

FISCALITÉS ÉTRANGÈRES

Chronique d'actualité

Europe

> **Allemagne** - L'imposition des plus-values latentes lors du transfert de domicile de l'Allemagne vers la Suisse est contraire au droit à l'établissement garanti par l'accord de libre circulation conclu entre la Communauté européenne et la Suisse (V. § 1).

> L'absence d'échange d'informations entre un État membre et un pays tiers permet de justifier l'effet restrictif des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées sur la libre circulation des capitaux (V. § 3).

> Les paiements effectués à des non-résidents au titre de prestations de publicité en ligne ne sont pas soumis à la retenue à la source sur les redevances (V. § 7).

> **Belgique** - Le code des impôts sur les revenus belge (CIR) est adapté pour tenir compte a fait l'objet de la profonde réforme du droit des sociétés belge au travers de la loi du 23 mars 2019 introduisant le code des sociétés et des associations (CSA) (V. § 9).

> La cotisation minimum à charge des sociétés qui n'octroient pas à au moins un dirigeant (personne physique) une rémunération d'au moins 45 000 € est supprimée rétroactivement (V. § 11).

> La CJUE juge que la libre circulation des travailleurs s'oppose à la réglementation fiscale belge ayant pour effet de priver un couple du bénéfice d'avantages fiscaux, au motif qu'un des membres du foyer perçoit une pension de source étrangère, exonérée d'impôt en vertu d'une convention fiscale applicable (V. § 14).

> **Espagne** - La Cour suprême espagnole confirme le caractère discriminatoire du traitement fiscal des OPCVM non résidents espagnols (V. § 17).

> L'intéressement versé à un dirigeant est considéré comme nouvellement généré lorsque sa détermination dépend d'une résolution du conseil d'administration (V. § 19).

> **Italie** - The Italian Supreme Court denied the withholding tax exemption under the Parent-Subsidiary Directive because the Parent company's State of residence would not tax the dividends (V. § 22).

> The Italian Tax Agency addresses Switzerland's tax regime on holdings in relation to the exemption from withholding tax on dividends provided by the tax treaty between the EU and Switzerland of October 26th 2004. In so doing, it also mentions that a dividend exemption in the parent company's State of residence does not preclude to the application of the withholding exemption (V. § 24).

> **Luxembourg** - La loi du 13 janvier 2019 instituant un registre des bénéficiaires effectifs (loi RBE) dont la finalité est de conserver et de mettre à disposition les informations relatives aux bénéficiaires effectifs des sociétés luxembourgeoises est entrée en vigueur le 1er mars 2019. Les entités concernées – soit la quasi-totalité des entités immatriculées au Registre de commerce et des sociétés – disposent d'un délai de six mois pour se conformer à leurs nouvelles obligations (V. § 27).

> La loi du 26 avril 2019 réduit l'impôt sur les revenus de collectivités (IRC) de 1 % et introduit l'application de la règle de limitation des intérêts à 30% de l'EBITDA au niveau de la consolidation fiscale tout en laissant l'option d'appliquer cette règle au niveau des membres de la consolidation fiscale (V. § 29).

> La procédure applicable en matière d'échange de renseignements sur demande est modifiée, pour permettre aux contribuables d'introduire un recours contre la décision d'injonction de fournir des renseignements (V. § 31).

> Une circulaire apporte des clarifications quant aux moyens de preuve à fournir pour la reconnaissance d'un établissement étranger par les autorités luxembourgeoises (V. § 33).

> Le TA de Luxembourg juge que la disproportion entre le capital et les actifs restants d'une société ainsi que la réalisation de son objet social qui laisse présager sa liquidation future constituent des raisons économiques sérieuses justifiant un remboursement de capital social sans retenue à la source (V. § 35).

> Le TA de Luxembourg juge que le régime d'exonération de la propriété intellectuelle prévu par l'ancien article 50bis LIR, modifié par la loi du 4 août 2017 pour le rendre conforme à l'approche du lien (« modified nexus approach ») énoncée à l'action 5 du projet BEPS, est applicable à un contrat prévoyant à la fois la distribution et l'usage de la marque sur un territoire déterminé (V. § 37).

> La CAA de Luxembourg juge que l'ordonnance du président du tribunal administratif rejetant une demande de sursis à exécution de la décision directoriale de refus d'accès au dossier n'est susceptible d'aucun recours. Seule une demande d'effet suspensif de la décision du tribunal durant le délai et l'instance d'appel peut être déposée (V. § 39).

> **Pays-Bas** - Les Pays-Bas ont ratifié l'Instrument multilatéral et déposé leur instrument de ratification auprès de l'OCDE. Celui-ci entrera donc en vigueur le 1er juillet 2019 (V. § 42).

> Le *Hoge Raad der Nederlanden* précise la nature des frais non déductibles liés à l'acquisition ou à la cession d'une filiale qualifiante pour le régime des sociétés mères et filiales (V. § 44).

> La Commission européenne a ouvert une enquête afin de déterminer si les rescrits fiscaux accordés par les Pays-Bas à Nike ont pu constituer une aide d'État illégale (V. § 46).

> **Portugal** - Le Portugal a transposé la directive européenne dite « ATAD », impliquant des modifications de la législation fiscale interne, notamment, du Code de l'Impôt sur les Bénéfices des Sociétés (V. § 49).

> **Royaume-Uni** - Le *First-Tier Tribunal* juge que la législation britannique relative aux cessions intragroupes porte atteinte à la liberté d'établissement garantie par le droit de l'Union (V. § 55).

> L'administration fiscale britannique met en place un nouveau dispositif de divulgation à destination des entreprises multinationales ayant conclu des accords ou montages en vue de réduire leur base imposable au Royaume-Uni, afin de régulariser leur situation au regard de la *Diverted Profits Tax* (V. § 59).

États-Unis et Canada

> **États-Unis** - L'administration fiscale américaine a publié de nouveaux projets d'instructions et des formulaires précieux pour l'application des dispositifs BEAT, GILTI et FDII, d'autant plus que ces dispositifs font l'objet d'applications souvent différenciées au niveau des États américains (V. § 61).

Amérique latine

> **Argentine** - L'Argentine a signé avec le Luxembourg son 21e accord de non-double imposition (V. § 80).

> **Brésil** - Des clarifications ont été apportées au Brésil en ce début d'année en matière de prix de transfert et de procédure amiable, et les grandes lignes de la réforme fiscale à venir ont été confirmées. En outre, l'administration fiscale brésilienne a pris position sur les paiements transfrontaliers en matière de services et d'assistance techniques dans le cadre de la convention fiscale franco-brésilienne et sur les redevances (V. § 87).

> **Chili** - L'« idée de légiférer » autour du projet de réforme fiscale présenté au Congrès en août 2018 a été finalement approuvée par le Comité des Finances, après avoir été proposé par l'exécutif chilien. Le gouvernement a soumis le projet d'approbation du MLI à la Chambre des Députés. Le Chili révisé aussi son réseau de conventions fiscales (Luxembourg et Brésil) et commerciales (Chine, Canada et Royaume-Uni) et les clauses de la nation la plus favorisée prévues dans les conventions avec la France et la Norvège ont été mises en œuvre (V. § 93).

> **Colombie** - La Colombie a approuvé son adhésion à la convention de l'OCDE -sous réserve de la validation par la Cour constitutionnelle- et certaines mesures de la récente Loi 1943 de 2018 « de Financiamiento » ont été développées et clarifiées. Des nouveautés existent aussi en matière de conventions fiscales bilatérales (V. § 97).

> **Pérou** - Suivant les nouveaux standards internationaux, le Pérou a introduit en droit interne une obligation de déclaration des bénéficiaires effectifs. L'administration fiscale péruvienne a apporté une précision intéressante concernant le traitement fiscal des services d'accès à une base de données fournis par une société étrangère (V. § 101).

Asie et Océanie

> **Inde** - An expert committee constituted by Central Board of Direct Taxation (CBDT) released a draft paper on profit attribution to permanent establishments (PE) in India. The most prominent aspect of this paper

is that the expert committee has suggest to go away from the arm's length principle are a measure for profit attribution. As per the paper the authorized OECD Approach to profit attribution to a PE ignores the contributions of the market state, and therefore should not be accepted by India (V. § 104).

> **Singapour** - The Minister for Finance delivered the Singapore Budget 2019. A key theme is to position Singapore as « a Global-Asia node of technology, innovation and enterprise » to ride the wave of the Fourth Industrial Revolution. With respect to tax measures, Budget 2019 aims mainly to refine existing tax incentives to further enhance Singapore's business competitiveness (V. § 106).

Afrique et Moyen-Orient

> **Pays d'Afrique francophone** - Les pays d'Afrique francophone de la zone UEMOA et CEMAC introduisent des législations fiscales spécifiques concernant notamment les flux avec des contreparties localisées dans des « paradis fiscaux » ou États dits non coopératifs ou bénéficiant d'un régime fiscal privilégié. Après un rappel des critères posés par l'OCDE, l'UE et la France concernant les notions de paradis fiscal, États et territoires non coopératifs, les régimes fiscaux qualifiés de privilégiés et les sanctions prévues, la présente chronique comparera et commentera les législations africaines, fortement inspirées des textes français (V. § 116).

Europe

Allemagne



David CHAUMONTET,
Avocat associé, Arsene Taxand

1. Allemagne - Exit tax – Liberté d'établissement – Accord CE/Suisse - L'imposition des plus-values latentes lors du transfert de domicile de l'Allemagne vers la Suisse est contraire au droit à l'établissement garanti par l'accord de libre circulation conclu entre la Communauté européenne et la Suisse.

CJUE, gde ch., 26 févr. 2019, C-581/17, Wächtler, concl. M. Wathelet (FI 2-2019, n° 3, § 10)

2. Depuis l'arrêt *National Grid Indus* de 2011¹, la CJUE a admis le droit pour un État membre d'instaurer une imposition à la sortie, dans la mesure où cette imposition n'est pas recouvrée immédiatement.

Afin de rendre son régime fiscal national conforme au droit de l'Union, le législateur allemand avait introduit la possibilité de reporter le paiement de l'impôt relatif aux

plus-values latentes afférentes à des parts de société, dans le cas du transfert, par un ressortissant allemand, de son domicile vers un État membre autre que l'Allemagne ou vers un État partie à l'accord EEE².

La question restait cependant entière en cas de transfert de domicile de l'Allemagne vers la Suisse. En effet, un accord sur la libre circulation des personnes a été conclu le 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et la Suisse (ci-après « l'Accord CE/Suisse »).

Faut-il en conclure que l'Accord CE/Suisse s'oppose à la réglementation allemande prévoyant l'imposition sans report des plus-values latentes sur des droits sociaux, lorsqu'un ressortissant de cet État membre transfère son domicile de celui-ci vers la Suisse, et non vers un État membre ou vers un État partie à l'accord EEE ? C'est la question à laquelle la CJUE a été amenée à répondre dans sa décision *Wächtler* du 26 février 2019.

En l'espèce, M. Wächtler, ressortissant allemand, était gérant d'une société de droit suisse depuis 2007, dans le cadre de laquelle il exerçait son activité et dont il détenait 50% des parts sociales. En 2011, M. Wächtler a transféré son domicile de l'Allemagne vers la Suisse.

À la suite de ce transfert, l'administration fiscale allemande a, en application du droit allemand³, imposé la plus-value latente afférente à sa participation dans la société suisse. Elle a refusé à M. Wächtler le report d'imposition prévu en droit allemand dans la mesure où celui-ci n'est ouvert qu'aux contribuables transférant leur domicile vers un État membre de l'UE ou un État partie à l'accord EEE.

¹ CJUE, gde ch., 29 nov. 2011, C-371/10, *National Grid Indus*, concl. J. Kokott.

² Article 6, § 5 du Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen du 8 septembre 1972, dans sa version applicable au litige.

³ Article 17 de l'*Einkommensteuergesetz* et article 6 du Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen du 8 septembre 1972, dans leur version applicable au litige.

M. Wächtler a alors formé un recours devant le tribunal des Finances du Land de Bade-Wurtemberg (*Finanzgericht Baden-Württemberg*). Celui-ci a décidé de surseoir à statuer et a posé une question préjudicielle à la CJUE.

Tout d'abord, la CJUE considère que M. Wächtler exerce une activité indépendante en Suisse. Dès lors, il relève du champ d'application de l'Accord CE/Suisse en tant qu'indépendant.

Or, l'Accord CE/Suisse confère aux indépendants un droit d'établissement et retient le principe de l'égalité de traitement.

Au cas particulier, la CJUE relève que M. Wächtler subissait une différence de traitement, de nature à le dissuader de faire effectivement usage de son droit d'établissement, dans la mesure où il était tenu de payer l'imposition sur les plus-values afférentes aux parts sociales qu'il détenait au moment du transfert de son domicile vers la Suisse, sans pouvoir bénéficier d'un report de paiement jusqu'à la cession de ses parts, alors que les ressortissants allemands qui maintenaient leur domicile en Allemagne ne devaient payer l'impôt que lorsque ces plus-values étaient réalisées.

Cette différence de traitement peut être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, à condition toutefois de respecter le principe de proportionnalité. Au cas particulier, le contrôle de proportionnalité aboutit à une réponse négative.

Tout d'abord, si la détermination du montant de l'impôt au moment du transfert du domicile vers la Suisse permet de réaliser l'objectif de préservation de la répartition de la compétence fiscale entre la Suisse et l'Allemagne, cet objectif ne justifie pas l'impossibilité de reporter le paiement de l'impôt.

Ensuite, l'objectif relatif à l'efficacité des contrôles fiscaux ne justifie pas non plus l'absence de possibilité de report, puisque l'échange d'informations fiscales est garanti dans le cadre de la convention conclue entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne du 11 août 1971, modifiée par le protocole du 27 octobre 2010.

Enfin, il était également disproportionné de prélever immédiatement l'imposition en raison de l'objectif tiré de la nécessité de garantir l'efficacité du recouvrement de l'impôt afin de prévenir des pertes de recettes fiscales. Compte tenu de l'absence de mécanisme d'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances fiscales en Suisse, le report de paiement aurait pu être subordonné à la constitution de garanties.

La CJUE a alors conclu que l'absence de report de l'imposition de sortie constitue une restriction injustifiée au droit d'établissement prévu par l'Accord CE/Suisse, et ce quand bien même le droit allemand prévoit un paiement échelonné de l'impôt.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La portée de cet arrêt ne doit pas être généralisée à l'ensemble des ressortissants d'un État membre qui transfèrent leur domicile vers la Suisse. Dans une décision *Picart*⁴, la CJUE avait refusé l'application de l'Accord CE/Suisse à une personne physique transférant sa résidence d'un État membre vers la Suisse, dès lors qu'il maintenait son activité économique dans le premier de ces deux États, sans effectuer au moins une fois par semaine, un trajet du lieu de son activité économique à celui de sa résidence.

4 CJUE, gde ch., 15 mars 2018, C-355/16, *Picart*, concl. P. Mengozzi.

3. Allemagne – Libre circulation des capitaux – Clause de *standstill* – Société étrangère contrôlée – L'absence d'échange d'informations entre un État membre et un pays tiers permet de justifier l'effet restrictif des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées sur la libre circulation des capitaux.

CJUE, gde ch., 26 févr. 2019, C-137/17, X GmbH, concl. P. Mengozzi (FI 2-2019, n° 2, § 8)

4. Les faits - X GmbH, société de droit allemand, détenait une participation de 30% dans la société suisse Y. En 2005, la société Y a conclu des contrats de rachat et de cession de créances avec Z, une société allemande de gestion de droits sportifs.

En 2007, l'administration fiscale allemande a incorporé dans l'assiette imposable de X GmbH une partie des revenus réalisés par Y grâce aux créances acquises de Z sur le fondement de l'article 7, § 6 et 6a, et de l'article 8 du *Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen* du 8 septembre 1972 (*CFC rules*).

Il résulte de ces dispositions qu'un résident fiscal allemand détenant une participation au moins égale à 1% dans une société étrangère est imposable sur les revenus de cette société s'il s'agit de « *revenus intermédiaires ayant la nature de capitaux placés* ». Revêtent une telle nature les revenus qui sont soumis, à l'étranger, à une imposition des bénéfices inférieure à 25% et qui ne proviennent pas d'activités économiques dites « *actives* ».

Ainsi, l'administration fiscale allemande a considéré que les revenus perçus par Y constituaient des revenus intermédiaires ayant la nature de capitaux placés et devaient être incorporés dans l'assiette imposable de X GmbH.

X GmbH a contesté cette imposition auprès de la Cour fédérale des finances (*Bundesfinanzhof*). Celle-ci a renvoyé l'affaire devant la CJUE pour examen car elle doutait de la compatibilité des règles en question avec le droit de l'Union⁵.

5. Sur l'application de la clause de *standstill* - Tout d'abord, la Cour fédérale des finances souhaitait savoir si la réglementation en cause était autorisée par le droit de l'Union, compte tenu de la clause de « *standstill* » prévue à l'article 57, § 1 du Traité CE⁶. Cette clause autorise les restrictions portées aux mouvements de capitaux entre les États membres et les pays tiers, pour autant que ces restrictions existaient au 31 décembre 1993.

Au cas particulier, les règles, telles qu'elles existaient au 31 décembre 1993, ont fait l'objet de modifications substantielles par une loi du 23 octobre 2000⁷. Cependant, ces modifications

5 Décision du 14 juin 2017 (affaire 2 K 2413/15).

6 TCE, art 57, § 1 devenu TFUE, art. 64.

7 *Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung* (loi portant baisse de l'impôt et réforme de la fiscalité des entreprises) du 23 octobre 2000

avaient été abrogées par une loi de 2001⁸, avant même qu'elles ne puissent s'appliquer à de tels revenus. En outre, la loi de 2001 avait ramené le pourcentage minimum de participation de 10 % à 1 %.

Tout d'abord, la CJUE a déclaré que les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées sont protégées par la clause de *standstill* malgré l'abaissement du pourcentage minimum de participation de 10% à 1%.

En revanche, elle considère qu'une loi, alors même qu'elle n'aurait jamais été appliquée, peut interrompre la validité des restrictions existantes et ainsi empêcher l'application de la clause de *standstill*. La Cour renvoie à la juridiction nationale le soin de vérifier si la loi était applicable au moment de son entrée en vigueur ou si l'applicabilité de cette loi avait été différée. En cas d'application de la loi au moment de son entrée en vigueur, la clause de *standstill* n'est pas applicable.

6. Sur la restriction à la libre circulation des capitaux -

La Cour fédérale des finances souhaite savoir si l'application des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées viole la libre circulation des capitaux.

La CJUE relève l'existence d'une restriction à la libre circulation des capitaux. Cependant, l'objectif de la réglementation en cause correspond à des raisons impérieuses d'intérêt général et, en particulier, à la prévention de la fraude et de l'évasion fiscales.

Reste à savoir si cette réglementation ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

Sur ce point, la CJUE considère que l'administration fiscale allemande doit analyser la nature des activités de la société établie dans un pays tiers, à partir des informations qu'elle détient. S'il existe des accords bilatéraux pour l'échange d'informations avec le pays tiers concerné, celles-ci devraient permettre à l'administration fiscale allemande de vérifier l'exactitude des informations fournies par le contribuable sur la société étrangère, ses activités et la motivation de la participation du contribuable dans cette société. Dans ces conditions, le contribuable devrait avoir la possibilité de prouver les raisons économiques de sa participation. Toutefois, cette possibilité ne devrait pas être accordée en l'absence d'accord sur l'échange d'informations, ce qui empêcherait l'administration fiscale allemande de vérifier l'exactitude des informations fournies par le contribuable.

Au cas particulier, le contribuable devrait pouvoir apporter des éléments de preuve compte tenu de la convention fiscale germano-suisse et de l'accord conclu le 27 mai 2015 avec la Suisse sur l'échange automatique d'information.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Il convient désormais d'attendre la décision de la Cour fédérale des finances pour savoir si la loi de 2001 était applicable au moment de son entrée en vigueur. Dans l'affirmative, la clause de *standstill* serait inapplicable.

⁸ Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts (loi relative à l'évolution de la fiscalité des entreprises) du 20 décembre 2001

7. Allemagne – Publicité en ligne – Retenue à la source sur les redevances – Les paiements effectués à des non-résidents au titre de prestations de publicité en ligne ne sont pas soumis à la retenue à la source sur les redevances.

Ministère des Finances de Bavière (Bayerisches Staatsministerium der Finanzen und für Heimat), communiqué de presse, 14 mars 2019

8. En droit interne allemand, les redevances sont soumises à une retenue à la source au taux de 15,825%, sous réserve de l'application des conventions fiscales. Les autorités fiscales allemandes, en particulier en Bavière, avaient tendance à considérer que les paiements effectués par des contribuables allemands à des non-résidents pour des prestations de publicité en ligne étaient soumis à la retenue à la source sur les redevances. Or, le contribuable allemand est solidairement responsable du paiement de la retenue à la source. Les contribuables risquaient donc des redressements importants.

Dans un communiqué de presse du 14 mars 2019, le ministère bavarois des finances a annoncé qu'un accord avait été conclu au niveau fédéral et au niveau des Länder. En vertu de cet accord, les paiements effectués à des non-résidents au titre de prestations de publicité en ligne ne sont pas soumis à la retenue à la source sur les redevances.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Cette clarification était très attendue des contribuables, dont certains ont subi des redressements significatifs. Elle permettra de simplifier la négociation des clauses de garantie des contrats d'acquisition de titres de sociétés allemandes.

D. CHAUMONTET ■

Belgique



Jean MEEUS,

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

Fiscalité interne

9. Belgique - Nouveau Code des sociétés et des associations – Modifications fiscales - Le code des impôts sur les revenus belge (CIR) est adapté pour tenir compte a fait l'objet de la profonde

réforme du droit des sociétés belge au travers de la loi du 23 mars 2019 introduisant le code des sociétés et des associations (CSA).

Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses : Moniteur belge 4 avr. 2019

Loi non encore publiée adaptant certaines dispositions fiscales fédérales au nouveau Code des sociétés et des associations : Doc. parl., Chambre 2018-2019, n° 54-3367/005

10. Le droit des sociétés belge a fait l'objet d'une profonde réforme au travers de la loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations (CSA) et portant des dispositions diverses. L'entrée en vigueur de ce nouveau code a été fixée au 1^{er} mai 2019 pour toutes les sociétés nouvellement constituées. S'agissant des sociétés préexistantes, le code est applicable à partir du 1^{er} janvier 2020 (avec une possibilité d'*opt in* entre le 1^{er} mai 2019 et le 1^{er} janvier 2020). Les sociétés sont tenues d'adapter leurs statuts dès la première modification statutaire et au plus tard pour le 1^{er} janvier 2024.

Le CSA est source d'importantes modifications dont les conséquences dépassent largement le cadre du droit des sociétés. Nous citerons notamment les modifications apportées à la responsabilité des administrateurs de sociétés, la rationalisation du nombre de formes sociales de sociétés, le passage à la théorie du siège statutaire et la disparition du capital social pour certaines sociétés font parties des plus importantes modifications apportées au Code des sociétés.

En particulier, l'impact du CSA sur la fiscalité a obligé le législateur belge à prendre les devants. C'est dans ce contexte qu'a été votée une loi, non encore publiée, destinée à adapter le Code des impôts sur les revenus belge (CIR).

De nombreuses modifications ont été apportées au CIR afin d'éviter un chaos fiscal. En effet, certains termes qui étaient, jusqu'à présent, définis par référence au code des sociétés, bénéficient désormais d'une définition fiscale autonome.

En particulier, **deux modifications majeures doivent attirer l'attention**; d'une part le **passage de la théorie du siège réel à la théorie du siège statutaire** pour ce qui concerne le rattachement au droit belge, et d'autre part la **disparition du capital social pour certaines formes de sociétés**.

> **Passage à la théorie du siège statutaire** - Auparavant, sur le plan du droit des sociétés, une société était supposée être belge de par la simple présence de son siège réel en Belgique. La présence de ce siège réel en Belgique conférait en effet la nationalité belge à cette même société. Dès lors qu'une société disposait de son siège réel en Belgique, et tombait donc dans le champ d'application du droit des sociétés, celle-ci était automatiquement soumise à l'impôt des sociétés belge. La législation fiscale belge, qui renvoyait tant au siège social qu'au siège réel dans sa définition de société résidente, a donc été adaptée afin d'éviter qu'une société dirigée en Belgique,

mais avec un siège statutaire à l'étranger, ne sorte du cadre fiscal belge en tant que résident.

Désormais, la **référence au siège social est supprimée**. Une société est considérée comme résidente dès lors que son siège réel (*i.e.* son principal établissement, son siège de direction ou d'administration) est établi en Belgique. S'agissant des sociétés étrangères dénuées de personnalité juridique, celles qui auront été constituées sous une forme sociale analogue à une société belge dotée de la personnalité juridique seront également considérées comme des sociétés résidentes belges.

Ce passage à la théorie du siège statutaire a également poussé le législateur à insérer une disposition relative au **calcul des bénéfices comptables**. En effet, une société étrangère dirigée depuis la Belgique pourrait tenir sa comptabilité selon un référentiel comptable étranger.

Il est désormais précisé dans le corps législatif belge que les bénéfices imposables sont calculés conformément à la législation comptable belge. Une société étrangère, mais résidente fiscale belge (ainsi que les établissements stables de sociétés étrangères) devront par ailleurs établir des comptes annuels conformément au droit comptable belge.

> **Capital** - Auparavant, le code des sociétés prévoyait un capital social minimum pour toutes les sociétés dont la responsabilité des associés est limitée. Dorénavant, le CSA n'impose plus de capital social (ni de capital minimum) pour les sociétés à responsabilités limitées (SRL) et les sociétés civiles. Le cadre fiscal a donc dû être adapté, étant donné que la notion de capital en droit fiscal faisait référence au capital social ou statutaire du code des sociétés.

Désormais, la législation fiscale se dote d'une définition autonome du capital, et supprime les références au capital statutaire ou social. La définition distingue toutefois les cas selon que la société est pourvue ou non de la personnalité juridique. S'agissant des sociétés dotées de la personnalité juridique, le capital fiscal est défini par référence au droit des sociétés belge ou étranger. S'agissant des autres sociétés, il sera tenu compte des capitaux propres de la société, tels que décrits dans le code des sociétés belge ou étranger, mais uniquement dans la mesure où ils sont formés par des apports en numéraire ou en nature. L'apport en industrie ne qualifie toutefois pas (l'exposé des motifs jugeant ces apports comme risqué car la valorisation d'un apport en industrie pouvant mener à certains abus).

La notion de capital fiscal libéré est adaptée en conséquent, et renvoie désormais également aux opérations impliquant les sociétés étrangères (conséquence du passage à la théorie du siège statutaire). D'autres modifications touchant au capital, telles que les réductions de capital ou les rachats d'actions propres, ont également fait l'objet d'aménagements.

Il est prévu que cette loi modifiant le CIR entre en vigueur le 1^{er} mai 2019. Son application reste cependant dépendante de l'application du CSA au contribuable lui-même.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Le CSA révolutionne le droit des sociétés. Il était donc indispensable de modifier le cadre fiscal des sociétés. L'objectif du législateur a été de garantir la neutralité fiscale

de l'entrée en vigueur du CSA tout en essayant de limiter le nombre de modifications. Il faut cependant reconnaître que le passage de la théorie du siège réel au siège statutaire a nécessité de nombreuses adaptations de manière à garantir la neutralité fiscale de cette transition. Par ailleurs, certains acquis jurisprudentiels, comme l'utilisation du référentiel comptable belge par défaut, sauf si le droit fiscal y déroge explicitement, font logiquement leur entrée dans la législation fiscale belge.

Il ne fait aucun doute que **l'application concrète de ces nouvelles notions et dispositions suscitera de nombreuses questions pratiques, notamment concernant l'interprétation du droit étranger dans l'hypothèse de sociétés étrangères dirigées depuis la Belgique.**

11. Rémunération minimale des dirigeants – Suppression de la cotisation distincte - La cotisation minimum à charge des sociétés qui n'octroient pas à au moins un dirigeant (personne physique) une rémunération d'au moins 45 000 € est supprimée rétroactivement.

L. 13 avr. 2019 modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 supprimant la pénalité en cas de non-conformité à la condition du montant de rémunération dirigeant : Doc. parl., Chambre 2018-2019, n°54-2920/007

12. La loi du 25 décembre 2017 a introduit une cotisation minimum à charge des sociétés qui n'octroient pas à au moins un dirigeant (personne physique) une rémunération d'au moins 45 000 €. Le montant de la cotisation s'élevait à 5% de la différence entre les rémunérations octroyées et 45 000 €.

Cette cotisation est supprimée rétroactivement de sorte qu'elle est supposée n'avoir jamais existé, et ce depuis le 1^{er} janvier 2018.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La suppression de cette disposition décriée est une excellente nouvelle pour les sociétés qui ne souhaitent pas rémunérer leurs dirigeants. Cette situation était rencontrée régulièrement dans la pratique, notamment pour les sociétés dont les dirigeants n'étaient pas résidents fiscaux belges, les sociétés holding, immobilières ou patrimoniales.

Il convient toutefois de garder à l'esprit qu'en l'absence d'une rémunération minimum d'au moins 45 000 €, le taux réduit de l'impôt des sociétés qui s'élève à 20% sur la première tranche de 100 000 € ne sera pas octroyé. Cette obligation de rémunération minimum pour bénéficier du taux d'impôt des sociétés réduit est uniquement applicable à partir de la cinquième période imposable à partir de la constitution de la société.

13. À NOTER

> Registre des bénéficiaires effectifs - Le Ministère des Finances a publié le 2 avril 2019 une troisième version de sa FAQ concernant le registre des bénéficiaires effectifs (point d'attention pour les sociétés civiles et les titres démembrés). Les données relatives aux bénéficiaires effectifs doivent être communiquées au plus tard pour le 30 septembre 2019.

> Déduction pour capital à risque (intérêts notionnels) - Publication du taux relatif à l'exercice d'imposition 2020. Celui-ci s'élève à 0,726% (à majorer de 0,5% si la société concernée est une PME). Il s'élevait à 0,746% pour l'exercice d'imposition 2019.

Avis de l'administration fiscale : Moniteur belge, 9 avr. 2019

> Publication des taux d'intérêts de référence applicables aux prêts octroyés par une société à son dirigeant pour le calcul des avantages de toute nature issus de prêts à intérêts réduits

Arrêté royal du 17 mars 2019 : Moniteur belge, 1^{er} avr. 2019

> Extension du tax shelter à l'industrie du jeu vidéo - Le tax shelter est une incitation fiscale qui était destinée initialement au domaine cinématographique, et a été étendue aux arts de la scène en 2016.

Loi 29 mars 2019 : Moniteur belge, 16 avr. 2019

Fiscalité internationale

14. Belgique - Pension de source étrangère – Avantages fiscaux – Droit de l'UE - La CJUE juge que la libre circulation des travailleurs s'oppose à la réglementation fiscale belge ayant pour effet de priver un couple du bénéfice d'avantages fiscaux, au motif qu'un des membres du foyer perçoit une pension de source étrangère, exonérée d'impôt en vertu d'une convention fiscale applicable.

CJUE, 9^e ch., 14 mars 2019, C-174/18, Jacob et Lennertz (FI 2-2019, n° 6, § 5)

15. Cet arrêt concerne un contribuable belge pénalisé par la méthode de calcul de l'impôt en Belgique car il recevait des rémunérations d'un autre État membre. Ces rémunérations étaient exonérées par voie de convention.

La méthode de calcul de l'impôt applicable à cette époque entraînait une perte partielle des avantages fiscaux auxquels ce contribuable pouvait prétendre.

Le principe selon lequel la méthode de calcul de l'impôt ne peut entraîner la perte (même partielle) des avantages fiscaux liés à la situation personnelle du contribuable est validé par la Cour.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Cet arrêt concerne la **méthode de calcul de l'impôt applicable jusqu'à l'exercice d'imposition 2014**. À partir de l'exercice d'imposition 2015, les modifications apportées à la méthode de calcul de l'impôt limitent la perte des avantages fiscaux. À la suite de cette modification, les contribuables concernés pourraient encore constater une perte liée à la quotité exemptée d'impôt, ou à d'éventuels revenus de remplacement).

On notera que cet arrêt pourrait revêtir une **importance particulière pour certaines autres réductions d'impôt** lorsque celles-ci doivent être réparties entre conjoints sur la base des revenus mondiaux.

16. À NOTER

> **Instrument multilatéral** - Le projet de loi portant assentiment au MLI a été adopté par le parlement fédéral en séance plénière le 21 mars 2019. Les entités fédérées doivent encore ratifier le MLI.

J. MEEUS ■

Espagne

David CHAUMONTET,
Avocat associé, Arsene Taxand

17. Espagne - OPCVM – Libre circulation des capitaux – La Cour suprême espagnole confirme le caractère discriminatoire du traitement fiscal des OPCVM non résidents espagnols.

Tribunal Supremo, 27 mars 2019, n° 418/2019

18. La Cour suprême a considéré que la justification d'une restriction portée à la circulation des capitaux n'était valable que si elle était énoncée dans la loi.

L'arrêt concernait un fonds d'investissement irlandais qui avait perçu des dividendes de source espagnole en 2008. L'organisme non résident avait été soumis à une retenue à la source de 15% alors que la réglementation espagnole prévoyait une imposition de 1% pour les organismes de placement collectif résidents (*Instituciones de Inversión Colectiva - IIC*).

La Cour suprême relève que les deux types d'organismes se trouvent dans une situation comparable dans la mesure où ils sont tous deux imposés sur les dividendes qu'ils perçoivent, quand bien même les fonds non résidents sont soumis à un taux plus élevé. Ainsi, la simple comparaison du régime fiscal des fonds résidents et non résidents démontre l'existence

d'un traitement différent en raison du lieu de résidence et, en définitive, d'une restriction à la libre circulation des capitaux, en violation de l'article 63 du TFUE.

L'administration fiscale espagnole et les juridictions inférieures faisaient valoir que cette restriction était justifiée en l'absence de preuve que l'organisme non résident présentait les mêmes caractéristiques qu'un IIC espagnol. Cependant, la Cour suprême a jugé que cette justification devait figurer dans la législation fiscale nationale, comme le prévoit l'article 65 du traité. Par conséquent, la législation espagnole prévoyant la retenue à la source était contraire au droit de l'Union européenne.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Depuis 2010, la législation espagnole prévoit la possibilité d'appliquer le taux réduit de 1%. Cependant, l'arrêt de la Cour suprême a une portée plus large en ce qu'il impose que la justification de la restriction portée à la libre circulation des capitaux soit prévue par le droit espagnol.

19. Espagne – Impôt sur le revenu – Dirigeants - Intéressement – L'intéressement versé à un dirigeant est considéré comme nouvellement généré lorsque sa détermination dépend d'une résolution du conseil d'administration.

Dirección General de Tributos, V0106-19, 16 janv. 2019

20. Les actionnaires d'une société avaient signé un accord en 2012 dans lequel ils s'engageaient à approuver un plan de stock-options en faveur de certains dirigeants. Cet accord n'avait finalement pas été approuvé.

Un nouveau plan avait été signé en mars 2016. Celui-ci laissait au conseil d'administration de la société le soin de décider de l'identité des bénéficiaires et du montant à recevoir par chacun, en cas de cession de l'intégralité des actions de la société ou de changement de contrôle. En février 2017, un changement de contrôle de la société s'est produit et, après l'adoption de la résolution du conseil d'administration, l'intéressement a été versé.

Le contribuable souhaitait savoir si la réduction d'impôt de 30%, prévue par l'article 18.2 de la *Ley del Impuesto sobre la renta de las personas Físicas* (loi relative à l'impôt sur le revenu des personnes physiques) était applicable à ce revenu.

Saisie de la demande de rescrit, la Direction Générale des Impôts (*Dirección General de Tributos*) a considéré que l'intéressement perçu à la suite du changement de contrôle constituait un revenu salarial normal, c'est-à-dire sans droit à la réduction de 30%, car elle n'avait pas été générée sur une période supérieure à deux ans.

En effet, le plan d'intéressement n'est pas né avec la convention de 2012 car, à l'époque, seul un engagement d'approbation du plan d'intéressement avait eu lieu, mais en 2016. Or, la période décomptée entre la date de conclusion du plan et le changement de contrôle était inférieure à deux ans. De plus, le droit à l'intéressement avait été nouvellement créé avec

la résolution du conseil d'administration (après le changement de contrôle). Dès lors, la Direction Générale des Impôts considère que le plan n'avait pas une antériorité supérieure à deux ans et donc que la réduction d'impôt de 30 % n'était pas applicable.

D. CHAUMONTET ■

21. À NOTER

> Espagne – Droits de mutation – Augmentation de capital – Droit de l'UE – L'imposition d'un droit de mutation sur les augmentations de capital est exclue par la législation de l'Union européenne.

Tribunal Económico Administrativo Central, n°0120/2015/00/00, 21 janv. 2019

Le Tribunal Économique Administratif Central espagnol (Tribunal Económico Administrativo Central) a examiné le cas d'un contribuable qui acquiert le contrôle d'une société en souscrivant à une augmentation de capital.

L'administration fiscale espagnole avait appliqué des droits de mutation en vertu de l'article 108 de la Ley del Mercado de Valores (loi sur le marché des valeurs mobilières), car plus de 50% des actifs de l'entité étaient constitués d'immeubles situés en Espagne et la souscription à l'augmentation de capital avait permis au contribuable de prendre le contrôle de la société. Ces droits de mutation excédaient 1 % du capital émis.

L'assujetti a fait valoir que la directive 2008/7/CE concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux restreint la capacité des États membres de percevoir des impôts indirects sur certaines opérations qui mobilisent des capitaux, y compris l'émission et la souscription d'actions de sociétés à responsabilité limitée, et précise expressément que l'impôt sur ces opérations ne peut en aucun cas dépasser 1 % du montant du capital émis.

Reconnaissant l'applicabilité directe et la prévalence du droit communautaire, le Tribunal a considéré que l'application de la législation espagnole, dans sa rédaction en vigueur au moment du litige, était exclue par la directive en cas d'opérations portant sur les capitaux permettant une prise de contrôle.

> Espagne – Remboursement de TVA – Condition de forme – Treizième directive – N'est pas contraire à la treizième directive TVA le fait pour un État membre de limiter dans le temps la possibilité pour les assujettis non établis dans l'Union de rectifier une facture comportant une mention erronée, notamment une erreur de numéro d'immatriculation à la TVA, pour autant que les principes d'équivalence et d'effectivité soient respectés.

CJUE, 14 févr. 2019, C-562/17, Nestrade

Une société de droit suisse, non établie en Espagne, avait réalisé des opérations soumises à la TVA espagnole. En 2010, elle avait demandé à l'administration fiscale espagnole le remboursement de

la TVA payée en amont conformément à la treizième directive TVA9.

À l'appui de cette demande, la société avait fourni des factures mentionnant un numéro d'immatriculation à la TVA erroné. L'administration fiscale espagnole avait alors demandé à la société de régulariser les factures sous un délai de dix jours. En l'absence de régularisation par la société dans le délai imparti, l'administration fiscale espagnole avait refusé le remboursement.

C'est dans le cadre du recours juridictionnel effectué par la société que la CJUE a eu à examiner la question préjudicielle suivante : la treizième directive s'oppose-t-elle à ce qu'un État membre limite dans le temps la possibilité de rectifier des factures erronées, notamment s'agissant du numéro d'identification à la TVA initialement inscrit sur la facture, aux fins de l'exercice du droit au remboursement de la TVA ?

Tout d'abord, la Cour rappelle que l'article 3, paragraphe 1 de la treizième directive prévoit que les États membres déterminent les modalités d'introduction d'une demande de remboursement de la TVA, y compris les délais, et qu'ils imposent les obligations qui sont nécessaires pour apprécier le bien-fondé d'une telle demande.

Cependant, elle précise que la fixation d'un délai par le droit national pour rectifier les factures dans le cadre d'une procédure de remboursement doit respecter les principes d'équivalence et d'effectivité.

Le principe d'équivalence prévoit que les personnes faisant valoir les droits conférés par l'ordre juridique de l'Union ne doivent pas être défavorisées par rapport à celles faisant valoir des droits de nature purement interne. Au cas particulier, rien dans le dossier ne permettait de constater une différence de traitement entre les droits conférés par l'ordre juridique de l'Union et ceux de nature purement interne.

Le principe d'effectivité vise quant à lui à garantir que la fixation de restrictions processuelles ne rende pas impossible ou excessivement difficile l'exercice d'un droit.

Au cas particulier, l'administration fiscale espagnole avait demandé à la société de lui fournir, dans un délai de dix jours ouvrables à compter de la notification de cette demande les factures correctes. La société n'avait pas produit ces factures dans le délai imparti, ni même pendant la durée de trois mois qui s'était écoulée entre la date à laquelle la société a obtenu les factures rectificatives et la date à laquelle la décision refusant le remboursement de la TVA a été adoptée. Enfin, la société n'avait pas contesté la décision de rejet avant qu'elle ne soit devenue définitive.

Dans ces conditions, la CJUE a considéré que, sous réserve de vérifications par la juridiction de renvoi, il n'avait pas été rendu en pratique impossible ou excessivement difficile à la société d'exercer son droit au remboursement de la TVA.

D. CHAUMONTET ■

9 Treizième directive 86/560/CEE du Conseil du 17 novembre 1986 en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Modalités de remboursement de la taxe sur la valeur ajoutée aux assujettis non établis sur le territoire de la Communauté.

Italie



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

22. Italie - Parent-subsidiary directive – Exemption from the dividend withholding tax

The Italian Supreme Court denied the withholding tax exemption under the Parent-Subsidiary Directive because the Parent company's State of residence would not tax the dividends.

Corte di Cassazione civile, Sez. V., sent. 13 dicembre 2018, n. 32255

23. The EU Parent-Subsidiary Directive (90/435/EU) provides on certain conditions the exemption from withholding tax on the dividends distributed from a subsidiary to its shareholding company. The said Directive has been implemented in Italy through article 27-bis of the Presidential Decree no. 600/1973, which provides for the exemption only if, among other, the EU shareholding company receiving the dividends is taxed in the member State where it has its residence.

In the case presented to the Supreme Court, a Luxembourg company had filed a claim for refund of the withholding tax it had suffered upon the distribution of dividends occurred in 2004. Given that the Luxembourg Company was indeed subject to the corporate income tax in its Country of residence, it was quite a surprise when the Italian Tax Agency denied the refund, forcing the company to start the litigation at hand. After winning in first degree, but losing in second degree, the Company decided to take its case before the Supreme Court.

The outcome of the last and final degree, however, was most unfortunate for the Luxembourg Company, as the Supreme Court argued that the aim of the Directive is to avoid double taxation; and in the case at hand no double taxation could ever occur, given that Luxembourg's legislation provided for the full exemption from taxation of the dividends received. In other words, the judgment erroneously focused on the fact that the dividends were not subject to taxation in Luxembourg, and not on whether the Company itself was actually subject to taxation.

The conclusions offered by the Supreme Court are patently mistaken: see the plain reading of articles 4 and 5 of the Directive. The Supreme Court did not consider that the exemption on the dividends received granted by Luxembourg, besides being admitted/imposed by the Directive itself, aims at eliminating the economic double taxation of business profits. Denying the reimbursement of the withholding tax, on the contrary, violates the Directive and imposes economic double taxation on those profits. The Luxembourg Company might

actually sue Italy for damages deriving from the decision of the Supreme Court (on this regard see ECJ C-224/01 *Köbler* and C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo*).

24. EU-Switzerland Agreement – Exemption from the dividend withholding tax

The Italian Tax Agency addresses Switzerland's tax regime on holdings in relation to the exemption from withholding tax on dividends provided by the tax treaty between the EU and Switzerland of October 26th 2004. In so doing, it also mentions that a dividend exemption in the parent company's State of residence does not preclude to the application of the withholding exemption.

Agenzia delle Entrate, risposta all'interpello n. 57 del 15 febbraio 2019

25. Shortly after the Supreme Court's mistaken judgement no. 32255 (V. § 19), also the Italian tax Agency was asked to address the issue of the exemption from withholding tax on dividends distributed by an Italian subsidiary to a parent company resident abroad. The parent company concerned was resident in Switzerland, so that the case was governed by article 15 of the Agreement between the EU and Switzerland of October 26th 2004.

The Swiss company was the sole shareholder of an Italian subsidiary and for many years had benefitted from the Swiss regime for holding companies, which, as is well known, grants the exemption from income taxation at a municipal and cantonal level. The application of such a regime would, as also well known, preclude the application of the exemption in the source State (see the previous ruling No. 93 of 2007).

In sight of a considerable distribution of dividends from its Italian subsidiary, the Swiss parent company therefore forfeited its status as a holding company under Swiss law, thereby giving up the aforementioned exemption from taxation at the cantonal and municipal level. The request for a ruling was submitted to the Italian Tax Agency in order to know whether the withholding tax would nonetheless apply on the profits about to be distributed, given that the profits had been generated before the parent company's forfeiture of the beneficial holding regime. In its request, the company pointed out that under Swiss tax law the dividends received are taxed in the hands of the parent company on a cash basis, irrespective of them having accrued over the previous years.

The Italian Tax Agency confirmed the application of the exemption. It is interesting to note that, unlike in the case decided by the Supreme Court 32255/2018, the Tax Agency also clarified that the Swiss participation exemption regime would not compromise the application of the withholding exemption, given that the company was regularly subject to corporate taxation.

P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE ■

26. À NOTER

> Italie - Participation exemption regime – Minimum holding period - The Italian Tax Agency clarifies that company conversions into and from a partnership do not interrupt the holding period of the shares relevant for participation exemption purposes.

Agenzia delle Entrate, risposta all'interpello n. 70 del 6 marzo 2019

The Italian tax Agency was requested to render a ruling regarding the minimum holding period relevant for participation exemption purposes. The taxpayer filing the request was an Italian company, Alfa, holding 50% of the quotas of a German company, Beta. Alfa had been holding the quotas of the German company for some years, whilst the holding period required to benefit from the participation exemption is only of 12 months. During such period, however, it had undergone a conversion from a limited liability company into a partnership and then back to a limited liability company. Since Alfa was about to undertake an overall group reorganization, it wanted to ascertain whether the conversion into a partnership and/or the conversion back to a limited liability company could be considered as interrupting the minimum holding period for participation exemption purposes.

The ruling issued by the Tax Agency confirmed that any corporate conversion, just like a merger or a demerger (see circular letter 36/E of 2004), is neutral for tax purposes according to art. 170 of the Income Tax Act and therefore cannot be seen as interrupting the holding period.

> Italie – Tax avoidance – Deduction of costs - The Regional Tax Court of Piedmont confirmed the deductibility of the costs incurred by a self-employer for renting his office, even if the latter belongs to a company that is owned at 99% by the wife of the self-employer.

Commissione tributaria regionale del Piemonte sent. n. 185 dell'11 febbraio 2019

The last few years have seen an increase of challenges by the Italian Tax Agency against self-employers that use as their office an immovable belonging to a company that they possess, or that, like in the case at hand, is somehow connected to them. Beside the temporary arbitrage between the tax rate of the individual and the one of the company, indeed, there have been, over the years, a number of limits to the deduction of the depreciation for individuals, limits that did not apply to companies. This has obviously given the incentive to set up companies with the aim of purchasing the immovable and then rent it out to the self-employer, who would benefit of the deduction of the rent.

The case brought before the Regional Tax Court of Piedmont concerned a notary who, after signing the preliminary agreement for the purchase of the immovable subsequently let his wife's company sign the final agreement and purchase the office he would then take on with a rent.

The decision was in favor of the notary as according to the Court if the company involved in the purchase is not purely artificial, but

instead has or has had a real and effective activity beyond the single purchase, the possibility for the self-employer to benefit from the rent it pays to the company cannot be considered as tax avoidance. The mere connection between the company owning the immovable and the tenant is not, by itself, a good reason to deny the deduction of the rent.

> VAT deduction – Principle of neutrality - Following several ECJ's precedents, the Italian Supreme Court stated that the neutrality of VAT requires the deduction of the input tax when the substantive requirements are satisfied, even if some of the formal ones were not met.

Cass. civ. Sez. V, sent. 1° marzo 2019, n. 6092

A pharmaceutical company received an assessment notice that, among other findings, challenged the company's VAT deduction for the purchase of goods from a EU resident supplier. Intra-EU transactions that fall within the general B2B rule are subject to the reverse charge mechanism, by which the supplier does not charge VAT on the invoice, whereas it is the customer that has to simultaneously charge and deduct VAT. In the case at hand, however, the company failed to enact the above-mentioned simultaneous input and output registration mechanism, since it paid the VAT directly to the supplier, with no reverse charge. The Italian Tax Agency, therefore, challenged the deduction of VAT by the company, having it failed to comply with some formal requirements.

After losing both in first and second degree, the company brought the case before the Supreme Court, which actually ended up repealing the assessment notice. The Court recalled other relevant ECJ precedents, and stated that the fundamental principle of VAT neutrality requires the deduction of input tax to be allowed as long as the substantive requirements are satisfied, even if the taxable person has failed to comply with some of the formal requirements¹⁰. Therefore, given that the company actually paid the VAT to the supplier, the deduction had to be allowed although the taxpayer had failed to comply with the rules on reverse charge. While, at a first glance, the decision of the Supreme Court could seem fair, it actually does not consider the impact of the mistake on the allocation of VAT revenue among the Member States according to the destination principle, nor the risk of loss of VAT revenue and the jeopardy for the controls to be done by the Tax Authorities. So much so that a recent decision by the ECJ¹¹ clearly overrules the dictum of the Italian Supreme Court. In fact, although in a purely domestic context – Hungary was the Member State involved – the ECJ clarified that the violation of the rules on reverse charge is not a purely formal violation, but rather a substantial one, with the consequence that the recipient of the service who has unduly paid VAT to the counterparty cannot

¹⁰ See judgments of 28 July 2016, *Astone*, C-332/15, paragraph 45; 19 October 2017, *Paper Consult*, C-101/16, paragraph 41; 26 April 2018, *Zabrus Siret*, C-81/17, paragraph 44.

¹¹ CJUE, 11 avr. 2019, C-691/17, *Alpha-J*.

deduct the said input VAT¹². In such a case, indeed, the recipient of the service can only claim a reimbursement against the counterparty, which on turn will have to file a request of refund with the Tax Authorities. Should the recovery against the counterparty be too difficult or impossible, e.g. for the bankruptcy of the latter, the competent authorities will then be obliged to grant the refund directly to the recipient of the services.

> **Tobin tax – Corporate restructuring plan** - The Tobin tax does not apply when the transfer of shares is made within a corporate restructuring plan.

Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 29 marzo 2019, n. 38/E

The Tobin tax (or Financial Transaction Tax) was introduced in Italy in 2012, operating since March 1st, 2013, and is levied on financial transactions related to shares and other financial instruments issued by companies resident in Italy, regardless of the nationality of the investors and the trading location. The rate to which the tax is applied has been reduced over the years, currently being set at 0,2%, or 0,1% when relevant transactions take place on regulated markets or multilateral trading facilities.

The case presented to the Italian Tax Agency involved the transfer of the shares issued by an Italian company and owned by a Dutch cooperative company to an English company. Both companies, the seller and the buyer, were owned by the same shareholders: a Dutch foundation and an English equity fund, which intended to restructure their investment by changing the legal status and jurisdiction of the holding company; indeed, the form of an English limited company was believed to fit the goals of the investment better than those of a Dutch cooperative. The two ultimate shareholders had equal shares in the Dutch cooperative company and would still maintain the same ratio of shareholding in the English purchasing entity. Hence, the transfer at hand would not have changed the ultimate holders of the shares of the Italian company. In addition to having the same shareholders, both the Dutch holding company (seller) and the English one (buyer) had the same rules of governance. Under art. 1.494.d of the Law 228/2012, as implemented through art. 15.1.g of the Decree February 21st 2013, infra-group transfers of shares are exempt from the levy. The notary prospectively receiving the deed of transfer therefore filed the request of ruling in order to ascertain the scope of application of the mentioned exemption, in particular with reference to the sale of shares between sister companies subject to the joint control of two ultimate shareholders.

In response, the Italian Tax Agency confirmed the application of the exemption, given the fact that the transfer was aimed at a reorganization of the structure through a sale of shares from one company to its sister, both governed by the same rules of governance,

12 See par. 35 of the decision: "Thus, besides the fact that those invoices did not satisfy the formal requirements provided for under the national legislation which transposed that directive, a substantive requirement of that regime was not met, namely the payment of the VAT to the tax authorities by the taxable person claiming deduction. Such a situation prevented the competent tax authority from investigating the application of the reverse charge regime and led to a risk of a loss of tax revenue for the Member State concerned (see, to that effect, judgment of 26 April 2017, Farkas, C564/15, EU:C:2017:302, paragraphs 45 and 46)."

which would keep the balance between the two ultimate shareholders even. Given the ultimate owners would not be changed by the sale of the shares, the Tax Agency confirmed that the rationale for the exemption would be respected.

P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE ■

Luxembourg



Nelli KLUSCHIN,

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

Actualité législative

27. Luxembourg – Registre des bénéficiaires effectifs – La loi du 13 janvier 2019 instituant un registre des bénéficiaires effectifs (loi RBE) dont la finalité est de conserver et de mettre à disposition les informations relatives aux bénéficiaires effectifs des sociétés luxembourgeoises est entrée en vigueur le 1er mars 2019. Les entités concernées – soit la quasi-totalité des entités immatriculées au Registre de commerce et des sociétés – disposent d'un délai de six mois pour se conformer à leurs nouvelles obligations.

L. 13 janv. 2019 instituant un registre des bénéficiaires effectifs (Loi RBE)

28. La notion de bénéficiaire effectif est identique à celle applicable en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, à savoir toute personne physique qui, en dernier ressort, possède ou contrôle une entité juridique, ou pour laquelle une transaction est exécutée, ou une activité réalisée.

Les entités concernées devront communiquer les informations suivantes au gestionnaire du registre des bénéficiaires effectifs (RBE): nom, prénom, nationalité, date et lieu de naissance, pays de résidence, adresse privée ou professionnelle et numéro d'identification au registre national ou étranger des bénéficiaires effectifs, ainsi que la nature et l'étendue de leurs intérêts effectifs. Par exception, les sociétés cotées soumises à certaines obligations de transparence devront uniquement inscrire le nom du marché réglementé sur lequel leurs titres sont admis à la négociation.

Les autorités nationales auront, dans l'exercice de leurs missions, accès à toutes les informations inscrites dans le RBE. Toute autre personne pourra accéder par voie électronique à ces informations, à l'exception de l'adresse privée ou professionnelle et du numéro d'identification. Dans des circonstances exceptionnelles, l'entité concernée ou son bénéficiaire effectif pourra demander, moyennant justification, de limiter l'accès au RBE aux autorités nationales, aux établissements financiers ou de crédit, aux huissiers et aux notaires agissant en leur qualité d'officier public.

Des amendes pénales entre 1 250 et 1 250 000 € pourront être infligées aux entités concernées en cas de défaillance déclarative, mais aussi au bénéficiaire effectif pour défaut de coopération.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La loi RBE n'est pas une révolution pour le Luxembourg : l'identification des bénéficiaires effectifs figure depuis longtemps parmi les obligations anti-blanchiment de nombreux professionnels. La création du RBE permet néanmoins l'accès à ces données, qui seront consultables gratuitement sur internet, par le public.

En pratique, l'identification des bénéficiaires effectifs ne va pas sans difficultés, notamment pour les bénéficiaires effectifs identifiés sur la base du critère du « contrôle effectif » qu'ils exercent sur les sociétés luxembourgeoises.

Compte tenu des pénalités pouvant aller jusqu'à 1 250 000 €, les sociétés luxembourgeoises et leurs bénéficiaires effectifs doivent sérieusement prendre en compte leurs obligations sous la nouvelle loi.

29. Luxembourg - Impôt sur les revenus de collectivités – Directive ATAD - Déductibilité des intérêts - La loi du 26 avril 2019 réduit l'impôt sur les revenus de collectivités (IRC) de 1 % et introduit l'application de la règle de limitation des intérêts à 30% de l'EBITDA au niveau de la consolidation fiscale tout en laissant l'option d'appliquer cette règle au niveau des membres de la consolidation fiscale.

L. n° 7451 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 2019, 26 avr. 2019

30. La loi budgétaire comprend une série de mesures fiscales, notamment l'adoption de l'option prévue par la directive ATAD permettant d'appliquer la règle de limitation de la déductibilité des intérêts au niveau du groupe pour les sociétés sous régime d'intégration fiscale. La loi permet toutefois d'opter pour une application de cette règle au niveau de chaque membre et non pas au niveau du groupe.

Par ailleurs, la loi budgétaire baisse le taux de l'impôt sur le revenu des collectivités (IRC) de 18% à 17% à partir de l'année 2019. Le taux global de l'impôt sur le revenu (comprenant l'impôt commercial communal) s'élève désormais à 24.94% (pour les sociétés établies dans la commune de Luxembourg).

Par ailleurs, le montant du revenu imposable soumis au taux réduit d'IRC de 15% est augmenté de 25 000 à 175 000 €.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Afin de s'aligner sur la transposition de la directive ATAD réalisée dans d'autres pays européens, le législateur luxembourgeois a décidé de revenir sur sa décision initiale de ne pas exercer l'option permettant d'appliquer la règle de limitation de la déductibilité des intérêts au niveau du groupe intégré. Cette modification, qui entrera en vigueur rétroactivement à partir du 1^{er} janvier 2019, est flexible étant donné qu'elle laisse également l'option d'appliquer cette règle au niveau de chacun des membres du groupe intégré. Il s'agit toutefois d'une option « all-in » ou « all-out ».

31. Luxembourg - Échange de renseignements sur demande en matière fiscale – La procédure applicable en matière d'échange de renseignements sur demande est modifiée, pour permettre aux contribuables d'introduire un recours contre la décision d'injonction de fournir des renseignements.

Loi modifiant la procédure applicable à l'échange de renseignements sur demande en matière fiscale, 1^{er} mars 2019

32. Suite à la décision *Berlioz* de la Cour de justice de l'Union européenne¹³, la loi luxembourgeoise du 25 novembre 2014 prévoyant la procédure applicable à l'échange de renseignements sur demande en matière fiscale a été modifiée par la loi du 1^{er} mars 2019. Le contribuable peut désormais non seulement exercer un recours contre l'amende administrative fiscale infligée au détenteur des renseignements lorsqu'il refuse de fournir les renseignements demandés mais également contre la décision d'injonction de fournir des renseignements.

Le recours est soumis à une procédure spécifique accélérée. Le recours, qui a un effet suspensif, doit être introduit devant le tribunal administratif dans un délai d'un mois à partir de la notification de la décision au détenteur des renseignements demandés. Les décisions du tribunal administratif peuvent être frappées d'appel devant la Cour administrative dans un délai de 15 jours à partir de la notification de la décision du tribunal administratif.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

L'adoption de cette nouvelle loi était particulièrement attendue car elle permet aux contribuables luxembourgeois de recouvrer, en matière d'échange de renseignements sur demande, des droits conformes au droit de l'Union européenne.

¹³ CJUE, 16 mai 2017, C-682/15, *Berlioz*.

33. Établissement stable – Existence – Justification - Une circulaire apporte des clarifications quant aux moyens de preuve à fournir pour la reconnaissance d'un établissement étranger par les autorités luxembourgeoises.

Directeur des contributions, circulaire n° 19, 22 févr. 2019

34. Le nouvel alinéa 5 du § 16 de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (*Steueranpassungsgesetz*) introduit par la loi du 21 décembre 2018 complète la définition de l'établissement stable (ES) afin de résoudre les conflits d'interprétation résultant de l'interaction entre le droit interne et une convention pour l'élimination de la double imposition concernant la définition du terme « ES ». Ces interprétations divergentes ont donné lieu à des situations de double imposition et les confirmations qui devront désormais être fournies par les contribuables ont comme objectif de mettre fin à ces situations.

Le § 16, alinéa 5 StAnpG retient qu'en présence d'une convention, les seuls critères à retenir pour déterminer si un contribuable résident dispose d'un ES dans l'autre État contractant sont ceux retenus dans cette convention. Il précise ensuite qu'à moins qu'une disposition explicite de la convention ne s'y oppose – ce qui n'est pas le cas pour la quasi-totalité des conventions conclues par le Luxembourg – un contribuable dispose seulement d'un ES dans un tel État contractant si l'activité exercée dans cet autre État, considérée isolément, constitue une activité indépendante et représente une participation à la vie économique générale dans cet État.

L'administration peut demander au contribuable de fournir une confirmation que l'autre État contractant considère qu'il y existe un ES. Une telle confirmation doit toujours et d'office être produite par le contribuable en présence d'une convention de double imposition qui ne contient pas de clause substantiellement conforme à l'article 23a.4. du modèle de convention de l'OCDE.

La circulaire du directeur des contributions n° 19 du 22 février 2019 apporte des clarifications quant à la confirmation à fournir par le contribuable aux autorités fiscales. Ainsi, il peut s'agir de tout document probant permettant de vérifier l'existence d'un ES et notamment un bulletin d'imposition ou encore une attestation de l'autorité compétente de l'autre État contractant confirmant l'existence d'un ES.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La circulaire apporte des clarifications quant aux moyens de preuve à fournir pour la reconnaissance d'un ES étranger par les autorités luxembourgeoises. Il est probable qu'une confirmation émise par l'autre État contractant quant à l'existence d'un ES ne pourra pas être obtenue dans tous les États et il est conseillé de vérifier rapidement les documents probants qui pourraient être disponibles ou obtenus dans l'autre État.

Actualité jurisprudentielle

35. Luxembourg - Réduction de capital motivée par des raisons économiques - Absence de retenue à la source – Le TA de Luxembourg juge que la disproportion entre le capital et les actifs restants d'une société ainsi que la réalisation de son objet social qui laisse présager sa liquidation future constituent des raisons économiques sérieuses justifiant un remboursement de capital social sans retenue à la source.

TA Luxembourg, 26 mars 2019, n° 40720

36. En l'espèce, une société de droit luxembourgeois, dont l'objet était la gestion et la réalisation moyennant vente de différents terrains, a été créée en 2007 par l'apport, par des personnes physiques, de différentes parcelles de terrain. Suite à la conclusion de deux contrats d'achèvement, la société ne disposait plus que d'une parcelle non constructible et non revendable. Dans ce contexte, la société a procédé à plusieurs réductions de capital successives.

En droit fiscal luxembourgeois une réduction de capital n'est pas soumise à retenue à la source si elle remplit deux conditions cumulatives : (i) la fraction de capital réduite ne doit pas correspondre à des réserves ayant été capitalisées et (ii) la réduction de capital doit être motivée par des raisons économiques sérieuses. Une note de service de l'administration vient également préciser qu'une réduction de capital ne peut pas être considérée comme étant motivée par des raisons sérieuses dès lors que la société procède à une réduction bien qu'elle ait des réserves importantes dont elle n'entend pas se dessaisir au profit des associés.

Le tribunal a considéré que la réduction de capital était justifiée économiquement en raison de la réalisation de l'objet social de la société, l'absence d'autres projets immobiliers et du nombre très limité d'actif. Il a également souligné que la réduction de capital n'excède pas la valeur nominale initialement fixée des parts sociales de sorte que les allégations du gouvernement comme quoi il s'agirait de la distribution des plus-values sur les terrains se trouvent contredites.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

L'apport du jugement du tribunal administratif est de donner un exemple concret de ce qui peut être considéré comme des raisons économiques sérieuses à une réduction de capital. Jusqu'à présent, hormis la note de services précisant ce qui n'en était pas, il n'y avait que peu d'orientation sur cette notion.

En pratique, certains considéraient que cela était le cas dès lors qu'une société ne disposait pas de réserves distribuables. Toutefois au vu de l'examen auquel se livre le tribunal, il semble que ce raisonnement *a contrario* est insuffisant.

37. Propriété intellectuelle - Revenus tirés d'un contrat de distribution et d'usage de marque

– Redevances – Le TA de Luxembourg juge que le régime d'exonération de la propriété intellectuelle prévu par l'ancien article 50bis LIR, modifié par la loi du 4 août 2017 pour le rendre conforme à l'approche du lien (« *modified nexus approach* ») énoncée à l'action 5 du projet BEPS, est applicable à un contrat prévoyant à la fois la distribution et l'usage de la marque sur un territoire déterminé.

TA Luxembourg, 27 mars 2019, n°40742

38. Deux personnes physiques ont dans un premier temps conclu un contrat de transfert de marque avec leur société. Ce contrat a été suivi pas la conclusion entre la société et une autre société d'un autre contrat dit de distribution et d'usage de marque.

Le régime d'exonération des revenus produits par certains droits de propriété intellectuelle ne peut s'appliquer que si la marque est utilisée pour la commercialisation sur le marché de produit ou pour l'exploitation et l'usage effectif par le concessionnaire d'une marque déposée. En l'espèce, la société achetait les marchandises, y apposait sa marque et les revendait ensuite au concessionnaire qui les commercialisait. Etant donné que le contrat conclu entre la société et le concessionnaire prévoyait non seulement la distribution mais également l'usage de la marque sur un territoire déterminé ce qui permettait au concessionnaire d'utiliser la marque en question sur le marché à ses propres fins et ce dans le but de la commercialisation, le contrat présentait tous les critères d'un contrat de licence d'exploitation et qualifie ainsi pour le régime d'exonération partielle prévue à l'article 50bis LIR.

Par ailleurs, le tribunal a rappelé que le critère essentiel qui permet de distinguer l'abus de droit du bénéfice légitime d'un avantage fiscal est la vérification d'une motivation autre que fiscale du recours à une construction. Le droit d'entrée du contrat de distribution et d'usage de marque, a priori surfait, compte tenu de la faible notoriété de la marque, ne suffit pas, faute d'un lien effectif entre les parties au contrat, pour conclure à l'existence d'un abus de droit, notamment en raison du fait que le contrat de licence n'est pas a priori dépourvu de tout intérêt économique pour le concessionnaire en raison de l'essor des produits objets de la marque.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La décision du tribunal clarifie l'application du régime fiscal de la propriété intellectuelle prévue par l'ancien article 50bis LIR aux contrats mixtes de distribution et d'usage de marques.

En matière d'abus de droit, le tribunal semble refuser la qualification d'abus du fait que l'opération n'est pas dépourvue de tout intérêt économique. Il sera intéressant de suivre la jurisprudence en matière d'abus de droit au regard des modifications apportées à la disposition générale anti-abus

(GAAR) par la loi du 21 décembre 2018 transposant l'ATAD en droit luxembourgeois. D'après la définition modifiée de la GAAR, la simple existence d'un intérêt économique de l'opération pourrait ne plus être suffisant.

39. Échange de renseignements - Accès au dossier - Sursis à exécution et obtention d'une mesure de sauvegarde

– La CAA de Luxembourg juge que l'ordonnance du président du tribunal administratif rejetant une demande de sursis à exécution de la décision directoriale de refus d'accès au dossier n'est susceptible d'aucun recours. Seule une demande d'effet suspensif de la décision du tribunal durant le délai et l'instance d'appel peut être déposée.

CAA Luxembourg, 28 mars 2019, n° 42391C

40. Suite à une décision directoriale de refus d'une demande en communication d'une demande d'assistance des autorités françaises soumises aux autorités luxembourgeoises, les requérants ont déposés un recours ainsi que le même jour une demande tendant à voir prononcer le sursis à exécution de la décision.

Le président du tribunal administratif a rejeté la demande en institution d'une mesure provisoire, ordonnance contre laquelle les requérants ont relevés appel. Le délégué du gouvernement a alors invoqué l'irrecevabilité de l'appel au motif qu'il n'est pas prévu en la matière.

Le droit commun de la procédure administrative prévoit en effet qu'aucune voie de recours n'est possible contre une ordonnance qui est exécutoire dès sa notification. La loi sur l'échange de renseignements ne vient pas contredire ce principe de droit commun. La seule disposition permettant de donner un effet suspensif est tirée du droit commun qui est une demande en sursis à exécution devant le tribunal administratif qui doit vérifier si la décision risque de causer un préjudice grave et définitif. La Cour se déclare alors incompétente en l'espèce.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Seule une demande d'effet suspensif du recours pendant le délai et l'instance d'appel devant le tribunal administratif permet un sursis à exécution d'une décision de refus d'accès au dossier.

Fiscalité internationale

41. À NOTER

> **Instrument multilatéral - Ratification par le Luxembourg** - Le 9 avril 2019, le Luxembourg a déposé son instrument de ratification de la convention multilatérale pour la mise en œuvre de mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base

d'imposition et le transfert de bénéfice (« MLI ») auprès de l'OCDE.

Le parlement luxembourgeois avait voté la loi autorisant ladite ratification le 14 février 2019. Le MLI entrera donc en vigueur le 1er août 2019 pour le Luxembourg. Pour la plupart des conventions, dites « couvertes », conclues par le Luxembourg et dont l'autre État contractant a déjà déposé son instrument de ratification, les dispositions relatives aux retenues d'impôt s'appliqueront à compter du 1er janvier 2020 et les autres dispositions à partir du 1er janvier 2021.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Il convient de s'interroger dès maintenant sur les conséquences de l'application de cet instrument et notamment la clause destinée à prévenir l'utilisation abusive des conventions, qui est un standard minimum requis par le MLI.

> **Convention fiscale France - Luxembourg - Entrée en vigueur prévue pour le 1er janvier 2020** - Le 26 mars 2019, le Conseil d'État a transmis au parlement luxembourgeois son avis concernant la nouvelle convention visant à éliminer les doubles impositions signée par la France et le Luxembourg le 20 mars 2018. Le parlement devrait voter la loi de ratification de la Convention prochainement et la convention devrait dès lors entrer en vigueur le 1er janvier 2020, la France ayant ratifié la Convention le 14 février 2019.

N. KLUSCHIN ■

Pays-Bas



Imme KAM,
Fiscaliste en droit néerlandais,
Loyens & Loeff Rotterdam

42. Pays-Bas - Instrument multilatéral – Ratification – Les Pays-Bas ont ratifié l'Instrument multilatéral et déposé leur instrument de ratification auprès de l'OCDE. Celui-ci entrera donc en vigueur le 1er juillet 2019.

Kamerstukken II, 2018-2019, 35 030

43. Le 5 mars 2019, la chambre haute du Parlement néerlandais (*Eerste Kamer*) a approuvé la ratification de la convention multilatérale pour la mise en œuvre de mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfice (« MLI »), ce qui conclut le processus de ratification national du MLI aux Pays-Bas. Le 29 mars 2019, les Pays-Bas ont déposé leur instrument de ratification du MLI auprès de l'OCDE. Celui-ci entrera donc en vigueur le 1^{er} juillet 2019 pour les Pays-Bas.

La loi de ratification confirme les réserves et notifications formulées par les Pays-Bas en juin 2017, et **ajoute une réserve provisoire émise pendant la procédure de ratification devant le parlement néerlandais (*Tweede Kamer*) sur l'article 12 du MLI** visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable par des accords de commissionnaire et autres stratégies similaires.

44. Pays-Bas - Régime mère-fille - Frais non déductibles liés à une participation qualifiante

– Le *Hoge Raad der Nederlanden* précise la nature des frais non déductibles liés à l'acquisition ou à la cession d'une filiale qualifiante pour le régime des sociétés mères et filiales.

Hoge Raad der Nederlanden, 7 déc. 2018, n° 17/01211 : ECLI:NL:HR:2018:2264

45. Les frais engagés par un contribuable en relation avec l'acquisition ou la cession d'une participation qualifiante pour le régime mères et filiales sont considérés comme non déductibles. La décision commentée fournit des précisions quant à la nature des frais considérés comme directement liés à l'acquisition ou à la cession d'une participation qualifiante.

Ces règles sont différentes des méthodes pratiquées par les contribuables et les autorités fiscales néerlandaises jusqu'à présent : elles sont **plus strictes sur la qualification de certains frais et plus libérales concernant d'autres**. Par conséquent, les contribuables devront revoir avec attention leur approche quant à la détermination des frais liés à l'acquisition ou cession de leurs participations qualifiantes dans le futur.

Le Conseil d'État a conclu que les frais engagés par un contribuable sont qualifiés de frais liés à l'acquisition ou à la cession d'une participation s'il y a un **lien de causalité** entre ces frais et l'acquisition ou la cession de la participation, c'est-à-dire que ces frais n'auraient pas été engagés en l'absence de l'acquisition ou de cession de la participation. L'existence d'un tel lien doit être appréciée sur la base de critères objectifs.

La décision juge également que les frais non déductibles d'acquisition ou de cession comprennent à la fois des frais internes et des frais externes au contribuable.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Cette décision définit des règles strictes quant au moment et à la méthode permettant de déterminer les frais liés à l'acquisition ou à la cession des participations qualifiantes sous le régime mères et filiales. Elle aura notamment un impact important sur la pratique des fusions et acquisitions. Son impact devra néanmoins être analysé au cas-par-cas. D'un point de vue administratif, cette décision obligera les contribuables à assurer un suivi minutieux de leurs frais d'acquisition et de cession pour chaque participation.

46. Aides d'État - Rescrits fiscaux accordés par les Pays-Bas à Nike – Propriété intellectuelle – :

La Commission européenne a ouvert une enquête afin de déterminer si les rescrits fiscaux accordés par les Pays-Bas à Nike ont pu constituer une aide d'État illégale.

Comm. UE, communiqué de presse, 10 janv. 2019

47. La Commission a annoncé l'ouverture d'une enquête approfondie sur le traitement fiscal accordé par les Pays-Bas à deux sociétés du groupe Nike basées aux Pays-Bas pour déterminer si ces traitements « ont pu procurer à l'entreprise un avantage indu par rapport à ses concurrents, en violation des règles de l'UE en matière d'aides d'État ». Cette enquête porte sur des rescrits accordés à titre individuel à ces sociétés et ne devrait, en tant que telle, pas impacter d'autres contribuables. Cependant, l'enquête s'inscrit dans un effort continu de la Commission, qui cible notamment les prix de transfert et les problématiques liées à la valorisation des transactions intragroupe.

L'enquête concerne cinq rescrits fiscaux accordés par les Pays-Bas entre 2006 et 2015 à deux sociétés du groupe Nike basées aux Pays-Bas, Nike European Operations Netherlands BV et Converse Netherlands BV, chargées de développer, promouvoir et enregistrer les ventes des produits Nike et Converse en Europe, au Moyen-Orient et en Afrique. Les rescrits fiscaux portent notamment sur la **méthode de calcul de la redevance à verser par les deux sociétés néerlandaises pour l'utilisation de la propriété intellectuelle**.

L'enquête de la Commission cherchera à déterminer si cette méthode de calcul de la redevance avalisée par les rescrits est conforme au principe de pleine concurrence. Son ouverture ne préjuge en rien de l'issue de l'enquête. Elle est l'occasion pour les Pays-Bas, les contribuables concernés et les tiers intéressés de faire part de leurs observations et pour la Commission d'étudier plus en détail la méthode de prix de transfert acceptée par les autorités fiscales néerlandaises.

I. KAM ■

48. À NOTER

> **Notion de « bénéficiaire effectif » - Abus de droit - Directives mère-fille et intérêts-redevances** – Le gouvernement néerlandais étudie actuellement si les décisions de la CJUE rendues le 26 février 2019¹⁴, portant notamment sur la notion de « bénéficiaire effectif » et les éléments constitutifs d'un abus de droit, nécessiteront des modifications législatives en droit fiscal interne. Plus d'informations à ce sujet devraient être disponibles lors de la présentation du budget pour l'année 2020 qui aura lieu le 17 septembre 2019.

I. KAM ■

14 CJUE, gde ch., 26 févr. 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 et C-116/16 et C-117/16 (FI 2-2019, n° 5.2 ; FI 2-2019, n° 5.3).

Portugal



Agnès de l'ESTOILE-CAMPI,
CMS France



Monica SANTOS COSTA,
CMS Portugal

49. Portugal – Transposition de la directive ATAD - Le Portugal a transposé la directive européenne dite « ATAD », impliquant des modifications de la législation fiscale interne, notamment, du Code de l'Impôt sur les Bénéfices des Sociétés.

Loi n° 32/2019, 3 mai 2019

50. La loi commentée a introduit des modifications à la législation fiscale portugaise, résultant de la transposition (partielle) des mesures découlant de la directive ATAD (*Anti Tax Avoidance Directive*) en ce qui concerne :

- les sociétés étrangères contrôlées ;
- les limitations à la déduction fiscale des charges financières nettes ;
- l'*exit tax* sur les transferts d'actifs d'un pays à un autre ;
- les montages considérés comme abusifs.

51. **Bénéfices provenant des sociétés établies dans un pays à régime fiscal privilégié** - Le régime des « sociétés étrangères contrôlées » ou « CFC » est modifié de façon significative, notamment en ce qui concerne la notion d'« entité soumise à un régime fiscal privilégié ». La nouvelle rédaction précise qu'une entité est réputée comme bénéficiant d'un régime fiscal privilégié lorsqu'elle est (i) résidente dans un territoire qui figure dans la liste portugaise des paradis fiscaux ou (ii) assujettie à des impôts sur les bénéfices ou les revenus inférieurs de plus de 50 % à ceux dont elle aurait été redevable dans les conditions du Code de l'Impôt sur les Bénéfices des Sociétés au Portugal (« IRC »). Au regard de cette condition, la formulation précédente prévoyait qu'était considéré comme privilégié un régime fiscal un taux nominal d'imposition inférieur à 60% du taux d'IRC (actuellement établi à 21%).

52. Les limitations à la déduction fiscale des charges financières nettes - L'article 67 du Code IRC, qui prévoit que la déduction des charges financières nettes n'est autorisée que jusqu'à hauteur du montant le plus élevé entre (i) 30% de l'EBITDA ajusté de l'emprunteur et (ii) 1 million d'euros, est déjà conforme aux exigences de la directive ATAD, la loi n° 32/2019, n'introduit que des ajustements à la définition des « *charges financières nettes* ».

53. L'exit tax sur les transferts d'un pays à un autre - Le Code IRC contient déjà des règles dans ce domaine (articles 83 et 84 du Code IRC), qui correspondent essentiellement aux exigences de la directive ATAD. Les modifications introduites par la loi n° 32/2019 ne concernent donc que le report et les modalités de paiement de l'impôt à la suite du transfert de la résidence hors du territoire portugais ou de la cessation d'un établissement établi. En même temps, les articles 46 et 54-A du Code IRC sont modifiés au regard des règles pour la valorisation des actifs lorsqu'une entité non-résident s'établit ou fixe sa résidence sur le territoire portugais.

54. Nouvelle rédaction de la clause générale anti-abus - La loi modifie le texte actuel de la clause générale anti-abus pour inclure plus largement, tous les montages ou séries de montages qui ne sont pas considérés comme authentiques, c'est-à-dire qui ne sont pas réalisées pour des raisons économiques valables et qui ne reflètent pas leur substance économique. Par ailleurs, il suffit que l'objectif fiscal relève de l'un des objectifs principaux du montage (alors qu'auparavant l'objectif fiscal devait être essentiel ou principal). Enfin, il est prévu que, dans les cas où des montages abusifs aboutissent à une élimination (ou réduction) de la retenue à la source libératoire, l'avantage fiscal est réputé se matérialiser chez le bénéficiaire du revenu, sans préjudice de l'éventuelle responsabilité générale de l'agent collecteur. La clause s'applique à tous les impôts.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La modification majeure concerne la règle CFC qui désormais s'applique sur un critère de taux d'imposition effective de la société étrangère alors que jusqu'à présent seul le taux nominal était pris en compte. La détention de filiales via une holding portugaise doit donc être revue à l'aune de cette modification pour déterminer si elle a un impact.

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

Royaume-Uni



David CHAUMONTET,
Avocat associé, Arsene Taxand

55. Royaume-Uni - Impôt sur les sociétés - Cessions intragroupes - Compatibilité avec le droit de l'Union - Le First-Tier Tribunal juge que la législation britannique relative aux cessions intragroupes porte atteinte à la liberté d'établissement garantie par le droit de l'Union.

First-Tier Tribunal (Tax chamber), 25 mars 2019, Gallaher Ltd v. HMRC

56. La chambre fiscale du Tribunal de première instance (*First-Tier Tribunal, Tax Chamber*) s'est prononcée sur la compatibilité au droit de l'Union des dispositions de l'article 171 du TCGA 1992¹⁵ dites « *no gain no loss* ».

En vertu de cet article, les cessions intragroupes ont un caractère intercalaire : le transfert d'actif au sein du groupe ne génère pas de plus-value taxable ni de moins-value déductible lors de sa réalisation. Pour bénéficier de cette disposition, le cédant et le cessionnaire doivent être des entités résidentes britanniques soumises à l'impôt sur les sociétés au Royaume-Uni. Les parties peuvent également être des entités non résidentes à condition que la plus-value soit imposable au Royaume-Uni dans la mesure où l'actif (i) est situé au Royaume-Uni et (ii) est détenu ou utilisé par un établissement stable britannique de l'entité non résidente.

57. Contexte général - L'affaire s'inscrivait dans le cadre de la réorganisation d'un groupe multinational. En 2011, le contribuable britannique avait cédé certains droits de propriété intellectuelle à une société membre située en Suisse (SwissCo). En 2014, il avait cédé la participation qu'il détenait dans une autre filiale à une société du groupe située aux Pays-Bas (DutchCo). Ces deux cessions, dont il était reconnu qu'elles n'avaient pas été faites dans un but de fraude ou d'évasion fiscales, avaient donné lieu à la constatation de plus-values imposables immédiatement.

Le contribuable soutenait que les dispositions de l'article 171 du TCGA 1992 étaient contraires à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux protégées par le droit de l'Union, notamment du fait de l'absence de possibilité de report de l'imposition.

¹⁵ Taxation of Chargeable Gains Act 1992 (loi britannique relative à l'imposition des plus-values imposables).

58. Décision du Tribunal - Tout d'abord, le Tribunal a considéré que la législation en cause au principal affectait principalement la liberté d'établissement. Les effets de cette législation sur la libre circulation des capitaux n'étaient qu'une conséquence inévitable des restrictions portées à la liberté d'établissement.

Cette distinction est fondamentale. En effet, la libre circulation des capitaux concerne à la fois les États membres et les pays tiers, à la différence des autres libertés prévues par le droit de l'Union. Par conséquent, dans la mesure où le contribuable ne pouvait se prévaloir de la libre circulation des capitaux, le Tribunal a estimé que la cession intragroupe d'actifs immobilisés à une société suisse n'était pas contraire au droit de l'UE. Il a donc rejeté les prétentions du contribuable concernant la cession des droits de propriété intellectuelle à SwissCo en 2011.

En revanche, la question restait entière concernant la cession d'actions à DutchCo en 2014. Sur ce point, le Tribunal a estimé que la réglementation britannique, en excluant du champ d'application les cessions intragroupes effectuées à une société située dans un État membre de l'Union, constituait une restriction à la liberté d'établissement. Cette restriction était justifiée par l'objectif de préservation de la répartition de la compétence fiscale entre le Royaume-Uni et les Pays-Bas.

Toutefois, au cas particulier, le principe de proportionnalité n'était pas respecté. Reprenant l'argumentation du contribuable, le Tribunal adopte un raisonnement analogue à celui retenu par la CJUE en matière d'imposition à la sortie. Il considère que la législation britannique aurait dû prévoir un mécanisme de report d'imposition de la plus-value.

Or, le Tribunal estime qu'il n'est pas compétent pour modifier les règles et introduire une obligation de report d'imposition. Dès lors, il considère que la législation litigieuse doit tout simplement être écartée. Ainsi, la plus-value est entièrement exclue du champ d'application de l'impôt britannique. *In fine*, le Tribunal va ainsi au-delà de la demande du contribuable, qui avait uniquement soutenu l'application du report d'imposition.

59. Royaume-Uni – Lutte contre la fraude et l'évasion fiscales - Diverted Profits Tax - Mise en conformité – L'administration fiscale britannique met en place un nouveau dispositif de divulgation à destination des entreprises multinationales ayant conclu des accords ou montages en vue de réduire leur base imposable au Royaume-Uni, afin de régulariser leur situation au regard de la *Diverted Profits Tax*.

HMRC, Guidance, Profit Diversion Facility Compliance, 10 janv. 2019

60. Le 10 janvier 2019, le HMRC a annoncé la création d'un dispositif de divulgation des droits éludés au titre de l'impôt sur les « bénéfiques détournés » (*diverted profits tax – DPT*).

La taxe DPT a été créée par la loi de finances pour 2015 afin de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales. Elle soumet les bénéfiques qui échapperaient à l'impôt britannique en raison de montages sans substance économique à une imposition au taux de 25%, en lieu et place du taux normal d'impôt sur les sociétés de 19%. Si une entreprise est potentiellement dans le champ d'application de la taxe DPT, elle doit en informer l'administration fiscale britannique.

Le nouveau dispositif, baptisé *Profit Diversion Compliance Facility (PDCF)* doit encourager les multinationales qui pourraient entrer dans le champ d'application de la taxe DPT à régulariser leur situation.

Les entreprises concernées peuvent s'inscrire au dispositif jusqu'au 31 décembre 2019. Elles doivent ensuite fournir au HMRC un rapport, dans les six mois de leur inscription, comportant notamment une description de leur situation de fait et de droit, ainsi qu'une proposition visant à régler les droits éludés, majorés des intérêts et pénalités.

En contrepartie de cette divulgation, l'administration fiscale s'engage à ne pas déclencher de contrôle fiscal concernant les montages litigieux pour la période régularisée. Mais surtout, les pénalités encourues seront inférieures à celles qui auraient été appliquées en cas de contrôle par le HMRC. En effet, le contribuable sera redevable des pénalités pour « divulgation spontanée » (*unprompted disclosure*) dont le montant minimal est inférieur aux pénalités appliquées en cas de redressement par l'administration (*prompted disclosure*). En outre, l'administration s'engage à ne pas mentionner le contribuable sur la liste publique des fraudeurs fiscaux délibérés créée par l'article 94 de la loi de finances pour 2009.

En revanche, la procédure de régularisation n'exonère pas de toute responsabilité pénale : l'administration fiscale britannique reste libre de mener une enquête judiciaire fiscale. Le HMRC précise néanmoins qu'il est très peu probable qu'il se livre à une telle enquête si la divulgation faite par le contribuable est complète et exacte.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Depuis le mois de janvier 2019, le HMRC envoie des lettres d'avertissement aux entreprises qu'il considère comme étant assujetties à la taxe DPT ou « à haut risque ». Il les encourage à s'inscrire au PDCF afin de régulariser leur situation si nécessaire. Dans ce cas, il est probable que le défaut de réponse du contribuable déclenche un contrôle fiscal.

Néanmoins, les sociétés qui n'auraient pas reçu de courrier à ce jour ne peuvent s'exonérer de revoir leur politique fiscale, afin de déterminer si la taxe DPT est susceptible de s'appliquer à leurs activités.

D. CHAUMONTET ■

États-Unis et Canada

États-Unis



Stéphanie HAMIS,
Avocat associé, Arsene Taxand



AVEC LA COLLABORATION DE :
Fabien DROUILLARD,
Associate, Arsene Taxand

61. États-Unis - Base erosion anti-abuse tax (BEAT) - Global intangible Low-Taxed Income (GILTI) - Foreign-Derived Intangible Income (FDII) – L'administration fiscale américaine a publié de nouveaux projets d'instructions et des formulaires précieux pour l'application des dispositifs BEAT, GILTI et FDII, d'autant plus que ces dispositifs font l'objet d'applications souvent différenciées au niveau des États américains.

IRS, Dpt of th Treasury, 4 mars 2019, REG-104464-18

62. Pour rappel, le dispositif BEAT est une imposition minimum de 10 % qui s'applique sur une base modifiée de revenus à raison de la portion d'impôt qui excède le niveau « normal » d'imposition attendu du contribuable (sans tenir compte du bénéfice de certains crédits d'impôts).

Le dispositif GILTI vise à appréhender, au niveau d'une société américaine, l'impôt qui aurait dû s'appliquer au revenu incorporel mondial qui a bénéficié d'une faible imposition à l'étranger.

Ces deux mesures anti-abus, ou plutôt anti-érosion des bases fiscales imposables américaines, se veulent notamment le pendant de l'allègement de la fiscalité américaine enclenché par le TCJA (« *Tax Cuts and Jobs Act* ») de 2017, la grande réforme fiscale portée par le Président Trump (*i.e.*, abaissement de l'impôt fédéral sur les sociétés à 21 %, mise en place de la taxe de transition, etc.).

Le FDII, mesure favorable aux entreprises américaines, prévoit quant à lui l'application d'une réduction de 37,5 % aux revenus réalisés au titre de ventes de biens ou de prestations de services au profit de société étrangères qui sont retirés d'incorporels détenus par une société américaine. Le

FDII est égal aux revenus réputés retirés d'incorporels de la société multipliés par un ratio égal au montant de ses revenus retirés de la vente, de la location, de licences, d'échange ou de cessions d'actifs ou de prestations de services à l'étranger sur ses revenus totaux.

63. L'IRS (« *Internal Revenue Service* ») a déjà eu l'occasion, fin 2018, de publier une série d'instructions (esquissées dans notre précédente rubrique) donnant des lignes directrices pour l'application de ces deux dispositifs. L'administration fiscale américaine, poursuivant ce travail de précisions début 2019, a publié de nouveaux projets d'instructions (1) et des formulaires précieux (2), d'autant plus dans un contexte d'application souvent différenciée de ces mesures au niveau des États américains (3).

♦ **Projet de lignes directrices sur les réductions au titre du GILTI et du FDII**

64. Lundi 4 mars 2019, le Trésor américain et l'IRS ont publié un projet d'instructions (REG-104464-18) mettant en application l'article 250 de l'IRC (« *Internal Revenue Code* »), un nouvel article du Code ajouté par le TCJA. L'article 250 accorde aux sociétés domestiques américaines des réductions qui baissent leur impôt sur les revenus générés par leurs exportations ainsi que sur le revenu de leurs filiales étrangères. En l'espèce, le projet d'instructions couvre les réductions sur les FDII et le GILTI. Il donne des **détails sur le calcul de ces réductions, mais surtout sur la détermination du revenu bénéficiant du traitement des FDII.**

Dans l'ensemble, le projet d'instructions fournit des **orientations claires et logiques, les nuances nécessaires, seules quelques explications semblent discutables ou imprévues.** Pour la plupart des entreprises, le défi sera le rythme soutenu auquel elles devront maintenant modifier leurs nombreux et complexes calculs, et ce afin de déterminer l'incidence du TCJA sur leurs états financiers et leurs déclarations de revenus.

Voici un rapide aperçu de certaines des principales dispositions du projet.

65. Règles d'ordre pour l'articulation des articles 163(j) et 172 - Le projet d'instructions donne des lignes directrices aux sociétés américaines qui peuvent être assujetties à une limitation de leurs réductions en application de l'IRC (la limitation de déductibilité des intérêts prévue à l'article 163(j) par exemple). En effet, de nombreuses dispositions de l'IRC limitent la capacité d'un contribuable à utiliser ses réductions sur son revenu imposable. Outre l'article 250, ce sont les articles 163(j) (qui limite la déduction des intérêts commerciaux) et 172 (qui limite la déduction des pertes nettes d'exploitation - « *Net Operating Losses* » ou NOLs -) qui sont

largement concernés. Afin d'éviter que les contribuables ne fassent des calculs itératifs pour tenir compte de l'interaction de ces dispositions, le projet d'instructions prévoit une règle d'ordre pour l'application des articles 163(j) et 172, conjointement avec l'article 250.

66. La réduction de l'article 250 ne génère pas de revenu ou d'actifs exonérés - Pour les multinationales établies aux États-Unis qui doivent calculer leur limite de crédit d'impôt étranger (« *Foreign Tax Credit* » ou FTC), le projet d'instructions prévoit que, pour éviter la circularité dans l'application des règles d'attribution des réductions aux fins du calcul du FDII, la réduction de l'article 250 n'est pas considérée comme générant un revenu ou des actifs exonérés.

67. Transactions portant sur des biens incorporels qualifiées de ventes en vertu de l'article 250 - En application du projet d'instructions, la vente d'un bien admissible au FDII peut comprendre la location, l'octroi d'une licence, l'échange ou toute autre mise à disposition d'un bien incorporel. Cela englobe notamment les droits de propriété intellectuelle étrangers ainsi que le transfert de biens incorporels donnant lieu à un gain ou à une inclusion dans le revenu en vertu de l'article 367 (transferts d'actifs hors des États-Unis).

68. Qualifications du FDII pour les services aux entités liées - Le projet d'instructions adopte une approche favorable aux sociétés américaines qui rendent des services à des entités non américaines liées. Il résout l'ambiguïté de l'exclusion des services fournis à une entité liée à l'étranger qui procure des services « essentiellement similaires » à des entités situées aux États-Unis. À cet égard, l'expression « essentiellement similaire » est déterminée selon une approche qui consiste à déterminer si les services rendus sont utilisés par l'entité liée étrangère pour fournir ses services à des personnes situées aux États-Unis et si les services fournis constituent une composante importante des services fournis par l'entité liée.

69. Documentation des opérations admissibles au FDII - Pour qu'une opération donne droit à la réduction au titre du FDII, le vendeur ou le fournisseur de services doit recueillir les documents justificatifs. Par exemple, le vendeur ou le prestataire de services doit apporter la preuve que le destinataire est réellement une personne étrangère. Il y a aussi une composante temporelle, où la documentation doit être obtenue au plus tôt un an avant que la vente ou le service ne soit fourni.

70. Approche globale pour la détermination du FDII - Contrairement aux dispositions antérieures applicables aux sociétés américaines de ventes à l'international et aux sociétés étrangères de ventes, qui étaient appliquées transaction par transaction, la FDII est déterminée sur une base globale pour toutes les transactions qui correspondent à la description de la FDII. Le projet d'instructions empêche également les contribuables d'exclure les opérations entraînant des pertes en omettant intentionnellement de satisfaire aux exigences en matière de documentation.

71. Classement des transactions comportant des éléments de vente et de service - Pour les transactions qui comportent à la fois un élément de vente et un élément de service, la transaction est classée (comme une vente ou un service) en fonction de son « *caractère globalement prédominant* ».

72. Règle anti-évitement QBAI (« *Qualified Business Asset Investment* ») - Les transferts de biens meubles corporels par une société américaine à une entité liée (dont les éléments d'actif ne seraient autrement pas pris en compte dans le calcul du FDII) peuvent être ignorés par l'IRS, en fonction de la date et de la nature du transfert.

73. Ventes et services fournis au gouvernement américain - La vente d'un bien ou la prestation d'un service au gouvernement des États-Unis en vertu de l'Arms Control Act de 1976 peut donner droit au FDII.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Ces instructions proposées constituent le dernier grand ensemble de règles mettant en œuvre le TCJA et, bien qu'elles n'aient pas été aussi attendues que celles proposés pour le GILTI et le BEAT, elles offrent des avantages et des outils de planification importants aux entreprises américaines. Les entreprises disposent maintenant de lignes directrices suffisantes pour effectuer la plupart des calculs visés par le TCJA. Le nouveau défi que doivent relever les entreprises consiste à établir des positions défendables à l'aune de ces instructions et à intégrer ces positions dans leurs modèles. Ces instructions ont cependant laissé les équipes fiscales responsables de la création de quantité de données, ce qui implique des générations et des modifications d'informations qui n'existaient pas auparavant. Ces nouvelles exigences mettent à l'épreuve les systèmes, les ressources et le calendrier des directions fiscales.

◆ Changements dans les déclarations fiscales américaines pour les multinationales

74. Pendant que les directions fiscales s'affairaient à générer de nouvelles données et à trouver des outils pour faciliter les calculs d'impôts issus du TCJA, l'IRS publiait de nouveaux formulaires provisoires révisés. Les entreprises devront se familiariser avec ces formulaires pour y déclarer les nouveaux impacts du TCJA au cours des prochains mois.

Pour aider à alléger ce fardeau sans cesse croissant, nous avons examiné les formulaires afin d'identifier les principaux changements et découvrir quelques surprises notables. Nous nous concentrons sur les nouveaux formulaires de déclaration du GILTI, l'article 250 sur la réduction au titre du GILTI et du FDII, et du BEAT.

Les contribuables devront annexer tous les formulaires dont il est question ci-dessous, s'il y a lieu, à leur déclaration de revenus et produire celle-ci au plus tard à la date d'échéance.

75. Formulaire 8992 - Calcul de GILTI par les actionnaires américains - GILTI étant un impôt américain visant les bénéfices des filiales non américaines des actionnaires américains, ils se doivent de le déclarer sur le formulaire 8992 en utilisant les données du formulaire 5471 Annexe I-1 pour chaque CFC (« *Controlled Foreign Company* ») dont ils sont propriétaires. L'actionnaire américain doit tenir compte de ces données dans l'annexe A du formulaire 8992 pour indiquer le revenu ou la perte de référence, le QBAI et les intérêts débiteurs des CFC. L'actionnaire américain doit ensuite déclarer le total de sa quote-part de chacun de ces revenus au recto du formulaire. Plus précisément, les déclarations exigées sont les suivantes :

Partie I - Revenu net de référence du CFC - Inscrire le total du revenu net de référence ou de la perte nette de référence de chaque CFC mentionné en annexe A.

Partie II - Calcul du GILTI - En utilisant les données de la partie I ainsi que les montants totaux du QBAI et des intérêts débiteurs des CFC, indiquer le montant de GILTI que l'actionnaire américain, qui dépose ce formulaire, doit finalement inclure dans son revenu imposable.

Exigence surprenante, une société doit indiquer sa quote-part de ces revenus pour tous les CFC, même ceux pour lesquels la société elle-même ne produit pas de formulaire 5471 Annexe I-1. Par conséquent, nous recommandons à toute organisation multinationale d'effectuer un examen complet de ses structures de détention au 31 décembre 2018 (ou à la fin de l'exercice pertinent) avec une vérification correspondante du caractère complet de chaque formulaire 8992.

Les particuliers et les sociétés des États-Unis doivent tous deux remplir le formulaire 8992 pour déclarer les éléments du GILTI. Toutefois, nous rappelons que la réduction de 50 % (en vertu de l'article 250) n'est offerte qu'aux sociétés américaines et doit être reportée sur le formulaire 8993.

76. Formulaire 8993 - Réductions au titre du FDII et du GILTI - Les sociétés américaines doivent utiliser le formulaire 8993 pour déclarer les FDII et toute restriction sur les réductions disponibles à la fois au titre du FDII et du GILTI.

FDII - Les parties I à III du formulaire 8993 portent principalement sur la partie du revenu généré par les exportations d'une société américaine, qui peut être admissible aux avantages du FDII. Les détails sont les suivants :

Partie I - Détermination du revenu admissible aux fins de la réduction (« *Deduction Eligible Income* » ou DEI) - Indiquer le revenu brut, les exclusions du revenu brut (comme la sous-partie F, le GILTI, les dividendes des CFC et le revenu des succursales étrangères) et les réductions attribuables pour obtenir le DEI.

Partie II - Détermination du revenu réputé immatériel (« *Deemed Intangible Income* » ou DII) - Déclarer le QBAI de la société américaine (ou, autrement dit, la moyenne trimestrielle de son assiette fiscale d'immobilisations).

Partie III - Détermination du ratio de revenu provenant de l'étranger - À partir du DEI, indiquer quel revenu la société américaine tire de ses activités à l'étranger (*i.e.*, ventes ou services) par rapport à ses activités aux États-Unis.

Possible limitation de la réduction disponible - En règle générale, une société américaine peut demander une réduction allant jusqu'à 50 % au titre du GILTI et jusqu'à 37,5 % au

titre du FDII. Toutefois, la réduction disponible d'une société américaine peut être inférieure à ces pourcentages si elle subit une perte ou si le contribuable utilise des reports en avant de NOLs. La partie IV du formulaire illustre les mécanismes de cette limitation.

Il est à noter qu'au-delà de ce qui est déclaré sur le formulaire 8993, le contribuable doit tenir suffisamment d'archives pour justifier des flux de revenus admissibles. Par conséquent, nous suggérons que les entreprises se donnent du temps pour garantir le respect des normes étrangères relatives à l'utilisation de la documentation, tel que décrit dans le projet d'instructions, et ce avant de préparer le formulaire 8993.

77. Formulaire 8991 - BEAT - Le dispositif BEAT sert de nouvel impôt minimum et touche de nombreuses grandes multinationales américaines qui versent des paiements déductibles à des sociétés étrangères liées (intérêts, redevances, etc.). Les sociétés américaines doivent déclarer le calcul de leur exposition au BEAT au moyen du formulaire 8991, présenté comme suit :

Partie I - Contribuable assujetti - En règle générale, les sociétés américaines assujetties au BEAT sont celles qui atteignent les deux seuils suivants : 1) ont des revenus bruts moyens de plus de 500 millions de dollars sur les trois années précédentes et 2) effectuent des paiements déductibles à des sociétés étrangères liées excédant 3 % des charges déductibles totales. Une société américaine y expose ses caractéristiques dans cette partie.

Partie II - Revenu imposable modifié - Indiquer tous les paiements déductibles versés à des sociétés étrangères liées qui répondent aux critères des « paiements érosifs de base » et reporter l'addition de ces paiements au revenu imposable. Les contribuables doivent déclarer les détails du calcul du paiement d'érosion de la base à l'appui dans l'annexe A de ce formulaire. Dans l'annexe A, un contribuable devra également indiquer les paiements exclus du dispositif comme ceux qui sont assujettis à la retenue d'impôt ou admissibles à la méthode du « *Services Cost Method* ».

Partie III - Réajustement de l'impôt régulier exigible aux fins du calcul du BEAT - Déclarer l'impôt normalement exigible par le contribuable (en tenant compte de toutes les réductions disponibles, y compris la réduction prévue à l'article 250 et les NOLs). De plus, les contribuables doivent y déclarer tous les crédits d'impôt de l'année d'imposition (les crédits d'impôt étranger, les crédits d'impôt de recherche et développement, etc.), dont seulement certains sont déductibles du revenu imposable (*i.e.*, les crédits d'activité courante de l'article 38), comme il est précisé à l'annexe B du formulaire 8991.

Partie IV - Calcul du BEAT - À l'aide des données ci-dessus, cette section indique si le contribuable est assujetti à son impôt normal pour l'année d'imposition ou s'il doit plutôt payer le BEAT.

Il est à noter que toute société dont les recettes brutes s'élèvent à au moins 500 millions de dollars pour une ou deux des trois années d'imposition précédentes doit produire le formulaire 8991. Ce qui signifie, de manière assez surprenante, que certains contribuables qui ne seront pas soumis au BEAT devront quand même produire ce formulaire 8991.

Par exemple, si les recettes brutes d'un contribuable pour les trois années précédentes sont la première année : 400 millions de dollars, la deuxième année : 400 millions de dollars et la troisième année : 500 millions de dollars, les recettes brutes du contribuable seraient inférieures à la moyenne de 500 millions de dollars pour les trois années précédentes et, par conséquent, au seuil d'applicabilité de BEAT. Toutefois, selon les exigences de production du formulaire, ce contribuable hypothétique devra quand même remplir le formulaire 8991.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Les nouveaux formulaires de l'IRS ajoutent un deuxième niveau de complexité aux calculs déjà difficiles de l'impôt « international » américain à la suite de l'entrée en vigueur du TCJA.

Après avoir déterminé quels formulaires s'appliquent à chaque entreprise, nous recommandons aux contribuables de commencer à s'attaquer suffisamment tôt au prochain chantier déclaratif et d'utiliser des outils automatisés qui peuvent les aider à traiter les vastes quantités de données nécessaires à leurs déclarations.

♦ Une application étatique du GILTI parfois différente de celle prévue au niveau fédéral

78. L'enjeu de la transposition étatique - Aux États-Unis, il existe un impôt sur les sociétés fédéral, qui est le plus important en termes de taux d'imposition, du nombre d'entités concernées et de complexité de ses règles, mais également un impôt sur les sociétés étatique collecté par la plupart des gouvernements des États américains. *Quid* de l'appréciation du GILTI au niveau étatique ?

Les États américains utilisent généralement le revenu imposable fédéral comme point de départ de leur assiette fiscale. Par conséquent, dans la plupart des États, le GILTI devrait automatiquement être inclus dans la base taxable servant de point de départ du revenu imposable. Néanmoins, certains États peuvent avoir appliqué des exclusions et/ou soustractions à cette base. Parmi les exemples de tels ajustements qui pourraient faire en sorte que le GILTI soit exclu du revenu imposable de l'État, nous mentionnerons la DRD (« *Dividends Received Deduction* »).

Aux fins de l'impôt fédéral sur les sociétés, la réduction GILTI en vertu de l'article 250 de l'IRC est une réduction spéciale. Par conséquent, en parallèle de la règle générale de conformité d'un État à l'IRC, la possibilité d'obtenir une réduction en vertu de l'article 250 de l'IRC aux fins de l'impôt sur les sociétés de l'État dépendra des règles déclaratives étatiques. En particulier, la différence résultera du fait que le revenu imposable de l'État au départ est un revenu imposable fédéral renseigné sur le formulaire fédéral 1120 ligne 28 ou ligne 30.

La principale différence ici est que le formulaire fédéral 1120, ligne 28, indique le revenu avant les réductions spéciales, tandis que la ligne 30 mentionne le revenu après les réductions spéciales. Pour les entités intermédiaires transparentes,

la réduction spéciale prévue à l'article 250 de l'IRC n'est pas disponible. Dans les États où le point de départ est le revenu imposable fédéral après réductions spéciales, l'inclusion nette de l'impôt GILTI devrait être la même que pour l'impôt fédéral sur le revenu. Dans les États où le point de départ est le revenu imposable fédéral avant réductions spéciales, le contribuable serait tenu d'inclure le GILTI dans son revenu imposable, mais n'aurait pas droit à la réduction GILTI, sauf modification expresse de l'État. Ce décalage entre l'IRC et la conformité de l'État à l'IRC pourrait être problématique pour les contribuables si les États n'adoptent pas une solution législative.

À ce stade, la plupart des États sont encore en train de déterminer leur traitement spécifique du GILTI. Pour les États qui ne se sont pas encore mis en conformité avec l'IRC pour correspondre au TCJA et qui n'ont pas de conformité continue à l'IRC, le GILTI n'est pas encore applicable. Pour les États qui ont une conformité continue ou qui se sont mis en conformité avec le TCJA, une attention particulière doit être accordée au traitement fiscal du GILTI du point de vue de l'inclusion et/ou exclusion et de la répartition du revenu. Par exemple, la **Géorgie** a adopté une loi pour mettre à jour sa conformité à l'IRC et prévoir que le GILTI sera exclu de l'assiette de l'impôt sur les sociétés. D'autre part, dans le **Massachusetts**, qui est conforme à l'IRC sur une base continue et utilise le revenu imposable fédéral avant perte d'exploitation nette et réductions spéciales comme point de départ pour déterminer le revenu imposable du Massachusetts, GILTI serait inclus dans la base imposable.

Bien qu'ait été présenté un projet de loi de crédits supplémentaires qui prévoit que le GILTI doit être traité comme un dividende réputé distribué aux fins du DRD du Massachusetts, il n'est pas clair pour le moment si une telle loi sera adoptée et, dans la négative, si le Massachusetts Department of Revenue va considérer que le GILTI doit être traité comme un dividende réputé distribué aux fins du DRD.

En outre, les États peuvent exiger l'imputation de dépenses spéciales pour de telles soustractions. La Californie se conforme à l'IRC au 1^{er} janvier 2015, ce qui signifie que le concept de GILTI ne s'applique pas. Toutefois, lorsque le revenu sera rapatrié aux États-Unis, il y aura une incidence fiscale californienne, sans incidence fiscale fédérale correspondante. Dans le cas des entités intermédiaires transparentes, il doit être évalué État par État si un allègement au moyen d'une soustraction ou d'un crédit est accordé au niveau de l'entité ou de l'actionnaire.

79. Le cas de New-York - Le 12 avril 2019, les projets de loi de New York (A.2009C et S.1509C) qui prévoyaient certaines modifications fiscales proposées dans le budget exécutif ont été promulgués par le gouverneur Cuomo.

Les changements les plus importants pour les sociétés concernent peut-être certains aspects de la réforme fiscale fédérale. Plus précisément pour l'État et la Ville de New York, les projets de loi exigent que le GILTI net soit ajouté au dénominateur des recettes du contribuable. Aucun GILTI n'est ajouté au numérateur. L'expression « revenu global net imposable faiblement imposé » (« *net global intangible low-taxed* »)

income ») désigne le montant à inclure dans le revenu brut fédéral du contribuable en vertu de l'article 951A(a) de l'IRC, moins le montant de la réduction autorisée en vertu de l'article 250(a)(1)(B)(i) de l'IRC.

Cette modification codifie les instructions sur la répartition de l'impôt sur le revenu des sociétés qui ont été ajoutées aux formulaires d'impôt sur les sociétés de New York de 2018. Par suite de la réforme fiscale, l'alinéa 118(b) du Règlement de l'impôt sur le revenu des sociétés a été modifié afin d'exiger des sociétés qu'elles incluent dans leur revenu toute contribution d'une entité gouvernementale ou d'un groupe civique qui n'est pas faite en échange d'actions.

L'État de New York, en tant qu'État assurant une conformité continue, a adopté ce changement et, en principe, ces cotisations auraient donc été incluses dans le calcul du revenu

net total de New York. Les projets de loi modifient les lois de l'État et de la ville de New York afin d'exclure du revenu net total toute contribution au capital d'une société par une entité gouvernementale ou un groupe civique. Ces deux modifications sont rétroactives et s'appliquent aux exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2018.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Ce domaine de l'impôt d'État est en constante évolution et les contribuables devraient porter une attention particulière aux développements législatifs et aux correctifs de conformité de l'État afin de s'aligner sur la TCJA pour l'année fiscale 2019 et au-delà.

Une étude spécifique des impacts propres à chaque État d'établissement d'une société américaine devra être effectuée.

S. HAMIS ET F. DROUILLARD ■

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

80. Argentine – Convention internationale - Luxembourg - L'Argentine a signé avec le Luxembourg son 21^e accord de non-double imposition.

Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et la République Argentine pour l'élimination de la double imposition en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune et pour la prévention de l'évasion et de la fraude fiscales, signée à Washington le 13 avril 2019

81. En 2018, les échanges du Luxembourg avec l'Argentine se sont situés au 4^e rang, après le Brésil, le Chili et la Colombie, alors que l'Argentine représente la 2^e économie d'Amérique du Sud, ce qui permet de présager un développement des relations.

Alors que l'Argentine traverse une tempête politique liée à l'augmentation de l'intention de vote favorable à l'ancienne présidente Madame Cristina Fernandez de Kirchner - affectée par de nombreuses affaires de corruption -, le gouvernement a signé -pour la première fois- une convention avec le Luxembourg suivant le modèle de l'OCDE et les développements relatifs aux dispositions anti-abus et BEPS.

82. Champ d'application - Le traité couvre l'impôt sur le revenu et sur la fortune personnelle argentin ainsi que l'impôt sur le revenu, l'impôt sur les sociétés, l'impôt sur le capital et l'impôt commercial communal luxembourgeois.

En ligne avec sa politique conventionnelle habituelle, l'Argentine a exclu du champ d'application de la convention la taxe sur les « revenus bruts » (taxe locale sur le chiffre d'affaires), alors que la réforme fiscale de décembre 2017 a introduit une retenue à la source de 4,75% à titre définitif et non récupérable qui grève les paiements à des sociétés étrangères. Ceci aboutit à une taxation contraire à la convention, très pénalisante pour les flux de services intra-groupe. Il convient par conséquent de surveiller l'application de cette retenue, sachant que les redevances seraient hors champ, selon une position de place non confirmée par l'administration. Sachant que les solutions bilatérales sont à ce jour écartées du fait de l'absence de compétence du gouvernement national argentin pour négocier avec des États tiers la portée de cette taxe provinciale.

Par ailleurs, il est précisé que **les fonds d'investissement auront droit aux avantages de la convention**. Ceux-ci seront toutefois refusés à l'égard d'un élément de revenu ou de capital s'il est raisonnable de conclure, compte tenu de tous les faits et circonstances pertinents, que l'obtention de cet avantage est l'une des finalités principales de l'opération en question. Et ce à moins qu'il ne soit établi que l'octroi de cet avantage serait en l'espèce conforme à l'objet et aux finalités des dispositions pertinentes du traité (cf. art. 28 de la convention).

La convention entrera en vigueur après échange des instruments de ratification et s'appliquera à partir du 1^{er} janvier de l'année suivant son entrée en vigueur.

83. La définition de l'établissement stable - Le traité retient une notion large d'établissement stable (cf. art. 5 de la Convention). Ainsi, sera réputé constituer un établissement stable le chantier de construction, de montage, de drainage ou de surveillance de plus de 6 mois. Il en va de même de toute activité de services ou de consultant à l'intérieur d'un État contractant par l'intermédiaire d'employés ou d'autres personnes engagées, si les activités se poursuivent pendant une période ou des périodes agrégeant plus de 6 mois au cours d'une période de 12 mois.

84. Les taux de retenues à la source – Les taux de retenue à la source prévus correspondent aux taux récemment appliqués par l'Argentine avec d'autres pays, dont notamment la Suisse.

> **Dividendes** : La retenue à la source sur les dividendes sera limitée à 10% si le bénéficiaire effectif est une société qui détient directement au moins 25% du capital de la société débitrice tout au long d'une période de 365 jours qui comprend le jour du paiement (cf. art. 10). A défaut, elle pourra atteindre un taux de 15% du montant brut des dividendes.

Jusqu'en 2016, les dividendes versés aux sociétés mères françaises étaient soumis à une retenue à la source de 15% (taux autorisé par la Convention franco-argentine en vigueur). En juillet 2016 une réforme du droit interne argentin a aboli cette retenue. À la lumière de la réforme fiscale argentine du 29 décembre 2017, les taux de retenue à la source sont de 7% en 2018 et 2019 (nouveau taux d'IS à 30%) et de 13% en 2020 (nouveau taux d'IS argentin à 25%).

> **Intérêts** : La retenue à la source sur intérêts sera limitée à 12%, à l'exception de certains intérêts exonérés (cf. art. 11), à savoir :

- les intérêts sur les créances commerciales, y compris les créances représentées par des papiers commerciaux résultant de paiements différés pour des machines ou équipements fournis par une entreprise, sauf si ces intérêts sont versés entre entreprises associées ;

- les intérêts sur les prêts de toute nature – non représentés par des instruments au porteur – accordés à des conditions préférentielles (i.e. prêt accordé par une institution financière d'un État contractant pour une période d'au moins trois ans et à un taux d'intérêt qui n'est pas supérieur à trois points sur le LIBOR) ;

- les intérêts versés au titre d'un prêt, d'une créance ou d'un crédit qui est dû à, garanti ou assuré par l'autre État contractant ou la Banque centrale, une subdivision politique, une autorité locale ou un organisme de financement à l'exportation.

Le **taux conventionnel de retenue à la source sur les intérêts versés entre la France et l'Argentine est de 20%. Ce taux semble handicapant pour les sociétés françaises à l'égard de ceux dont bénéficieront les sociétés luxembourgeoises**, que ce soit dans des relations intra-groupe ou entre sociétés non liées.

> **Redevances** : Trois taux applicables aux retenues à la source sur redevances sont à distinguer (cf. art. 12), à savoir :

- un taux limité à 3% pour les redevances versées pour l'utilisation ou le droit d'utilisation des nouvelles (i.e. d'information publiée par la presse) ;

- un taux de 5% pour les redevances versées pour l'utilisation, ou le droit d'utilisation, de tout droit d'auteur sur des œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques (excluant les redevances relatives à tout film cinématographique, ou les films ou bandes utilisés pour les

émissions radiophoniques ou télévisées). Ce taux bénéficie les auteurs et ses ayants-droits. À défaut d'un tel bénéficiaire, un taux de 15% s'applique (cf. art. 4 du Protocole) ;

- 10% pour les redevances dans tous les autres cas, y compris les paiements pour la fourniture d'une assistance technique (c'est-à-dire les services personnalisés impliquant l'application par le fournisseur de toute connaissance, expérience, capacité ou compétence spécialisée non brevetable, et ne nécessitant pas la transmission de ces connaissances au client.

Quelques différences significatives distinguent la convention avec le Luxembourg des conventions récemment signées par l'Argentine avec la Suisse ou le Chili. Il en va ainsi de l'absence du taux résiduel de 15% ou de toute référence à la rémunération des logiciens.

Toutefois, aux termes de l'art. 4 du Protocole, le taux de 10% en cas de transfert de technologie est réservé aux contrats qui ont fait l'objet d'enregistrement selon les règles de droit interne (en Argentine, auprès de l'Institut National de la Propriété Intellectuelle). À défaut, un taux de 15% s'applique.

La convention fiscale franco-argentine prévoit un taux maximal de 18% sur les redevances, ce qui rend nécessaire une mise à jour de ce texte datant de 1979 et modifié partiellement en 2001.

> **Plus-values sur actions**. - Les gains en capital tirés par un résident d'un État contractant de l'aliénation d'actions qui représentent le capital d'une société qui est un résident de l'autre État, peuvent être imposés par l'autre État à hauteur de 15% maximum. Ce taux est réduit à 10% si le cédant a détenu directement au moins 25% du capital de la société pendant une période de 365 jours, incluant le jour de la cession (cf. art. 13).

85. Bénéfices applicables au secteur de l'assurance – L'article 7 prévoit que les bénéfices d'une entreprise d'un État contractant provenant d'activités d'assurance et de réassurance en assurant des biens situés dans l'autre État contractant ou des personnes qui en sont résidents, peuvent être imposables dans cet autre État. Toutefois, en l'absence d'établissement stable, la taxe perçue dans cet autre État ne doit pas excéder 2,5% du montant brut de la prime.

86. Clause de la nation la plus favorisée – Aux termes de l'article 7 du Protocole, lorsque l'Argentine accepte un taux moins élevé ou un traitement plus favorable pour les dividendes, intérêts, redevances ou plus-values dans une future convention avec un autre État contractant, ces conditions plus favorables s'appliqueront automatiquement à la convention avec le Luxembourg.

V. ALVAREZ-LE MENTEC ■

Brésil

87. Brésil – Prix de transfert – Procédure amiable – Réforme fiscale – Traitement fiscal des services techniques et des redevances - Des clarifications ont été apportées au Brésil en ce début d'année en matière de prix de transfert et

de procédure amiable, et les grandes lignes de la réforme fiscale à venir ont été confirmées. En outre, l'administration fiscale brésilienne a pris position sur les paiements transfrontaliers en matière de services et d'assistance techniques dans le cadre de la convention fiscale franco-brésilienne et sur les redevances.

Instrução Normativa 1870/2019, 30 janv. 2019

Ordonnance 12/2018, 24 déc. 2018

Solução de Consulta 2004/2019, 18 mars 2019

Solução de Consulta 74/2019, 28 mars 2019

88. Prix de transfert - La législation concernant les prix de transfert au Brésil se singularise par son approche consistant à imposer des marges fixes aux importations et exportations, avec des méthodes qui restent assez similaires à celles de l'OCDE.

Des modifications et précisions ont été apportées par une instruction normative publiée le 30 janvier 2019 (*Instrução Normativa 1870/2019*) portant notamment sur les **comparables pouvant être utilisés**, le **moment où les prix de transfert doivent être calculés** (qui peut varier selon la méthode utilisée), ou encore la **méthode de calcul de la marge de divergence**.

89. L'administration fiscale brésilienne a publié le 24 décembre 2018 (*Ordonnance 12/2018*) un **manuel sur la procédure amiable** telle qu'issue de l'instruction normative du 28 novembre 2018 (*Instrução Normativa RFB n°1846*) qui prévoit expressément qu'une telle procédure peut être ouverte en matière de prix de transfert. Ainsi, lorsqu'une convention fiscale conclue avec le Brésil contient une disposition identique à l'article 9(1) du modèle de convention fiscale de l'OCDE et de l'ONU et qu'un cas de double imposition apparaît visé par cette disposition, le Brésil devrait donner accès à la procédure amiable.

Le manuel précise opportunément que les contribuables qui engagent une procédure amiable n'ont pas à renoncer en parallèle aux recours judiciaires ou administratifs de droit interne. Ce n'est que lorsque la procédure amiable aboutira qu'une renonciation expresse doit être déposée. Une telle précision était nécessaire car le droit brésilien était jusqu'à présent ambigu sur la question, ce qui pouvait décourager les contribuables souhaitant recourir à une procédure amiable.

90. Suivi du projet de réforme fiscale - Les informations données dans le premier numéro (FI 1-2019, n° 11, § 103) concernant la réforme de la fiscalité brésilienne (baisse du taux de l'impôt sur les sociétés à 20 %, instauration d'une retenue à la source de 15 % sur les distributions de dividendes, fusion de certaines contributions indirectes, etc.) ont été confirmées par le ministre de l'économie fin janvier au forum

économique mondial de Davos. Allant dans ce sens, un député brésilien a par ailleurs présenté le 3 avril une proposition de loi visant à fusionner cinq contributions indirectes (ICMS, ISS, PIS, COFINS et l'impôt fédéral sur les produits manufacturés) en une TVA unique, modulable par les États fédéraux et les municipalités.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

On ignore encore quel impact la proposition de loi évoquée aura mais il est d'ores et déjà à noter qu'une période transitoire de 10 ans s'appliquerait pour que les dispositions prennent effet, et une autre de 50 ans en ce qui concerne la répartition des recettes d'impôts entre les différentes collectivités. La réforme de la fiscalité indirecte au Brésil reste un « serpent de mer » depuis plus de dix ans, la proposition émane d'un député et n'a pas été endossée par le gouvernement. Il est assez peu probable qu'elle soit suivie d'effet.

91. Absence de retenue à la source pour les paiements de services et d'assistance techniques en application de la convention franco-brésilienne - Dans une position publiée au journal officiel du 18 mars 2019 (*Solução de Consulta 2004/2019*), l'administration fiscale brésilienne précise que les paiements effectués par des sociétés résidentes au Brésil pour des prestations de services techniques et d'assistance technique fournies par des sociétés établies en France ne sont pas soumis à la retenue à la source en vertu de la convention fiscale entre la France et le Brésil.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

L'administration fiscale brésilienne avait déjà pris une position similaire en 2015 (*Solução de Consulta COSIT 153/2015*) en estimant qu'en application de l'article 7 de la convention fiscale franco-brésilienne, les revenus de source brésilienne versés à des personnes résidant en France en contrepartie de services techniques ou d'assistance technique, avec ou sans transfert de technologie, n'étaient pas soumis à une retenue à la source au Brésil. La convention fiscale franco-brésilienne offre un avantage aux entreprises françaises sur leurs concurrentes d'autres pays dont la convention avec le Brésil lui permet de prélever une retenue à la source (cas de l'Espagne par exemple).

92. Prise de position sur les paiements transfrontalier de redevances - L'administration fiscale brésilienne a clarifié le traitement fiscal des paiements transfrontaliers de redevances dans une position publiée au journal officiel le 28 mars 2019 (*Solução de Consulta 74/2019*). Suivant cette position, les accords intragroupes de licence pour la commercialisation de logiciels utilisés dans le cadre de l'activité principale du groupe ne peuvent être qualifiés de contrats de *cost-sharing*.

Les paiements de redevances de source brésilienne à des personnes non résidentes sont soumis à la retenue à la source et à la CIDE.

De plus, les paiements de redevances pour l'octroi de licences ou d'utilisation de marque, sans fourniture de services liés à cette utilisation, ne sont pas considérés comme rémunérant un service et par conséquent ne sont pas soumis

aux contributions PIS et COFINS. En revanche, si le contrat ne distingue pas clairement les services des redevances, alors l'ensemble sera considéré comme la rémunération d'un service soumise à ces contributions.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

En matière de licences de logiciels, l'administration fiscale brésilienne a déjà pris une position (Solução de Consulta DISIT/SRRF06 No. 6026/2016) concernant la convention fiscale entre le Brésil et la France, en estimant que les licences de logiciels doivent répondre à la définition du droit d'auteur en vertu de l'article 12 et, par conséquent, ces paiements sont soumis à une retenue à la source au Brésil au taux maximum de 10 %.

Est confirmée l'exigibilité de la CIDE. Une attention particulière à la rédaction des contrats de licence s'impose pour éviter l'assujettissement aux contributions PIS et COFINS.

A. DE L'ESTOILE-CAMPI ■

Chili

93. Chili – Projet de réforme fiscale – Instrument multilatéral – Conventions fiscales et commerciales – Clause de la nation la plus favorisée - L'« idée de légiférer » autour du projet de réforme fiscale présenté au Congrès en août 2018 a été finalement approuvée par le Comité des Finances, après avoir été proposé par l'exécutif chilien. Le gouvernement a soumis le projet d'approbation du MLI à la Chambre des Députés. Le Chili révisé aussi son réseau de conventions fiscales (Luxembourg et Brésil) et commerciales (Chine, Canada et Royaume-Uni) et les clauses de la nation la plus favorisée prévues dans les conventions avec la France et la Norvège ont été mises en œuvre.

94. Réforme fiscale : approbation de « l'idée de légiférer » - Le Comité des Finances a approuvé « l'idée de légiférer » autour du projet de réforme fiscale présenté au Congrès en août 2018. Des nouvelles propositions ont été faites mais elles doivent encore être discutées et approuvées par le Parlement chilien

> **Gains en capital liés aux « market makers »** (acteurs des marchés en charge d'assurer la liquidité des titres) – La législation chilienne prévoit actuellement une exonération sur les gains en capital tirés de la cession d'actions ayant une « présence boursière » significative (i.e. soit dont le montant des transactions par jour est supérieur à 1 000 « *unidades de fomento* » - environ 37 000 € - sur une période de 45 jours dans les 180 jours précédant la cession, soit parce que les actions font l'objet d'un contrat avec un *market maker*). Dans le cadre de la réforme, l'exonération n'est applicable que si le contrat *market maker* est réalisé un an avant la cession.

> **Ventes indirectes d'actifs au Chili** – Les ventes indirectes d'actifs situés au Chili par des entités étrangères ne sont actuellement soumises à imposition au Chili que si ces actifs représentent au moins 20 % de la valeur totale de la société dont les titres sont cédés ou l'équivalent de 210 « *unidades tributarias anuales* » (environ 166 millions €). Le projet présenté par le Ministre des Finances est d'abaisser ces seuils à 10 % et 105 « *unidades tributarias anuales* » (environ 84 millions €).

> Concernant les **services numériques**, le ministre des Finances a confirmé, à la suite d'une réunion avec le directeur du Centre de politique et d'administration fiscales de l'OCDE, qu'ils ne seront pas *a priori* soumis à une taxe spéciale et indirecte du 10% mais à la TVA au taux de 19%.

95. Projet d'accord pour l'approbation du MLI - Le projet de loi de ratification du MLI, signé par le Chili le 7 juin 2017, a été déposé devant la Chambre des Députés.

96. Conventions fiscales et commerciales

> **Négociations en cours** – Des discussions sont en cours en vue de la signature d'une convention fiscale entre le Chili et le Luxembourg et d'une révision de la convention fiscale entre le Chili et le Brésil.

> **Clause de la nation la plus favorisée** – À la suite de la conclusion par le Chili d'une convention fiscale avec le Japon le 21 janvier 2016, les autorités fiscales françaises et norvégiennes ont confirmé la mise en œuvre de la clause de la nation la plus favorisée contenue dans les protocoles des conventions, abaissant les taux de retenue à la source prévus pour les intérêts et certaines redevances (FI 2-2019, n° 2.1.1).

> **Brexit** – Le Chili et le Royaume-Uni ont signé un accord commercial bilatéral qui régira leurs relations après l'entrée en vigueur du Brexit et qui maintient dans la mesure du possible les conditions de l'Accord d'association conclu par le Chili avec l'UE. La convention prévoit différents scénarios d'entrée en vigueur en fonction de la date effective du Brexit.

> **Modernisation des accords de libre-échange** – Le protocole modifiant l'accord de libre-échange entre le Chili et la Chine est entré en vigueur le 1^{er} mars 2019 après des négociations commencées en 2017.

A. DE L'ESTOILE-CAMPI, EN COLLABORATION AVEC DIEGO GARCIA, CMS CAREY&ALLENDE ■

Colombie

97. Colombie – OCDE - Loi 1943 de 2018 « de Financiamiento » - Conventions fiscales - La Colombie a approuvé son adhésion à la convention de l'OCDE - sous réserve de la validation par la Cour constitutionnelle - et certaines mesures de la récente Loi 1943 de 2018 « de Financiamiento » ont été développées et clarifiées. Des nouveautés existent aussi en matière de conventions fiscales bilatérales.

98. Adhésion de la Colombie à l'OCDE - La Loi 1950 du 8 janvier 2019 a approuvé « *L'Accord sur les conditions d'adhésion de la République de la Colombie à la Convention de l'OCDE* », signé à Paris le 30 mai 2018. Cette loi n'entrera pleinement en vigueur qu'après sa validation par la Cour constitutionnelle colombienne.

99. Développement et clarification de la Loi 1943 de 2018 « de Financiamiento » - Plusieurs **projets de décrets réglementaires** ont été publiés en délimitant certaines notions prévues par la nouvelle loi : (i) projet de décret sur l'Impôt Complémentaire de Régularisation Fiscale (réactivé pour des contribuables détenant des actifs occultes ou des passifs inexistantes) ; (ii) projet de décret sur le régime anti-sous-capitalisation (modifié en réduisant le ratio de sous-capitalisation permis aux effets de la déductibilité des intérêts) ; et (iii) projet de décret sur le nouveau régime optionnel simplifié (qui substitue la « *mono-taxa* » crée en 2016).

En outre, les autorités fiscales colombiennes ont clarifié certains points également prévus par la loi, tels que l'application des règles transitoires par rapport au nouveau régime de **retenue à la source sur dividendes** ou la procédure de déclaration des **transferts indirects d'actifs**.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Selon les règles transitoires prévues par la Loi 1943 de 2018 en matière de retenue à la source sur dividendes, et la clarification fournie par les autorités fiscales colombiennes dans sa décision de 25 février 2019, les scénarios suivants sont envisagés pour des bénéficiaires non résidents :

- dividendes tirés des bénéfices réalisés avant 2017 : ils sont régis par les règles applicables avant la Loi 1819 de 2016 (Loi préalable à la Loi 1943 de 2018) et ne sont pas soumis à la retenue à la source quelle que soit la date du versement ;
- dividendes tirés des bénéfices réalisés au cours de 2017 qui ont été versés avant le 31 décembre 2018 : ils sont régis par les règles fiscales de la Loi 1819 de 2016 et sont soumis à une retenue à la source au taux de 5% ;
- dividendes versés au cours des années 2017 à 2019 qui sont distribués après le 31 décembre 2018 : ils sont régis par la nouvelle Loi 1943 de 2018 et sont assujettis à une retenue à la source au taux de 7,5%.

100. Nouveautés en matière de conventions fiscales - Les autorités fiscales colombiennes ont précisé que la convention fiscale avec le **Royaume-Uni** n'est pas applicable dans la mesure où elle n'a pas encore été examinée par la Cour constitutionnelle. En parallèle, le gouvernement italien a approuvé la convention fiscale entre la Colombie et l'**Italie**, et des négociations sont en cours pour la signature d'une convention avec l'**Allemagne**.

La **Suisse** et la Colombie ont signé un Accord mutuel sur la procédure de certification de la résidence fiscale au regard de la convention bilatérale, applicable à compter du 1^{er} mars 2019 et visant à clarifier la procédure à suivre pour le remboursement ou l'exonération partielle de la retenue à la source suisse sur les dividendes et les intérêts.

A. DE L'ESTOILE-CAMPI ■

Pérou

101. Pérou – Bénéficiaire effectif – Services digitaux - Suivant les nouveaux standards internationaux, le Pérou a introduit en droit interne une obligation de déclaration des bénéficiaires effectifs. L'administration fiscale péruvienne a apporté une précision intéressante concernant le traitement fiscal des services d'accès à une base de données fournis par une société étrangère.

Decreto Supremo N°003-2019-EF, 8 janv. 2019

Informe N°002-2019-SUNAT/7T0000, 5 févr. 2019

102. Obligation de déclaration des bénéficiaires effectifs - En application du décret législatif n° 1372 du 2 août 2018, le décret suprême N°003-2019-EF a été publié le 8 janvier 2019 et détaille plus précisément les obligations des sociétés dans leur déclaration de bénéficiaires effectifs.

> **Personnes morales et organismes soumis à la déclaration** : la déclaration des bénéficiaires effectifs doit être déposée par les personnes morales domiciliées au Pérou, mais également par (i) les personnes morales étrangères qui ont une succursale ou un établissement stable au Pérou (ii) les personnes physiques ou morales résidentes qui gèrent des fonds d'investissement étrangers ou des fiducies et (iii) les entités parties à une joint-venture si l'une d'elle est résidente au Pérou.

> **Notion de bénéficiaire effectif** : sont visées par la déclaration les personnes physiques considérées comme bénéficiaires finaux, c'est-à-dire celles (i) détenant directement ou indirectement au moins 10 % du capital d'une entité juridique ou (ii) exerçant par d'autres moyens le contrôle final de l'entité.

> **Obligations des sociétés** : des mécanismes doivent être mis en place par les entités visées pour identifier leurs bénéficiaires effectifs et mettre à jour régulièrement leur registre. Les bénéficiaires effectifs sont également soumis à une obligation de communication des informations les concernant. Si un bénéficiaire effectif n'est pas en mesure d'être identifié par une entreprise, la déclaration doit être remplie avec les informations relatives aux dirigeants. De plus, cette non-identification doit être publiée sur la page d'accueil du site internet de la société tenue à la déclaration, et en absence de site internet, un avis doit être publié chaque année dans un journal à forte diffusion.

103. L'accès à une base de données via un site internet est un « service digital » - Une prise de position de l'administration fiscale péruvienne publiée le 5 février 2019 (Informe N° 002-2019-SUNAT/7T0000) vient donner de précieux éclaircissements sur le traitement applicable aux services d'accès à une base de données fournis par une société étrangère établie

dans un État non lié au Pérou par une convention fiscale, à une société péruvienne. En l'espèce, les données étaient relatives à des jurisprudences nationales et internationales qui étaient accessibles sur une base de données sur internet. Ces données étaient utilisées par la société résidente au Pérou pour son activité commerciale sur le sol péruvien.

En matière d'impôt sur le revenu, l'administration fiscale péruvienne indique qu'un tel service fourni via internet par une société étrangère doit être considéré comme un « service digital », et utilisé à des fins économiques au Pérou. Par conséquent, le paiement relatif à ce service doit être considéré comme un revenu d'origine péruvienne, et donc imposable à l'impôt sur le revenu dans cet État.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Cette position de l'administration fiscale péruvienne est intéressante, tant le traitement fiscal des services liés à l'économie numérique est aujourd'hui un facteur d'insécurité juridique pour les entreprises.

L'absence de convention fiscale entre la France et le Pérou conduit ainsi à appliquer à ce type de services une retenue à la source de 30 %. En effet, le droit interne péruvien prévoit une retenue à la source spécifique qui vise la fourniture de services digitaux. La prise de position a le mérite de donner un exemple concret de ce que la législation péruvienne range dans la catégorie des services digitaux. En présence d'une convention fiscale suivant le modèle de l'OCDE, il nous semble en revanche que le Pérou ne pourrait pas appliquer de retenue à la source.

A. DE L'ESTOILE-CAMPI,
EN COLLABORATION AVEC CMS GRAU ■

Asie et Océanie

Inde



Sanjiv MALHOTRA,
Director of Economics, Baker & McKenzie

104. Inde – Établissement stable – Attribution de profits – Consultation publique - An expert committee constituted by Central Board of Direct Taxation (CBDT) released a draft paper on profit attribution to permanent establishments (PE) in India. The most prominent aspect of this paper is that the expert committee has suggest to go away from the arm's length principle are a measure for profit attribution. As per the paper the authorized OECD Approach to profit attribution to a PE ignores the contributions of the market state, and therefore should not be accepted by India.

https://www.incometaxindia.gov.in/news/public_consultation_notice_18_4_19.pdf

105. As per the paper, the functional, asset and risk analysis (under the arm's length principle) does not capture the demand side factors, which create profits for an enterprise.

The paper recommends a «fractional apportionment» method and argues that PE profit attribution should be based on a three factor formula based on equal weighting of sales, personnel and assets. The proposal also requires that where the taxpayer has global losses or where its global operational profit margin is less than 2%, then the global operational profit margin should be assumed to be 2%.

This requires a taxpayer to create a segmented profit and loss account for Indian sales only, including allocating those elements of assets, personnel, users etc. that are relevant to such sales. It attempts to justify that this method is acceptable under its current treaties that India has signed. Further, it proposes a special additional allocation in cases where users «undertake activities that lead to value creation and profits for the digital enterprises».

For business models involving «low or medium user intensity», the additional apportionment factor would be 10% of the profits derived from sales into India. For business models «involving high user intensity», the additional allocation would be 20%. In both cases, the sales apportionment factor would be fixed at 30%, with the remaining apportionment factors divided between employees and assets equally. The formula for PE profit attribution is recommended to be as follows:

Profits attributable to operations in India = 'Profits derived from India' x $\left[\frac{SI}{3xST} + \frac{NI}{6xNT} + \frac{WI}{6xWT} + \frac{AI}{3xAT} \right]$

Where, «Profits derived from India» = Revenue derived from India x Global operational profit margin

SI = sales revenue derived by Indian operations from sales in India
ST = total sales revenue derived by Indian operations from sales in India and outside India
NI = number of employees employed with respect to Indian operations and located in India
NT = total number of employees employed

with respect to Indian operations and located in India and outside India WI= wages paid to employees employed with respect to Indian operations and located in India WT = total wages paid to employees employed with respect to Indian operations and located in India and outside India AI = assets deployed for Indian operations and located in India AT = total assets deployed for Indian operations and located in India and outside India

Profits attributable to operations in India in cases of low and medium user intensity business models = 'Profits derived from India' x [0.3 x SI/ST + (0.15 x NI/NT) +(0.15 x WI/WT) + (0.3 x AI/3xAT)] + 0.1]

Profits attributable to operations in India in cases of high user intensity business models = 'Profits derived from India' x [0.3 x SI/ST + (0.125 x NI/NT) +(0.125 x WI/WT) + (0.25 x AI/3xAT)] + 0.2]

The expert committee has recommended that appropriate changes should be brought in the Indian domestic tax regulations. It is our understanding that the proposed mechanism (which is open for public comments) is not binding on resolutions that may take place pursuant to a Mutual Agreement Procedure under the tax treaty.

S. MALHOTRA ■

Singapour



Allen TAN,
Head of the Tax, Trade and Wealth Management
practice in Baker McKenzie Wong & Leow



Dawn QUEK,
Associate Principal, Baker McKenzie Wong
& Leow

106. Singapour - Budget 2019 - Tax Updates -

The Minister for Finance delivered the Singapore Budget 2019. A key theme is to position Singapore as « a Global-Asia node of technology, innovation and enterprise » to ride the wave of the Fourth Industrial Revolution. With respect to tax measures, Budget 2019 aims mainly to refine existing tax incentives to further enhance Singapore's business competitiveness.

Singapore Budget 2019, 18 févr. 2019

107. On 18 February 2019, the Minister for Finance Heng Swee Keat delivered the Singapore Budget 2019 ("Budget 2019"). A key theme of this year's Budget is to position Singapore as "a Global-Asia node of technology, innovation and enterprise" to ride the wave of the Fourth Industrial Revolution. With respect to tax measures, Budget 2019 aims mainly to refine existing tax incentives to further enhance Singapore's business competitiveness. We highlight the key changes below.

◆ Incentivising the use of intellectual property rights and technology

108. Extension of Section 19B writing-down allowance - Under Section 19B of the Income Tax Act ("ITA"), writing-down allowances ("WDA") are available on capital expenditure incurred to acquire qualifying intellectual property rights on or before the last day of the basis period for Year of Assessment ("YA") 2020, subject to satisfying certain conditions. Taxpayers may make an irrevocable election to claim the WDA over a period of five, 10, or 15 years.

Following Budget 2019, Section 19B WDA has been extended by another five years to cover expenditure incurred on or before the last day of the basis period for YA 2025. No other changes were made to the scheme.

L'OEIL DE LA PRATIQUE

Against the backdrop of rapid technological advancements and global tax reforms where taxpayers are seeking to align form and substance, this extension incentivises the onshoring of intellectual property in Singapore. The extension of Section 19B clearly signals Singapore's intent to create value in a knowledge-based economy, and is in line with the Government's 2013 10-year IP Hub Master Plan for Singapore to become a Global IP Hub in Asia.

109. Extension of investment allowance under the Automation Support Package and the Enterprise Development Grant - The Automation Support Package ("ASP") was introduced in Budget 2016 to encourage companies to embrace automation to drive productivity gains and scale up their enterprise. One key feature of the ASP is the 100% investment allowance. A company, whose project is approved by Enterprise Singapore, may claim an investment allowance on the amount of approved capital expenditure (net of grants), subject to a cap of \$10 million per project. This is in addition to any existing capital allowance available for plant and machinery. This means that for an approved project, allowances of 200% (100% investment allowance subject to cap, and 100% capital allowance) can be claimed on the capital expenditure incurred to acquire the automation equipment.

The ASP also provides grants under the Enterprise Development Grant ("EDG"). The EDG, which replaced the Capability Development Grant, provides funding support of up to 50% of qualifying costs for the roll-out or scaling up of automation projects. The funding support is capped at \$1 million.

Tax treatment before the Budget 2019 changes	New tax treatment
<p>Qualifying Funds may enjoy tax exemption on “Specified Income” derived from “Designated Investments”, and withholding tax exemption on interest and other qualifying payments made to non-resident persons (excluding permanent establishments in Singapore).</p> <p>Qualifying Funds refer to (a) basic tier funds which qualify for tax incentive schemes under Sections 13CA or 13R, and (b) enhanced tier funds which qualify for tax incentive schemes under Section 13X. These incentive schemes were due to lapse after 31 March 2019.</p>	<p>The tax incentive schemes for basic tier funds and enhanced tier funds have been extended to 31 December 2024.</p>
<p>One of the qualifying conditions for basic tier funds is that they must not have 100% of the value of their issued securities beneficially owned, directly or indirectly, by Singapore persons (which includes Singapore citizens, Singapore residents, or permanent establishments in Singapore).</p>	<p>This condition has been removed with effect from YA 2020.</p>
<p>Basic tier funds under Section 13R must not have previously carried on a business in Singapore, where that business generated income which would not have been exempt from tax.</p>	<p>This condition has been modified such that incidental income generated from the following will be covered by the scope of the Section 13R scheme: (a) the warehousing of investments, (b) placement of monies in deposits or money market instruments on a temporary basis, or (c) setting up bank accounts in anticipation of commencing operations.</p>
<p>Enhanced tier funds may be structured as, amongst others, “master fund-SPV”, or “master-feeder fund-SPV” structures, where the fund structure can have up to two tiers of special purpose vehicles (“SPVs”). The SPVs must be wholly-owned (directly or indirectly) by the master fund and can only take the form of companies.</p>	<p>Enhanced tier funds may now have more than two tiers of SPVs under the master fund.</p> <p>The new changes also permit SPVs to be in any legal form (i.e., not limited to being a company).</p> <p>Co-investment in SPVs is now permitted. The permitted co-investors are other incentivised funds and foreign investors.</p> <p>These changes took effect on 19 February 2019.</p>
<p>Enhanced tier funds were expanded under Budget 2018 to allow all legal forms of fund vehicles to be used as the (a) standalone fund vehicle, (b) master and feeder fund in a master-feeder structure, or (c) as the feeder fund(s) in a master-feeder fund SPV structure.</p>	<p>Enhanced tier funds now include managed accounts, i.e., dedicated investment accounts where an investor places funds directly with the fund manager, without the funds being placed in a separate vehicle. This change took effect on 19 February 2019.</p>
<p>Enhanced tier funds are required to have a minimum fund size on the date of application in order to qualify. Real estate, infrastructure and private equity funds applying to be enhanced tier funds are permitted to have their minimum fund size requirement determined based on their amount of committed capital.</p>	<p>The concession for determination of minimum fund size based on committed capital is extended to debt and credit funds, as well as private equity funds of funds.</p> <p>This change took effect on 19 February 2019.</p>
<p>Tax exemption for Qualifying Funds applies to Specified Income from Designated Investments.</p> <p>Certain types of Singapore-sourced interest income under Section 12(6) of the ITA, such as interest on loans borne by a resident or permanent establishment in Singapore, are excluded from the scope of Specified Income.</p>	<p>Specified Income now includes Section 12(6) interest income (Singapore-sourced interest income).</p> <p>The list of Designated Investments is no longer subject to counter-party and currency restrictions. It now also includes investments such as credit facilities and advances, and Islamic financial products that are commercial equivalents of Designated Investments.</p> <p>Unit trusts are no longer required to invest wholly in Designated Investments, in order to be a Designated Investment.</p> <p>These changes apply to income derived on or after 19 February 2019.</p>
<p>A GST remission is granted to Qualifying Funds that are managed by prescribed fund managers, by allowing GST to be claimed based on a fixed recovery rate. This remission was due to lapse after 31 March 2019.</p>	<p>The GST remission has been extended to 31 December 2024.</p>
<p>Qualifying Funds which are non-resident in Singapore do not qualify for the 10% concessionary income tax rate available to non-resident non-individuals on qualifying distributions made from S-REITs and REITs ETFs.</p>	<p>Non-resident funds qualifying for schemes under Sections 13CA and 13X of the ITA will also be granted the 10% concessionary income tax rate currently available to non-resident non-individuals on qualifying distributions made from S-REITs and REITs ETFs from 1 July 2019 to 31 December 2025.</p>

Following Budget 2019, the ASP will be extended by two years for projects approved by Enterprise Singapore, from 1 April 2019 to 31 March 2021.

In addition to providing funding support for automation projects, EDG may also be utilised by Singapore companies to strengthen their business capabilities (e.g., business strategy development and financial management) as well as to internationalise (e.g., pilot project and test bedding).

Following Budget 2019, EDG will be extended for three years, to 31 March 2023.

L'OEIL DE LA PRATIQUE

The ASP offers different forms of assistance, reflecting a multi-pronged approach to support companies as they adopt automation and increase productivity. Smaller companies that are starting up and not anticipating significant profits in the foreseeable future may utilise the EDG to ease their cashflow. For companies already deriving substantial profits and seeking to scale up their automation, the investment allowance is a potential alternative or supplement to a larger tax incentive package.

◆ Changes affecting the financial services industry

110. Enhanced tax incentives for funds managed by Singapore-based fund managers ("Qualifying Funds") - Under Budget 2019, the tax incentives for Qualifying Funds have been extended to 31 December 2024, and their scope expanded. The key changes are as follows (see Table on previous page).

L'OEIL DE LA PRATIQUE

The changes under Budget 2019 are a welcome liberalisation that will further boost Singapore's status as an asset management hub, for both private wealth and third party fund raising.

The lifting of the restriction against 100% beneficial ownership of basic tier funds by Singapore persons makes the incentives under Sections 13CA and 13R more flexible by allowing fundraising from local investors, broadening the range of potential investors. This allows for changes in the composition of the investors, which was not previously possible. This may also encourage the creation of Singapore fund vehicles. The relaxation of the prohibition for Section 13R incentive against funds with previous businesses in Singapore indicates the Government's intention to make the establishment of funds easier and more commercially practical.

The enhancements to the incentive under Section 13X of the ITA make it an attractive option for fund managers and wealth managers. The expansion to allow co-investment in SPVs, multiple tiers of SPVs and SPVs in all legal forms offers opportunities for more flexible structuring, to suit the commercial needs of both institutional investors and high net worth individuals.

Further, the inclusion of Singapore-sourced interest, and other income that falls under Section 12(6) of the ITA, in

the list of "Specified Income" is a significant change that opens up a wide range of structuring options.

These changes should boost the attractiveness of the existing fund incentive regime in Singapore. Taken together with the fact that these fund incentives will apply to the Variable Capital Companies regime, Singapore is an increasingly appealing option in the asset and wealth management sectors, both regionally and globally.

111. Extended tax concessions for Singapore-listed Real Estate Investment Trusts ("S-REITs") and Singapore-listed REITs Exchange-Traded Funds ("REITs ETFs")

- In Budget 2018, the income tax concessions granted on distributions from S-REITs were extended to distributions made by S-REITs to REITs ETFs, to ensure parity in treatment of investors who invest directly in individual S-REITs, and those who invest in S-REITs via REITs ETFs. The tax concessions for S-REITs and REITs ETFs are as follows (see adjacent table):

Under Budget 2019, the above tax concessions have been extended to 31 December 2025 (from the original expiry date of 31 March 2020). Further, the sunset clauses for income tax exemption on S-REITs distributions and REITs ETFs Distributions received by individuals have been removed.

The GST remission granted to S-REITs has been extended to 31 December 2025.

L'OEIL DE LA PRATIQUE

The extended tax concessions reflect the Government's policy of maintaining a competitive tax regime for REITs and promoting the growth of the S-REIT industry. The continued parity of tax treatment between S-REITs and REITs ETFs ensures a broader range of options for potential investors, while the extension of tax concessions for specified individual and non-individual investors maintains Singapore's appeal to different types of investors. Specifically, the lifting of the sunset clauses for tax exemption on S-REITs distributions and REITs ETFs Distributions received by individuals ensures that S-REITs and REITs ETFs remain attractive investment options for individuals.

112. Expiry of the Designated Unit Trust ("DUT") scheme

- Budget 2019 announced the expiry of the DUT scheme after 31 March 2019.

The DUT scheme was introduced in 1995 to promote the development of the fund management industry in Singapore. It was expanded in 2006 to include non-retail unit trusts, but subsequently refined in 2014 to focus only on retail unit trusts. Specified income derived by DUTs is not taxed at the trustee level but taxed upon distribution to the unit-holders. Such distributions are generally tax exempt in the hands of qualifying foreign investors and individuals. Existing DUTs will be grandfathered and will continue to receive this tax concession as long as they satisfy the conditions of the scheme.

S-REITs	REITs ETFs
<p>Tax transparency if the S-REIT distributes at least 90% of their taxable income to unitholders in the same year which the income is derived by the S-REIT. There is no sunset clause for this tax concession.</p> <p>Tax exemption on qualifying foreign-sourced income received by S-REITs and wholly-owned Singapore resident subsidiary companies of S-REITs, which is paid out of qualifying income or gains in respect of overseas property acquired on or before 31 March 2020 by the trustee of the S-REITs or its wholly-owned Singapore resident subsidiary company.</p>	<p>Tax transparency treatment on distributions received by REITs ETFs from S-REITs that are made out of specified income.</p>
<p>Tax exemption on (a) REITs ETFs distributions made out of distributions received from S-REITs that in turn are made out of specified income (“REITs ETFs Distributions») and (b) S-REITs distributions made out of specified income, that are received by individuals, excluding individuals who derive any distribution either (i) through a partnership in Singapore, or (ii) from the carrying on of a trade, business or profession.</p>	
<p>10% concessionary tax rate on S-REITs distributions made out of specified income and REITs ETFs Distributions, received by a qualifying non-resident non-individual who (i) does not have any permanent establishment in Singapore, or (ii) carries on any operation through a permanent establishment in Singapore, where the funds used by that person to acquire the units in those S-REITs or REITs ETFs are not obtained from that operation.</p>	

L'OEIL DE LA PRATIQUE

The discontinuance of the DUT scheme is consistent with the extension of the tax incentive schemes for Qualifying Funds. In particular, the DUT scheme is effectively subsumed into the newly liberalised Section 13CA scheme, which provides for a similar general tax exemption for distributions by qualifying unit trusts to qualifying foreign investors and individuals (with certain exceptions). The net effect is to provide for a simpler, streamlined tax regime for asset management vehicles.

◇ Changes affecting individuals

113. Not Ordinarily Resident (“NOR”) Scheme to be phased out - The NOR scheme was introduced in Budget 2002 to attract talented individuals to relocate to Singapore to complement Singapore’s talent pool. It grants favorable tax treatment to qualifying individuals for a period of five consecutive years, subject to certain conditions being met. A NOR taxpayer enjoys the benefits of (i) time apportionment of employment income (*i.e.*, the individual pays income tax only on that part of the individual’s employment income that corresponds with the number of days the individual spends in Singapore); and (ii) tax exemption on contributions made by the employer to a non-mandatory overseas pension fund, which would otherwise be taxable in the individual’s hands.

During Budget 2019, it was announced that the NOR scheme will be phased out. The last such NOR status will be granted for YA 2020 and expire in YA 2024. For those individuals already accorded the NOR status, they will continue to benefit from the NOR tax concessions until the expiry of their NOR status, subject to satisfying all conditions.

L'OEIL DE LA PRATIQUE

Over the years, Singapore has been successful in attracting global talent to complement its local talent to drive Singapore’s economy forward, creating a vibrant and competitive business landscape. The phasing out of the NOR scheme suggests that it has achieved its purpose. It is also an acknowledgement that today’s Singapore has a lot more to offer (e.g., a highly rated education system and an efficient transport system) in its efforts to attract and retain highly-skilled individuals. Finally, it signals the Government’s intention to create a level-playing field for all individuals, whether foreign or locals, and a more equitable tax regime.

114. Reduction of GST import relief and duty-free allowances for travellers - Previously, travellers¹⁶ who spent less than 48 hours outside Singapore were entitled to GST import relief for the first \$150 value of certain goods bought overseas. The relief was increased to the first \$600 value of goods for travellers who spent more than 48 hours outside Singapore.

With effect from 19 February 2019, GST import relief for travellers who spend less than 48 hours outside Singapore has been reduced to the first \$100 of the value of goods bought overseas. For travellers who spend more than 48 hours outside Singapore, the relief has been reduced to the first \$500 of the value of goods bought overseas.

For liquor products, travellers had three litres of duty-free allowance. Following Budget 2019, this allowance has been reduced to two litres from 1 April 2019.

¹⁶ The relief is generally applicable to Singapore Citizens, Singapore Permanent Residents and tourists.

L'OEIL DE LA PRATIQUE

The tightening of GST import relief for travellers and reduction in duty-free allowance is a response to "rising international travel" to and from Singapore. These changes signify the Government's intention to deepen the base for GST revenue collection, following the announcement of the anticipated GST rate hike to 9% (from 7% currently) sometime between 2021 and 2025, and the introduction of GST on imported services which will take effect from 1 January 2020.

115. À NOTER

> Personal income tax rebate for resident taxpayers for YA 2019 - All resident taxpayers are entitled to a personal income tax rebate of 50% (capped at \$200) of tax payable for YA 2019, which covers income earned in 2018.

> Extension of Grandparent Caregiver Relief for a handicapped and unmarried dependent child - Working mothers who engage

the assistance of their parents, grandparents, parents-in-law, or grandparents-in-law to take care of young children are entitled to claim Grandparent Caregiver Relief of up to \$3,000, subject to meeting prescribed conditions. From YA 2020, this relief will be extended to working mothers with handicapped and unmarried dependent children, regardless of the child's age, so long as prescribed conditions are met.

> Restructuring of diesel tax - From 18 February 2019, the excise duty on diesel fuel has been increased from \$0.10 per litre to \$0.20 per litre. The annual special taxes on diesel cars and taxis have been permanently reduced by \$100 and \$850 respectively. To mitigate the impact of the increase in diesel duty, three-year road tax rebates are provided for commercial diesel vehicles. Diesel school buses, eligible diesel private hire and excursion buses are eligible to receive cash grants.

A. TAN ET D. QUEK ■

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

116. Lancé en janvier 2016, le Cadre inclusif a vocation à permettre aux États qui ne sont pas membres de l'OCDE ou du G20 de participer aux travaux de mise en œuvre des actions BEPS, à condition de s'engager à appliquer les mesures préconisées dans le projet BEPS.

Les pays et juridictions intéressés peuvent ainsi développer des standards liés aux problématiques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices et assurer

le suivi et l'examen de la mise en œuvre des mesures issues du projet BEPS.

Les pays en développement, et notamment les pays africains, sont particulièrement visés par ce cadre d'intervention qui compte, actuellement, cent vingt-neuf États dont vingt-deux pays africains en incluant l'île Maurice et le Cap Vert¹⁷.

Au-delà des normes minimales posées par le Cadre inclusif, le groupe de travail du G20 pour le développement a aussi demandé au FMI, à l'OCDE, à l'ONU et au Groupe de la Banque mondiale de travailler ensemble au développement de boîtes à outils et de lignes directrices pour les pays en développement à faibles capacités afin de les aider à faire face aux problématiques fiscales internationales. Ces boîtes à outils sont développées dans le but d'aider les pays en développement à mettre en œuvre des mesures spécifiques pour lutter contre ces phénomènes ainsi que d'autres problèmes que ces pays ont jugés importants lors des consultations régionales. Il s'agit tout particulièrement de les accompagner dans la mise en œuvre de législations appropriées notamment en matière de fiscalité internationale.

Dans ce contexte, l'on constate que **les pays africains ayant**

¹⁷ Afrique du Sud, Angola, Bénin, Botswana, Burkina Faso, Cameroun, Cap Vert, Congo, Côte d'Ivoire, Djibouti, Égypte, Gabon, Kenya, Liberia, Maurice, Maroc, Nigeria, République démocratique du Congo, Sénégal, Sierra Léone, Tunisie, Zambie (liste à jour – mars 2019).

adhéré au Cadre inclusif vont au-delà des standards minimums imposés et introduisent des législations fiscales spécifiques concernant notamment les flux avec des contreparties localisées dans des « paradis fiscaux » ou États dits non coopératifs ou bénéficiant d'un régime fiscal privilégié. Cette tendance concerne même des pays et juridictions n'ayant pas adhéré au Cadre inclusif.

Nous consacrerons la présente chronique à ces nouvelles mesures introduites dans les pays d'Afrique francophone de la zone UEMOA et CEMAC. Avant de décrire ces mesures, nous reviendrons sur les critères posés par l'OCDE, l'Union Européenne et la France concernant les notions de paradis fiscal, États et territoires non coopératifs, les régimes fiscaux qualifiés de privilégiés et les sanctions prévues (I), avant de comparer et commenter les législations africaines, fortement inspirées des textes français (II).

I. Les critères retenus par l'OCDE, l'Union européenne et la France sur les notions de paradis fiscal, d'États non coopératifs et de régimes fiscaux privilégiés

A. Les paradis fiscaux et États et territoires non coopératifs

117. C'est en 1998 que l'OCDE a mis en place un cadre international destiné à lutter contre la prolifération des paradis fiscaux et contre la concurrence fiscale dommageable¹⁸. Le Forum sur les pratiques fiscales dommageables a été chargé d'établir une liste de juridictions répondant à des critères spécifiques pour relever de cette catégorie.

L'Union européenne a, elle aussi, élaboré une liste noire et une liste grise d'États non coopératifs, publiée pour la première fois en 2017.

De son côté, la France a retenu une liste d'États et territoires non coopératifs dès 2009 et mis en place des mesures coercitives.

1° Les critères de l'OCDE pour la qualification de paradis fiscal

118. En substance, pour l'OCDE, le point de départ pour identifier un paradis fiscal consiste à se demander si une juridiction n'applique pas d'impôts ou prélève seulement des impôts minimes sur les revenus financiers ou les revenus

d'autres activités de services et se présente, ou est perçue comme se présentant, comme un lieu utilisé par des non-résidents pour échapper à l'impôt dans leur pays de résidence.

D'autres facteurs sont utilisés pour confirmer l'existence d'un paradis fiscal, à savoir la transparence, les échanges de renseignements et les activités industrielles ou commerciales locales d'entreprises étrangères.

L'OCDE retient, dès lors, les quatre facteurs clés suivants pour définir un paradis fiscal :

- les revenus correspondants d'activités financières et autres activités de services mobiles sur le plan géographique sont soumis à un **impôt nul ou négligeable** ;

- il n'existe **pas d'échanges de renseignements effectifs** concernant ce régime ;

- les régimes applicables dans la juridiction en question **manquent de transparence**, c'est-à-dire que les détails de ce régime ou de son application ne sont pas apparents, ou bien le contrôle réglementaire ou la communication d'informations financières sont insuffisants ;

- la juridiction **facilite l'établissement d'entités sous contrôle étranger sans obligation d'une présence locale substantielle ou interdit à ces entités d'avoir un impact commercial sur l'activité économique locale**.

À partir de sources publiées, le Forum avait, à l'origine, identifié un groupe initial de 47 juridictions potentiellement qualifiables de paradis fiscaux. La plupart de ces pays ont officiellement pris des engagements, dès l'année 2000, pour mettre en œuvre les principes de l'OCDE en matière d'échange effectif de renseignements en matière fiscale et de transparence.

Près d'une dizaine d'années plus tard, en mai 2009, seules trois juridictions figuraient encore sur la liste de l'OCDE, à savoir Andorre, le Liechtenstein et Monaco.

Ces juridictions ont finalement été retirées de la liste suite aux engagements pris et à ce jour, il n'y a plus aucune juridiction sur la liste des paradis fiscaux de l'OCDE.

2° Les critères fixés par l'UE pour l'établissement des pays et territoires non coopératifs à des fins fiscales¹⁹

119. À la suite des révélations relatives aux LuxLeaks, la Commission européenne a suggéré de dresser sa propre liste de paradis fiscaux. L'initiative a par la suite été reprise par l'Eurogroupe, où siègent les ministres de l'Économie et des Finances européens au sein duquel un groupe de travail baptisé « Code de conduite » a alors été constitué.

Sur les 216 pays et territoires recensés à l'origine, environ 90 susceptibles de représenter une menace fiscale pour les pays européens, ont fait l'objet d'une enquête approfondie. Sur la base de ces enquêtes et du dialogue entre le groupe de travail de l'Eurogroupe et les administrations fiscales de ces territoires, une liste commune a été retenue qui se subdivise en une liste noire et une liste grise.

18 Rapport « Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial » approuvé le 9 avril 1998 par le Conseil de l'OCDE, le Luxembourg et la Suisse s'étant abstenus et il a été présenté aux Ministres les 27 et 28 avril 1998.

19 <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15429-2017-INIT/fr/pdf>

La première liste « noire » de l'UE a été publiée en 2017. Les pays figurant sur cette liste noire ne respectant pas l'un des critères (non cumulatifs) suivants :

- **Manque de transparence** : le territoire ne respecte pas certaines normes (internationales, OCDE ou accords bilatéraux avec les États membres) en matière d'échange d'informations, automatique ou sur demande. Par exemple, il refuse de transmettre des renseignements bancaires jugés pertinents à l'administration d'un autre pays ;

- **Concurrence fiscale déloyale** : le territoire dispose de régimes fiscaux dommageables, à l'encontre des principes du code de conduite de l'UE ou du Forum de l'OCDE sur les pratiques fiscales dommageables. Il peut s'agir notamment de facilités fiscales réservées aux non-résidents ou d'incitations fiscales en faveur d'activités qui n'ont pas trait à l'économie locale ;

- **Mise en œuvre des mesures BEPS** : le pays ne s'est pas engagé à appliquer les normes minimales de l'OCDE pour lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS). Par exemple, le taux d'imposition sur les sociétés y est si bas qu'il conduit des multinationales à y transférer artificiellement leurs bénéfices sans que ces entreprises y réalisent des activités économiques suffisantes.

La liste évolue fréquemment, la dernière version ayant été publiée le 17 mai 2019. À cette date, **12 territoires figurent sur la liste noire**, à savoir : Belize, Dominique, Émirats arabes unis, Fidji, Guam, Îles Vierges des États-Unis, Marshall, Oman, Samoa, Samoa américaines, Trinité-et-Tobago, Vanuatu.

La liste ainsi mise à jour ne comprend plus les Bermudes et la Barbade qui ont été transférés sur une liste « grise », ni Aruba qui a été complètement retirée de la surveillance européenne, l'île néerlandaise ayant adopté le 4 avril 2019 une nouvelle loi qui supprime les caractéristiques dommageables de son régime de transparence fiscale.

Cette liste noire est assortie de sanctions au niveau européen dans la mesure où les crédits issus de certains financements européens ne peuvent pas transiter par des entités établies dans les pays inscrits sur la liste. Les États membres sont libres de prendre, par ailleurs, au niveau domestique d'autres sanctions.

36 autres pays figurent sur la liste « grise » qui est une liste de surveillance dans la mesure où les engagements pris par ces pays sont jugés suffisants par l'UE mais font l'objet d'un suivi attentif. Cette liste n'est pas assortie de sanctions contrairement à la liste « noire ».

Les pays figurant à date sur cette liste grise sont les suivants : Albanie, Anguilla, Antigua-et-Barbuda, Arménie, Australie, Bahamas, Barbade, Bermudes, Bosnie-Herzégovine, Botswana, Cap-Vert, Costa Rica, Curaçao, Eswatini (ex-Swaziland), Îles Caïmans, Îles Cook, Îles Vierges britanniques, Jordanie, Maldives, Maroc, Maurice, Mongolie, Monténégro, Namibie, Nauru, Niue, Palaos, République de Macédoine du Nord, Saint-Christophe-et-Niévès, Sainte-Lucie, Serbie, Seychelles, Suisse, Thaïlande, Turquie et Vietnam.

3° La notion d'État et territoire non coopératif au sens français

120. En France, le législateur a introduit au sein du code général des impôts la notion d'États et territoires non coopératifs (ETNC)²⁰ dès 2009, codifiée à l'article 238-O A du CGI.

Elle désigne des entités politiques qui refusent les standards internationaux d'échange des informations fiscales ou dont la législation favorise la fraude et l'optimisation fiscales.

Les critères français actuellement retenus sont les suivants :

1° Les États et territoires dont la situation au regard de la transparence et de l'échange d'informations en matière fiscale a fait l'objet d'un examen par l'OCDE ;

2° les États et territoires qui n'ont pas conclu avec la France, au 1^{er} janvier 2010, une convention d'assistance administrative permettant l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties ;

3° les États et territoires qui n'ont pas signé avec au moins douze États ou territoires une telle convention.

Dans ce cadre, sont considérées comme des conventions d'assistance administrative non seulement les conventions fiscales d'élimination des doubles impositions mais également les accords d'échange de renseignements et la directive du Conseil 77/799/CEE du 19 décembre 1977 concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs et de la taxe sur la valeur ajoutée.

Cette convention d'assistance administrative doit permettre l'échange de tout renseignement nécessaire à la législation fiscale des parties.

Il est important de noter que l'article 31 de la loi relative à la lutte contre la fraude a retiré la condition initiale de localisation des États et territoires hors de la Communauté européenne et a ajouté les États et territoires suivants²¹ :

4° les États et territoires figurant sur la liste « noire » de l'Union européenne (décision du Conseil du 5 décembre 2017) au motif qu'ils facilitent la création de structures ou de dispositifs extraterritoriaux destinés à attirer des bénéfices qui n'y reflètent pas une activité économique réelle ;

5° les États et territoires inscrits sur cette même liste européenne au motif qu'ils ne respectent pas certains critères (transparence fiscale, absence de mesures fiscales préférentielles potentiellement dommageables, mise en œuvre du projet « BEPS »).

La **liste française est fixée par arrêté** des Ministres chargés de l'économie et du budget après avis du Ministère des affaires étrangères. La liste des États et territoires non coopératifs au 1^{er} janvier 2016 est la suivante : Botswana, Brunei, Guatemala, îles Marshall, Nauru, Niue, Panama.

D'après les nouveaux critères issus de la loi sur la fraude, Guam, les îles Vierges américaines, la Namibie, les Samoa, les Samoa américaines, et Trinité et Tobago devraient figurer

20 L'article 22, I, A de la loi n° 2009-1674 du 30 déc. 2009.

21 L. n° 2018-898, 23 oct. 2018

parmi la liste française. L'intégration de ces nouveaux États et territoires ne sera toutefois effective qu'une fois l'arrêté des ministres publié.

De **nombreuses mesures dissuasives sont instaurées par la France** concernant les échanges avec ces États et territoires, comme par exemple :

- un taux majoré de retenue à la source sur les dividendes payés hors de France dans un ETNC, indépendamment de la résidence fiscale du bénéficiaire effectif des dividendes,
- un taux majoré de retenue à la source sur les intérêts qui sont payés hors de France dans un ETNC ;
- un taux majoré forfaitaire sur les plus-values sur valeurs mobilières lorsqu'elles sont réalisées par des personnes ou organismes domiciliés, établis ou constitués hors de France dans un ETNC ;
- l'inapplicabilité du régime mère filles aux dividendes provenant d'une filiale établie dans un ETNC ;
- obligation documentaire plus étendue en matière de prix de transfert lorsque des transactions de toute nature sont réalisées avec une ou plusieurs entreprises associées établies ou constituées dans un ETNC.

Le Conseil constitutionnel français a toutefois apporté une importante réserve d'interprétation qui fonctionne comme une clause de sauvegarde²². Les contribuables français peuvent échapper aux mesures coercitives visées ci-dessus dans la mesure où ils sont à même de démontrer que les opérations effectuées avec une entité localisée dans un ETNC ou paiements effectués dans un ETNC correspondent à des opérations réelles qui n'ont pas ni pour objet ni pour effet de permettre, dans un but de fraude fiscale, la localisation de bénéfices dans un tel État ou territoire.

²² CC, 20 janv. 2015, n° 2014-437 QPC, Association française des entreprises privées et a.

B. Les régimes fiscaux privilégiés

121. À titre liminaire, il convient de distinguer la notion de régimes fiscaux préférentiels dommageables, faisant l'objet de travaux tant au niveau de l'OCDE qu'au niveau de l'UE, de la notion de régime fiscal privilégié.

122. Dès 1998, l'OCDE a entrepris des travaux afin de lutter contre la concurrence fiscale dommageable²³. En ce sens, pour lutter contre les régimes fiscaux préférentiels dommageables, un ensemble de principes directeurs ont été listés et un calendrier a été élaboré.

Il a aussi été envisagé d'instituer un dialogue avec les économies non membres de l'OCDE sur la manière dont elles appliqueraient les principes directeurs.

L'Union européenne a, quant à elle, reconnu qu'une concurrence loyale pouvait avoir des effets bénéfiques. Le groupe Code de conduite a inventorié les mesures potentiellement dommageables au sein de l'Union et a dépisté, en 1999, 66 mesures fiscales présentant des éléments dommageables²⁴. Les États membres et leurs territoires dépendants ou associés ont révisé ou remplacé les 66 mesures.

Par ailleurs, l'Union européenne a élaboré un plan d'action pour une fiscalité des entreprises équitable et efficace dans l'UE²⁵, a traité de questions liées aux pratiques fiscales dommageables et aux travaux du groupe Code de conduite et a initié le paquet sur la lutte contre l'évasion fiscale²⁶. Le paquet a pour ambition d'instaurer une concurrence fiscale

²³ Rapport « Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial » approuvé le 9 avril 1998 par le Conseil de l'OCDE, le Luxembourg et la Suisse s'étant abstenus et il a été présenté aux ministres les 27 et 28 avril 1998.

²⁴ 40 dans les États membres de l'UE, 3 à Gibraltar et 23 dans les territoires dépendants ou associés.

²⁵ Adopté par la Commission le 17 juin 2015

²⁶ Adopté le 28 janvier 2016.

Tableau récapitulatif des paradis fiscaux et ETNC

	OCDE	Union européenne	France
Pays visés	Aucun depuis mai 2009	Belize; Dominique ; Émirats arabes unis ; Fidji; Guam; Îles Vierges des États-Unis; Marshall; Oman; Samoa; Samoa américaines; Trinité-et-Tobago ; Vanuatu .	Botswana, Brunei, Guatemala, îles Marshall, Nauru, Niue, Panama D'après les nouveaux critères issus de la loi sur la fraude, Guam, les îles Vierges américaines, la Namibie, les Samoa, les Samoa américaines, et Trinité et Tobago devraient figurer parmi la liste française. L'intégration de nouveaux États et territoires ne sera toutefois effective qu'une fois l'arrêté des ministres publié.
Mesures coercitives		Oui	Oui
Clause de sauvegarde		Jurisprudence de la CJUE	Démontrer qu'il s'agit d'opérations réelles qui n'ont pas ni pour objet ni pour effet de permettre, dans un but de fraude fiscale, la localisation de bénéfices dans un tel État ou territoire.

équitable pour l'ensemble des entreprises dans l'Union. L'Union est aussi dotée de l'arme redoutable des aides d'État à caractère fiscal. Enfin, concernant les pratiques fiscales dommageables constatées en dehors de l'Union européenne, l'Union agit notamment à travers les listes noire et grise.

Tant pour l'OCDE que l'Union, l'objectif poursuivi consiste à ce que les pays membres de l'OCDE, les pays non membres sélectionnés par l'OCDE et les pays de l'Union européenne ou hors de l'Union, identifient, déclarent et en tout état de cause suppriment les caractéristiques dommageables de leurs régimes préférentiels.

123. Outre ces travaux de dépistage visant à ce que les États considérés modifient leur propre législation, certains États ont inséré au sein de leur législation des dispositifs limitant la déductibilité des paiements effectués au profit d'entités bénéficiant, dans leur État, d'un régime fiscal privilégié. Tel est le cas de la France, avec l'article 238 A du CGI.

Les récentes mesures introduites dans certains États africains s'inspirent de ce texte.

124. La disposition française concernant les paiements effectués ou sommes dues à des bénéficiaires soumis à un régime fiscal privilégié (CGI, art. 238 A) – Ce texte prévoit que : « pour l'assiette de l'impôt sur le revenu et de l'impôt sur les sociétés, certaines charges (intérêts, arrérages et autres produits des obligations, créances, dépôts et cautionnements, les redevances de cession ou concession de licences d'exploitation, de brevets d'invention, de marques de fabrique, procédés ou formules de fabrication et autres droits analogues ou les rémunérations de services) payées ou dues par une personne physique ou morale domiciliée ou établie en France à des personnes physiques ou morales domiciliées ou établies dans un État étranger ou un territoire situé hors de France ne sont admises en déduction, lorsque le bénéficiaire est soumis à un régime fiscal privilégié dans ledit État ou territoire, qu'à la condition que le débiteur de ces dépenses apporte la preuve qu'elles correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré [...] ».

Ces dispositions s'appliquent :

- lorsque le débiteur est soumis à l'impôt en France ;
- les charges considérées sont au nombre de celles que la loi énumère ;
- le bénéficiaire est soumis à un régime fiscal privilégié ;
- le débiteur n'a pu prouver que les dépenses correspondent à des opérations réelles, ni ne présentent un caractère anormal ou exagéré.

Elles ne concernent pas les marchandises qui relèvent de l'article 57 en visant les sous-facturations et sur-facturations. En revanche, il n'y a pas besoin d'établir un lien de dépendance ou de contrôle.

La sanction est totale à savoir que l'intégralité du paiement n'est pas déductible.

125. La condition relative à la soumission à un régime fiscal privilégié – Toujours selon le texte français, « les

personnes sont regardées comme soumises à un régime fiscal privilégié dans l'État ou le territoire considéré si elles n'y sont pas imposables ou si elles y sont assujetties à des impôts sur les bénéfices ou les revenus dont le montant est inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont elles auraient été redevables dans les conditions de droit commun en France, si elles y avaient été domiciliées ou établies ».

Il appartient à l'administration française de prouver que le bénéficiaire est établi dans un État où il est soumis à un régime fiscal privilégié, sauf lorsque cet État est un ETNC.

La personne est réputée soumise à un régime fiscal privilégié dans l'État ou le territoire considéré lorsqu'elle n'y est pas imposable ou lorsqu'elle y est assujettie à des impôts sur les bénéfices ou les revenus inférieurs de plus de la moitié à ceux dont elle aurait été redevable dans les conditions de droit commun en France si elle y avait été domiciliée ou établie.

Très récemment, le Conseil d'État a jugé que le seul taux d'imposition de l'impôt sur les sociétés aux Antilles Néerlandaises, qui varie entre 2,4% et 6% alors que le taux de l'impôt sur les sociétés en France était fixé à 33,33%, n'était pas suffisant pour que l'administration établisse la présence d'un régime fiscal privilégié²⁷.

Il ne s'agit donc pas d'effectuer une comparaison entre les taux d'imposition mais entre les montants d'impôt en cause à savoir le montant d'impôt effectif après abattements, crédits et réductions d'impôt.

À compter du 1er janvier 2020, sera considéré comme privilégié un régime fiscal se traduisant par un impôt inférieur de 40 % ou plus à celui qui aurait été dû en France²⁸.

La comparaison doit être fine, par exemple un régime n'est pas considéré comme étant privilégié s'il s'agit de dividendes ou de plus-values de cession de participation à long terme qui n'auraient pas été taxés en France si les conditions du régime mère-fille avaient été satisfaites, les quotes-parts de frais et charges ne constituant pas des impositions en tant que telles mais la réintégration de charges non déductibles.

126. Les clauses de sauvegarde – Il est possible d'échapper à la sanction dans deux hypothèses.

Soit, parce que le contribuable français peut établir que les opérations sont réelles et ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré.

Soit lorsque le paiement ou le bénéficiaire est localisé dans un ETNC, parce que le débiteur français apporte, outre les éléments évoqués ci-dessus, la preuve que les opérations auxquelles correspondent les dépenses ont principalement **un objet et un effet autres que de permettre la localisation de ces dépenses dans un ETNC.**

Selon, l'administrative française²⁹, pour démontrer la réalité de la situation, il convient de « prouver la matérialité

27 CE, 24 avr. 2019, n° 413129, SAS Control Union Inspections France.

28 CGI, art. 238 A dans sa rédaction issue L. n° 2018-898, 23 oct. 2018, art. 32 (FI 1-2019, n° 9, § 12).

29 BOI-BIC-CHG-80-20, 2 sept. 2015.

de l'opération qu'ils constatent et pour cela, apporter tous éléments de nature à établir que les engagements réciproques qu'ils relatent ont été effectivement exécutés ou, lorsqu'il y a des prestations échelonnées dans le temps, sont sur le point de l'être.

S'il y a eu prêt à intérêt, l'emprunteur ne doit pas seulement prouver qu'il a souscrit l'engagement de rembourser le principal et de payer les intérêts ; il doit également justifier avoir reçu et conserver les fonds qu'il rémunère.

De même, il y a lieu de démontrer l'utilisation effective ou l'utilité réelle des brevets cédés ou concédés ainsi que, de façon générale, chaque fois qu'il y a cession ou concession d'éléments de la propriété industrielle, à la fois l'originalité des connaissances techniques transférées et l'intérêt qui s'attache à leur acquisition ».

Toujours selon l'administration, la preuve de l'absence de caractère anormal ou exagéré « oblige le contribuable à démontrer que le contrat dont il a établi la sincérité est, en outre, normalement équilibré. Il doit à cette fin apporter toutes justifications et précisions sur l'importance réelle des avantages qu'il a retirés du contrat et montrer que les charges qui en sont la contrepartie en représentent la juste rémunération, compte tenu des débours habituellement exposés pour obtenir des services analogues ».

Il s'agit donc d'un juste équilibre juridique et économique.

La jurisprudence a, sur cette question, jugé qu'une entreprise française apporte la preuve de la réalité de la prestation fournie par une société domiciliée à Panama et de l'absence de caractère anormal ou exagéré du paiement effectué dès lors qu'elle établit, par la production de pièces, que le versement en cause n'a été qu'une modalité de paiement d'une commission à un intermédiaire, qui lui a permis d'obtenir un marché relatif à la sous-traitance de travaux d'électricité en Algérie et lui a ensuite facilité le règlement de ces travaux, dont elle a retiré un bénéfice substantiel³⁰.

II. Les mesures récentes adoptées par les États d'Afrique francophone

127. Tous les États africains de l'UEMOA et de la CEMAC ont assez récemment introduits les notions de paradis fiscaux et États ou territoires non coopératifs et de régime fiscal privilégié, à l'exception du Bénin.

Nous comparerons d'abord les différentes mesures avant d'en analyser les principales caractéristiques.

A. Tableau des mesures par pays UEMOA et CEMAC francophones

(cf. pages suivantes)

B. Analyse des principales caractéristiques des ETNC

1° Les critères retenus par les États Africains francophones de l'UEMOA et de la CEMAC

128. Certains pays africains, tels que le Burkina Faso, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Togo, la République Centrafricaine, le Gabon, qualifient de non coopératifs les États et territoires qui ne se conforment pas aux règles en matière de transparence et d'échange d'informations dans le domaine fiscal, de manière à favoriser l'assistance administrative nécessaire à l'application de la législation fiscale domestique.

Ces législations semblent renvoyer aux critères d'absence de transparence et d'échanges d'informations retenus par l'OCDE pour la définition des paradis fiscaux. Le critère de l'imposition inexistante ou insignifiante retenu par l'OCDE n'est en revanche pas mentionné.

Le **Togo** ajoute un troisième critère à savoir que l'État ou le territoire observe une fin de non-recevoir à une demande de signature de convention en matière d'échange de renseignements formulée par le Togo.

En **Côte d'Ivoire**, ces mesures ont été introduites par la loi de finances 2017 qui faisait initialement référence à la liste noire de l'OCDE, puis la loi de finances 2018 a élargi la définition aux pays considérés comme ETNC ou à fiscalité privilégiée par l'administration fiscale ivoirienne ou figurant sur la liste de l'Union européenne. Il a été précisé que ne peuvent être qualifiés de pays ou territoires non coopératifs, les pays ayant conclu avec la Côte d'Ivoire, un accord prévoyant l'échange réciproque de renseignements à des fins fiscales. À ce jour, la Côte d'Ivoire dispose d'une convention fiscale avec l'UEMOA, l'Allemagne, la Belgique, le Canada, la France, l'Italie, le Maroc, la Mauritanie, la Norvège, le Portugal, la Suisse et la Tunisie. Les conventions fiscales signées avec la Grande-Bretagne et la Turquie ne sont pas encore entrées en vigueur. Ainsi, l'administration fiscale ivoirienne dans une note de service³¹ avait, à l'époque, écarté la Tunisie qui figurait pourtant dans la liste noire de l'Union européenne mais qui dispose d'une convention fiscale en vigueur avec la Côte d'Ivoire prévoyant l'échange de renseignements à des fins fiscales.

Le **Cameroun**, quant à lui, se réfère aux deux notions, à savoir celle de paradis fiscal et celle d'État non coopératif. Un paradis fiscal se caractérise par un taux d'impôt sur le revenu des personnes physiques ou morales inférieur au tiers de celui pratiqué au Cameroun tandis que pour les États ou territoires considérés comme non coopératifs, il fait référence à l'absence de transparence et d'échanges d'informations à des fins fiscales par les organisations financières internationales.

Le **Tchad** n'a pas listé spécifiquement les critères retenus car il se reporte expressément aux listes OCDE et UE.

30 CE, 22 janv. 1992, n° 82198, SA Electrification Générale.

31 Note de service 0085/SEPMBPE/DGI/DLCD-SDCFI/mn/01-2018 du 11 janvier 2018

Pays	ETNC	Régime fiscal privilégié
Burkina Faso	<p>Les sommes payées ou dues à des personnes physiques ou morales domiciliées ou résidentes dans un État ou territoire non coopératif ne sont admises en déduction pour l'établissement de l'impôt.</p> <p>Sont considérées comme non coopératifs, les États et territoires qui ne se conforment pas aux standards internationaux en matière de transparence et d'échange d'informations dans le domaine fiscal, de manière favoriser l'assistance administrative nécessaire à l'application de la législation fiscale burkinabée.</p> <p>La liste de ces États est fixée par le Ministre chargé des finances.</p>	<p>Les sommes correspondant à des dépenses déductibles en vertu des dispositions du présent code, payées ou dues par des entreprises exploitées au Burkina Faso à des personnes physiques ou morales qui sont domiciliées ou résidentes dans un pays ayant un régime fiscal privilégié, ne sont déductibles que si le débiteur apporte la preuve que ces dépenses correspondent à des dépenses réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré.</p> <p>Une entreprise est réputée être domiciliée ou résidente dans un État ayant un régime fiscal privilégié si elle n'est pas imposable dans cet état ou si elle y est assujettie à un impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont le montant est inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les sociétés dont elle aurait été redevable dans les conditions de droit commun au Burkina Faso si elle y avait été exploitée.</p>
Côte d'Ivoire	<p>Pour l'établissement de l'impôt sur les BIC dû par les entreprises qui sont sous la dépendance ou qui possèdent le contrôle d'entreprises situées hors du Côte d'Ivoire, les bénéfices indirectement transférés à ces dernières soit par la majoration ou la diminution des prix d'achat ou de vente, soit par tout autre moyen, seront incorporés aux résultats. Il est procédé de même à l'égard des entreprises qui sont sous la dépendance d'une entreprise ou d'un groupe possédant également le contrôle d'entreprises situées hors de Côte d'Ivoire.</p> <p>Les intérêts, arrérages, et autres produits des obligations, créances, dépôts et cautionnements, les redevances de cession ou concession de licences d'exploitation, de brevets d'invention, de marques de fabrique, procédés ou formules de fabrication et autres droits analogues ou les rémunérations de services payés ou dus par une personne physique ou morale domiciliée ou établie en Côte d'Ivoire à des personnes physiques ou morales qui sont domiciliées ou établies hors de la Côte d'Ivoire, ne sont admis comme charges déductibles pour l'établissement de l'impôt que si le débiteur apporte la preuve que ces dépenses correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré.</p> <p>Les sommes versées ne sont admises comme charges déductibles pour l'établissement de l'impôt que dans la double limite de 5% du chiffre d'affaires hors taxes et de 20% des frais généraux de l'entreprise débitrice.</p> <p>La condition de dépendance ou de contrôle n'est pas exigée pour l'application de la double limite, lorsque la transaction ou le transfert s'effectue avec des personnes situées ou établies dans un pays ou territoire non coopératif ou à fiscalité privilégiée.</p> <p>Lorsque le bénéficiaire des sommes versées est situé dans un tel pays ou territoire, la déduction desdites sommes est plafonnée à 50% de leur montant brut, sans préjudice de la double limite prévue ci-dessus.</p> <p>Pour l'application des paragraphes précédents, sont considérés comme pays ou territoires non coopératifs, les pays ou territoires identifiés comme tels par les autorités fiscales ivoiriennes ou figurant sur la liste de l'OCDE ou celle de l'UE.</p> <p>Toutefois, ne peuvent être considérés comme pays ou territoires à fiscalité privilégiée ou non coopératifs, les pays ou territoires ayant conclu avec la Côte d'Ivoire, un accord prévoyant l'échange réciproque de renseignements à des fins fiscales.</p>	<p>Sont considérés comme territoires à fiscalité privilégiée, les territoires dans lesquels les revenus ou sommes provenant de la Côte d'Ivoire sont taxables à un impôt au titre des bénéfices ou à tout autre nature d'impôt sur le revenu, dont le montant est inférieur à la moitié de l'impôt qui aurait été perçu en Côte d'Ivoire, si de tels revenus ou sommes y étaient imposables.</p>

Pays	ETNC	Régime fiscal privilégié
Mali	<p>Pour l'établissement de l'impôt sur les sociétés dû par les entreprises qui sont sous la dépendance ou qui possède le contrôle de l'entreprise situées au Mali ou hors du Mali, les bénéfices indirectement transférés à ces dernières soit par majoration ou diminution des prix d'achat ou de vente, soit par sous-capitalisation, soit par tout autre moyen, sont incorporés aux résultats accusés par les comptabilités. Il est procédé de même pour les entreprises.</p> <p>Sont considérés comme non coopératifs, les États et territoires qui ne se conforment pas aux standards internationaux en matière de transparence et d'échange d'informations dans le domaine fiscal, de manière à favoriser l'assistance administrative nécessaire à l'application de la législation fiscale malienne.</p> <p>La liste des États non coopératifs est établie périodiquement par Décision du Ministre chargé des finances. Cette liste peut être élaborée à partir des informations produites par les organisations sous régionales, régionales telles que la Commission de l'UEMOA, la Commission de la CEDEAO, l'OCDE, etc. Si la liste prévue ci-dessus n'est pas établie pour une période donnée, l'administration se réfère sur celle de l'une des organisations visées ci-dessus.</p>	<p>Les mêmes règles s'appliquent en cas de transfert de bénéfices soit par majoration ou diminution des prix d'achat ou de vente, soit par sous-capitalisation, soit par tout autre moyen entre entreprises dépendantes situées au Mali lorsque l'entreprise au profit de laquelle le transfert est effectué n'est pas passible de l'impôt sur les bénéfices ou les revenus ou est assujettie à ces impôts à un taux d'imposition inférieur de 10 points de pourcentage au taux d'imposition de droit commun au Mali.</p> <p>Sont considérés comme bénéficiant d'un régime fiscal privilégié dans un État ou un territoire considéré, les entreprises qui n'y sont pas imposables ou assujetties à des impôts sur les bénéfices ou sur les revenus dont le taux d'imposition est inférieur de plus de 10 points de pourcentage à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont ces entreprises auraient été redevables dans les conditions de droit commun au Mali, si elles y avaient été domiciliées ou établies.</p>
Niger	<p>(Article 33) Pour les sociétés qui sont sous la dépendance d'entreprises ou de groupe d'entreprises situés hors du Niger ou pour celles qui possèdent des entreprises, situées hors du Niger, les paiements effectués par quelque moyen que ce soit, assimilables à des actes anormaux de gestion, constituent des prix de transfert passibles de l'impôt sur les bénéfices. Il s'agit en autres : de versement sous forme de majoration ou de minoration d'achat ou de vente, de paiement de redevances excessives ou sans contrepartie...</p> <p>(Article 34) La condition de dépendance ou de contrôle n'est pas exigée lorsque le transfert s'effectue avec des entreprises établies dans un État étranger ou dans un territoire situé hors du Niger dont le régime fiscal est privilégié ou dans un pays non coopératif.</p> <p>Sont considérés comme non coopératifs, les États et les territoires qui ne se conforment pas aux standards internationaux en matière de transparence et d'échange d'informations dans le domaine fiscal, de manière à favoriser l'assistance administrative nécessaire à l'application de la législation fiscale nigérienne.</p>	<p>Les personnes sont considérées comme soumises à un régime fiscal privilégié dans l'État ou le territoire considéré si elles n'y sont pas imposables ou si elles y sont assujetties à des impôts sur les bénéfices ou les revenus dont le montant est inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont elles auraient été redevables dans les conditions de droit commun au Niger, si elles y avaient été domiciliées ou établies</p>
Sénégal	<p>Outre l'article sur les prix de transfert</p> <p>Les intérêts, arrrages et autres produits des obligations, créances, dépôts et cautionnements, les redevances de cession ou concession de licences d'exploitation, de brevets d'invention, de marques de fabrique, procédés ou formules de fabrication et autres droits analogues ou les rémunérations de services, payés ou dus par une personne physique ou morale domiciliée ou établie au Sénégal à des personnes physiques ou morales qui sont domiciliées ou établies dans un État étranger ou un territoire situé hors du Sénégal et y sont soumises à un régime fiscal privilégié, ou un pays non coopératif, ne sont admis comme charges déductibles pour l'établissement de l'impôt que si le débiteur apporte la preuve que les dépenses correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré.</p> <p>Sont considérés comme non coopératifs, les États et territoires qui ne se conforment pas aux standards internationaux en matière de transparence et d'échange d'informations dans le domaine fiscal, de manière à favoriser l'assistance administrative nécessaire à l'application de la législation fiscale sénégalaise.</p> <p>La liste desdits États est fixée par décision du Ministre chargé des Finances.</p>	<p>Il en est de même pour tout versement effectué sur un compte tenu dans un organisme financier établi dans un des États ou territoires non coopératifs ou à fiscalité privilégiée.</p> <p>Les personnes sont considérées comme soumises à un régime fiscal privilégié dans l'État ou le territoire considéré si elles n'y sont pas imposables ou si elles y sont assujetties à des impôts sur les bénéfices ou les revenus dont le montant est inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont elles auraient été redevables dans les conditions de droit commun au Sénégal, si elles y avaient été domiciliées ou établies.</p>

Pays	ETNC	Régime fiscal privilégié
Togo	<p>Toutes sommes correspondant à des dépenses déductibles en vertu des dispositions du présent code payées ou dues par une personne physique ou morale domiciliée ou établie au Togo à des personnes physiques ou morales qui sont domiciliées ou établies dans un État étranger ou un territoire situé hors du Togo et y sont soumises à un régime fiscal privilégié ou un pays non coopératif, ne sont admis comme charges déductibles pour l'établissement de l'impôt que si le débiteur apporte la preuve que les dépenses correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré. Cette limitation s'applique également aux transactions effectuées entre les entreprises établies sur le territoire togolais dont l'une des bénéficie d'un régime fiscal privilégié en vertu d'une loi, d'une convention, ou de toutes autres dispositions.</p> <p>Sont considérés comme non coopératifs, les États et territoires qui ne se conforment pas aux standards internationaux en matière de transparence et d'échange d'informations dans le domaine fiscal, de manière à favoriser l'assistance administrative nécessaire à l'application de la législation fiscale togolaise et qui observe une fin de non-recevoir à une demande de signature de convention en matière d'échange de renseignements formulée par le Togo. La liste des dits États et territoires non coopératifs est fixée par arrêté du Ministre chargé des finances</p>	<p>Les personnes sont considérées comme soumises à un régime fiscal privilégié, dans l'État ou le territoire considéré, si elles n'y sont pas imposables ou si elles y sont assujettis à des impôts sur les bénéfices ou sur les revenus, dont le montant est inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont elles auraient été redevables dans les conditions de droit commun au Togo, si elles y avaient été domiciliées ou établies.</p>
Cameroun	<p>Les charges et rémunérations de toutes natures, comptabilisées par une personne physique ou personne morale domiciliée ou établie au Cameroun et liées aux transactions avec des personnes physiques ou personnes morales domiciliées ou établies dans un territoire ou un État considéré comme un paradis fiscal, ne sont pas déductibles pour la détermination de l'impôt sur les sociétés ou de l'IRPP au Cameroun.</p> <p>Toutefois les achats de biens et de marchandises nécessaires à l'exploitation acquis dans leur pays de production et ayant été soumis aux droits de douanes, ainsi que les rémunérations des prestations de services y relatives sont déductibles.</p> <p>Est considéré comme un paradis fiscal, un État ou un territoire dont le taux de l'impôt sur le revenu des personnes physiques ou morales est inférieur au tiers de celui pratiqué au Cameroun, ou un État ou un territoire considéré comme non coopératif en matière de transparence et d'échanges d'informations à des fins fiscales par les organisations financières internationales (liste OCDE).</p>	
République du Congo		<p>Pour l'établissement de l'impôt sur les sociétés dû par les entreprises qui sont sous la dépendance ou qui possèdent le contrôle d'entreprises situées hors du Congo, les bénéfices indirectement transférés à ces dernières, soit par voie de majoration ou de minoration de prix d'achat ou de vente, soit par tout autre moyen, sont incorporés aux résultats accusés par les comptabilités.</p> <p>Il est procédé de même à l'égard des entreprises qui sont sous la dépendance d'une entreprise ou d'un groupe possédant également le contrôle d'entreprises situées hors du Congo.</p> <p>La condition de dépendance ou de contrôle n'est pas exigée lorsque le transfert s'effectue avec des entreprises établies dans un État étranger ou dans un territoire situé hors du Congo dont le régime est privilégié.</p>

Pays	ETNC	Régime fiscal privilégié
République Centrafricaine	<p>Pour l'établissement de l'impôt sur les sociétés dû par les entreprises sous la dépendance ou qui possèdent le contrôle de l'entreprise situées hors de la République Centrafricaine, les bénéfices indirectement transférés à ces dernières soit par majoration ou diminution des prix d'achat ou de vente, soit par sous-capitalisation, soit par tout autre moyen, sont incorporés aux résultats accusés par les comptabilités.</p> <p>Il en est de même pour les entreprises qui sont sous la dépendance d'une entreprise ou d'un groupe possédant également le contrôle d'entreprises situées hors de la république Centrafricaine.</p> <p>La condition de dépendance ou de contrôle n'est pas exigée lorsque le transfert s'effectue avec des entreprises établies dans un État ou dans un territoire étranger dont le régime fiscal est privilégié, ou dans un pays non coopératif, au sens de l'article 131 bis.</p> <p>Les sommes payées ou dues à des personnes physiques ou morales domiciliées ou résidentes dans un État ou un territoire non coopératif ne sont pas admises en déduction pour l'établissement de l'impôt.</p> <p>Sont considérées comme non coopératifs, les États et territoires qui ne se conforment pas aux standards internationaux en matière de transparence et d'échange d'informations dans le domaine fiscal, de manière à favoriser l'assistance administrative nécessaire à l'application de la législation fiscale centrafricaine.</p> <p>La liste de ces États est celle fixée par l'OCDE, l'ONU ou la CEMAC. Elle peut être complétée par décision du Ministre chargé des Finances.</p>	<p>Article 131 bis [...] Une entreprise est réputée être domiciliée ou résidente dans un État ayant un régime fiscal privilégié si elle n'est pas imposable dans cet État ou si elle y est assujettie à un impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont le montant est inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les sociétés dont elle aurait été redevable dans les conditions de droit commun en république Centrafricaine si elle y avait été exploitée.</p> <p>L'article 131 bis prévoit que les sommes correspondant à des dépenses déductibles en vertu des dispositions du présent Code, payées ou dues par des entreprises centrafricaines à des personnes physiques ou dans un pays ayant un régime fiscal privilégié, ne sont déductibles que si le débiteur apporte la preuve que ces dépenses correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré.</p>
Gabon	<p>La condition de dépendance ou de contrôle n'est pas exigée lorsque le transfert s'effectue avec des entreprises établies dans un État étranger ou dans un territoire situé hors du Gabon dont le régime fiscal est privilégié, ou dans un pays non coopératif au sens de l'article 13.</p> <p>Article 13. Les sommes versées en rémunération de l'utilisation de brevets, marques, dessins et modèles en cours de validité, les versements d'intérêts ainsi que les rémunérations de prestations de services effectués par une société située au Gabon à une société étrangère installée dans un pays à faible fiscalité ou à fiscalité nulle, sont réintégrés dans les résultats imposables de la société locale si celle-ci n'apporte pas la preuve que ces versements correspondent à des opérations réelles et qu'ils ne sont pas exagérés.</p> <p>Il est de même pour tout versement effectué sur un compte tenu dans un organisme financier établi dans un des États ou territoires non coopératifs ou à fiscalité privilégié.</p> <p>Sont considérés comme non coopératifs, les États et les territoires qui ne se conforment pas aux standards internationaux en matière de transparence et d'échange d'informations dans le domaine fiscal, de manière à favoriser l'assistance administrative nécessaire à l'application de la législation fiscale gabonaise.</p> <p>La liste desdits États est fixée par décision du Ministre chargé des finances.</p>	<p>Les personnes sont considérées comme soumises à un régime fiscal privilégié dans l'État ou le territoire considéré si elles n'y sont pas imposables ou si elles y sont assujetties à des impôts sur les bénéfices ou les revenus dont le montant est inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont elles auraient été redevables dans les conditions de droit commun au Gabon, si elles y avaient été domiciliées ou établies.</p>

Pays	ETNC	Régime fiscal privilégié
Tchad	<p>Sous réserve des conventions internationales, les frais de siège, d'études, d'assistance techniques, les intérêts, les arrérages et autres produits des obligations, créances et dépôts et cautionnement et autres frais y compris les redevances commerciales ou industrielles, versées aux sièges des entreprises établies à l'étranger, dûment justifiés ne sont déductibles que dans la limite de 10% du bénéfice imposable avant leur déduction. Cette limitation ne s'applique pas sur les frais d'assistance technique et d'études relatives au montage d'usine.</p> <p>Lorsque le bénéficiaire des sommes passées en charge est situé ou établi dans un pays ou territoire non coopératif ou à fiscalité privilégiée, la déduction desdites sommes est plafonnée à 50% de leur montant brut, sans préjudice de la limite prévue ci-dessus. Sont considérés comme pays ou territoires non coopératifs ou à fiscalité privilégiée, les pays ou territoires figurant sur la « liste noire des pays non coopératifs de l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE), de l'union européenne ou celle arrêtée par le Ministère en charge des Finances et n'ayant conclu avec le Tchad, aucun accord prévoyant l'échange réciproque de renseignements à des fins fiscales.</p>	Sont considérés comme bénéficiant d'un régime fiscal privilégié, les personnes morales ou physiques qui ne sont pas imposables ou qui sont assujetties à des impôts sur les bénéfices ou revenus dont le taux est inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont elles auraient été redevables dans les conditions de droit commun au Tchad, si elles y avaient été domiciliées

2° La liste des ETNC des pays africains francophones de l'UEMOA et de la CEMAC

129. Pour le **Burkina Faso**, le **Mali**, le **Togo**, le **Sénégal**, le **Gabon**, la liste des ETNC est fixée par le Ministre chargé des finances, sans référence aux liste OCDE, ni UE, ce qui laisse planer des incertitudes en l'absence de publications fréquentes. Toutefois pour le Mali, si la liste prévue ci-dessus n'est pas établie pour une période donnée, l'administration se réfère à celle de l'une des organisations citées.

Pour le **Niger**, l'incertitude est encore plus grande puisqu'il n'est même pas précisé qu'une liste sera publiée.

Pas d'incertitude en République Centrafricaine, car la liste de ces États est celle fixée par l'OCDE, l'ONU ou la CEMAC. Elle peut être complétée par décision du Ministre chargé des Finances.

Idem en Côte d'Ivoire, où il y a lieu de se reporter à la liste élaborée par les autorités fiscales ivoiriennes ou à celles de l'OCDE ou de l'UE. Les États qui disposent d'un accord prévoyant l'échange réciproque de renseignements à des fins fiscales avec la Côte d'Ivoire y échappent.

De même au **Tchad**, où la liste applicable est celle de l'OCDE, de l'UE ou celle arrêtée par le Ministère en charge des Finances qui peut comprendre des États n'ayant conclu avec le Tchad aucun accord prévoyant l'échange réciproque de renseignements à des fins fiscales.

3° Les opérations visées et sanctions appliquées

130. Les législations au **Burkina Faso**, au **Mali**, au **Togo**, au **Cameroun** sont particulièrement sévères puisqu'elles visent tous les paiements ou sommes dues et ne listent pas avec précision les charges concernées. De plus, majoritairement dans ces pays, les dispositions sont intégrées au texte relatif aux prix de transfert ce qui laisse à penser que potentiellement les flux concernant des marchandises pourraient être visés aussi.

Au **Niger**, tous les paiements effectués par quelque moyen que ce soit, assimilables à des actes anormaux de gestion, sont visés, sans lien de dépendance ni de contrôle.

D'autres législations, comme celles applicables au **Sénégal**, au **Gabon** ou au **Tchad**, sont plus restrictives puisqu'elles listent les opérations entrant dans le champ d'application de la mesure.

Par exemple, au Gabon, sont visés les paiements ou dépenses effectués par quelque moyen que ce soit ou toute forme d'avantages ou d'aides accordés à des tiers sans contrepartie équivalente pour l'entreprise, assimilables à des actes anormaux de gestion au titre de prix de transfert, sans obligation de lien de dépendance ou de contrôle. En outre, les versements effectués sur un compte tenu dans un organisme financier établi dans un des États ou territoires non coopératifs ou à fiscalité privilégiée ne sont pas déductibles.

Parmi ces États, seuls deux ne font que limiter la déduction.

Au Tchad, sous réserve des conventions internationales, seules certaines prestations de services sont concernées et il ne s'agit pas d'une réintégration totale de la charge mais une limitation à double niveau à savoir dans la limite de 10% du bénéfice imposable avant leur déduction et plafonnée à 50% de leur montant brut.

En Côte d'Ivoire, la déduction n'est que limitée à 5% du chiffre d'affaires hors taxes de l'entreprise ivoirienne versante et à 20% de ses frais généraux, sans que le montant à déduire ne puisse excéder 50% du montant brut des sommes versées. En revanche, l'administration fiscale ivoirienne vise, dans la note de service précitée, les sommes versées directement ou indirectement aussi en rémunération de ventes.

La **Mali** et la **Côte d'Ivoire** instaurent, en outre, une augmentation de certaines impositions.

La taxe sur les plus-values de cession au Mali réalisées par les non-résidents³² fixée au taux de 15% est portée à 30% si le cédant est résident dans un ETNC (ou à fiscalité privilégiée au sens de l'article 81 du code).

Tandis qu'en Côte d'Ivoire, sauf dispositions conventionnelles, le montant de l'impôt exigible, déterminé conformément aux dispositions du code des impôts ivoirien, est majoré de 25% lorsque les sommes imposables sont versées à une personne physique ou morale située ou établie dans un pays ou territoire non coopératif ou à fiscalité privilégié au sens de l'article 38 du code.

131. Il faut souligner que **généralement les législations des pays concernés prévoient que lorsque ces sommes ne sont pas admises soit en totalité soit en partie comme charges déductibles, elles sont considérées comme des bénéfices distribués avec l'application d'une retenue à la source.**

4° Les clauses de sauvegarde potentielles ou exclusions

132. La plupart des pays ne prévoient pas de clause de sauvegarde concernant les flux avec des ETNC.

Au **Sénégal**, la charge est admise en déduction pour l'établissement de l'impôt si le débiteur apporte la preuve que les dépenses correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré

Il en va de même pour le **Togo** qui a prévu une clause de sauvegarde de façon à admettre la déductibilité fiscale de la charge dans la mesure où le débiteur togolais apporte la preuve que les dépenses correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré, et ce même dans un flux avec un ETNC.

Au **Cameroun**, plutôt qu'une clause de sauvegarde il s'agit plutôt d'une exclusion, à savoir que les achats de biens et de

marchandises nécessaires à l'exploitation acquis dans leur pays de production et ayant été soumis aux droits de douane, ainsi que les rémunérations des prestations de services relatives, sont déductibles.

Le texte prévu au **Gabon** manque de clarté mais laisse à penser que le débiteur peut apporter la preuve que les versements correspondent à des opérations réelles et qu'ils ne sont pas exagérés.

Même si ces quatre États apportent un assouplissement à la règle, l'absence de commentaires précis de la part des administrations fiscales sur la démonstration de la réalité des opérations et du caractère normal ni exagéré ne permet pas d'assurer un niveau suffisant de sécurité juridique.

C. Régimes fiscaux privilégiés

133. La notion d'ETNC n'est pas exclusive de la notion de pays à régime fiscal privilégié. Tous les États listés ci-avant limitent aussi la déductibilité de certaines charges payées à un bénéficiaire soumis à un régime fiscal privilégié.

1° La définition du régime privilégié

134. Les pays qui prévoient une comparaison entre les niveaux d'imposition sont les suivants : **Burkina Faso, Niger, Togo, Sénégal, République Centrafricaine, Gabon, Tchad.**

En substance, dans ces États, un régime fiscal privilégié se caractérise par un montant d'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dû inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les sociétés dont le bénéficiaire aurait été redevable dans les conditions de droit commun s'il avait été établi dans le pays du débiteur.

Au **Tchad**, le critère de comparaison pour savoir si un État ou territoire dispose d'un régime fiscal privilégié ne repose pas sur le montant de l'impôt dont la personne aurait été redevable au Tchad dans les conditions de droit commun, mais sur le taux de l'impôt. Ainsi, sont considérées comme bénéficiant d'un régime fiscal privilégié, les personnes morales ou physiques qui ne sont pas imposables ou qui sont assujetties à des impôts sur les bénéfices ou revenus dont le taux est inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont elles auraient été redevables dans les conditions de droit commun au Tchad, si elles avaient été domiciliées

La législation au **Mali** est plus restrictive, dans la mesure où sont considérées comme bénéficiant d'un régime fiscal privilégié dans un État ou un territoire considéré les entreprises qui n'y sont pas imposables ou assujetties à des impôts sur les bénéfices ou les revenus dont le taux d'imposition est inférieur de plus de 10 points de pourcentage à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont ces entreprises auraient été redevables dans les conditions de droit commun au Mali, si elles y avaient été domiciliées ou établies.

³² Article 129-C du CGI

2° Les clauses de sauvegarde

135. La plus grande difficulté concerne **soit l'absence de clause de sauvegarde soit une incertitude quant à leurs modalités de fonctionnement en pratique.**

Peu de législations africaines comportent des clauses de sauvegarde pour démontrer que les flux avec une entité bénéficiant d'une fiscalité moins lourde sont économiquement justifiés.

Nous pouvons toutefois citer le **Burkina Faso**, étant donné que le débiteur peut apporter la preuve que ces dépenses correspondent à des dépenses réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré.

En **République Centrafricaine**, l'article 131 bis prévoit que les sommes correspondant à des dépenses déductibles en vertu du code, payées ou dues par des entreprises centrafricaines à des personnes physiques ou dans un pays ayant un régime fiscal privilégié, ne sont déductibles que si le débiteur apporte la preuve que ces dépenses correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré.

Le texte prévu au **Gabon** est peu clair.

D'une manière générale, l'on ne sait ce qu'il y a lieu de comparer et comment justifier de l'effectivité économique du flux. Il paraît indispensable que les administrations fiscales produisent des commentaires clairs et applicables en pratique.

S. LAURATET ET A. ALMIRA ■