründerwerbsteuer* » - GrEStG ou « *Real Estate Transfer Tax* » - RETT) applicable aux restructurations intragroupe. Dans l'affirmative, des millions d'euros de taxe auraient dû être perçus rétroactivement par les autorités allemandes.

Dans une décision du 19 décembre 2018, la CJUE a suivi l'avis de son avocat général et a clairement indiqué que cette clause ne constitue pas une aide d'État illégale.

La règle de l'exonération - En règle générale, le transfert de plus de 95 % des actions d'une société allemande détenant des immeubles entraîne l'exigibilité de la RETT. Les réorganisations sont en principe soumises à cette taxe. Une exonération est toutefois prévue lorsque la restructuration est opérée entre une société contrôlante et une ou plusieurs entreprises dépendantes. Une entreprise est considérée comme dépendante si, pendant cinq ans avant et cinq ans après une restructuration donnée, la société qui la contrôle a détenu sans interruption, directement ou indirectement, au moins 95% du capital de l'entreprise (art. 6a, al.4.4, GrEStG). Cette exonération a été insérée dans la loi allemande en 2009 afin de faciliter les restructurations d'entreprises pour les rendre plus compétitives face à la crise financière née un an plus tôt.

Ordonnance de renvoi de la Cour fiscale fédérale - La Cour fédérale des finances (*Bundesfinanzhof*, BFH) a été saisie d'un pourvoi en cassation dans une affaire où une filiale à 100% qui détenait plusieurs immeubles a été fusionnée dans sa société mère allemande. Si l'intégralité du capital de la filiale était bien détenue depuis plus de 5 ans par la

société absorbante au jour de la fusion, l'administration allemande rejetait le bénéfice de l'exonération applicable aux restructurations intragroupe au motif que la société mère ne remplissait pas la condition de détention des titres pendant 5 ans après la réorganisation.

Dans un arrêt provisoire du 25 novembre 2015, la Cour fédérale s'est prononcée contre l'avis de l'administration fiscale et a jugé qu'une période de détention ultérieure de 5 ans n'est applicable que dans la mesure où elle peut être respectée, ce qui n'est matériellement pas possible dans le cas d'une fusion qui emporte une dissolution de la société contrôlée et une disparition de ses titres. Une participation cesse d'exister après une fusion, de sorte qu'aucun délai de détention ne peut être imposé.

Au-delà de cette question de droit interne désormais tranchée, le *Bundesministerium der Finanzen* (Ministère Fédéral des Finances), qui s'était joint à la procédure devant la juridiction de renvoi en qualité d'intervenant, a constaté que l'avantage fiscal prévu à l'article 6a du GrEStG n'avait pas été notifié à la Commission européenne et que, par conséquent, la procédure d'examen de cet avantage fiscal n'avait pas été engagée.

Dans un arrêt du 30 mai 2017, le *Bundesfinanzhof* a décidé de surseoir à statuer et a posé une question préjudicielle à la Cour de justice afin de déterminer si l'exonération applicable aux restructurations intragroupe caractérise une aide d'État au motif qu'elle est réservée à une catégorie limitée de contribuables du fait du seuil et de la durée de détention qu'elle impose.

Décision de la CJUE - Dans sa décision du 19 décembre 2018, la CJUE a jugé que l'exonération en cause, bien qu'elle introduise une distinction entre des entreprises qui sont dans des situations factuelles et juridiques comparables, ne constitue par une aide d'État illégale dès lors qu'elle vise à éviter une double imposition.

En substance, la Cour a rappelé que, dans le cas d'une détention supérieure à 95%, les actifs immobiliers transmis par voie de fusion ont en pratique déjà subi une taxation « à l'entrée » lorsque l'absorbante a acquis les titres de la société objet de la fusion. Par suite, la taxation de la fusion emporterait une double imposition des mêmes biens. Inversement, une double imposition est exclue dans le cas d'une restructuration impliquant deux sociétés liées par une participation inférieure à 95%. En effet, l'acquisition des titres n'est pas taxable dès lors que le seuil de 95% n'est pas atteint, et la procédure de restructuration ultérieure ne bénéficie pas de l'exonération.

La Cour a ainsi jugé que l'objectif lié au bon fonctionnement du régime fiscal général, visant à éviter une double imposition, peut constituer une bonne raison de limiter l'exonération à certaines opérations. L'exigence relative à la durée minimale de détention a également été validée dès lors qu'elle trouve sa justification dans l'intention d'exclure les effets d'aubaine indésirables et de prévenir les abus.

La décision de la CJUE était très attendue outre-Rhin où une condamnation aurait eu des conséquences financières majeures pour les entreprises.

D. CHAUMONTET ■

Belgique



Jean MEEUS,

Avocat aux Barreaux de Bruxelles et de Paris, spécialisé en droit fiscal belge, Loyens & Loeff Paris

Fiscalité interne

5. Belgique - Réduction de capital - Financement - Déduction d'intérêts - Ruling - #Titrechron : Le Service des Décisions Anticipées (SDA) a rendu un rescrit positif dans le cadre de la déductibilité de charges d'intérêts liées à un emprunt contracté pour financer une opération de réduction de capital.

SDA, décision anticipée n° 2018.0802, 11 sept. 2018

6. La société demanderesse exerçait une activité de « factoring » (affacturage) de créances détenues par des sociétés faisant partie du même groupe à l'égard de tiers. Disposant d'un excédent de capitaux propres pour les besoins de son activité, la société souhaitait réduire ses fonds propres par le biais d'une réduction de son capital social. Il était envisagé de financer cette réduction de capital au moyen d'un emprunt contracté auprès d'une société liée.

La question posée au SDA concernait la déductibilité fiscale des intérêts supportés par la société demanderesse dans le cadre de l'emprunt contracté pour financer la réduction de capital.

En Belgique, les charges supportées par une société sont déductibles à condition que « *les frais que le contribuable a faits ou supportés pendant la période imposable en vue d'acquiescer ou de conserver les revenus imposables et dont il justifie la réalité et le montant au moyen de documents probants ou, quand cela n'est pas possible, par tous autres moyens de preuve admis par le droit commun, sauf le serment* » (article 49 du Code des impôts sur les revenus). Dans cette hypothèse, la charge de la preuve repose sur le contribuable.

En l'espèce, la société demanderesse met particulièrement en avant la circonstance que l'emprunt est nécessaire pour pouvoir conserver ses actifs générateurs de revenus imposables. À défaut, ses actifs auraient dû être attribués aux actionnaires, en remboursement du capital social.

Le SDA, après analyse du cas d'espèce et du respect des conditions imposées par l'article 49 du Code des impôts sur les revenus, conclut à la déductibilité de la charge d'intérêts et rejoint notamment l'argument de la société demanderesse en ce que l'emprunt est nécessaire pour éviter la remontée des actifs générateurs de revenus vers les actionnaires.

Tenant compte de ce qui précède, les intérêts sont supportés en vue de continuer l'activité de « factoring », et de conserver lesdits actifs.

Par ailleurs, le SDA relève que l'emprunt entraînera un dépassement du seuil de sous-capitalisation, entraînant la

non-déductibilité d'une partie des intérêts versés par la société demanderesse. Cette circonstance a renforcé l'opinion du SDA quant à l'absence d'optimisation fiscale dans le cadre de l'opération envisagée.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Ce rescrit est particulièrement appréciable car il s'inscrit dans un contexte jurisprudentiel défavorable à la déduction des intérêts d'emprunts contractés en vue du financement d'une réduction de capital.

En effet, dans un cas similaire, la Cour d'appel d'Anvers avait rejeté la déductibilité des intérêts d'emprunt (contracté par la société auprès de sa société mère) en vue du financement d'une réduction de son capital social. Selon la Cour d'appel d'Anvers, la société demanderesse n'avait pas suffisamment démontré que l'emprunt a été conclu afin de conserver ses actifs générateurs de revenus imposables, mettant en doute la finalité de l'opération. Les conditions de l'article 49 du Code des impôts sur les revenus n'étant pas remplies, la Cour a conclu à la non-déductibilité de la charge d'intérêts¹. Dans le rescrit commenté, la société demanderesse a pu démontrer que la finalité de l'opération était justifiée par la nécessité de conserver les actifs générateurs de revenus imposables. En l'absence d'un tel emprunt, la société demanderesse aurait dû faire remonter ses actifs vers les actionnaires, perdant ainsi toute chance de conserver ses revenus imposables ou d'en acquérir.

Les contribuables actifs dans le secteur du *private equity* se réjouiront donc de cette décision anticipée favorable qui a le mérite d'ouvrir quelques perspectives en matière de *debt-push-down*. Il conviendra toutefois impérativement de sécuriser l'opération au moyen d'un rescrit préalable et d'être en mesure de démontrer que l'opération est réalisée pour acquérir ou conserver des revenus imposables.

7. À NOTER

> **Belgique - Impôt sur les sociétés - Taux** - Une circulaire administrative clarifie l'application des nouveaux taux d'imposition résultant de la profonde réforme menée fin 2017 par le gouvernement.

Circulaire 2018/C/116 concernant les modifications apportées aux taux à l'ISoc et à la contribution complémentaire de crise, 22 oct. 2018

> **Belgique - Impôt sur les sociétés - Provisions pour risques et charges** - Une circulaire administrative commente l'application de la nouvelle mesure de limitation de la déductibilité des provisions pour risques et charges exonérées, applicable depuis le 1^{er} janvier 2018.

Circulaire n° 2018/C/118 relative aux provisions pour risques et charges exonérées à l'ISoc, 26 oct. 2018

Auparavant, les provisions pour risques et charges pouvaient être exonérées sous conditions. Dorénavant, seules les provisions pour risques et charges prévues par la loi (à l'exception de celles prévues par la loi comptable) et / ou contractuelles sont déductibles fiscalement.

¹ CA Anvers, 8 mai 2018, n°2016/AR/2018. - V. également CA Gand, 9 janv. 2018, n°2016/AR/1618.

Fiscalité internationale

8. Belgique - Directive ATAD - Transposition - État des lieux - CFC - Anti-hybrides - Limitation de la déductibilité des intérêts - La Belgique a transposé la presque totalité des mesures de la directive ATAD au terme de l'année 2017 ; une loi du 30 juillet 2018 dite « réparatrice » a corrigé certaines imperfections techniques concernant notamment la règle de CFC.

L. 25 déc. 2017 (M.B. 29 déc. 2017) et L. 30 juill. 2018 (M.B. 10 août 2018)

9. L'entrée en vigueur des mesures ATAD en Belgique s'échelonne du 1^{er} janvier 2019 au 1^{er} janvier 2020. À partir du 1^{er} janvier 2019, et plus particulièrement des exercices comptables ouverts à dater du 1^{er} janvier 2019, les mesures anti-hybrides, *Controlled Foreign Companies* (CFC) et de limitation de la déductibilité des intérêts entrent « en principe » en vigueur.

10. **CFC** - La Belgique a opté pour la seconde approche des règles CFC, à savoir l'approche « transactionnelle ». Les revenus visés sont les revenus non distribués par les sociétés étrangères, contrôlées depuis la Belgique, qui proviennent de constructions artificielles délibérément mises en place en vue d'obtenir un avantage fiscal, et qui peuvent être rattachés à des risques ou fonctions-clé exercées par le contribuable « contrôlant » belge.

Les revenus visés par cette mesure, et auxquels s'appliquera la règle de CFC, seront ajoutés à la base imposable du contribuable belge qui contrôle la société étrangère.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La Belgique ne connaissait, en tant que telle, pas de règle concrète en matière de CFC. Le choix de l'approche dite « transactionnelle » entraînera très certainement de longues discussions entre les contribuables et l'administration fiscale belge. En effet, l'application de cette approche suscitera inévitablement des différences d'interprétation de la notion de contrôle et de « fonction-clé ». Il conviendra sans aucun doute de se référer aux commentaires OCDE pertinents en la matière en attendant la publication d'une circulaire administrative plus éclairante sur le sujet.

11. **Dispositif anti-hybride** - Le dispositif anti-hybride belge voté en décembre 2017 est très large, et a fait l'objet d'amendements « techniques » dans le courant de l'été 2018. Les mesures prises sont particulièrement complètes, et visent à accroître la base imposable de contribuables bénéficiaires, ou à contester le droit à la déduction de certaines charges dans le chef de contribuables débiteurs dans des scénarii hybrides.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

À l'instar des règles CFC, la Belgique ne connaissait pas, en tant que telle, de règles anti-hybrides spécifiques (en dehors de la mesure anti-abus de la directive mère-fille). De manière

générale, l'approche juridique et les mesures anti-abus existantes étaient déjà invoquées par l'administration fiscale pour contester les structures hybrides mises en place. La transposition de cette mesure constitue donc une première et ne manquera de soulever de multiples questions quant à son application pratique.

12. Limitation de la déductibilité des intérêts - La loi du 25 décembre 2017 fixait initialement l'entrée en vigueur de la limitation de la déductibilité des intérêts aux exercices comptables ouverts à partir du 1^{er} janvier 2020. Le Gouvernement a toutefois décidé d'avancer l'entrée en vigueur de cette mesure aux exercices comptables ouverts à partir du 1^{er} janvier 2019 comme en atteste le projet de loi daté du 18 décembre 2018 (Doc. Parl. 3424/1). Ce projet de loi n'a pas encore été voté, mais pourrait être voté plus tard dans le courant de l'année 2019, avec effet rétroactif au 1^{er} janvier.

S'agissant de la mesure elle-même, la Belgique a opté pour des seuils de surcoût d'emprunt assez larges, à savoir le montant le plus important entre :

- 3 millions d'euros, ou
- 30% de l'EBITDA corrigé.

Une clause de *grandfathering* a été incluse dans le texte de loi de sorte que les intérêts afférents à des prêts conclus avant le 17 juin 2016 ne sont pas concernés (à condition que les éléments substantiels de ces contrats ne soient pas modifiés).

La notion d'intérêts doit encore être précisée par voie d'Arrêté-royal, mais les travaux parlementaires précisent d'ores et déjà que la définition qui en sera donnée sera proche de celle de la directive ATAD. En tout état de cause, la notion devrait être identique pour les intérêts versés et perçus.

Le calcul de l'EBITDA tient notamment compte des surcoûts d'emprunt ainsi que des amortissements et réductions de valeur, et exclut certains revenus exonérés fiscalement, les revenus issus de partenariats public-privé et des transferts intra-groupes réalisés dans le cadre de la consolidation fiscale (à partir de 2019).

Certains contribuables sont explicitement exclus du champ d'application de cette mesure, comme les sociétés qui ne font pas partie d'un groupe, les sociétés d'investissement, les établissements de crédit, les fonds de pension, les sociétés de *factoring*, etc.

Le législateur belge a par ailleurs prévu des particularités exclusivement applicables aux groupes de sociétés :

- le seuil de 3 millions d'euros de surcoût d'emprunt sera réparti proportionnellement et *pro rata temporis* entre les sociétés et établissements belges du groupe (excepté ceux exclus de l'application de la limite de déductibilité des intérêts). La clé de répartition proportionnelle sera fixée par voie d'Arrêté-royal ;
- le seuil de 30% de l'EBITDA corrigé ne tient pas compte des transactions entre des sociétés et établissements belges d'un même groupe ;
- le surcoût d'emprunt ne tient pas compte des intérêts versés à/perçus de sociétés ou établissements belges d'un même groupe ;
- la capacité de déduction d'intérêts peut être transférée au sein d'un groupe de sociétés et établissements belges par

l'intermédiaire d'une convention.

La Belgique a par contre fait le choix de ne pas prévoir de ratio groupe.

Les surcoûts d'emprunt qui n'ont pu être déduits sont reportables sur les exercices ultérieurs sans limite de temps.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Le projet de loi publié en vue de l'avancement de l'entrée en vigueur de cette mesure au 1^{er} janvier 2019 avait été annoncé par un communiqué ministériel durant l'été. Elle n'aura donc pas surpris les praticiens. Pour les contribuables toutefois, la fenêtre de restructuration éventuelle du financement s'est sensiblement raccourcie.

La Belgique a opté pour des seuils de surcoûts d'emprunt larges, bien que, dans le cas du seuil de 3 M€, la répartition proportionnelle soit particulièrement défavorable. En d'autres mots, plus le groupe de sociétés compte de sociétés/établissements belges, plus le seuil sera réduit. Il conviendra donc de se reposer sur le seuil EBITDA.

La possibilité de transférer de la capacité de déduction à d'autres sociétés belges du groupe constitue un réel avantage, tout comme la possibilité de reporter sans limite de temps sur les exercices ultérieurs les surcoûts d'emprunt qui n'ont pu être déduits.

13. À NOTER

> **Belgique - Instrument multilatéral - État des lieux** - Le Ministre des Finances Belge a signé le MLI pour le compte des gouvernements fédéral et régionaux en juin 2017. Le texte du MLI doit toutefois encore être ratifié par les parlements fédéral et régionaux. Le 12 octobre 2018, le Conseil des Ministres a approuvé une proposition préliminaire concernant le MLI, toujours à l'étude au niveau du Conseil d'État. À l'heure actuelle, aucun projet de loi n'a été déposé à ce sujet.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Seules 53 conventions devraient être affectées par le MLI, dont celle conclue entre la France et la Belgique. Le Gouvernement étant en affaires courantes jusqu'aux prochaines élections du mois de mai 2019, il est **peu probable que le MLI entre en vigueur avant 2020 ou 2021**.

> **Belgique - Prix de transfert - Projet de circulaire, 9 nov. 2018**

- Ce projet de circulaire est destiné aux entreprises multinationales et vise à donner un aperçu des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert. Plus précisément, il s'agit d'un résumé des principes développés dans les plans d'action 8-10.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Ce projet reprend de manière générale les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert. L'administration fiscale belge adaptera encore très certainement ce projet en tenant compte des retours de la pratique. Il est toutefois étonnant que cette circulaire aborde la question des transactions financières, qui est toujours à l'état de projet au niveau de l'OCDE.

J. MEEUS ■

Espagne



David CHAUMONTET,
Avocat associé, Arsene Taxand

14. Espagne - Directive ATAD – Directive sur le règlement des différends fiscaux - Projet de loi de transposition – Le Ministère des Finances espagnol a publié un projet de loi de lutte contre la fraude, visant à transposer la directive ATAD et celle sur le règlement des différends fiscaux.

Anteproyecto de Ley de Medidas de Prevención y Lucha contra el Fraude Fiscal, de transposición de las directivas (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio, y 2017/1852, del Consejo de 10 de octubre de 2017, y de modificación de diversas normas tributarias, 23 oct. 2018

15. Le projet de loi sur les mesures de prévention et de lutte contre la fraude fiscale contient le texte devant permettre la transposition d'une partie des articles des directives 2016/1164² et 2017/1852³, tout en introduisant des mécanismes de prévention de la fraude fiscale.

Exit tax - Le projet de loi prévoit la transposition de l'article 5 de la directive ATAD et un ajustement des règles internes espagnoles en matière d'exit tax⁴. Ainsi, lorsqu'une entité déménage sa résidence en dehors du territoire espagnol, elle est soumise à une imposition calculée sur la base d'un montant égal à la différence entre la valeur de marché des actifs transférés et leur valeur fiscale.

Dans le nouveau dispositif, un contribuable espagnol qui transférerait ses actifs au sein d'un État membre de l'UE ou de l'EEE, pourrait choisir de payer l'impôt au moment du transfert ou d'échelonner le paiement de cet impôt sur cinq ans. Ce nouveau régime de fractionnement remplacerait la possibilité actuelle de report du paiement de l'exit tax jusqu'au transfert des actifs.

La déchéance de l'échelonnement du paiement de l'impôt serait prononcée dans différentes situations :

- les éléments concernés sont transférés à des tiers ;
- les éléments concernés sont transférés à un État tiers en dehors de l'UE ou de l'EEE ;
- le contribuable transfère sa résidence fiscale dans un État hors de l'UE ou de l'EEE ;
- le contribuable est en liquidation ou en faillite ;

2 Dir. (UE) 2016/1164, 12 juill. 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur.

3 Dir. (UE) 2017/1852, 10 oct. 2017 concernant les mécanismes de règlement des différends fiscaux dans l'Union européenne.

4 Article 19 de la loi sur l'impôt sur les sociétés.

- le contribuable ne paie pas un des versements échelonnés dans les délais.

Sociétés étrangères contrôlées - Afin de mettre en conformité le droit espagnol à la directive ATAD, le projet de loi prévoit d'inclure les établissements stables et les sociétés holding dans le champ d'application des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées.

Paradis fiscaux : actualisation de la liste - Le projet de loi actualise le système de détermination des pays et territoires considérés comme des paradis fiscaux. Sur la base des travaux effectués par l'OCDE et par l'UE, la nouvelle liste tiendra compte des facteurs clés que sont la transparence, la substance et une fiscalité faible ou nulle. L'existence d'une convention fiscale ne sera plus un facteur pertinent. Le concept de paradis fiscal sera étendu pour permettre qu'une telle qualification s'applique non seulement aux pays et territoires, mais aussi aux régimes fiscaux préférentiels qui sont dommageables dans certains pays ou territoires.

16. Espagne - Taxe sur les transactions financières – Projet de loi – Le gouvernement espagnol prévoit de créer une taxe sur les transactions financières au taux de 0,2%, applicable aux acquisitions d'actions de sociétés cotées résidentes en Espagne.

Anteproyecto de Ley del Impuesto sobre las Transacciones Financieras, 23 oct. 2018

17. Ce projet de taxe s'inscrit dans le cadre de la proposition de directive concernant l'introduction harmonisée d'une taxe sur les transactions financières, publiée par la Commission européenne le 14 février 2013⁵. Cette proposition de directive doit encore faire l'objet de négociations entre les États membres mais le gouvernement espagnol a décidé de présenter un projet de loi sur le sujet de façon unilatérale.

Cette taxe serait similaire à celle existante en France et prévue à l'article 235 ter ZD du CGI.

Ce nouvel impôt indirect espagnol devrait s'appliquer aux acquisitions d'actions de sociétés cotées résidentes en Espagne, sans tenir compte de la résidence des intermédiaires financiers parties à l'opération. La taxe ne s'appliquerait qu'aux actions cotées sur un marché réglementé, quel que soit le lieu où elles sont négociées, éventuellement hors d'Espagne.

Seules les acquisitions de titres de sociétés dont la capitalisation boursière est supérieure à 1 000 millions d'euros seraient soumises à cet impôt.

La base imposable serait constituée par le montant total de la contrepartie des opérations soumises à l'impôt. Le taux d'imposition serait de 0,2%.

18. Espagne - Taxe sur les services numériques - Projet de loi – Le gouvernement espagnol a présenté

5 Proposition de directive du Conseil n° 2013/0045 du 14 février 2013 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la taxe sur les transactions financières

un projet de loi créant une taxe sur les services numériques en reprenant la proposition de directive européenne.

Anteproyecto de Ley del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales, 23 oct. 2018

19. Ce projet de loi est conforme à la directive européenne proposée en mars 2018⁶. Cet impôt indirect viserait à taxer les services numériques dans lesquels les utilisateurs apportent une contribution essentielle au processus de création de valeur de l'entreprise numérique qui fournit ces services.

Les entreprises assujetties à cette taxe seraient celles dont le chiffre d'affaires net est supérieur à 750 millions d'euros à l'échelle mondiale et dont le chiffre d'affaires de services numériques visés par cette taxe dépasse 3 millions d'euros en Espagne.

La notion de « services numériques » recouvre les prestations suivantes :

- publicité en ligne : inclusion dans une interface numérique, propre ou tierce, de publicité destinée aux utilisateurs de cette interface ;

- intermédiation en ligne : fourniture aux utilisateurs d'une interface numérique facilitant la livraison des biens ou services directement entre utilisateurs, ou leur permettant de localiser et d'interagir avec d'autres utilisateurs ;

- transmission de données : données collectées sur les utilisateurs et générées par les activités réalisées par les utilisateurs au niveau des interfaces numériques.

La vente de biens ou de services contractés en ligne par l'intermédiaire du site Web du fournisseur des biens ou services pour lesquels le fournisseur n'agit pas en tant qu'intermédiaire serait exclue de l'assiette imposable. En outre, certains services financiers seraient exclus de la taxe.

Cette taxe serait prélevée au taux de 3%, conformément à la proposition de la Commission européenne.

20. À NOTER

> **Espagne - Prêts hypothécaires – Droits de timbre** - Le Gouvernement espagnol modifie la réglementation en vigueur en Espagne par l'adoption d'un décret royal en déclarant désormais le prêteur comme redevable des droits de timbre sur les hypothèques.

Cour Suprême Espagnole, Chambre du contentieux administratif, 16 oct. 2018, Requête n°5350/2017. - Cour Suprême Espagnole, Assemblée Plénière de la Troisième Chambre, 6 nov. 2018

Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre

L'article 68.2 du règlement espagnol sur les droits de mutation et

6 Proposition de directive du Conseil n°2018/0073 du 21 mars 2018 concernant le système commun de taxe sur les services numériques applicable aux produits tirés de la fourniture de certains services numériques.

les droits de timbre dispose que l'emprunteur est la partie redevable du droit de timbre sur les prêts hypothécaires. Cependant, un certain nombre de contribuables avaient fait valoir que cette disposition n'était pas conforme à la législation espagnole qui affirmait que le redevable du droit de timbre était la partie « ayant un intérêt » dans l'exécution de l'acte. Ils considéraient ainsi que la partie ayant un intérêt à la conclusion d'un tel acte était le prêteur. Pour autant, la jurisprudence espagnole des 30 dernières années allait dans le sens de l'article 68.2 du règlement espagnol en désignant l'emprunteur comme la partie ayant un intérêt à conclure l'acte.

Cependant, par un arrêt du 16 octobre 2018, la chambre administrative de la Cour Suprême espagnole a opéré un revirement de jurisprudence en concluant qu'il incombait au prêteur de s'acquitter des droits de timbre et en déclarant nulles les dispositions de l'article 68.2 du règlement espagnol. Cette décision a provoqué une incertitude et une tension importante sur le marché bancaire espagnol. En effet, elle offrait la possibilité à tout emprunteur de réclamer un remboursement d'impôt pour les sommes payées au titre des droits de timbre. Cette situation aurait immédiatement conduit les autorités espagnoles à se tourner vers le prêteur afin d'obtenir le paiement des droits restitués.

Dans ces conditions, la Cour Suprême espagnole s'est réunie le 6 novembre 2018 en Assemblée Plénière afin de statuer sur cette controverse. Elle a finalement renversé la décision du 16 octobre 2018, rétablissant ainsi l'interprétation précédente du règlement espagnol selon laquelle l'emprunteur est redevable.

L'affaire aurait pu s'arrêter là. Cependant, cette décision de la Cour Suprême a provoqué de vives réactions qui ont contraint le gouvernement espagnol à réformer d'urgence la loi sur les droits de mutation et les droits de timbre par l'adoption du décret-loi royal 17/2018. Cette loi précise que le prêteur, et non l'emprunteur, sera le redevable du droit de timbre pour les prêts hypothécaires contractés après le 10 novembre 2018, date d'entrée en vigueur de la loi.

D. CHAUMONTET ■

Italie



Paolo DE' CAPITANI DI VIMERCATE,
Avvocato Cassazionista, Studio Uckmar

21. Italie - Contribution of a branch of business by the Italian permanent establishment of a French company – Tax neutrality – requirements – Shares must be booked by the PE, not transferred to the head office - The Italian Tax Agency confirmed that the contribution of a branch of business belonging to the Italian permanent establishment of a French company benefits of tax neutrality, as long as the shares received are kept and booked by

the permanent establishment and not transferred to the head office.

Agenzia delle Entrate, risoluzione n. 63/E del 9 agosto 2018

22. Following a request of ruling filed by a French company with a permanent establishment in Italy, the Italian Tax Agency described the regime applying to the contribution of a branch of business belonging to such PE.

In the case presented for the ruling, the shares issued by the (Italian resident) receiving entity upon the contribution would be assigned to the PE, which would then insert them in its accounts, in place of the assets transferred (the branch of business). In the plans of the contributing entity, the shares would subsequently not be sold to third parties, nor transferred to the head office in France.

Nonetheless, the company asked the Tax Agency to clarify whether such a sale or internal transfer (from the PE to the head office) would eventually benefit of the participation exemption.

The response by the Tax Agency recalled *considerandum* n° 14 of the European Directive 2005/19/EC⁷ – which modified the original Merger Directive (90/434/EEC) –, and pointed out that the rules applicable in this case would not differ from those applying to the contribution of a permanent establishment itself (*incorporation of a PE*). In fact, a transfer as the one at hand does not jeopardize the taxing power of the local jurisdiction, in that, after the contribution, the assets still remain under the taxing jurisdiction of the source country (Italy), although belonging to the (local resident) receiving entity.

The Tax Agency therefore confirmed that the transaction would benefit of tax neutrality, with the carryover into the receiving entity of the tax values the assets had before their transfer (art. 178.1.C, 179.2 and 176.4 of the Italian Income Tax Act/ITA). On turn, the shares would also be inserted in the books of the PE at the same tax value the assets had before their contribution.

In this respect, indeed, article 176.4 ITA provides that « *the shares received by the contributing entity under a tax neutrality regime according to the previous paragraph or according to article 178 must be considered as fixed assets of a financial nature and booked in place of the assets that were transferred* ». According to the Tax Agency, the application of art. 176.4 ITA brings with it that, even in absence of a clear rule on the regime applicable to the shares, they only benefit of the neutrality provided for the contribution as long as they are booked by the contributing entity in place of the assets transferred (the branch of business). Therefore, should such shares not be booked in the accounts of the contributing PE, or, as the case may be, should they be transferred to the head office, realization of the latent gains would be triggered, just like if they were sold (art. 179.6 ITA, just repealed as of January 12th 2019 in conjunction with

the implementation of the ATAD Directive 1164/2016 through Legislative decree n° 142/2018).

With respect to the compatibility of such conclusions with Double Tax Conventions based on the OECD Model, and in particular with art. 13 thereof, the Italian Tax Agency stated that « *our conclusions are in line with the OECD's Commentary to article 13 of the OECD Model Convention, as such commentary makes clear that 'In some States the transfer of an asset from a permanent establishment situated in the territory of such State to a permanent establishment or the head office of the same enterprise situated in another State is treated as an alienation of property. The Article does not prevent these States from taxing profits or gains deemed to arise in connection with such a transfer, provided, however, that such taxation is in accordance with Article 7' (see par. 10 of the commentary of article 13 of the Model Tax Convention)* ». While the arguments of the Tax Agency may not be conclusive with respect to the generality of the existing Tax Treaties, we should recall that the case at hand concerned a French resident company, and the Treaty in force between Italy and France explicitly allows the source country to tax the capital gains arising from the sale/realization of qualifying shares (*i.e.*, giving right to more than 25% of the profits) of a local company by a resident of the other contracting State. Which in turn means that regardless of the reading of the OECD Commentary by the Italian Tax Agency, in the case at hand Italy would be allowed to tax those gains anyway (see par. 8.b of the Protocol to the Double Tax Convention between Italy and France).

23. Italie - Residence of a corporation – Place of effective management – Elements to be considered – Wholly artificial arrangements intended to escape the national tax normally applicable (C-196/04, Cadbury Schweppes) -The Italian Supreme Court wrote a new chapter in the ongoing clash between the Italian Tax Agency and D&G's trademark company regarding the latter's place of effective management for residence of a corporation : it will have to be identified in a new trial respecting EU law's cardinal principles (first and foremost, the freedom of establishment).

Corte di Cassazione civile Sez. V., sent. nn. 33234 e 33235 del 21 dicembre 2018

24. After the acquittal from the criminal charges they were facing for the same issue⁸, the Italian Supreme Court's decision n° 33234/2018 and n° 33235/2018 took a position on the tax side of the case, based on the challenge of the residence of GADO sarl, the Luxembourg incorporated entity to which the two stylists had transferred the trademark they previously held personally and jointly. The dispute at hand started when the two stylists needed to assign the trademark, which they personally and jointly held, into the corporate

⁷ Dir. 2005/19/CE, 17 févr. 2005 modifiant la directive 90/434/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents.

⁸ Supreme Court, criminal section, decision n° 43809/2015.

group, so to comply with the requests of their corporate stakeholders. Given the contribution of the trademark into any company would trigger significant amount of income taxes, in absence of an actual realization/receipt of fresh cash, their consultants structured an alternative consisting in the sale of the trademark to GADO, a Luxembourg incorporated company which would then manage the intangible (but highly valuable) asset. GADO would then rent the trademark to the Italian operating company and receive royalties in exchange. With the amount of the royalties received, GADO would pay the instalments due to the two stylists for the purchase of the intangible. While GADO benefited of a tax ruling in Luxembourg submitting its income to a rate of 4%, the Italian operating company could take the full deduction of the royalties paid. The stylists would obviously tax the capital gains arising from the sale upon the receipt of the instalments.

The Tax Agency challenged the structure asserting that GADO had no administrative structure nor effectively empowered employees in Luxembourg (the two employees of GADO being mere executors of the directives coming from Italy) and that all decisions were actually made at the Italian Headquarters of the group, so that the place of effective management, and thereby the residence for tax purposes, were to be located in Italy.

The Courts of first and second degree confirmed the reassessment notice of the Tax Agency, making reference to the fact that the decisions by GADO were actually made in Italy, and the Luxembourg structure would then only execute them without using its discretion. The Supreme Court, however, reversed their ruling by recalling the precedent in the criminal case and the principles of EU law it made reference there, in particular the freedom of establishment and the *Cadbury Schweppes* jurisprudence (C-196/04). The Supreme Court therefore referred the case back to the second degree, asking the judges to base their evaluation of the case not only on the place where the directives to GADO's employees and directors were coming from, but also on whether the Luxembourg subsidiary could be considered an artificial structure or a real entity effectively performing its corporate activity.

While the case refers back to tax periods in which the subsequently introduced extension of the CFC rules to white list countries (inclusive of EU countries) did not apply, the decision of the Supreme Court seems to be concerned with the side effect of too strict an approach on the place of management issue on the subsidiaries of Italian multinationals. In particular, the concern the literature has raised over the past few years is that considering the directives coming from the mother company, or the group HQs in general, as the only relevant issue when determining the residence of a subsidiary might actually hinder the daily business of multinational groups where information flows daily, and not always in a way that is known to the same directors, and the decisions are taken after multiple discussions among different branches and working groups across borders and corporate boundaries.

The second degree will have to make clear whether the case at hand really concerns such an hypothesis, or not.

25. Italie - Debt pushdown – Tax avoidance if no other reason than sparing taxes – Demergers – Not abusive even if in favor of a shareholder

The Italian Supreme Court states that a debt push-down transaction can be considered as tax avoidance under (the now repealed) art. 37-bis, Presidential decree n° 600/1973, whereas for the Tax Agency a demerger in favor of a shareholder may not.

Corte di Cassazione civile Sez. V., sentenza n. 18632 del 13 luglio 2018.

Agenzia delle Entrate, risposta n.75 del 20 novembre 2018

26. According to judgement n° 18632 of July 13th 2018 by the Italian Supreme Court, a *debt pushdown* transaction represents tax avoidance under (the now repealed) art. 37-bis, Presidential decree n° 600/1973. In the case at hand, a Dutch company purchased all the shares of an Italian operating company ("M. S.p.A.)/target) and then contributed them into another, fully owned, Dutch company ("N. I. B.V."). This latter company (N. I. B.V.) subsequently sold the shares to another Italian company it owned (N.I. S.p.A./Italian holding); the price was not paid immediately, and the Dutch selling company therefore became a creditor of the Italian purchasing entity/holding. Interest accrued on the credit and the Italian debtor deducted such interest upon accrual. The Italian debtor company consolidated the target company for tax purposes and this implied a compensation of the interest accrued with the profits of the Italian operating company (target).

The Tax Agency challenged the transaction as tax avoidance based on the previous provision of art. 37bis (now substituted by art. 10bis of Law 212/2000) arguing that the whole scheme only aimed at reducing the Italian taxable profits of the group. The Supreme Court observed that in fact there was no apparent reason for the scheme other than tax avoidance and that the same group structure could be put in place by contributing the shares of the target company into the Italian holding company (i.e., not selling them, and thereby creating the interest bearing credit).

It is worth mentioning that the same Tax Agency had provided instructions on LBO transactions through circular letter 6/E of 2016, in which it recognized that such transactions may serve perfectly legitimate purposes and that their analysis should thus be made on a case by case basis; in particular, however, the Tax Agency urged its directorates to check whether such transactions were artificial, which may be the case when the parties belong to the same group.

A different conclusion was reached by the Tax Agency with respect to a demerger of assets (real estate) of an Italian company to the benefit of its sole shareholder (ruling n° 75 of November 20th 2018).

An important detail of the transaction was that the real estate assets were then to be rented by the beneficiary back to the demerging Company. Although the same result (i.e. the separation of the real estate assets from the industrial ones)

could be achieved – with less favorable tax consequences – by assigning the assets to the sole shareholder, the Tax Agency confirmed that the taxpayers always have the possibility to choose between similar transactions, as long as they are « *weighted equally by the tax system* » and therefore confirmed the tax neutrality regime (non-realization of the latent gains, non-taxation of the reserves of profits reduced upon the demerger). In fact, while the transfer of the assets to the shareholding company did not subtract them to the regime of corporate income taxation, the reduction of the reserves of profits upon the demerger in fact allowed the shareholder to avoid one layer of taxation (1,2% of taxation upon dividends).

In conclusion, however, the view of the Tax Agency is in line with the explanatory statement of article 1 of Legislative decree n° 128/2015 (which introduced the new GAAR through the above mentioned art. 10bis). While describing the reach of the newly introduced disposition, indeed, the explanatory statement of article 1 clarified that when confronted with the need to dissolve a subsidiary, taxpayers are free to merge it in the controlling entity, instead of liquidating it ; in fact, although the first transaction is neutral for income tax purposes and the second, instead, triggers taxation of the latent gains, there is no provision in the code to impose one or the other ; they are two different transactions, equally weighted by the system, even if they trigger different outcomes for income tax purposes.

27. À NOTER

> Italie - Transfer pricing – Choice of the method – Assessment notice - It must justify the use of a method other than the one adopted by the taxpayer - According to the Tax Court of second degree in Milan, the Italian Tax Agency must justify the use of a TP method different from the one selected by the taxpayer in its notice of assessment (in the case at hand, CUP vs. TNMM).

Comm. trib. regionale della Lombardia - Milano, Sez. II, sent. n. 1648 del 12 aprile 2018

The Tax Court of second degree in Milan has taken a stand in the controversial issue of the choice among different methods to determine transfer prices in the context of a tax investigation.

In the case brought before the bench, the taxpayer has used the CUP method, while the Tax Agency insisted on the TNMM, which produced a different result and therefore justified the reassessment of income.

As already stated in first degree, however, the Court of second instance ruled against the Agency because the reassessment notice did not report a justification for the departure from the CUP method the taxpayer had adopted. In other words, every time the Tax Agency intends to challenge a given transfer pricing policy and in particular the choice of a given method, it has to justify it, explaining why the method it proposes would be preferable over the one adopted by the taxpayer.

Such a conclusion is all the more valid when the method adopted by the taxpayer is the CUP, given that the OECD guidelines show, in principle, a preference for it over the other ones. In addition, the Guidelines also stress that whenever a traditional

method can be applied in a given case, it has to be preferred over a profit-based method. Even though there is no explicit reference in the decision, its outcome is in line with the rules of the ministerial decree of May 14th 2018 (art. 4, par. 3 and 4), under which any time the taxpayer has used a method which respects the conditions provided under par. 1-5 the assessment by the Tax Agency has to be made through that method as well.

> Italie - Transfer pricing – Year and adjustments – VAT – Not applicable if no direct link with specific transactions - The Italian Tax Agency regards end year adjustments for transfer pricing reasons as irrelevant for VAT purposes, as long as there is no direct link to the single transactions occurred over the year.

Agenzia delle Entrate, interpello n. 60 del 2 novembre 2018

With legal opinion n° 60 of November 2nd 2018, the Italian Tax Agency provides some precious advice on end year adjustments for transfer pricing purposes and their (ir)relevance for VAT. The case analyzed by the Tax Agency involved a Company (Alfa), which was part of an International Group. The said International Group was implementing a restructuring plan for producing and trading products under a specific trademark (“X”). The ownership of the said trademark, as well as the relevant know-how, belonged to the non EU resident company Beta, which licensed it to its associated companies. These associated companies were the ones involved in the physical production of the goods with the X trademark. In this contest, Alfa had concluded an intragroup agreement with Beta in force of which the former would operate as a contract assembler, while allowing Gamma, another company of the group that operated as contract manufacturer, to use its facilities. According to the aforementioned agreement, Alfa’s task was to coordinate the production of the goods as well as the marketing phase, to perform quality controls and to oversee the overall logistics. In order to perform such activities, the goods produced by Gamma were purchased by Alfa for a price in line with the group’s transfer pricing policy, in accordance with the arm’s length principle. Afterwards, the trademarked goods were marketed by Beta in North America and in the rest of the world, as well as, thanks to Delta (another company of the same Group), in Europe, in Africa and in the Middle East.

In line with the Group’s transfer pricing model, the agreement also provided that in case the end year margin realized by Alfa did not finally result in line with the arm’s length principle, an adjustment would be made, so to restore the arm’s length margin for every contracting party. The agreement therefore provided that Beta would grant a contribution to Alfa in case the latter incurred in operational losses.

Alfa thus filed a request with the Tax Agency in order to ascertain whether VAT should be applied on the adjustment. The Italian Tax Agency confirmed that the adjustment was not taxable for VAT purposes because it did not represent a payment for a specific service, nor an amendment to the price of some specific transactions that took place over the year. The key issue the Agency highlighted in the opinion is that there was no direct connection between the end year adjustment by Beta to Alfa and the single transactions.

P. DE’ CAPITANI DI VIMERCATE ■

Luxembourg



Nelli KLUSCHIN,
Avocat au Barreau de Luxembourg, spécialisée en droit
fiscal luxembourgeois, Loyens & Loeff Luxembourg

Actualité législative

28. Luxembourg - Directive ATAD - Transposition – Le parlement luxembourgeois a voté le projet de loi transposant la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 sur la lutte contre l'évasion fiscale (dite « ATAD »).

L. n° 7318, 18 déc. 2018 (Mémorial 21 déc. 2018)

29. La nouvelle loi (loi ATAD) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019. Elle introduit des règles de limitation de déductibilité des intérêts, un régime « CFC » et des règles relatives aux hybrides. Par ailleurs, elle modifie les règles d'imposition à la sortie et la disposition anti-abus générale.

30. Règles de déduction des intérêts - Pour une période fiscale donnée, les coûts d'emprunt qui excèdent les revenus d'intérêts imposables et autres revenus équivalents sont déductibles à hauteur du montant le plus élevé entre 30% de l'EBITDA et 3 000 000 €.

Le Luxembourg a décidé d'exclure les entreprises financières et les entités autonomes du champ d'application de cette règle. En outre, le Luxembourg a prévu une clause de sauvegarde pour les entités luxembourgeoises d'un groupe consolidé qui peuvent, sur demande, déduire l'intégralité des surcoûts d'emprunt si le ratio entre leurs fonds propres et leurs actifs est supérieur au ratio équivalent du groupe. La clause de « grand-père » permet d'exclure du champ d'application de cette nouvelle disposition les prêts contractés avant le 17 juin 2016 lorsque ceux-ci n'ont pas fait l'objet de modifications ultérieures. Finalement, les surcoûts d'emprunts qui ne peuvent être déduits au cours d'une période donnée ainsi que les capacités inemployées de déduction des intérêts peuvent être reportés.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

En pratique, les sociétés holdings et sociétés de financement ne devraient *a priori* pas être impactées par cette mesure. Elle aura toutefois des conséquences importantes notamment pour les sociétés immobilières, les sociétés opérationnelles et potentiellement les sociétés qui interviennent sur le marché de la dette décotée.

31. Sociétés étrangères contrôlées (SEC) - Selon les règles SEC, les revenus des filiales et succursales faiblement taxées d'une société luxembourgeoise sont à inclure dans la base

imposable de cette société, pour les besoins de l'impôt sur le revenu des collectivités (l'IRC). Ces règles SEC ne sont pas applicables en matière d'impôt commercial communal.

Le Luxembourg a opté pour le modèle B prévu par l'article 7.2 (b) de l'ATAD, qui s'applique à tout revenu net non distribué d'une SEC et qui est généré par des montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal. Selon ce modèle B (dit modèle du prix de transfert) seuls les profits attribuables aux fonctions significatives exercées par la société mère luxembourgeoise en relation avec les actifs et risques de la SEC seront inclus dans la base imposable au Luxembourg.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Les dispositions relatives aux prix de transfert devraient être appliquées en priorité et dès lors les ajustements additionnels sur la base des règles SEC devraient être limités en pratique.

32. Dispositifs hybrides - La règle relative aux dispositifs hybrides vise à éviter les discordances de traitement d'un même flux, lorsque deux États membres donnent une qualification juridique différente à une même entité ou instrument financier conduisant à une double déduction ou à une déduction sans inclusion.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Cette disposition devrait en principe avoir un impact limité au Luxembourg étant donné qu'actuellement elle ne concerne que les opérations avec une partie établie dans un autre État membre. Néanmoins, cette disposition doit être examinée attentivement en présence de sociétés en commandite simple (ou spéciale) luxembourgeoises qui sont considérées comme des sociétés transparentes en droit interne mais pourraient être considérées comme sociétés opaques dans la juridiction des associés.

33. Imposition à la sortie - Le sursis de paiement de l'impôt à la sortie actuellement applicable en droit interne sera limité et aligné sur le régime du sursis de paiement prévu par l'ATAD. Ainsi, à partir du 1^{er} janvier 2020, les contribuables seront autorisés à échelonner linéairement, sans intérêts, le paiement de l'impôt sur une période de cinq années en cas de transfert de biens vers un État membre ou vers un État partie à l'Accord sur l'Espace économique européen (autre qu'un État membre). Le régime actuel prévoit un sursis de paiement aussi longtemps que le contribuable reste propriétaire des actifs transférés. Contrairement à l'ancien régime, le sursis de paiement ne s'appliquera plus aux transferts vers des États tiers avec lesquels le Luxembourg a conclu une convention tendant à éviter les doubles impositions renfermant une clause sur l'échange d'informations substantiellement conforme à l'article 26 du modèle de convention de l'OCDE. Les contribuables qui bénéficient actuellement du régime de sursis de paiement ne seront pas affectés par les nouvelles règles d'imposition à la sortie.

Pour (i) les entités qui migrent au Luxembourg ou (ii) les transferts de biens d'un établissement stable à l'étranger

vers une entreprise luxembourgeoise ou d'une entreprise à l'étranger vers un établissement situé au Luxembourg, la valeur déterminée par le pays de départ (État membre ou État tiers) sera acceptée comme valeur initiale des actifs pour les besoins fiscaux, à moins que cette valeur ne reflète pas la valeur de marché. La loi ATAD clarifie le bénéfice du « *step-up* » qui était déjà appliqué en droit luxembourgeois sur base de dispositions relatives à la valorisation des suppléments d'apport.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Cette disposition devrait avoir un impact limité au Luxembourg car les lois fiscales luxembourgeoises comprenaient déjà des dispositions relatives à l'imposition à la sortie avec possibilité d'un paiement différé de l'impôt.

34. Dispositions générales anti-abus - Le Luxembourg connaît la disposition générale anti-abus (GAAR) du § 6 de la loi d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934 (*Steueranpassungsgesetz* - StanpG) depuis 1941. D'après une jurisprudence des cours et tribunaux croissante ces dernières années, les critères suivants doivent être remplis pour pouvoir qualifier une situation d'abus : (i) l'utilisation de formes et d'institutions du droit privé, (ii) une économie d'impôt consistant en un contournement ou une réduction de la charge d'impôt, (iii) l'utilisation d'une voie inadéquate et (iv) l'absence de motifs extra fiscaux valables pouvant justifier la voie choisie.

La loi ATAD modifie cette disposition anti-abus pour la rendre conforme à la clause anti-abus générale de l'ATAD. Les autorités luxembourgeoises pourront désormais refuser de prendre en compte une voie juridique mise en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou d'un des objectifs principaux, un contournement ou une réduction de la charge fiscale qui vont à l'encontre de l'objet et du but de la loi fiscale et qui s'avère non authentique, à savoir qui n'a pas été utilisée pour des motifs commerciaux valables compte tenu des faits et circonstances pertinents. La nouvelle définition de l'abus vise « *les abus de formes et d'institutions du droit* » et étend l'ancienne définition aux formes et institutions de droit public (et non plus uniquement du droit privé).

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Même si la nouvelle disposition est proche de l'ancienne, il conviendra de suivre attentivement les positions qui seront prises par les juridictions administratives quant aux interprétations possibles.

35. À NOTER

> **Luxembourg - Registre des bénéficiaires effectifs** - La loi du 13 janvier 2019 instituant un Registre des bénéficiaires effectifs des sociétés et autres entités juridiques (RBE) entrera en vigueur le 1er mars 2019. Les entités concernées – soit la quasi-totalité des entités immatriculées au Registre de commerce et des sociétés – disposeront d'un délai de six mois après l'entrée en vigueur de la loi pour se mettre en conformité avec celle-ci. Les nouvelles obligations des sociétés luxembourgeoises liées au RBE seront développées plus en détail dans le prochain numéro.

Actualité jurisprudentielle

36. Luxembourg - Prix de transfert - Requalification des paiements d'intérêts non conformes au principe de pleine concurrence en distributions cachées de dividendes – Le Tribunal administratif, statuant sur le caractère de pleine concurrence des paiements d'intérêts faits par une société luxembourgeoise à son actionnaire, confirme la requalification d'une partie des intérêts en distributions cachées en considérant que, dans le cas d'espèce, les deux critères de qualification étaient remplis : (i) relation particulière entre le débiteur et le créancier (associé, sociétaire ou intéressé) et (ii) avantage injustifié, qui découle du taux d'intérêt élevé, et qui entraîne soit une diminution de l'actif net soit un défaut d'accroissement de l'actif net.

TA Luxembourg, 22 oct. 2018, n° 40348

37. En l'espèce, une société de droit luxembourgeois a acquis un immeuble situé en France qu'elle a partiellement financé par un prêt accordé par son actionnaire portant intérêt au taux annuel de 12%.

Le bureau d'imposition a requalifié les intérêts payés en distributions cachées de dividendes. L'administration a notamment constaté que la société était en pertes pendant la période en question et qu'un gestionnaire même normalement diligent et consciencieux, tendant à assurer la rentabilité d'une exploitation commerciale, n'aurait pas conclu un prêt grevé d'une charge d'intérêt de 12% et n'aurait pas payé un tel taux à un tiers.

La société s'est basée sur le caractère de pleine concurrence d'un taux de 12%, déterminé sur base d'un premier rapport de prix de transfert et, à titre subsidiaire, d'un taux de 7,88% déterminé sur base d'une deuxième analyse de prix de transfert soumise à l'appui de son recours devant le tribunal administratif.

Le tribunal a rappelé que la charge de la preuve de l'existence d'une distribution cachée de bénéfices repose en premier lieu sur le bureau d'imposition. C'est essentiellement lorsque le bureau d'imposition peut faire état d'un faisceau de circonstances qui rendent une telle distribution probable et qui n'ont pas été éclairées ou documentées par le contribuable qu'il y a renversement de la charge de la preuve en faveur de l'administration.

Le tribunal a admis les analyses de prix de transfert soumises par la société après l'ouverture de la procédure litigieuse. Néanmoins, le tribunal a rejeté la demande de la société d'appliquer un taux d'intérêt considérablement supérieur à celui accepté par l'administration étant donné que la simple référence faite par la société au taux déterminé sur base du premier rapport de prix de transfert, sans expliquer les différences dans les conclusions des deux analyses du prix de transfert et sans justifier la différence

entre ces taux et celui accepté par l'administration, n'était pas suffisante pour prouver l'absence d'un avantage indu.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Ce jugement clarifie l'étendue des preuves à apporter par un contribuable en matière de prix de transfert afin de démontrer l'absence d'avantages indus et de renverser ainsi la présomption de l'existence d'une distribution cachée. D'un point de vue procédural, il offre la possibilité aux contribuables de soumettre leur documentation en matière de prix de transfert, établie *ex post*.

38. Luxembourg - Impôt sur la fortune - Requalification de prêts en apports déguisés sur la base des caractéristiques principales des instruments financiers – Le Tribunal administratif a requalifié les prêts accordés par une société luxembourgeoise à sa filiale canadienne en apports déguisés sur base des caractéristiques financières des prêts, notamment le défaut des formes juridiques usuelles des fonds prêtés.

TA Luxembourg, 13 déc. 2018, n°40704

39. En l'espèce, une société luxembourgeoise a accordé des « *equity tainted loans* » (ETL) à ses filiales. et le différend entre le contribuable et l'administration fiscale portait sur l'exonération d'impôt sur la fortune prévue au § 60 de la loi modifiée du 16 novembre 1934 sur l'évaluation des biens et valeurs qui est applicable, sous certaines conditions, aux participations détenues directement dans le capital social. Le tribunal devait dès lors se prononcer sur la qualification des ETL et leur assimilation éventuelle à du capital pour l'application de cette exonération.

Le tribunal a conclu que, en l'espèce, l'intention de la société était davantage de doter ses filiales de fonds que d'agir en tant que prêteur, soucieux d'obtenir une rémunération pour le prêt consenti et de récupérer les fonds prêtés dans un délai raisonnable.

Le tribunal s'est notamment basé sur le faisceau d'indices suivant faisant présumer que les prêts constituent des participations déguisées, dès lors à être exonérés de l'impôt sur la fortune :

- les prêts ne prévoient pas d'intérêts pendant les premiers six mois suivant la mise à disposition des fonds, avec la possibilité pour les parties de modifier le taux d'intérêts après cette période de six mois ;
- les prêts ne viennent à échéance qu'après 60 ans ;
- l'emprunteur se voit conférer l'option de voir convertir toute ou partie de la dette en actions ;
- les contrats prévoient un degré élevé de subordination de l'instrument par rapport à d'autres dettes ;
- il ne se dégage ni des susdits contrats ni des autres éléments soumis à son appréciation que le prêteur se soit vu accorder de quelconques garanties couvrant les obligations de l'emprunteur.

Le tribunal a également souligné que l'affectation des

fonds prêtés aux immobilisations à longue durée et la disproportion entre le capital social et les fonds prêtés fournissent autant de présomptions de l'existence d'une participation déguisée.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Le faisceau d'indices pris en compte par le tribunal pour la requalification d'un prêt en apport déguisé est, bien que plus détaillé, dans la lignée de l'arrêt de la Cour administrative du 26 juillet 2017 (n° 38357 C) pour justifier la requalification d'un prêt participatif en participation déguisée.

40. Luxembourg - Échange de renseignements sur demande - Voies de recours contre une décision d'injonction - Le Tribunal administratif a jugé qu'il est uniquement compétent pour connaître d'un recours en annulation (et non d'un recours en réformation) introduit par un contribuable contre une décision d'injonction qui lui est adressée en matière d'échange d'information.

TA Luxembourg, 29 nov. 2018, n° 41668

41. Pour rappel, dans l'arrêt *Berlioz* du 16 mai 2017⁹, la CJUE a jugé la procédure luxembourgeoise applicable à l'échange de renseignements sur demande en matière fiscale prévue par la loi du 25 novembre 2014 non conforme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment en ce qu'elle (i) exclut un recours contre les décisions d'injonction adressées au contribuable en matière d'échange d'information et (ii) ne prévoit pas un contrôle de la « pertinence vraisemblable » des informations sollicitées par l'État membre requérant. Par conséquent, les tribunaux luxembourgeois doivent laisser inappliquées les limitations procédurales prévues à l'article 6 de la loi du 25 novembre 2014 au profit de la voie de recours de droit commun prévue par l'article 2 (1) de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif.

En vertu de ce dernier, le tribunal administratif n'est pas compétent pour connaître du recours en réformation contre une décision d'injonction émise en application de la loi précitée du 25 novembre 2014 mais aurait été compétent en cas d'introduction d'un recours en annulation contre une telle décision. Néanmoins, en l'espèce, la demanderesse n'a pas introduit de recours subsidiaire en annulation contre la décision d'injonction. Par conséquent, le tribunal a conclu à l'irrecevabilité du recours contre la décision d'injonction.

Il convient de noter qu'une décision d'injonction tendant à obtenir et transmettre aux autorités étrangères des renseignements qui ne peuvent pas être considérés comme vraisemblablement pertinents est illégale et qu'une décision infligeant une amende administrative fiscale, fondée sur base une décision d'injonction illégale, encourt l'annulation dans le cadre du recours en annulation.

9 CJUE, gde ch., 16 mai 2017, C-682/15, *Berlioz Investment Fund*.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

À la suite de l'arrêt *Berlioz*, le gouvernement luxembourgeois a publié un projet de loi (n° 7223) qui a pour objet de modifier la loi du 25 novembre 2014, prévoyant la procédure applicable à l'échange de renseignements sur demande en matière fiscale. Le projet introduit notamment la possibilité pour tout administré concerné de contester l'injonction en matière d'échange d'information et reconnaît aux autorités luxembourgeoises le droit de s'assurer de la « pertinence vraisemblable » des informations sollicitées dans le cadre d'une telle procédure. Le projet fait actuellement l'objet d'un réexamen par le Conseil d'État.

Tant que la procédure, telle qu'elle est actuellement appliquée par les autorités et tribunaux luxembourgeois, n'a pas été modifiée, la clarification procédurale apportée par le présent jugement restera un point d'attention pour tous les contribuables confrontés à une demande d'information fiscale.

N. KLUSCHIN ■

Pays-Bas



Imme KAM,

Fiscaliste en droit néerlandais, Loyens & Loeff
Rotterdam

Actualité des retenues à la source

42. Pays-Bas - Retenue à la source sur dividendes – Exonération - Droit de l'UE - Motifs commerciaux valables reflétant la réalité économique – À la suite de la décision rendue par la CJUE dans les affaires *Deister Holding* et *Juhler Holding*, le législateur a introduit à partir du 1^{er} janvier 2019 une possibilité supplémentaire de démontrer l'existence de motifs commerciaux valables reflétant la réalité économique concernant l'exonération de retenue à la source sur dividendes.

Staatsblad, 2017, 520 ; Kamerstukken II 2018/19, 35 030, n° 6

43. Depuis le 1^{er} janvier 2018, une nouvelle disposition anti-abus concernant l'exonération de retenue à la source sur dividendes (RASD) est entrée en vigueur. Cette disposition anti-abus est considérée comme conforme à la règle générale anti-abus prévue par la directive mère-fille¹⁰ et la mise en œuvre du « *principal purpose test* » (PPT) (critère des objets principaux) prévue par l'Action 6 du projet BEPS. En bref, un abus est constaté lorsque l'objectif principal

ou l'un des objectifs principaux de la participation dans la société néerlandaise est d'éviter le paiement de la RASD (test subjectif) et que cette détention constitue un montage, ou une série de montages, artificiels, ce qui sera le cas si la structure de participation n'est pas motivée par des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique (test objectif).

Dans les structures où une activité économique est exercée par un actionnaire indirect d'un pays non conventionné¹¹, des motifs commerciaux valables reflétant l'activité économique sont uniquement présumés exister lorsque la société holding intermédiaire étrangère possède une « substance pertinente »¹². La substance pertinente implique notamment que la société holding supporte des frais de personnel d'au moins 100 000 €, en lien avec les fonctions de holding intermédiaire, pour les activités exercées dans le pays de la société holding intermédiaire, et que cette société dispose (pendant au moins 24 mois) de ses propres bureaux dans lesquels la holding intermédiaire exerce ses activités.

L'arrêt *Deister/Juhler* de la CJUE¹³ a entraîné une modification législative qui offre depuis le 1^{er} janvier 2019 une méthode alternative pour démontrer l'existence de motifs commerciaux valables reflétant la réalité économique (par exemple, dans des situations de « *joint-venture* »). Tous les faits et circonstances de l'espèce doivent être pris en compte¹⁴. De plus, un certain niveau de « substance » au niveau de la holding intermédiaire étrangère sera exigé. Cette méthode devrait être applicable tant pour les actionnaires de l'UE que des pays tiers.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La doctrine majoritaire était déjà d'avis que les critères de substance pertinents pour les holdings intermédiaires étrangères n'étaient pas compatibles avec la décision *Deister/Juhler* rendue par la CJUE, ce qui a maintenant été confirmé par le législateur néerlandais. Bien que la modification soit entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019, les contribuables devraient également pouvoir s'en prévaloir pour 2018¹⁵. En outre, sur la base des affaires *Deister/Juhler*, d'autres holdings intermédiaires étrangères devraient, à notre avis, également être autorisées à démontrer l'existence de motifs commerciaux valables reflétant une réalité économique. Le gouvernement néerlandais ne semble toutefois pas avoir l'intention d'élargir le champ d'application aux structures sans activité économique. Dans la pratique, les

11 C'est-à-dire un pays avec lequel les Pays-Bas n'ont pas conclu de convention fiscale avec un article sur le traitement des dividendes.

12 Sur la base des travaux parlementaires, des motifs commerciaux valables reflétant la réalité économique sont, par exemple également présumés exister lorsque l'actionnaire de l'entité néerlandaise réalise des opérations économiques à laquelle la participation dans l'entité néerlandaise peut être attribuée.

13 CJUE, 20 déc. 2017, C-504/16, *Deister Holding AG* et *Juhler Holding A/S*.

14 Cela s'applique également aux règles relatives à l'impôt sur les sociétés non résidentes concernant les participations substantielles.

15 Les contribuables peuvent également s'en prévaloir pour les années antérieures concernant l'impôt sur les sociétés des participations substantielles.

10 Directive (UE) 2015/121.

intérêts de retard (4%) et la responsabilité de l'entité distributrice en tant qu'agent payeur de la retenue à la source sont des éléments importants à prendre en compte lors de la réclamation de l'exonération de la RASD. De plus, un formulaire doit être notifié à l'administration fiscale néerlandaise dans le délai d'un mois après la distribution.

44. Pays-Bas - Retenue à la source sur dividendes - Retenue à la source sur intérêts et redevances - Nouvelle retenue à la source conditionnelle - Liste noire de l'UE – Contrairement à ce qui avait été annoncé précédemment, la RASD néerlandaise ne sera pas supprimée mais les Pays-Bas introduiront une nouvelle RAS conditionnelle sur les intérêts et redevances attribués à des entités faiblement imposées, ainsi qu'en cas d'abus, à partir du 1^{er} janvier 2021. Une nouvelle retenue à la source similaire pourrait être introduite sur les distributions de dividendes.

Kamerstukken II 2018/19, 35 028, n° 9

45. Le 18 septembre 2018, le gouvernement néerlandais a publié une proposition visant à abolir la RASD existante et à introduire une nouvelle retenue à la source conditionnelle applicable aux dividendes intragroupes attribués à des entités faiblement imposées, ainsi qu'en cas d'abus. Cette nouvelle retenue à la source conditionnelle sur dividendes était supposée entrer en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2020.

En outre, le gouvernement néerlandais a réitéré son intention d'introduire une retenue à la source sur les intérêts et redevances attribués à des entités établies dans des juridictions faiblement imposées, ainsi qu'en cas d'abus. Après un débat public intense, le gouvernement néerlandais a décidé de ne pas supprimer la RASD existante et de reconsidérer l'introduction de la nouvelle retenue à la source sur dividendes susmentionnée. Cependant, le Gouvernement a proposé d'autres mesures destinées à améliorer le climat des affaires et des investissements (notamment la réduction du taux de l'impôt sur les sociétés, V. § 46). Il n'est pas certain que la proposition pour une nouvelle retenue à la source conditionnelle sera à nouveau soumise à l'avenir.

L'entrée en vigueur de la retenue à la source conditionnelle sur les intérêts et redevances payés à des entités faiblement

imposées, ainsi qu'en cas d'abus, est toujours attendue pour le 1^{er} janvier 2021. Le taux de la nouvelle RAS conditionnelle devrait être égal à celui de l'impôt sur les sociétés. Une proposition législative sera ultérieurement publiée le 17 septembre 2019.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La proposition d'abolir la RASD existante a été un sujet largement débattu aux Pays-Bas, dans la mesure où elle était considérée comme un « cadeau » aux administrations fiscales étrangères. Cette considération était basée sur le raisonnement selon lequel la RASD néerlandaise constitue un crédit imputable sur l'impôt étranger à payer par les actionnaires étrangers. Ce débat a finalement abouti au retrait de la proposition. L'introduction de la nouvelle RAS conditionnelle (sur les intérêts et redevances, et peut-être aussi sur les dividendes) attribués à des juridictions à faible taux d'imposition et dans les situations abusives est toujours d'actualité. Le gouvernement néerlandais considère cette nouvelle retenue à la source conditionnelle comme une mesure importante pour lutter contre l'évasion et la fraude fiscale, soulignant également que les Pays-Bas vont unilatéralement plus loin que ne l'exige la directive ATAD.

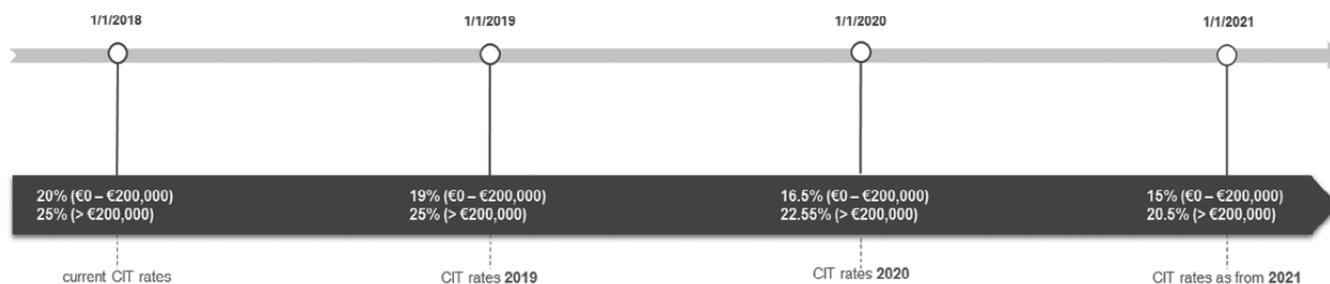
Autres changements aux Pays-Bas

46. Pays-Bas - Impôt sur les sociétés - Diminution progressive du taux – Les Pays-Bas réduiront progressivement leur taux global de l'IS (CIT) de 25 % à 20,5 % en 2021 (Voir le schéma ci-dessous).

Kamerstukken II, 2018/19, 35 030

47. Pays-Bas - Pratique des rescrits - Révision – Exigence d'un lien économique avec les Pays-Bas – Le Gouvernement a annoncé que la pratique néerlandaise des rescrits sera révisée à partir du 1^{er} juillet 2019, à la suite de quoi un « lien économique » avec les Pays-Bas sera requis pour conclure des rescrits fiscaux internationaux.

Lettre du sous-ministre des Finances, 22 nov. 2018, n° 2018-0000185524



48. Dans une lettre adressée au Parlement, le gouvernement néerlandais a publié des propositions de révision de la pratique des rescrits néerlandais en vigueur. La nouvelle politique devrait être mise en place à partir du 1er juillet 2019 et assurer une meilleure coordination du processus de rescrit fiscal. Un élément clé de cette révision réside dans la circonstance que les contribuables, ou le groupe auquel ils appartiennent, doivent démontrer un « lien économique » suffisant avec les Pays-Bas pour pouvoir conclure un rescrit avec l'administration fiscale néerlandaise. Le niveau de lien économique nécessaire est toujours flou, mais il s'agit là d'une modification importante par rapport aux exigences minimales actuelles en matière de substance pour conclure un *ruling*¹⁶. En outre, les rescrits ne seront pas accordés si l'opération envisagée a pour motif l'optimisation fiscale aux Pays-Bas ou à l'étranger, ou si une entité résidente d'une juridiction à faible imposition est impliquée. Afin d'améliorer la transparence, un résumé anonyme de chaque rescrit international et un rapport annuel sur tous les rescrits internationaux qui ont été rendus au cours d'une année donnée seront publiés. De plus, des experts indépendants seront invités à examiner périodiquement tous les rescrits internationaux afin de déterminer s'ils ont été rendus conformément à la législation fiscale et à la politique fiscale néerlandaises en vigueur. Enfin, tous les rescrits internationaux seront transmis pour approbation finale à une équipe centrale nouvellement formée avant d'être publiés.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Comme point de départ, il est important de noter que les rescrits sont rendus conformément à la législation fiscale et à la jurisprudence néerlandaise et n'accordent pas d'avantage fiscal. Les décisions ont l'avantage de fournir une certitude quant à l'application de la législation fiscale par les autorités fiscales néerlandaises à un ensemble de faits et de circonstances. Dans les affaires d'aides d'État concernant Starbucks, Inter Ikea et Nike, la Commission européenne soutient que des avantages sélectifs ont été accordés dans des rescrits accordés à ces groupes (V. FI 1-2019, n° 2.1.2, § 19), alors que les autorités néerlandaises

16 Les exigences minimales néerlandaises en matière de substance sont les suivantes (décision de juin 2014) :

- au moins la moitié du nombre total des membres statutaires du conseil d'administration et des membres ayant un pouvoir de décision réside ou est effectivement établie aux Pays-Bas ;
- les membres du conseil d'administration résidant ou établis aux Pays-Bas possèdent les connaissances professionnelles requises pour exercer correctement leurs fonctions ;
- la société dispose d'employés qualifiés pour la bonne exécution et l'enregistrement des transactions qu'elle doit conclure ;
- les décisions de gestion sont prises aux Pays-Bas ;
- les principaux comptes bancaires de la société sont détenus aux Pays-Bas ;
- la comptabilité de la société est tenue aux Pays-Bas ;
- l'entité a – dans tous les cas jusqu'au moment du test – respecté correctement toutes ses obligations déclaratives ;
- l'adresse professionnelle de la Société est aux Pays-Bas. La société n'est pas à sa connaissance - considérée comme un résident fiscal dans un autre pays que les Pays-Bas.

estiment que ces rescrits ont été rendus conformément à la réglementation fiscale néerlandaise.

En outre, en vertu de la nouvelle politique de rescrit, les rescrits ne seront rendus que dans le respect des règles fiscales néerlandaises. La transparence accrue et la nouvelle exigence relative au lien économique réduiront probablement le nombre de situations où les contribuables demanderont (pourront demander) des rescrits en matière de fiscalité internationale. La lettre du 22 novembre 2018 ne mentionnait rien sur l'augmentation des exigences de substance pour les sociétés holding néerlandaises qui ne sollicitent pas un rescrit.

49. Pays-Bas - Directive ATAD – Transposition – Limitation de la déductibilité des intérêts – Sociétés étrangères contrôlées – Clause anti-abus générale – À partir du 1^{er} janvier 2019, les Pays-Bas ont mis en place la règle de limitation de déductibilité des intérêts et une nouvelle règle sur les sociétés étrangères contrôlées (CFC) conformément à la directive européenne contre l'évasion fiscale (ATAD).

Kamerstukken II, 2018/19, 35 030

50. Limitation de la déductibilité des intérêts - Les Pays-Bas ont introduit la règle dite « *earning stripping* », qui doit être appliquée par un contribuable même si celui-ci ne fait pas partie d'un groupe de sociétés. Une intégration fiscale est considérée comme un contribuable unique. La déduction des frais financiers nets est limitée au montant le plus élevé entre (i) 30% de l'EBITDA fiscal et (ii) 1 million d'euros. Un report illimité des frais d'intérêts nets excédentaires est possible ; en cas de « changement de contrôle », des règles anti-abus s'appliquent. Aucune dérogation ou règle générale concernant des emprunts déjà conclus n'est prévue.

En raison de l'introduction de la règle « *earning stripping* », les règles de limitation des charges financières pour financement excessif de filiales avec de la dette et pour les dettes de « holding d'acquisition » ont été abrogées.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Par le biais, entre autres, du seuil d'un million d'euros, de l'absence de dérogation ou de règle relative aux emprunts conclus avant le vote de l'ATAD, le gouvernement néerlandais a opté pour une transposition (très) stricte de la règle « *earning stripping* », ce qui concorde avec la position du Gouvernement selon laquelle le financement par emprunt et le financement par fonds propres devraient être traités de façon plus équitable sur le plan fiscal. Selon les recettes budgétaires publiées, la règle « *earning stripping* » sera la mesure la plus importante en matière d'impôt sur les sociétés. Cette mise en œuvre stricte s'inscrit également dans l'intention du gouvernement néerlandais d'élargir l'assiette fiscale et de réduire le taux de l'impôt sur les sociétés (V. § 46).

51. Régime des sociétés étrangères contrôlées (CFC)

- Les Pays-Bas estiment que le principe de pleine concurrence prévu par le droit néerlandais prévoit déjà une mise en œuvre suffisante des règles du modèle B de l'ATAD relatives aux CFC. Néanmoins, une version allégée du régime des CFC du modèle A de l'ATAD a été introduite. Les règles du modèle A s'adressent spécifiquement aux sociétés contrôlées dans les juridictions où le taux d'imposition (« *statutory profit tax rate* ») est inférieur à 9% ou dans les juridictions qui figurent sur la liste noire de l'UE. Chaque année, le ministère néerlandais des Finances publiera une liste exhaustive des juridictions qui seront considérées comme des juridictions à faible imposition ou figurant sur la liste noire de l'UE pour l'année suivante.

La liste pour 2019 contient les pays suivants : Anguilla ; Arabie saoudite ; Bahamas ; Bahreïn ; Belize ; Bermudes ; Émirats arabes unis ; Guam ; Guernesey ; Île de Man ; Îles Caïmans ; Îles Vierges américaines ; Îles Vierges britanniques ; Jersey ; Koweït ; Qatar ; Samoa américaines ; Samoa ; Trinité-et-Tobago ; Turks et Caïques (Îles) ; Vanuatu.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

L'introduction d'une règle sur les CFC est une nouveauté dans la pratique fiscale néerlandaise et nécessite un changement important dans l'évaluation des investissements. Les règles introduites sont détaillées et complexes, mais l'impact attendu dans la pratique est limité.

En ce qui concerne le modèle B, le principe de pleine concurrence ne change pas. En ce qui concerne la règle du modèle A, le « *safe harbor* » semble prévoir une échappatoire relativement facile. Les règles du modèle A prévoient une dérogation si les CFC ont suffisamment de substance dans la juridiction à faible imposition. En tant que « *safe harbor* », il y a suffisamment de substance si les CFC satisfont aux exigences de « substance pertinente » (V. § 43).

52. Clause générale anti-abus (GAAR) - La GAAR ne sera pas transposée dans la mesure où le gouvernement néerlandais estime que la doctrine de l'abus de droit telle que développée dans la jurisprudence néerlandaise (*fraus legis*) permet d'atteindre le même objectif, et est conforme à la GAAR.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La pratique montrera si la doctrine du *fraus legis* telle qu'appliquée par les autorités fiscales néerlandaises sera différente après la mise en œuvre de l'ATAD ou si elle restera inchangée.

53. À NOTER

> **Pays-Bas - Instrument multilatéral** - Le projet de loi de ratification de l'Instrument multilatéral (MLI) a été soumis le 21 décembre 2017 et est actuellement en instance devant le Parlement néerlandais.

Kamerstukken II, 2017/18, 34 853

Jurisprudence

54. Pays-Bas - Intégration fiscale - Droit de l'UE - Approche par éléments - Le Conseil d'État néerlandais a confirmé dans les affaires *X NV* et *N BV* l'arrêt de la CJUE du 22 février 2018 selon lequel l'« approche par élément » s'applique au régime néerlandais de l'intégration fiscale.

Hoge Raad, 19 oct. 2018, n° 15/00194

55. Le 22 février 2018, la CJUE a rendu sa décision dans les affaires jointes *X NV* et *N BV*¹⁷. La Cour a déclaré que l'« approche par élément » introduite dans l'affaire *Groupe Steria*¹⁸ s'applique également au régime néerlandais de consolidation (intégration fiscale). En réponse à la décision de la CJUE, le secrétaire d'État néerlandais des finances a confirmé que des « mesures de réparation d'urgence » seront reprises dans un nouveau texte de loi avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2018. Sur la base du projet de loi, plusieurs dispositions de la loi relative à l'impôt sur le revenu des sociétés (CITA) et de la loi relative à la retenue à la source sur dividendes devront être appliquées sur une base autonome, comme si le régime néerlandais d'intégration fiscale ne s'appliquait pas. Un vote sur la proposition législative est attendu au cours du premier trimestre de 2019.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Les mesures de réparation d'urgence susmentionnées et leur effet rétroactif jusqu'au 1^{er} janvier 2018 ont des conséquences majeures pour de nombreuses intégrations fiscales. Un suivi attentif sera nécessaire, notamment en ce qui concerne le dépôt des déclarations d'impôt sur le revenu des sociétés néerlandaises de ces groupes pour 2018.

I. KAM ■

¹⁷ CJUE, 22 févr. 2018, C-398/16 et C-399/16, X B.V. et X N.V.

¹⁸ CJUE, 2 sept. 2015, C-386/14, Groupe Steria SCA.

Portugal



Agnès de l'ESTOILE-CAMPI,
CMS France



Monica SANTOS COSTA,
CMS Portugal

56. Portugal – Investissement immobilier – REIT -Le Portugal introduit, pour la première fois, un régime REIT (*Real Estate Investment Trust*) dans l'ordre juridique portugais, en créant les sociétés d'investissement et de gestion immobilières (SIGI).

Décret-loi 19/2019, 28 janv. 2019

57. Le décret-loi 19/2019, publié le 28 janvier 2019, a créé un nouveau régime de véhicule de promotion du marché immobilier (notamment du parc locatif), appelé sociétés d'investissement et de gestion immobilières (*Sociedades de Investimento e Gestão Imobiliária* – « SIGI »). Les SIGI prennent la forme de sociétés dont les actions sont cotées et doivent satisfaire à des conditions concernant leur objet social et la composition de leur portefeuille. D'un point de vue fiscal, les SIGI bénéficient du régime de faveur des organismes de placement collectif.

◇ Régime juridique des SIGI

58. Forme juridique – Les SIGI prennent la forme d'une société anonyme avec un capital social minimum de 5 millions d'euros.

Il est possible de convertir une société anonyme ou un instrument d'investissement collectif préexistant en SIGI si certaines conditions sont remplies.

Cotation en bourse – Les actions doivent être admises, dans un délai d'un an à compter de la constitution ou conversion en SIGI, en négociation sur un marché réglementé ou un système multilatéral de négociation opérant au Portugal ou dans un autre État membre de l'Union européenne.

Conditions – Pour bénéficier du régime de faveur, les SIGI devront se conformer à certaines conditions liées notamment à :

- leur objet social qui doit être centré sur une activité immobilière d'acquisition et de location ;
- la composition de leur portefeuille, dont la valeur doit être représentée par au moins 80% d'immeubles ou droits immobiliers (y inclus des actions de SIGI ou d'entités européennes équivalentes). La valeur des actifs en location doit atteindre au moins 75% de la valeur totale des actifs. La durée

de détention des actifs est d'au moins trois ans ;

- leur endettement qui est limité à 60% de la valeur des actifs ;

- les profits réalisés devront sous certaines conditions être obligatoirement distribués. 75% des produits nets des ventes réalisées par une SIGI doit être réinvesti dans les trois ans.

Déchéance du régime – À défaut de respecter les conditions précitées, les SIGI peuvent perdre leur statut et ne pourront plus en bénéficier pendant trois ans.

◇ Régime fiscal de faveur

59. Exonération de l'impôt sur les sociétés : Les revenus perçus par les SIGI, considérés comme des revenus passifs (revenus de placement, plus-values et revenus immobiliers) sont exonérés d'impôt sur les sociétés.

Imposition au niveau des actionnaires : Les non-résidents détenteurs d'actions dans des SIGI seront imposés à un taux de 10%, soit sur les revenus distribués, soit sur les plus-values de cession de leurs actions.

Les résidents portugais seront imposés :

- pour les personnes physiques : au taux forfaitaire de 28% sur les distributions/plus-values de cession ;

- pour les personnes morales : retenue à la source (non libératoire) de 25% sur la distribution, imputable sur l'impôt sur les sociétés dû par l'actionnaire, dont le taux standard est de 21%. Les plus-values contribuent à la formation du revenu imposable, selon les règles générales.

A. DE L'ESTOILE-CAMPI ET M. SANTOS COSTA ■

60. À NOTER

> **Portugal – Conventions fiscales** – La Finlande a mis fin à sa convention fiscale avec le Portugal qui n'est ainsi plus applicable à compter du 1^{er} janvier 2019. Le gouvernement finlandais a justifié sa position par la volonté de pouvoir imposer les pensions privées de source finlandaise versées à ses nationaux qui résident au Portugal et bénéficient du statut de « résident non-habituel ».

De plus, une convention fiscale a été signée en septembre 2018 avec l'Angola. Elle a déjà été ratifiée au Portugal et a été adoptée par l'assemblée nationale de l'Angola, mais attend encore la ratification présidentielle.

Royaume-Uni



David CHAUMONTET,
Avocat associé, Arsene Taxand

61. Royaume-Uni - Taxe sur les services numériques - Consultation –Le gouvernement britannique a lancé une consultation sur la taxe sur les services numériques qui serait applicable aux prestations de services réalisées auprès d'utilisateurs britanniques à compter d'avril 2020.

HMRC, Digital Services Tax Consultation, 7 nov. 2018

62. L'annonce phare du récent budget britannique était une proposition de taxe sur les services numériques (DST) qui entrerait en vigueur en avril 2020. Un document de consultation publié le 7 novembre 2018 fournit des précisions sur le mécanisme et appelle à des réactions des acteurs du marché sur la conception, la mise en œuvre et l'administration de ce prélèvement.

La DST frapperait les revenus (plutôt que les profits) tirés de certaines activités numériques spécifiques réalisées avec des utilisateurs britanniques. Les moteurs de recherche, les réseaux sociaux et les plateformes en ligne dont les modèles commerciaux tirent une valeur significative de la participation des utilisateurs et du contenu qu'ils génèrent, sont visés par ce dispositif. Le Royaume-Uni souhaite promouvoir rapidement cette taxe, indépendamment du consensus que la communauté fiscale internationale tarde à trouver au goût des autorités locales. Il s'agirait d'une mesure temporaire, la taxe serait soumise à révision en fonction notamment de l'avancement des discussions internationales au niveau de l'Union européenne et de l'OCDE.

Le taux de la taxe serait fixé à 2%. Elle ne frapperait que les services ayant un lien avec des utilisateurs britanniques, à l'exclusion de ventes en ligne de biens. Certains services seraient exclus du champ d'application de la taxe (services financiers et de paiement, fourniture de contenu en ligne, vente de logiciels ou de matériel informatique, services de télévision ou de radiodiffusion).

La taxe ne s'appliquerait qu'aux redevables dont le chiffre d'affaires annuel mondial est supérieur à 500 millions de livres et qui dégagent plus de 25 millions de livres de revenus tirés de services rendus à des utilisateurs britanniques.

Contrairement à la proposition de directive de l'Union européenne¹⁹, une clause de sauvegarde est prévue afin de ménager les entreprises déficitaires et celles réalisant une marge faible. Les premières ne seraient pas redevables de la

¹⁹ Proposition de directive du Conseil n° 2018/0073 concernant le système commun de taxe sur les services numériques applicable aux produits tirés de la fourniture de certains services numériques du 21 mars 2018.

taxe et les secondes bénéficieraient d'un taux réduit.

La consultation des acteurs du marché se clôturera le 28 février prochain avant qu'un texte soit finalisé pour une entrée en vigueur programmée en avril 2019.

63. Royaume-Uni - Taxe sur les revenus incorporels – Projet - Taxation extraterritoriale de redevances d'actifs incorporels perçues dans des pays à fiscalité privilégiée –Le Gouvernement a inséré dans le projet de loi de finances une mesure visant à imposer au Royaume-Uni les redevances perçues par une entité non résidente au titre de biens incorporels qui sont liés à la vente de biens ou services au Royaume-Uni.

HM Treasury, Budget 2018, 29 oct. 2018

64. Lors de la présentation du projet de loi de finances, le Gouvernement britannique a annoncé l'introduction d'un dispositif de taxation à l'impôt britannique des revenus réalisés par une entité non résidente en lien avec des actifs incorporels dégagant des revenus de source britannique.

La réforme annoncée pour la première fois dans le budget de l'automne 2017 consistait initialement à étendre le régime britannique de retenue à la source sur les royalties. Le Gouvernement propose désormais de soumettre directement à l'impôt britannique les entités étrangères non établies dans un pays conventionné

La taxe serait appliquée à compter du 6 avril 2019 au taux de 20 % sur le revenu brut de l'entité non résidente dès lors que ses revenus se rapportent à des ventes de biens ou à des prestations de services réalisées au Royaume-Uni. L'imposition serait applicable à moins que l'entité soit résidente au Royaume-Uni ou dans un pays qui a conclu une convention fiscale incluant une clause de non-discrimination avec le Royaume-Uni. La mesure serait en particulier susceptible d'impacter les entités établies à Jersey, Guernesey, aux Bermudes ou encore aux îles vierges britanniques.

L'assiette de la taxe serait constituée par les revenus bruts de l'entité non résidente se rapportant à l'exploitation de droits d'un bien incorporel qui permet ou facilite les ventes de biens ou les prestations de services au Royaume-Uni. Cela inclut les ventes faites par un non-résident mais également par une partie liée et, dans certains cas, les ventes faites à travers des entités non liées. Ce dernier scénario peut se produire par exemple en cas d'accord avec un distributeur non lié, un revendeur, un fabricant ou via un contrat de franchise.

La « propriété incorporelle » est largement définie et comprendrait les brevets, le savoir-faire, les marques, les droits de distribution et même les listes de clients.

Plusieurs cas d'exonération sont prévus, notamment si les ventes au Royaume-Uni de l'entité non résidente (et des entités liées) n'excède pas 10 millions d'euros par an ou si le niveau d'imposition de cette entité est au moins égal à la moitié de l'impôt qui serait perçu au Royaume-Uni en vertu de cette mesure.

L'entité non-résidente devrait directement déclarer et payer la taxe due.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Une stabilisation de ce régime dont l'entrée en vigueur est prévue pour le printemps prochain est attendue et des directives du HMRC seront cruciales pour correctement appréhender le dispositif. Toute société non britannique qui commercialise des biens ou des services directement ou indirectement à des clients britanniques et qui détient des actifs incorporels dans des pays à fiscalité privilégiée doit s'interroger sur le champ d'application de cette nouvelle mesure et sur son exposition potentielle.

65. À NOTER

> **Réforme du régime des amortissements** - Le projet de loi de finances prévoit une réforme profonde du régime britannique des amortissements pour encourager les investissements au Royaume-Uni.

HM Treasury, Budget 2018, 29 oct. 2018

Diverses modifications assez importantes ont été apportées au régime des déductions pour amortissement. Il s'agit des modifications les plus importantes apportées à ce régime depuis 2008. Elles font suite à la consultation qui avait eu lieu cette année sur ce sujet. Ces mesures ont vocation à améliorer la compétitivité et encourager les investissements au Royaume-Uni en période d'incertitude accrue liée au Brexit.

> **Déduction pour constructions et bâtiments (« Structures and Buildings Allowance – SBA »)** - Un abattement fiscal est mis en place pour les nouveaux bâtiments et constructions non résidentiels (à l'exclusion des terrains), à un taux annuel de 2% sur une base linéaire. Il s'applique aux marchés de travaux de construction conclus à compter du 29 octobre 2018. L'allègement sera limité au coût initial de la construction ou de la rénovation, amorti sur une période fixe de 50 ans, indépendamment de tout changement de propriétaire, et peut être réclaté à partir du moment où l'immeuble est mise en service.

Cette mesure comble une lacune du système actuel de déduction pour amortissement, qui ne prévoit aucun allègement pour la plupart des structures et des bâtiments, alors que des déductions pour amortissement sont disponibles pour les installations et la machinerie qui font partie intégrante des bâtiments, comme la climatisation.

> **« Pool » d'amortissement à taux spécial** - Certaines immobilisations spécifiques doivent être amorties en même temps dans un panier d'immobilisations. Le taux d'amortissement annuel général est de 18% de la base d'amortissement. Un taux spécial de 8%, est applicable aux immobilisations à long terme ainsi qu'aux « caractéristiques intégrales ». Il s'agit d'éléments intégrés au bâtiment (ascenseurs, systèmes de chauffage et de climatisation, systèmes électriques etc.). Le projet de loi de finances prévoit de réduire ce taux de 8% à 6% par an à compter d'avril 2019. Cette réduction de taux aura une incidence négative sur les flux de trésorerie liés aux demandes de déduction pour amortissement existantes.

> **Allocation annuelle d'investissement (AIA)** - L'allocation annuelle d'investissement est une déduction exceptionnelle de 100% octroyée aux entreprises au titre de l'année d'acquisition d'installations ou machines (« *plant and machinery* »). Le montant de cette déduction avait été abaissée à 200 000 livres pour les biens acquis à compter du 1^{er} janvier 2016. Le projet de loi de finances 2018 prévoit d'augmenter temporairement le montant de cette déduction à 1 million de livres pour les dépenses engagées entre le 1^{er} janvier 2019 et le 31 décembre 2020. Cette mesure, conjuguée à la déduction pour constructions et bâtiments, devrait contribuer à stimuler les investissements au Royaume-Uni et aura un impact positif sur toutes les entreprises qui investissent dans des immobilisations utilisées pour des activités commerciales.

> **Déductions pour amortissements bonifiés (« Enhanced capital allowances – ECAs »)** - Actuellement, il existe une déduction exceptionnelle de 100%, qui s'ajoute à la dotation pour amortissement annuelle, applicable l'année d'acquisition de certaines installations et machines économes en énergie ou respectueuses de l'environnement. Il est prévu que cette déduction soit supprimée à compter du 1^{er} avril 2020 pour les sociétés et du 6 avril 2020 pour les entreprises individuelles.

> **Points de charge électriques** - La déduction exceptionnelle de 100% octroyée l'année d'acquisition de points de charge électriques serait prolongée de 4 ans. Elle serait donc applicable jusqu'au 31 mars 2023 pour les entités soumises à l'impôt des sociétés et jusqu'au 5 avril 2023 pour celles soumises à l'impôt sur le revenu.

D. CHAUMONTET ■

Suisse



Gabriel BOURQUIN,

Docteur en droit,
Avocat fiscaliste, Loyens & Loeff Zurich

66. Suisse – Imposition des entreprises – Réforme – Modifications collatérales de l'imposition des personnes physiques - Le Parlement suisse a adopté le projet de loi de réforme de l'imposition des entreprises, le Projet Fiscal 17 (« PF 17 »), qui inclut quelques modifications à la marge de l'imposition des personnes physiques ; cette réforme devrait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2020 ; un référendum sur le PF 17 est toutefois prévu en mai 2019.

Projet Fiscal 17, 28 sept. 2018

67. La réforme, qui reprend largement le projet de réforme de l'imposition des entreprises (RIE III) rejeté lors de la

votation de février 2017, renforcera l'attractivité de la Suisse comme place d'affaires internationale.

Elle remplace les régimes fiscaux préférentiels actuels, tels que les régimes dits de holding, de société principale, de société mixte et de société de domicile, par de nouvelles mesures fiscales conformes aux normes internationales. Outre les mécanismes favorables de réévaluation des réserves latentes, le PF 17 introduit le droit pour les cantons de prévoir une déduction pour autofinancement (déduction pour intérêt notionnel) ; le canton de Zurich entend faire usage de cette possibilité.

Par ailleurs, de nombreux cantons ont annoncé une réduction du taux d'imposition. Cela devrait se traduire par des taux effectifs d'impôt sur le bénéfice de l'ordre de 12 à 14 % dans la plupart des cantons suisses.

◆ Impôt sur le bénéfice

68. Le PF 17 contient diverses mesures touchant principalement à l'impôt sur le bénéfice des entreprises, mais ayant également une incidence sur l'impôt anticipé et sur l'impôt sur le revenu suisse. Nous dressons ci-dessous un aperçu des principaux effets de la réforme sur les entreprises suisses.

69. Réévaluation à la sortie des régimes fiscaux préférentiels - La Suisse propose actuellement des régimes fiscaux avantageux, tels que les régimes dits de holding, de société principale, de société mixte et de société d'administration. Afin de rendre le système fiscal suisse plus conforme aux normes internationales, le PF 17 supprime ces régimes fiscaux et les remplace par un mécanisme de réévaluation des réserves latentes en franchise d'impôt, permettant aux entreprises suisses de maintenir leurs taux d'imposition effectifs actuels et de neutraliser la suppression du régime. Les nouvelles règles diffèrent des anciennes tant du point de vue fiscal que comptable. Plus précisément, les règles actuelles permettent de réévaluer directement les valeurs du bilan fiscal à hauteur des réserves latentes en franchise d'impôt et de bénéficier d'un amortissement supplémentaire (« Modèle de l'Amortissement »), tandis que la réforme introduit une imposition séparée à un taux réduit des réserves latentes et du *goodwill* [antérieurs à la sortie du régime préférentiel] (« Modèle du Taux Séparé »). L'impact peut varier considérablement selon les cas. Par exemple, le Modèle du Taux Séparé ne devrait pas créer d'actif d'impôt différé pour les entreprises appliquant les normes GAAP américaines ou les normes IFRS. De plus, les transferts d'actifs ou de fonctions en Suisse bénéficieront également de la neutralité fiscale des réévaluations directes effectuées au titre des réserves latentes.

Les entreprises suisses ont un an pour adapter leur structure et mettre en place, le cas échéant, les mécanismes de réévaluation des réserves latentes.

70. « Patent Box » et déduction spéciale pour les frais de R&D - Dans la ligne des règles de l'OCDE, le PF 17 introduit une « Patent Box » visant à exclure de la base imposable

jusqu'à 90 % des bénéfices issus des brevets et des droits comparables afin de promouvoir l'innovation. Contrairement à de nombreux États membres de l'UE dont les dispositifs fiscaux de faveur en matière de propriété intellectuelle ou de brevets doivent être révisés, la « Patent Box » devrait favoriser largement le recours à la sous-traitance. Ainsi, les coûts de R&D exposés en Suisse par des tiers ou par des entreprises liées sont également pris en compte dans la future « Patent Box ». Dans cet esprit, le PF 17 introduit également une déduction spéciale en matière de dépenses de R&D grâce à laquelle les entreprises pourront bénéficier d'une déduction supplémentaire d'au moins 50 % des charges de personnel dédiées aux activités de recherche. Il s'agit d'une incitation fiscale à l'emploi ayant pour effet de réduire le coût global du travail.

71. Allègement de l'impôt sur le capital - Le système fiscal suisse comprend également un impôt sur le capital, calculé et dû sur une base annuelle sur les fonds propres d'une personne morale. Les sociétés éligibles à un régime fiscal spécial (par exemple, un régime de société mixte ou de holding) peuvent bénéficier d'un taux réduit d'imposition. Au moment où ces régimes seront supprimés par le PF 17, un allègement de l'impôt sur le capital sera introduit pour certaines catégories d'actifs, telles que les participations dans les filiales, les brevets et les prêts intragroupes. De façon générale, les plus-values sur ces actifs bénéficieront donc d'une exonération d'impôt sur le capital. En outre, de nombreux cantons prévoient qu'un crédit d'impôt partiel ou total au titre de l'impôt sur les sociétés puisse être déduit de l'impôt sur le capital.

72. Déduction des intérêts notionnels - Dispositif original, le PF 17 introduit une déduction pour autofinancement permettant de déduire un taux d'intérêt « fictif » de pleine concurrence sur le montant des prêts intragroupe financés par fonds propres. Son application sera limitée au canton de Zurich. Toutefois, en raison des possibilités de réévaluation des actifs au moment du transfert de fonctions en Suisse et compte tenu de la baisse des taux d'imposition effectifs globaux, d'autres cantons suisses seront également très attractifs pour les activités de financement.

73. Limitation de l'érosion de la base d'imposition - À l'exception du dispositif de réévaluation pour réserves latentes lors du transfert d'actifs ou de fonctions vers la Suisse, toutes les déductions et mesures de faveur incluses dans le PF 17 sont limitées à 70 % du bénéfice net. Une assiette fiscale minimale de 30 % du bénéfice net est préservée afin de garantir des conditions de marché équitables et d'éviter une sous-enchère fiscale.

Les cantons peuvent introduire une limite plus élevée (à savoir une assiette minimale de 60 % du bénéfice net, soit une déduction maximale de 40 % du bénéfice net). Cela pourrait être le cas, par exemple, si le taux d'imposition effectif global dans un canton atteint déjà 12-13 % et se situe donc dans la fourchette d'imposition la plus basse en Europe.

74. Synthèse - Les mesures et les effets du PF 17 peuvent être résumés comme indiqué dans le tableau ci-dessous.

75. Afin de faire passer la réforme dans le cadre d'un référendum, des changements mineurs sont apportés, notamment au régime préférentiel d'imposition des dividendes perçus par les personnes physiques et au traitement des réserves de capital qualifiées pour l'exonération d'impôt sur le bénéfice et d'impôt anticipé (apport de capital supplémentaire).

◇ Impôt anticipé

76. La Suisse prélève un impôt anticipé de 35 % sur les dividendes. À titre d'exception à cette règle, les distributions constituant un remboursement du capital nominal et les distributions prélevées sur les « réserves issues d'apports de capital » (essentiellement les apports supplémentaires réalisés et comptabilisés en tant que réserves en capital) sont exonérées de l'impôt anticipé si certaines formalités sont remplies. Cette exonération s'applique également aux paiements faits aux actionnaires non-résidents,

indépendamment de la situation particulière des bénéficiaires au regard de la convention fiscale. Dans le contexte interne, les paiements effectués entre résidents à partir de ces réserves ne sont également pas soumis à l'impôt sur le revenu.

Le PF 17 apporte de légères modifications au régime ci-dessus, en introduisant une règle d'imputation des distributions effectuées par les sociétés cotées suisses. En résumé, les distributions faites par les sociétés suisses cotées doivent être constituées à parts égales de réserves issues d'apports de capital et d'autres réserves. Elles sont donc partiellement soumises à l'impôt anticipé et taxées à l'impôt sur le revenu à nouveau. En raison des exonérations applicables aux groupes cotés étrangers, aux distributions intragroupes et aux sociétés non cotées, l'impact est limité.

◇ Impôt sur le revenu

77. Comme indiqué ci-dessus, le PF 17 apporte des changements mineurs en matière d'impôt sur le revenu.

En premier lieu, l'imposition des dividendes sur une

Résumé des mesures et des effets du PF 17 (version adoptée et mise en œuvre au niveau cantonal)	
Patent Box	Abattement de 90 % (approche Nexus modifiée) sur les redevances de brevets Inclusion attendue des activités sous-traitées en Suisse ou à l'étranger à des tiers ou à des personnes liées suisses
Déduction spéciale pour dépenses R&D	Déduction spéciale ne devant pas dépasser 50 % des charges de personnel dédiées à la R&D Inclusion des activités sous-traitées
Réévaluation pour réserves latentes (dispositif général)	Réévaluation en franchise d'impôt en cas de migration ou de transfert d'activités ou de fonctions en Suisse
Réévaluation pour réserves latentes (dispositif applicable aux régimes spéciaux)	Application du modèle de l'amortissement sur les réserves latentes (y compris le goodwill) si le régime spécial cesse Application du Modèle du Taux Séparé après entrée en vigueur du PF 17 Publication à venir des taux séparés applicables par les Cantons
Déduction des intérêts notionnels	Déduction pour autofinancement à hauteur du taux d'intérêt de pleine concurrence Applicable exclusivement dans le canton de Zurich
Allègement de l'impôt de capital	Allègement de l'impôt de capital sur les participations qualifiées (10 %), les brevets et les prêts intragroupes
Limitation de l'érosion de l'assiette fiscale	Limitation des déductions combinées issues des nouvelles mesures (à l'exception de la réévaluation des réserves latentes) à 70 % du bénéfice imposable
Suppression des régimes spéciaux	Abolition des régimes fiscaux préférentiels
Crédit d'impôt pour retenue à la source étrangère	Les établissements stables suisses d'entités non résidentes auront droit à un crédit d'impôt au titre de la retenue à la source étrangère (sous certaines conditions)
Réduction des taux d'imposition cantonaux	Réduction significative prévue des taux effectifs globaux d'impôt sur le bénéfice par les cantons (imposition fédérale et cantonale combinée de 12 à 14 %)

base réduite fait l'objet d'une légère augmentation. La base d'imposition minimale des dividendes payés à raison de participations qualifiées (10 %) détenues par une personne physique, est augmentée à 70 % au niveau fédéral et à 50 % au niveau cantonal. Cette règle s'applique à la fois aux participations détenues à titre privé par une personne physique ou aux participations inscrites à l'actif d'une entreprise détenue par une personne physique. Dès lors qu'une réduction significative des taux d'imposition des entreprises est attendue dans la plupart des cantons, cette augmentation de l'imposition des dividendes apparaît comme une étape logique.

En deuxième lieu, outre l'augmentation de l'imposition des dividendes en vertu de la nouvelle règle d'imputation décrite ci-dessus, le PF 17 modifie les règles de l'impôt sur le revenu, relatives au transfert d'une participation détenue par une personne physique à une entreprise ou à une entité détenue par cette même personne. Selon les règles en vigueur, un tel transfert peut déclencher l'application de l'impôt sur le revenu si la participation transférée porte sur au moins 5 % du capital d'une entité. Avec les nouvelles règles, la règle des 5 % est supprimée et tout transfert est donc susceptible de déclencher l'application de l'impôt sur le revenu.

78. Pratiques pour les *Swiss Finance Branches* et sociétés principales - Suppression pour les nouveaux entrants à compter du 1er janvier 2019 – L'administration fédérale des contributions (AFC) a publié une déclaration officielle informant les contribuables que les pratiques fédérales en matière de sociétés principales et de *Swiss Finance Branches* ne sont plus applicables aux nouveaux entrants à compter du 1^{er} janvier 2019.

AFC, communication, 15 nov. 2018

79. Les deux régimes n'étant fondés que sur une doctrine de longue date de l'AFC, une simple déclaration publique suffisait pour abroger les deux régimes. Toutefois, afin de protéger les attentes légitimes du contribuable, la règle ci-dessus ne s'applique pas aux *early adopters* lorsqu'un *ruling* fiscal antérieur à la publication officielle susmentionnée a accordé pour la première fois à un contribuable le bénéfice de l'un de ces régimes pour l'exercice 2019. Mais l'AFC a l'intention de mettre fin aux pratiques fédérales pour les structures existantes après l'entrée en vigueur du PF 17. Il est donc prévu que ces régimes ne seront plus applicables aux structures existantes à partir du 1^{er} janvier 2020.

Le fait que l'AFC ait mis fin aux pratiques fédérales en matière de sociétés principales et de *Swiss Finance Branches* ne devrait pas affecter les restructurations d'entreprises suisses (par exemple, la délocalisation dans un autre canton), lesquelles bénéficient déjà de l'un de ces régimes. Au vu de ces éléments, les restructurations impliquant sociétés principales et *Swiss Finance Branches* doivent néanmoins faire l'objet d'une analyse attentive, notamment en raison

de l'application de certaines restrictions spécifiques en cas de fermeture de *Swiss Finance Branches*.

80. Directive ATAD - Impact sur les entreprises suisses – Compte tenu des taux d'imposition effectifs avantageux dont bénéficient les entreprises suisses, celles-ci peuvent être concernées par l'introduction de règles obligatoires relatives aux sociétés étrangères contrôlées (« SEC ») prévue par la directive ATAD.

81. Les États membres de l'UE sont tenus d'introduire la plupart des mesures prévues par la directive de l'UE relative à la prévention d'évasion fiscale, dite la directive ATAD, à compter du 1^{er} janvier 2019. L'une de ces mesures est l'introduction de règles obligatoires relatives aux sociétés étrangères contrôlées (« SEC ») que les États membres de l'UE devront adopter pour taxer les revenus non distribués d'une filiale étrangère sous contrôle direct ou indirect si cette filiale est soumise à un régime fiscal privilégié.

Compte tenu des taux d'imposition effectifs avantageux dont bénéficient les entreprises suisses dans le cadre des régimes préférentiels actuels et de la réduction des taux d'imposition globaux dans la plupart des cantons dans le cadre de la mise en œuvre du PF 17, les activités établies en Suisse peuvent entrer dans le champ d'application des règles de l'UE en raison de la faible pression fiscale à laquelle elles sont soumises (critère de l'existence d'un régime fiscal privilégié).

Cependant, l'état actuel de la transposition en Europe montre que l'impact envisagé peut être atténué. La question se pose pour les États membres de l'UE qui examinent le taux d'imposition de droit commun d'une société étrangère contrôlée, comme les Pays-Bas dans le cadre des projets de transposition en cours (V. § 51). Compte tenu du fait qu'en Suisse, le taux d'imposition de droit commun au niveau fédéral s'élève déjà à 8,5 %, les taux légaux combinés aux niveaux fédéral, cantonal et communal dépassent 9 % dans la plupart des cas. De même, lorsque les établissements suisses sont déjà pourvus d'une substance, de fonctions ou de personnes dotées de pouvoirs en Suisse ou lorsqu'ils en seront pourvus, les règles « SEC » pourront être écartées si une approche de prix de transfert est appliquée dans l'État concerné.

En tout état de cause, il est conseillé d'adopter une approche globale avec une analyse simultanée des évolutions de la fiscalité suisse (PF 17) et européenne (ATAD), et de l'impact de l'Instrument multilatéral, qui est déjà applicable dans certains États et qui devrait l'être dans de nombreux autres à partir de 2019 ou dans les années suivantes.

G. BOURQUIN ■

États-Unis et Canada

États-Unis



Guillaume GLON,
Avocat associé, PwC Société d'avocats



Stéphanie HAMIS,
Avocat associé, Arsene Taxand

82. États-Unis - « Base erosion anti-abuse tax » (BEAT) – Projet d'instruction de l'IRS – L'IRS a publié un projet d'instruction sur le dispositif BEAT, qui apporte des réponses à plusieurs questions en suspens concernant cette nouvelle taxe minimale, mais il n'aborde pas celle de l'application du « *Cost Of Goods Sold* » (COGS) aux sociétés prestant des services.

Treasury, IRS, Proposed regulation, REG-104259-18, 13 déc. 2018

83. Le dispositif BEAT a été mis en place dans le cadre de la grande réforme fiscale américaine voulue par l'administration Trump. Il est susceptible de s'appliquer aux entreprises pour les exercices ouverts à compter du 31 décembre 2017. Il s'agit d'une nouvelle taxe minimale de 10 % sur un revenu ajusté des paiements considérés comme érosifs de la base taxable (facturations de services, d'intérêts, ou d'incorporels). La taxe n'affecte que les entreprises dont les recettes brutes américaines dépassent 500 millions \$ (agrégées sur une base mondiale) et a donc une application limitée pour les groupes multinationaux sans une présence américaine significative. En outre, les coûts des biens vendus ou « *Cost Of Goods Sold* » (COGS) sont généralement exclus de la définition des paiements érosifs, de sorte que, par exemple, une entreprise américaine qui importe un produit pour fabrication et/ou revente est susceptible d'être moins affectée qu'une entreprise qui paie des services à l'étranger.

84. L'« *Internal Revenue Service* » (IRS) a publié en décembre 2018 un projet d'instructions sur le dispositif BEAT. Ces orientations apportent des réponses à plusieurs questions en suspens concernant cette nouvelle taxe minimale, mais elles n'abordent notamment pas l'un des sujets les plus attendus, à savoir la question de l'application du COGS aux sociétés prestant des services.

Le nouveau dispositif BEAT est critiqué en ce qu'il établit une **discrimination considérée comme injustifiée par certains à l'encontre des entreprises qui prestant des services et en faveur des entreprises qui vendent des produits** en permettant à ces dernières une exemption majeure du dispositif BEAT par le COGS, tout en refusant une exemption similaire au secteur des services appliquant la méthode du coût des services ou « *Services Cost Method* » (SCM). Bien que cela semble être le résultat direct du libellé de la loi, plusieurs auteurs pensaient que l'IRS avait suffisamment d'autorité pour prévoir dans ses instructions une exemption semblable pour les fournisseurs de services. Ainsi, les sociétés prestant des services attendaient avec impatience ces instructions dans l'espoir d'obtenir ce soulagement, mais la publication n'a pas répondu pas à leurs attentes.

85. Le projet d'instruction apporte tout de même des éclaircissements bienvenus sur certains autres sujets de préoccupation des contribuables. Voici un bref aperçu des principaux points :

> **Exception applicable à la SCM** : il n'était pas contesté que cette exception s'appliquait si la société américaine qui paie un service à une société liée étrangère ne rembourse que le coût des services fournis. Il existait néanmoins une incertitude lorsqu'un « *mark-up* » était appliqué par la société étrangère. Le projet d'instruction précise que l'exception de la SCM n'est pas du « tout ou rien ». Ainsi, la partie du paiement correspondant à un remboursement des coûts n'est pas considérée comme un paiement érosif alors que la composante de majoration (le « *mark-up* ») l'est. Par conséquent, le fait de facturer une majoration n'exclut pas la totalité du paiement de l'exception de la SCM. Pour être éligibles, les paiements doivent satisfaire aux exigences standard prévues à l'article 482 pour la méthode SCM autre que la règle de « *business judgement* ». Cette règle prévoit que pour qu'un service soit considéré comme un service couvert en vertu de la SCM, le contribuable doit raisonnablement conclure que le service ne contribue pas de façon importante aux avantages concurrentiels clés, aux capacités de base ou au risque fondamental de succès ou d'échec dans un commerce ou une entreprise du contribuable. L'exclusion de cette règle élargit donc la portée de l'exception de la SCM pour l'application du dispositif BEAT.

> **Les règles existantes s'appliquent en matière de propriété effective, d'agence, etc.** : les sociétés fournissant des services à l'échelle mondiale à leurs clients utilisent souvent un modèle d'entreprise dans lequel une société du groupe passe un contrat avec le client tiers et sous-traite la totalité ou une partie du travail à d'autres sociétés du groupe. Lorsque l'entité contractante est une société américaine, elle peut facturer et recouvrer auprès du client les services fournis par les autres sociétés du groupe. Dans ce cas, les paiements effectués par la société américaine aux autres sociétés du groupe pourraient être traités comme des déductions, ce

qui les rendrait imposables en application du dispositif BEAT. Le préambule de l'instruction contient un libellé qui semble autoriser les situations où les relations intragroupes sont structurées de telle sorte que la société américaine du groupe agit comme agent de facturation et de recouvrement pour les autres sociétés du groupe, auquel cas les paiements aux autres sociétés du groupe ne donneraient pas lieu à des déductions ; ils ne seraient dans ce cas jamais inclus dans les recettes brutes et ne seraient donc pas assujettis au dispositif BEAT ;

> **Réintégration des déficits ou « Net Operating Loss Add-Back » (NOL Add-Back)** : le calcul du revenu imposable modifié ou « *Modified Taxable Income* » (MTI) part du revenu imposable (ou de la perte), en y ajoutant le montant brut des avantages fiscaux liés à l'érosion de la base taxable pour l'année d'imposition ainsi que le taux de l'érosion de base taxable liée à toute déduction de NOL pour l'année d'imposition. Le projet d'instruction précise que l'ajout du taux de l'érosion de base taxable liée à une déduction de NOL pour l'année d'imposition est basé sur l'année au cours de laquelle la perte est survenue (c'est-à-dire que, pour tout NOL antérieur à 2018, le taux de l'érosion de la base taxable sera de 0 % et il n'y aura par conséquent aucune réintégration à faire) ;

> **Interaction avec l'alinéa 163 (j)** : les intérêts disqualifiés non déductibles en vertu de l'article 163 (j) qu'un contribuable reporte en arrière sur une année d'imposition antérieure à 2018 ne constituent pas un paiement érosif (des règles semblables s'appliquent à toute perte en suspens ou déduction différée, y compris les intérêts reportés en vertu de l'article 267). Cet avis remplace l'avis 2018-28, selon lequel les intérêts d'entreprise reportés en arrière sur une année d'imposition antérieure à 2018 seraient assujettis au dispositif BEAT de la même manière que les intérêts payés ou courus sur une année d'imposition commençant après le 31 décembre 2017. Le projet d'instruction met également en place une hiérarchie pour déterminer à quel moment l'alinéa 163 (j) limite la déductibilité des intérêts. La règle exige que les contribuables traitent tous les intérêts commerciaux non déductibles d'abord comme des intérêts payés ou courus à des parties non liées, puis comme des intérêts payés ou courus à des parties liées ;

> **Les nuances de l'approche du groupe agrégé** : aux fins du dispositif BEAT, un groupe agrégé est un groupe contrôlé au sens de l'article 1563, qui remplace l'exigence de détention de 50 % par une exigence de détention de 80 %. Les paiements érosifs, le taux de l'érosion de la base taxable et la question de savoir si une entité constitue un contribuable dans le champ sont tous déterminés au moyen d'une approche globale au niveau du groupe. D'après l'instruction proposée, une entité étrangère peut faire partie d'un groupe global pour un paiement, mais pas pour un autre, selon que le paiement en question est assujetti ou non à l'impôt américain. De plus, la date d'entrée en vigueur du dispositif BEAT pour chaque contribuable indique quand inclure les paiements effectués par d'autres membres de son groupe ;

> **Transactions non taxables ni déductibles fiscalement** : en vertu du projet d'instruction, certaines transactions non taxables ni déductibles fiscalement peuvent être

des paiements BEAT, car la contrepartie admissible à titre de paiement BEAT peut prendre la forme d'un paiement en numéraire ou non (immobilisations corporelles, actions, etc.). Par exemple, les actions émises en échange d'un apport en vertu de l'article 351 (apport de biens amortissables par exemple) peuvent constituer un paiement BEAT. De même, d'autres opérations non taxables ni déductibles fiscalement, comme les liquidations en application de l'article 332 et les réorganisations en vertu de l'article 368, peuvent également donner lieu à un risque lié au BEAT ;

> **Le régime fiscal parallèle est écarté** : les instructions relatives à l'impôt minimum de remplacement ou « *Alternative Minimum Tax* » (AMT), et au bénéfice courant ajusté ou « *Adjusted Current Earnings* » (ACE), que le dispositif BEAT remplace, adoptaient une méthodologie dite de régime fiscal parallèle. Un régime fiscal parallèle fonctionne indépendamment des autres lois fiscales, ce qui signifie que les contribuables pouvaient connaître deux ou trois types de report en avant pour chaque élément, ainsi que différents niveaux d'assiette pour certains actifs. En n'adoptant pas cette approche pour le dispositif BEAT, l'IRS a considérablement réduit la complexité du nouveau régime par rapport à celui de l'AMT.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

De nombreuses grandes multinationales américaines devront revoir leurs flux de paiements et affiner leurs calculs de BEAT à la lumière de ces instructions, notamment pour la présentation des rapports de fin d'année et la conformité quotidienne aux normes. En outre, ces nouvelles règles façonnent la perspective à travers laquelle les contribuables envisageront leurs opérations futures et devraient répondre à leurs besoins en matière de planification.

S. HAMIS ■

86. États-Unis – « Global intangible Low-Taxed Income » (GILTI) - L'IRS a publié une deuxième série de projets d'instructions internationales pour l'application de l'article 951A du Code qui met en place le régime du GILTI ; de nouvelles instructions sont en outre attendues prochainement.

IRS, Proposed regulations, REG-104390-18, 18 sept. 2018

87. Les contribuables américains sont désormais assujettis à l'impôt sur la part du revenu dit GILTI de leurs filiales étrangères rentrant dans le champ des entités contrôlées dites « *Controlled Foreign Companies* » (CFC). Le GILTI inclut tout revenu, après déduction d'un amortissement de 10 % de la base fiscale des immobilisations corporelles, sous réserve de certaines exceptions comme les revenus visés par le dispositif « *Sub-Part F* » (qui a pour objet d'empêcher les citoyens américains, les particuliers résidents et les

sociétés des États-Unis de différer la constatation d'un revenu imposable en interposant des entités étrangères). Les sociétés actionnaires de sociétés étrangères qui génèrent des bénéfices considérés comme GILTI ont généralement droit à un abattement de 50 % (37,5 % pour les exercices clos à compter du 31 décembre 2025) de ce revenu, ce qui fait passer le taux effectif d'imposition de 21 % à 10,5 %. De plus, ces actionnaires sont en mesure de bénéficier d'un crédit d'impôt étranger à hauteur de 80 % des impôts locaux payés sur le revenu GILTI (sous réserve de la limitation des crédits d'impôt étrangers).

Par conséquent, tant que le taux d'imposition effectif moyen de la structure étrangère est de 13,125 % (16,4 % pour les exercices clos à compter du 31 décembre 2025) ou plus, l'impôt américain associé au GILTI devrait être entièrement compensé par des crédits d'impôt étrangers. C'est en tout cas l'idée sous-jacente au dispositif. La difficulté provient du fait que la plupart des sociétés ne seront pas en mesure de compenser entièrement l'impôt, et bon nombre d'entre elles seront exposées à des risques importants, principalement en raison des anciennes règles de limitation des crédits d'impôt étrangers. Les règles de l'imputation des charges pour la limitation des crédits d'impôt étrangers peuvent ainsi entraîner un risque de taxation du GILTI chez de nombreuses sociétés.

◆ Réexamen de la limitation du crédit d'impôt étranger

88. En promulguant le GILTI, le Congrès a créé une nouvelle catégorie distincte de limitation au crédit d'impôt étranger, ou « *basket* », de l'article 904, pour le GILTI spécifiquement. En vertu de l'article 904, comme pour toute catégorie, certaines charges doivent être affectées et réparties au GILTI afin d'obtenir un revenu net de source étrangère dans la catégorie distincte du GILTI. Le calcul de limitation de l'article 904 est le suivant : (Catégorie distincte de revenu net de source étrangère / Revenu imposable dans le monde entier) x Impôt sur le revenu mondial.

◆ GILTI et imputations de l'article 861

89. Le GILTI fonctionne de telle sorte qu'un crédit d'impôt étranger devrait être disponible pour compenser l'impôt américain sur le GILTI, tant que le taux étranger associé à ce revenu dépasse 13,125 %. Prenons l'exemple d'une filiale étrangère à taux d'imposition élevé d'une société américaine dont le GILTI s'élève à 100 \$ avant impôts et 75 \$ après impôts (soit 25 \$ d'impôts), soit un taux d'imposition étranger de 25 %. Ce contribuable constaterait 75 \$ de GILTI et 25 \$ de majoration en application de l'article 78, puis aurait droit à une déduction de 50 %, ce qui reviendrait à 50 \$ de revenu américain. L'impôt associé à ce revenu (21 %) est de 10,50 \$. Toutefois, le contribuable bénéficie d'un crédit d'impôt étranger de 25 \$ dans la limite de 80 %, soit 20 \$, ce qui est plus que suffisant pour éliminer l'impôt de 10,50 \$. Dans cet exemple simple, tout a fonctionné comme prévu et aucun impôt américain n'est dû sur le GILTI.

Supposons toutefois que le contribuable a des charges d'intérêt : dans ce cas, il sera nécessaire de déterminer un nouveau plafond venant limiter l'utilisation du crédit d'impôt étranger. Ce plafond correspond au taux de l'impôt américain multiplié par le revenu GILTI minoré des charges d'intérêts, soit $21\% \times (50 - 10) = 8,40$ \$. Encore une fois, le contribuable a généré 20 \$ de crédit d'impôt étranger, mais il ne peut utiliser que 8,40 \$ de ce crédit contre 10,50 \$ d'impôt. Même s'il paie un taux d'imposition étranger plus élevé dans sa structure étrangère que le nouveau taux des sociétés américain, le contribuable est assujéti à l'impôt sur le revenu des sociétés, à hauteur de 2,10 \$ dans notre exemple. Chaque dollar supplémentaire d'imputation des charges donne lieu à un montant additionnel de 0,21 \$ d'impôt ($21\% \times 10$ \$ de charges d'intérêts dans notre exemple).

Cela peut être un choc pour de nombreuses entreprises qui avaient raisonnablement supposé que le GILTI avait été conçu pour les sociétés ayant des filiales étrangères à faible taux d'imposition. On peut difficilement leur reprocher de supposer qu'un revenu imposable à un taux élevé ne serait pas assujéti à l'impôt supplémentaire sur le GILTI lorsque les mots « faiblement imposés » font partie du nom du GILTI. Les sociétés qui s'attendent d'ores et déjà à être assujétiées à l'impôt sur le revenu des sociétés peuvent également sous-estimer leur exposition, car leurs limitations de crédit d'impôt étranger seront soumises au même phénomène. En d'autres termes, personne (du moins personne dont les dépenses sont afférentes au GILTI) n'est à l'abri. Les dépenses les plus susceptibles de poser problème sont les intérêts, mais d'autres types de dépenses (par exemple, les dépenses de recherche et développement) peuvent aussi être problématiques.

◆ Les points clefs des instructions proposées par l'IRS relatives au GILTI

90. En septembre 2018, l'IRS a publié sa deuxième série d'instructions internationales proposées pour l'application de l'article 951A du Code qui met en place le régime du GILTI. Ces projets d'instructions fournissent des précisions notables dans certains domaines. À titre d'exemple :

- le revenu et la perte d'un CFC sont généralement calculés en traitant la CFC comme une société américaine ;
- pour déterminer le revenu d'une CFC, aucune déduction n'est permise pour les reports de pertes d'exploitation nettes et les reports de pertes en capital ;
- des précisions sont apportées sur les règles de calcul de la moyenne trimestrielle pour déterminer l'assiette fiscale des immobilisations corporelles ;
- la détermination des montants de GILTI pour les groupes consolidés est détaillée ;
- des éclaircissements sont évoqués quant aux règles anti-abus pour certaines opérations qui, autrement, donneraient lieu à une majoration de l'assiette fiscale des biens corporels déterminés.

Ces instructions, une fois définitives, s'appliqueront aux exercices des sociétés étrangères ouverts à compter du 31 décembre 2017.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Aussi utiles que puissent être ces lignes directrices, il reste encore de nombreuses questions clés à régler (notamment la question de savoir si certaines dispositions des projets d'instruction sont illégales...).

Les projets d'instruction ne traitent pas de l'imputation des charges aux fins du crédit d'impôt étranger en ce qui concerne le régime du GILTI, ni des déductions prévues à l'article 250 (GILTI et FDII), entre autres enjeux auxquels les contribuables sont confrontés. Le préambule des projets d'instruction précise toutefois que la majoration prévue à l'article 78 qui découle de l'impôt réputé payé au titre du GILTI devrait être attribuée à la catégorie de revenu GILTI, ce qui est une bonne nouvelle pour les contribuables qui pourront imputer plus de crédit d'impôt.

Au fur et à mesure que les entreprises continuent d'analyser l'impact de la réforme fiscale sur leurs structures, elles devraient rester à l'affût de pièges pour personnes non averties.

Le GILTI, souvent présenté comme un impôt minimal sur les bénéfices étrangers, pourrait avoir des répercussions fiscales en termes de trésorerie pour les entreprises, quel que soit leur taux d'imposition à l'étranger, en raison de l'imputation des charges qui coûte 0,21 \$ d'impôt supplémentaire pour chaque dollar affecté.

Jusqu'à ce que l'IRS publie ses instructions définitives, l'incidence de l'imputation des charges en vertu des articles 904 et 861 sur le GILTI doit être analysée, de même que les moyens de minimiser cette incidence.

De prochaines instructions de l'IRS sont encore à venir, 130 pages étant évoquées...

S. HAMIS ■

91. États-Unis - Fiscalité de l'économie du numérique – Présence numérique - Sales tax - Revenant sur une jurisprudence établie de longue date, la Cour suprême des États-Unis abandonne, pour l'application de la *Sales tax*, le critère de la présence physique au profit d'un critère de présence numérique pour déterminer l'existence d'un lien substantiel entre le vendeur en ligne et l'État de son client ; ce faisant, elle ouvre la voie vers le concept de nexus numérique.

US Supreme court, Dakota du Sud c. Wayfair, Inc. n° 17494, 21 juin 2018

92. Cette décision historique trouve son origine dans une loi adoptée par l'État du Dakota du Sud (S.B. 106) en mars 2016 en vue d'imposer aux entreprises procédant à des ventes à distance à destination de clients résidents de cet État la perception de la *sales tax* applicable dans l'État du Dakota du Sud si ces entreprises réalisaient, au cours d'une année, au moins 200 ventes à destination de clients résidents du Dakota du Sud ou un chiffre d'affaires avec lesdits clients supérieur à 100.000 \$US et ce, indépendamment de toute présence

physique de l'entreprise vendeuse sur le territoire de l'État.

Plusieurs sociétés de vente en ligne, dont la société Wayfair, ont contesté la constitutionnalité de cette loi en considérant qu'elle était contraire aux principes constitutionnels gouvernant le commerce entre les États américains et, en particulier, le principe constitutionnel relatif au nexus qui exige qu'un impôt prélevé par un État (« *State tax* ») ne puisse s'appliquer qu'à une activité ayant un « lien substantiel » avec cet État. S'agissant de la *sales tax*, ce lien substantiel était traditionnellement constitué par la présence physique ou l'établissement du contribuable dans l'État.

En première instance, la Cour suprême du Dakota du Sud a fait droit aux prétentions de la société Wayfair et jugé que la loi était directement en conflit avec la jurisprudence constante établie 26 ans plus tôt dans l'affaire *Quill*²⁰.

L'État du Dakota du Sud a fait appel de cette décision devant la Cour suprême des États-Unis. Au terme d'une analyse empreinte de pragmatisme et de réalisme économique, le Cour a abandonné le critère de la présence physique au profit d'un critère de présence numérique pour déterminer l'existence d'un lien substantiel entre le vendeur en ligne et l'État de son client et a ainsi jugé la loi du Dakota du Sud conforme à la Constitution américaine.

93. Afin de comprendre la **genèse de la décision Wayfair**, il est utile de revenir sur la décision *Quill* et sur les considérations économiques qui ont présidé à ce revirement jurisprudentiel historique.

Quill Corporation était un distributeur par correspondance de matériel et de fournitures de bureau qui vendait ses produits à des acheteurs du Dakota du Nord par le biais de publicités, de catalogues et de télémarketing. Les commandes des clients étaient expédiées par voie postale. *Quill Corporation* n'avait pas de présence physique dans le Dakota du Nord et n'appliquait donc pas la *sales tax* de cet État sur ses ventes aux clients établis dans cet État. L'administration fiscale de l'État du Dakota du Nord revendiquant l'application de la *sales tax* aux transactions réalisées par la société *Quill* avec les clients situés sur son territoire, l'affaire a été portée devant la Cour suprême du Dakota du Nord. Cette cour a jugé qu'un détaillant de vente par correspondance établi à l'extérieur de l'État n'était pas tenu de percevoir et de verser la *sales tax* au titre des ventes à distance effectuées au profit d'acheteurs situés dans l'État dès lors que le détaillant ne possédait pas de présence physique dans cet État. La Cour suprême des États-Unis a confirmé cette décision.

En application des principes établis par cette décision, les vendeurs à distance ne facturaient, depuis lors, aucune *sales tax* aux acheteurs établis dans des États dans lesquels ils ne disposaient pas de présence physique. En principe, en l'absence de *sales tax* facturée par les vendeurs à distance, les clients avaient l'obligation d'établir, déclarer et payer leur cotisation de *sales tax*. Il s'agit, en substance, d'un mécanisme proche de l'autoliquidation que nous connaissons bien en matière de TVA. En pratique, il est extrêmement courant que les particuliers ne s'acquittent

²⁰ *Quill Corp. c. North Dakota*, 504 US 298, 1992.

pas de leur obligation d'autoliquidation. L'accroissement du commerce électronique et l'explosion du nombre des ventes à distance ont donc fait exploser le manque à gagner résultant de la non-perception des *sales taxes*. Ce manque à gagner est d'autant plus important que contrairement à la TVA qui est collectée sur la valeur ajoutée à chaque étape de la chaîne de valeur, la *sales tax* est collectée en une seule fois lors de la vente au consommateur final de la marchandise. Si ce dernier faillit, c'est toute la chaîne de valeur qui échappe à la *sales tax*.

En réaction à cette hémorragie budgétaire, de nombreux États (*e.g.* Alabama, Indiana, Maine, Mississippi, Dakota du Nord, Pennsylvanie, Dakota du Sud, Tennessee, Vermont, Washington, Wyoming) ont adopté des dispositions visant à redéfinir le concept de nexus en matière de *sales tax* dans le but de remplacer l'exigence d'une présence physique par des critères plus adaptés à la numérisation de l'économie.

94. Dans l'affaire *Wayfair*, pour se ranger à la position de l'État du Dakota du Sud et revenir sur sa jurisprudence *Quill*, la Cour suprême a avancé deux raisons principales : (1) elle a estimé que la présence physique n'était plus un critère nécessaire et pertinent pour caractériser un lien substantiel entre un vendeur et l'État dans lequel se trouve son client, et (2) elle a considéré que l'exigence d'une présence physique créait, plutôt que de les résoudre, des distorsions du marché.

La Cour relève que compte tenu des évolutions technologiques récentes, le critère de présence physique est devenu un « médiocre indicateur » pour apprécier l'existence d'un lien substantiel entre un vendeur et l'État dans lequel se situent ses clients. Elle prend ainsi l'exemple d'une société A qui stocke des biens dans un entrepôt du Dakota du Sud tandis qu'une société B utilise un important entrepôt situé dans un État voisin et gère un site Web sophistiqué avec un *show room* virtuel accessible depuis chaque État. En raison de sa présence physique, la société A doit percevoir la *sales tax* sur ses ventes effectuées dans le Dakota du Sud, même lorsque ces ventes n'ont rien à voir avec l'entrepôt, alors que la société B ne le fait pas, malgré sa « *son omniprésence numérique* ». Corrélativement, la Cour a considéré que si un seul employé

ou un entrepôt pouvait créer un lien substantiel, il ne devait pas en être autrement pour des éléments technologiques, tels que les ordinateurs des clients dans l'État, les applications téléchargées et les « cookies » de sites Web. La Cour en conclut qu'une entreprise pouvait être présente de manière significative sans que cette présence soit physique au sens traditionnel du terme et que la « *mise en œuvre dans le monde réel* » de la doctrine du lien substantiel exigeait que la présence physique cède la place à des critères répondant mieux aux « *transformations systémiques et structurelles de l'économie* ».

La Cour relève en outre que la décision *Quill* conduisait à faire peser un désavantage concurrentiel sur les entreprises implantées sur le territoire de l'État par rapport aux vendeurs à distance qui en limitant leur présence physique dans certains États pouvaient proposer des prix plus bas puisque qu'ils ne facturaient pas de *sales tax*.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Aux termes de cette décision, les États américains peuvent désormais exiger des vendeurs en ligne qu'ils collectent la *sales tax* à l'occasion des transactions effectuées avec des clients situés dans lesdits États même en l'absence de présence physique dans ces États.

Il convient de souligner que les **conventions fiscales internationales ne seront d'aucun recours** pour échapper à ces obligations car les impôts prélevés par les États ne sont généralement pas couverts par les conventions fiscales. Ainsi, même en l'absence d'établissement stable aux États-Unis, une entreprise étrangère pourra être redevable des *sales taxes* au titre des ventes en lignes à destination de clients résidents aux États-Unis.

Cette décision est donc susceptible d'avoir un **impact majeur pour les entreprises étrangères qui vendent à distance des biens à des clients américains**. Celles qui n'ont pas d'infrastructure locale leur permettant de s'acquitter de leurs obligations déclaratives peuvent néanmoins être tenues de s'immatriculer, de collecter et de verser la *sales tax* dans de nombreux États américains.

G. GLON ■

Amérique Latine



Victoria ALVAREZ-LE MENTEC,
Docteur en droit et avocat au barreau de Paris et
de Buenos Aires,
Conseiller du Commerce Extérieur de la France,
Membre de l'A3F



Agnès de l'ESTOILE-CAMPI,
Avocat associé, CMS Francis Lefebvre Avocats,
Conseiller du Commerce Extérieur de la France,
Membre de l'A3F

Argentine

Fiscalité internationale

95. Argentine – Redevance municipale – Double imposition – Conventions internationales - La Cour Suprême de Justice de la Nation juge, à la suite d'un très long contentieux, qu'une redevance municipale d'inspection, de sécurité et d'hygiène - assise sur le chiffre d'affaires brut - n'est pas applicable aux opérateurs non établis qui agissent localement par l'intermédiaire d'agents.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26 juin 2018, Western Union Financial Services Argentina S.R.L. v. Municipalité de Merlo s/recours contentieux administratif

96. L'organisation institutionnelle argentine est fédérale. La compétence fiscale est distribuée par la Constitution nationale entre la Nation, les Provinces et les Municipalités. La décision du 26 juin 2018 renforce une jurisprudence constante de la Haute juridiction fédérale qui permet d'éviter l'introduction, par les instances de gouvernement locales, de taxes qui sont contraires aux conventions fiscales (mais qui échappent à la compétence fiscale des autorités chargées de la négociation des conventions).

Au cas présent, la société Western Union Financial Services Argentina S.R.L. ne détenait pas de locaux autorisés par la Municipalité de Merlo. Elle exerçait son activité dans les locaux de ses agents (par exemple, Correo Argentino, Credilogros, entre autres). Dès lors, le Tribunal administratif a jugé que la redevance n'était pas applicable²¹.

La Cour administrative d'appel avait toutefois jugé que le fait générateur et la présence d'un local étaient constatés en l'espèce de par l'existence d'une « *structure commerciale où l'activité se développe, même en l'absence d'une autorisation*

spécifique »²². Cette décision a été confirmée par la Cour suprême de la Province de Buenos Aires²³, laquelle a considéré que les faits de l'espèce s'écartaient de ceux invoqués dans la décision *Laboratorios Raffo v. Municipalité de Córdoba* où, pour mémoire, la Haute juridiction fédérale²⁴ avait prononcé la non-application de la redevance en l'absence d'établissement.

Selon la Cour suprême, au cas présent, la société Western Union ne pouvait pas alléguer l'inexistence de présence territoriale car (i) elle disposait de locaux d'accès public dans la commune, avec une identification extérieure visible et que (ii) la Municipalité de Merlo avait organisé le service d'inspection objet de la redevance au cours des périodes en litige. En effet, si la société Western Union ne disposait pas d'établissement sous son contrôle, elle exerçait une exploitation par voie d'agents indépendants (le bureau de poste, les prêteurs de devises à court terme et autres opérateurs de services financiers) et tirait des revenus de cette activité localisée dans la juridiction.

Dans une décision fondée sur un seul considérant, où elle invoque ses propres précédents²⁵, la Cour Suprême de Justice de la Nation (CSJN) a balayé la décision de la Haute juridiction provinciale. Aux termes de la jurisprudence invoquée par la Cour, (i) les services municipaux ne peuvent être fournis qu'à un établissement ou à un local ; (ii) si la redevance était perçue à la fois sur la partie qui contrôle les locaux et sur un tiers qui opère indirectement dans les mêmes locaux, cela entraînerait une double charge pour le même service ; (iii) pour asseoir utilement la redevance sur deux opérateurs, l'administration fiscale municipale devrait apporter la ventilation du calcul fractionnant la redevance totale entre la partie qui contrôle les locaux et la partie qui y opère indirectement, afin d'éviter une telle double imposition.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La décision de la Cour suprême argentine est saluée. En effet, la Nation argentine - compétente pour négocier les conventions fiscales internationales - n'a pas le pouvoir constitutionnel pour éviter des taxes locales contraires à l'esprit des conventions. Dès lors, les opérateurs non établis qui souhaitent éviter ce type de charges sont obligés d'initier des contentieux judiciaires interminables. La cohérence de la Cour suprême dans sa position devrait décourager les municipalités de continuer à appliquer ces redevances avec effet extraterritorial.

21 Tribunal Administratif n° 1 du Département de Morón, 11 mars 2011.

22 Cour administrative d'appel de San Martín, 7 déc. 2011.

23 Décision 23 nov. 2016.

24 Décision n° 332 :1503, 23 juin 2009.

25 Et notamment la décision CSJ 715/05 *Municipalidad de Concordia v/ Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones S.A. s/ejecución fiscal*, 26 mars 2009.

97. À NOTER

> **Conventions internationales** - Le Ministère des Affaires étrangères et le Trésor argentin ont créé une Commission d'évaluation des conventions fiscales internationales. Celle-ci sera en charge d'évaluer la négociation de nouvelles conventions ainsi que la renégociation ou la dénonciation d'une convention existante. Elle sera composée de trois membres permanents : un représentant du Ministère des Affaires étrangères, un représentant du Trésor et un représentant de l'administration fiscale. Rappelons que la **convention franco-argentine a été signée en 1979 et pourrait faire l'objet d'une renégociation dans les mois ou années à venir.**

Min. Affaires Etrangères et Trésor, Résolution conjointe n° 2/2018, 22 oct. 2018

> **Déclaration pays par pays - Non-conformité systématique**

- Les autorités fiscales argentines modifient la Résolution 4130 qui commente les obligations des groupes en matière de Déclaration Pays par Pays (ou « CBCR²⁶ »). Entre autres mesures, elle introduit le concept de « non-conformité systématique »²⁷. Celui-ci définit les juridictions qui ont conclu un accord d'échange d'information avec l'Argentine, mais ne transmettent pas les renseignements concernant les groupes argentins, pour des raisons étrangères à l'accord. Lorsque la dernière entité contrôlante réside dans une telle juridiction, l'entité argentine deviendra redevable de l'obligation d'information.

Résolution Générale n° 4.332, 12 nov. 2018

La réforme de 2018 en matière d'IS et d'IR

98. Argentine – Impôt sur les sociétés – Impôt sur le revenu – Réforme – Plus-values - Dépréciation pour inflation - Deux aménagements sont apportés à la loi du 29 décembre 2017 portant réforme fiscale, qui a introduit la plus grande réforme fiscale des dernières années, portant notamment un allègement de la fiscalité des entreprises et une augmentation de la fiscalité des ménages : l'imposition des plus-values (jusqu'à présent hors champ d'application de l'impôt sur le revenu) et la dépréciation pour inflation, désormais autorisée pour les entreprises, dans certaines limites.

Loi n° 27.430, 29 déc. 2017 portant réforme fiscale

Décret n° 976/2018, 1^{er} nov. 2018, réglementant l'imposition des plus-values immobilières

Loi n° 27.468, 4 déc. 2018 portant réforme de l'impôt sur les sociétés

99. Plus-values des particuliers - Jusqu'à l'introduction de la loi du 29 décembre 2017 - en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2018 -, pour qu'un revenu devienne imposable, il devait

ressortir d'une source permanente et habituelle. Ceci excluait les plus-values des particuliers du champ d'application de l'impôt.

À compter du 1^{er} janvier 2018, les produits des intérêts et des plus-values provenant des placements mobiliers (e.g. dépôts à terme, obligations d'État, fiducies financières et fonds d'investissement) sont soumis à un taux de 5% (s'ils sont libellés en monnaie locale, sans clause d'ajustement pour inflation) ou de 15% (s'ils contiennent une clause d'ajustement, ou sont libellés en devise étrangère).

La loi introduit un impôt de 15% sur les plus-values de cession de droits et biens immobiliers (à l'exception de ceux destinés à des fins d'habitation), qui s'applique aux actes effectués à compter du 1^{er} janvier 2018. Les cessions soumises à l'impôt sur la plus-value seront symétriquement exonérées de droits d'enregistrement²⁸.

100. Par un décret n° 976/2018 du 1^{er} novembre 2018²⁹, le Ministre de l'Économie a réglementé les effets de la réforme en matière de **plus-values immobilières**. Le décret rappelle que les plus-values des particuliers résidant en Argentine tirées de la cession de biens et de droits immobiliers situés dans ce pays et à l'étranger sont assujetties à l'impôt sur le revenu. Il en va de même de la cession de droits portant sur des biens immeubles situés en Argentine, indépendamment du lieu de résidence des parties ou du lieu d'exécution du contrat.

L'assiette de l'impôt est égale au prix de la transaction moins le coût d'acquisition et certaines dépenses éligibles (comme par exemple, la commission d'agence). Lorsque le prix d'acquisition ne peut pas être déterminé, le contribuable peut produire des estimations fournies par des agents ou des banques.

Pour pouvoir bénéficier de l'exonération propre à la résidence d'habitation, le bien doit être inscrit en tant que tel dans les registres municipaux et utilisé comme résidence permanente par le contribuable.

Lorsque le cédant du bien ou du droit est un non-résident, l'acquéreur et tenu de prélever l'impôt dû sur la plus-value. Lorsque la transaction a lieu entre deux contribuables non-résidents, il incombe au cédant d'acquitter l'impôt soit directement, soit par la voie d'un représentant établi localement.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

En pratique, l'impôt sur la plus-value immobilière sera prélevé par le notaire argentin en charge de la cession. Il convient de prévoir son impact sur le prix de la transaction lorsque le cédant est un non-résident, et de s'assurer que les démarches auprès du Centre des Impôts seront réalisées en temps utile. En effet, l'obtention de l'autorisation fiscale de cession pour les non-résidents - certificat dit de « non retenue » - peut prendre plusieurs mois.

101. La dépréciation pour inflation - Parmi les mesures visant à encourager l'emploi et l'investissement, la loi du 29 décembre 2017 portant réforme de l'impôt sur les sociétés a

²⁶ Country-by-country reporting.

²⁷ Incumplimiento sistemático.

²⁸ « ITI » ou impôt sur le transfert d'immeubles.

²⁹ En vigueur à partir du 2 novembre 2018.

prévu la possibilité d'une dépréciation pour inflation, suivant des calculs liés à l'augmentation de l'Indice des Prix au Consommateur publié par l'INDEC³⁰. L'interdiction de dépréciation avait fait l'objet de contentieux de masse au cours des années 2000, où les taux d'inflation étaient déjà élevés. Rappelons que pour les périodes 2017 et 2018, l'inflation en Argentine a été de 27% et le gouvernement argentin estime qu'elle sera de 42% en 2018 et de 25% en 2019, avec une baisse du déficit public à 2,6% en 2018 et 0% en 2019 (il a été de 6,6% en 2017).

102. La loi du 4 décembre 2018 - concernant les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2018 - a modifié ces dispositions, en particulier les seuils à partir desquels la dépréciation pour inflation est admise. L'indice de calcul de l'inflation - initialement aligné sur l'indice du commerce intérieur grossiste - sera désormais fondé sur celui des prix au détail.

L'imputation de la dépréciation pour inflation sera admise au-delà du seuil annuel de 55 %, 30 % et 15 % respectivement pour les trois premiers exercices à compter du 1^{er} janvier 2018. Le bénéfice ou la perte résultant de l'application du mécanisme d'ajustement pour inflation sera alloué à chacune des trois périodes, en trois parts égales.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Cette évolution ne concernera que les entités établies, redevables de l'impôt sur les sociétés argentin, dans la mesure où le seuil du taux d'inflation réglementé serait inférieur au taux d'inflation réel publié par l'Institut des Statistiques argentin.

V. ALVAREZ-LE MENTEC ■

Brésil

103. Brésil – Perspectives fiscales après l'élection présidentielle - S'il n'y a pas eu durant la campagne électorale de propositions concrètes en matière de fiscalité hormis un projet de réforme des retraites, quelques propositions ont toutefois émergé dans l'entourage du Président.

104. Projets de réformes concernant l'impôt sur les sociétés et les dividendes - Il s'agirait des mesures suivantes :

> **baisse de l'impôt sur les sociétés à 20%** ; il s'agit d'une tendance générale dans les pays de l'OCDE ;

> **instauration d'une retenue à la source sur les dividendes versés par les sociétés brésiliennes** ; les dividendes distribués par les sociétés brésiliennes sont actuellement exonérés pour les résidents brésiliens et les non-résidents, actionnaires personnes physiques ou personnes morales. Il s'agirait de supprimer cette exonération – qui faisait partie des

bien rares attraits de la fiscalité brésilienne – et d'instaurer une imposition des dividendes tant en fiscalité domestique que pour les dividendes versés à des non-résidents. Aucune information précise sur le taux de la retenue à la source n'a été divulguée, toutefois, on peut penser que cela sera probablement un taux de 15%, qui est le taux standard appliqué pour d'autres types de revenus.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La convention fiscale franco-brésilienne prévoit un plafonnement de la retenue à la source à 15% quel que soit le pourcentage de détention de l'actionnaire. Ce taux est très élevé lorsqu'il s'applique à des dividendes qui en France bénéficieront du régime mère filles, entraînant une charge fiscale définitive égale à la retenue à la source brésilienne. Si le projet venait à se confirmer, il conviendrait d'anticiper une éventuelle réorganisation de la détention des participations brésiliennes.

> **le processus d'adhésion du Brésil à l'OCDE ne serait pas stoppé** ; un groupe d'étude portant sur l'examen de la législation brésilienne sur les prix de transfert et sa compatibilité avec les règles OCDE en la matière s'est monté il y a quelques mois, dans le cadre du processus d'adhésion du Brésil. Il s'agit d'un round d'observation. En effet, le Brésil a adopté une législation concernant les prix de transfert dès 1996, complétée par une instruction normative du 13 novembre 2002. Les règles posées par la législation sont un peu particulières. Contrairement aux règles générales de l'OCDE, la loi brésilienne fixe des **prix plafonds** pour les importations et des **prix planchers** pour les exportations avec des marges fixes déterminées par la loi. Ainsi, si le prix d'un produit importé excède le prix plafond fixé par la loi, la dépense correspondante ne sera pas déductible. La notion de **prix de marché** n'est donc pas une notion pertinente en la matière.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Selon nos informations les autorités brésiliennes ne souhaitent pas modifier fondamentalement leur législation mais plutôt l'adapter à la marge. Il conviendra de suivre l'évolution de la position du Brésil en général concernant son adhésion à l'OCDE car il existe une incertitude sur le positionnement du nouveau président.

105. Une volonté de simplification administrative - Il s'agit d'une volonté affichée par le Gouvernement mais sans vraiment en détailler les mesures. Le système fiscal brésilien est en effet connu pour être extrêmement lourd et bureaucratique pour les entreprises. Selon la Banque Mondiale³¹, le Brésil est le pays où la compliance fiscale est la plus élevée juste derrière le Venezuela : près de 2000 h/an consacrées à la compliance fiscale là où en France la Banque Mondiale estime ce temps à moins de 200 h.

A. DE L'ESTOILE-CAMPI ■

³⁰ Institut de Statistiques et Recensements.

³¹ Statistique figurant dans le rapport de l'OCDE Economic Survey of Brazil publié le 28 février 2018

Contribution	Assiette	Taux
Contribution sociale pour le financement de la sécurité sociale (Cofins)	Chiffre d'affaires mensuel Pour les importations : Payée par les importateurs de marchandises ou services Pour les produits : Valeurs douanières augmentées du montant de l'impôt sur la circulation des marchandises et services (ICMS) Pour les services : Valeur payée, créditée, utilisée ou remise à l'étranger, avant la retenue de l'impôt sur le revenu (IR), accrue de l'impôt sur les services de toutes sortes (ISS)	3 % pour les entreprises imposées par le régime cumulatif et 7,6 % pour les entreprises imposées par le régime non cumulatif Taux du Cofins importation : 7,6 %
Contribution pour le programme d'intégration sociale et formation du patrimoine du fonctionnaire (PIS)	Idem que Cofins S'applique également sur les importations de produits et services.	0,65 % pour les sociétés taxées par le régime cumulatif et 1,65 % pour les sociétés taxées par le régime non cumulatif Taux du PIS Importation : 1,65 %

106. À NOTER

> **Réforme de la fiscalité indirecte : simplifier, unifier les impôts indirects au nombre de 5** - Il semble exister un projet déjà assez abouti concernant deux taxes fédérales sur le chiffre d'affaires qui sont les contributions PIS et COFINS. Il s'agirait de les fusionner. Ci-dessus un tableau qui résume les principales caractéristiques de ces impôts.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Si cette réforme aboutirait à une certaine simplification, elle n'apporte pas d'amélioration notable sur le principal impôt indirect qui est l'ICMS. La réforme de cet impôt est un serpent de mer depuis plus de 10 ans. Il faut reconnaître que cette réforme est en effet complexe car il s'agit d'un impôt prélevé par les États et que la transition vers un autre système plus comparable à la TVA européenne créerait des transferts de recettes fiscales entre États.

A. DE L'ESTOILE-CAMPI ■

Chili

107. Chili – Projet de réforme fiscale – Régime des distributions – Établissement stable – Taxe sur le secteur numérique - Le gouvernement chilien négocie avec l'opposition un projet de réforme fiscale, en vue de simplifier l'imposition des distributions, d'instaurer une définition de l'établissement stable et d'instaurer une taxe sur l'économie numérique.

108. Le projet de réforme fiscale au Chili a été présenté au Congrès en août 2018 et les négociations avec l'opposition sont toujours en cours en vue d'arriver à un accord d'ici le mois de mars 2019. Les annonces déjà effectuées visent à alléger et simplifier la législation fiscale pour les entreprises tout en préservant le budget avec notamment la création d'une taxe

sur le secteur numérique. Voici quelques points majeurs du projet de réforme.

109. Simplification de l'imposition des distributions –

Le projet propose de simplifier l'imposition des distributions en créant un régime unique consistant en une imposition à double niveau :

- création d'un seul régime d'imposition des profits à l'impôt sur les sociétés ; le taux reste de 27%, et
- imposition par le biais d'une retenue à la source au taux de 35% lors de la distribution effective des profits aux associés non-résidents, avec octroi d'un crédit d'impôt égal à 100% de l'impôt sur les sociétés payé sur les profits distribués.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Le régime fiscal des dividendes distribués à des actionnaires non résidents est en effet complexe et lourd dans la mesure où il dépend du régime fiscal de la société chilienne (il existe deux régimes d'IS), et du pays de résidence fiscale de l'actionnaire : la taxation actuelle est de 35% à la charge de l'actionnaire avec l'octroi d'un crédit d'impôt égal à l'impôt sur les sociétés (100% ou 65% en fonction de l'État de résidence de l'actionnaire) payé par la filiale chilienne sur les profits distribués. Le taux effectif d'imposition est donc actuellement entre 35% et 44,45%. La réforme devrait plafonner ce taux effectif à 35%. Il faudra attendre la confirmation que les taux réduits prévus par les conventions fiscales pourront s'appliquer.

110. Définition d'un établissement stable – La notion d'établissement stable n'est actuellement pas définie dans le droit interne chilien. La réforme comblerait cette lacune en instaurant une définition qui suit pour l'essentiel les lignes directrices de l'OCDE.

111. Taxe sur l'économie numérique – Le projet prévoit l'instauration d'une retenue à la source de 10% effectuée sur les paiements de services en ligne fournis par des sociétés étrangères à des particuliers établis au Chili.

A. DE L'ESTOILE-CAMPI ■

112. À NOTER

> **Chili - Extension du réseau conventionnel** – Deux types d'accord sont concernés :

- **conventions fiscales** : la convention fiscale avec l'Uruguay est entrée en vigueur le 5 septembre 2018. La chambre des députés a également approuvé la convention visant à harmoniser le traitement fiscal établi dans les conventions fiscales des signataires de l'Alliance du Pacifique. Cette convention multilatérale entre le Chili, la Colombie, le Mexique et le Pérou vise à appliquer un traitement fiscal identique sur les intérêts et gains en capitaux des fonds de pension ;

- **accords de libre-échange** : tandis que l'accord avec l'Uruguay est entré en vigueur en novembre dernier, le Chili a signé récemment un nouvel accord de libre-échange avec le Brésil et a engagé des négociations avec le Paraguay et la Corée.

A. DE L'ESTOILE-CAMPI ■

Colombie

113. Colombie - Réforme fiscale - Pénalisation des investisseurs étrangers - La Colombie adopte une réforme fiscale qui apporte de nombreuses modifications et nouveautés ayant un impact direct sur les investissements étrangers dans ce pays.

Ley 1943 del 28 de diciembre 2018 de financiamiento

114. Dans l'attente de l'entrée en vigueur de la convention fiscale conclue entre la France et la Colombie, la réforme a un impact significatif sur la charge fiscale des sociétés françaises présentes en Colombie.

♦ Modifications et nouveautés introduites par la réforme fiscale

115. Diminution du taux de l'impôt sur les sociétés - Le taux de l'impôt sur les sociétés, actuellement de 33 %, sera progressivement réduit pour atteindre 30 % à compter de 2022 (32 % en 2020, 31 % en 2021). La surcharge d'impôt sur les sociétés de 4 % est supprimée dès 2019.

116. Augmentation des taux de retenues à la source sur tous les flux à destination des non-résidents - Le taux de la retenue applicable aux **dividendes** versés aux non-résidents est augmenté de 5 % à 7,5 %. Par ailleurs, la retenue à la source de 7,5% s'applique également aux distributions entre sociétés colombiennes. Si les profits correspondant à la distribution n'ont pas été soumis à l'impôt sur les sociétés, cette retenue à la source est prélevée sur ces bénéfices nets de l'impôt au taux de droit commun, soit un taux effectif d'imposition de 38,025% pour 2019.

La retenue à la source sur les **services techniques, de conseil et d'assistance technique** ainsi que sur les **redevances** facturées par des non-résidents augmente de 15 % à 20 %. Le même taux est applicable aux paiements liés aux licences de *software*, jusqu'alors imposables à 26,4 %.

S'agissant des **management fees**, la retenue à la source augmente de 15 % à 33 %.

Enfin, une retenue à la source de 15 % s'applique sur les **intérêts de prêts** ayant une durée égale ou supérieure à un an ou plus. Le taux est porté à 20 % pour les prêts d'une durée inférieure à un an.

117. Sous-capitalisation : diminution du ratio entre parties liées - Le ratio applicable au régime anti-sous-capitalisation a été modifié concernant l'endettement entre parties liées. Les intérêts versés qui excèdent deux fois les capitaux propres au 31 décembre de l'année précédente ne sont pas déductibles fiscalement (contre un ratio qui était jusqu'à présent de 3 pour 1).

118. Transfert indirect d'actifs ou de valeurs mobilières - Les profits issus du transfert indirect d'actifs ou de parts de sociétés situés en Colombie, à travers le transfert de participations de sociétés étrangères, deviennent imposables en Colombie comme si l'opération visait à un transfert direct des actifs colombiens. En réalité, deviennent imposables les cessions d'actions, droits d'une entité étrangère dont les actifs colombiens représentent au moins de 20 % de la valeur comptable et de la valeur vénale de l'entité étrangère dont les actions ou droits sont transférées.

Cette règle ne s'applique pas si les actions de la société étrangère cédée sont cotées ou détenues à moins de 20 % par un seul bénéficiaire effectif.

En cas de non-déclaration, la société colombienne sous-jacente est solidairement responsable du paiement de l'imposition sur la plus-value ou sur le revenu généré, ainsi que des intérêts et pénalités y afférents. L'acheteur est également solidairement responsable s'il s'avère qu'il était conscient que la transaction constituait un abus de droit.

119. Imposition mondiale des établissements stables - Alors qu'ils n'étaient jusqu'à présent imposables que sur leurs revenus de source colombienne, les établissements stables sont désormais soumis à une imposition mondiale. Les intérêts attribuables à un établissement stable ne sont en outre pas déductibles s'ils ne sont pas soumis à une retenue à la source en Colombie.

120. Création d'un impôt sur la fortune - Un impôt sur la fortune est créé pour les années 2019, 2020 et 2021 et s'applique notamment aux actifs situés en Colombie et détenus par des sociétés étrangères, ou leurs établissements stables, dont la fortune nette dépasse 5 milliards de pesos colombiens au 1^{er} janvier (soit environ 1 350 000 €). Le taux est de 1 %.

Les sociétés non-résidentes qui ne sont pas tenues de produire une déclaration de résultats en Colombie ne sont pas assujetties à l'impôt sur la fortune s'agissant des actions

qu'elles détiennent dans des sociétés colombiennes, de leurs comptes débiteurs et de leurs investissements de portefeuille.

◇ Intérêt renouvelé de la convention fiscale franco-colombienne

121. Signée en juin 2015, la convention fiscale entre la France et la Colombie n'est **toujours pas entrée en vigueur**. Ratifiée en octobre 2016 en France, **il semble que le processus de ratification en Colombie ne fasse l'objet d'aucune avancée**. Face aux récentes modifications fiscales en Colombie, la convention apporterait pourtant de nombreux avantages fiscaux :

- **en matière de retenue à la source** : concernant les intérêts, la convention prévoit un taux de retenue à la source de 10 % maximum tandis que le droit colombien prévoit un taux général de 15 ou 20 %. S'agissant des redevances, la convention prévoit un taux plafond de 10 %, ce qui est un avantage significatif puisque la retenue à la source de droit interne est de 20 % ;

- **concernant le transfert indirect d'actifs ou de valeurs mobilières** : les stipulations de la convention fiscale relatives aux gains en capital font échec au régime d'imposition en Colombie des transferts indirects d'actifs ou de valeurs mobilières. De façon générale, l'article 13 de la convention donne le droit d'imposer à l'État de résidence du cédant, sauf cession d'immobilier ou de parts de sociétés à prépondérance immobilière ou d'une participation substantielle dans une société de l'autre État ;

- **concernant l'impôt sur la fortune** : la convention fiscale qui couvre également les doubles impositions en matière d'impôt sur la fortune trouverait a priori à s'appliquer au nouvel impôt colombien. Elle donne essentiellement le droit d'imposer à l'État de *situs* des immeubles, et à l'État de résidence concernant les autres biens.

Il serait donc plus qu'opportun que la France adopte une approche volontariste face à la Colombie, pour enfin obtenir que la convention fiscale soit ratifiée du côté colombien.

A. DE L'ESTOILE-CAMPI ■

122. À NOTER

> **Colombie - Conventions fiscales** - La Colombie a signé une nouvelle convention fiscale avec le Japon et est entrée en négociation avec les Pays-Bas.

Mexique

123. Mexique – Zone frontalière avec les États-Unis – Avantages fiscaux - Le Mexique met en place une politique d'aide visant à promouvoir l'emploi et la croissance dans la zone frontalière avec les États-Unis, par la forte réduction de l'impôt sur les sociétés et du taux de TVA dus par les contribuables établis localement.

Décret de promotion économique de la frontière nord par l'introduction d'avantages fiscaux : Bulletin Officiel³², 31 déc. 2018

124. En 2017, l'*International Institute for Strategic Studies* a placé le nord du Mexique à la deuxième place mondiale des zones de conflit mortel, après la Syrie. Fort de ce constat, le gouvernement mexicain a entamé une politique de réactivation économique de la région, par l'introduction d'avantages en matière d'impôt sur les bénéfices des sociétés et de TVA. Le décret est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2019 et porte sur les périodes 2019 et 2020.

125. Impôt sur les sociétés - Les contribuables concernés par ce décret bénéficient d'un crédit d'impôt équivalant à un tiers de l'impôt sur les sociétés dû, qui peut être imputé sur l'impôt annuel dû ou sur les acomptes versés en cours d'année. Les bénéficiaires concernés doivent être issus d'une exploitation exercée dans la région frontalière septentrionale, autre que la vente de biens incorporels ou le commerce électronique.

Sont éligibles les contribuables non expressément exclus par le décret et établis dans la région frontalière du Nord (à titre principal ou par voie de succursales) depuis au moins 18 mois avant la date à laquelle la demande d'agrément est déposée. Le revenu du dernier exercice doit provenir à plus de 90% des activités menées dans cette région. Dans le cas des sociétés locales ayant des succursales en dehors de la région, l'avantage ne s'applique qu'aux activités exercées dans les établissements locaux.

Les sociétés ne remplissant pas la condition liée aux 18 mois d'activité locale peuvent démontrer qu'elles ont la capacité économique d'opérer dans la région en utilisant des nouveaux équipements, si les autres conditions sont remplies.

Les contribuables éligibles doivent déposer une demande d'agrément auprès du centre des impôts avant le 31 mars de l'exercice concerné. L'agrément est valable pour un seul exercice mais il peut être renouvelé.

126. Taux réduit de TVA - Le taux de TVA applicable aux assujettis établis dans la frontière nord du Mexique sera réduit de moitié, c'est-à-dire à 8%, pour autant que deux conditions soient remplies, à savoir : (i) les marchandises ou les services concernés doivent être livrés ou rendus dans la région ; (ii) l'assujetti éligible notifie à l'administration fiscale, dans les 30 jours civils suivant la date d'entrée en vigueur du décret, sa volonté de bénéficier du taux réduit. Sont exclus du bénéfice du taux réduit les importations, la cession de biens immeubles, la cession d'actifs incorporels et la fourniture de contenus numériques (par exemple, audio ou vidéo) téléchargés ou reçus par voie de fichiers électroniques temporaires, entre autres.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Les groupes européens ont utilisé les régimes mexicains de promotion industrielle notamment dans des secteurs qui exportent vers les États-Unis (*e.g.* l'automobile, les télécommunications et l'électronique). Dès lors qu'il s'agit d'un régime

32 En espagnol, « DORF » (Diario Oficial de la Federación).

dérogatoire, le respect des conditions de forme et de fond doit être garanti pendant toute la durée de l'agrément. Dans le cas des avantages en matière d'impôt sur les sociétés liés aux activités exercées dans la frontière Nord, il est en outre important de déposer la demande d'agrément avant le 31 mars 2019.

V. ALVAREZ-LE MENTEC ■

Pérou

127. Pérou – Lutte contre l'évasion fiscale - Le Pérou s'engage fortement dans la lutte contre l'évasion fiscale au travers de sa législation interne et en adhérant aux conventions multilatérales de l'OCDE.

Decreto Legislativo n° 1372, 2 août 2018

Decreto Legislativo n° 1424, 13 sept. 2018

128. Modification des règles internes - Le Pérou a modifié ses règles internes, durcissant sur certains points sa législation, notamment avec le nouveau régime de bénéficiaire effectif. Une certaine sécurité juridique a tout de même été apportée aux investisseurs étrangers en introduisant une définition de l'établissement stable, avancée notable, le Pérou et la France n'ayant toujours pas signé de convention fiscale bilatérale.

Renforcement du dispositif anti-sous-capitalisation : s'appliquant jusqu'alors uniquement aux sociétés liées, la nouvelle règle de sous-capitalisation est étendue aux sociétés non liées. Pour mémoire, le ratio de déductibilité des intérêts est de 3 pour 1 dette. Cette limite sera remplacée à compter du 21 janvier 2021 par un nouveau régime où les intérêts, excédant 30% de l'EBITDA de l'année précédente, ne seront plus déductibles sous réserve d'un report pendant 4 ans.

Durcissement du système d'imposition des transferts indirects de participations : est en effet imposable au Pérou la cession d'une participation de 10% au moins du capital d'une société étrangère lorsque la valeur des titres de la société péruvienne qu'elle détient est au moins égal à 50% de la valeur des actifs de la société étrangère. L'imposition s'applique désormais, indépendamment de tout pourcentage de détention, si la valeur de la participation dans la société péruvienne est supérieure à environ 43 M€.

Introduction d'une définition de l'établissement stable : si elle suit la définition classique de l'OCDE concernant l'installation fixe d'affaires et l'agent dépendant, elle diffère du modèle de l'OCDE sur deux points en particulier : la durée pour apprécier si un chantier est constitutif d'un établissement stable est de 183 jours sur une année, et le concept d'établissement stable de services est retenu si les services rendus sur le sol péruvien pour un même projet le sont pendant la même période. Pour les chantiers et les services, sont prises en compte les activités exercées par des sociétés du même groupe.

Prix de transfert : des précisions ont été apportées par le décret du 30 décembre 2018 pour l'application du « profit-test » aux services intragroupe soumis aux règles de prix de transfert. Le décret fournit aussi une liste de services réputés ne pas être à « faible valeur ».

129. Adhésion aux conventions de l'OCDE - Le Pérou a signé le 27 juin 2018 la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (**Instrument multilatéral**). Elle n'a cependant pas encore été ratifiée.

Après avoir ratifié le 31 août 2018 la Convention concernant l'**assistance administrative mutuelle en matière fiscale**, le Pérou a signé le 9 novembre 2018 l'accord multilatéral entre autorités compétentes portant sur l'échange des déclarations pays par pays.

A. DE L'ESTOILE-CAMPI ■

Asie et Océanie

Chine



Min GUO,
Associée, Gide Loyrette Nouel A.A.R.P.I., Pékin

130. À NOTER

> **Chine – Retenue à la source - Reinvestment Tax Exemption** - To improve the business environment for foreign investors and motivate their continuous investment in China, PRC tax authorities issued two circulars providing a temporary withholding tax exemption (Temporary WHT Exemption) to foreign investors when they directly re-invested profits distributed from Chinese tax resident subsidiaries into any « non-prohibited projects » in China (i.e. projects in industries not listed on the *Negative List for Foreign Investment*).

Caishui [2017] No. 88, déc. 2017

Caishui [2018] No. 102, sept. 2018

These circulars provided a retroactive effect as from 1 January 2018, i.e. any distributable profits generated after 1 January 2018 are eligible for the Temporary WHT Exemption. Eligible foreign investors who did not receive it may apply for the exemption retrospectively within three years from the date the tax payment was paid and claim a refund accordingly.

The Temporary WHT Exemption could offer a 10% (standard rate) WHT saving (or 5% subject to the tax treaty with China), is a favorable policy for foreign capital entering China. Foreign investors that have generated profits from their investments in China are recommended to proactively assess their group investment strategy and adjust accordingly to fully leverage such benefit.

> **Chine – Règle générale anti-abus pour les particuliers** - On 31 August 2018, the amended PRC Individual Income Tax Law (New IIT Law) was approved by the Standing Committee of the National People's Congress. The New IIT Law became effective on 1 January 2019.

The New IIT Law introduces General Anti-Avoidance Rules (GAAR) to individuals for the first time in China, covering the following situations :

- when transactions between an individual and related parties do not comply with the arm's length principle and the noncompliance cannot be justified ;

- when a resident individual controls (or jointly controls with other resident individuals/companies) an enterprise established in a jurisdiction where the effective tax rate is significantly low (i.e. normally below 12.5%) and the enterprise does not distribute profits or distributes less profits than it should without a reasonable business purpose ; and

- when an individual obtains improper tax benefits through an arrangement (e.g. indirect share transfer) that lacks a reasonable business substance.

If tax authorities discover any such transaction and makes a special tax adjustment to the income, the taxpayer must pay the additional tax payment, late payment interest (0.05% per day of the underpaid taxes), and possible penalties (50% to five times the underpaid taxes).

Even though no detailed implementation rules have been published, individuals (including Chinese and foreigners) engaged in cross-border business arrangements involving China should reassess their overall tax compliance status and properly plan ahead for future transactions. The acquisition of foreign investors of a Chinese resident company directly or indirectly controlled by individual Chinese tax residents should bear in mind such GAAR and carefully address the tax issue in their transaction document to ensure that the transactional tax liabilities are duly settled or guaranteed.

M. GUO ■

Hong Kong



Anne QUENEDEY,
Registered foreign lawyer in Hong Kong, Avocat
au barreau de Paris
Baker & McKenzie, Hong Kong office



Steven SIEKER,
Head of the Asia Pacific Tax practice group of
Baker & McKenzie

131. Hong Kong - Nouvelles mesures fiscales en faveur de la R&D - L'Inland Revenue crée un nouveau régime de déductions fiscales majorées pour certaines dépenses éligibles en matière de recherche et développement (R&D) réalisées à Hong Kong.

Inland Revenue (Amendment) (No.7) Ordinance 2018, 2 nov. 2018

132. Le texte définitif reprend pour l'essentiel le projet communiqué en avril 2018. Le régime de déduction fiscale majorée s'applique d'ailleurs aux dépenses de R&D éligibles engagées à compter du 1er avril 2018.

133. Catégories de dépenses de R&D déductibles - L'Amendement établit une distinction entre deux catégories de dépenses de R&D déductibles du résultat fiscal des entreprises :

- les dépenses de catégorie A qui donnent droit à une déduction fiscale standard de 100 % du montant des dépenses,

- les dépenses de catégorie B qui donnent droit à une déduction fiscale majorée de 300 % pour la première tranche de 2 millions de dollars de Hong Kong (HK\$) et de 200 % au-delà.

Les **dépenses de catégorie A** donnant droit à une déduction fiscale standard correspondent aux dépenses suivantes :

- > les sommes payées à une université, un institut d'enseignement supérieur ou un Etablissement de Recherche Local Agréé (défini ci-après)

- qui sont relatives à une activité de R&D (telle que définie ci-après) en lien avec le commerce, le métier ou l'activité de l'entreprise,

- ou bien qui sont versées pour entreprendre une activité de R&D se rapportant au type de commerce, métier ou activité de l'entreprise, et

- > les dépenses engagées par l'entreprise pour toute activité de R&D liée à son commerce, son métier ou son activité, y compris lorsqu'elles sont immobilisées, mais à l'exception des terrains ou bâtiments,

pour autant qu'elles ne sont pas incluses dans les dépenses de catégorie B.

Les **dépenses de catégorie B** donnant droit à une déduction fiscale majorée correspondent aux dépenses suivantes :

- > les sommes payées à un Etablissement de Recherche Local Agréé (défini ci-après)

- qui sont relatives à une activité de R&D éligible (définie ci-après) en lien avec le commerce, le métier ou l'activité de l'entreprise,

- ou bien qui sont versées pour entreprendre une activité de R&D éligible se rapportant au type de commerce, métier ou activité de l'entreprise, et

- > les dépenses engagées par l'entreprise dans le cadre d'une activité de R&D éligible en lien avec son commerce, son métier ou son activité et qui correspondent :

- soit aux coûts des employés engagés directement et activement dans une activité de R&D éligible de l'entreprise,

- soit aux frais et charges engagés directement dans le cadre de cette activité de R&D éligible (à l'exclusion de toute dépense immobilisable).

Dans tous les cas (catégorie A ou B), les dépenses liées à l'acquisition de droits issus d'une activité de R&D sont exclues de ce régime.

134. Définitions - Le terme Etablissement de Recherche Local Agréé désigne toute université ou institut d'enseignement supérieur de Hong Kong ou tout autre établissement local qui réalise à Hong Kong des activités de R&D éligibles, qui sont désignées comme telles par le Commissaire à l'Innovation et à la Technologie (CIT). Un paiement est considéré comme un paiement à un Etablissement de Recherche Local Agréé si cet établissement est un Etablissement de Recherche Local Agréé ou le devient dans les six mois qui suivent la date du paiement.

Une **activité de R&D** est une activité qui répond à l'une ou l'autre des définitions suivantes :

- (a) des travaux de recherche dans le domaine des sciences fondamentales ou appliquées visant à élargir les connaissances ;

- (b) des travaux d'investigation ou d'expérimentation présentant un caractère systématique, réalisés pour les besoins d'une étude de faisabilité ou dans le cadre d'une étude de marché, d'une étude économique ou de management ;

- (c) une recherche originale et planifiée dans la perspective d'acquérir un nouveau savoir ou de nouvelles connaissances scientifiques ou techniques ;

- (d) l'application des résultats de la recherche ou d'autres savoirs à un plan ou à une méthode visant à produire ou à introduire des matériaux, dispositifs, produits, procédés, systèmes ou services nouveaux ou bien substantiellement améliorés avant leur industrialisation ou leur commercialisation.

Les **activités de R&D éligibles** sont définies de manière plus étroite. Elles ne couvrent que :

- les activités décrites aux paragraphes (a), (c) et (d) ci-dessus et,

- qui sont entièrement réalisées sur le territoire de Hong Kong,

- et à l'exclusion des activités qui ne sont globalement pas considérées comme des activités innovantes réalisées dans le but d'atteindre un progrès scientifique ou technologique.

135. Dispositions anti-abus - En tout état de cause, aucune déduction fiscale ne sera accordée au titre des dépenses de R&D, qu'il s'agisse de dépenses de catégorie A ou de catégorie B, dans les cas suivants :

- a) lorsque les droits générés par l'activité de R&D ne sont pas ou ne seront pas entièrement attribués à l'entreprise. Il en est ainsi notamment lorsque l'entreprise ne devient propriétaire que d'une partie des droits créés par l'activité de R&D en application d'un accord de « *cost sharing* » ;

- b) lorsque l'activité de R&D est effectuée par l'entreprise pour le compte d'une autre personne ;

- c) lorsque la dépense de R&D est ou sera supportée, directement ou indirectement, par un gouvernement, une autorité publique centrale ou locale ou plus généralement une personne autre que l'entreprise (cas des dépenses subventionnées) ; ou

- d) lorsque la dépense est engagée en application d'une convention dont l'objet principal, ou l'un des objets principaux, est de permettre à l'entreprise d'obtenir une déduction ou une déduction supérieure à celle à laquelle elle aurait droit sans cette convention.

En outre, en ce qui concerne les dépenses de catégorie A engagées pour une activité de R&D exécutée en dehors de Hong Kong, lorsque l'activité de l'entreprise est réalisée à Hong Kong et en dehors de Hong Kong, seule est déductible la partie des dépenses de R&D rattachable à l'activité réalisée à Hong Kong.

136. Participation du Commissaire à l'Innovation et à la Technologie (CIT) - L'Amendement autorise l'*Inland Revenue Department* (IRD) à consulter le CIT pour déterminer si une activité entre dans le champ d'application d'une activité de R&D ou d'une activité éligible et si les dépenses engagées pour cette activité donnent droit à déduction fiscale et dans

quelles conditions. L'IRD peut communiquer toute information nécessaire au CIT aux fins d'une telle consultation. La décision finale d'accorder ou non une déduction est prise par l'IRD sur la base des recommandations du CIT.

L'Amendement prévoit également que les Etablissements de Recherche Locaux Agréés seront désignés par le CIT. Les prestataires de services qui fournissent des services de R&D à Hong Kong peuvent faire une demande d'agrément en ce sens auprès du CIT.

137. Réintégration de certains profits commerciaux réputés imposables - L'Amendement conserve, avec des modifications, les dispositions de l'ancienne section 16B qui prévoyaient que toute déduction antérieurement pratiquée au titre de la R&D doit être réintégrée au moment de la vente des installations ou machines dont l'achat a donné lieu à déduction et utilisées pour l'Activité de R&D, ou de la vente des droits générés par l'activité de R&D.

L'Amendement prévoit enfin que les éléments suivants constituent un produit imposable :

- les redevances reçues pour l'utilisation ou la concession de l'utilisation, en dehors de Hong Kong, de toute propriété intellectuelle ou de tout savoir-faire issus de toute activité de R&D pour laquelle une déduction est autorisée au titre de la section 16B ; et

- les sommes reçues pour la transmission, ou l'engagement de transmettre, des connaissances directement ou indirectement liées à l'utilisation en dehors de Hong Kong de la propriété intellectuelle ou du savoir-faire provenant de toute activité de R&D pour laquelle une déduction est autorisée au titre de la section 16B.

A. QUENEDEY ET S. SIEKER ■

Inde



Sanjiv MALHOTRA,
Director of Economics, Baker & McKenzie

138. Inde – Établissement stable – Agent dépendant - The Delhi High Court upheld the decision of the Delhi Tax Court on constitution of fixed place PE and dependent agent PE (DAPE) in India for 24 General Electric group entities. This was in relation to a batch of appeals with GE Energy Parts Inc. (a US based company) as the lead case.

Delhi High Court, 21 déc. 2018, TA--621/2017, GE Energy Parts Inc. Vs. CIT (International Taxation), Delhi-I

139. As a background a survey was conducted at Liaison Office ('LO') premises in India of a GE overseas group entity (GEIOC) and the Indian Revenue had alleged that the LO constituted a fixed place PE in India. Further, it was alleged that expatriates deputed in India and employees of GE India Industrial P Ltd (GEIPL) constituted a DAPE. The matter was earlier adjudicated by the Delhi Tax Court against GE and thereon appealed before the Delhi High Court.

The Delhi High Court relied on the findings by the Delhi Tax Court that key sales activities were done from the premises of GEIOC through employees of various GE entities. It rejected taxpayer's argument that merely because expatriates and employees were found at the premises, it could not lead to the conclusion that the sales were made from that place. The High Court observed that GE had not contested that the premises were indeed used for activities of some form and it was reasonable to assume those activities occurred through the premises. On preparatory and auxiliary activities exception under the tax treaty, the High Court rejected taxpayer's argument that the business activities in India must include the authority to conclude contracts for such activities to be not treated as auxiliary or preparatory in nature. The Court ruled that Article 5(3) of the tax treaty does not make any mention of the authority to conclude contracts and that such a language that is explicitly used in Article 5(4)(a) (which deals with DAPE). Further, the Court observed that the India office was not merely for data collection and information dissemination but discharged important responsibilities relating to finalization of commercial terms, or at least had a key involvement in the contract finalization process. This, as per the Court, clearly revealed that the GE carried on business in India through its fixed place of business.

In relation to DAPE, the High Court observed that employees were not working for a particular enterprise but for multiple enterprises of GE Group in their core activities. It further observed that technical officials having varying degree of authority were involved (along with local employees), in contract negotiation and other related key aspects. On the basis of the aforesaid, it upheld the constitution of a DAPE. The Court also noted that the fact that the transactions between dependent agent and multiple related enterprises were at arm's length price was irrelevant for establishing a DAPE.

As regards the **attribution of profits to the PE**, the High Court relied on the ruling of the Tax Court. The Tax Court had computed this in two steps. In step 1 - the calculation of total profit from the sales made by GE overseas entities in India was determined to be 10 %. Thereon in step 2, 26 % of total profits in India were attributed to the Indian. This was a partial relief to the taxpayer as compared to the Rolls Royce ruling wherein the Court had applied a 35 % benchmark in step 2 mentioned above.

The detailed text of the judgment carries many interesting observations and interpretations by the Delhi High Court. As regards interplay of various provisions under Article 5 (Permanent Establishment) of the treaty, the court observed as following :

« Enterprises, we note, do not necessarily organize the business principles on which they function into neat pigeon holes that the DTAA's envision. The ingenuity and innovation of the enterprise – indeed its intangible wealth is to aggregate and maximizing profits in the most efficient manner possible, even while minimizing costs. The DTAA's and indeed tax regimes are based on known patterns of such organizational behaviour. »

« The assessee, GE has organized its affairs in such a manner – and one cannot quarrel with its intent, so as to minimize tax incidence in India. Yet, the court's task is not as easy to neatly compartmentalize the analysis of whether the patterns of past decisions result in its establishments constituting fixed place PE or a dependent agent PE. »

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

GE ruling is the latest amongst a series of adverse rulings as regards constitution of PE in India for foreign multinationals. In light of the BEPS Action Reports and multilateral instrument (MLI), foreign companies with presence in India need to periodically evaluate their tax risks and proactively implement measures to reduce the same. It may also be helpful for multinationals to understand fully, their legal rights and obligations in relation to Indian tax system and also various disputes resolution avenues available to them.

S. MALHOTRA ■

Afrique et Moyen-Orient

Pays d'Afrique francophone (Afrique de l'Ouest, Centrale, Est, Maghreb)



Séverine LAURATET,
Avocat associé fiscaliste, Fidal
Responsable du pôle Afrique



Alexandre ALMIRA,
Avocat fiscaliste, Fidal
Pôle Afrique

140. La chronique portant sur les fiscalités africaines aura pour objectif de mettre en lumière les nouvelles mesures législatives qui interviennent dans les pays d'Afrique francophone, leur interprétation par les autorités fiscales locales et leur application pratique.

Ainsi, ces mesures seront commentées sur la base des instructions fiscales ou prises de positions des différentes administrations fiscales locales. Nous essayerons autant que possible de procéder à des comparaisons pertinentes entre les différents pays concernant des mesures spécifiques.

Nous mettrons aussi l'accent sur les conventions fiscales signées par ces différents pays ou les renégociations de ces dernières le cas échéant, et ce en lien avec la chronique portant sur l'actualité du réseau conventionnel français (FI 1-2019, n° 2.1.1).

Nous avons choisi pour notre première chronique de vous informer sur les nouvelles dispositions issues des lois de finances pour 2019. Compte tenu de la densité de ces textes, nous avons sélectionné pour les pays de l'UEMOA et de la CEMAC, deux thématiques : les mesures concernant les

non-résidents et qui peuvent conduire à des différences de traitement entre résidents et non-résidents, les stipulations conventionnelles pouvant avoir des impacts sur ces discriminations et les restrictions apportées à la déductibilité des charges financières intra-groupe.

À titre de rappel liminaire, l'UEMOA regroupe le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée Bissau, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Togo. La CEMAC regroupe quant à elle le Cameroun, la République centrafricaine, la République du Congo, le Gabon, la Guinée Equatoriale et le Tchad.

Non-résidents : différence de traitement avec les résidents

141. Bénin – Impôt sur le revenu des valeurs mobilières - Taux – Paiement - La loi de finances pour 2019 limite à 5 % le taux de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières dû sur les dividendes versés aux associés non-résidents d'une société béninoise, sauf taux plus favorable prévu par une convention fiscale.

L. n° 2018-39, 28 déc. 2018 portant loi de finances, pour la gestion 2019

142. Taux - Le taux de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (IRVM) demeure réduit à 10% pour les produits des actions régulièrement distribués. Toutefois, la loi de finances pour 2019 complète l'article 88 du code général des impôts en prévoyant dorénavant que lorsque les associés d'une société béninoise sont non-résidents, le taux est alors limité à 5%, sauf taux plus favorable en application de dispositions conventionnelles. A titre d'exemple, le taux prévu par la convention fiscale conclue entre le Bénin et la France n'est pas plus favorable.

Une sorte de discrimination « à rebours » est ainsi instituée au niveau des retenues à la source. En effet, celle supportée par les résidents est supérieure à celle applicable aux non-résidents. Un régime mère-fille domestique prévoit que les dividendes perçus ne sont pas imposables à l'exception d'une quote-part de frais et charges forfaitaire de 30%. La retenue à la source n'est donc pas imputable et demeure une charge finale.

Par ailleurs, le taux de la retenue à la source sur les produits des actions régulièrement distribués par les sociétés cotées sur une bourse des valeurs agréée par le Conseil régional de l'Épargne Publique et des Marchés Financiers est abaissé à 5% au lieu de 7%.

La Direction de la législation fiscale béninoise a précisé concernant ces mesures que « la modification de l'article 88 du code général des impôts vise à promouvoir l'investissement étranger à travers la réduction du taux de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières à 5% en ce qui concerne les produits des actions régulièrement distribués aux investisseurs étrangers (sous réserve des conventions fiscales), d'une part et aux dividendes payés par les sociétés cotées sur une bourse des valeurs agréées par le Conseil Régional de l'Épargne Publique et des Marchés Financiers au sein de l'UEMOA, d'autre part ».

143. Paiement - En outre, l'article 192 du code général des impôts béninois est modifié et prévoit dorénavant que l'impôt sur les revenus des valeurs mobilières pour les obligations, emprunts et autres valeurs, dont le revenu est fixé et déterminé à l'avance, est payé en douze termes égaux, d'après les produits annuels afférents à ces valeurs. Il en va de même pour l'IRVM sur les actions, parts d'intérêts, commandites et emprunts à revenus variables, qui doit être payé en douze termes égaux, déterminés provisoirement d'après le résultat du dernier exercice réglé et calculé sur les quatre cinquièmes du revenu distribué.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

À notre avis, ces nouvelles dispositions pourraient être difficiles à mettre en œuvre en pratique. Par exemple, si l'assemblée générale ordinaire annuelle approuvant les comptes annuels de l'exercice 2017 en date du 30 juin 2018 décide une distribution de dividendes pour 100, l'IRVM a été acquitté en 2018 au moment de la distribution. En 2019, il conviendrait de calculer et payer, provisoirement, sur les quatre cinquième de 100 en douze termes égaux.

Selon la Direction de la législation fiscale, cet article ainsi que les articles 183, 185, 188, 189 et 193 du code sont modifiés en vue de fixer l'obligation de reversement des retenues à la source sur les revenus fonciers et en matière de revenus des capitaux mobiliers au 10 du mois suivant celui de leur prélèvement.

144. Burkina Faso – Impôt sur les sociétés – Charges déductibles - La loi de finances pour 2019 soumet la déduction des charges du bénéfice

imposable à une condition complémentaire à compter du 1^{er} janvier 2019 : pour les sommes donnant lieu à une retenue à la source, il est nécessaire d'apporter la preuve de la déclaration et du paiement de la retenue correspondante.

Loi de finances 042-2018/AN portant loi de finances pour l'exécution du budget de l'Etat, exercice 2019

145. Cette disposition, qui modifie le sixièmement du point 1 de l'article 53 de la loi n°058-2017/AN du 20 décembre 2017 portant code général des impôts, renforce le formalisme à respecter, en plus de celui afférent à la réglementation des changes applicable le cas échéant.

Rappelons, à titre d'exemple, que les taux de retenues à la source entre les résidents et les non-résidents sur les sommes versées aux prestataires sont différents. Les prestataires résidents supportent une retenue à la source de 5% sur les sommes versées en rémunération de prestations de toute nature fournies ou utilisées sur le territoire national par des débiteurs établis au Burkina Faso, de 1% pour les travaux immobiliers et les travaux publics³³, voire une absence de retenue à la source sur les sommes versées aux contribuables relevant de la Direction des grandes entreprises ou bénéficiant d'une exonération totale. À l'opposé, les prestataires non résidents supportent sur les sommes versées en rémunération des mêmes prestations de toute nature fournies ou utilisées au Burkina Faso, généralement, une retenue à la source domestique de 20% (sauf stipulation conventionnelle plus favorable).

Dorénavant, l'absence de preuve du dépôt des déclarations et de paiement de la retenue interdit la déductibilité de la charge. L'application éventuellement incorrecte des conventions fiscales sera d'autant plus dommageable pour les non-résidents.

146. Niger – Impôt sur les sociétés – Charges déductibles – Frais de siège - La loi de finances pour 2019 prévoit que les sommes destinées à rémunérer les services rendus à titre de frais de siège, par une entreprise installée à l'étranger, ne sont admises en déduction du bénéfice imposable que pour 20% de leur montant.

L. 2018-79, 17 déc. 2018 portant loi de finances pour l'année budgétaire 2019

147. République du Congo – Retenue à la source – Base imposable - La loi de finances pour l'année 2019 élargit la base de la retenue à la source, prévue à l'article 185 ter nouveau du CGI, pour les prestataires non résidents ; elle s'applique dorénavant au

³³ Le taux de retenue à la source est de 25% du montant des sommes versées pour les personnes non salariées ne justifiant pas d'une immatriculation à l'IFU.

montant brut des sommes versées hors taxe y compris les frais annexes.

L. n° 40-2018, 28 déc. 2018 portant Loi de Finances pour l'année 2019

148. Gabon – Impôt sur les sociétés et droits d'enregistrement - Cessions de droits sociaux – Le projet de loi de finances pour 2019³⁴ prévoit d'imposer au Gabon les plus-values de cession indirecte de droits sociaux de sociétés gabonaises.

149. L'article 7 est rédigé de la manière suivante : « *Sous réserve des dispositions des conventions internationales, les bénéfices passibles de l'impôt sur les sociétés sont déterminés en tenant compte des bénéfices obtenus dans les entreprises exploitées ou sur les opérations réalisées au Gabon.*

Il en est de même de la plus-value réalisée lors du transfert de droits sociaux de personnes dont l'actif est constitué majoritairement de tels droits ou de droits détenus directement ou indirectement dans une société située au Gabon.

La société située au Gabon dont les droits sont cédés est tenue d'informer l'administration fiscale des cessions visées aux alinéas précédents, dans un délai d'un mois à compter de leur réalisation.

Le défaut d'information expose la société à l'application des dispositions des articles P-985 et suivants du présent code, relatives à la solidarité de paiement. »

Peu de législations africaines sont aussi explicites sur l'imposition des plus-values de cessions indirectes de droits sociaux ; ce texte se rapproche du texte indien.

L'article 13.5 de la convention fiscale signée le 20 septembre 1995 entre la France et le Gabon en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales, attribue le droit exclusif d'imposer à l'État contractant dont le cédant est un résident. Une application correcte de la convention fiscale devrait neutraliser l'application de ces nouvelles dispositions en matière d'imposition de la plus-value lorsque le cédant est un résident français.

Dans le prolongement de ces dispositions, l'article 583 nouvellement inséré prévoit la mesure en matière de droits d'enregistrement. Il est ainsi prévu que sont soumises au droit de 3%, les cessions des droits sociaux de personnes dont l'actif est constitué majoritairement de tels droits ou de droits détenus directement ou indirectement dans une société située au Gabon.

La société située au Gabon dont les droits sont cédés est tenue d'informer l'administration fiscale des cessions visées dans un délai d'un mois à compter de leur réalisation. Le défaut d'information expose la société à la solidarité de paiement.

150. Tchad – Impôt sur les sociétés – Charges déductibles – La loi de finances pour 2019 limite la déductibilité, sous réserve des conventions internationales, des frais de siège, d'études, d'assistance

technique, des intérêts, arrérages et autres produits d'obligations, créances, dépôts et cautionnement et autres frais y compris les redevances commerciales ou industrielles, versés aux sièges des entreprises établies à l'étranger, dûment justifiés, à hauteur de 10 % du bénéfice imposable avant leur déduction.

L. n° 037/PR/2018, 31 déc. 2018 portant budget général de l'État pour 2019

151. Cette limitation, codifiée à l'article 26 du code général des impôts, ne s'applique pas aux frais d'assistance technique et d'études relatives au montage d'usine.

La rédaction de ce texte devrait être clarifiée du fait qu'elle ne semble viser que les établissements stables et succursales au Tchad de sièges étrangers et non pas les filiales. Or l'énumération des frais et charges laisse à penser qu'elles seraient aussi concernées.

Charges financières

152. Les dispositifs énumérés ci-dessous s'inscrivent dans la lignée du Cadre inclusif, lancé en janvier 2016 par l'OCDE, et ayant vocation à permettre aux États qui ne sont pas membres de l'Organisation ni du G20 de participer, sur un pied d'égalité, aux travaux de mise en œuvre des actions BEPS, à condition de s'engager à en appliquer les mesures préconisées. L'OCDE ambitionne, à travers ce cadre, une application cohérente et effective des mesures BEPS au niveau mondial.

Le Cadre inclusif implique la mise en place, chez ses pays membres, de quatre normes a minima contenues dans les actions 5 (« *Lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables* »), 6 (« *Empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales* »), 13 (« *Documentation des prix de transfert et déclarations pays par pays* ») et 14 (« *Améliorer les mécanismes de résolution des différends* »).

L'application effective et uniforme de ces normes est contrôlée par le biais d'un examen par les pairs.

À ce jour, parmi les États membres de l'UEMOA et la CEMAC, **le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Sénégal, le Cameroun, le Congo, le Gabon ont adhéré au Cadre inclusif.**

Au-delà des normes a minima du Cadre inclusif, les pays d'Afrique francophone sont peu à peu en train de se doter de législations pour lutter contre des pratiques entraînant une érosion de leur base imposable et des transferts de bénéfices vers d'autres pays, et ce dans la mouvance du plan BEPS de l'OCDE. L'une des mesures la plus répandue est le durcissement voire l'instauration de limitations de la déductibilité des charges financières intra-groupe.

Nous nous bornerons dans la présente chronique à lister les changements intervenus dans le cadre des lois de finances des États de l'UEMOA et de la CEMAC et y consacrerons une analyse plus approfondie ultérieurement.

³⁴ Loi non encore promulguée

153. Bénin – Impôt sur les sociétés – Charges déductibles - Lutte contre la sous-capitalisation - La loi de finances 2019 introduit un mécanisme de lutte contre la sous-capitalisation.

L. n° 2018-39, 28 déc. 2018 portant loi de Finances pour la gestion 2019

154. En vertu de l'article 149 du code général des impôts modifié, sont ainsi déductibles du résultat imposable à l'impôt sur les sociétés les intérêts servis aux associés ou ceux constatés au profit des entreprises apparentées, en rémunération des sommes qu'elles laissent ou mettent à la disposition de la société en sus de leur part de capital dans les limites suivantes :

- le montant total des sommes laissées à la disposition de la société par l'ensemble de ces personnes ne peut excéder le montant de son capital social. Cette limite n'est toutefois pas applicable aux associés ou actionnaires de sociétés holdings visées à l'article 22 du CGI (société holding non opérationnelle) ; le montant de ces intérêts ne peut excéder 30% du résultat avant impôt, intérêts, dotations aux amortissements et provisions ;

- le taux des intérêts servis ne peut excéder le taux de la BCEAO + 3 pts (cette disposition était la seule limitation dans l'ancienne version du code) ;

- le remboursement des sommes doit intervenir dans les 5 ans suivant leur mise à disposition et la société ne doit pas faire l'objet d'une liquidation pendant cette période. Dans le cas contraire, les intérêts déduits au titre de ces sommes sont rapportés au résultat de la 6^{ème} année ou de l'année de liquidation ;

- les intérêts servis à ces personnes ne sont déductibles, quel que soit leur montant, qu'à condition que le capital social de la société emprunteuse ait été entièrement libéré.

Ces quatre conditions sont cumulatives et s'appliquent aussi bien aux associés qu'aux sociétés apparentées.

À ce titre, la Direction de la législation fiscale souligne que l'article 149 accordait aux sociétés une déduction plafonnée des intérêts servis aux associés à raison des sommes versées par eux dans la caisse sociale, en sus de leur part du capital. Mais il avait omis de mettre en place un encadrement suffisant ce qui favorisait le surendettement auprès des associés ou d'entreprises apparentées, auxquels des transferts indirects de bénéfices sont couramment effectués, sous formes d'intérêts. La modification de l'article 149 « *permet de lever cette niche d'évasion fiscale d'une part, et de corriger un renvoi inapproprié autrefois effectué dans le troisième tiret du même article, d'autre part* ».

155. Burkina Faso – Impôt sur les sociétés – Charges déductibles - La loi de finances pour 2019 modifie les règles de déductibilité des charges financières.

L. n° 042-2018 AN, loi de Finances pour l'exécution du budget de l'Etat, exercice 2019

156. L'ancien article 72 précisait qu'étaient notamment déductibles au titre des charges financières, les intérêts des emprunts réalisés par les sociétés auprès des personnes physiques ou morales non domiciliées ou non résidentes au Burkina Faso, autres que les banques et établissements financiers, à condition que ces emprunts soient justifiés et ce, dans la limite du taux d'intérêt légal.

L'article 72 modifié précise que cette règle de déductibilité s'applique non plus aux non-domiciliés ou non-résidents du Burkina Faso mais aux personnes « étrangères » aux sociétés emprunteuses.

157. Côte d'Ivoire – Impôt sur les sociétés – Charges déductibles - La loi de finances pour 2019 durcit les règles de limitation de déductibilité des charges financières en supprimant l'exclusion dont bénéficiaient les sociétés holdings quant à l'application de la limite de déductibilité relative au montant des sommes laissées à disposition, ne devant pas excéder le montant du capital social.

L. n° 2018-984, 28 déc. 2018 portant budget de l'Etat pour l'année 2019

158. Pour rappel, un régime fiscal particulier³⁵ est applicable aux sociétés holdings de droit ivoirien constituées sous la forme d'une SA, SARL, SAS dont les deux tiers au moins de l'actif immobilisé sont composés de participations assurant à la société holding, au moins 10% du capital d'une société de capitaux.

Sous réserve de satisfaire certaines conditions relatives notamment à l'éligibilité des titres de participation et des activités exercées par la holding, des avantages fiscaux sont accordés parmi lesquels des règles dérogatoires concernant la déduction des intérêts de comptes courants d'associés. La seule limite qui était à prendre en considération jusqu'alors était celle relative à la limite du taux d'intérêt maximum admis.

Selon la note de présentation de l'annexe fiscale 2019, la dérogation accordée jusqu'à maintenant n'est pas compatible avec la nécessité de lutter contre la sous-capitalisation et le transfert indirect de bénéfices. Dès lors, l'exception a été supprimée.

De plus, les conventions de comptes courant d'associé sont soumises à un droit d'enregistrement prévu par l'article 846 du CGI : « *Les billets et obligations non négociables, les reconnaissances de dettes commerciales, les mandats à terme ou de place à place et les conventions de compte courant associés pour lesquelles soit l'associé a le statut de commerçant, soit la société est une société commerciale, sont assujettis au droit proportionnel, comme il en est usé pour les billets à ordre, lettres de change et autres effets négociables.* »

³⁵ Article 23 du Code général des Impôts ivoirien

159. Sénégal – Impôt sur les sociétés – Charges déductibles - La loi complète les règles de limitation de déductibilité des charges financières existantes au Sénégal.

L. n° 2018-10, 30 mars 2018

160. Auparavant³⁶, la déductibilité des charges financières n'était admise que lorsque le taux des intérêts servis en contrepartie des sommes mises à disposition de la société par un ou plusieurs associés de ladite société était limité à deux points au-dessus du taux des avances à terme fixe sur effets publics de l'Institut d'émission. Par ailleurs, pour les sociétés par actions et les SARL, la déductibilité des intérêts était en outre limitée à hauteur des sommes mises à disposition qui ne dépassent pas le montant du capital social, et à condition que le capital ait été entièrement libéré.

La nouvelle mouture de l'article 9.2 du code général des impôts sénégalais modifie en premier lieu les conditions de déductibilité des charges financières déjà existantes.

La condition relative au taux des intérêts servis en incluant dans les sommes mises à disposition celles qui le sont par des personnes avec lesquelles l'entreprise entretient un lien de dépendance ou de contrôle³⁷, et non plus seulement les seules sommes mises à disposition par les associés. La limite de taux à ne pas dépasser au-dessus du taux des avances de

l'Institut d'émission est par ailleurs majorée d'un point (3 points contre 2 antérieurement).

La condition relative au montant des sommes mises disposition et à la libération intégrale du capital social est modifiée. Désormais, les intérêts versés ne sont pas admis en déduction à hauteur de leur montant qui rémunère des sommes mises à disposition qui excèdent simultanément une fois et demie le capital social et 15% du résultat ordinaire (exploitation et financier) majoré desdits intérêts, des amortissements et des provisions pris en compte pour la détermination de ce résultat.

Cette limitation ne s'applique pas aux intérêts versés par les sociétés non soumises à l'IS à leurs associés soumis à l'IR au Sénégal sur ces intérêts.

La condition relative à la libération intégrale du capital ne fait désormais plus uniquement référence aux sociétés par actions et aux SARL.

Enfin, le montant total des intérêts nets déductibles dus annuellement à raison de l'ensemble des dettes contractées par une entreprise membre d'un groupe de sociétés (intérêts au sens de l'article 9.2 mais également intérêts des prêts bancaires et ceux versés à des tiers) ne doit pas excéder 15% du résultat des activités ordinaires majoré desdits intérêts, des amortissements et des provisions pris en compte pour la détermination de ce même résultat.

Cette limitation ne s'appliquera pas si l'entreprise apporte la preuve que le ratio de charge nette d'intérêts du groupe de sociétés est supérieur ou égal à son propre ratio de charge nette d'intérêts, ou lorsque le total des intérêts nets payés ou dus par les membres du groupe de sociétés résidentes au Sénégal à des personnes avec lesquelles elles n'ont pas de lien de dépendance ou de contrôle est inférieur à 50 millions de francs.

S. LAURATET ET A. ALMIRA ■

³⁶ Article 9.2 du CGIS

³⁷ La notion de dépendance ou de contrôle s'entend au sens de l'article 17 du CGIS. Des liens de dépendance ou de contrôle seront réputés existés si l'une des conditions suivantes est remplie :

- lorsque l'une détient directement ou par personne interposée la majorité du capital social de l'autre ou y exerce en fait le pouvoir de décision ;
- lorsqu'elles sont placées l'une et l'autre, dans les conditions définies ci-dessus, sous le contrôle d'une même