Dispositifs Hybrides

QUESTIONS DE POLITIQUE ET DE DISCIPLINE FISCALES

OCDE

Dispositifs Hybrides

QUESTIONS DE POLITIQUE ET DE DISCIPLINE FISCALES

MARS 2012

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

L'OCDE est un forum unique en son genre où les gouvernements de 34 démocraties oeuvrent ensemble pour relever les défis économiques, sociaux et environnementaux que pose la mondialisation. L'OCDE est aussi à l'avant-garde des efforts entrepris pour comprendre les évolutions du monde actuel et les préoccupations qu'elles font naître. Elle aide les gouvernements à faire face à des situations nouvelles en examinant des thèmes tels que le gouvernement d'entreprise, l'économie de l'information et les défis posés par le vieillissement de la population. L'Organisation offre aux gouvernements un cadre leur permettant de comparer leurs expériences en matière de politiques, de chercher des réponses à des problèmes communs, d'identifier les bonnes pratiques et de travailler à la coordination des politiques nationales et internationales.

Les pays membres de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Chili, la Corée, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, les États-Unis, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, Israël, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République slovaque, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Slovénie, la Suède, la Suisse et la Turquie. La Commission des Communautés européennes participe aux travaux de l'OCDE. Les Éditions OCDE assurent une large diffusion aux travaux de l'Organisation. Ces derniers comprennent les résultats de l'activité de collecte de statistiques, les travaux de recherche menés sur des questions économiques, sociales et environnementales, ainsi que les conventions, les principes directeurs et les modèles développés par les pays membres.

Ce rapport est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE.

Vous êtes autorisés à copier, télécharger ou imprimer du contenu OCDE pour votre utilisation personnelle. Vous pouvez incluredes extraits des publications, des bases de données et produits multimédia de l'OCDE dans vos documents, présentations, blogs,sites Internet et matériel d'enseignement, sous réserve de faire mention de la source OCDE et du copyright. Les demandes pourusage public ou commercial ou de traduction devront être adressées à rights@oecd.org. Les demandes d'autorisation dephotocopier une partie de ce contenu à des fins publiques ou commerciales peuvent être obtenues auprès du Copyright Clearance Center (CCC) info@copyright.com ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC)

© OECD 2012

Sommaire

Introduction.....5

Chapitre 1. Dispositifs hybrides 7

A. Éléments des dispositifs hybrides.....7
B. Effets des dispositifs hybrides.....7
C. Exemples 8

Chapitre 2. Questions de politique fiscale 11

A. Recettes fiscales 11
B. Concurrence.....11
C. Efficience économique 11
D. Transparence.....12
E. Équité.....12

Chapitre 3. Les solutions possibles 13

A. Harmonisation des législations internes 13
B. Dispositions générales contre l'évasion fiscale.....13
C. Dispositions spécifiques contre l'évasion fiscale.....13
D. Dispositions visant expressément les dispositifs hybrides 14

Chapitre 4. Règles visant expressément les dispositifs hybrides ...15

A. Dispositions visant la déduction multiple de la même dépense 15
B. Dispositions visant la déduction de paiements qui ne sont pas inclus dans le revenu imposable du bénéficiaire 17
C. Dispositions visant l'absence d'inclusion des revenus qui sont déductibles au niveau du payeur.....19
D. Dispositions régissant les transactions aboutissant à des crédits d'impôt étranger abusifs 20

Chapitre 5. Expérience des pays concernant l'application des dispositions visant expressément les dispositifs hybrides 23

Conclusions et recommandations.....25

Conclusions 25
Recommandations 26

© OECD 2012

Introduction

1. Au cours des dernières décennies, on a assisté à une sophistication croissante dans l'organisation des transactions transfrontalières. Cette évolution pose d'importants problèmes aux autorités responsables de la politique fiscale dans la mesure où elle met constamment en cause leur capacité à suivre des transactions complexes. Le document intitulé *Lutter contre la planification fiscale agressive grâce à l'amélioration de la transparence et de la diffusion d'informations* (2011) soulignait déjà la nécessité d'obtenir des informations transmises en temps utile, ciblées et complètes. La disponibilité de ces informations est importante pour permettre aux gouvernements d'identifier à temps les domaines de risque et d'être en mesure de décider rapidement s'il y a lieu d'en tenir compte et de quelle manière, ce qui permet ainsi de réduire l'incertitude des contribuables. Plusieurs pays ont par conséquent pris des initiatives complémentaires de communication d'informations visant à améliorer leur capacité de travailler en temps réel.

2. D'autres défis importants à relever par les autorités fiscales et les responsables de la politique fiscale portent sur la nécessité de faire en sorte que l'impôt n'entraîne pas des effets involontaires et des distorsions sur les échanges et les investissements internationaux. Bien que les pays choisissent librement les modalités de la mise en place de leur système fiscal et de ses éléments, dans un contexte mondialisé où les économies sont de plus en plus intégrées, il est essentiel d'examiner les modalités des interactions entre les différents systèmes fiscaux. Il y a lieu de procéder à cet examen non seulement pour supprimer les obstacles aux échanges et aux investissements transfrontaliers mais aussi pour limiter les possibilités d'exonérations fiscales involontaires.

3. Ce rapport traite des dispositifs hybrides. Il s'agit de dispositifs qui exploitent les différences d'instruments, d'entités ou de transferts des régimes fiscaux entre deux ou plusieurs pays. Les administrations fiscales d'un grand nombre de pays ont constaté l'existence de tels dispositifs. Ceux-ci aboutissent souvent à une «double exonération» qui peut ne pas avoir été souhaitée par chacun des pays concernés ou peut aussi, dans d'autres cas, aboutir à un report d'imposition qui, s'il est maintenu pendant plusieurs années, équivaut, du point de vue économique, à une double exonération.

4. Certaines questions soulevées par les dispositifs hybrides ont été mises en lumière dans un certain nombre de rapports antérieurs de l'OCDE. Par exemple, *Gérer les risques fiscaux impliquant des pertes bancaires* (2010) a mis en avant la question dans le contexte des opérations bancaires internationales et a recommandé «de soumettre à l'attention de leurs autorités responsables de la politique fiscale les situations qui seraient susceptibles de poser des problèmes de fond, et en particulier les cas dans lesquels la même perte fiscale fait l'objet d'une déduction dans plusieurs pays du fait de différences de régime fiscal entre les juridictions, afin de rechercher les mesures qui devraient être prises pour supprimer cette possibilité d'arbitrage/d'utilisation de dispositifs hybrides». De même, *Pertes d'entreprises et planification fiscale agressive* (2011) recommandait aux pays «d'envisager d'instaurer des restrictions à l'utilisation multiple de la même perte dans la mesure où ils sont concernés par ces résultats».

5. Les dispositifs hybrides peuvent réduire sensiblement la charge fiscale totale pour les contribuables. Bien qu'il n'existe pas de données complètes sur les pertes totales de recettes fiscales dues à ces dispositifs hybrides, des données fragmentaires

© OECD 2012

montrent que les sommes en jeu sont considérables dans le cadre d'une transaction unique ou d'une série de transactions. Par exemple, la Nouvelle-Zélande a traité en 2009 des cas concernant quatre banques et portant sur un montant cumulé de plus de 2,2 milliards NZD.[1] L'Italie a indiqué récemment qu'elle avait réglé un certain nombre de cas faisant intervenir des dispositifs hybrides pour un montant d'environ 1,5 milliard EUR. Aux États-Unis, le montant d'impôts en jeu dans le cadre de 11 transactions donnant lieu à des crédits d'impôt étranger a été estimé à 3,5 milliards USD.[2]

6. Même si la plupart des contribuables sont en général conscients de la classification probable des instruments, entités ou transferts et éviteront par conséquent d'utiliser des dispositifs dans le cadre desquels ils voient un risque de double imposition, des asymétries dans la classification de ces instruments, les entités ou transferts peuvent néanmoins poser des problèmes de double imposition. Le rapport ne traite pas des conséquences des dispositifs hybrides pour les conventions fiscales, celles-ci sont traitées par le Groupe de travail N°1 sur les conventions fiscales et les questions relatives.

7. Après avoir décrit les catégories les plus courantes des dispositifs hybrides et les effets qu'ils s'efforcent d'obtenir, le rapport résume les questions de politique fiscale posés par ces dispositifs et décrit les mesures qui pourraient être prises pour y faire face, en mettant l'accent sur les dispositions de la législation interne qui refusent les avantages fiscaux résultant de ce type de dispositif et sur les expériences des pays concernant leurs applications. Le rapport se termine par un certain nombre de conclusions et de recommandations à l'attention des responsables de l'administration et de la politique fiscales.

8. Le rapport a été établi par le Groupe de travail N°10 du Comité des affaires fiscales sur l'échange de renseignements et la discipline fiscale, avec l'assistance de son Groupe de direction sur la planification fiscale agressive. Les pays suivants ont participé au Groupe de discussion qui a rédigé le rapport : Afrique du Sud, Allemagne, Australie, Autriche, Canada, Chili, Danemark, Espagne, États-Unis, France, Inde, Israël, Italie, Japon, Mexique, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Royaume-Uni et Suède.

[1] http://www.ird.govt.nz/aboutir/media-centre/media-releases/2009/media-release-2009-12-23.html

[2] Lettre de Mark W. Everson, Commissioner of Internal Revenue, à l'Honorable Charles E. Grassley, Président de la Commission des finances du Sénat (19 mai 2006), *dans* TAX NOTES TODAY 2006, 114-21 (14 juin 2006).

© OECD 2012

Chapitre 1

Dispositifs hybrides

9. S'il peut y avoir plusieurs niveaux de complexité, les dispositifs exploitant les différences d'instruments, d'entités ou de transferts du régime fiscal entre deux ou plusieurs pays sont souvent fondés sur des éléments sous-jacents similaires et visent à obtenir des effets similaires. Ce chapitre décrit les éléments les plus courants des dispositifs hybrides, elle illustre les objectifs auxquels ils répondent et elle contient quelques exemples.

A. Éléments des dispositifs hybrides

10. Les dispositifs hybrides utilisent généralement l'un des éléments sous-jacents suivants ou plusieurs d'entre eux :

- *Entités hybrides :* entités qui se voient appliquer le régime de la transparence fiscale dans un pays alors qu'elles sont considérées comme opaques dans un autre.

- *Entités à double résidence :* entités qui sont résidentes fiscales de deux pays différents.

- *Instruments hybrides* : instruments dont le régime fiscal est différent dans les pays concernés, étant le plus souvent considérés comme titres de dette dans un pays et comme titres de participation dans un autre.

- *Transferts hybrides :* dispositifs qui sont traités sur le plan fiscal comme transferts de propriété d'un actif par un pays mais non par un autre, qui les considère généralement comme des prêts faisant l'objet d'un nantissement.

B. Effets des dispositifs hybrides

11. Du point de vue des résultats que ces dispositifs s'efforcent d'obtenir, on peut en général les classer dans l'une des catégories suivantes :

- *Dispositifs de double déduction :* dispositifs dans le cadre desquels une déduction de l'impôt sur le revenu liée à la même obligation contractuelle est réclamée dans deux pays différents.

- *Dispositifs de déduction/d'absence d'inclusion :* dispositifs qui créent une déduction dans un pays, en général au titres des intérêts versés, tout en évitant l'inclusion du montant correspondant dans le revenu imposable dans un autre pays.

- *Dispositifs donnant lieu à des crédits d'impôt étranger :* dispositifs donnant lieu à des crédits d'impôt étranger dont on peut soutenir vraisemblablement qu'ils ne seraient pas normalement applicables, qu'ils ne le seraient pas dans

© OECD 2012

les mêmes proportions ou qu'ils ne le seraient pas sans majoration du revenu imposable à l'étranger.

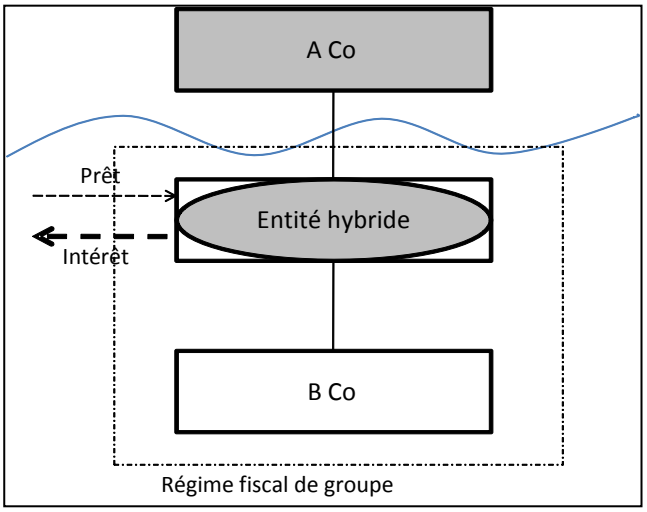
C. Exemples

12. Les exemples suivants décrivent des dispositifs de double déduction, de déduction/absence d'inclusion, et d'autres donnant lieu à des crédits d'impôt étranger.

Double déduction

13. Dans un cas type, une société mère établie dans un pays A (« A Co ») détient indirectement une société d'exploitation dans le pays B (« B Co »). Une entité (« l'entité hybride ») insérée entre A Co et B Co se voit appliquer le régime de transparence fiscale ou n'est pas prise en compte dans le pays A alors qu'elle est considérée comme opaque dans le pays B. A Co détient la totalité ou la quasi-totalité des participations dans l'entité hybride qui détient à son tour la totalité ou la quasi-totalité des participations dans B Co. L'entité hybride emprunte auprès d'une tierce partie et utilise le montant du prêt pour l'injecter dans le capital de B Co (ou pour acquérir les actions de B Co soit auprès d'une autre société du même groupe soit auprès d'une tierce partie indépendante). L'entité hybride verse des intérêts sur le prêt. A part les intérêts, l'entité hybride ne réclame pas d'autres déductions importantes et ne perçoit pas de revenus importants.

Graphique 1. « Double déduction » avec une entité hybride



14. L'entité hybride est soumise à l'impôt sur les bénéfices des sociétés dans le pays B. Les intérêts qu'elle verse peuvent être utilisés en déduction des revenus d'autres sociétés du groupe dans le pays B conformément au régime de consolidation des résultats des groupes applicable dans ce pays. Au contraire, le pays A considère l'entité hybride comme transparente ou ne la prend pas en compte avec pour conséquence l'attibution des dépenses à A Co pour les intérêts qu'elle verse. A Co a la possibilité de déduire les intérêts en compensation d'un revenu indépendant.

15. L'effet de ce dispositif consiste donc en deux déductions pour la même obligation contractuelle dans deux pays différents. Il est possible d'obtenir des effets similaires par des dispositifs différents, par exemple, par l'utilisation d'une société à double résidence au lieu d'une entité hybride lorsque cette société enregistre une perte

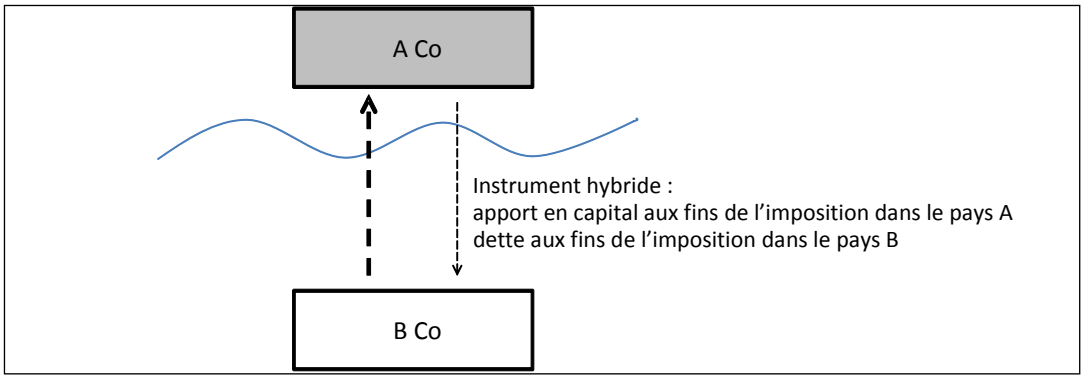
© OECD 2012

et peut bénéficier du régime de consolidation des résultats des groupes dans les deux pays.

Déduction/absence d'inclusion

16. Une société résidente du pays B (« B Co ») est financée par une société résidente du pays A (« A Co ») au moyen d'un instrument qui est qualifié de titre de participation dans le pays A mais de titre de dette dans le pays B. Si des paiements réguliers sont effectués au titre de cet instrument, il s'agit d'intérêts versés déductibles par la société B Co en vertu de la législation fiscale du pays B. Les recettes correspondantes sont traitées comme des dividendes exonérées selon la législation fiscale du pays A.

Graphique 2. "Déduction/absence d'inclusion" avec un instrument hybride



17. De ce fait, une déduction nette a lieu dans le pays B sans inclusion de la somme correspondante dans le revenu dans le pays A. Des résultats similaires peuvent également être obtenus par le recours à des entités hybrides (par exemple, si une entité considérée comme opaque dans le pays où elle est organisée, effectue un paiement à son actionnaire dont le pays de résidence considère l'entité étrangère comme transparente, ne tenant donc pas compte du paiement en vue de l'imposition) et à des transferts hybrides (par exemple dans le cas où deux sociétés concluent un accord de vente et de rachat concernant les parts d'un « special purpose vehicle » (SPV) et où un pays traite la transaction comme une vente et un rachat des parts de ce SPV tandis que l'autre pays traite la transaction comme un prêt garanti par les participations dans ce SPV).

Dispositifs donnant lieu à des crédits d'impôt étranger

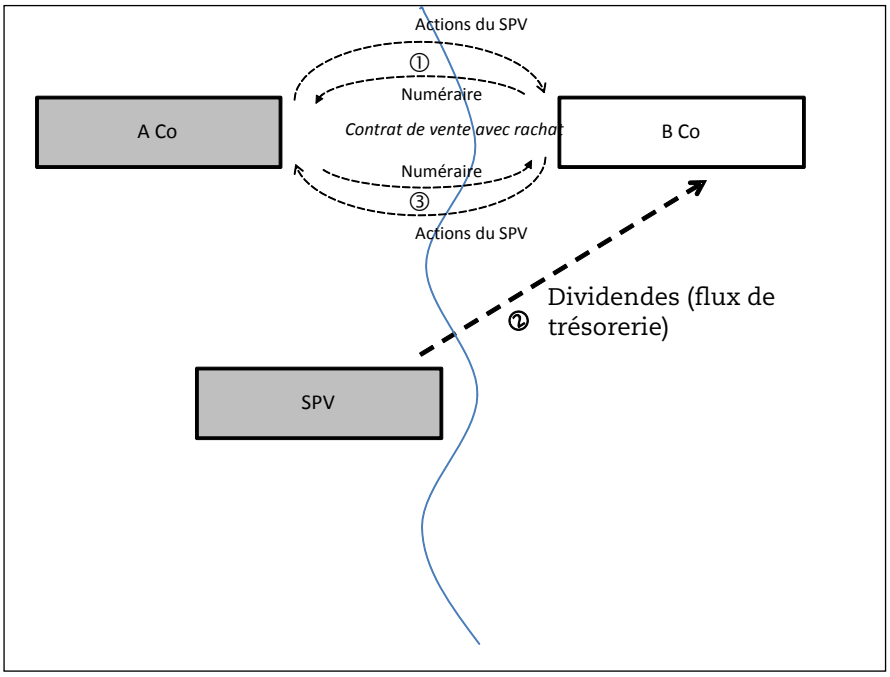
18. L'un des dispositifs types pour générer un crédit d'impôt étranger utilise un transfert hybride d'un titre de participation. La méthode la plus courante pour créer un transfert hybride d'un titre de participation consiste en un accord de vente et de rachat applicable à des actions, la transaction étant considérée comme une vente et un rachat des actions dans un pays tandis que dans l'autre pays elle est considérée comme un prêt dont les actions assurent le nantissement.

19. La structure de base fait intervenir une société du pays A (« A Co") qui cherche en général un financement auprès d'une société du pays B (« B Co"). A Co met en place un SPV, effectue un apport en capital en échange d'actions (préférentielles) de ce SPV et conclut avec B Co une opération de vente avec rachat de ces actions préférentielles. Dans le cadre de cette opération, A Co vend les actions préférentielles du SPV à B Co et

© OECD 2012

reçoit en échange du numéraire, tandis que les parties conviennent simultanément que A Co rachètera les actions à une date ultérieure à un prix convenu. Entre la vente et le rachat, le SPV encaisse des revenus (c'est-à-dire qu'il perçoit des intérêts d'obligations) qui sont imposables dans le pays A et paie l'impôt sur les bénéfices des sociétés au pays A. Le SPV verse ensuite des dividendes à B Co, pour un montant généralement fixé à l'avance. Selon le contrat de vente avec rachat utilisé dans le cadre du dispositif, B Co a le droit de conserver les dividendes, qui constituent sur le plan économique la rémunération de B Co au titre de la transaction.

Graphique 3. Dispositif donnant lieu à des crédits d'impôt étranger avec transfert hybride



20. Le contrat est considéré comme une vente avec rachat en vue de l'imposition dans le pays B. B Co est donc considérée comme le propriétaire des actions du SPV et le bénéficiaire des dividendes pendant la durée du contrat. Le pays B dispose d'un système de crédit d'impôt étranger indirect permettant à B Co de prétendre à un crédit d'impôt étranger pour l'impôt sur les bénéfices payé par le SPV dans le pays A. En revanche, le contrat est considéré comme un prêt de B Co à A Co garanti par le nantissement des actions du SPV, dans le pays A. A Co est donc toujours considéré comme le propriétaire des actions du SPV et comme le bénéficiaire des dividendes pour la durée du contrat. Le pays A applique une exonération des dividendes reçus par B Co, ou un système de crédit d'impôt étranger indirect permettant à A Co de prétendre à un crédit d'impôt pour l'impôt sur les bénéfices payé par le SPV. Cette méthode permet ainsi à A Co de percevoir effectivement les dividendes en franchise d'impôt. A Co prétend ensuite à une déduction pour les dépenses comme les intérêts au titre de l'opération considérée comme un prêt reçu de B Co, d'un montant égal aux dividendes versés..

21. L'effet de ce dispositif est une déduction nette dans le pays A, jointe à une imposition dans le pays B, mais compensée par un crédit d'impôt étranger indirect au titre des impôts que le SPV a versés sur les bénéfices distribués.

© OECD 2012

Chapitre 2

Questions de politique fiscale

22. Comme vu dans le chapitre précédent, des dispositifs hybrides peuvent être utilisés pour exploiter les différences entre les dispositions fiscales des pays et obtenir des résultats tels que *(i)* la déduction multiple de la même dépense dans différents pays, *(ii)* la déduction d'un paiement dans le pays du payeur sans inclusion de la somme correspondante dans le pays du bénéficiaire et *(iii)* des crédits d'impôt multiple pour un seul montant d'impôt payé à l'étranger. Les dispositifs d'exploitation des asymétries des dispositifs hybrides posent par conséquent un certain nombre de questions de politique fiscale qui concernent, par exemple, les recettes fiscales, la concurrence, l'efficience économique, la transparence et l'équité.

A. Recettes fiscales

23. Les dispositifs hybrides internationaux aboutissent en général à une réduction du montant total de l'impôt versé par l'ensemble des parties. Bien qu'il soit souvent difficile de déterminer, parmi les pays concernés, ceux qui ont perdu des recettes fiscales, il est clair que, collectivement, ces pays perdent des recettes. En outre, le contribuable supportera certains coûts pour la conception et la mise en œuvre de ces dispositifs, notamment les frais occasionnés par les conseils fiscaux ou par la constitution de SPV, qui seront généralement déductibles dans l'un des pays concernés et réduiront encore les recettes fiscales.

B. Concurrence

24. Certaines entreprises, notamment celles qui effectuent des opérations transfrontalières et ont accès à une expertise fiscale de haut niveau, peuvent bénéficier des opportunités offertes par les dispositifs hybrides et obtenir des avantages concurrentiels involontaires par rapport à d'autres, telles que les petites et moyennes entreprises, pour lesquelles l'utilisation des opportunités offertes par ces dispositifs est difficile, voire impossible.

C. Efficience économique

25. Lorsqu'un dispositif hybride est disponible, un véritable investissement transfrontalier sera souvent plus attrayant qu'un investissement intérieur équivalent dans le pays de l'investisseur (ce qui affecte donc la neutralité par rapport aux exportations de capitaux) mais aussi plus attrayant que l'opération d'investissement d'un concurrent local dans le pays d'accueil (ce qui affecte donc la neutralité par rapport aux importations de capitaux). En outre, les dispositifs hybrides seraient susceptibles de contribuer à l'instabilité financière par des renforcements de l'effet de levier résultant d'un régime fiscal favorable à l'emprunt, par une intensification des prises de risque (dans la mesure où des investissements qui sont antiéconomiques avant impôt deviennent marginalement viables après impôt) et par un manque relatif de transparence provoqué par l'adoption de certaines structures pour des motifs fiscaux.

© OECD 2012

D. Transparence

26. En général, le public n'est pas conscient du fait que le régime fiscal effectif est tout à fait différent pour les contribuables qui peuvent bénéficier des opportunités offertes par les dispositifs hybrides. Même lorsque le public peut constater un taux d'imposition effectif faible, il ne comprend pas toujours complètement les raisons qui permettent de l'expliquer.

E. Équité

27. Le problème d'équité est lié au fait que les dispositifs hybrides sont plus facilement accessibles aux contribuables qui perçoivent des revenus du capital qu'aux salariés. Les possibilités dont dispose un groupe limité de contribuables pour réduire leurs impôts pourraient être perçues comme inéquitables, et saper par conséquent la confiance du public dans l'équité du système fiscal. Cela est lié dans une certaine mesure aux avantages concurrentiels que les opportunités offertes par les dispositifs hybrides peuvent procurer à certaines entreprises mais non à toutes, comme vu précédemment.

***

28. L'une des conclusions préliminaires est que les dispositifs hybrides qui sont en apparence conformes à la lettre de la législation de deux pays, mais qui aboutissent à une absence d'imposition dans ces deux pays, alors que ce résultat n'est pas vraisemblablement souhaité par chacun des pays en question, posent des questions considérables de politique fiscale. Les préoccupations suscitées par les distorsions résultant de la double imposition sont les mêmes que celles qui résultent d'une double exonération involontaire.

© OECD 2012

Chapitre 3

Les solutions possibles

29. Il existe en principe plusieurs options de loi interne pour les pays concernés par les dispositifs hybrides[3]. Ces différentes options sont décrites brièvement ci-dessous.

A. Harmonisation des législations internes

30. L'une des approches théoriques pour le traitement des dispositifs hybrides est la suppression des différences couramment exploitées dans le régime fiscal des entités, instruments et transferts. Comme il ne semble pas possible d'harmoniser les traitements même pour les différences les plus exploitées, ce qui éliminerait la possibilité d'asymétrie entre les différents pays, cette option n'est donc mentionnée que dans un souci d'exhaustivité.

B. Dispositions générales contre l'évasion fiscale

31. Des dispositions générales contre l'évasion fiscale (notamment des doctrines judiciaires telles que «l'abus de droit», la «substance économique», «l'invalidité fiscale», l'«objet commercial» ou les «transactions par étapes») peuvent constituer un instrument efficace pour faire face à certains dispositifs hybrides, en particulier ceux qui font intervenir des flux circulaires ou d'autres caractéristiques artificielles. Cependant, les termes des dispositions générales contre l'évasion fiscale et la nécessité fréquente de faire apparaître un lien direct entre les transactions et le fait d'échapper à l'impôt dans une juridiction particulière rendent généralement difficile l'application des dispositions générales contre l'évasion fiscale dans de nombreux cas de dispositifs hybrides.

32. De ce fait, bien que les dispositions générales contre l'évasion fiscale constituent un instrument efficace, il est possible qu'elles ne permettent pas de toujours faire face aux cas de double exonération involontaire par l'utilisation de dispositifs hybrides.

C. Dispositions spécifiques contre l'évasion fiscale

33. Un certain nombre de pays ont instauré des dispositions qui peuvent avoir un impact direct ou indirect sur les dispositifs hybrides. Par exemple, certains pays ont instauré des dispositions qui refusent dans certaines circonstances la déduction des

[3] Bien que les dispositions fondées sur les conventions fiscales puissent être efficaces dans certains cas, la plupart des dispositifs hybrides exploitent les différences dans les législations internes. Par conséquent, l'impact à cet égard des dispositions fondées sur des conventions fiscales risque d'être limité. L'idée selon laquelle le fait que deux pays utilisent des définitions différentes ne doit pas aboutir à une double exonération involontaire figure déjà dans une certaine mesure dans le Modèle de convention fiscale de l'OCDE, par exemple en ce qui concerne la double exonération résultant de l'application de clauses différentes de la convention fiscale en raison de différences dans les législations internes (voir paragraphe 32.6 des Commentaires sur l'Article 23) ou d'interprétations différentes des circonstances de l'affaire ou des dispositions de la convention (voir paragraphe 4 de l'Article 23A du Modèle de convention fiscale de l'OCDE). Le Comité des affaires fiscales travaille actuellement sur les autres problèmes qui pourraient se poser dans le cadre des conventions fiscales dans le cas des dispositifs hybrides par l'intermédiaire de son groupe de travail n° 1 sur les conventions fiscales et les questions relatives.

© OECD 2012

paiements lorsque les mêmes paiements ne donnent pas lieu à un niveau d'imposition minimum dans le pays du bénéficiaire[4]. De même, d'autres pays refusent aux sociétés la déduction des frais financiers lorsqu'il est établi que le principal objet de cette déduction est de bénéficier d'un avantage fiscal[5]. Si ces dispositions ne visent pas expressément les déductions sans inclusion des sommes correspondantes dans l'assiette de l'impôt, elles peuvent en fait avoir une incidence sur elles en refusant la déduction au niveau du payeur. En Nouvelle-Zélande, les règles relatives à la sous-capitalisation qui exigent un certain niveau de fonds propres pour tout investissement générant des crédits d'impôt étranger d'un montant supérieur à 5 millions NZD ont été efficaces pour mettre en échec les dispositifs générateurs de crédits d'impôt étranger.

D. Dispositions visant expressément les dispositifs hybrides

34. Un certain nombre de pays ont instauré des dispositions qui visent expressément certains dispositifs hybrides. En vertu de ces dispositions, le traitement fiscal national d'une entité, d'un instrument ou d'un transfert relatif à un pays étranger est lié au régime fiscal appliqué dans ce pays, ce qui supprime la possibilité d'asymétries. Bien que les dispositions en vertu desquelles le régime fiscal dans le premier pays dépend de celui qui s'applique dans le second rendent l'application de la loi plus compliquée, les dispositions tenant compte du régime fiscal appliqué dans un autre pays ne sont pas une nouveauté, car en principe c'est exactement ce que prévoient les dispositions relatives aux crédits d'impôt étranger, les clauses d'assujettissement à l'impôt et les dispositions relatives aux sociétés étrangères contrôlées.

35. Les dispositions de la législation interne qui lient le régime fiscal d'une entité, d'un instrument ou d'un transfert dans le pays concerné au régime fiscal applicable dans un autre pays semblent offrir des possibilités considérables comme outils permettant de faire face aux dispositifs hybrides qui sont considérés comme inappropriés. Le chapitre 5 décrit ces dispositions plus en détail tandis que le chapitre 6 décrit les expériences de divers pays concernant leur application.

[4] Voir par exemple l'Article 10a de la loi sur l'imposition des bénéfices des sociétés des Pays-Bas etle Chapitre 24, Articles 10a-10e, paragraphes de la loi suédoise sur l'impôt sur le revenu. Des dispositions similaires figurent à l'Article 11(1) (4) de la loi autrichienne sur l'imposition des bénéfices des sociétés.

[5] Voir par exemple, l'Article 441 de la loi de 2009 du Royaume-Uni sur l'imposition des bénéfices des sociétés.

© OECD 2012

Chapitre 4

Règles visant expressément les dispositifs hybrides

36. Un certain nombre de pays ont instauré des règles qui refusent expressément le bénéfice des dispositifs hybrides. L'idée directrice de toutes ces règles est de rattacher le régime fiscal national d'une entité, d'un instrument ou d'un transfert faisant intervenir un pays étranger au régime fiscal applicable dans ce pays étranger. Par ailleurs, ces dispositions présentent également plusieurs différences concernant leur champ et leur mode d'application, ainsi que leurs effets. Des exemples de règles qui ont été instaurées dans des pays participants pour faire face aux problèmes posés par les déductions multiples, la déduction/absence d'inclusion ou les dispositifs donnant lieu à des crédits d'impôt étranger sont résumés ci-dessous.

A. Dispositions visant la déduction multiple de la même dépense

37. L'Allemagne, le Danemark, les États-Unis, la Nouvelle-Zélande, le RoyaumeUni et les États-Unis appliquent des dispositions qui, dans certaines circonstances, refusent la déduction des dépenses qui sont également déductibles dans un autre pays.

Danemark

38. Un contribuable résident danois n'a pas le droit de demander la déduction d'une dépense si *(i)* cette dépense peut faire l'objet, en vertu de dispositions fiscales étrangères, d'une demande de déduction d'un revenu qui n'est pas pris en compte dans le calcul de l'impôt à verser au Danemark ou si *(ii)* en vertu des dispositions fiscales applicables à l'étranger, la dépense est déductible de revenus perçus par des sociétés affiliées qui ne sont pas pris en compte dans le calcul de l'impôt à verser au Danemark[6]. Des règles similaires existent dans le cas des établissements stables : les pertes d'un établissement stable ne peuvent être déduites des bénéfices d'autres membres du groupe si la perte est incluse dans les revenus de la société dans le pays de résidence. Les pertes ne peuvent être déduites que des bénéfices ultérieurs de l'établissement stable[7].

Allemagne

39. Une perte d'une société mère n'est pas prise en compte dans le cadre du régime d'imposition des groupes si cette perte est également prise en compte dans un État étranger dans des conditions qui correspondent à l'imposition applicable à cette société mère en vertu du système en vigueur en Allemagne[8]. Cette disposition empêche les sociétés à double résidence de déduire la même perte en Allemagne et dans un autre pays.

[6] Article 5G de la Loi sur l'évaluation de l'impôt.

[7] Article 31.2 de la Loi sur l'impôt sur les bénéfices des sociétés.

[8] Article 14.1.5 de la Loi sur l'impôt sur les bénéfices des sociétés.

© OECD 2012

Nouvelle-Zélande

40. La Nouvelle-Zélande applique des dispositions relatives aux sociétés à double résidence qui empêchent toute société résidente en Nouvelle-Zélande ainsi que dans un autre pays de déduire ses pertes, même si aucune déduction n'est effectuée dans l'autre pays.

Royaume-Uni

41. Le Royaume-Uni dispose d'une législation ciblée qui s'applique lorsqu'il existe deux déductions fiscales concernant la même dépense[9]. Le système d'évasion fiscale doit remplir quatre conditions pour que la législation s'applique : *(i)* la transaction fait partie d'un «dispositif qualifié» en ce qu'elle implique l'utilisation d'une entité ou d'un instrument hybride ; *(ii)* il existe une déduction ou une compensation des bénéfices pour une société résidente du Royaume-Uni, *(iii)* l'un des principaux objets du dispositif est d'obtenir du Royaume-Uni un avantage fiscal pour la société et *(iv)* l'avantage fiscal obtenu par cette société n'est pas négligeable. Lorsque la disposition s'applique, l'administration fiscale britannique (« HM Revenue and Customs » — HMRC) peut notifier à la société le fait que cette législation s'applique et que la déduction de l'impôt sur les bénéfices des sociétés dû au Royaume-Uni doit être refusée. L'administration fiscale britannique applique une procédure d'apurement. Lorsqu'elle considère que la législation n'est pas applicable, elle est liée par son avis.

42. En outre, les sociétés du Royaume-Uni et les établissements stables d'entités étrangères au Royaume-Uni ne peuvent céder des pertes à d'autres sociétés du même groupe lorsque ces pertes sont relatives à des sommes qui sont déductibles/imputables à l'étranger sur des profits non réalisés au Royaume-Uni, par toute entité.[10]. Il existe également des règles qui limitent la possibilité de déduire dans le cadre d'un groupe les pertes d'une société d'investissement à double résidence (c'est-à-dire d'une société dont le contrôle et la gestion sont centralisés au Royaume-Uni mais qui est également résidente d'une autre juridiction et ne constitue pas une société de courtage). Lorsqu'on se trouve en présence d'une société d'investissement à double résidence, celle-ci ne peut céder à d'autres sociétés membres du groupe ses pertes ni d'autres sommes pouvant donner lieu à une cession[11].

États-Unis

43. Selon la législation des États-Unis[12], les sociétés à double résidence n'ont pas le droit d'utiliser la même perte économique en déduction d'un revenu qui était soumis à l'impôt aux États-Unis mais non à l'impôt étranger, et ensuite en déduction d'un revenu soumis à l'impôt à l'étranger mais non aux États-Unis. En 1988, l'application de la législation a été étendue aux "unités distinctes" de sociétés résidentes des États-Unis (« sociétés résidentes ») pour tenir compte des situations dans lesquelles, par exemple, une succursale étrangère ou un établissement stable étranger d'une société résidente était autorisé, en vertu de la législation étrangère, à pratiquer une consolidation avec la filiale étrangère de la société. En général, une double perte consolidée est la perte nette d'exploitation d'une société à double

[9] Article 244 Taxation (International and Other Provisions) Act de 2010.

[10] Articles 106 et 107 du Corporation Tax Act de 2010.

[11] Article 109 du Corporation Tax Act de 2010.

[12] Article 1503(d) de l'Internal Revenue Code. L'Internal Revenue Service (IRS) et le Département du Trésor des États-Unis ont adopté des dispositions temporaires à l'Article 1503(d) de l'Internal Revenue Code en 1989, et des dispositions définitives en 1992. En réponse à l'évolution ultérieure, notamment à divers problèmes concernant les interactions avec les règles de classification des entités, l'Internal Revenue Service et le Département du Trésor ont adopté en 2007 de nouvelles réglementations définitives à l'Article 1503(d) de l'Internal Revenue Code (Dispositions concernant les pertes consolidées des sociétés à double résidence (« Dual Consolidated Loss Regulations »).

© OECD 2012

résidence, ou la perte nette imputable à une « unité distincte » d'une société résidente. Une société à double résidence est généralement définie comme une société résidente soumise à l'impôt sur le revenu d'un pays étranger au titre de son revenu mondial ou sur la base de sa résidence. Une unité distincte est généralement définie comme une succursale étrangère (y compris les établissements stables) ou une participation dans une entité qui n'est pas imposable en tant que société aux États-Unis mais est soumise à l'impôt sur le revenu dans un pays étranger à ce titre (ou sous une autre forme au niveau de l'entité) soit sur son revenu mondial, soit sur la base de sa résidence.

44. Sous réserve de certaines exceptions, l'utilisation dans le cadre national d'une double perte consolidée n'est pas autorisée. Une utilisation dans le cadre national intervient lorsqu'une double perte consolidée est déduite directement ou indirectement des revenus d'une « filiale résidente » qui peut être membre d'un groupe consolidé. La principale exception à cette limitation de l'utilisation dans le cadre national est le cas où le contribuable opte pour une telle utilisation. Cette option permet généralement d'utiliser dans le cadre national une double perte consolidée si le contribuable accepte, pour une période de certification de cinq ans, de n'utiliser aucune part de la double perte consolidée en déduction des revenus d'une société étrangère, ou de revenus imputables à certaines participations dans des entités hybrides (« utilisation à l'étranger »)[13].

B. Dispositions visant la déduction de paiements qui ne sont pas inclus dans le revenu imposable du bénéficiaire

45. Au Danemark et au Royaume-Uni, il existe des dispositions qui refusent dans certains cas la déductibilité de paiements qui ne sont pas imposables au niveau du bénéficiaire en raison d'une asymétrie dans le régime fiscal applicable.

Danemark

46. Une société danoise ou une société étrangère ayant un établissement stable au Danemark se voit appliquer le régime de la transparence fiscale dans tous les cas si *(i)* la société n'est pas prise en compte sur le plan fiscal dans un pays étranger, *(ii)* les revenus de la société sont inclus dans le revenu imposable à l'étranger d'une ou plusieurs sociétés affiliées établies dans le pays étranger qui ne prend pas en compte la société; *(iii)* les sociétés affiliées étrangères contrôlent la société et *(iv)* la juridiction étrangère est un État de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen ou a conclu une convention fiscale avec le Danemark. Dans ces circonstances, la société n'aura pas droit à une déduction au titre des versements effectués à la société mère-étrangère, dans la mesure où les paiements sont considérés comme effectués au sein de la même entité juridique[14].

[13] Une utilisation à l'étranger est censée intervenir lorsqu'une partie de la déduction ou de la perte prise en compte dans le calcul d'une double perte consolidée est autorisée par la législation relative à l'impôt sur le revenu d'un pays étranger pour compenser ou réduire, directement ou indirectement, tout élément qui est considéré comme revenu ou comme gain en vertu de cette législation et qui, selon les principes fiscaux en vigueur aux États-Unis constitue un élément, imputable à une société étrangère ou à certaines participations dans des entités hybrides. Une utilisation à l'étranger peut aussi avoir lieu indirectement. Un élément de déduction ou de perte est autorisé indirectement si 1) il est pris en compte comme déduction ou perte aux fins de l'impôt perçu à l'étranger mais ne donne pas lieu à un élément correspondant de revenu ou de gain aux fins de l'imposition aux États-Unis ; et 2) l'élément de déduction ou de perte décrit à la première condition est considéré comme faisant partie de la double perte consolidée qui peut être utilisée à l'étranger. Une exception s'applique à certains éléments dont l'objet principal n'est pas d'échapper à l'Article 1503(d) et qui constituent des pertes encourues dans le cadre d'opérations commerciales normales. Les éléments qui sont dus à un instrument considéré comme titre de dette aux fins de l'impôt perçu à l'étranger et comme titre de participation aux fins de l'impôt perçu aux États-Unis (c'est-à-dire d'un instrument hybride) sont considérés comme des pertes encourues avec pour principal objectif d'échapper à l'Article 1503(d).

[14] Article 2A de la loi sur l'imposition des bénéfices des sociétés du Danemark.

© OECD 2012

47. En outre, afin d'éviter que la règle soit contournée, la législation prévoit que les sociétés affiliées établies dans d'autres pays peuvent également se voir appliquer le régime de la transparence fiscale au Danemark si celui-ci leur est applicable dans le pays de résidence de la société qui contrôle à la fois la société danoise et les autres sociétés affiliées. Par conséquent, la société danoise n'aura pas droit à une déduction au titre des paiements effectués à ces sociétés affiliées car ceux-ci seraient de même considérés comme effectués au sein de la même entité juridique. Cette règle ne s'applique pas si l'entité affiliée réside dans un État de l'Union européenne, de l'Espace économique européen ou dans un État partie à une convention fiscale autre que l'État de résidence de la société-mère. Toutefois, à compter de 2011, la règle s'applique si l'entité affiliée dans l'État de l'Union européenne, de l'Espace économique européen ou dans un autre État partie à une convention fiscale, n'est pas le bénéficiaire effectif du paiement.

48. Le Danemark a également instauré une législation interne afin de traiter des cas de déduction/d'absence d'inclusion par l'utilisation d'instruments financiers hybrides[15]. La législation s'applique lorsque: *(i)* une société danoise intégralement imposable ou une société étrangère ayant un établissement stable ou des biens immobiliers au Danemark est «endettée ou liée par un engagement similaire», *(ii)* l'endettement ou l'engagement similaire a été contracté vis-à-vis d'un particulier non résident ou d'une société non résidente qui a une «influence décisive» sur la société débitrice danoise ou lorsque les sociétés en question sont considérées comme faisant partie d'un «groupe de sociétés», *(iii)* l'instrument en question est considéré comme titre de dette en vertu de la législation fiscale danoise, *(iv)* l'instrument est traité comme titre de participation/capital libéré dans le cadre de la législation fiscale du pays de résidence de l'investisseur. Si ces conditions sont réunies, l'instrument est considéré comme titre de participation aux fins du calcul de l'impôt sur le revenu dû au Danemark. L'un des résultats du changement de classification est le fait que les intérêts versés ou les pertes en capital sur les titres de la dette ne sont plus déductibles. Une autre conséquence est le fait que l'impôt retenu à la source sur le paiement est prélevé au taux applicable aux dividendes par opposition à celui qui s'applique aux intérêts et gains en capital.

49. En outre, une législation spécifique a été instaurée pour traiter des cas de déduction/d'absence d'inclusion par le biais d'entités qui se voient appliquer le régime de transparence fiscale au Danemark mais qui sont considérées comme des entités imposables distinctes en vue de l'imposition à l'étranger[16]. La législation s'applique aux succursales d'entités étrangères immatriculées au Danemark et aux entités soumises au régime de la transparence fiscale qui sont constituées au Danemark, y ont leur siège social ou leur siège de direction effective lorsque *(i)* plus de 50 % (des droits de vote ou des participations au capital) des associés/propriétaires directs sont résidents d'États étrangers et *(ii)* ces États considèrent l'entité comme une entité imposable distincte ou n'ont pas conclu de convention fiscale avec le Danemark. Dans ces circonstances, l'entité sera soumise au même régime fiscal que les sociétés résidentes du Danemark et les revenus distribués par l'entité seront traités comme des distributions de dividendes en vue de l'imposition et pourront par conséquent être soumis à la retenue à la source.

Royaume-Uni

50. Le Royaume-Uni dispose d'une législation spécifique visant les cas dans lesquels, pour un paiement donné, il existe une déduction fiscale au Royaume-Uni sans recettes imposables correspondant à ce paiement. La législation s'applique

[15] Article 2B de la loi sur l'imposition des bénéfices des sociétés du Danemark.

[16] Article 2C de la loi sur l'imposition des bénéfices des sociétés du Danemark.

© OECD 2012

lorsque *(i)* la transaction fait partie d'un «dispositif qualifié» remplissant les conditions requises en ce que la transaction fait intervenir l'utilisation d'une entité ou d'un instrument hybride *(ii)* il existe une déduction ou une compensation applicable aux bénéfices pour une société résidente du Royaume-Uni, *(iii)* l'un des principaux objectifs du dispositif est d'obtenir un avantage fiscal au Royaume-Uni pour la société et *(iv)* l'avantage fiscal obtenu pour la société n'est pas négligeable. Les cas dans lesquels le paiement reçu n'est pas imposable parce que le bénéficiaire n'est pas assujetti à l'impôt en vertu de la législation de cette juridiction ou n'est pas soumis à l'impôt en raison d'une exonération accordée par la législation fiscale d'une autre juridiction sont expressément exclus. Lorsque la règle s'applique, l'administration fiscale du Royaume-Uni peut notifier à la société le fait que la législation est applicable et que la déduction de l'impôt sur les bénéfices des sociétés dû au Royaume-Uni doit être refusée.

C. Dispositions visant l'absence d'inclusion des revenus qui sont déductibles au niveau du payeur

51. L'Allemagne, l'Autriche, le Danemark, l'Italie, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni, ont instauré des dispositions qui refusent l'exonération sur les revenus qui sont déductibles dans l'autre pays. Cette dernière approche a été également approuvée par le Groupe Code de conduite de l'Union européenne (fiscalité des entreprises) en ce qui concerne les instruments hybrides[17].

Autriche

52. Les revenus tirés d'instruments qui rempliraient les conditions requises pour être considérés comme titres de participation aux fins de l'imposition en Autriche sont exonérés dans le cadre du régime de participation exemption applicable en Autriche, sous réserve qu'ils ne soient pas considérés comme dépenses déductibles de l'impôt pour le payeur.

Danemark

53. Les dividendes reçus par une société mère danoise ne sont plus exonérés d'impôts si la filiale est en mesure de réclamer une déduction fiscale au titre de ces dividendes[18]. La règle ne s'applique pas si les dividendes sont couverts par la Directive européenne société mère-filiale. À compter de 2011, la règle s'applique également si la déduction a été effectuée pour une sous-filiale et si le dividende n'a pas été imposé dans une filiale insérée entre la sous-filiale qui réclame la déduction et la société mère danoise.

Allemagne

54. Les distributions de bénéfices sont généralement exonérées d'impôt pour la société bénéficiaire. Toutefois, l'exonération fiscale ne s'applique pas aux dividendes

[17] Le Groupe « Code de conduite » (fiscalité des entreprises) de l'Union européenne « a convenu qu'un problème se pose lorsque l'État membre de l'entreprise assujettie à l'impôt qui verse un intérêt autorise sa déduction de l'assiette de l'impôt alors que l'État membre de la société assujettie qui perçoit le revenu le considère comme un dividende perçu exempté d'impôt. Dans ce cas, ce revenu échapperait à l'impôt dans les deux États membres ». Pour éviter de tels décalages, le groupe a convenu que « … dans la mesure où des paiements effectués dans le cadre d'un accord de prêt hybride sont qualifiés de dépenses déductibles de l'impôt pour le débiteur partie à cet accord, les États membres n'exonéreront pas de tels paiements en tant que bénéfices distribués dans le cadre d'une exemption au titre des participations ». Toutefois, comme il n'y a pas eu d'accord concernant la forme juridique par laquelle cette solution devrait être mise en œuvre, il a été convenu que d'autres travaux étaient nécessaires à cet égard et il a été décidé de réexaminer cette question par la suite (voir le rapport du Groupe « Code de conduite » (fiscalité des entreprises) au Conseil ECOFIN du 8 juin 2010, n° 1033/10).

[18] Article 13 de la loi sur l'impôt sur les bénéfices des sociétés.

© OECD 2012

implicites (*verdeckte Gewinnausschüttungen*) si ces dividendes ont constitué des dépenses déductibles pour la société qui les a versés[19].

Italie

55. Selon la loi italienne, les bénéfices distribués par des entités non résidentes ne sont exonérés d'impôts à hauteur de 95 % que si les conditions suivantes sont remplies: *(i)* les bénéfices sont entièrement liés aux résultats économiques de l'émetteur, de toute autre société faisant partie du même groupe ou de l'activité spécifique au titre de laquelle les instruments financiers ont été émis ; et *(ii)* les bénéfices ne sont pas déductibles dans le pays étranger où réside l'émetteur[20]. La condition de non-déductibilité des revenus distribués dans la juridiction de l'émetteur doit être prouvée par une déclaration de l'émetteur lui-même ou par tout autre moyen approprié.

Nouvelle-Zélande

56. Les dividendes de sociétés étrangères dont un résident néo-zélandais détient plus de 10 % du capital sont exonérés de l'impôt sur le revenu à moins qu'il ne s'agisse de dividendes à taux fixe ou qu'ils ne soient déductibles dans le pays étranger.

Royaume-Uni

57. Le Royaume-Uni dispose d'une législation spécifique applicable à certaines recettes qui, dans des circonstances normales, ne seraient pas assujetties à l'impôt sur les bénéfices des sociétés. La législation s'applique lorsque quatre conditions sont remplies: *(i)* il existe un dispositif qui effectue ou impose une provision entre une société et une autre personne au moyen d'une transaction ou d'une série de transactions, *(ii)* l'autre personne effectue à la société un paiement qui remplit les conditions requises, c'est-à-dire qu'il constitue une participation au capital de la société, *(iii)* il existe un montant lié au paiement qui est déductible mais il n'est pas déduit des revenus générés par le dispositif et le paiement n'est pas traité en vue de l'imposition des bénéfices des sociétés du Royaume-Uni comme des revenus ou des gains obtenus par une société résidente du Royaume-Uni[21] et *(iv)* la société et l'autre personne s'attendaient à obtenir un bénéfice du fait que le paiement ne constitue pas une recette imposable[22]. Lorsque ces conditions sont réunies, l'administration fiscale peut notifier à la société le fait que la législation s'applique et que l'exonération doit être refusée en vue de l'imposition des bénéfices des sociétés.

D. Dispositions régissant les transactions aboutissant à des crédits d'impôt étranger abusifs

58. L'Italie, le Royaume-Uni et les États-Unis ont instauré des dispositions visant à lutter contre les transactions aboutissant à des crédits d'impôt abusifs qui exploitent indûment les différences dans les législations des pays. Bien que le Canada estime que les dispositifs abusifs générateurs de crédits d'impôt étranger peuvent être efficacement mis en échec en vertu de sa législation générale existante contre l'évasion fiscale, en raison de l'ampleur du problème, il a été nécessaire de renforcer

[19] Article 8b (1) de la loi sur l'imposition des bénéfices des sociétés.

[20] Voir articles 89.3 et 44.2.a du Code consolidé de l'impôt sur le revenu italien.

[21] Il existe aussi des conditions qui donnent à d'autres dispositions législatives du Royaume-Uni la priorité pour l'imposition de la recette.

[22] Articles 249 à 254 du Taxation (International and Other Provisions) Act de 2010.

© OECD 2012

les garanties par des dispositions législatives spécifiques. Dans son budget pour 2010, le gouvernement a proposé des mesures qui rejettent les demandes de crédits d'impôt étranger dans les cas où la législation relative à l'impôt sur le revenu de la juridiction qui perçoit cet impôt sur les revenus étrangers considère que le contribuable canadien détient dans le capital du SPV une participation moindre que celle qu'il est censé détenir aux fins de la législation fiscale du Canada.

Italie

59. La législation fiscale italienne prévoit une règle spécifique qui peut être utilisée afin de traiter les dispositifs générateurs de crédits d'impôt étranger[23]. En particulier, dans le cas d'opération de vente avec rachat et des prêts de titres ou autres transactions aboutissant à des effets similaires, le contribuable italien (emprunteur) qui perçoit des dividendes, intérêts ou autres sommes n'a droit à un crédit d'impôt étranger que si ces avantages auraient été accordés au bénéficiaire effectif (prêteur) desdits flux de revenus (c'est-à-dire si le prêteur est soumis au même régime d'imposition que l'emprunteur). De ce fait, l'emprunteur ne peut réclamer un crédit d'impôt étranger que si le prêteur est une entité italienne ou une entité étrangère disposant d'un établissement stable en Italie.

Royaume-Uni

60. Le Royaume-Uni a adopté une législation visant les dispositifs donnant lieu à des crédits d'impôt étranger lorsque le crédit résulte d'un dispositif ou schéma dont l'un des principaux objectifs est l'obtention d'un crédit d'impôt et que le système présente l'une des cinq caractéristiques suivantes: *(i)* l'impôt étranger ne peut être réellement attribuable à la source d'où provient le revenu ou le gain, *(ii)* le payeur de l'impôt étranger réel ou fictif, considéré conjointement avec toutes les autres parties au dispositif ou arrangement, n'a pas supporté la totalité du coût économique de l'impôt étranger sur le revenu ou le gain pour lequel un crédit d'impôt est demandé; *(iii)* une réclamation, option ou autre disposition pourrait avoir été formulée par toute personne en vertu de la législation de tout territoire ou en vertu de toute disposition adoptée en ce qui concerne tout autre territoire, en ayant pour effet de réduire le montant du crédit d'impôt étranger (ou encore une réclamation, option ou disposition a été formulée et a eu pour effet d'accroître le montant du crédit d'impôt étranger), *(iv)* le crédit d'impôt étranger accordé dans le cadre du dispositif ou arrangement a pour effet de ramener le montant de l'impôt à verser à un niveau moindre que celui qui aurait été dû si les transactions effectuées dans le cadre du dispositif n'avaient jamais eu lieu, *(v)* une source de revenu soumise à l'impôt étranger a été acquise totalement ou partiellement en contrepartie d'un paiement déductible de l'impôt. Lorsque les conditions de déclenchement sont remplies, l'administration fiscale peut notifier l'application de la législation. Cette notification peut également indiquer quel est, selon l'administration, le montant juste et acceptable du crédit d'impôt étranger qui doit être accordé.

États-Unis

61. Des réglementations finales et temporaires (les "réglementations temporaires") ainsi que de nouvelles propositions de réglementations concernant le montant des impôts versés afin de calculer le crédit d'impôt étranger ont été adoptées

[23] Cette règle se limite à l'exemption des dividendes et figure à l'Article 2, paragraphe 2 du Décret-loi n° 461/1997. Cette disposition a été amendée le 12 avril 2009 pour traiter expressément les dispositifs visant à obtenir des crédits d'impôt étranger en Italie et dans un pays étranger dans les cas où une seule retenue à la source a été prélevée.

© OECD 2012

le 16 juillet 2008[24]. Les réglementations temporaires maintiennent la disposition générale des réglementations existantes selon laquelle un contribuable n'a pas besoin de changer la forme de ses activités ou de ses transactions pour réduire le montant de son impôt dû à l'étranger. Toutefois, ils visent aussi les cas où le paiement étranger est imputable à un «dispositif structuré d'investissement passif» qui constitue d'une manière générale un dispositif d'exploitation des différences entre la législation américaine et la législation étrangère pour permettre à une personne de réclamer un crédit d'impôt étranger au titre des impôts qu'elle prétend avoir versé à l'étranger tout en permettant à l'autre partie à la transaction de réclamer à l'étranger un avantage fiscal, faisant alors double emploi. La personne qui réclame des crédits d'impôt étranger et l'autre partie de la transaction partagent le coût des paiements prétendument effectués à l'étranger dans le cadre de la fixation du prix du dispositif. Les réglementations temporaires traitent les versements étrangers imputables à ces dispositifs comme des paiements non obligatoires et refusent par conséquent que des crédits d'impôt étranger leur soient applicables. Les réglementations finales relatives aux crédits d'impôt étranger (les «réglementations finales») en vigueur à compter du 18 juillet 2011, maintiennent l'approche de base et la structure des réglementations temporaires de 2008. Par conséquent, les réglementations finales prévoient que les sommes versées à une administration fiscale étrangère qui sont imputables à un dispositif structuré d'investissement passif ne sont pas considérées comme un impôt versé aux fins du crédit d'impôt étranger.

62. En outre, il existe des dispositions concernant les situations dans lesquelles les impôts étrangers sur le revenu ont été séparés du revenu correspondant. Ces dispositions suspendent les crédits jusqu'au moment où les revenus liés à ces crédits sont inclus dans le revenu imposable aux États-Unis[25]. Enfin, il existe des dispositions refusant le bénéfice d'un crédit d'impôt étranger pour la part de l'impôt sur le revenu versé ou dû en liaison avec ce que l'on appelle une « acquisition d'un actif couvert »[26]. D'une manière générale, il existe des transactions qui créent une différence entre la base d'imposition aux États-Unis et la base d'imposition à l'étranger (ce qui s'explique essentiellement par les différences dans la base d'imposition des actifs acquis) et peuvent générer des crédits d'impôt étranger sans inclusion correspondante dans le revenu imposable aux États-Unis.

[24] Publiées à l'Article 901 de l'Internal Revenue Code — Final and temporary regulations : TD 9416, Federal Register Vol. 73 No. 137 du 16 juillet 2008, pp. 40727-40738.

[25] Article 909 de l'Internal Revenue Code.

[26] Article 901(m) de l'Internal Revenue Code.

© OECD 2012

Chapitre 5

Expérience des pays concernant l'application des dispositions visant expressément les dispositifs hybrides

63. Le chapitre 5 de ce rapport montre qu'un certain nombre de pays ont instauré des dispositions qui refusent expressément le bénéfice des dispositifs hybrides. Dans la plupart des cas, ces règles portent sur des cas spécifiques visant à obtenir certaines déductions multiples, les effets de déduction/absence d'inclusion, ou les dispositifs donnant lieu à des crédits d'impôt étranger, alors qu'un petit nombre seulement de pays appliquent un ensemble de règles prévoyant un traitement d'ensemble des questions posées par les dispositifs hybrides.

64. L'expérience des pays qui ont instauré des dispositions refusant expressément le bénéfice des dispositifs hybrides a été dans l'ensemble positive. En général, les pays ont estimé que ces règles sont efficaces et ont eu un impact sur les contribuables qui exploitent les différences de traitement fiscal des instruments, entités ou transferts, entre pays. Par exemple, l'Italie et les États-Unis ont trouvé des données montrant que l'exploitation de certaines asymétries visant à générer des crédits d'impôt étranger a cessé depuis l'instauration des règles qui refusent le bénéfice des dispositions en question dans ces cas. Le Royaume-Uni a indiqué que l'utilisation de dispositifs totalement abusifs pour obtenir des doubles déductions a fortement diminué depuis l'instauration de sa législation ciblée et que les restrictions applicables en matière de consolidation des résultats des groupes ont été efficaces pour stopper les demandes de double déduction au titre des pertes et à d'autres titres.

65. Les pays ont également remarqué que l'instauration de ces dispositions peut non seulement avoir un effet dissuasif pour les contribuables qui souhaitent se conformer à la législation fiscale mais aussi mettre fin à l'incertitude qui régnerait quant au régime fiscal de ces dispositifs. Par exemple, au cours des dix dernières années, la Nouvelle-Zélande n'a constaté qu'un seul cas d'application de ses règles destinées à éviter les doubles déductions dans le cas de sociétés à double résidence.

66. Les expériences des différents pays montrent aussi la nécessité d'un suivi constant des dispositions en question. Les administrations fiscales ont remarqué que les dispositifs pourraient devenir plus complexes après l'instauration de dispositions spécifiques refusant les avantages fiscaux en cas de dispositifs hybrides. Dans certains cas, il a été nécessaire de modifier les dispositions pour faire en sorte qu'elles ne soient pas contournées. Par exemple, en 2011, le Danemark a modifié ses règles existantes concernant le refus de la déduction des paiements qui ne sont pas inclus dans le revenu imposable du bénéficiaire, du fait que les contribuables ont essayé de contourner les réglementations en vigueur en interposant des sociétés établies dans un État de l'Union européenne/de l'Espace économique européen ou dans un autre État partie à une convention fiscale. Pour mettre en échec ces dispositifs, le Danemark a instauré une nouvelle règle en vertu de laquelle les paiements d'intérêts et de redevances à des sociétés établies dans un pays de l'Union européenne/de l'Espace économique européen ou dans un autre État partie à une convention fiscale ne sont déductibles que si cette dernière société est le bénéficiaire effectif du paiement. De même, des opérations de vérification effectuées en Italie ont fait apparaître l'utilisation de dispositifs visant à contourner les règles qui refusent des avantages fiscaux en cas

© OECD 2012

de dispositifs hybrides visant à obtenir des effets de déduction/d'absence d'inclusion par l'interposition d'entités résidant dans des pays tiers.

67. Les pays ont également fait remarquer que l'application de ces dispositions rend nécessaire la référence au régime fiscal étranger correspondant et que cela peut dans certains cas donner lieu à des difficultés. L'importance croissante accordée à la coopération internationale en matière fiscale aura certainement pour effet d'atténuer ces difficultés, dans la mesure où les échanges de renseignements entre autorités compétentes se répandent de plus en plus et où le niveau des interactions se trouve renforcé. Dans certains cas, les dispositions applicables dans les différents pays obligent le contribuable à donner la preuve du régime fiscal appliqué dans l'autre pays. Par exemple, aux États-Unis, si le contribuable souhaite utiliser une perte encourue à l'étranger dans le cadre des réglementations applicables aux doubles pertes consolidées, il doit certifier qu'aucune utilisation de la perte n'a eu lieu ou n'aura lieu dans la juridiction étrangère et qu'aucun fait générateur ayant pour effet de donner lieu à une reprise de pertes antérieures n'est intervenu ultérieurement. Dans le cas de la législation italienne relative au régime de participation exemption, le contribuable doit fournir une déclaration de l'émetteur de l'instrument ou tous autres éléments pertinents tels que des déclarations d'impôt, d'autres documents fiscaux, des certificats fournis par les autorités fiscales étrangères ou par des institutions reconnues par les autorités publiques, afin de prouver que le paiement n'était pas déductible dans l'autre juridiction.

68. En ce qui concerne le mode d'application de ces dispositions, la plupart d'entre elles s'appliquent directement lorsque certaines conditions sont réunies alors que, dans certains cas, comme c'est le cas pour les dispositions en vigueur au Royaume-Uni, il est nécessaire que l'administration fiscale notifie au contribuable le fait que la législation s'applique. La notification doit indiquer *(i)* la société à laquelle elle s'adresse, *(ii)* la période sur laquelle elle porte, *(iii)* les transactions auxquelles elle s'applique et *(iv)* l'avis de l'administration fiscale concernant les conséquences de la notification sur l'impôt dû par le contribuable. Une fois que la notification a été transmise, la société doit examiner les effets de la législation sur le montant de l'impôt qu'elle doit verser de la même manière que pour toute autre disposition de la législation fiscale.

69. Enfin, il y a lieu de mentionner qu'en principe les règles de fonctionnement qui relient le régime fiscal applicable dans un pays à celui qui s'applique dans un autre pays pourrait également requérir l'instauration d'un critère de départage pour résoudre les problèmes qui pourraient se poser lorsque les législations fiscales des deux pays tiennent compte du régime applicable dans l'autre pays, par exemple si dans un cas de déduction/absence d'inclusion faisant intervenir un instrument hybride, le pays du payeur refuse la déduction si le revenu n'est pas inclus dans le revenu imposable du bénéficiaire et le pays du bénéficiaire refuse l'exonération si le paiement est déductible dans le pays du payeur. Les règles applicables dans les pays qui relient le régime fiscal national au régime fiscal étranger ne contiennent généralement pas de critères de départage pour les cas où l'autre pays concerné applique des règles similaires. Jusqu'à présent, ce point n'a pas donné lieu à des difficultés considérables bien qu'il risque de prendre davantage d'importance à mesure que les pays adopteront des dispositions similaires. Cela est probablement dû au fait que seuls les contribuables très avertis s'engagent dans de tels dispositifs et qu'en général ils évitent d'avoir recours à des dispositifs dans lesquels ils voient un risque de double imposition.

© OECD 2012

Conclusions et recommandations

Les stratégies des pays doivent s'inscrire dans le contexte plus large de leur système fiscal, de leurs pratiques administratives et de leur culture. Il appartient à chaque pays de décider de l'approche à adopter sur les questions abordées dans ce rapport ainsi que des stratégies qui seraient les plus appropriées et les plus compatibles dans le contexte de ses réglementations et de son cadre juridique. Par ailleurs, dans un contexte d'intégration croissante des économies, il est particulièrement important de tenir compte des interactions entre les différents systèmes fiscaux. Cette prise en compte est nécessaire non seulement pour supprimer les obstacles aux échanges et investissements transfrontaliers mais aussi pour limiter les possibilités d'exonérations involontaires. C'est dans ce contexte que ce rapport aboutit aux conclusions et recommandations suivantes.

Conclusions

a) Les dispositifs hybrides dont on peut soutenir vraisemblablement qu'ils sont conformes à la lettre des législations de deux pays mais qu'ils aboutissent à une exonération fiscale dans ces deux pays, alors que ce résultat peut ne pas avoir été souhaité par aucun d'entre eux, posent des questions considérables en termes de recettes fiscales, de concurrence, d'efficience économique, d'équité et de transparence.

b) Les préoccupations qui sont suscitées par les distorsions dues à la double imposition existent également en cas de double exonération involontaire.

c) Des règles spécifiques et ciblées qui lient le régime fiscal applicable dans le pays concerné au régime fiscal applicable dans un autre pays dans les situations appropriées offrent des possibilités appréciables de traiter certains dispositifs hybrides et ont été adoptées récemment par un certain nombre de pays.

d) L'expérience des pays concernant la conception, l'application et les effets de règles spécifiques et ciblées refusant l'octroi d'avantages fiscaux en cas de dispositifs hybrides est positive. Un suivi constant de l'application des règles en question est cependant nécessaire pour faire en sorte que les règles s'appliquent dans les circonstances appropriées et ne soient pas tournées par le recours à des dispositifs encore plus complexes.

© OECD 2012

Recommandations

Sur la base de ces conclusions, et à partir des travaux du Groupe de direction sur la planification fiscale agressive, le Comité des affaires fiscales recommande aux pays :

a) de considérer d'instaurer ou de réviser des règles spécifiques et ciblées refusant l'octroi d'avantages fiscaux dans le cas de certains dispositifs hybrides ;

b) de continuer à partager les renseignements pertinents sur les dispositifs hybrides, sur les stratégies de dissuasion, de détection et de réponse utilisées et sur le suivi de leur efficacité ;

c) de considérer l'instauration ou la révision d'initiatives de communication de renseignement ciblées sur certains dispositifs d'exploitation des asymétries des dispositifs hybrides.

© OECD 2012

Dispositifs Hybrides

QUESTIONS DE POLITIQUE ET DE DISCIPLINE FISCALES

La planification fiscale agressive est une source croissante de préoccupation pour de nombreux gouvernements. Ce rapport décrit les types les plus courants d'arrangements hybrides (ex : arrangements pour exploiter les différences dans le traitement fiscal des instruments, des entités ou des transferts entre deux ou plusieurs pays) et les effets qu'ils visent à atteindre. Il résume les questions de politique fiscale soulevées par ces dispositions et décrit les options politiques pour y faire face, avec un accent sur les règles de droit interne qui nient les avantages dans le cas d'arrangements hybrides inadéquates et les expériences des pays concernant leurs applications.

Le rapport conclut que la même préoccupation existe en ce qui concerne les distorsions causées par la double imposition et les distorsions causées par la double non-imposition involontaire et il recommande un certain nombre d'actions à entreprendre.

Sommaire

Introduction

Chapitre 1. Dispositifs hybrides

Chapitre 2. Questions de politique fiscale

Chapitre 3. Les solutions possibles

Chapitre 4. Règles visant expressément les dispositifs hybrides

Chapitre 5. Expérience des pays concernant l'application des dispositions visant expressément les dispositifs hybrides

Conclusions

Recommandations

En savoir plus

Pertes d'entreprises et planification fiscale agressive (2011)

Lutter contre la planification fiscale agressive par l'amélioration de la transparence et de la communication de renseignements (2011)

Gérer les risques fiscaux impliquant les pertes de banques (2010)

www.oecd.org/fiscalite

OCDE