

FISCALITÉS ÉTRANGÈRES

Chronique d'actualité

Europe

- > **Allemagne** - La Cour fédérale des finances opère un revirement de jurisprudence en matière de déductibilité des abandons de créance transfrontaliers, avec une nouvelle interprétation de la notion de « soutien de groupe » (V. § 1).
- > **Belgique** - Le législateur apporte des modifications à la disposition de limitation de déductibilité des intérêts résultant de la directive ATAD, destinées à garantir sa neutralité (V. § 5).
- > La Belgique a déposé ses instruments de ratification de l'Instrument multilatéral de l'OCDE le 26 juin 2019 (V. § 12).
- > **Espagne** - L'administration fiscale a publié un projet de loi de transposition de la directive DAC 6 (V. § 14).
- > La Commission a formé un recours contre l'Espagne devant la CJUE concernant l'imposition de sanctions disproportionnées aux contribuables espagnols qui omettent de déclarer des actifs détenus dans d'autres États membres de l'UE et de l'EEE (V. § 19).
- > **Italie** - In its attempt to boost Italy's economic growth the Italian Government has considerably broadened the conditions to benefit from the so-called "Impatriate regime", while also increasing its appeal by extending the tax advantages connected to it (V. § 21).
- > The Italian Tax Agency addresses the issue of taxpayers that effectively expatriate without, however, registering with AIRE (the official register of Italian citizens residing abroad). Under domestic rules, not registering with AIRE and therefore not cancelling from the registers of residents maintains the Italian residence for tax purposes. Such cases therefore have to be solved through art. 4 of the Tax Treaties (V. § 26).
- > Just a few months after deciding on the controversial D&G case, the Italian Supreme Court was once again addressed with a similar issue: on this occasion, however, the Supreme Court confirmed the decision by the Regional Tax Court: indeed, all the relevant circumstances of the case had been considered and the company's place of effective management had correctly been considered to be in Italy, not in the Netherlands (V. § 28).
- > The studios of a broadcaster in which a commentator performs his professional activity cannot be considered as his "fixed base" if they are only used to take part in the show and he has no spaces available for his own personal use (V. § 30).
- > The Italian Supreme Court ruled that in order to verify whether a taxpayer should benefit from the reduced withholding tax rate on royalties provided by the Tax Treaty between Italy and Switzerland the same principles applying to dividends must be considered. Therefore, the recipient has to be granted the preferential withholding tax rate if he is considered subject to taxation according to the laws of its State of residence, regardless of the fact that taxation is actually levied (V. § 32).
- > **Luxembourg** - Le Parlement luxembourgeois a ratifié la nouvelle convention fiscale entre la France et le Luxembourg visant à éliminer les doubles impositions (V. § 34).
- > Le TA de Luxembourg juge que la novation d'une créance de dividendes en prêt portant intérêts constitue un abus de droit faute de pouvoir donner des raisons économiques à l'ensemble de l'opération (V. § 37).

...

- > La CAA de Luxembourg juge que le régime d'exonération de la propriété intellectuelle prévu par l'ancien article 50 bis LIR est applicable pour les redevances dans le cadre d'une profession libérale, même lorsque le bénéficiaire de ces redevances exerce concomitamment des fonctions dans la société produisant et commercialisant les produits objets du brevet (V. § 39).
- > **Pays-Bas** - Le Secrétaire d'État du Ministère des finances néerlandais a annoncé qu'il va proposer une législation réformant les règles concernant les sociétés holdings intermédiaires étrangères disposant d'une substance suffisante pour bénéficier de l'exonération de retenue à la source (RAS) sur dividendes (V. § 42).
- > Le Secrétaire d'État du Ministère des Finances a publié un décret relatif à une nouvelle pratique des rescrits fiscaux transfrontaliers accordés par les autorités néerlandaises (V. § 44).
- > Le Parlement néerlandais a approuvé le projet de loi visant à changer le régime fiscal néerlandais d'intégration fiscale, la plupart des changements proposés devant entrer en vigueur avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2018 (V. § 50).
- > **Suisse** - Le 19 mai 2019, le paquet de réformes de la fiscalité des entreprises suisses nommé RFFA (Réforme fiscale et financement de l'AVS) a été approuvé par votation. Cette réforme entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2020 et vise principalement à remplacer les régimes fiscaux préférentiels, tels que le statut de holding, société mixte ou succursale financière, par de nouvelles mesures d'incitation fiscale à partir de 2020 (V. § 56).
- > L'administration fiscale commente les conditions de retenue à la source sur les dividendes, à la suite de la réforme introduite en décembre 2017 (V. § 75).
- > **Brésil** - Le projet de réforme fiscale vient d'être approuvé par la Commission de la Chambre des députés. Une analyse conjointe a été menée entre le Brésil et l'OCDE afin d'aligner l'approche brésilienne en matière de prix de transfert sur les Principes directeurs de l'OCDE. Des nouveautés existent aussi en matière de conventions fiscales (V. § 77).
- > **Chili** - Les débats parlementaires sur la nouvelle taxe de 19 % sur les services en ligne vont débiter au mois de juillet 2019. Le Chili révisé aussi son réseau de conventions fiscales (Philippines) et commerciales (Argentine). La mise en œuvre de la clause de la nation la plus favorisée prévue notamment dans la convention fiscale avec la France a été confirmée par l'administration fiscale chilienne (V. § 81).
- > **Colombie** - L'administration fiscale colombienne a précisé les procédures de dépôt des différentes documentations requises en matière de prix de transfert. Elle a également précisé le traitement fiscal des services de publicité en ligne fournis depuis l'étranger et des intérêts payés dans le cadre d'acquisitions d'actions. Des nouveautés existent aussi en matière de conventions fiscales et commerciales (V. § 84).
- > **Mexique** - Le Mexique met en place un régime d'avantages fiscaux dédié à l'exploration et l'extraction d'hydrocarbures (V. § 89).

États-Unis et Canada

- > **États-Unis** - L'IRS a renoncé à soutenir que les contribuables américains résidents français ne peuvent pas demander de crédits pour impôt étranger au titre de la CSG et de la CRDS (V. § 62).
- > L'IRS et le Département du Trésor américain publient de nouvelles instructions définitives, temporaires et proposées concernant le dispositif GILTI, en principe applicables à compter du 21 juin 2019 (V. § 65).

Amérique latine

- > **Argentine** - L'Argentine a instauré un « Régime de promotion de l'économie de la connaissance », qui introduit de nombreux avantages fiscaux applicables à la production et post-production audiovisuelle, y compris sous format numérique, au software, aux jeux vidéo et à d'autres secteurs de l'économie numérique (V. § 70).

- > **Pérou** - L'administration fiscale péruvienne précise le traitement fiscal des intérêts payés par une société péruvienne sur les emprunts consentis par des parties liées. La Chine et le Pérou poursuivent les négociations en vue de réviser leur accord de libre-échange (V. § 91).

Asie et Océanie

- > **Inde** - Re-elected Modi government presented its first budget. Changes have been made in relation to transfer pricing (V. § 94).

Europe

Allemagne



David CHAUMONTET,
Avocat associé, Arsene Taxand



Jochen BAHNS,
Associé du cabinet Flick Gocke Schaumburg,
Professeur invité à l'Académie fédérale des finances

1. Allemagne - Prix de transfert - Abandon de créance transfrontalier - Prêt d'actionnaire non garanti - La Cour fédérale des finances opère un revirement de jurisprudence en matière de déductibilité des abandons de créance transfrontaliers, avec une nouvelle interprétation de la notion de « soutien de groupe ».

Bundesfinanzhof, 27 févr. 2019, I R 73/16, publiée le 15 mai 2019

2. Les faits - Une société allemande détenait une créance en compte courant non garantie sur une filiale belge en difficultés financières. La société allemande a procédé à un abandon de créance qu'elle a déduit fiscalement en application des principes établis au moment des faits en 2005.

L'administration fiscale soutenait que l'avance intragroupe émise sans garantie n'était pas conforme à une situation de pleine concurrence dès lors qu'un financement entre deux parties non liées bénéficie généralement de sûretés. Par suite, l'administration fiscale a rejeté la déductibilité de l'abandon de créance sur le fondement des règles en matière de prix de transfert.

La Cour fédérale des finances (*Bundesfinanzhof*) a dû trancher la question de l'inclusion d'un abandon de créance dans le champ d'application des règles internes en matière de prix de transfert. En second lieu, elle est revenue sur l'effet « bloquant » de l'article 9.1 du modèle de convention fiscale OCDE.

3. Solution antérieure - Dans les situations transfrontalières entre sociétés liées, la Cour fédérale des finances considérait que seul un élément de prix de la transaction pouvait faire l'objet d'un ajustement prix de transfert. Dans le cas d'un prêt d'actionnaire, le redressement ne pouvait classiquement porter que sur des éléments de rémunération de la créance et l'instrument de dette interne à un groupe était réputé sécurisé. La Cour considérait en effet que l'influence et le contrôle de l'actionnaire sur l'emprunteur constituait une présomption de garantie de pleine concurrence pour le prêt à recevoir (soutien de groupe).

Dans ce contexte, le traitement fiscal d'un abandon de créance par un actionnaire allemand au bénéfice d'une filiale étrangère n'entrait pas dans le champ d'application des règles allemandes relatives aux prix de transfert (Section 1 Paragraphe 1 de la loi allemande sur la fiscalité extérieure - *Außerteuergesetz* -). Ainsi, les corrections opérées par l'administration fiscale sur le fondement de la Section 1 Paragraphe 1 de la loi allemande ou de l'article 9.1 du modèle convention de l'OCDE étaient limitées en pratique au montant des intérêts appliqués¹. Seules les circonstances ayant un effet direct sur l'établissement du prix de pleine concurrence des opérations transfrontalières pouvaient justifier un redressement, à l'exclusion de toute autre caractéristique de l'instrument².

Dans un jugement du 28 septembre 2017, le Tribunal de première instance de Saxe³ confirmait cette position constante selon laquelle le principe de pleine concurrence énoncé par l'article 9.1 limite les dispositions internes d'ajustement en matière de prix de transfert (*blocking effect*).

4. Décision de la Cour fédérale des finances - Dans sa décision du 27 février 2019, la Cour retient que le prêt d'actionnaire n'était pas garanti et qu'en conséquence il dérogeait au principe de pleine concurrence. Selon la Cour, l'absence de garantie doit être interprétée comme une condition de prêt entre sociétés ayant un lien de dépendance. Par suite, elle a jugé que les règles allemandes en matière de prix de transfert étaient bien applicables à l'abandon de créance litigieux et que l'article 9.1 de la convention modèle OCDE ne faisait pas entrave à leur application.

Contrairement à sa jurisprudence antérieure, la Cour fédérale des finances a appliqué une **nouvelle interprétation de la notion de « soutien de groupe »**. En outre, elle a estimé que les principes posés par la décision *Hornbach* de la CJUE⁴ n'excluaient pas l'application des règles de prix de transfert dans le cas d'espèce.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La décision a fait l'objet de **très nombreuses critiques en Allemagne** et le principe qu'elle pose pourrait être amené à évoluer, notamment sur le terrain du droit de l'UE.

Quoi qu'il en soit, ses effets resteront limités aux affaires en instance et aux litiges en cours étant rappelé que les abandons de créances consentis à des filiales ne sont plus déductibles du résultat imposable de l'actionnaire allemand depuis 2008. Il reste toutefois à voir comment la Cour fédérale des finances interprétera la notion de « soutien de groupe » à l'avenir et si les prêts accordés par la société mère à la filiale continueront à être considérés comme garantis.

D. CHAUMONTET ET J. BAHNS ■

1 Cour fédérale des finances, 24 juin 2015, I R 29/14.

2 Cour fédérale des finances, 17 déc. 2014, I R 23/13.

3 5 K 1648/12.

4 CJUE, 31 mai 2018, C-382/16, Hornbach-Baumarkt AD.

Belgique



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

Fiscalité internationale

5. Belgique - ATAD - Limitation de la déductibilité des intérêts - Précisions législatives - Le législateur apporte des modifications à la disposition de limitation de déductibilité des intérêts résultant de la directive ATAD, destinées à garantir sa neutralité.

L. 2 mai 2019 portant des dispositions fiscales diverses 2019-1 : M.B. 15 mai 2019

6. La Belgique a transposé la presque totalité des mesures prévues par la Directive européenne contre l'évasion fiscale (ATAD) au terme de l'année 2017.

La règle de limitation de déductibilité des intérêts, conformément à ATAD - qui avait fait l'objet d'une loi réparatrice du 30 juillet 2018 - est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019, et s'applique dès l'exercice d'imposition 2020 se rattachant à un exercice comptable débutant au plus tôt le 1^{er} janvier 2019.

Le législateur est à nouveau intervenu en mai de cette année afin d'apporter des modifications destinées à garantir la neutralité de la disposition de limitation de déductibilité des intérêts.

7. Les seuils fixés par la Belgique en matière de surcoûts d'emprunt s'élèvent à 3 millions d'euros ou 30% de l'EBITDA de la période imposable. Ces surcoûts d'emprunt ne sont pas déductibles au cours de l'exercice concerné.

L'EBITDA fiscal est égal au résultat comptable de la société au terme de la période, augmenté ou réduit suite à des corrections spécifiques.

Désormais, **le résultat comptable de la période doit également être majoré par les surcoûts d'emprunt visés par l'article 194sexies CIR**, qui n'ont pas été pris en compte comme frais professionnels au cours des précédentes périodes imposables.

Cette modification permet de garantir la neutralité de l'exonération sur le calcul de l'EBITDA.

8. Pour rappel, il est fait abstraction des **transactions entre sociétés et établissements belges d'un même groupe** pour le calcul de l'EBITDA fiscal. Il en est de même pour le calcul des surcoûts d'emprunt, les intérêts dus à / perçus de sociétés ou établissements belges du groupe ne sont pas pris en compte.

La méthode de calcul de l'EBITDA fiscal d'un contribuable qui fait partie d'un groupe de sociétés et établissements belges a également été revue pour garantir la neutralité de l'exonération. En effet, l'ancienne formule consistait à réduire ou augmenter l'EBITDA fiscal d'un montant égal aux opérations

intragroupe belges. Cette manière de neutraliser les opérations intragroupe en Belgique n'était pas satisfaisante dès lors que les traitements comptable et fiscal de ces transactions pouvaient différer (par exemple s'agissant des plus-values sur actions et parts). Il convenait donc de neutraliser les conséquences de ces transactions sur l'EBITDA fiscal tant dans une perspective comptable que fiscale.

Désormais, lorsqu'une société fait partie d'un groupe de sociétés et établissements belges, *« les coûts qui sont dus à ou les revenus qui sont dus par une société résidente belge ou un établissement belge qui fait partie de ce groupe de sociétés pendant toute la période imposable et qui ne sont pas exclus de l'application du présent article ne sont pas pris en compte pour la détermination de l'EBITDA »*. La « non prise en compte » de ces transactions permet de neutraliser les conséquences comptables et fiscales.

En procédant de la sorte, le législateur aligne la formule utilisée dans le cadre du calcul du surcoût d'emprunt avec celle du calcul de l'EBITDA, et garantit la neutralité du retraitement des transactions intragroupe belges.

9. S'agissant plus particulièrement de la façon dont les coûts et revenus évoqués ci-avant sont exclus pour la détermination de l'EBITDA d'un contribuable qui fait partie d'un **groupe de sociétés**, le législateur précise dorénavant que cette question est réglée par voie d'arrêté royal (non publié à ce jour).

10. Enfin, dans le cadre d'une **réorganisation neutre fiscalement**, le législateur est venu clarifier la circonstance que les surcoûts d'emprunt qui n'ont pu être déduits fiscalement dans le chef de la société absorbée, sont déterminés dans le chef de la société absorbante comme si la fusion n'avait pas eu lieu (article 212, al. 1 CIR).

Cette modification permet de garantir la neutralité fiscale de la fusion à l'égard des surcoûts d'emprunt qui n'ont pas pu être déduits préalablement.

11. Ces **modifications sont applicables** dès l'exercice d'imposition 2020 se rattachant à un exercice comptable débutant au plus tôt le 1^{er} janvier 2019, à l'instar de la disposition de limitation de déductibilité des intérêts.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Ces modifications sont bienvenues, et viennent améliorer la neutralité des transactions entre sociétés et établissements belges faisant partie intégrante d'un même groupe, pour les besoins du calcul de l'EBITDA fiscal.

La modification de l'article 212 CIR destinée à garantir le report des surcoûts d'emprunts qui n'ont pu être déduits par la société absorbée au cours d'exercices antérieurs à la fusion est particulièrement bienvenue. Toutefois, de nombreuses précisions sont toujours attendues quant à l'application pratique de cette mesure, notamment s'agissant de la définition de la notion d'intérêt ou de l'allocation du seuil de 3 millions d'euros entre sociétés et établissements belges du même groupe. Les praticiens restent donc (pour le moment) quelque peu sur leur faim.

12. Instrument multilatéral - Publications et dépôt des instruments de ratification - La Belgique déposée ses instruments de ratification de l'Instrument multilatéral de l'OCDE le 26 juin 2019.

L. 7 avr. 2019 portant assentiment à la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices et à la Note explicative, faites à Paris le 24 novembre 2016 : M.B., 18 juill. 2019

13. Pour rappel, le projet de loi portant assentiment au MLI avait été adopté par le parlement fédéral en séance plénière le 21 mars 2019.

Le 18 juillet 2019, le Moniteur belge a publié la loi du 7 avril 2019 portant assentiment à la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices et à la Note explicative, faites à Paris le 24 novembre 2016. Les cinq entités fédérées belges ont également publié leur assentiment au MLI.

La Belgique a dès lors pu déposer les instruments de ratification le 26 juin 2019.

J. MEEUS ■

Espagne



David CHAUMONTET,
Avocat associé, Arsene Taxand



Rafael CALVO,
Associé du cabinet Garrigues

14. Espagne - Directive (UE) 2018/822 du Conseil dite « DAC 6 » - Communication des dispositifs transfrontaliers de planification fiscale à caractère potentiellement agressif - Le 20 juin 2019, l'administration fiscale espagnole a publié un projet de loi de transposition de la directive DAC 6.

15. À travers son récent projet de loi, l'Espagne offre un exemple de transposition de la directive DAC 6 du 25 mai 2018 renforçant la transparence fiscale afin de lutter contre la planification fiscale agressive.

Les États doivent adopter et publier, au plus tard le 31 décembre 2019, les dispositions législatives et réglementaires

de transposition qui s'appliqueront à partir du 1^{er} juillet 2020.

Les administrations fiscales seront alors en mesure d'échanger, sur une base automatique, des informations obtenues grâce à la mise en place d'une nouvelle obligation de déclaration des dispositifs transfrontières pesant, en principe, sur les intermédiaires fiscaux ou, à défaut, sur les contribuables eux-mêmes.

16. Les principaux aspects de l'obligation déclarative prévue par la directive DAC 6 - Selon la directive, ne devront être déclarés que les dispositifs - terme non explicité - présentant un caractère transfrontière, c'est-à-dire qui impliquent soit plusieurs États membres, soit un État membre et un pays tiers.

Plutôt que de définir la notion de planification fiscale agressive, l'annexe IV de la directive propose une liste des éléments, dits « marqueurs », qui la caractérisent afin de délimiter les opérations concernées par l'obligation déclarative. Ceux-ci reposent notamment sur des critères tels que celui de la recherche d'un avantage principalement fiscal.

L'obligation déclarative vise, en premier lieu, les intermédiaires, c'est-à-dire les personnes, ayant un lien avec l'Union européenne (résidence fiscale, établissement stable, etc.) et qui « conçoivent, commercialisent, ou organisent un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration, le mettent à disposition aux fins de sa mise en œuvre ou en gèrent la mise en œuvre ».

Par conséquent, toute personne qui apporte des conseils à un contribuable, y compris sur des points spécifiques ou non fiscaux⁵ est en principe concernée, sauf si elle est soumise au secret professionnel. Dans ce cas, le professionnel doit informer tout autre intermédiaire ou le contribuable lui-même de l'existence de cette obligation.

À défaut d'intermédiaire impliqué dans le dispositif, la déclaration doit être réalisée par le contribuable directement.

La déclaration comporte l'identification des intermédiaires et du contribuable concernés, leur résidence fiscale, des informations détaillées sur les marqueurs, un résumé du dispositif, la date de sa première étape de mise en œuvre, l'identification des États concernés et l'identification de tout autre personne susceptible d'être concernée par le dispositif.

Le déclarant dispose de 30 jours pour transmettre ces informations à son administration. Le point de départ du délai est apprécié distinctement selon le type de dispositifs mais commence, généralement, à compter de sa mise en œuvre ou mise à disposition.

L'application d'une sanction « efficace, proportionnée et dissuasive » est laissée à la discrétion des États.

17. Le projet de transposition espagnole - Le projet de transposition introduit deux nouveaux articles dans le code général des impôts espagnol et modifie un décret relatif aux procédures fiscales en Espagne.

⁵ L'article 2 de la Directive 2011/16/UE modifiée par la directive DAC 6 précise qu'elle s'applique à tous les impôts saufs « à la taxe sur la valeur ajoutée et aux droits de douane, ni aux droits d'accises couverts par d'autres textes de législation de l'Union relatifs à la coopération administrative entre États membres. La présente directive ne s'applique pas non plus aux cotisations sociales obligatoires dues à l'État membre, à une de ses entités ou aux organismes de sécurité sociale de droit public. ».

Il suit généralement les standards minimum de la directive mais développe également un certain nombre de concepts et de définitions.

Il détaille les notions propres à la délimitation matérielle de l'obligation.

Ainsi, le **projet définit assez largement le terme de dispositifs comme couvrant toute convention, transaction juridique, procédé ou opération transfrontalière.**

Les marqueurs de l'annexe IV de la directive sont approfondis. À titre d'exemple, le **terme d'avantage fiscal est décrit comme toute économie d'impôt liée à une diminution de la base imposable, incluant tout report, déduction ou crédit d'impôt.**

Ensuite, il adapte un certain nombre d'éléments laissés à la discrétion des États membres.

La **notion de secret professionnel** dispensant les intermédiaires de l'obligation déclarative est appréciée par référence aux dispositions du code des impôts espagnol qui protègent les données dont la divulgation peut porter atteinte à la vie privée ainsi que les données relatives à des informations commerciales, industrielles ou professionnelles confidentielles. Le contribuable peut toutefois expressément autoriser son conseil fiscal à déclarer le dispositif en son nom.

Par ailleurs, le **projet renforce la teneur de l'obligation déclarative** et prévoit que le montant de l'imposition en lien avec le dispositif, comprenant l'économie d'impôt procurée, doit être mentionné. Au surplus, une obligation déclarative annuelle est requise pour les dispositifs ayant une utilisation durable.

Il clarifie le **point de départ du délai de 30 jours** en distinguant en fonction des types de projet concernés.

Enfin, le projet espagnol prévoit l'application d'une **sanction en cas de non-respect de l'obligation déclarative** allant de 3 000 € au montant des honoraires perçus pour l'intermédiaire ou au montant de l'avantage fiscal généré pour le contribuable.

18. La période d'application transitoire de l'obligation déclarative - Le projet de loi espagnol était soumis à discussion publique jusqu'au 12 juillet 2019. Il devrait entrer en vigueur au 1^{er} juillet 2020.

À noter que les dispositifs transfrontières dont la première étape de mise en œuvre est intervenue à compter du 25 juin 2018, date d'entrée en vigueur de la directive, devront faire l'objet d'une déclaration à l'administration fiscale au plus tard le 31 août 2020, *i.e.* dans les 30 jours suivant l'entrée en vigueur de la transposition dans les législations nationales.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Le caractère rétrospectif des opérations soumises à obligation déclarative oblige les groupes et leurs conseils à mettre en place avant le 31 juillet 2020 des procédures utiles au recensement des opérations mises en œuvre depuis le 25 juin 2018 et qui entrent dans le champ de la directive.

En France la transposition sera effectuée par voie d'ordonnance, conformément à l'article 22 de la loi n° 2018-89 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude (FI 1-2019, n° 9, § 11).

19. Espagne - Déclaration des actifs détenus à l'étranger - Proportionnalité de la sanction - Libertés fondamentales de l'Union - La Commission a formé un recours contre l'Espagne devant la CJUE concernant l'imposition de sanctions disproportionnées aux contribuables espagnols qui omettent de déclarer des actifs détenus dans d'autres États membres de l'UE et de l'EEE.

Comm. UE, IP/19/2774, 6 juin 2019

20. Depuis 2013, l'Espagne exige des contribuables résidents qu'ils déclarent annuellement via le formulaire 720 des informations sur les biens ou droits qu'ils détiennent à l'étranger lorsque leur valeur globale dépasse 50 000 €.

L'absence de présentation du formulaire ou la déclaration d'informations inexactes entraîne l'application d'une **amende forfaitaire minimum de 1 500 € et la requalification des sommes non déclarées en plus-values imposables soumises à une pénalité de 150 %.**

Si l'Espagne est légitime à demander aux contribuables de fournir aux autorités nationales des informations sur certains actifs détenus à l'étranger, la Commission européenne estime que les sanctions infligées en cas de non-respect de cette obligation sont discriminatoires et disproportionnées.

La Commission a ainsi ouvert une procédure d'infraction dès 2015 et a émis un avis motivé le 15 février 2017. À défaut de réaction, elle a saisi la CJUE d'un recours contre l'Espagne en juin 2019.

Dans son communiqué de presse, elle relève que le fait de ne pas déclarer dans leur intégralité et dans le délai les informations demandées via le formulaire 720 est « *passible de sanctions qui sont plus élevées que les sanctions appliquées pour des infractions similaires dans une situation purement nationale et peuvent même dépasser la valeur des actifs détenus à l'étranger.* ». Or, un contribuable espagnol est dans une situation comparable qu'il ait des actifs en Espagne ou à l'étranger.

Dans ces conditions, la Commission considère que les pénalités constituent une **restriction aux 5 libertés fondamentales de l'Union** que sont la libre circulation des personnes, des travailleurs, des capitaux, d'établissement, et de prestation des services.

Or, le développement de la coopération administrative dans le domaine fiscal à travers la directive 2011/16/UE du 15 février 2011 (DAC 1), plusieurs fois modifiée pour renforcer les moyens alloués aux États membres (DAC 2 à 6), limite les hypothèses de restrictions nécessaires à la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales.

La Commission européenne constate, en effet, que la procédure d'échange d'informations au sein de l'UE et les clauses d'assistance administrative insérées dans les conventions fiscales signées avec les pays de l'EEE offrent un cadre suffisant à l'Espagne pour obtenir les renseignements utiles à ses opérations de contrôle sans recourir à des sanctions plus élevées que celles applicables en droit interne.

Pour mémoire, le juge français, saisi de la conventionalité des dispositions du CGI relatives à l'obligation de déclarer

les comptes bancaires détenus à l'étranger et à la pénalité de 40 % qui sanctionne son manquement⁶, avait estimé que cette restriction était justifiée car propre à garantir l'objectif de lutte contre la fraude fiscale qu'elle poursuivait⁷ et que la sanction applicable n'était pas disproportionnée au regard du taux de la pénalité applicable en droit interne en cas de taxation d'office⁸.

La solution attendue de la CJUE sur la pénalité espagnole sera probablement plus favorable au contribuable.

D. CHAUMONTET ET R. CALVO ■

Italie



Paolo DE' CAPITANI
DI VIMERCATE,

Avvocato Cassazionista, Studio Uckmar

21. Italie - Law Decree on urgent measures for economic growth - Impatriate regime widened and benefits increased - In its attempt to boost Italy's economic growth the Italian Government has considerably broadened the conditions to benefit from the so-called "Impatriate regime", while also increasing its appeal by extending the tax advantages connected to it.

Decreto legge del 30 aprile 2019, n. 34 (convertito con legge del 28 giugno 2019, n. 58)

22. One of the most interesting (and questionable) initiatives adopted by the Italian Government to boost the nation's economic growth is the loosening of the conditions to benefit from the so-called "Impatriate regime". Introduced in 2015, the Impatriate regime originally aimed to attract in Italy highly qualified workers that had been resident abroad for a substantial amount of time (at least five years), granting them a 50% exemption from income taxation in exchange for their permanence in Italy for at least two years. However, the Economic Growth Decree substantially modifies the

original structure of the incentive, considerably increasing the potential candidates that could apply for it as well as the tax advantages connected to it.

Starting from 2020, the Impatriate regime is thus extended to all workers (employees/self-employed) that have been resident abroad for the last two tax periods before their transfer in Italy, on condition that they commit to stay in Italy for at least the subsequent two years and to work mainly on the Italian territory. In presence of the above-said subjective requirements, the regime allows a partial exemption from taxation applicable to Italian-sourced employment income (including "income assimilated to employment income") and self-employment income: specifically, only 30% of the taxpayer's income is subject to taxation. In other words, this increases the tax exemption from the previous 50% to 70%; the exemption is set at 50% and not 70% when the taxpayer is a sports person. Furthermore, if the taxpayer involved takes residence in a Southern Region, the exemption from taxation is increased to 90% of his/her income. In addition to the above, always starting from January 2020 the access to the regime is also extended to the business income produced by new residents that meet the above described requirements and start a new business in Italy.

The special regime expires after five years of residence, but the Decree introduced some conditions that allow taxpayers to extend it for five additional years, for a total of ten years of partial tax exemption; specifically, the extension is granted when the taxpayer is economically in charge of a minor and/or when he/she purchases a residential property in Italy; it must be noted, however, that in the additional five years the exemption is reduced at 50%. On the contrary, if the taxpayer is in charge of three or more minors, the exemption in the further 5 years period is increased to 90%.

Another step to ease the eligibility to the Impatriate regime was taken by the Decree by removing the registration to the AIRE (the official register of Italian citizens living abroad) in the years previous to the relocation in Italy as a formal requirement. This means that in order to access the preferential regime it is now sufficient having been resident abroad (for two years, as said above) according to the Tax Treaty signed by Italy and the Country of previous residence. It is interesting to note that in its ruling no. 216 of 2019 the Tax Agency stated that taxpayers are allowed to prove their residence abroad according to a Tax Treaty regardless of their registration with AIRE already starting from 2019 (although in this case the residence abroad will have to have lasted for at least five years, not two, as per the rules in force until 2020, when the new ones will kick in).

23. In conclusion, by shortening the period for which individuals must have been resident abroad prior to the transfer, by removing some requirements to be eligible for the regime (most notably the condition that the individual had to perform a managerial activity or that he possessed certain high qualifications and specializations) and by increasing the benefits connected to the regime (from the increased threshold exemption to the possibility to extend the duration of the regime) **the Decree widely broadens the scope of application of the**

⁶ Ce taux, plusieurs fois modifié, notamment en raison d'une décision de non-conformité du Conseil constitutionnel (CC, 22 juill. 2016, n°2016-554 QPC), est fixé, depuis le 31 décembre 2016, à 80 % des droits éludés.

⁷ CE, 17 déc. 2010, n° 330666.

⁸ Le Conseil d'État avait transposé le raisonnement de la CJUE dans son arrêt du 11 juin 2009 (C-155/08 et C-157/08, X Passenheim-van Shoot) concernant la compatibilité avec la libre circulation des capitaux d'une réglementation nationale prévoyant un délai de redressement plus long pour imposer les avoirs issus de l'épargne et des revenus tirés de ces avoirs lorsqu'ils sont détenus dans un autre État membre que celui qui a édicté la réglementation en cause.

Impatriate regime, making it highly appealing for a wide number of foreign residents: from Brexiters to sportspersons and entertainers, managers, start-uppers and self-employed. In fact, the two years of foreign residence could actually be met in as few as 13 months and this might also push some younger taxpayers to move abroad for specializing, or a multinational to detach its employees more easily, even for limited periods.

24. In addition to the above, the **Decree has also modified the tax regime for professors and researchers who transfer their tax residence to Italy.** The new provisions, however, do not change the already considerable exemption threshold equal to 90%, nor the conditions to access the regime, but extend its duration from 4 to 6 years. Furthermore, the Decree provides that the exemption period becomes 8 years if the taxpayer is economically in charge of a minor and/or when he purchases a residential real estate property in Italy, 11 years if the taxpayer is economically in charge of two minors and 13 years when the minors are three.

25. The Decree also benefits **new residents entitled to the receipt of foreign pensions** by increasing the benefits provided by the special 7% flat-tax regime introduced with the Financial Law for 2019. The regime allows the benefit of a 7% flat-tax on foreign sourced income (of all kinds) to pensioners that transfer in Italy their residence, on condition that they have been resident abroad for the last 5 years and that they move to a town in Southern Italy with less than 20 000 inhabitants. The Decree now extends the length of the benefit from 5 to 9 years, allows the taxpayers to cease the effects of the regime at any time with no consequence for the previous years and softens the rules that provided an automatic loss of the benefit in case of delays in the payment of the tax.

26. Italie - Residence of an individual - The tie breaker rules prevail over the registration with AIRE - With ruling n° 203 of 2019, the Italian Tax Agency addresses the issue of taxpayers that effectively expatriate without, however, registering with AIRE (the official register of Italian citizens residing abroad). Under domestic rules, not registering with AIRE and therefore not cancelling from the registers of residents maintains the Italian residence for tax purposes. Such cases therefore have to be solved through art. 4 of the Tax Treaties.

Agenzia delle Entrate, risposta a interpello n. 203 del 2019

27. The case presented to the Italian Tax Agency concerned a woman that in the course of 2017 had moved to Copenhagen, where she had been employed by a Danish company and there had rented a house to live in. Having broken every relevant tie with Italy (no job, no available home and no family of her own), the taxpayer was convinced that her residence had to be located in Denmark, and asked the Tax Agency for a formal

confirmation. The latter, however, noted that although the woman did notify the AIRE of her transfer before the 183rd day of 2017, for bureaucratic reasons her actual removal from the register of Italian residents occurred only after that date. This meant that for more than half of 2017 she was included in the register of Italian residents, and, as the Italian Tax Agency promptly pointed out, according to article 2 of the Presidential Decree n° 917/1986 this is sufficient to be considered as an Italian resident for the whole year. Hence, a case of double residency (Italian and Danish) could occur, but the Tax Agency finally confirmed that, should the taxpayer be considered as a Danish resident under Danish tax law, art. 4 of the Tax Treaty between Italy and Denmark would apply, so that the residence of the taxpayer would be determined, regardless of the formal registration as an Italian resident, under the tie breaker rules of art. 4. The concrete application of those rules in the case at stake, however, fell out of the scope of the ruling procedure.

28. Italie - Residence of a corporation - Place of effective management - Just a few months after deciding on the controversial D&G case⁹, the Italian Supreme Court was once again addressed with a similar issue: on this occasion, however, the Supreme Court confirmed the decision by the Regional Tax Court: indeed, all the relevant circumstances of the case had been considered and the company's place of effective management had correctly been considered to be in Italy, not in the Netherlands.

Corte di Cassazione, sezione V, sentenza del 21 giugno 2019, n. 16697

29. The case at hand, like many others of its kind, involved a company that although formally registered abroad (in this case in the Netherlands) was allegedly managed in Italy, where according to the Tax Agency all the strategic decisions were ultimately taken. The challenge on the residence of the company was based on the lack of a significant structure in the Netherlands: the offices were small, the company had only two employees and they were mere executors of the directives coming from Italy; every single initiative of the Dutch structure, even the most basic ones, from the purchase of stationery to the possibility of attending a course of English, had to obtain the approval by the managers living and operating in Italy; the correspondence of the company, on Dutch letterhead, was sent from Italy. Exemplary of the state of affairs was the fact that when the board of directors was scheduled to meet, the Italian members of the board would usually not attend the meeting, and simply give instructions to the only Dutch director who would always comply with their requests. According to the Tax Agency, the Dutch structure thus had no actual independence and all the decisions were taken out of the board of directors, in Italy. The reassessment of

9 Corte di Cassazione, 21 déc. 2018, n° 33234 and 33235 : FI 1-2019, n° 11, § 23.

the Agency was confirmed both in first and in second degree and the Supreme Court finally confirmed the ruling of second degree. What is worth mentioning is that the Supreme Court actually recalled the reasoning of the decision in *Dolce e Gabbana*, which sent the case back in second degree for review, but found that this time the Court of second degree had correctly applied its directions, and in particular the test based on the case law of the ECJ¹⁰. In particular, the Supreme Court found that the Court of second degree had correctly applied the test aiming at determining whether the foreign seat was an artificial structure targeted at avoiding taxes in Italy, with no actual use or business purpose other than escaping taxation. Given the effective management was proven to be in Italy the decision was upheld.

30. Italie - Fixed base/permanent establishment - Independent personal services vs. income of sportspersons and entertainers - The studios of a broadcaster in which a commentator performs his professional activity cannot be considered as his “fixed base” if they are only used to take part in the show and he has no spaces available for his own personal use.

Commissione tributaria regionale della Lombardia, sentenza 3 maggio 2019, n. 1946

31. A reassessment notice was notified to an Italian broadcaster for not applying the 30% withholding tax on some of the payments made to one of the commentators in tv shows it organized. We should stress that other payments, linked to the services rendered by the same taxpayer as testimonial and performer, had indeed been subjected by the broadcaster to the withholding tax.

The said self-employed, a former professional football player, was a UK *resident but not domiciled*, with no “fixed base” in Italy, and the Italian broadcaster therefore trusted that the Italian source taxation as per the domestic rules would be barred under article 14 of the Tax Treaty between Italy and the UK.

The main issues of the case were: 1. the Treaty entitlement by a UK resident but not domiciled; 2. the existence of a permanent establishment at the premises of the broadcaster; 3. the application of art. 14 (independent personal services) versus art. 17 (artistes and athletes) of the Treaty.

The decision seems to have implicitly considered that the taxpayer could benefit of the Tax Treaty regardless of his status as a *res non dom*, which the Tax Agency had challenged; apparently, the Tax Agency did not sufficiently argue on this point, and the withholding agent brought sufficient counterproof.

The difference between article 14 and article 17 of the Treaty is that income falling under art. 14 can be taxed in the State of source only if it stems from a fixed base (permanent establishment) there, while income falling within the scope of art. 17 can be taxed irrespective of a fixed base/permanent

establishment. The Court struck down the reassessment notice because the commentator had no spaces/offices available for his own use at those premises, he had no personal telephone line nor e-mail address and he was not allowed to attend the studios unless he had to perform; even then, he was not allowed to stay after the recording session took place.

The Court also dismissed the other argument of the Tax Agency, based on the application of art. 17. In fact, such a claim was considered incompatible/alternative with the previous assertion that the performer had a fixed base at the studios, and, in any case, the activity of a commentator, according to the Court falls within the scope of 14, not 17, of the Tax Treaty. Indeed, according to par. 9.1 of the Commentary to the OECD Model Convention “*merely reporting or commenting on an entertainment or sports event in which the reporter does not himself participate is not an activity of an entertainer or sportsperson acting as such*”.

32. Italie - Withholding tax on royalties - Treaty entitlement when the recipient is subject to tax

- The Italian Supreme Court ruled that in order to verify whether a taxpayer should benefit from the reduced withholding tax rate on royalties provided by the Tax Treaty between Italy and Switzerland the same principles applying to dividends must be considered. Therefore, the recipient has to be granted the preferential withholding tax rate if he is considered subject to taxation according to the laws of its State of residence, regardless of the fact that taxation is actually levied.

Corte di Cassazione, sezione V, sentenza del 17 aprile 2019, n. 10706

33. The case presented to the Italian Supreme Court involved a Swiss non-profit entity which had organized a medical convention in Italy and had sold to an Italian company the rights to exploit the event economically. When the latter paid the royalties to the Swiss non-profit entity, which had no permanent establishment in Italy, it applied the withholding tax at a 30% rate, as per the domestic provisions¹¹. The Swiss non-profit entity subsequently filed a claim for refund in order to benefit from the more favorable 5% rate provided by the Tax Treaty between Italy and Switzerland. The request, however, was unsuccessful, because the Italian Tax Agency assessed that the Swiss entity actually paid no taxes in Switzerland due to its “non-profit” nature and this prevented the application of the Tax Treaty.

The case ultimately landed before the Supreme Court, which clarified that the Swiss non profit entity could in fact benefit of the Treaty just for being merely potentially liable to tax in its State of residence, regardless of an actual payment of taxes.

¹¹ See article 25, par. 4, Presidential decree no. 600/1973, and article 23, par. 2, lett. c), Italian Tax Code.

¹⁰ C-196/04, Cadbury Schweppes and C-73/06, Planzer Luxembourg Sarl.

It is interesting to note that just a few months before¹² the Italian Supreme Court had controversially denied the withholding tax exemption provided by the EU Parent-Subsidiary directive on the grounds that the recipient, a Luxembourg company, did not pay any tax on the dividends it received from its Italian subsidiary in its State of residence, due to Luxembourg's dividend exemption regime.

P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE ■

Luxembourg



Christine BEERNAERTS,
Fiscaliste en droit luxembourgeois,
Loyens & Loeff Luxembourg

Actualité législative

34. Luxembourg - Nouvelle convention fiscale avec la France - Ratification - Le 2 juillet 2019, le Parlement luxembourgeois a ratifié la nouvelle convention fiscale entre la France et le Luxembourg visant à éliminer les doubles impositions.

35. La convention, signée le 20 mars 2018, a déjà été ratifiée par la France. Le traité entrera en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2020 sous réserve que la France et le Luxembourg aient échangé leurs instruments de ratification avant le 31 décembre 2019.

La nouvelle convention est, dans une large mesure, basée sur le modèle de convention de l'OCDE de 2017 et l'Instrument multilatéral 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, ratifié par la France et le Luxembourg.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Des changements significatifs sont introduits par la nouvelle convention notamment concernant l'imposition des revenus perçus par des entités luxembourgeoises et provenant de fonds d'investissement immobiliers français (OPCI et SIIC).

36. À NOTER

> **Mécanismes de règlement des différends fiscaux - Projet de transposition de la directive UE** - Le gouvernement

luxembourgeois a déposé le projet de loi visant à transposer en droit national la directive (UE) 2017/1852 du Conseil du 10 octobre 2017 concernant les mécanismes de règlement des différends fiscaux dans l'Union européenne.

Selon son article 23, la directive s'applique à toute réclamation introduite à compter du 1^{er} juillet 2019 et porte sur des différends relatifs à des revenus ou des capitaux perçus au cours d'un exercice fiscal commençant le 1^{er} janvier 2018 ou après cette date.

Actualité jurisprudentielle

37. Luxembourg - Novation d'une créance de dividendes en prêt portant intérêts - Abus de droit - Le Tribunal administratif de Luxembourg juge que la novation d'une créance de dividendes en prêt portant intérêts constitue un abus de droit faute de pouvoir donner des raisons économiques à l'ensemble de l'opération

TA Luxembourg, 19 juin 2019, n° 41263

38. L'associé unique d'une société luxembourgeoise a transféré sa créance de dividendes à son bénéficiaire économique. Ce dernier et la société luxembourgeoise ont ensuite procédé à la novation de la créance de dividendes en un contrat de prêt portant un taux d'intérêt annuel.

Suite à une décision directoriale confirmant la position du bureau d'imposition qui avait qualifié, d'une part, les intérêts sur le Prêt comme distribution cachée de dividendes et partant avait refusé leur déductibilité et, d'autre part, l'opération consistant dans une novation de la créance de dividendes en un contrat de prêt d'abus de droit, la société luxembourgeoise a déposé un recours tendant à la reformation voire à l'annulation de la décision.

En droit luxembourgeois, l'article 164 (1) de loi concernant l'impôt sur le revenu (L.I.R.) prévoit qu'une distribution ne peut réduire le revenu imposable. Par ailleurs, au sens du 3^e paragraphe de ce même article, une distribution cachée de bénéfices est définie comme l'allocation, à un associé, un actionnaire ou un intéressé, directement ou indirectement, d'un avantage sans contrepartie effective. Le tribunal administratif n'a pas suivi le directeur quant à la qualification des intérêts sur le prêt en distribution cachée de bénéfices car le bénéficiaire économique ultime a renoncé au paiement immédiat de son dividende contre rémunération. La rémunération d'un prêt ne peut constituer un avantage sans contrepartie effective que si son taux est disproportionné ce qui n'était pas le cas dans cette affaire. L'argument du délégué du gouvernement selon lequel « *un dirigeant même moyennement diligent et consciencieux, n'aurait pas souscrit un tel prêt auprès d'un tiers pour le financement d'un dividende exorbitant* » n'a pas été retenu par le tribunal car selon lui cet élément, même s'il avait été admis, ne change pas sa position qu'aucun avantage sans contrepartie effective n'a été accordé par la demanderesse.

¹² See Supreme Court judgement December 13th 2018, n. 32255 : FI 2-2019, n° 11, § 22.

Le tribunal administratif a toutefois retenu la qualification d'abus de droit de l'opération. Cette théorie permet à l'administration fiscale d'écarter des opérations motivées exclusivement par des fins fiscales et non par des considérations économiques. Globalement, la novation de la créance de dividendes en contrat de prêt a permis une réduction de la base imposable à hauteur des intérêts sur le prêt et aucune retenue à la source ne devrait être perçue sur le montant des intérêts. Selon la décision du tribunal qui fait l'objet d'un appel, bien que la société luxembourgeoise ait justifié le contrat de novation par le fait qu'elle n'était pas en mesure de payer le dividende, elle n'a pas avancé de motifs économiques pour l'opération dans son ensemble qui comprenait notamment une décision de payer un dividende significatif alors qu'au moment de cette décision, la société ne disposait pas des fonds suffisants pour le payer. Le paiement du dividende n'était selon le tribunal administratif pas dans l'intérêt de la société et ne peut se justifier que par le souhait de ne pas payer le dividende et de nover la créance de dividende en prêt portant intérêts.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Dans cet arrêt (qui fait l'objet d'un appel), le tribunal considère que l'abus de droit s'apprécie par rapport à l'ensemble des opérations et la justification économique de certaines d'entre elles n'est pas suffisante pour écarter l'abus de droit.

39. Redevances perçues pour la concession d'usage d'un brevet - Ancien article 50bis LIR (régime de la propriété intellectuelle) - Distinction entre patrimoine privé et patrimoine d'exploitation - La CAA de Luxembourg juge que le régime d'exonération de la propriété intellectuelle prévu par l'ancien article 50 bis LIR est applicable pour les redevances dans le cadre d'une profession libérale, même lorsque le bénéficiaire de ces redevances exerce concomitamment des fonctions dans la société produisant et commercialisant les produits objets du brevet.

Cour administrative d'appel, 4 juin 2019, n° 41577C

40. Une personne a déposé un brevet relatif à la composition portant sur un mécanisme d'enrobage de microorganismes, postérieurement à la date de conclusion d'un contrat de licence. Cette personne a touché des redevances, en vertu d'un contrat de licence ayant comme objet l'exploitation du brevet d'invention, par la société anonyme qu'il a créé et dont il est l'administrateur-délégué.

Le régime d'exonération des revenus produits par certains droits de propriété intellectuelle ne peut s'appliquer que si le brevet est rattaché à un patrimoine d'affectation, notamment, d'une entreprise commerciale ou d'une profession libérale. Si le brevet appartient au patrimoine privé, l'article 50bis LIR est alors inapplicable.

La Cour administrative, en contradiction avec les premiers

juges et l'administration fiscale, a relevé que le brevet a été exploité à titre indépendant, faisant ainsi partie du patrimoine d'exploitation de l'inventeur et rendant éligibles ces redevances au régime fiscal posé par l'article 50bis LIR. Les juges distinguent donc rigoureusement le bénéfice provenant de l'activité d'inventeur et rejettent l'hypothèse que les fonctions d'administrateur occupées de manière concomitante affecteraient l'indépendance de l'inventeur.

Les juges d'appel précisent par ailleurs que le fait que le contrat de licence, qui est conditionné par l'existence de brevets, ait été conclu à une date antérieure au dépôt de la demande de brevet est sans incidence sur l'application de l'article 50bis LIR.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Le régime fiscal de la propriété intellectuelle prévu par l'ancien article 50bis LIR, qui reste en vigueur jusqu'au 30 juin 2021 pour les droits constitués ou acquis avant le 1^{er} juillet 2016, est applicable dans les situations où l'inventeur du brevet occupe également des fonctions dans les entités qui produisant et commercialisant les produits objets du brevet.

41. À NOTER

> Échange de renseignements sur demande en matière fiscale - Questions préjudicielles à la CJUE - La Cour administrative luxembourgeoise a soumis à la Cour de justice de l'Union européenne plusieurs questions préjudicielles en matière d'échange de renseignements sur demande en matière d'impôts.

Cour administrative d'appel, 14 mars 2019, n° 41487C et 23 mai 2019, n° 42143C

La procédure de l'échange de renseignements sur demande en matière fiscale remonte à la loi du 31 mars 2010. Suite au rapport de 2013 du *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purpose* de l'OCDE qui a attribué une notation globale négative (non conforme) au Luxembourg, le cadre législatif luxembourgeois a été adapté en 2014 et les possibilités de recours contre des demandes de renseignements limitées. En mars 2019, suite à l'arrêt *Berlioz* de la CJUE¹³, la loi sur l'échange de renseignements a, à nouveau, été modifiée afin de la rendre conforme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sur les points soulevés dans l'arrêt *Berlioz*.

À travers les nouvelles questions préjudicielles, la Cour administrative, dans ses arrêts du 14 mars 2019, n° 41487C et du 23 mai 2019, n° 42143C, demande à la Cour de justice de préciser, notamment, l'interprétation de la notion de « pertinence vraisemblable ». Plus précisément, la Cour se demande si le contribuable visé par la demande de renseignements est suffisamment identifié par sa seule qualité d'actionnaire et bénéficiaire économique d'une personne morale.

C. BEERNAERTS ■

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

Pays-Bas



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

Actualité législative

42. Pays-Bas - CJUE « Danish cases » concernant la notion de « bénéficiaire effectif » et les éléments constitutifs d'un abus de droit - Changements limités au régime de la retenue à la source sur dividendes - Règle anti-abus - Le Secrétaire d'État du Ministère des finances néerlandais a annoncé qu'il va proposer une législation réformant les règles concernant les sociétés holdings intermédiaires étrangères disposant d'une substance suffisante pour bénéficier de l'exonération de retenue à la source (RAS) sur dividendes.

Antwoorden Kamervragen door de Staatssecretaris van Financiën, 14 juni, nr. 2019Z08977

43. Le 26 février 2019, la CJUE, réunie en grande chambre, a rendu des décisions « charnières » en matière d'abus de droit et de bénéficiaire effectif¹⁴. En réaction à ces arrêts, les membres du Parlement néerlandais ont soulevé diverses questions quant à leurs conséquences sur le régime de l'exonération de RAS sur dividendes et l'exonération des revenus de participations importantes, dans le cadre du régime mère-fille néerlandais.

Selon le Secrétaire d'État, la règle anti-abus relative à l'exonération sur RAS telle qu'elle existe actuellement en droit interne est généralement compatible avec les principes posés par la CJUE. Des ajustements mineurs dans son application pratique seraient nécessaires qui, néanmoins, ne devraient pas provoquer des différences d'application importantes. Actuellement, la règle de la conformité avec les critères de « substance adéquate » constitue une garantie pour les sociétés holdings étrangères. Le projet de loi prévoit la possibilité pour l'administration fiscale néerlandaise de rapporter la preuve contraire démontrant qu'une structure est abusive alors même que les critères de « substance adéquate » seraient effectivement remplis. La loi devrait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2020 et s'appliquer également à l'impôt sur les sociétés pour les actionnaires personnes morales non-résidentes. Les rescrits existants, reposant sur les critères de « substance adéquate », devraient continuer à s'appliquer jusqu'à notification contraire par l'administration fiscale néerlandaise.

¹⁴ CJUE, gde ch., 26 févr. 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, N Luxembourg 1 e.a. – CJUE, gde ch., 26 févr. 2019, C-116/16, C-117/16, T Danmark e.a. : FI 1-2019, n° 5.2 ; FI 1-2019, n° 5.3.

Les sociétés holdings intermédiaires étrangères qui se fondent sur les critères de « substance adéquate » pour bénéficier du régime néerlandais d'exonération de RAS sur dividendes ou éviter toute qualification de contribuable non résident devraient évaluer si elles risquent une remise en question de leur traitement fiscal par l'administration fiscale néerlandaise.

Le Secrétaire d'État est actuellement en train d'évaluer si d'autres changements relatifs au régime d'exonération des dividendes sont requis à la suite des « Danish Cases ». Le Secrétaire d'État a annoncé que le projet de loi évoqué devrait être publié le 17 septembre 2019 (Jour du Budget).

44. Pratique des rescrits fiscaux transfrontaliers - Lien économique - Le Secrétaire d'État du Ministère des Finances a publié un décret relatif à une nouvelle pratique des rescrits fiscaux transfrontaliers accordés par les autorités néerlandaises.

Brief Staatssecretaris van Financiën van 19 juni 2019, nr. 2019/13003, Stcrt. 2019, 33519

45. Le décret contient des recommandations quant à la procédure, le contenu ainsi que des considérations de transparence pour les contribuables souhaitant obtenir des rescrits fiscaux transfrontaliers. À partir du 1^{er} juillet 2019, ce ne sera plus possible d'obtenir des rescrits fiscaux transfrontaliers lorsque :

- le groupe dans son ensemble et l'entité néerlandaise qui a demandé le rescrit n'ont pas un lien économique suffisamment étroit avec les Pays-Bas (sur cette notion, V. § 46) ;
- la principale motivation de la transaction visée par le rescrit est de limiter l'imposition aux Pays-Bas ou dans d'autres États ;
- le rescrit vise les conséquences fiscales des transactions impliquant directement des États à fiscalité privilégiée¹⁵.

Le décret reflète les changements déjà annoncés en novembre 2018. En outre, une **liste de 12 exemples a été publiée pour illustrer comment le nouveau régime sera appliqué**. De nouvelles illustrations concrètes seront prochainement publiées pour clarifier l'application de ce régime. Les changements majeurs consistent en l'introduction de conditions plus strictes à satisfaire afin d'obtenir un rescrit fiscal transfrontalier international et la publication d'un résumé de chaque demande de rescrit, y compris celles refusées. Par ailleurs, la procédure d'obtention d'un rescrit sera modifiée.

46. Conditions pour obtenir un rescrit - Selon le décret, un rescrit transfrontalier peut uniquement être conclu en

¹⁵ **Juridictions à faible imposition** : Anguilla, Bahamas, Bahrein, Belize, Bermuda, British Virgin Islands, Cayman Islands, Guam, Guernsey, Isle of Man, Jersey, Kuwait, Qatar, Samoa, Saudi-Arabia, Trinidad and Tobago, Turks- and Caicos Islands, Vanuatu, United Arab Emirates, US Virgin Island. **Juridictions non cooperatives** : Aruba, Barbados, Dominica, Fiji, Marshall Islands and Oman (the European council is contemplating to remove Aruba, Barbados and Bermuda from the list).

présence d'un lien économique suffisamment étroit avec les Pays-Bas qui suppose des deux conditions cumulatives suivantes :

(i) le contribuable qui demande un rescrit doit faire partie d'un groupe opérationnel international engagé dans des opérations aux Pays-Bas; et

(ii) une activité économique est réalisée par le contribuable ou pour son compte et à ses risques par un nombre adéquat d'employés aux Pays-Bas.

Selon les exemples illustrant les différentes conditions d'obtention d'un rescrit, le nombre d'employés pertinents devra être apprécié par rapport au nombre total d'employés du groupe nécessaire pour les activités réalisées par le contribuable aux Pays-Bas.

47. Il ne sera pas possible de conclure un rescrit si la raison principale d'une transaction est, pour le contribuable, de limiter l'imposition aux Pays-Bas ou à l'étranger. Par exemple, une société néerlandaise qui emprunte sans intérêt (intra-groupe) afin de générer un avantage fiscal par le résultat d'une disparité de prix de transfert ne pourra plus conclure un rescrit transfrontalier si sa motivation principale pour contracter le prêt sans intérêt est de réduire l'impôt à l'étranger.

Il ne sera pas non plus possible d'obtenir un rescrit couvrant les transactions avec certaines entités bénéficiant d'un régime fiscal privilégié (entités établies dans des pays qui figurent sur la liste noire), qu'importe les activités réalisées par une telle entité. Le champ d'application précis de cette condition n'est pas indiqué par les exemples publiés.

48. Transparence - Un résumé des rescrits internationaux sera publié, comprenant une description des faits pertinents et des conclusions principales à extraire des rapports prix de transfert (si pertinent). Ces résumés seront publiés **de manière anonyme**. Les résumés des demandes de rescrits qui ont été refusées seront aussi publiés, afin de préciser la raison du refus.

49. Procédure - La procédure d'obtention d'un rescrit sera centralisée. Tous les rescrits seront conclus d'une manière uniforme pour une période de 5 ans (période qui peut être étendue à 10 ans dans des circonstances exceptionnelles). Le décret ne contient aucune recommandation concernant les délais relatifs à la procédure d'obtention d'un rescrit. Il ne contient également pas de recommandations quant à la possibilité d'appel contre une décision des autorités fiscales refusant le rescrit dans un cas donné.

Ces nouvelles pratiques sont mises en place à partir du 1^{er} juillet 2019. Le décret reste silencieux sur le sort des rescrits existants. Étant donné que le décret constitue uniquement un changement d'application de la loi et non un changement de normes légales, les **rescrits existants devraient rester valables et ne pas être affectés par le décret**.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

L'administration fiscale néerlandaise a continué à délivrer des rescrits en se fondant sur l'ancienne pratique administrative jusqu'au 30 Juin 2019. Par conséquent, il y a eu une

augmentation significative des demandes de rescrits transfrontalier par des contribuables jusqu'à cette date.

Actuellement, de nombreux contribuables attendent des clarifications en soumettant des demandes de rescrit qui seraient publiées dans le futur, afin d'évaluer s'ils pourraient obtenir des rescrits à la suite de l'application du décret. Cependant, selon la tendance des dernières années, en pratique, les contribuables se fondent généralement sur les recommandations de conseillers fiscaux sans nécessairement obtenir un rescrit.

50. Régime de consolidation fiscale - Intégration fiscale - Mesures réparatrices d'urgence - Droit de l'UE - Le Parlement néerlandais a approuvé le projet de loi visant à changer le régime fiscal néerlandais d'intégration fiscale, la plupart des changements proposés devant entrer en vigueur avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2018.

Staatsblad 2019/175 - Wet van 24 april 2019 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 in verband met enkele spoedreparaties inzake de fiscale eenheid (Wet spoedreparatie fiscale eenheid)

51. Contexte - À travers l'introduction de mesures réparatrices, les Pays-Bas souhaitent mettre en conformité leur régime d'intégration fiscale avec le droit de l'UE, à la suite de l'arrêt C398/16 et C399/16 du 22 février 2018 de la CJUE. Dans cet arrêt, la Cour a considéré que l'approche « par élément », introduite par son arrêt C-386/14, *Groupe Steria*, s'applique également au régime d'intégration fiscale néerlandais. Le 19 octobre 2018, la Cour Suprême néerlandaise a confirmé l'arrêt de la CJUE.

Le 6 juin 2018, le Ministre des Finances néerlandais a publié une proposition de loi pour changer le régime d'intégration fiscale. En se fondant sur la proposition, plusieurs dispositions incluses dans la loi de l'impôt sur les sociétés et la loi sur la retenue à la source sur dividendes doivent être appliquées comme si le régime d'intégration fiscale ne pouvait pas s'appliquer en l'espèce. Principalement, deux règles de limitation de déduction des intérêts, une règle limitant la possibilité de compensation des pertes à la suite d'un changement d'actionnaire et des règles limitant l'application de l'exonération des dividendes seraient concernées. Le champ de ces règles sera ainsi élargi si elles doivent effectivement être appliquées en supposant une absence d'intégration fiscale. Ces changements sont rendus nécessaires afin de garantir que le régime d'intégration fiscale néerlandais est conforme au droit de l'UE. Ils étaient ainsi déjà annoncés depuis le 25 octobre 2017.

52. Contenu de la proposition législative - En se fondant sur les mesures réparatrices, les dispositions suivantes de la loi de l'impôt sur les sociétés et la loi sur la retenue à la source sur dividendes devraient être appliquées entité par entité, c'est-à-dire en considérant que le régime d'intégration fiscale en place n'existe pas :

- les règles anti-érosion fiscale (article 10a de la loi de l'impôt sur les sociétés), impliquant potentiellement une non-déductibilité des dépenses d'intérêt pour les contribuables disposant de dettes intra-groupe ;

- les règles relatives à l'exonération des dividendes provenant de filiales à fiscalité privilégiée et issues d'investissements de portefeuille (article 13, § 9 à 15 de la loi de l'impôt sur les sociétés) et les règles anti-hybrides relatives à l'exonération des dividendes (article 13, § 17 de la loi de l'impôt sur les sociétés) pouvant potentiellement prohiber l'exonération des dividendes provenant de participations importantes ;

- la provision pour réévaluation des investissements de portefeuille pour des filiales d'investissement de portefeuille à fiscalité privilégiée (article 13a de la loi de l'impôt sur les sociétés), impliquant potentiellement une réévaluation annuelle (taxable) des filiales d'investissement de portefeuille à fiscalité privilégiée détenues par les contribuables ; cette mesure réparatrice aura des effets rétroactifs remontant « seulement » au 1^{er} janvier 2019 ;

- la limitation de déduction des intérêts visant les intérêts excessifs de participation (article 13L de la loi de l'impôt sur les sociétés), impliquant potentiellement une non-déduction des paiements d'intérêts excessifs pour les contribuables détenant des participations ;

- la disposition concernant le report en avant des pertes fiscales en cas de changement dans l'intérêt ultime vis-à-vis d'un contribuable (article 20a de la loi de l'impôt sur les sociétés), impliquant possiblement une expiration des pertes fiscales pour les contribuables disposant de pertes fiscales reportées en avant ; et

- la possibilité de redistribution pour la retenue à la source sur dividendes (article 11, § 4 de la loi sur la retenue à la source sur dividendes), impliquant potentiellement un fardeau fiscal plus important concernant la retenue à la source sur dividendes pour les contribuables ayant opté pour cette possibilité.

53. Notes explicatives du Gouvernement - Le 2 novembre 2018, le gouvernement néerlandais a publié des notes explicatives concernant la proposition législative, qui donnent de nouvelles explications sur la manière dont les mesures réparatrices d'urgence devraient être appliquées et sont par conséquent importantes en vue de déterminer l'impact de ces mesures sur un groupe fiscalement intégré.

Les explications les plus importantes peuvent être résumées de cette manière :

- le gouvernement néerlandais souligne que, malgré de nombreuses suggestions de la part des praticiens, les mesures réparatrices d'urgence ne seront pas maintenues en tant que solutions permanentes. Le **gouvernement néerlandais prévoit d'introduire un nouveau régime fiscal pour les groupes de sociétés**, similaire aux régimes fiscaux de groupe de sociétés en place dans d'autres États membres de l'UE (V. § 55) ;

- les paiements d'intérêt sur un prêt intra-groupe entre entités relevant de la même intégration fiscale (prêt interne) sont normalement ignorés à part entière (pas de déduction ni d'inclusion dans la base d'imposition). Dans le cadre des mesures proposées, certaines limitations de déductions

d'intérêt seront également applicables à de tels prêts internes. Si une limitation de déduction des intérêts s'applique à un prêt interne, le profit imposable du groupe fiscalement intégré sera augmenté avec le montant d'intérêt non-déductible. Aucune clause d'exception ne sera introduite ;

- le gouvernement néerlandais a confirmé que le taux d'intérêt sur les prêts internes devra correspondre à un prix de pleine concurrence (c'est à dire qu'un ajustement en matière de prix de transfert pourrait être effectué), préalablement à tout test relatif aux règles de limitation des intérêts. Cela signifie que le profit d'un groupe fiscalement intégré pourrait être augmenté avec un montant d'intérêt supérieur au montant actuel des prêts concernés ;

- la preuve contraire concernant l'application des règles de limitation des intérêts de l'article 10a de la loi de l'impôt sur les sociétés (test des raisons économiques pour le prêt et les transactions liées et/ou le test d'imposition raisonnable d'un revenu d'intérêt correspondant) sera également possible vis-à-vis des prêts internes. Lorsque les conditions pour une telle preuve contraire sont remplies, la règle de limitation de déduction des intérêts ne s'applique pas ;

- les paiements d'intérêt étant ignorés lors de la conclusion du prêt interne, il peut être argué que l'érosion de la base imposable n'était pas l'objectif d'une telle transaction et que le test de motivation économique est ainsi rempli. Ce raisonnement a cependant été rejeté, ce qui signifie que les motivations économiques devront être présentées séparément afin d'exercer cette exception ;

- le simple fait que les revenus d'intérêt sur les prêts internes ne sont pas effectivement inclus dans le profit imposable du groupe fiscalement intégré ne devrait pas contrevenir au rapport de la preuve contraire, de par le test d'imposition raisonnable.

54. Le 23 avril 2019, la Chambre Haute (*Eerste Kamer*) du Parlement néerlandais a approuvé la proposition législative. Le processus législatif a été finalisé et les mesures réparatrices seront introduites dans le droit néerlandais avec un effet rétroactif remontant au 1^{er} janvier 2018.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

L'effet rétroactif des mesures réparatrices au 1^{er} janvier 2018 est maintenu, bien que le Comité des Finances de la Chambre Haute a débattu pour limiter l'effet rétroactif au 1^{er} janvier 2019. En vue de l'effet rétroactif des mesures réparatrices, le formulaire de déclaration fiscale digitale 2018 sera amendé de manière correspondante. Étant donné que l'impact des mesures réparatrices doit être considéré dans les déclarations fiscales 2018, il est recommandé d'utiliser ce formulaire (non disponible à l'heure actuelle) afin d'éviter toute suspicion de l'administration fiscale.

L'administration fiscale n'adoptera pas une approche stricte par rapport aux demandes d'informations provenant d'intégrations fiscales existantes, s'il n'y a pas d'indication spécifique selon laquelle l'article 10a de la loi sur l'impôt des sociétés pourrait s'appliquer dans le cadre des mesures réparatrices d'urgence. Cependant, le gouvernement néerlandais a rejeté la suggestion de laisser l'article 13L de la loi sur l'impôt

des sociétés en dehors du champ d'application des mesures d'urgences pour 2018, nonobstant l'abolition de l'article 13L de la loi sur l'impôt des sociétés à partir du 1^{er} janvier 2019. Une revue de la situation fiscale des contribuables qui appliquent actuellement le régime d'intégration fiscale est nécessaire afin de déterminer l'impact des mesures réparatrices d'urgence. Plusieurs actions par les contribuables, telles que des réorganisations structurelles, avant la fin de l'année 2018, seraient à réaliser, étant donné qu'il est possible, dans certaines situations, de limiter les conséquences fiscales des mesures réparatrices d'urgence.

55. À NOTER

> Nouveau régime de consolidation fiscale - Consultation en ligne - Un document de consultation publique a été publié par le Secrétaire d'État du Ministère des Finances le 17 juin 2019, qui inclut quatre concepts alternatifs concernant le nouveau régime fiscal des groupes de sociétés. Le but de ce document consultatif est d'introduire un nouveau régime de groupe de sociétés en droit interne, viable sur le long terme, afin de remplacer le régime d'intégration fiscale existant et les mesures réparatrices exposées ci-dessus.

Eerste internetconsultatiedocument nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting

Durant le débat parlementaire sur les mesures réparatrices d'urgence, le Secrétaire d'État des finances a déjà annoncé qu'il s'intéressait à un nouveau régime fiscal des groupes de sociétés, viable sur le long terme.

Il a invité des experts, des conseillers fiscaux et des contribuables à commenter ces alternatives jusqu'au 29 juillet 2019. Avant cette date butoir, une réunion de démarrage a eu lieu avec différents représentants de contribuables, praticiens et parties intéressées afin de discuter des alternatives. Quatre solutions ont été identifiées :

- maintien du régime actuel d'intégration fiscale ;
- abolition du régime fiscal de groupe de sociétés ;
- introduction d'un système de profits et/ou pertes reportables ;
- un régime transfrontalier de dégrèvement fiscal de groupe, avec une exonération pour les revenus de source étrangère.

Le nouveau régime de groupe doit être solide, fondé juridiquement (en particulier par rapport au droit de l'UE) et l'alternative doit contribuer à un climat d'investissement attractif. Par ailleurs, il est important que l'alternative soit pratique d'utilisation sans donner lieu aux abus et à des conséquences budgétaires néfastes pour les Pays-Bas.

En se fondant sur les réponses au document de consultation, l'objectif est d'envoyer une lettre à la Chambre basse du Parlement à l'automne 2019, contenant les fondations du régime de groupe envisagé. Au cours de l'année 2020, une proposition législative devrait être disponible pour une autre consultation en ligne.

> Registre des bénéficiaires effectifs - Droit de l'UE (4^e directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme) - Le 4 avril 2019, la loi instituant un Registre des bénéficiaires effectifs des sociétés et autres

entités juridiques (la Loi RBE) a été soumise au Parlement néerlandais. La finalité du Registre des bénéficiaires effectifs est de conserver et de mettre à disposition les informations relatives aux bénéficiaires effectifs des sociétés et autres entités néerlandaises.

Kamerstukken II 2018/2019, 35179, nr. 1-4

La Loi RBE entrera en vigueur avant le 10 janvier 2020. Après l'entrée en vigueur de la loi, les entités concernées disposeront d'un délai de 18 mois pour transmettre à la Chambre de Commerce néerlandaise les informations pertinentes relatives aux bénéficiaires effectifs. La Chambre de Commerce prévoit une période de deux ans et demi pour traiter l'ensemble des informations. Les entités nouvellement créées devront enregistrer les informations relatives à leurs bénéficiaires effectifs simultanément à leur inscription à la Chambre de Commerce.

I. KAM ■

Suisse



Gabriel BOURQUIN,

Docteur en droit,
Avocat fiscaliste, Loyens & Loeff
Zurich

56. Suisse - Réforme de la fiscalité des entreprises (RFFA) - Approbation - Le 19 mai 2019, le paquet de réformes de la fiscalité des entreprises suisses nommé RFFA (Réforme fiscale et financement de l'AVS) a été approuvé par votation. Cette réforme entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2020 et vise principalement à remplacer les régimes fiscaux préférentiels, tels que le statut de holding, société mixte ou succursale financière, par de nouvelles mesures d'incitation fiscale à partir de 2020.

57. La RFFA, issue du Projet Fiscal 17 présenté dans ces colonnes (FI 1-2019, n° 11, § 66), introduira notamment des mécanismes de step-up applicables à la plupart des entreprises qui bénéficient actuellement d'un régime fiscal préférentiel tout comme des incitations fiscales pour les revenus provenant de brevets et d'activités de recherche et développement. Les cantons ont, pour la plupart, annoncé séparément d'importants abaissements du taux d'imposition à partir de 2020, créant ainsi une fourchette de taux d'imposition effectifs entre 12% et 15 %. Les entreprises suisses devraient étudier les possibilités offertes par cette réforme avec la plus grande attention.

58. Présentation de la réforme - La RFFA remplacera les régimes fiscaux actuels, tels que les régimes applicables aux holdings, aux sociétés de domicile, aux sociétés mixtes et aux succursales financières, et intégrera de nouvelles incitations fiscales répondant aux normes internationales. Le résumé ci-dessous présente les différentes mesures adoptées :

Mesure	Réforme fiscale
Patent Box	- 90 % de réduction sur les revenus générés par les brevets (à l'exclusion des logiciels) - permet de sous-traiter à des parties apparentées en Suisse ou à des tiers (partout dans le monde)
Déduction supplémentaire des dépenses de R&D	- 50 % de déduction supplémentaire des dépenses de R&D (personnel) - inclut les dépenses liées aux activités externalisées
Step-up en général	- step-up lors de la migration ou du transfert des activités/fonctions commerciales en Suisse
Step-up relatif aux régimes	- mécanisme de transition pour les entreprises si un régime fiscal applicable prend fin - deux modèles différents sont proposés : Modèle de Dépréciation (dépréciation sur les plus-values latentes/goodwill) et Modèle du Taux Séparé (imposition des revenus à un taux réduit séparé)
Déduction des intérêts notionnels	Déduction pour autofinancement sur « le capital propre de sécurité » jusqu'à un taux d'intérêt sans lien de dépendance (principe de pleine concurrence) pour les activités de financement intragroupe, créant ainsi un taux d'imposition effectif d'environ 11 % (canton de Zurich uniquement)
Allègement de l'impôt sur le capital	Allègement de l'impôt sur le capital sur les participations qualifiées d'au moins 10 %, sur les brevets et sur les prêts intragroupes
Limitation de l'érosion de la base d'imposition	Les déductions au titre des mesures ci-dessus (à l'exception du régime de step-up en général) ne peuvent pas excéder 70 % du revenu total
Abolition des régimes fiscaux préférentiels	Les régimes fiscaux préférentiels seront abolis
Imputation forfaitaire des impôts étrangers	Les établissements stables suisses d'entités étrangères bénéficieront d'une imputation forfaitaire des impôts étrangers (sous réserve de certaines conditions)

59. Charge fiscale effective future de l'impôt indépendant des régimes - La RFFA doit être mise en œuvre au niveau cantonal. De plus, les cantons ont, pour la plupart, également annoncé des charges fiscales effectives plus basses à partir du 1^{er} janvier 2020. Sur la base des annonces actuelles, la charge fiscale effective globale (au niveau fédéral et cantonal)

dans la plupart des cantons suisses sera comprise entre 12 % et 15 % sans obligation de demander à bénéficier d'un régime fiscal ou d'incitations fiscales spécifiques.

60. Incidences dans d'autres domaines de la fiscalité - La RFFA entraîne également des modifications minimales dans d'autres domaines de la fiscalité, par exemple, concernant l'imposition préférentielle des dividendes pour les personnes physiques qui résident en Suisse aux fins de l'impôt (base d'imposition minimum de 70 % au niveau fédéral et de 50 % au niveau cantonal) et le traitement de l'impôt sur le revenu et à la source des réserves de capital qualifiées (capital libéré supplémentaire) pour les sociétés suisses cotées en Bourse.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Ces nouvelles règles entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2020. Compte tenu également des développements fiscaux survenus dans d'autres juridictions, les **points d'action prioritaires jusqu'à la fin de l'année 2019** incluent ce qui suit :

- **transition depuis les anciens régimes fiscaux** : la RFFA introduit un nouveau mécanisme de transition lors de l'abandon d'un régime fiscal actuel. En vertu des règles actuelles, les contribuables peuvent bénéficier d'une dépréciation fiscale effective sur les plus-values latentes/goodwill (Modèle de Dépréciation) alors que la RFFA introduit désormais la possibilité d'imposer ces plus-values latentes/goodwill séparément à un taux réduit (Modèle du Taux Séparé) ;
- **transfert des activités/fonctions** : de nombreux groupes ont commencé à transférer leurs fonctions en Suisse en vue des futurs taux d'imposition plus faibles sans tenir compte des régimes. L'éventuel bénéfice additionnel d'un step-up lors de la migration peut donner lieu à une augmentation des dépenses d'amortissement (fiscalement déductibles) ce qui peut encore améliorer l'efficacité fiscale. Dans tous les cas, les évolutions de l'environnement fiscal international semblent indiquer un tournant vers une approche liée au taux d'imposition, notamment au regard des activités de financement ;
- **interaction avec les réglementations étrangères applicables aux sociétés étrangères contrôlées (SEC) et les exonérations de participation** : les groupes multinationaux doivent déterminer s'ils optent pour certaines incitations introduites par la RFFA ou si leur structure générale peut avoir pour conséquence que l'entité suisse soit soumise aux règles étrangères en matière de SEC ou ne peut plus bénéficier de l'exonération de participation au niveau de la société mère.

G. BOURQUIN ■

États-Unis et Canada

États-Unis



Stéphanie HAMIS,
Avocat associé, Arsene Taxand



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

61. En cette période de conflit commercial international exacerbé et de consultation publique mondiale sur la fiscalité du numérique sous l'égide de l'OCDE, les nouveautés fiscales nord-américaines visent largement les relations que peuvent avoir les résidents américains avec l'étranger.

La fiscalité nord-américaine des particuliers résidents français est particulièrement concernée en ce sens que la contribution sociale généralisée (CSG) et la contribution pour le remboursement de la dette sociale (CRDS) pourraient devenir déductibles de l'impôt américain.

Les entreprises ne sont pas en reste car de nouvelles instructions sur le GILTI (« *Global intangible Low-Taxed Income* ») ont été publiées par l'administration fiscale des États-Unis, l'IRS (« *Internal Revenue Service* »), éclairant un peu plus encore leurs obligations découlant de ce récent dispositif.

Fiscalité des particuliers

62. États-Unis - Résidents français - Prélèvements sociaux - Crédit d'impôt - L'IRS a renoncé à soutenir que les contribuables américains résidents français ne peuvent pas demander de crédits pour impôt étranger au titre de la CSG et de la CRDS.

63. Le débat est récurrent entre administrations fiscales de pays liés par une convention fiscale bilatérale : le fait qu'une telle convention ne vise pas expressément les prélèvements sociaux est interprété par certaines administrations comme excluant ces prélèvements de son champ d'application.

En règle générale, pour l'administration et les juridictions françaises, l'absence de mention explicite de la CSG et de la CRDS ne signifie pas pour autant que ces contributions n'entrent pas dans le champ d'application d'une convention¹⁶.

Mais les États-Unis ne l'entendaient jusqu'alors pas de la

sorte et se plaçaient sur un autre plan : ils considéraient que ces contributions ne pouvaient entrer dans le champ d'application de la convention en matière d'impôts sur le revenu et la fortune, conclue entre leur Gouvernement et la France le 31 août 1994 du fait de leur prise en compte dans le champ d'application d'une autre convention conclue avec la France en matière de sécurité sociale, dont les taxes visées ne sont pas déductibles en vertu du droit américain.

Ils étaient jusqu'alors, et depuis 2008, l'un des seuls pays au monde à traiter la CSG et la CRDS comme un impôt de sécurité sociale (ci-après « impôt social »). De manière inédite, dans une série de documents déposés le 13 juin 2019 auprès d'une Cour fiscale des États-Unis dans l'affaire *Eshel v. Commissioner* (dossier n° 8055-12), renvoyée par la Cour d'appel du district de Columbia, l'IRS a finalement admis qu'il ne soutiendra plus que les contribuables français ne peuvent pas demander de crédits pour impôt étranger au titre de la CSG et de la CRDS.

64. Avant ce changement de position, l'IRS refusait l'imputation de crédits d'impôt étranger au titre de la CSG et de la CRDS en vertu des dispositions de la loi américaine qui interdisent un crédit ou une réduction d'impôt prévu dans une convention bilatérale en matière de sécurité sociale. La question en litige dans l'affaire *Eshel* était donc de savoir si la CSG et la CRDS étaient effectivement couvertes par l'accord de sécurité sociale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique, signé à Paris le 2 mars 1987 (ci-après la « Convention ») et ne pouvaient donc être imputées en vertu du droit américain.

La Convention en question est entrée en vigueur avant la création de la CSG (en 1990) et de la CRDS (en 1996), mais prévoit néanmoins en son article 2 § 3 qu'elle s'applique à une taxe fondée sur une loi postérieure « *modifiant ou complétant* » les lois prévoyant les impôts sociaux décrits dans la Convention. Par conséquent, dans l'affaire *Eshel*, la Cour devait déterminer si les lois prévoyant la CSG et la CRDS modifiaient ou complétaient les lois françaises sur la fiscalité sociale prévues dans la Convention.

Dans une première décision d'avril 2014, le juge et l'IRS sont convenus que les lois créant la CSG et la CRDS modifiaient ou complétaient les lois fiscales/sociales françaises décrites dans la Convention. Mais l'expression « *modifiant ou complétant* » n'est pas définie dans la Convention. En interprétant cette expression, la Cour a appliqué une approche littérale, se référant au dictionnaire américain pour définir les termes « *modifier* » et « *compléter* ».

Ainsi, le juge avait estimé que les lois sur la CSG et la CRDS modifiaient et complétaient les lois fiscales/sociales françaises dans la Convention pour les raisons suivantes :

- les dispositions édictant la CSG et la CRDS figurent dans la partie du code français où se trouvent les lois de sécurité sociale ;
- la CSG et la CRDS sont administrées et perçues de la même manière que les autres impôts sociaux décrits dans la Convention ; et

16 V. BOI-INT-DG-20-20-100, § 110 qui assimile ces contributions à l'impôt sur le revenu, BOI-INT-CVB-DZA-10, § 200 pour la convention conclue entre la France et l'Algérie le 17 octobre 1999 ou CE, 20 nov. 2013, n° 361167, Aaron pour la convention conclue entre la France et la Suisse le 9 septembre 1966.

- elles ont été adoptées pour combler les déficits de financement du système français de sécurité sociale.

En 2016, les requérants dans l'affaire *Eshel* ont interjeté appel de cette décision de la Cour devant le juge d'appel, qui a infirmé cette décision, estimant que le juge de première instance n'avait pas respecté les principes généraux d'interprétation des conventions internationales en se référant au dictionnaire américain pour interpréter la Convention.

La cour d'appel a indiqué que le texte de la Convention exigeait la prise en compte du droit français pour apprécier si la CSG et la CRDS modifiaient ou complétaient la législation fiscale/sociale française au sens de la Convention. La juridiction a également noté que dans la mesure où une ambiguïté subsistait après avoir examiné le droit français pour interpréter la Convention, la Cour était tenue de prendre en considération l'intention des États-Unis et de la France dans la conclusion de la Convention.

La cour d'appel a donc renvoyé l'affaire au premier juge pour qu'il poursuive la procédure suivant ces nouvelles indications, en demandant à la juridiction inférieure d'aller rechercher les intentions officielles et l'esprit commun des gouvernements américains et français lors de la conclusion de la Convention.

Les documents produits le 13 juin 2019 par l'IRS devant la Cour indiquent que le gouvernement américain, représenté par le Département d'État, et le gouvernement français ont désormais une vision commune de ce que les lois promulguant la CSG et la CRDS ne modifient ni ne complètent les lois fiscales/sociales françaises énumérées dans la Convention. Par conséquent, l'IRS ne refusera plus les crédits pour impôt étranger au titre de la CSG et de la CRDS.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Cette concession de l'IRS dans l'affaire *Eshel* est un développement majeur pour les contribuables américains qui vivent et travaillent en France et payent la CSG et la CRDS. Ils peuvent désormais l'imputer sur leur impôt sur le revenu américain, sous réserve de précisions de l'IRS sur les modalités techniques d'imputation.

Les contribuables américains peuvent également demander le remboursement de l'impôt sur le revenu américain pour les années antérieures en demandant des crédits pour impôt étranger au titre de la CSG et de la CRDS payés ou reportés dix ans après la date d'échéance de la déclaration de l'année d'imposition au titre de laquelle les impôts étrangers ont été payés ou reportés (en vertu de l'article 6511 de l'IRC (« *Internal Revenue Code* »)).

Fiscalité des entreprises

65. GILTI (« *Global intangible Low-Taxed Income* ») - Nouvelles instructions de l'IRS - L'IRS et le Département du Trésor américain publient de nouvelles instructions définitives, temporaires et proposées concernant le dispositif GILTI, en principe applicables à compter du 21 juin 2019.

Internal Revenue Service (IRS), Treasury, REG-101828-19, 21 juin 2019

TD 9865, 18 juin 2019 et TD 9866, 21 juin 2019

66. Le dispositif GILTI fixant un taux minimal d'imposition des bénéfices d'actifs incorporels faiblement taxés à l'étranger a été instauré en 2017 par le TCJA (« *Tax Cuts and Jobs Act* ») pour une entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2018 (article 951A de l'IRC).

Mais la grande réforme fiscale portée par le Président Donald J. Trump, qui a aussi mis en place le mécanisme du BEAT (« *Base Erosion Anti-abuse Tax* »), l'abaissement de l'impôt fédéral sur les sociétés à 21 % ou la taxe de transition, a été adoptée dans une relative précipitation.

Il est donc revenu à l'IRS de largement compléter les lacunes du texte et de préciser les modalités d'application du GILTI. Ce travail a commencé fin 2018, avec la publication d'une série d'instructions temporaires (FI 1-2019, n° 11, § 86) qui donnaient de premières lignes directrices, il s'est poursuivi début 2019, avec de nouveaux projets d'instructions de l'IRS et les formulaires applicables (FI 2-2019, n° 11, § 61).

Le 14 juin dernier, l'IRS et le Département du Trésor américain ont, espérons-le, parachevé ce chantier en publiant de nouvelles lignes directrices en application du TCJA. Ces publications comprennent des instructions définitives, temporaires et proposées (ci-après plus globalement les « Instructions »), en principe applicables à compter du 21 juin 2019 (IR-2019-114).

Les Instructions couvrent un large éventail de sujets touchant tant les entreprises multinationales basées aux États-Unis, que les fonds de capital-investissement ou les actionnaires personnes physiques américains de sociétés étrangères.

Voici un aperçu général de trois des principaux apports des Instructions.

67. Exclusion des revenus fortement taxés du GILTI (REG-101828-19) - Les Instructions élargiraient la définition des revenus qui peuvent être exclus du revenu testé au titre du GILTI, à la discrétion des actionnaires américains d'une société étrangère contrôlée (« *Controlled Foreign Corporation* » ou « *CFC* »).

Serait désormais visé tout revenu tiré par une CFC qui est assujettie à un taux effectif d'imposition à l'étranger égal à au moins 90 % du taux américain (i.e. de 21 % pour rappel) d'impôt sur les sociétés (IS).

Les Instructions prévoient également que le critère du taux d'imposition élevé doit s'appliquer au niveau de la CFC et seulement à l'égard du revenu et de l'impôt étranger de l'année en cours.

Cette exclusion s'appliquerait globalement à toutes les CFC contrôlées par le même actionnaire américain ou par un groupe d'actionnaires américains détenant une participation identique dans les CFC.

Ces instructions n'étant que proposées à ce stade sur ce point spécifique, elles ne s'appliqueraient qu'aux exercices ouverts par les CFC après leur finalisation.

68. Traitement global des entités transparentes dans le cadre du GILTI (REG-101828-19) - Les Instructions modifient considérablement le traitement fiscal des entités

transparentes (sociétés de personnes et « *partnerships* ») qui détiennent des participations dans des CFC.

Aux fins de la détermination des montants imposables au titre de GILTI, les Instructions traitent une entité transparente américaine ensemble avec tous ses associés ou actionnaires (ce traitement s'applique déjà aux sociétés de personnes étrangères).

Ainsi, les entités américaines qui sont des associés mais non des actionnaires américains au sens du GILTI (i.e. qui ne détiennent pas directement, indirectement ou par construction 10 % ou plus du droit de vote ou de la valeur de la société étrangère appartenant à l'entité transparente) ne seraient pas tenues de prendre en compte ces revenus au titre du GILTI.

Il est important de noter qu'un associé ou un actionnaire d'entité transparente ne prendrait en compte dans son revenu que le pourcentage du revenu GILTI qu'il possède directement ou indirectement (et non par construction).

Un associé ou un actionnaire d'entité transparente qui détiendrait des actions de CFC par construction seulement ne serait ainsi pas tenu de retenir ce revenu au titre du GILTI, bien qu'il puisse être considéré comme un actionnaire américain en application de la méthode par construction.

Les entités transparentes peuvent choisir d'appliquer ces Instructions rétroactivement aux exercices ouverts par les CFC après le 31 décembre 2017, sous réserve de certaines règles de cohérence.

69. Articulation entre l'article 245A de l'IRC et le revenu GILTI (TD 9865 et TD 9866) - L'article 245A de l'IRC permet généralement une réduction d'impôt pour dividendes reçus lorsque des dividendes sont versés par des sociétés étrangères à une société américaine actionnaire qui détient 10 % ou plus

des actions de la société étrangère.

Le département du Trésor américain a publié des instructions temporaires visant à refuser le bénéfice de l'article 245A de l'IRC dans le cadre d'un certain nombre d'opérations dans le cadre desquelles il pourrait être utilisé pour éviter de payer l'impôt américain.

Ces opérations comprennent celles par lesquelles des actions d'une CFC sont vendues par un actionnaire américain à un autre résident des États-Unis, et l'actionnaire vendeur constaterait un gain qui serait traité comme un dividende en vertu de l'article 1248 de l'IRC (gain constaté à la vente de ces actions inclus dans le revenu brut du vendeur à titre de dividende à concurrence du bénéfice de la société étrangère).

De plus, ces instructions refusent le bénéfice tiré de l'article 245A de l'IRC aux dividendes versés sur les bénéfices liés à certaines opérations effectuées avant la date d'entrée en vigueur des Instructions sur le GILTI, et que l'IRS jugerait inappropriées.

Ces instructions temporaires s'appliquent rétroactivement aux distributions effectuées après le 31 décembre 2017.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Les précisions énumérées ci-dessus ne couvrent que quelques-uns des éléments des Instructions publiées le 21 juin, mais semblent globalement favorables aux contribuables soumis au GILTI.

Une attention particulière doit être portée aux différentes options ouvertes par ces Instructions, ainsi qu'à la variété des dates d'entrée en vigueur (parfois rétroactives) prévues par celles-ci.

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

70. Argentine - Économie de la connaissance - Nouveau régime fiscale de faveur - L'Argentine a instauré un « Régime de promotion de l'économie de la connaissance », qui introduit de nombreux avantages fiscaux applicables à la production et

post-production audiovisuelle, y compris sous format numérique, au software, aux jeux vidéo et à d'autres secteurs de l'économie numérique.

L. n° 27 506, 10 juin 2019, portant création du Régime de Promotion de l'Économie de la Connaissance

71. Ce nouveau régime a été adopté à l'unanimité du Sénat le 22 mai 2019. L'objectif du législateur argentin est de promouvoir les activités économiques qui appliquent l'utilisation de la connaissance et la numérisation de l'information, à l'appui des progrès de la science et la technologie, pour l'obtention de biens, prestations de services et/ou amélioration dans les processus industriels, et ce dans les limites posées par la loi (art. 1^{er} de la loi).

72. Activités promues - Bénéficient des avantages fiscaux introduits par la loi les activités de création, dessin, développement, production et mise en œuvre ou adaptation de produits et de services et leur documentation technique associée, tant fondamentale qu'appliquée, incluant celles destinées à être incorporées à des processeurs ou autres dispositifs technologiques, promouvant les secteurs suivants : (i) software

et services informatiques et numériques ; (ii) production et post-production audiovisuelle, y compris sous format numérique ; (iii) biotechnologie, bioéconomie, biologie, biochimie, microbiologie, bio-informatique, biologie moléculaire, neuro-technologie et ingénierie génétique, géo-ingénierie et leurs essais et analyses ; (iv) services géologiques et de prospection et services liés à l'électronique et les communications ; (v) services professionnels, destinés à l'exportation ; (vi) nanotechnologie et nanoscience ; (vii) industrie aérospatiale et satellitaire, technologies spatiales ; (viii) ingénierie pour l'industrie nucléaire ; fabrication, mise au point, maintenance et introduction de bines et services orientés à des solutions d'automatisation de la production, incluant des cycles de retro-alimentation de processus physiques aux digitaux et vice-versa, avec l'utilisation de technologies 4.0 (i.e. intelligence artificielle, robotique et internet industriel, internet des choses, senseurs, manufacture additive, réalité augmentée et virtuelle).

Sont également incluses les activités d'ingénierie, sciences exactes et naturelles, sciences agro-péculaires et sciences médicales liées aux activités de recherche et développement expérimental (art. 2 de la loi).

73. Conditions d'éligibilité - Pourront bénéficier des avantages de ce régime toutes les sociétés établies en Argentine (y compris les succursales de sociétés étrangères, à condition de s'inscrire sur un Registre National spécialement créé à cet effet).

Afin de pouvoir prétendre aux avantages prévus par la loi, les candidats doivent justifier d'une triple condition : (i) Prouver la réalisation d'améliorations permanentes dans la qualité de leurs services, produits et/ou procédures, ou par l'intermédiaire d'une norme de qualité reconnue dans le secteur concerné ; (ii) Prouver qu'ils atteignent un investissement annuel en recherche et développement de 3% de leur chiffre d'affaires total ou bien un niveau de formation des salariés affectés à ces activités de 8% de la masse salariale totale ; (iii) le niveau d'exportation des biens ou services issus des activités mentionnées est égal à 13% de la facturation de ces activités (70% dans le cas des services professionnels, réduit à 45% pendant 5 périodes pour les micro-entreprises).

74. Bénéfices offerts - Les sociétés remplissant les conditions précitées pourront bénéficier d'une stabilité fiscale, empêchant l'augmentation des impôts dont elles sont passibles au moment de leur admission au régime. Ceci inclut les impôts provinciaux et municipaux de la Ville de Buenos Aires.

Le taux d'impôt sur les sociétés des contribuables inscrits au régime sera réduit à 15% (par opposition au taux normal de 30%). Le contribuable pourra bénéficier (dans des conditions non encore réglementées) d'un crédit d'impôt égal à 1,6% (augmenté à 2% pendant 2 ans à l'égard des salariés qui détiennent un diplôme de docteur) des charges patronales qui auraient dû être payées, à imputer sur l'impôt sur les sociétés et la TVA.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Ce nouveau régime peut représenter un véritable atout pour les groupes qui ont des projets de R&D dans la région. Le cas échéant, l'éligibilité et les conditions pratiques d'application doivent être minutieusement intégrées à son étude de

faisabilité, car le niveau de sanctions et d'exigences formelles liées à ce type de régime (très répandu en Argentine) est significatif, car il vise à éviter les abus.

75. Argentine - Retenue à la source sur dividendes - L'administration fiscale argentine commente les conditions de retenue à la source sur les dividendes, à la suite de la réforme introduite en décembre 2017.

Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), Resolución General n° 4478 du 9 mai 2019, portant mise à jour des conditions de retenue à la source sur dividendes, à la suite de la réforme introduite par la loi n° 27.430 du 29 décembre 2018 modifiant l'impôt sur les sociétés et abrogeant les dispositions de la Resolución General n° 3674

76. L'administration précise que les responsables de la retenue seront les sociétés distribuant les dividendes ou bien les gérants des fonds d'investissements lorsqu'ils distribueront des bénéfices ou rembourseront des participations incluant des dividendes.

Le taux de la retenue de 7% s'applique aux bénéfices issus des périodes ouvertes à compter du 1^{er} janvier 2018. Il est de 13% lorsque les bénéfices se rattachent à une période ouverte à compter du 1^{er} janvier 2020.

Ces taux s'appliquent à la distribution de dividendes ou de bénéfices fiscalement assimilés, dont bénéficient les personnes physiques résidentes en Argentine et les non-résidents (dans ce dernier cas, il s'agit d'une charge définitive).

La Résolution précise qu'elle est **effective à compter du 23 mai 2019**. Toute retenue à la source effectuée à compter de l'introduction de la loi n° 27 430 doit être déclarée comme ayant eu lieu en mai 2019.

Rappelons que les nouveaux taux sont inférieurs au taux conventionnel de 15% applicable aux termes de l'article 10 de la Convention fiscale franco-argentine du 4 avril 1979, modifiée par avenant du 15 août 2001.

V. ALVAREZ-LE MENTEC ■

Brésil

77. Brésil - Suivi de la réforme fiscale - Projet OCDE sur les prix de transfert - Conventions fiscales - Le projet de réforme fiscale vient d'être approuvé par la Commission de la Chambre des députés. Une analyse conjointe a été menée entre le Brésil et l'OCDE afin d'aligner l'approche brésilienne en matière de prix de transfert sur les Principes directeurs de l'OCDE. Des nouveautés existent aussi en matière de conventions fiscales.

78. Approbation du projet de réforme fiscale par la Commission de la Chambre des Députés - Le projet de réforme fiscale (*Proposta de Emenda à Constituição 45/2019*), présenté à la Chambre des députés le 3 avril 2019, vient d'être approuvé, le 22 mai 2019, par la **Commission de la Justice et de la Constitution** de la Chambre des députés brésilienne (*Comissão de Constituição e Justiça, CCJ*).

79. Projet OCDE-Brésil sur les prix de transfert - L'OCDE et le Brésil ont publié, le 11 juillet 2019, une **déclaration commune** sur le projet OCDE-Brésil sur les prix de transfert. Cette déclaration fait le point sur les travaux du groupe de travail qui avait été mis en place dans le contexte de la demande du Brésil d'adhérer à l'OCDE. La revue de la législation brésilienne a fait ressortir de nombreux cas de double imposition et aussi de perte potentielle de revenus pour l'État brésilien. Le principe du rapprochement de la législation brésilienne est réaffirmé tout en rappelant qu'il faut le combiner avec les caractéristiques propres à la loi brésilienne comme la simplicité d'application. À cet égard, la déclaration commune fait référence aux marges fixes et envisage l'instauration de présomption simple et de dispositifs de « *safe harbor* ».

La mise en œuvre de ce rapprochement se fera en diverses étapes, sur une longue période de temps (sans donner aucun calendrier). Selon la déclaration commune, l'approche la plus appropriée consisterait à fixer les conditions d'une transition progressive des contribuables vers le nouveau système à court terme, qui pourrait par exemple être fondée sur un seuil spécifique et concerner initialement les contribuables les plus importants opérant au Brésil, et ensuite, à abaisser le seuil sur la base d'une analyse des contribuables.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La déclaration commune est une annonce qui relève de la déclaration d'intention d'ordre politique. On attendra donc les détails plus techniques pour déterminer si réellement le résultat se traduira par la fin de l'exception brésilienne en matière de prix de transfert.

80. Nouveautés en matière de conventions fiscales - Le Brésil, non signataire de l'Instrument multilatéral de l'OCDE, est actuellement en train de renégocier ses conventions fiscales sur une base bilatérale, tout en étendant son réseau conventionnel.

> **Négociations en cours** : le Brésil et le Chili négocient actuellement la révision de leur convention fiscale de 2001 ; le protocole à la convention fiscale entre le Brésil et le **Danemark**, signé le 23 mars 2011, est entré en vigueur le 20 mars 2019 et s'appliquera à partir du 1^{er} janvier 2020.

> **Nouvelle convention avec l'Uruguay** - Le Brésil a signé, le 7 juin 2019, une convention fiscale avec l'Uruguay. Alors que le Brésil a refusé de signer l'Instrument multilatéral, cette nouvelle convention fiscale **reprend l'essentiel des dispositions de cet Instrument**.

Objet de la Convention : le Préambule reprend à l'identique l'objet détaillé à l'article 6 de l'Instrument multilatéral, à savoir le développement des relations économiques, le renforcement de la coopération fiscale et l'élimination de la double

imposition sans créer de possibilités de non-imposition ou d'imposition réduite via des pratiques d'évasion ou de fraude fiscale/évitemment fiscal résultant notamment de la mise en place de stratégies de chalandage fiscal.

Personnes couvertes (art. 1^{er}) : la convention reprend les dispositifs anti-hybrides prévus par l'Instrument multilatéral, notamment son article 3 relatif aux entités transparentes.

Résidence fiscale (art. 4) : la convention reprend l'article 4.1 de l'Instrument multilatéral relatif aux entités à double résidence. Aux termes de cet article, les problèmes de double-résidence doivent être résolus par voie d'accord amiable entre autorités compétentes à l'aide de critères alternatifs : siège de direction effectif, lieu de constitution en société ou en toute autre forme juridique, etc.

Établissement stable (art. 5) : la convention reprend pour l'essentiel les mesures prévues par l'Instrument multilatéral visant à éviter le statut d'établissement stable en reprenant la définition élargie de l'agent dépendant (art. 12 de l'Instrument multilatéral) et l'exception applicable aux activités préparatoires ou auxiliaires visant le cumul de ces activités, qui n'apparaît pas comme ayant un caractère préparatoire ou auxiliaire (option B prévue par l'article 13 de l'Instrument multilatéral).

Gains en capital (art. 14) : la convention reprend l'article 9.1 de l'Instrument multilatéral relatif aux gains en capital tirés de l'aliénation d'actions dans des entités tirant leur valeur principalement de biens immobiliers, et en particulier les modalités d'application du seuil de valeur au cours des 365 jours qui précèdent l'aliénation.

Procédure amiable (art. 27) : la convention reprend les § 1 à 3 de l'article 16 de l'Instrument multilatéral,

Droits aux avantages de la convention (art. 29) : la convention opte pour la règle simplifiée de limitation des avantages qui est alignée sur l'article 29 de la convention modèle OCDE de 2017.

A. DE L'ESTOILE-CAMPI ■

Chili

81. Chili - Taxation des services en ligne - Conventions fiscales et commerciales - Mise en œuvre des clauses de la nation la plus favorisée - Les débats parlementaires sur la nouvelle taxe de 19 % sur les services en ligne vont débiter au mois de juillet 2019. Le Chili révisé aussi son réseau de conventions fiscales (Philippines) et commerciales (Argentine). La mise en œuvre de la clause de la nation la plus favorisée prévue notamment dans la convention fiscale avec la France a été confirmée par l'administration fiscale chilienne.

82. Suivi de la taxation des services en ligne - Comme nous l'avions indiqué dans ces colonnes (FI 2-2019, n° 11, § 94),

le ministre des Finances avait finalement annoncé en mars 2019 que les services en ligne fournis par des plateformes telles que Netflix et Spotify seraient soumis à la TVA au taux de 19 %, en lieu et place de la taxe spéciale et indirecte de 10 % initialement proposée. Les parlementaires chiliens ont débuté au mois de juillet les premiers débats sur cette taxation à 19 % des ventes de services en ligne. Cette taxe, telle qu'elle est proposée, **visait directement les sociétés étrangères** fournissant des services en ligne à des résidents chiliens. En cas de défaillance, les autorités fiscales chiliennes pourraient exiger des intermédiaires tels que les banques et les sociétés de cartes de crédit qu'ils perçoivent la taxe auprès des clients. Cette taxe ne s'appliquerait qu'aux services en ligne, y compris la fourniture de contenu, l'intermédiation de biens et services physiques, la fourniture de stockage de données et de logiciels, et la publicité. La taxe ne s'appliquerait néanmoins pas aux applications telles que Cabify et Uber, qui font l'objet d'un projet de loi distinct actuellement débattu au Sénat.

83. 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 les **Philippines**.

> **Suivi de l'activation de la clause de la nation la plus favorisée** : comme nous l'avons indiqué précédemment (FI 2-2019, n° 11, § 96), l'administration fiscale française avait confirmé la mise en œuvre de la clause de la nation la plus favorisée contenue dans le protocole de la convention conclue entre la France et le Chili, abaissant les taux de retenue à la source prévus pour les intérêts et certaines redevances, à la suite de la conclusion par le Chili d'une convention fiscale avec le Japon le 21 janvier 2016. Le 28 juin 2019, l'administration fiscale chilienne a publié une circulaire confirmant l'activation des clauses de la nation la plus favorisée des conventions fiscales conclues par le Chili avec l'Argentine, la **France** et la Suède. Pour ce qui concerne la convention fiscale franco-chilienne, les taux de retenue à la source sont ramenés à 4% pour les intérêts de certains prêts (notamment bancaire, obligataire ou vente à crédit d'équipements). Le taux de 15% s'appliquant aux autres intérêts est ramené à 10% à compter du 1^{er} janvier 2019. S'agissant des redevances, le taux est ramené de 5% à 2% pour les seules redevances pour l'usage d'un équipement industriel, commercial ou scientifique.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

L'application de ces taux (à l'exception du taux de 10% sur les intérêts) concerne les retenues à la source acquittées à compter du 1^{er} janvier 2017. Les entreprises françaises qui seraient concernées peuvent donc envisager de **faire des réclamations auprès de l'administration fiscale chilienne**.

> **Accords de libre-échange** : l'accord de libre-échange conclu entre le Chili et l'**Argentine**, signé le 2 novembre 2017, est entré en vigueur le 1^{er} mai 2019.

A. DE L'ESTOILE-CAMPI ■

Colombie

84. Colombie - Prix de transfert - Services de publicité en ligne - Intérêts dans le cadre d'acquisition d'actions - Conventions fiscales - L'administration fiscale colombienne a précisé les procédures de dépôt des différentes documentations requises en matière de prix de transfert. Elle a également précisé le traitement fiscal des services de publicité en ligne fournis depuis l'étranger et des intérêts payés dans le cadre d'acquisitions d'actions. Des nouveautés existent aussi en matière de conventions fiscales et commerciales.

85. Prix de transfert : documentations - Deux nouvelles réglementations administratives du 22 mai 2019¹⁷ ont précisé les **procédures de dépôt** du fichier principal (« Master file ») et du fichier local (« local file ») ainsi que de la déclaration Prix de transfert et de la déclaration pays par pays (« CbCR »). Ces réglementations précisent les **informations à fournir** et imposent l'utilisation de **formulaire dédiés** ainsi qu'une **signature électronique**.

86. Traitement fiscal des services de publicité en ligne fournis depuis l'étranger - L'administration fiscale colombienne s'est prononcée sur le traitement fiscal des services de publicité en ligne fournis, depuis l'étranger, en Colombie et tout particulièrement des publicités consultées par des clients colombiens sur des sites étrangers¹⁸. Comme cela avait été d'ores et déjà précisé par l'administration¹⁹, les revenus tirés de tels services fournis par un non-résident sont réputés être de source étrangère et sont dès lors non imposables en Colombie. L'administration fiscale colombienne précise que **l'exonération de retenue à la source** s'applique également aux revenus tirés des publicités consultées par des clients colombiens sur des sites web étrangers, au motif qu'ils ne sont pas considérés comme rendus en Colombie.

87. Traitement fiscal des intérêts dans le cadre d'acquisition d'actions - L'administration fiscale colombienne, considérant que le paiement d'intérêts sur un emprunt contracté pour acquérir des actions n'est pas une dépense nécessaire à l'activité et n'a pas de lien de causalité avec une activité productrice de revenus, conclut à la **non-déductibilité** desdits intérêts²⁰. En revanche, le montant des intérêts payés peut faire partie du **coût de revient** des actions.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Cette position s'applique lorsque l'acquisition est réalisée par une société colombienne. Même si les règles françaises

17 Administrative Regulation 33 of 2019 (AR 33). - Administrative Regulation 34 of 2019 (AR 34).

18 Ruling 4861, 27 févr. 2019.

19 Rulings 1065 et 57318 en 2014.

20 Ruling 5738, 5 mars 2019.

de déduction des intérêts sont plus strictes qu'auparavant, l'acquisition d'une cible colombienne par une société française doit être envisagée à chaque fois qu'elle est financée en tout ou partie par un prêt.

88. Nouveautés en matière de conventions fiscales :

> **Suivi des nouvelles conventions fiscales** : le Sénat colombien a approuvé, le 12 juin 2019, la convention fiscale signée entre la Colombie et l'Italie.

> **Brexit** : la **Communauté des Andes (Colombie, Equateur et Pérou) et le Royaume-Uni** ont signé, le 15 mai 2019, un **accord de continuité commerciale**, ayant vocation à régir leurs relations commerciales après l'entrée en vigueur du Brexit et qui maintient dans la mesure du possible les conditions des accords de libre-échange existants avec l'Union européenne.

A. DE L'ESTOILE-CAMPI ■

Mexique

89. Mexique - Hydrocarbures - Le Mexique met en place un régime d'avantages fiscaux dédié à l'exploration et l'extraction d'hydrocarbures.

Décret relatif à l'octroi d'avantages fiscaux à certains contribuables concessionnaires en application de la Loi sur les recettes d'hydrocarbures : Bulletin Officiel 24 mai 2019

90. L'exploration et l'extraction d'hydrocarbures sont des activités protégées par la Constitution mexicaine (art. 25, 27 et 28) car ayant un caractère stratégique avec un impact significatif dans l'économie du pays.

Le financement de ces activités (que la Nation confie à des sociétés mexicaines par voie de concession) est réglé par la Loi du 11 août 2014 portant réglementation des recettes des hydrocarbures.

Le 7 décembre 2016, le Président mexicain Enrique Peña Nieto a émis un décret visant à modifier les articles 41 et 42 de ladite loi, en vue de flexibiliser les règles de limitation des charges déductibles de l'impôt sur les sociétés, en raison de la baisse des prix internationaux des hydrocarbures et de l'augmentation de leur volatilité.

Par un deuxième décret du 24 mai 2019, le Président Andrés Manuel López Obrador a souhaité augmenter le niveau de avantages aux concessionnaires, par l'amélioration du taux des charges déductibles au titre de coûts, dépenses et investissements, et ce en vue d'augmenter les ressources financières des concessionnaires disponibles dédiées à la production.

Les taux des charges déductibles sont dès lors augmentés à 40% de la valeur annuelle des hydrocarbures autres que le gaz naturel non associé et ses condensés, extraits en milieu

terrestre ; et 35% pour ceux extraits en milieu maritime.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Les groupes européens présents dans ce secteur au Mexique peuvent vérifier l'éligibilité à l'augmentation du taux des charges déductibles. Une attention particulière doit être portée à l'utilisation des ressources disponibles en application du présent décret, dont le bénéfice ne vise que l'augmentation des investissements en vue de la production d'hydrocarbures.

V. ALVAREZ-LE MENTEC ■

Pérou

91. Pérou - Emprunts auprès de parties liées - Conventions commerciales - L'administration fiscale péruvienne précise le traitement fiscal des intérêts payés par une société péruvienne sur les emprunts consentis par des parties liées. La Chine et le Pérou poursuivent les négociations en vue de réviser leur accord de libre-échange.

92. Traitement fiscal clarifié des intérêts payés sur les emprunts contractés auprès de parties liées - Dans une nouvelle circulaire administrative²¹, l'administration fiscale péruvienne précise les règles de déductibilité des intérêts payés sur les **emprunts consentis par des parties liées**. Elle fait référence au cas dans lequel une société péruvienne a reçu un prêt de l'un de ses actionnaires, considéré comme une partie liée pour les besoins de l'impôt sur le revenu (une partie liée est une personne qui détient directement ou indirectement, plus de 30 % du capital de la société). À cette occasion, l'administration précise que si l'emprunt, consenti par une partie liée, sert à financer des **investissements générant exclusivement des revenus de source étrangère**, les intérêts payés sur cet emprunt sont **intégralement déductibles**. Les règles limitant la déductibilité des intérêts ne s'appliquent que dans le cadre d'emprunts visant à financer des investissements générant des revenus de source péruvienne. Pour mémoire, le Pérou a un ratio de sous-capitalisation de 3 pour 1.

93. Convention commerciale avec la Chine - De nouvelles négociations ont eu lieu en juin 2019 entre le Pérou et la République Populaire de Chine, afin de réviser leur accord de libre-échange de 2008.

A. DE L'ESTOILE-CAMPI ■

²¹ Administrative Regulation 033-2019-SUNAT/7T0000, 18 mars 2019.

Asie et Océanie

Inde



Sanjiv MALHOTRA,
Director of Economics, Baker & McKenzie

94. Inde - Prix de transfert - Re-elected Modi government presented its first budget. Changes have been made in relation to transfer pricing.

95. Following changes have been made:

> **Advance Pricing Agreement (APA)** provisions have been amended to clarify that in cases where assessment or reassessment has already been completed and modified tax return has been filed by the taxpayer, the tax officer shall pass an order modifying the total income of the relevant assessment year determined in such assessment or reassessment, with regard to the terms agreed in the APA. There will not be any further assessment or reassessment once the terms of the APA are agreed and the return has been filed in accordance with the terms of the APA. This amendment will be effective from September 1, 2019.

> A significant change has been in relation to the provisions in relation to **secondary adjustments under an APA**. Earlier the secondary adjustments were not applicable if the primary adjustment did not exceed INR 10 million (approx. EUR 130,000) and for primary adjustments made upto assessment year (AY) 2016-17 [i.e. financial year (FY) 2015-16]. In the recent budget, these two conditions are proposed to be made alternate, i.e., either of the two conditions have to be satisfied for application of secondary adjustments. As per the pre-amended provision, both the conditions had to be satisfied for non-application of the provisions of secondary adjustment, i.e. for assessment years after AY 2016-17, even if the primary adjustment was less than INR 10 million (approx. EUR 130,000), the secondary adjustment provisions were applicable because condition 2 which said that the primary adjustment had to be upto AY 2016-17 was not met. With the amendment in this section, for AYs 2017-18 and later, if the primary adjustment is less than INR 10 million (approx. EUR 130,000) then, the provisions pertaining to secondary adjustment will not apply as one of the conditions would have been satisfied. This amendment is applicable from FY 2017-18.

> In view of the above, a **taxpayer is required to compute interest on the excess money**. This provision applies to APAs signed on or after April 1, 2017. Further, no refund of taxes already paid till date under the pre-amended section will be allowed. In addition to the above, it has also been proposed that the excess money can be repatriated from any of the associated enterprises of the taxpayer not resident in India, not necessarily the associated enterprise with which the taxpayer is transacting. This amendment is applicable from FY 2017-18.

> As per the earlier provisions, a taxpayer had to pay interest on the excess money not repatriated in time. This Budget has

given an **option to the taxpayers** to pay additional income-tax at the rate of 18% on such excess money or part thereof in addition to the existing requirement of calculation of interest till the date of payment of this additional tax. A surcharge of 12% is proposed on the additional tax amount, thus, the total of 20.16% will be applicable. No interest would be required to be computed on account of secondary adjustment from the date of payment of such tax and such additional tax shall be the full and final payment in respect of such primary adjustment.

> **No credit shall be allowed in respect of the additional tax paid by the taxpayer** and no deduction in respect of the amount on which such tax has been paid shall be allowed. This amendment will be effective from September 1, 2019.

> In relation to **transfer pricing documentation**, a taxpayer is required to maintain and furnish the transfer pricing documentation to the Indian tax authorities if it has entered into an international or specified domestic transaction. Provisions also required a constituent entity of an international group to maintain and furnish the Masterfile, if the constituent entity meet certain prescribed limits of the consolidated Group revenue and its international transactions with its Group affiliates. These provisions have been amended and the requirement to maintain and furnish the Masterfile to relevant authorities has been prescribed, irrespective of any international transactions undertaken by it. This amendment is applicable from AY 2020-21, i.e. FY 2019-20 and the deadline to file the Masterfile for the taxpayers as per the current provisions is November 30, 2020.

> In relation to **Country-by-Country reporting requirements in India**, there were certain concerns around the accounting year that would be applicable, if the alternate reporting entity is resident in India, whose ultimate parent entity is not resident in India. It has been clarified that the reporting accounting year of the parent entity not resident in India, will be applicable to the alternate reporting entity. The amendment will take effect retrospectively from FY 2016-17.

96. Other noteworthy direct tax changes proposed are as follows:

- Buy back of shares by listed companies will be subjected to 20% tax plus 12% surcharge.
- Changes made to tax deducted at source in relation to insurance pay outs and individuals withdrawing cash beyond a prescribed threshold.
- Increase in the rate of surcharge to 25% for income between INR 20 -50 million and to 37% above INR 50 million.
- Companies facing insolvency have been provided relief from Minimum Alternate Tax.
- Gifts made outside India by a resident will be deemed to accrue in India.

S. MALHOTRA ■

97. À NOTER

> **Instrument multilatéral** - Le 25 juin 2019, l'Inde a déposé son instrument de ratification auprès de l'OCDE.

OCDE, communiqué, 25 juin 2019