

Objet: Projet de loi n°7006 portant attribution de compétences fiscales spécifiques entre le Grand-Duché de Luxembourg et les États-Unis d'Amérique. (4654PMR)

*Saisine : Ministre des Finances
(27 juin 2016)*

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

Le projet de loi sous avis (ci-après dénommé, le « Projet ») renferme un article unique qui vise à corriger la situation de double non-imposition résultant d'une interprétation divergente entre les droits internes des États-Unis et du Luxembourg de la notion d' « établissement stable ». Sont ainsi visées les situations dites « triangulaires » où une société-mère (aussi appelée établissement principal) luxembourgeoise dispose d'un établissement stable (situé aux États-Unis ou dans un État tiers) auquel sont attribués des revenus de source américaine, et vice-versa. Dans une telle situation, et à supposer que les autres conditions prévues par cet article soient remplies par ailleurs, l'accès aux taux préférentiels de retenue à la source sur les paiements de types dividendes, intérêts et redevances de la convention préventive de double imposition existant entre les États-Unis et le Luxembourg¹ pourrait être refusé.

Résumé synthétique

Le Projet concerne certaines situations de double non-imposition liées au traitement d'un établissement stable non-luxembourgeois d'une société-mère luxembourgeoise et percevant des revenus de source américaine. Pour ce faire, les auteurs du Projet ont eu recours à une procédure inédite à la connaissance de la Chambre de Commerce. Le Projet prévoit en effet que si le futur protocole modifiant la Convention contient une disposition identique à celle prévue dans l'article du Projet et si la disposition du protocole qui règle son entrée en vigueur le prévoit expressément, cette disposition spécifique sera applicable aux montants payés ou crédités le jour ou après le troisième jour suivant la publication au Mémorial de la loi issue du Projet.

Indépendamment du Projet, la Chambre de Commerce salue l'intention du gouvernement de se conformer sans délai aux recommandations du plan BEPS dans ses négociations avec les États-Unis pour autant que ces derniers acceptent, le cas échéant, une certaine réciprocité. Néanmoins, la méthodologie retenue pour demander aux contribuables concernés d'anticiper un prochain changement fiscal ne lui semble pas appropriée. Outre certaines interrogations quant au respect du principe de la hiérarchie des normes et, par conséquent, de la chronologie du processus législatif d'adoption d'un protocole qui, de surcroît, n'entrera peut-être pas en vigueur (avec un contenu identique), l'adoption du Projet serait source d'insécurité juridique et contraire à l'effet recherché. En effet, dans l'hypothèse où les conditions initialement prévues ne seraient pas rencontrées, le contribuable ayant réorganisé ses affaires par anticipation de la publication au Mémorial se trouverait dans une situation fiscale désavantageuse par rapport à sa situation initiale alors même que la loi se retrouverait, par hypothèse, privée d'effets.

¹ La Convention entre le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir la fraude fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, signée à Luxembourg, le 3 avril 1996, telle qu'elle a été modifiée par l'échange de lettres entre les deux Gouvernements les 23 et 28 août 1996 (en abrégé ci-après, la « Convention »).

Par ailleurs, la Chambre de Commerce met en garde sur une éventuelle non-conformité du Projet avec certaines des libertés fondamentales consacrées par les textes européens qui prévalent sur les traités bilatéraux du Luxembourg.

Enfin, la Chambre de Commerce relève une difficulté d'interprétation, également source d'insécurité juridique, quant aux effets de la perte des avantages conventionnels pour une entité qui remplirait les conditions prévues dans le Projet.

Au regard de ce qui précède, la Chambre de Commerce encourage vivement le gouvernement à communiquer sur l'évolution des négociations et se concerter régulièrement avec les secteurs concernés afin que ces derniers puissent être en mesure, d'une part, de faire part de leurs observations, et d'autre part, de se préparer aux changements futurs le cas échéant, et ce, de manière adéquate.

Par conséquent, la Chambre de Commerce préconise le retrait du Projet. Elle recommande de remplacer ce dernier, le moment venu, par une loi de ratification du futur protocole entre les Etats-Unis et le Luxembourg qui ne devrait être applicable qu'à compter du 1^{er} janvier qui suivra l'échange des instruments de ratification par les deux parties.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut approuver le Projet que sous réserve de la prise en compte expresse de ses remarques.

Appréciation du projet de loi :

	Incidence
Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	- -
Impact financier sur les entreprises	-
Transposition de la directive	n.a.
Simplification administrative	-
Impact sur les finances publiques	n.d. ²
Développement durable	+

Appréciations : ++ : très favorable
+ : favorable
0 : neutre
- : défavorable
- - : très défavorable
n.a. : non applicable
n.d. : non disponible

² La fiche financière dispose que s'agissant d'une répartition de compétences entre le Luxembourg et les Etats-Unis, il n'y aura pas d'impact sur le budget de l'Etat. A ce stade, la Chambre de Commerce peut partager cette appréciation. Néanmoins, dès lors qu'un protocole serait signé, les aspects financiers devraient figurer dans le projet de loi le ratifiant.

Considérations générales

La Chambre de Commerce souhaite d'emblée émettre des réserves concernant le Projet. Elles sont de deux ordres, quant à la forme et quant au fond, et dans les deux cas, se rapportent à la rupture des principes de sécurité et prévisibilité juridiques, éléments indispensables à la bonne marche des affaires de la Place. Le programme gouvernemental reconnaît d'ailleurs paradoxalement cette nécessité.

A. Quant la forme

La Chambre de Commerce ne peut accepter ce qui, d'après elle, s'apparente à une modification unilatérale de la Convention à caractère rétroactif et contraire au respect de la hiérarchie des normes. En effet, l'article unique du Projet prévoit que si le futur protocole modifiant la Convention contient une disposition identique à celle prévue dans l'article du Projet et si la disposition du protocole qui règle son entrée en vigueur le prévoit expressément, cette disposition spécifique sera applicable aux montants payés ou crédités le ou après le troisième jour suivant la publication de la loi issue du Projet au Mémorial.

En d'autres termes, il s'agit de remettre en question avec effet rétroactif un avantage qui découle de la Convention par deux Etats. Or, la double non-imposition découle de divergences dans les législations fiscales internes luxembourgeoises et américaines. Cette non-imposition n'est donc en aucun cas une application incorrecte de la Convention. Bien au contraire, elle n'est que la conséquence de la juste application de la Convention, en ses termes actuels, par deux Etats dont les législations fiscales contiennent des notions d'établissements stable différentes. A cet égard, le Projet n'apporte pas de réponse satisfaisante, ni même appropriée.

Par ailleurs, le Projet porte atteinte au principe de non rétroactivité, facteur essentiel de sécurité juridique, et ce – par hypothèse – pour une période relativement longue.

Or, ce principe est pourtant doté d'une valeur juridique (bien que non constitutionnelle). S'il est vrai que certaines conventions ou protocoles prévoient parfois une application rétroactive, c'est généralement afin de permettre aux contribuables de bénéficier d'avantages conventionnels (évitement de la double imposition, bénéfice de retenues à la source réduites) dès la signature de la Convention ou du protocole, sans attendre la ratification par les deux Etats contractants. Il peut également y être dérogé dans des hypothèses moins favorables aux contribuables mais uniquement dans des conditions strictes telles qu'établies par la jurisprudence (CE, 12 mars 1985, Administration Communale de la Ville de Luxembourg contre le Ministre de l'Intérieur, n°7399) :

« Considérant que la réglementation en matière d'impôt commercial est soumise au principe de droit commun suivant lequel la loi ne dispose que pour l'avenir et qu'elle n'a pas d'effet rétroactif, à moins que le législateur, dans des circonstances exceptionnelles et pour des raisons spéciales, ne lui attribue pareil effet ».

Or, l'exposé des motifs du Projet ne semble pas faire état de circonstances exceptionnelles ou de raisons spéciales. Il se borne au contraire à faire état d'une situation de double non-imposition en raison d'une divergence entre les droits internes des deux pays.

Le principe de sécurité juridique exige encore que la législation soit certaine et son application prévisible et que les effets juridiques qu'elle entraîne soient clairs, précis et portés à

la connaissance de tout intéressé de manière à ce que celui-ci puisse connaître avec certitude le moment à partir duquel la législation existe et commence à produire ces effets.

Or, l'article unique du Projet fait état de deux conditions pour l'application rétroactive des mesures qu'il prévoit :

- que le futur protocole contienne une disposition identique à celle prévue par l'article unique du Projet et ;
- que la disposition du protocole qui règle son entrée en vigueur le prévoie expressément.

Le fait que le Projet soit conditionnel puisque subordonné à deux conditions liées à l'adoption future d'un protocole dans les mêmes termes n'apparaît pas fondamentalement satisfaisant au regard des exigences liées au principe de sécurité juridique quant à la certitude du moment à partir duquel la législation commence à produire ces effets.

En effet, dans l'hypothèse où les conditions initialement prévues ne seraient pas rencontrées, le principe de sécurité juridique ainsi que le principe de confiance légitime feraient alors défaut puisque le contribuable ayant réorganisé ses affaires par anticipation de la publication au Mémorial se retrouverait dans une situation fiscale désavantageuse par rapport à sa situation initiale alors même que la loi se trouverait, par hypothèse, privée d'effets.

Il faut également garder à l'esprit les problèmes pratiques qu'une telle situation pourrait créer lors de l'établissement de l'imposition des contribuables par les autorités fiscales. En effet – et sous réserve de ce qui précède -, tant que le protocole n'est pas entré en vigueur, les dispositions actuelles restent applicables. Ceci signifierait que les administrations fiscales seraient potentiellement contraintes d'émettre des bulletins d'imposition rectificatifs une fois le protocole ratifié, afin de tenir compte de l'application rétroactive sur potentiellement plusieurs années.

Enfin, si par impossible, le Projet était adopté en sa forme actuelle, la Chambre de Commerce relève qu'aucune disposition légale ni même projet ou proposition dont il pourrait être pris connaissance n'existe aux Etats-Unis pour assurer une certaine réciprocité.

Pour conclure sur cette modification unilatérale rétroactive telle que prévue dans le Projet, la Chambre de Commerce est d'avis que si futur protocole entre les Etats-Unis et le Luxembourg il y a, il ne devrait être applicable qu'à compter du 1^{er} janvier qui suivra l'échange des instruments de ratification par les deux pays. Ceci étant, la Chambre de Commerce encourage vivement le gouvernement à communiquer sur l'évolution du dossier et à en discuter régulièrement avec la Chambre de Commerce et ses ressortissants afin que ces derniers puissent être en mesure de se préparer aux changements futurs.

B. Quant au fond

Si l'insécurité juridique est présente quant à la forme du procédé législatif employé, elle se reflète également au niveau du fond. Au-delà d'une erreur qui semble s'être glissée dans le commentaire de l'article³, l'application de la disposition unique du Projet est loin d'être évidente.

³ Dans le deuxième paragraphe du commentaire de l'article, il semble y avoir confusion entre Etat de la source et Etat de résidence. La Chambre de Commerce recommande donc de modifier l'extrait comme suit :

Tout d'abord, la Chambre de Commerce met en garde quant à l'éventuelle non-confirmité du Projet au regard du droit européen. En effet, les expressions « *montants payés ou crédités* » et « *Lorsqu'une entreprise d'un Etat contractant tire des revenus de l'autre Etat contractant et que le premier Etat contractant traite ces revenus comme des bénéficiaires imputables à un établissement stable situé à l'extérieur de cet Etat contractant* » renvoient notamment aux deux cas suivants :

- celui de revenus de source américaine « réalisés » par une succursale américaine d'un siège luxembourgeois ;
- celui de revenus de source luxembourgeoise « réalisés » par une succursale luxembourgeoise d'un siège américain.

Cette limitation est, par rapport aux règles européennes, susceptible d'engendrer des difficultés dans le cadre de l'interaction entre les traités préventifs de la double imposition et le droit européen puisque les Etats membres doivent se conformer au droit européen, et ce, même dans le cadre d'un traité avec un pays tiers (C.J.U.E., 15 janvier 2002, Elide Gottardo contre Istituto nazionale della previdenza sociale, C-55/00).

Or ici, le traitement fiscal défavorable réservé par exemple à des opérations de financement légitimes de société(s) américaines au moyen d'une structure non artificielle composée d'une succursale américaine d'un siège luxembourgeois pourrait s'avérer contraire à la liberté d'établissement ou encore à la liberté de circulation des capitaux telles que prescrites respectivement aux articles 45 à 55 et 63 à 66 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce relève une difficulté quant à l'interprétation de certains passages de l'article unique du Projet qui reprend textuellement en les traduisant en français les dispositions de l'article 1 paragraphe 8 du nouveau modèle de traité américain. Ces dispositions du nouveau modèle n'ont à ce jour fait l'objet d'aucun commentaire de la part des autorités fiscale américaines (ou *Technical explanation*).

Or, du fait de la spécificité du modèle américain par rapport au modèle OCDE et des notions de fiscalité américaines inconnues en droit luxembourgeois (e.g. *sourcing rules*), les explications techniques américaines sont cruciales pour déterminer la portée exacte de la terminologie utilisée afin de s'assurer de la bonne interprétation des dispositions, nécessaire à la sécurité juridique.

En matière d'interprétation, et sans préjudice quant aux remarques formulées sous le point A ci-avant, il importe ici encore de souligner la question de la signification exacte à donner aux termes « *les avantages de la convention ne s'appliquent pas* ». Si l'on s'en réfère aux commentaires du Projet ainsi qu'au communiqué du Département du Trésor américain en date du 22 juin 2016, il semble que les termes « *les avantages de la convention ne s'appliquent pas* » ne viseraient que les dispositions de la convention relatives à la retenue à la source américaine.

Commentaire du Projet : « *Les structures visées ont abouti à **une exemption des revenus de source américaine** dans la mesure où les Etats Unis d'Amérique n'ont pas considéré le revenu comme étant attribuable à un établissement stable et en vertu de la convention fiscale, les Etats*

« *considèrent que l'Etat de la source n'est pas tenu d'accorder les avantages prévus par la Convention dans toute situation où le revenu ayant sa source dans l'Etat de la source et réputé attribuable à un établissement stable en dehors de l'Etat de résidence* » et non « Etat de la source » comme indiqué dans le commentaire.

Unis d'Amérique n'ont pas imposé ce revenu au moment du paiement à une société luxembourgeoise ».

Commentaire du Département du Trésor américain: *“The Treasury Department and the Luxembourg Ministry of Fiscal Affairs agree that it is not consistent with the objet and purpose of the Convention for the United State to **reduce its domestic taxing rights under the Convention in this circumstance**”.*

Sur base des commentaires ci-dessus on pourrait donc *a priori* en déduire, malgré l'utilisation d'une terminologie plurielle, « les avantages », que la non application de la convention ne couvrirait pas du côté luxembourgeois l'exonération des profits réalisés par un établissement stable américain dans le chef du siège luxembourgeois.

Si cette interprétation est la bonne et par ailleurs en ligne avec la position des autorités fiscales luxembourgeoises par rapport à l'exonération des profits d'une succursale dans le cadre de la convention, il importe au nom de la sécurité juridique de l'affirmer de manière non équivoque. La Chambre de Commerce demande de matérialiser cette recommandation au moyen d'une révision de la rédaction de l'article unique en indiquant dans le préambule que ces dispositions n'ont trait qu'aux articles de la convention relatifs aux retenues à la source.

La Chambre de Commerce n'a pas d'autres commentaires à formuler.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut approuver le projet de loi sous avis que sous réserve de la prise en compte expresse de ses remarques.

PMR/PPA