

La Cour suprême italienne se prononce sur la notion de bénéficiaire effectif

Par Oliver R. HOOR, Andrea RASCHELLA et Rodrigo RUBERTI, ATOZ Tax Advisers*

Le 10 juillet 2020, la Cour suprême italienne a rendu sa décision dans l'affaire n° 14756 concernant l'interprétation de la notion de bénéficiaire effectif. Ce concept était analysé aux fins de l'application potentielle d'une exonération de retenue à la source sur les intérêts payés par une société italienne à sa société mère luxembourgeoise. La décision de la Cour suprême italienne devrait avoir un impact de large portée, soit bien au-delà de cette affaire, et contribuer à la sécurité juridique dans l'ère post-BEPS.

Introduction

En vertu de la législation fiscale italienne, les paiements d'intérêts effectués par des sociétés italiennes à des sociétés non-résidentes sont généralement soumis à une retenue à la source finale au taux de 26%, à moins qu'une exonération de retenue à la source ne s'applique.

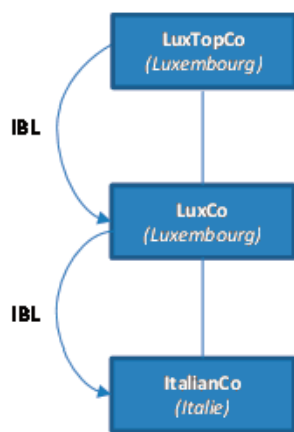
Les paiements d'intérêts effectués par une société italienne à une société associée⁽¹⁾ résidant dans un autre État membre de l'UE peuvent bénéficier d'une exonération de la retenue à la source conformément à la loi nationale mettant en œuvre la directive européenne sur les intérêts et les redevances (IRD).⁽²⁾ Cette exonération de retenue à la source est toutefois soumise à la condition que le bénéficiaire des revenus d'intérêts en soit le bénéficiaire effectif.⁽³⁾

La décision de la Cour suprême italienne fait suite à une importante décision de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui a traité conjointement un certain nombre d'affaires dans lesquelles il était question de l'interprétation de la notion de bénéficiaire effectif et de l'application de l'IRD à des paiements provenant du Danemark.⁽⁴⁾

Les éléments clés de l'affaire

L'affaire concernait un groupe de sociétés dont faisait partie une société luxembourgeoise (LuxCo) qui, dans le cadre d'une opération de fusion-acquisition à effet de levier plus large, avait accordé à une société italienne (ItalianCo) un prêt en vue de l'acquisition de sociétés cibles italiennes et suédoises. LuxCo était détenue par une société mère luxembourgeoise (LuxTopCo) qui avait financé l'acquisition de LuxCo par un mélange de capitaux propres et de dettes.

LuxCo réalisait des activités de financement et avait accordé dans ce cadre un prêt portant intérêt (IBL) à ItalianCo. L'IBL avait été financé par un IBL accordé par LuxTopCo à LuxCo.



Les intérêts payés par ItalianCo à LuxCo pouvaient bénéficier d'une exonération de la retenue à la source italienne en vertu de la loi nationale mettant en œuvre l'IRD, à condition que LuxCo soit le bénéficiaire effectif des revenus d'intérêts. Cependant, les autorités fiscales italiennes contestèrent la qualification de LuxCo en tant que bénéficiaire effectif et,



sur cette base, l'application de l'exonération de la retenue à la source sur les intérêts, en considérant que LuxCo n'était qu'une simple société-relais. Les arguments avancés par les autorités fiscales italiennes comprenaient notamment les éléments suivants :

- LuxCo n'exerçait que des fonctions de détention, de financement et de trésorerie ;
- LuxCo avait accordé un prêt à ItalianCo dans des conditions similaires à celles applicables au prêt accordé par LuxTopCo à LuxCo ;
- LuxCo avait transféré dans un court délai les intérêts reçus d'ItalianCo à son actionnaire majoritaire, LuxTopCo ; et
- LuxCo n'avait réalisé qu'une rémunération limitée sur son activité de financement correspondant à 0,125% du volume de financement.

La notion de bénéficiaire effectif

L'IRD soumet l'exonération de la retenue à la source à la condition que le bénéficiaire effectif des revenus soit (i) une société d'un autre État membre ou (ii) un établissement stable situé dans un autre État membre d'une société d'un État membre.

En ce qui concerne l'interprétation de la notion de bénéficiaire effectif telle que prévue dans l'IRD, la CJUE jugea que les États membres ne peuvent se référer à des notions de droit national dont la portée peut varier.⁽⁵⁾ Ceci est conforme à l'opinion de l'avocat général à la CJUE qui plaida pour une interprétation autonome de la notion de propriété effective dans un contexte européen.⁽⁶⁾

Selon la CJUE, la notion de «bénéficiaire effectif des intérêts» au sens de l'IRD doit être interprétée comme désignant une entité qui bénéficie effectivement des intérêts qui lui sont versés. L'article 1 (4) de l'IRD confirme cette référence à la réalité économique en indiquant qu'une société d'un État membre ne doit être considérée comme le bénéficiaire effectif d'intérêts ou de redevances que si elle reçoit ces paiements pour son propre compte et non en qualité d'administrateur fiduciaire ou de signataire autorisé d'une autre personne.

La CJUE confirme qu'en ce qui concerne l'interprétation de la notion de bénéficiaire effectif, les États membres de l'UE peuvent également prendre en considération les orientations fournies dans les Commentaires du Modèle de convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune.

La CJUE précise en outre que le simple fait que la société qui reçoit les intérêts dans un État membre n'en est pas le bénéficiaire effectif ne signifie pas nécessairement que l'exonération prévue dans l'IRD n'est pas applicable. Au contraire, si le bénéficiaire effectif qui reçoit finalement les revenus remplit toutes les conditions de l'IRD, l'exonération doit être accordée.

Selon l'opinion de l'avocat général à la CJUE, le bénéficiaire des intérêts qui perçoit les intérêts en son nom et pour son propre compte (c'est-à-dire à son propre profit) est le bénéficiaire effectif. En supposant que le bénéficiaire des intérêts perçoit généralement les intérêts en son propre nom, la question décisive est de savoir si ces intérêts sont touchés



pour le compte d'un tiers. Une personne qui peut décider seule de l'affectation des intérêts et qui supporte le risque de perte agit pour son propre compte, tandis qu'une personne qui est liée à un tiers de telle manière que ce dernier supporte en fin de compte le risque de perte agit pour le compte de ce tiers.

Une société-relais n'est en principe pas considérée comme le bénéficiaire effectif «si, bien qu'étant le propriétaire du revenu dans la forme, elle ne dispose dans la pratique que de pouvoirs très limités qui font d'elle un simple fiduciaire ou un simple administrateur agissant pour le compte des parties intéressées».⁽⁷⁾

Selon l'avocat général à la CJUE, un refinancement auprès d'un tiers à des conditions similaires et de manière plus ou moins simultanée comme en l'espèce, ne suffit pas, en soi, pour considérer qu'il s'agit d'un lien fiduciaire. Il faut au contraire qu'il y ait des liens plus étendus qui limitent les pouvoirs existants de la société bénéficiaire vis-à-vis des tiers.

Une société qui exerce des activités de financement doit généralement être considérée comme le bénéficiaire effectif des revenus d'intérêts si les conditions suivantes sont remplies :

- La société supporte le risque de crédit lié aux activités de financement ;
- La société perçoit une rémunération de pleine concurrence pour les fonctions exercées et les risques assumés. Ainsi, le montant des revenus d'intérêts doit être supérieur au montant des dépenses d'intérêts ;
- La société peut couvrir les frais encourus en relation avec les activités de financement ;
- La société n'a aucune obligation légale de transmettre les revenus d'intérêts à un tiers. Idéalement, il est clairement indiqué dans la documentation juridique que la société de financement peut jouir librement des revenus et que le paiement des intérêts est soumis à l'approbation préalable du conseil d'administration ;
- D'un point de vue commercial, il peut également être judicieux de ne pas négocier des conditions identiques (différentes échéances, différentes périodes d'accumulation des intérêts, etc.) ;
- D'un point de vue pratique, la société de financement peut conserver les fonds pendant un certain temps sur son compte bancaire. Néanmoins, une société de financement doit veiller à ne pas encourir trop de charges d'intérêt à cet égard, car à défaut, il pourrait s'avérer difficile pour celle-ci de couvrir les coûts et de réaliser un bénéfice conforme aux conditions de pleine concurrence.⁽⁸⁾

La décision de la Cour suprême italienne

La Cour suprême italienne confirma la décision de la Cour d'appel (le tribunal fiscal italien de deuxième instance) et décida que LuxCo devait être considérée comme le bénéficiaire effectif des intérêts payés par ItalianCo.

Dans sa décision, la Cour suprême italienne fit explicitement référence à l'arrêt de la CJUE précité dans les affaires danoises. Les aspects suivants furent notamment mis en évidence :

- la preuve d'une pratique abusive requiert une combinaison de circon-



tances objectives et d'un élément subjectif. En conséquence, il convient d'analyser si l'objectif des règles de l'UE a (ou n'a pas) été atteint malgré le respect formel des conditions fixées par celles-ci, et s'il y avait une intention de bénéficier d'un avantage prévu par les règles de l'UE en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention ;⁽⁹⁾

- le caractère artificiel d'un montage est susceptible d'être corroboré par la circonstance que le groupe de sociétés concerné est structuré de manière telle que la société qui perçoit les intérêts payés par la société débitrice doit elle-même reverser ces intérêts à une troisième société ne répondant pas aux conditions d'application de l'IRD, ce qui a pour conséquence qu'elle ne réalise qu'un bénéfice impossible insignifiant lorsqu'elle agit en tant que société-relais afin de permettre la circulation des fonds de la société débitrice vers l'entité qui est le bénéficiaire effectif des sommes versées ;⁽¹⁰⁾

- le fait qu'une société agisse comme une société-relais peut être établi lorsque celle-ci a pour unique activité la réception d'intérêts et la transmission de ceux-ci au bénéficiaire effectif ou à d'autres sociétés-relais ;⁽¹¹⁾

- une autorité nationale n'est pas tenue d'identifier la ou les entités qu'elle considère comme étant le(s) bénéficiaire(s) effectif(s) des intérêts afin de refuser de reconnaître à une société la qualité de bénéficiaire effectif ;⁽¹²⁾

- trois conditions doivent être remplies pour identifier le bénéficiaire effectif : 1) la société doit revêtir l'une des formes énumérées à l'annexe de l'IRD, 2) elle doit, conformément à la législation fiscale d'un État membre, être considérée comme un résident fiscal de cet État membre et ne pas être considérée, aux termes d'une convention en matière de double imposition, comme ayant sa résidence fiscale dans un pays tiers, et 3) elle doit être assujettie à l'un des impôts énumérés à l'article 3, point a) iii), de l'IRD sans bénéficier d'une exonération.⁽¹³⁾

La Cour suprême italienne souligna que le bénéficiaire direct du revenu d'intérêt n'est pas le «bénéficiaire effectif» lorsque son droit d'utiliser et de jouir de ce revenu est limité par une obligation contractuelle ou légale (qui peut résulter soit d'un document juridique, soit du comportement effectif des parties) de transmettre le revenu reçu à une autre personne.

La Cour suprême italienne confirma en outre la pertinence des commentaires de l'OCDE relatifs à l'article 11 aux fins de l'interprétation de la notion de «bénéficiaire effectif» dans le cadre de l'analyse des conditions d'application de l'IRD.

Dans sa décision, la Cour suprême italienne a conclu qu'une société holding telle que LuxCo pouvait être considérée comme le bénéficiaire effectif des revenus reçus de sa filiale. À cet égard, la Cour suprême italienne a souligné que l'analyse ne devait pas être effectuée sur la base d'éléments et de caractéristiques que l'on pourrait attendre dans le cas d'une entité opérationnelle. Il convient plutôt d'analyser si la société dispose ou non d'une autonomie d'organisation et de gestion, indépendamment d'une relation d'actionariat entre sociétés.

Sur la base de ce qui précède, la Cour suprême italienne confirma la décision de la Cour d'appel et estima que LuxCo devait être considérée comme le bénéficiaire effectif des paiements d'intérêts.

La Cour suprême souligna notamment que :

- (i) le simple fait que LuxCo agissait en tant que sous-holding et exerçait des activités financières et de trésorerie n'impliquait pas, en soi, qu'elle était une société intermédiaire ne remplissant pas la condition de propriété effective ;
- (ii) LuxCo n'était pas soumise à une obligation contractuelle ou légale de transmettre les revenus reçus à un tiers ;
- (iii) les bénéfices nets réalisés par LuxCo étaient adéquats, compte tenu de l'activité spécifique exercée ; et
- (iv) le prêt accordé à ItalianCo n'était qu'un de nombreux prêts accordés à d'autres sociétés du groupe dans le cadre de l'opération visant à acquérir les sociétés cibles établies en Italie et en Suède.

En outre, la Cour suprême italienne fit référence de manière explicite à la version de 2014 des Commentaires de l'OCDE et déclara que, même aux fins du droit fiscal italien, le bénéficiaire du revenu ne devait pas être considéré comme le bénéficiaire effectif s'il n'avait pas le droit d'utiliser et de jouir librement des intérêts sans être soumis à une obligation contractuelle ou légale de transmettre le paiement reçu à une autre personne. Toutefois, cette obligation devait être subordonnée à la réception du paiement par le bénéficiaire direct.

Conclusion

Dans sa décision, la Cour suprême italienne a précisé qu'une société luxembourgeoise devait être considérée comme le bénéficiaire effectif de ses revenus si certaines conditions étaient remplies. L'importance de cette décision ne peut être surestimée et ses conclusions auront un impact qui va bien au-delà de cette affaire, étant donné que de nombreuses entreprises luxembourgeoises investissent en Italie. La décision apporte en outre des éclaircissements sur la manière dont les tribunaux peuvent interpréter les orientations spécifiées par la CJUE dans le cadre des affaires danoises.

En définitive, la décision de la Cour suprême italienne est très positive, car les juges ont adopté une position raisonnable sur un concept clé de la fiscalité internationale. Il s'agit à tout le moins d'une contribution à la sécurité juridique dans l'ère post-BEPS.

*Oliver R. Hoor est Partner (Head of Transfer Pricing and the German Desk), Andrea Raschella est Senior Associate et Rodrigo Ruberti est Associate chez ATOZ Tax Advisers (Taxand Luxembourg).

Les auteurs peuvent être contactés aux adresses suivantes :

oliver.hoor@atoz.lu
andrea.raschella@atoz.lu
rodrigo.ruberti@atoz.lu

Les auteurs tiennent à remercier Samantha Schmitz (Chief Knowledge Officer) pour son assistance.

1) Deux sociétés sont des «sociétés associées» si (i) l'une d'elles détient directement au moins 25% des droits de vote de l'autre ou si (ii) une troisième société de l'UE détient directement au moins 25% des droits de vote des deux sociétés.

2) Directive 2003/49/EC du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents.

3) Les sociétés concernées doivent revêtir une des formes juridiques figurant à l'annexe de l'IRD et être soumises à l'impôt sur les sociétés. En outre, une période de détention d'un an est requise.

4) Arrêt de la CJUE du 26 février 2019 concernant les affaires N Luxembourg 1 (C-115/16), X Denmark A/S (C-118/16), C Denmark 1 (C-119/16) and Z Denmark ApS (C-299/16), («Arrêt du 26 février 2019»).

5) Arrêt du 26 février 2019.

6) <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=199820&doclang=EN>.

7) Paragraphe 10.1 du Commentaire à l'article 11 du Modèle 2017 de convention fiscale de l'OCDE sur le revenu et la fortune.

8) Oliver R. Hoor, «The Concept of Substance in a Post-BEPS World», *Tax Notes International*, Volume 95, N° 7, 12 août 2019, p. 602.

9) Paragraphe 124 de l'arrêt du 26 février 2019.

10) Paragraphe 130 de l'arrêt du 26 février 2019.

11) Paragraphe 131 de l'arrêt du 26 février 2019.

12) Paragraphe 145 de l'arrêt du 26 février 2019.

13) Paragraphe 147 de l'arrêt du 26 février 2019.