

# DIRECTIVES ANTI-ÉVASION FISCALE

par **Christine Beernaerts**

Principal, Bonn Steichen & Partners



**Fin 2015, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) a rendu public ses rapports finaux sur les quinze actions proposées pour lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. Ces « rapports BEPS » ont été salués par le Conseil de l'Union européenne. La directive anti-évasion fiscale<sup>1</sup> dite « ATAD I » a comme objectif une mise en œuvre coordonnée de ces rapports BEPS au sein de l'Union européenne (UE). Alors qu'ATAD I devra avoir été transposée en droit national le 31 décembre 2018 au plus tard, une proposition de directive<sup>2</sup> (ATAD II) visant à la modifier a été présentée par le Conseil en février 2017. Quelles sont les principales mesures proposées ?**

## Limitation du montant des intérêts déductibles

Supposons une société qui réalise un chiffre d'affaires de 100, des revenus d'intérêts de 50, des dividendes exonérés de 20. Sa charge d'intérêts pour la même année est de 90. Son revenu net d'intérêts de 40 ne sera déductible qu'à hauteur de 30 (30 % de l'EBITDA<sup>3</sup> fiscal qui est de 100 ; le dividende exonéré n'étant pas pris en compte). On constate ainsi que cette mesure impactera principalement les sociétés qui réalisent des revenus opérationnels et moins celles qui obtiennent des revenus exonérés ou d'intérêts. Cette disposition bat en brèche un principe fondamental de la fiscalité, à savoir l'imposition suivant la capacité contributive.

## Imposition à la sortie

L'ATAD I prévoit également une imposition des plus-values lors du transfert d'actifs hors d'un Etat membre de l'UE et, sous certaines conditions, la possibilité d'échelonner le paiement de cet impôt sur une période de 5 ans. Cette disposition devrait avoir un impact limité au Luxembourg où des mesures similaires existent déjà.

## GAAR (General anti-avoidance rule)

Cette mesure a vocation à introduire une règle anti-abus générale minimale au sein de l'UE. Similaire à celle introduite en 2015 dans la directive « mère-fille »<sup>4</sup>, elle accorde une importance significative au critère « d'authenticité », apprécié à la lumière des motifs commerciaux valables qui sous-tendent la mise en place d'une structure. Le risque de cette mesure proviendra d'une interprétation non harmonisée au sein de l'UE, notamment en raison de l'utilisation du nouveau concept d'« authenticité » et non de celui d'« artificialité » développé par la jurisprudence de l'UE.

## CFC (Controlled Foreign Companies)

Cette mesure sera applicable en présence de filiales détenues à plus de 50 % et lorsque l'impôt effectif qu'elles payent est inférieur à

50 % de l'impôt qui serait dû dans le pays de résidence de la société mère. Deux options sont offertes aux Etats membres :

- Inclusion au niveau de la société mère des revenus passifs de la filiale ;
- Inclusion au niveau de la société mère des seuls profits attribuables aux fonctions de la société mère.

Cette disposition accélèrera donc la perception de l'impôt sur le revenu des filiales faiblement imposées : actuellement, elle n'a lieu qu'au moment de la distribution.

## Dispositions anti-hybrides

Une qualification juridique différente d'un paiement ou d'une entité dans deux juridictions peut entraîner une double déduction ou une déduction sans inclusion dans la base du bénéficiaire résidant dans une autre juridiction. L'ATAD II vise à étendre les règles anti-hybrides aux pays hors de l'UE à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2020. On peut illustrer les situations hybrides par les exemples suivants : (A) un paiement relatif à un instrument financier est déductible dans l'Etat d'origine du paiement qui le qualifie d'instrument de dette, alors qu'il est exonéré dans l'Etat du bénéficiaire car il y est qualifié d'instrument de capital ou (B) un paiement est effectué à un établissement stable et ce revenu n'est imposé ni dans le pays de l'établissement stable, ni dans celui du siège. Le Luxembourg ne connaît pas actuellement ce type de règles. On peut aisément entrevoir la complexité qu'elles engendreront car elles nécessitent la prise en compte du traitement fiscal dans les autres juridictions.

La Cour de justice de l'UE sera la garante d'une interprétation uniforme de l'ATAD et nous osons espérer que l'interprétation qui sera donnée permettra de promouvoir (et non d'entraver) le bon fonctionnement et la compétitivité du marché commun.

1 Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, *J.O.*, L 193, 19.07.2016.

2 Proposition de directive du Conseil modifiant la directive (UE) 2016/1164 sur les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers, COM(2016) 687 final — 2016/0339 (CNS), 25.10.2016.

3 *Earnings before interest, tax, depreciation and amortization.*

4 Directive (UE) 2015/121 du Conseil du 27 janvier 2015, *J.O.*, L 21, 28.01.2015, modifiant la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents, *J.O.*, L 345, 29.12.2011.