

La directive anti-évasion fiscale et ses conséquences sur l'impôt des sociétés



Prof. Edoardo Traversa, UCLouvain, Avocat

IBFP, 6 Février 2017

edoardo.traversa@uclouvain.be

L'origine : le plan BEPS (Base erosion and Profit Shifting)

- Origine : G20 et OCDE (implication de l'UE)
- 1ère Phase du BEPS (2013-2015) : OCDE, membres de l'OCDE, membres du G20
- 2ème phase du BEPS (2016-...) : BEPS Implementation Forum (tous les Etats intéressés – plus de 100 pays) + Platform for Collaboration on TAX (OECD, UN, IMF, World Bank)



BEPS dans l'UE



- L'OCDE émet des recommandations (rapports)
- Mise en oeuvre à un triple niveau
 - Législation nationale
 - Conventions préventives de double imposition (Conventions en vigueur, Modèle et commentaires OCDE, Manuel Prix de transfert)
 - Niveau européen : modification directive mère-fille, adoption ATAD, Projet CCTB, Groupe Code de conduite, Recommandations, ...
- Procédure
 - Concertation avec les administrations fiscales nationales et Commission européenne
 - Discussions avec représentants de la société civile (entreprises, ONG, universités, ...)
 - Pas de consultation des parlements nationaux au stade des recommandations, ni lors des modifications du Modèle et des Commentaires

Impact pour la Belgique

- Tenir compte des recommandations de l'OCDE
 - Pas de force contraignante
 - Pas toujours univoques
 - Ne dépend pas toujours de la Belgique: renégociations de conventions bilatérales,...
- Mettre en œuvre le droit européen:
 - Nouveautés ou adaptations de mécanisme existants
 - Déductibilité des intérêts ou CFC vs. Règle générale anti-abus (Directive ATAD)
 - Marge de manœuvre variable
 - Difficultés d'application administrative
 - Délai de transposition à respecter
 - Parfois très rapide (1 an – ATAD : 2 ½ ans)



Objectifs et champ d'application de la directive 2016/1164

Objectifs

- Mise en œuvre des recommandations BEPS de l'OCDE
- Améliorer la résistance du marché intérieur face aux pratiques d'évasion fiscale transfrontières
- Instaurer dans toute l'Union un niveau minimal de protection : *les Etats membres sont obligés de prévoir au moins cela mais peuvent aller plus loin (article 3)*
- Sécurité juridique pour les contribuables

Champ d'application

- Tous les contribuables soumis à l'impôt des sociétés dans un Etat membre (y compris les établissements stables)

Mesures contenues dans la directive

- Déductibilité des intérêts
- Imposition à la sortie
- Clause générale anti-abus
- Règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (SEC)
- Disposition anti-hybrides

Dans la proposition initiale mais non reprise dans le texte approuvé

- Clause de « Switch-over » de l'exemption au crédit (ordinaire) pour certains revenus d'Etats tiers et UE si le taux légal d'imposition < 40 % du taux légal d'imposition en vigueur dans l'État de résidence

Impact sur la Belgique

- Position de la Belgique
 - Beaucoup des mécanismes de la directive n'existent pas dans le CIR
 - Dernier Etat membre à avoir accepté la directive
- Transposition
 - Application à partir du 1^{er} janvier 2019
 - Exceptions
 - » Imposition à la sortie : 1^{er} janvier 2020
 - » Déduction des intérêts : 1^{er} janvier 2024 sauf
 - si pas de règles nationales « aussi efficaces »
 - accord au sein de l'OCDE avant

Déduction des intérêts

Contexte du droit de l'UE

Elimination de la double imposition (économique) dans un contexte intra-groupe pour certains types de revenus

Les Directives « Intérêts et Redevances » et « Mère-Fille » (dividendes)

Pas de distinction en droit de l'UE entre les « intérêts » (revenus de toutes créances, garanties ou non par une charge et porteuses ou non d'une clause de participation aux bénéfices du débiteur) et les « distributions de bénéfices » : possibles décalages en cas de montages hybrides

Déduction des intérêts

- Renvoi au droit de l'UE dans le Rapport Final BEPS – Action 4 (5 Octobre 2015)
 - « Par ailleurs, il serait extrêmement difficile pour les Etats membres de l'Union Européenne (UE) d'appliquer des retenues à la source sur les paiements d'intérêts effectués au sein de l'UE du fait de la Directive sur les intérêts et redevances » (p. 20)
 - « Les exigences imposées par le droit de l'Union européenne à ses Etats membres ont été prises en compte tout au long de ces travaux, et notamment la nécessité que les approches recommandées soient compatibles avec les libertés inscrites dans le Traité CE, les directives et les règlements relatifs aux aides publiques » (p. 22, avec renvoi à l'Annexe A)

Déduction des intérêts : directive 2016/1164, art. 4

➤ Champ d'application et portée

- toute entité soumise à l'impôt des sociétés dans un EM (art. 1er) appartenant à un groupe
- pas les « entreprises financières » (art. 4, § 7 – cf. Définition art. 2, 5 – cf. considérant 9)
- Niveau minimal de protection des bases imposables à l'ISoc – niveau plus élevé permis → exigences minimales pesant sur les Etats Membres

Déduction des intérêts : directive, art. 4

- Limite à la déduction fiscale du « Surcoût d'emprunt »
 - « Surcoût d'emprunt » = le montant du dépassement des « coûts d'emprunt » (charges d'intérêts s.l.) déductibles du par rapport aux revenus de prêts s.l. imposables (art. 2, § 1 et 2)
 - dans la mesure où le Surcoût d'emprunt dépasse à la fois :
 - le ratio Surcoût d'emprunt/EBITDA du groupe comptable consolidé (= bénéfice avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissements - art. 4, § 1, al. 1er, et § 2)
 - 30 % de l'EBITDA « fiscal » du « contribuable » (art. 4, § 1, al. 1er, et § 2)
 - 3 Mios eur (art.4, § 3, a) : exclusion des « petites » sociétés
 - Report de la déduction rejetée peut être autorisé

Déduction des intérêts : Belgique

Règle belge actuelle (CIR, art. 198, § 1er, 11°)

Ratio basé sur les fonds propres : rejet des intérêts afférents à la partie des emprunts qui dépassent cinq fois les fonds propres (réserves taxées plus capital libéré)

Limité aux intérêts d' « emprunts » + pas applicable aux emprunts émis publiquement

Limité aux intérêts intra-groupe (+ bénéficiaire non-assujetti à l'ISoc ou régime de droit commun notablement plus avantageux hors EEE)

Déduction des intérêts : Belgique

Règle belge actuelle (CIR, art. 198, § 1er, 11°)

- Exception pour la gestion centralisée intra-groupe (*cash pooling*) : *netting* des intérêts intra-groupe)
- Exception si activité principale de la société est la réalisation d'un projet de partenariat public-privé
- Pas limité au coût de financement net
- Pas possible d'appliquer sur base consolidée
- Pas de report possible

Abus de droit dans la directive 2016/1164 (Article 6)

« 1. Aux fins du calcul de la charge fiscale des sociétés, les Etats membres ne prennent pas en compte un montage ou une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable, ne sont pas authentiques compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Un montage peut comprendre plusieurs étapes ou parties.

(...)

Abus de droit dans la directive 2016/1164 (Article 6)

(...)

2. Aux fins du paragraphe 1, un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique lorsque ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.

3. Lorsqu'un montage ou une série de montages n'est pas pris en compte conformément au paragraphe 1, la charge fiscale est calculée conformément à la législation nationale. »

Voy. aussi la Directive du Conseil (UE) 2015/121 du 27 janvier 2015, qui amende la Directive 2011/121 (Directive Mère-Fille) / Discussions sur l'introduction d'une disposition anti-abus dans la Directive Intérêts et Redevances (2003/49/EC) / Rapport sur l'action 6 des BEPS

Impact en Belgique

- Disposition similaire mais limitée au régime RDT introduite dans le CIR par une loi du 7 novembre 2016 (Art. 203 §1, 7° - §2 et 266 CIR)
- Changement législatif ou interprétation de l'Article 344, §1, CIR conformément à la Directive ?
 - Champ d'application : ISoc >< Impôt sur les revenus
 - Motif principal >< But essentiel ?
 - Finalité du droit fiscal applicable >< Objectifs de la disposition du CIR ou des arrêtés d'exécution
 - Motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique >< autre motif que la volonté d'éviter les impôts sur les revenus (justification)

Imposition à la sortie

- Tout transfert d'actif d'une juridiction fiscale vers une autre
 - Taxation obligatoire sur un « montant égal à la valeur de marché des actifs transférés, au moment de la sortie, diminué de la valeur fiscale desdits actifs »
 - L'Etat Membre de destination « accepte la valeur établie par l'État membre [de départ] comme valeur fiscale de départ des actifs, à moins que celle-ci ne reflète pas la valeur de marché »
- Exception pour certains transferts temporaires (12 mois) : art. 5, § 7

Imposition à la sortie : directive, art. 5

➤ Paiement de l'impôt échelonné :

- sur cinq ans dans les situations intra-UE et –EEE (si assistance mutuelle recouvrement)
- moyennant garantie éventuelle si « risque réel et démontrable de non-recouvrement »
- Divers cas de déchéance du délai de paiement

⇒ Intégration correcte de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne ?

⇒ Evaluation du risque de non-recouvrement voy. National Grid Indus (C-371/10), Commission v. Portugal (C-38/10) and DMC (C-164/12)

Imposition à la sortie : Belgique

Loi du 1er décembre 2016 (MB, 8 décembre)

- Choix entre paiement immédiat ou étalé de l'exit tax sauf exceptions (transfert hors UE, cession des actifs, ...)
- Applicable aussi aux personnes physiques

CFC : contexte européen

- Législation CFC = limitation de la liberté d'établissement (et de la libre circulation des capitaux si pas limitée à l'actionnariat de contrôle)
 - Voy. CJUE, Cadbury-Schweppes (C-196/04); CFC et Dividend GLO (C-201/05); Commission v. UK (C-112/14)
- Justification seulement si cela « vise spécifiquement les montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique, dont la seule fin est d'éluder l'impôt normalement dû sur les bénéfices générés par les activités réalisées sur le territoire national » (C-112/14, para. 25)
- Justification évaluée sur la base d' « éléments objectifs et vérifiables par des tiers, relatifs, notamment, au degré d'existence physique de la SEC [=CFC] en termes de locaux, de personnel et d'équipements » (C-196/04, para. 67)

Directive 2016/1164 (articles 7 et 8 ATAD)



- Définition de la CFC

- Entité ou établissement stable dont les bénéfices sont non imposables ou exonérés dans l'Etat membre de la société contribuable
- Entité : plus de 50 % des droits de vote, du capital ou de droits aux bénéfices (détenus directement ou indirectement par la société contribuable, seule ou avec ses entreprises associées)
- Impôt réel sur les sociétés de l'entité/ES < [impôt qui aurait été dû dans l'Etat de résidence du contribuable – impôt réel payé par l'entité/ES] (= moins de 50 %)

CFC- Directive 2016/1164 (articles 7 et 8 ATAD)

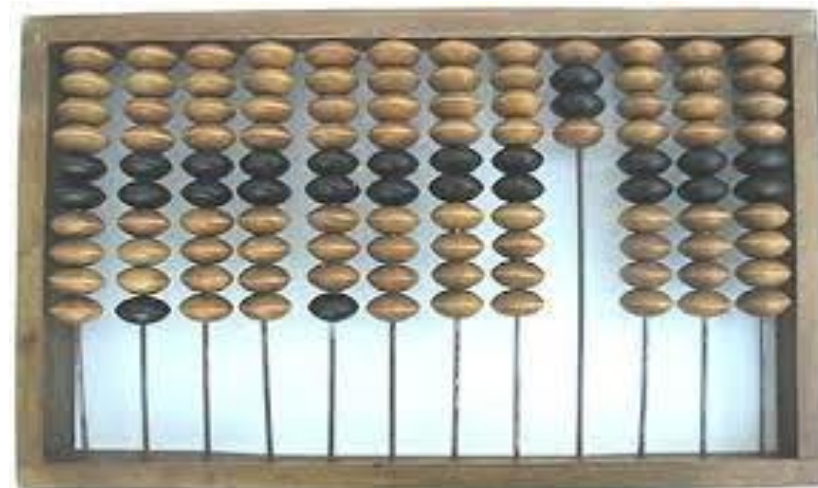
- Revenus non distribués de la CFC inclus dans la base d'imposition du contribuable
 - A) Revenus mobiliers (intérêts, redevances, dividendes, plus-values sur actions), d'activités financières ou de facturation intragroupe avec valeur ajoutée économique nulle ou faible
 - SAUF activité économique substantielle (obligatoire pour UE, optionnel pour Etats tiers)
 - B) Revenus non distribués provenant de montages non authentiques
 - Entité/ES ne posséderait pas les actifs source des revenus ou n'aurait pas pris les risques si pas une CFC
 - La société contrôlant assure les fonctions et risques jouant un rôle essentiel dans la création de revenus de la CFC

CFC- Directive 2016/1164 (articles 7 et 8 ATAD)

- Exclusion possible d'entité/ES
 - Bénéfices comptables < 750.000 € et revenus non commerciaux < 75.000 €, ou
 - Bénéfices comptables < 10 % des coûts de fonctionnement (hors paiements à des entreprises associées et biens vendus à l'étranger)
 - Max. 1/3 des revenus relèvent des catégories visées au A)
 - Est une entreprise financière dont max. 1/3 des revenus visés au A) provient d'opérations intragroupe

Directive 2016/1164 (articles 7 et 8 ATAD)

- Calcul des revenus CFC
 - Conformément au droit de l'Etat de résidence du contribuable
 - Pertes non incluses mais possibilité de report « conformément au droit national »
 - Revenus de montages non authentiques calculés sur une base *arm's length*
 - Au prorata de la participation
 - Si distribution ultérieure : déduction des revenus CFC
 - Déduction de l'impôt payé dans l'Etat de la CFC



Impact en Belgique

- Nouveauté
- Contraire à la position traditionnelle sur la compatibilité du régime CFC avec les conventions préventives de la double imposition
- Pas conforme à une exigence de Capital import neutrality (CIN) – logique du crédit
- Au-delà de situations purement artificielles pour les Etats tiers?

Montages hybrides (BEPS Action 2)

- Un montage hybride est une opération de transfert de bénéfices qui exploite une différence dans la qualification juridique d'une entité ou d'un instrument en vertu des lois d'au moins deux Etats dans le but de réduire, ou d'annuler, la charge fiscale globale supportée par les parties à l'opération
- Montages visés
 1. Les montages financiers hybrides
 2. Les entités hybrides
 3. *Les contrats hybrides*



Rubens, *Les amours des Centaures*,
vers 1635

Montages financiers: exemple

Pays A



Société A

Pays B



Société B

100

Qualification du paiement: intérêts

Régime fiscal

- déduction de la base imposable

Qualification du paiement: dividendes

Régime fiscal

- Taux réduit de taxation des dividendes
- Exemption sur base de la directive mère-fille
- Crédit d'impôt pour l'Isoc payé au pays A

Montages financiers: recommandations OCDE

- Généralisation des « linking rules » en droit interne
 - Règle générale: Refuser la déduction des intérêts si le paiement n'est pas taxé dans le pays de la société bénéficiaire
 - Règle défensive: Si le pays de la société bénéficiaire (qui ne taxe pas) sait que le pays de la société distributrice autorise la déduction (alors même que l'Etat de la société bénéficiaire ne taxe pas), elle doit taxer
 - Règle alternative: Si le « mismatch » provient de l'exonération des dividendes reçus, le pays de la société bénéficiaire doit refuser d'accorder l'exemption
- Limitées aux sociétés liées



Règles anti-hybrides dans la directive mère-fille

- Directive 2014/86/UE modifiant la directive mère-filiale

« Lorsque qu'une société mère (...) perçoit (...) des bénéfices distribués (...) l'Etat membre de la société mère :

a) (...) s'abstient d'imposer ces bénéfices dans la mesure où ces derniers ne sont pas déductibles par la filiale, et les imposent dans la mesure où ils sont déductibles par la filiale »

- Le régime fiscal applicable dans l'Etat de distribution dépend du régime fiscal dans l'Etat de la source



Dispositifs hybrides : Directive 2016/1164 (articles 2, 9, et 9)

Définition (article 2,9)

« dispositif hybride » une situation où un contribuable est établi dans un État membre et où une entreprise associée est établie dans un autre État membre, ou un dispositif structuré conclu entre des parties établies dans des États membres différents, lorsque des différences dans la qualification juridique d'un instrument financier ou d'une entité entraînent les conséquences suivantes :

a) le même paiement, les mêmes charges ou les mêmes pertes font l'objet d'une déduction aussi bien dans l'État membre d'origine du paiement, des charges ou des pertes que dans un autre État membre (« double déduction »); ou

b) le paiement fait l'objet d'une déduction dans l'État membre où il a sa source sans donner lieu à une inclusion du produit correspondant à ce paiement dans la base d'imposition de l'autre État membre (« déduction sans prise en compte »).

Dispositifs hybrides : Directive 2016/1164 (articles 2, 9, et 9)

Obligation pour les Etats membres

« 1. Dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une double déduction, la déduction est accordée uniquement dans l'État membre d'origine du paiement.

2. Dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une déduction sans prise en compte, l'État membre du contribuable refuse la déduction de ce paiement .»

⇒ Conforme aux recommandations BEPS de l'OCDE

⇒ Modification par rapport à la proposition initiale de l'ATAD (et de la directive mère-fille): qualification de l'Etat de la source du paiement

Proposition COM(2016) 687 du 25 octobre 2016 d'amendement de la directive ATAD pour les situations avec les Etats tiers

⇒ Distinction entre double déduction, déduction sans inclusion et non imposition sans inclusion (ES) et règles spécifiques en cas d'avantages indirects et de double résidence fiscale

⇒ Règles sur les hybrides aussi dans la proposition CCCTB (COM(2016) 685 du 25 octobre 2016)

Au-delà de la directive Patent Box (BEPS Action 5)

Contexte

- Régimes similaires à notre déduction pour revenus de brevet dans de nombreux pays UE (Luxembourg, Pays-Bas, UK, ...)
- Régimes suivis par le groupe « Code de conduite » mis en place à la fin des années 1990
- Décision du groupe Code de Conduite en 2014 que ces régimes doivent s'inscrire dans l' « approche Nexus modifiée » (Action BEPS n° 5, faisant suite à un accord UK-Allemagne)
- Plan d'action de la Commission « pour une fiscalité des entreprises plus juste et plus efficace au sein de l'Union » du 17 juin 2015 entérine cette approche, confirmée dans la Communication du 28 janvier 2016

Action 5: approche Nexus

- Lier l'avantage fiscal aux dépenses réellement supportées par l'entité pour développer le brevet
- Les dépenses sont un indicateur des activités « substantielles » permettant de déterminer la quote-part des revenus pouvant bénéficier du régime fiscal favorable
- Bénéfices pouvant bénéficier de l'avantage=

$$\frac{\text{Dépenses qualifiantes pour développer des actifs IP}}{\text{Dépenses totales pour développer des actifs IP}} \times \text{Revenus totaux des actifs IP}$$

Action 5: approche Nexus

- Actifs pouvant bénéficier du régime favorable : brevets et actifs assimilés (brevets au sens large ; software sous copyright ; autres actifs non-évidents, utiles et nouveaux avec certification) qui bénéficient d'une protection, à l'exclusion des actifs à caractère commercial (marques)
- Dépenses visées
 - En lien direct avec l'actif IP : salaires, coûts directs, amortissements; etc.
 - Exclusions : intérêts débiteurs, coûts des immeubles, toute dépense non liée directement à l'actif IP
 - Prise en compte de la dépense au moment où elle est exposée (déconnexion du traitement comptable ou fiscal)
- « Total des dépenses qualifiantes » : somme des dépenses qualifiantes si elles étaient exposées par le contribuable lui-même (comprend frais d'acquisition et dépenses d'outsourcing à entreprises liées – « Up-lift » - mais limités à un certain pourcentage – 30%)

Action 5: approche Nexus

- « revenus total des actifs IP » :
 - Déterminés suivant normes internes après application des règles TP
 - Limites :
 - Proportionnalité : revenu ne peut être défini de manière à grossir le revenu pris en compte pour le régime préférentiel IP
 - Revenu IP : royalties, plus-values et autres rev. provenant de vente d'actifs IP,
...
 - Nécessité de mettre en place les mécanismes adéquats d'identification des différents éléments (« tracking and tracing»)
 - « product base approach » : lien entre un ensemble de frais et revenus « IP » et un produit

Action 5: mise en œuvre en Belgique

- Abrogation ancien régime au 1 juillet 2016 (art. 205 et suivants CIR)
- Nouvelle déduction de revenus d'innovation (projet de loi en cours d'approbation)
 - Brevet, logiciels sous copyright, mais aussi CCP, droit d'obtention végétale et exclusivité donnée par les pouvoirs publics
 - Déduction à 85% des revenus nets (élargissement aux plus-values de cession)
 - Applicable dès la demande de brevet
 - Mécanisme de report
 - Application de principe de la majoration à 30% pour les frais entre parties liées (mais réfragable)
 - Pour le reste, conforme à l'approche nexus modifiée
- Transition annoncée
 - Plus de nouveaux rulings rendus en application du régime actuel après le 30 juin 2016
 - Rulings rendus après le 30 juin 2016 s'inscrivent dans l'approche Nexus modifiée
 - Pour les rulings accordés sur la base du régime existant : maintien des effets sur la durée de validité de la décision et jusqu'au 30 juin 2021 au plus tard (avec toutefois possibilité de demander un basculement vers la nouvelle approche)

Merci de votre attention