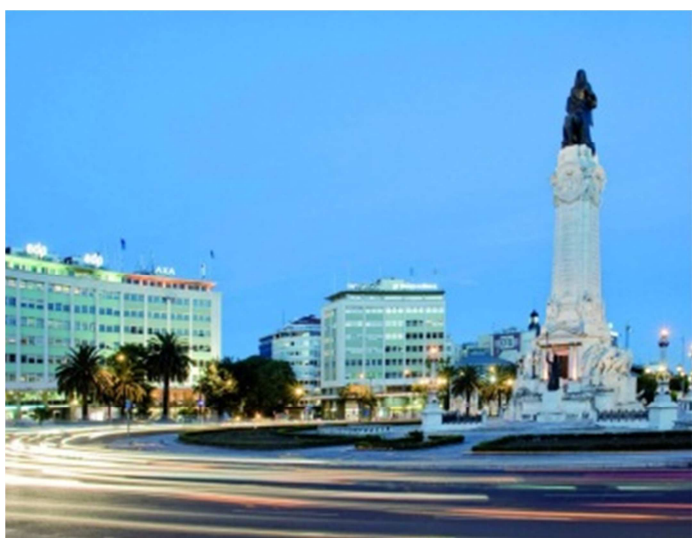


LA DIRECTIVE EUROPÉENNE SUR LA LUTTE
CONTRE L'ÉVASION FISCALE

TAX & BUSINESS



This Information is intended for general distribution to clients and colleagues and the information contained herein is provided as a general and abstract overview. It should not be used as a basis on which to make decisions and professional legal advice should be sought for specific cases. The contents of this Information may not be reproduced, in whole or in part, without the express consent of the author. If you should require further information on this topic, please contact contact@rfflawyers.com.

This Information is sent in compliance with articles 22 and 23 of Decree-Law no 7/2004, of 7 January, regarding unsolicited e-mails. If you wish to be removed from our mailing list and avoid similar future communications, please send an email with "Remove" to the email address newsletter@rffadvogados.com.

INTRODUCTION

L'Union européenne a formellement adopté la Directive du Conseil sur la lutte contre l'évasion fiscale (Anti tax avoidance Directive). Consacrant, ainsi, au niveau communautaire, des dispositions applicables contre les pratiques d'évasion fiscale, lesquelles affectent directement le Marché intérieur. L'UE, en transposant dans un document juridiquement contraignant les recommandations établies par l'OCDE dans son projet dénommé « Erosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices » (BEPS), a été au-delà de l'orientation proposée par l'OCDE.

La Directive introduit des dispositions légalement contraignantes pour les Etats Membres, tout en créant un niveau de protection fiscale plus élevé et plus sûr pour les entreprises. Prévoyant, spécifiquement, cinq domaines clés d'imposition directe

(internationale) : limitation de la déductibilité des intérêts, imposition à la sortie, disposition anti-abus générale, règle sur les sociétés étrangères, règle des disparités hybrides (Hybrid Mismatches).

L'application de ces normes aura un impact, non-seulement sur le droit interne des Etats membres, qui devra en partie être réformé, mais aussi, et plus généralement, sur le paysage fiscal international.

CONTEXTE

Ainsi, le 12 juillet, le Conseil des Affaires Économiques et Financières (ECOFIN) a formellement adopté ladite Directive établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du Marché intérieur. Celle-ci en plus de répondre aux recommandations formulées par l'OCDE/G20, entre dans le Plan d'Action relatif à l'imposition des sociétés.

La Directive fait écho à des préoccupations exprimées et analysées dans le Plan d'Action BEPS de l'OCDE. Au sein de l'UE, celles-ci ont été formulées par la Commission, dans le but d'assurer que les entreprises paient la juste part de l'imposition qui leur est appliquée. Ainsi, l'UE incarne un esprit et un engagement similaires à ceux de la proposition de l'OCDE, notamment en assurant l'imposition effective des entreprises, en faisant correspondre le lieu d'imposition avec le lieu d'où les profits proviennent, en prévoyant un degré plus élevé de transparence et en soulignant le risque de double imposition. Cette avancée est vue comme un tremplin pour la mise en place de l'Assiette Commune Consolidée pour l'Impôt sur les Sociétés (ACCIS), dont le travail est en cours et a pour objectif de relancer une proposition jusque fin 2016.

Comme cela a déjà été mentionné, la Directive introduit un ensemble d'obligations ainsi que des dispositions offrant des garanties fiscales renforcées pour les entreprises. Et ce, par le biais de cinq domaines clés d'imposition

directe (internationale) : limitation de la déductibilité des intérêts, imposition à la sortie, disposition anti-abus générale, règle sur les sociétés étrangères, règle des dispositifs hybrides (Hybrid Mismatches).

LIMITATION DE LA DEDUCTIBILITE DES INTERETS

Cette disposition s'applique aux entités non-financières et permet la déduction des coûts d'emprunt lorsqu'un contribuable reçoit des intérêts ou d'autres revenus imposables d'actifs financiers. Toutefois, elle a introduit une limitation fondée sur la base du ratio fixe des bénéfices, c'est-à-dire, 30% des bénéfices du contribuable avant intérêts, impôts, dépréciation et amortissement (EBITDA). Ainsi, la Directive limite les intérêts liquides qui peuvent être déduits du revenu imposable. L'Etat Membre du contribuable peut :

- i) autoriser le report des surcoûts d'emprunt liquides de l'année sur les exercices futurs et ce, sans limite de temps.
- ii) reporter l'excédent de manière rétroactive jusqu'à trois exercices antérieurs,

et sur les exercices futurs sans limite de temps.

- iii) reporter sur un maximum de cinq années la capacité inemployée de déduction des intérêts.

Le contribuable, à condition qu'il soit membre d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière, peut déduire l'intégralité des surcoûts d'emprunt dès lors que le ratio entre ses fonds propres et l'ensemble de ses actifs est égal ou supérieur au ratio équivalent du groupe. Sachant qu'un ratio inférieur dans moins de 2% sera considéré équivalent au ratio du groupe et l'ensemble des actifs et passifs sont évalués selon la même méthode. Ou bien alors, il pourra déduire les surcoûts de l'emprunt pour un montant supérieur à celui qu'il serait en droit de déduire, avec une limite fixée par un calcul en deux étapes i) en divisant le ratio du groupe par les surcoûts d'emprunt du groupe vis-à-vis de tiers par l'EBITDA du groupe, et puis ii) en multipliant le ratio du groupe par l'EBITDA du contribuable.

Ainsi, en limitant le montant des intérêts liquides qu'une entreprise peut déduire de son revenu imposable, la Directive vise à dissuader cette sorte d'érosion de l'assiette fiscale et le transfert de bénéfices.

Le Droit national portugais reflète, en partie, certains éléments de la Directive, dont le ratio fixe et la possibilité de reporter des surcoûts d'emprunt liquides sur un maximum de cinq années. Cependant, il ne comprend pas l'exception reconnue au ratio du groupe. Il existe un régime optionnel détaillé applicable aux groupes, pour autant l'accès à un tel régime de déductibilité devra probablement être réformé, de manière à limiter l'accès aux situations prévues par la Directive.

IMPOSITION À LA SORTIE

La Directive donne, en partie, corps aux règles provenant de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, telles que celles consacrées par les *Arrêts National Grid Indus*, *N* et un ensemble d'Affaires

Commission c/. En parallèle, il vise à harmoniser au sein de l'UE les pratiques d'imposition à la sortie.

Celle-ci prévoit que l'imposition à la sortie doit être évaluée dans l'Etat membre d'origine, prenant en compte la différence entre la valeur marchande de l'actif transféré et leur valeur fiscale. Sachant que, l'actif transféré devra être accepté par l'Etat Membre transférant, accroissant ainsi la valeur dans le pays de destination.

Plus spécifiquement l'imposition à la sortie doit être appliquée, chaque fois qu'il y a :

- i) Un transfert d'actifs du siège du contribuable vers son établissement stable situé dans un autre Etat Membre, ou dans un Etat tiers, pour autant que l'Etat membre du siège n'ait plus le droit d'imposer les actifs transférés par suite du transfert;
- ii) Un transfert d'actifs de l'établissement stable du contribuable situé dans un Etat membre vers son siège, ou un autre établissement stable, situé dans un autre Etat

membre, ou dans un pays tiers, pour autant que l'Etat membre de l'établissement stable n'ait plus le droit d'imposer les actifs transférés par suite du transfert;

iii) Un transfert de la résidence fiscale du contribuable vers un autre Etat membre, ou un pays tiers, à l'exception des actifs qui restent effectivement rattachés à un établissement stable situé dans le premier Etat membre;

iv) Un transfert de l'activité exercée par l'établissement stable du contribuable d'un Etat membre vers un autre Etat membre ou un pays tiers, pour autant que l'Etat membre de l'établissement stable n'ait plus le droit d'imposer les actifs transférés par suite du transfert.

Par ailleurs, largement en accord avec les dernières décisions de la CJUE, les contribuables doivent être autorisés à reporter le paiement des impôts à la sortie, par le biais d'un échelonnement des versements sur une durée de cinq ans, sans préjudice des garanties contre un risque démontrable et réel de non-recouvrement, lorsque le transfert

intervient vers un Etat Membre de l'UE ou de l'Espace Economique Européen (EEE). Toutefois, le report sera interrompu lorsque les actifs transférés sont vendus ou cédés à un Etat tiers, ou bien lorsque les actifs transférés, la résidence fiscale du contribuable ou l'activité exercée font l'objet d'un nouveau transfert dans un pays tiers, ou encore dans les cas où le contribuable fait faillite, est mis en liquidation ou ne respecte pas les obligations qui lui incombent dans le cadre de l'échelonnement.

La disposition introduite par la Directive devrait avoir un effet minime sur la structure actuelle, puisque l'imposition facultative sur une période de cinq années est déjà en place, tout comme le fait déclencheur de l'imposition dans les cas de figure prévus par la Directive.

Sur l'aspect terminologique, le droit national portugais requiert une garantie dans les cas d'une crainte fondée (« fundado receio »), alors que la Directive prévoit l'existence de garantie en cas de « risque démontrable et réel

» (« risco demonstrável e real). Si cette disposition n'est pas modifiée en conséquence, nous prévoyons un éventuel débat juridique sur cette expression, qui est traditionnellement utilisée dans le système juridique portugais.

CLAUSE ANTI-ABUS GÉNÉRALE

La Directive a fixé sa cible sur les montages non-authentiques ou séries de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal normalement applicable. Un montage est non-authentique dès lors qu'il n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.

Le Portugal dispose d'une Clause anti-abus, intégrée au droit national, dans sa version actuelle, depuis 2001. Dans la plupart des affaires, les tribunaux portugais, en général les Cours d'arbitrage fiscal, ont adopté la théorie *fraus legis*, selon laquelle ils requièrent l'intention poursuivie par le législateur ou

l'intention de détourner le système fiscal, en plus des quatre exigences traditionnellement présentées par le CJUE. Autrement dit, l'élément de résultat, l'élément de moyens, l'élément intellectuel et l'élément normatif systématique.

Il semble qu'il n'y ait pas de différence significative entre la rédaction de la Directive et la disposition du droit portugais et, par conséquent, nous ne prévoyons pas d'impact notable à cet égard, à l'exception que, désormais, certains des termes et expressions utilisés dans la législation fiscale nationale portugaise deviendra du droit de l'Union européenne, dont la CJUE est l'interprète ultime.

La règle générale anti-abus introduit par la Directive ne devrait pas affecter les différentes règles anti-abus spécifiques qui existent dans le droit interne (comme certains sont dérivés de celle-ci ou d'autres Directives).

LA REGLE SUR LES SOCIETES ETRANGERES

CONTROLEES (CFC)

La Directive impose aux Etats membres d'introduire des réglementations CFC qui sont applicables aux revenus non distribués d'une entité ou d'un établissement stable desquels les bénéfices ne sont pas soumis à l'impôt ou sont exonérés d'impôt dans cet Etat membre, lorsque certaines conditions sont remplies, à savoir:

- i) le contribuable, par lui-même ou en collaboration avec des entreprises associées, détient directement ou indirectement plus de 50% du capital ou des droits de vote ou le droit de recevoir plus de 50% des bénéfices de cette structure; et
- ii) le revenu obtenu par l'entité étrangère est soumise à un impôt sur les sociétés réel inférieur à la différence entre l'impôt sur les sociétés qui aurait été chargé sur l'entité ou un établissement stable dans l'Etat membre du contribuable et l'impôt sur les sociétés effectivement payé sur ses bénéfices par l'entité ou l'établissement stable.

Lorsque la règle de CFC est déclenchée et qu'une entité ou un établissement stable est concerné par la règle, le contribuable doit inclure dans la base d'imposition le revenu non distribué des catégories suivantes: les intérêts, les dividendes et les revenus tirés de la cession d'actions, les redevances, les revenus de leasing financier, les revenus provenant des activités bancaires et d'assurance et les revenus de services rendus au contribuable ou aux entreprises associées, dont la valeur ajoutée économique est nulle ou faible.

La Directive prévoit en outre, d'une manière similaire à la décision de la CJUE dans l'affaire Cadbury Schweppes que la disposition relative à la CFC n'est applicable que lorsque les arrangements non-authentiques, qui ont été mis en place dans le but essentiel de l'obtention d'un avantage fiscal, sont en jeu (une langue et un raisonnement semblable à la RGAE).

En outre, la Directive exige que l'attribution du revenu de la société étrangère contrôlée soit

calculée en conformité avec le principe de pleine concurrence.

En particulier, lorsque l'entité réalise des arrangements non-authentiques, le revenu à inclure dans la base d'imposition de la société de contrôle est limitée aux montants générés par les actifs et les risques qui sont liés aux fonctions importantes, ce qui est un concept provenant de l'Approche autorisée de l'OCDE pour l'attribution de bénéfices aux établissements stables, réalisée par la société de contrôle.

Le Droit fiscal portugais est déjà doté d'un régime CFC. Elle coïncide, dans certains aspects, avec le texte de la Directive, tel que le montant de la participation directe ou indirecte à travers la propriété du capital ou des droits de vote. Par ailleurs, le terme spécifique « réel » devra être intégré dans la législation fiscale nationale, avec une implication encore floue, qui devra être analysé au cas par cas.

Toutefois, le droit interne ne se préoccupe pas des détails sur les revenus relevant de certains types de catégories, comme la Directive le fait. Il prévoit certaines autres exigences liées aux activités – qui ne coïncident pas toujours. Par conséquent, nous nous attendons, à cet égard, à une nécessaire adaptation de la disposition nationale.

Le droit interne portugais relatif au CFC ne paie pas une attention particulière à l'application spéciale de la réglementation concernant les prix de transfert et l'attribution des bénéfices aux établissements stables. Cependant, ils existent. La Directive précise qu'ils doivent s'appliquer dans ces circonstances.

En raison du fait que cela est étroitement lié aux réglementations (et les lignes directrices) concernant les prix de transfert et l'attribution de bénéfices aux établissements stables, dès lors il est nécessaire de mettre en évidence que l'expression «les fonctions importantes» est la pièce centrale de ladite Approche

autorisée de l'OCDE, qui n'est pas entièrement appliquée au Portugal (et est partiellement appliquée également dans d'autres pays de l'OCDE).

Comme cette terminologie est «importée» vers le droit communautaire, nous nous attendons à ce que des discussions juridiques surviennent et la CJUE finira par se prononcer sur le véritable sens à donner à cette expression et, en particulier, si elle a la même signification que pour l'OCDE. Si tel est le cas, cela signifierait un lourd et profond changement, tant pour le contribuable que pour les autorités fiscales, dans la façon dont ces revenus sont calculés.

LA REGLE DES DISPOSITIFS HYBRIDES (HYBRID MISMATCHES)

La disposition correspondante de la Directive aborde une problématique de longue date qui a également fortement été ciblée dans le projet BEPS. Elle fait référence à des circonstances dans lesquelles un contribuable tirerait, essentiellement, profit des conflits de

qualification, d'une entité (par exemple, un pays caractérisant une entité comme transparente et un autre comme opaque) ou bien d'un paiement (par exemple, un pays qualifiant de dividende et un autre à titre d'intérêt).

En bref, la Directive exige que, dans le cas d'un dispositif hybride, seul l'Etat membre de la source devrait fournir une déduction, de manière à éviter une double déduction. Et ce, du fait qu'un dispositif hybride entraîne une double déduction, dès lors la déduction est accordée uniquement dans l'Etat membre d'origine du paiement. Toutefois, si les dispositifs hybrides résultent en une déduction sans inclusion (dans l'autre Etat membre), l'Etat membre du payeur refusera la déduction.

La législation fiscale nationale portugaise devra être modifiée pour se conformer à cette disposition.

CHRONOLOGIE D'APPLICATION

La Directive Anti évasion fiscale doit être transposée dans le système juridique des Etats



SOCIEDADE DE ADVOGADOS, RL
ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA
& ASSOCIADOS

membres jusqu'au 31/12/2018, à l'exception
des règles d'imposition à la sortie, qui doivent
être transposée jusqu'à 31/12/2019.

Lisbonne, le 10 Août 2016

Rogério Fernandes Ferreira

Jorge Lopes Sousa

Margot Lopes Martins