

Objet: Projet de loi n°7031 portant transposition de la directive (UE) 2016/881 du Conseil du 25 mai 2016 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal et concernant les règles de déclaration pays par pays pour les groupes d'entreprises multinationales. (4684PMR)

*Saisine : Ministre des Finances
(3 août 2016)*

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

L'objet du Projet de loi sous avis (ci-après dénommé, le « Projet ») vise à transposer la Directive 2016/881 du Conseil du 25 mai 2016 (ci-après dénommée, la « Directive Coopération Quater » ou, en abrégé « DAC4 ») qui vient modifier la directive plus ancienne 2011/16/UE¹ relative à l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal (ci-après dénommée, la « Directive Coopération Initiale »), elle-même déjà modifiée à deux reprises par (i) la directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 (ci-après dénommée, la « Directive Coopération Bis ») et (ii) la directive 2015/2376 du Conseil du 8 décembre 2015 (ci-après dénommée, la « Directive Coopération Ter »).

Le Projet se compose d'un texte de loi comprenant onze articles et d'une annexe en cinq parties.

Considérations générales

1. Contexte

Pour la description du contexte et de son évolution, la Chambre de Commerce se permet de renvoyer aux avis qu'elle a émis à l'occasion de la transposition des Directives Coopération Initiale², Bis³ et Ter⁴.

¹ Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE.

² Avis de la Chambre de Commerce (i) du 26 novembre 2011 sur le projet de loi n°6455 portant transposition de la directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE et (ii) du 19 février 2014 sur le projet de loi n°6632 portant transposition de l'article 8 de la directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et portant modification 1. de la loi du 29 mars 2013 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal ; 2. de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu.

³ Avis de la Chambre de Commerce du 7 octobre 2015 sur le projet de loi n°6858 concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale et portant : 1. transposition de la directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal ; 2. approbation de l'Accord multilatéral entre Autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers, signé à Berlin le 29 octobre 2014 ; 3. modification de la loi modifiée du 29 mars 2013 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal.

⁴ Avis de la Chambre de Commerce du 14 juin 2016 sur le projet de loi n°6972 portant transposition de la directive (UE) 2015/2376 du Conseil du 8 décembre 2015 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal et portant modification de la loi modifiée du 29 mars 2013 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal.

A titre de bref rappel, la Directive Coopération Initiale avait ouvert la porte à l'échange automatique, mais cet échange ne concernait qu'une catégorie limitée de revenus, à savoir, les pensions, les salaires, les jetons de présence, les produits d'assurance sur la vie et les revenus de biens immobiliers, dont seuls les trois premiers font actuellement l'objet d'un échange automatique par le Luxembourg en vertu de la modification apportée à la Loi du 29 mars 2013 par la loi du 26 mars 2014 portant transposition de l'article 8 de la Directive Coopération Initiale⁵.

La Directive Coopération Bis est venue élargir le champ de l'échange automatique à d'autres personnes et à d'autres revenus similaires à ceux recueillis sous FATCA⁶, comme les numéros de comptes, les montants bruts des intérêts et dividendes, mais également les plus-values sur la vente d'instruments financiers et le solde des comptes visés à la fin de la période clef.

La Directive Coopération Ter, quant à elle, a élargi davantage encore le champ de l'échange automatique aux décisions fiscales anticipées en matière transfrontière et aux accords préalables en matière de prix de transfert pour les groupes dont le chiffre d'affaire net dépasse un certain montant.

Dans le cadre du présent avis, c'est la Directive Coopération Quater qu'il convient d'analyser. La DAC4 traduit en droit européen le volet n°13 du plan d'action BEPS⁷ relatif à la communication par les groupes d'entreprises multinationales, pour chaque juridiction fiscale dans laquelle ils exercent des activités, du montant de leur chiffre d'affaires, de leur bénéficiaire avant impôts et des impôts sur les bénéficiaires qu'ils ont acquittés et ceux qui sont dus, au-delà d'un certain chiffre d'affaires.

Les instructions de l'OCDE relatives à la mise en œuvre de la documentation des prix de transfert et de la déclaration pays par pays préconisent une approche normalisée à trois niveaux, reprise dans la DAC4 : (i) un fichier principal contenant des informations normalisées relatives à l'ensemble des membres du groupe d'entreprises multinationales considéré ; (ii) un fichier local faisant spécifiquement référence aux transactions importantes du contribuable local ; et (iii) une déclaration pays par pays contenant certaines informations relatives à la répartition mondiale notamment des bénéfices des entreprises multinationales et des impôts qu'elles acquittent, accompagnées de certains indicateurs concernant la localisation des activités du groupe d'entreprises multinationales considéré (la « déclaration pays par pays »).

2. Appréciation globale

La Chambre de Commerce est d'avis que le Projet restitue fidèlement les dispositions de la Directive Coopération Quater, à l'exception de la section II de l'annexe au Projet dont le champ d'application dépasse celui prévu par la DAC4 (voir commentaire des articles ci-après).

⁵ Le revenu d'intérêts pouvait, sur demande du contribuable personne physique, faire l'objet d'un échange automatique mais en vertu d'un autre texte, à savoir, la directive dite « Directive Epargne » pour laquelle le Luxembourg avait jusque-là obtenu un régime dérogatoire. Cet échange s'est mué, depuis cette année, en un échange automatique. La Directive Epargne a été abrogée par la directive (UE) 2015/2060 du Conseil du 10 novembre 2015 abrogeant la directive 2003/48/CE en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts et son contenu a été repris anticipativement par la Directive Coopération Bis, transposée par la loi du 18 décembre 2015 concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale et portant 1. transposition de la directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal; 2. modification de la loi modifiée du 29 mars 2013 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal.

⁶ Acronyme anglais de « *Foreign Account Tax Compliance Act* ».

⁷ Acronyme anglais de « *Base erosion and profit shifting* ».

Des précisions pourraient également être apportées afin de faciliter l'application de la législation, et ce, au sujet de (i) la définition des entreprises soumises à déclaration et (ii) du contenu de la déclaration pays par pays, ainsi qu'il sera détaillé ci-dessous. D'autres imprécisions sont, quant à elles, générées directement par le texte de la DAC4, littéralement repris dans le Projet, et auxquelles ce dernier pourrait difficilement apporter une réponse. Ainsi, la définition d'« Entité mère ultime » prévue à la section I, point 8 de l'annexe au Projet reproduit fidèlement le passage correspondant de la version française de la DAC 4 au point 7 de la section I de l'annexe. Cependant, cette définition inclut notamment le passage suivant (a) : « [...] est tenue d'établir des Etats financiers consolidés [...] ou serait tenue de le faire si ses participations étaient cotées en Bourse dans sa juridiction de résidence fiscale⁸ ». La Chambre de Commerce s'interroge quant à savoir si le terme « participations » ne serait pas utilisé en lieu et place du mot « actions »⁹.

Enfin, la Chambre de Commerce regrette que les rares latitudes permises par la DAC4 n'aient pas été exploitées dans le Projet, alors qu'elles visent essentiellement à octroyer des délais supplémentaires aux Entités constitutives des Groupes d'entreprises multinationales¹⁰ dans l'acquittement de leurs obligations de déclaration. La Chambre de Commerce relève les exemples suivants :

- (i) les articles 2 et 6 du Projet détaillent les délais respectivement de dépôt de la déclaration pays par pays et de communication de cette déclaration aux juridictions étrangères concernées. À ce titre, l'Entité déclarante dispose d'un délai de 12 mois à compter du dernier jour de l'exercice fiscal déclarable pour déposer cette déclaration. L'administration dispose, pour sa part, d'un délai de 15 mois à compter du dernier jour de l'exercice fiscal pour communiquer la déclaration aux juridictions concernées, ce qui lui assure un délai de battement de 3 mois entre le dépôt des déclarations et la date limite de leur échange avec les juridictions concernées. Toutefois, l'article 6 ajoute que le délai de communication du premier exercice fiscal d'application de cette obligation est porté à 18 mois, soit 3 mois supplémentaires. En revanche, aucune mention similaire ne touche les Entités déclarantes. Or, la charge administrative liée à l'introduction de cette obligation est aussi lourde, sinon plus, pour les entreprises concernées que pour l'administration. Aucune disposition de la DAC4 ne paraît s'opposer à une extension du délai en ce qui concerne la communication des déclarations par les Entités déclarantes au titre de l'année 2016.

La Chambre de Commerce suggère dès lors que les Entités déclarantes puissent bénéficier de la même manière de 3 mois supplémentaires de façon à porter le délai à 15 mois pour la remise des premières déclarations au titre de l'année 2016 à l'Administration des contributions directes, par une modification de l'article 2 du Projet ;

- (ii) la section II, point 1 de l'annexe à la DAC4 prévoit que « *Sans préjudice de l'obligation incombant à l'Entité mère ultime visée à l'article 8 bis, paragraphe 1,*

⁸ Version anglaise : « [...] or would be so required if its equity interests were traded on a public securities exchange in its jurisdiction of tax residence ».

⁹ De même, s'agissant des points 3 et 4, section II de l'annexe à la DAC4, la Chambre de Commerce estime que si l'option était levée par le Luxembourg, et elle le recommande dans la suite du présent avis, l'expression « pour l'Exercice fiscal précédent », littéralement empruntée à la DAC4, tant dans sa version française que dans sa version anglaise équivalente, est à comprendre comme « l'Exercice fiscal correspondant à l'Exercice fiscal déclarable ».

¹⁰ Tout terme capitalisé non-autrement défini dans le présent avis renvoie à la signification lui assignée par la DAC4 et le Projet.

ou à son Entité mère de substitution de déposer la première déclaration pays par pays pour l'Exercice fiscal du Groupe d'entreprises multinationales commençant le 1^{er} janvier 2016 ou après cette date, les États membres peuvent décider que l'obligation pesant sur les Entités constitutives énoncée au point 1 de la présente section s'applique aux déclarations pays par pays pour ce qui est des Exercices fiscaux déclarables commençant le 1^{er} janvier 2017 ou après cette date ».

La Chambre de Commerce recommande dès lors de permettre aux Groupes d'entreprises multinationales et aux Entités constitutives luxembourgeoises concernées de mieux se préparer à la collecte des informations et à leur transmission et donc, de faire usage de cette possibilité ;

- (iii) *la section II, point 3 de l'annexe à la DAC4 mentionne que « Les États membres exigent que toute Entité constitutive d'un Groupe d'entreprises multinationales qui réside dans un État membre à des fins fiscales indique à l'État membre en question si elle est l'Entité mère ultime, l'Entité mère de substitution ou l'Entité constitutive désignée au titre du point 1, au plus tard le dernier jour de l'Exercice fiscal déclarable de ce Groupe d'entreprises multinationales. Les États membres peuvent prolonger ce délai jusqu'au dernier jour fixé pour le dépôt, par l'Entité constitutive concernée, de sa déclaration fiscale pour l'exercice fiscal précédent ».*

La Chambre de Commerce demande ici aussi d'octroyer l'extension de délai dans lequel les Entités constitutives des Groupes d'entreprises multinationales peuvent notifier leur statut à l'administration ;

- (iv) *enfin, selon la section II, point 4 de l'annexe à la DAC4 « Les États membres exigent que, lorsqu'une Entité constitutive d'un Groupe d'entreprises multinationales qui réside à des fins fiscales dans un État membre n'est ni l'Entité mère ultime, ni l'Entité mère de substitution, ni l'Entité constitutive désignée au titre du point 1, elle communique à l'État membre en question l'identité et la résidence fiscale de l'Entité déclarante, au plus tard le dernier jour de l'Exercice fiscal déclarable de ce Groupe d'entreprises multinationales. Les États membres peuvent prolonger ce délai jusqu'au dernier jour fixé pour le dépôt, par l'Entité constitutive concernée, de sa déclaration fiscale pour l'exercice fiscal précédent ».*

Ici encore, la Chambre de Commerce recommande de permettre aux Entités constitutives d'un Groupe d'entreprises multinationales telles que définies dans la disposition ci-dessus de communiquer les informations jusqu'au dernier jour fixé pour le dépôt de sa déclaration fiscale pour l'Exercice fiscal déclarable.

Pour le surplus, la Chambre de Commerce se permet de renvoyer aux commentaires généraux qu'elle a eu l'occasion de formuler dans les avis précités relatifs aux Directives Coopération Initiale, Bis et Ter, notamment en ce qui concerne la mise en œuvre proportionnée pour les entreprises concernées par l'échange, lesquelles doivent consentir à ce titre des investissements significatifs. Elle rappelle aussi qu'il importe de garantir que l'échange automatique de renseignements en matière fiscale s'inscrive dans un cadre strictement défini, plus particulièrement en matière de sécurité dans la transmission de données.

Commentaire des articles

Concernant l'article 5 du Projet

L'article 5, paragraphe (c), du Projet reprend, quant au contenu des déclarations pays par pays, les dispositions de la DAC4 mais y ajoute l'élément suivant :

« c) des informations ou explications complémentaires sont, le cas échéant, à fournir en vue de faciliter la compréhension des informations indiquées aux lettres a) et b) de cet alinéa. »

Pour la Chambre de Commerce, cette formulation très vague ne permet pas d'établir clairement dans quelles circonstances des informations complémentaires doivent être fournies.

Elle préconise dès lors de procéder à la modification suivante :

« c) des informations ou explications complémentaires ~~sont, le cas échéant, à fournir~~ peuvent être fournies, et doivent l'être sur demande de l'Administration des contributions directes, en vue de faciliter la compréhension des informations indiquées aux lettres a) et b) de cet alinéa. »

Concernant la section I, point 3 de l'annexe au Projet

Le point 3, section I de l'annexe au Projet renferme une définition du terme « Entreprise ». D'après le paragraphe 55 de l'action 13 du plan BEPS, des exceptions spécifiques sont envisageables. La Chambre de Commerce suggère donc, dans la mesure du possible, d'utiliser cette possibilité pour les cas où tout risque d'abus serait exclu. Il conviendra de définir, de concertation avec les acteurs concernés, les exceptions à apporter au terme d' « Entreprise ».

Concernant la section II, point 1 de l'annexe au Projet

La Section II de l'Annexe du Projet précité introduit sous le point 1 l'obligation pour une Entité constitutive résidente fiscale luxembourgeoise qui n'est pas une Entité mère ultime d'un Groupe d'entreprises multinationales de se charger du dépôt de la déclaration pays par pays notamment si « (i) l'Entité mère ultime du Groupe d'entreprises multinationales n'est pas tenue de déposer une déclaration pays par pays dans sa juridiction fiscale », conformément à la Directive 2016/881/UE. Une dérogation est prévue sous le point 2, suivant laquelle l'Entité constitutive luxembourgeoise est libérée de son obligation de déclaration si cette déclaration a été transmise pour le compte du Groupe par une Entité mère de substitution auprès de sa juridiction lorsque « a) la juridiction de résidence fiscale de l'Entité mère de substitution [résidente fiscale hors-UE] impose le dépôt des déclarations pays par pays conformes aux exigences de l'article 5 de la présente loi ».

La Chambre de Commerce comprend que la DAC4 ne s'applique, dans le contexte de la disposition européenne équivalente, qu'aux Entités mères de substitution résidentes de l'Union européenne. Or, elle note que la formulation du texte du Projet ne reprend pas cette nuance pour s'appliquer à toutes les Entités mères de substitution, peu importe leur résidence fiscale.

L'exposé des motifs justifie une telle extension du champ d'application par la volonté de se conformer non seulement à la DAC4 mais, par la même occasion, à « *l'action 13 du projet OCDE/G20 en ce qui concerne la déclaration pays par pays. En effet, le Grand-Duché de Luxembourg a ratifié le 27 janvier 2016 l'accord multilatéral entre autorités compétentes portant sur l'échange des déclarations pays par pays qui a été élaboré par l'OCDE afin d'implémenter la partie y relative de l'action 13 et s'est ainsi engagé à échanger les données visées avec les autres pays signataires* ».

Si elle reconnaît en cette extension du champ d'application la volonté louable du gouvernement de participer pleinement au jeu de la transparence au-delà du territoire européen, la Chambre de Commerce souhaite tout de même faire part de ses interrogations sur la méthodologie employée.

Tout d'abord, la Chambre de Commerce estime que le Projet, dans sa forme actuelle, n'est pas l'endroit adéquat pour implémenter l'accord du 27 janvier 2016 précité, sauf à prévoir une disposition d'approbation, à l'instar de ce qui a été fait dans le projet de loi n°6858 qui ne s'est pas contenté de transposer la Directive Coopération Bis, mais a également ratifié l'Accord multilatéral entre Autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers signé à Berlin le 29 octobre 2014.

Par ailleurs, sur le fond, l'élargissement du champ d'application pose également une difficulté pratique liée à l'implémentation différée de l'action 13 du plan BEPS par certains pays. Plus particulièrement, la Chambre de Commerce demande de reconsidérer dans le Projet les conséquences de l'absence d'obligation de déclaration pays par pays dans la juridiction de l'Entité mère ultime sur l'Entité constitutive luxembourgeoise¹¹. Cette clarification serait des plus pertinentes dans un contexte où de nombreux Groupes d'entreprises multinationales disposent d'une Entité mère ultime résidant aux USA, mais aussi en Suisse ou au Japon. Or, ce sont précisément ces juridictions qui ont indiqué ne pas pouvoir mettre en place l'obligation de déclaration pays par pays au titre de l'année 2016.

A cet égard, le Guide pratique relatif à la déclaration pays par pays récemment publié par l'OCDE¹² traite justement de la période de transition nécessaire pour ces juridictions et leur recommande de mettre en place un système de déclaration volontaire dit « *parent surrogate filing* » tout en précisant que les juridictions qui appliqueraient l'obligation à compter de janvier 2016 doivent prendre en compte cette déclaration volontaire de manière à libérer les Entités constitutives y résidentes de cette obligation (page 4, point 2, du guide précité) : « *by the first filing deadline of the CbC report, the jurisdiction of tax residence of the Ultimate Parent Entity must have its laws in place to require CbC reporting (even if filing of a CbC report for the Reporting Fiscal Year in question is not required under those laws)*», sous réserve du respect des conditions suivantes :

- (i) la déclaration volontaire est conforme aux exigences de l'Action 13 du plan d'action BEPS ;
- (ii) la juridiction de résidence de l'Entité mère ultime doit mettre en place l'obligation de déclaration pays par pays ainsi qu'un Accord éligible entre autorités compétentes avant la fin du premier délai de dépôt des déclarations pays par pays ;
- (iii) aucune défaillance systémique n'a été notifiée par la juridiction de l'Entité mère ultime;

¹¹ Sont ainsi visées les situations où une Entité mère de substitution s'est chargée de remplir *volontairement* une déclaration dans sa juridiction de résidence, quand bien même la juridiction de l'Entité mère ultime n'imposerait *pas encore* d'obligation de déclaration en raison d'un retard de transposition.

¹² <https://www.oecd.org/tax/guidance-on-the-implementation-of-country-by-country-reporting-beps-action-13.pdf>

- (iv) les notifications suivantes ont été effectuées : l'Entité mère ultime a notifié sa juridiction de résidence au plus tard le dernier jour de l'exercice fiscal déclarable, et une Entité constitutive du Groupe a informé le Luxembourg de l'identité de l'Entité déclarante.

Sur base de ce qui précède, la Chambre de Commerce demande une modification des dispositions susvisées à la Section II de l'Annexe du Projet suivant l'approche retenue par l'OCDE, de manière à exclure expressément du champ d'application de l'obligation de déclaration pays par pays les Entités constitutives résidentes au Luxembourg dont l'Entité mère de substitution a déposé une déclaration volontaire dans sa propre juridiction fiscale, et ce, tout en restant conforme à la DAC4.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce peut marquer son accord au projet de loi sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

PMR/DJI