

Objet: Projet de loi n°7318

1) transposant la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016

établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur ;

2) modifiant la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;

3) modifiant la loi modifiée du 1er décembre 1936 concernant l'impôt commercial («Gewerbsteuergesetz»);

4) modifiant la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 («Steueranpassungsgesetz»);

5) modifiant la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 («Abgabenordnung»). (5123PMR)

*Saisine : Ministre des Finances
(22 juin 2018)*

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

Le Projet de loi sous avis (ci-après, le « Projet ») vise à transposer la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur (ci-après, l'« ATAD1 »). Cette transposition a vocation à s'opérer dans le droit interne par le biais de la modification des quatre textes suivants :

- loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (ci-après, la « LIR »),
- loi modifiée du 1er décembre 1936 concernant l'impôt commercial ou « *Gewerbsteuergesetz* »,
- loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (ci-après, la « StAnpG »), et
- loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (ci-après, l'« AO »).

Résumé synthétique

L'ATAD1, que le Projet se propose de transposer, est une des principales réponses européennes aux conclusions du rapport BEPS¹ sur certaines actions bien spécifiques en vue de limiter la planification fiscale dite « agressive » visant à réduire la base d'imposition.

D'une manière générale, si la proposition de transposition de l'ATAD1 en droit luxembourgeois est relativement fidèle au texte de la directive la Chambre de Commerce s'inquiète toutefois des points suivants défavorables pour ses ressortissants:

- la suppression du mécanisme d'imposition différée en cas de conversion d'un emprunt,
- l'absence d'exercice de l'option prévue à l'article 4, paragraphe 1, alinéa 3 de l'ATAD1 à l'endroit de l'article 2, point 2° du Projet en matière d'intégration fiscale,
- l'insertion anticipée des règles relatives aux mécanismes anti-instruments hybrides qui ne doivent être mises en vigueur que sous la directive dite « ATAD2 »² et pas avant le 1^{er} janvier 2020,

¹ Acronyme anglais pour « *Base Erosion and Profit Shifting* ».

² Directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers [i.e. l'ATAD1], ci-après, l'« ATAD2 » dont la date de transposition est fixée au 31 décembre 2019 pour la plupart des dispositions.

- l'absence de clarté quant à l'application d'autres règles dans le temps, notamment au sujet (i) de la clause de sauvegarde pour les emprunts contractés avant le 17 juin 2016 concernant la déductibilité des intérêts et (ii) des établissements stables préexistants.
- la juxtaposition plutôt que l'intégration profonde des nouvelles règles (a) entre elles et (b) au sein du corpus de règles luxembourgeoises existantes³ et
- l'insécurité juridique créée par les nouveaux concepts non ou insuffisamment définis.

Ces deux derniers points reviennent de manière récurrente, quel que soit le sujet traité (imposition à la sortie, bénéfice des sociétés étrangères contrôlées, règle de limitation de la déduction des intérêts, règle anti-hybride, règle anti-abus générale et définition d'établissement stable). La transposition d'une telle directive nécessite indéniablement pour certaines mesures une révision des dispositifs existants.

Or, la transposition se doit d'être parfaite, sur la forme et au fond. Dans le contexte actuel de concurrence accrue entre les Etats membres, il est primordial d'ouvrir le maximum d'options, tout en collant au plus près au texte de l'ATAD1 afin d'assurer une sécurité juridique, indispensable au bon climat des affaires, nécessitant parfois paradoxalement de définir clairement certains termes en droit interne. Une bonne transposition passe également par un effort particulier d'anticipation de l'impact budgétaire, même et surtout dans les situations complexes. Tout ceci vient en sus de la demande récurrente de la Chambre de Commerce depuis quelques années de voir baisser le taux facial de l'impôt sur le revenu des collectivités, afin de converger au moins vers la moyenne européenne de 21%.

* * *

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

Appréciation du projet de loi :

	Incidence
Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	+/- ⁴
Impact financier sur les entreprises	-
Transposition de la directive	+/- ⁵
Simplification administrative	n.a.
Impact sur les finances publiques	?
Développement durable	+

Appréciations :	++	:	très favorable
	+	:	favorable
	0	:	neutre
	-	:	défavorable
	--	:	très défavorable
	n.a.	:	non applicable
	?	:	effet inconnu/non-déterminable

³ Ceci est particulièrement pertinent pour l'application de la règle de limitation de la déduction des intérêts, les diverses clauses anti-abus et les règles relatives aux hybrides si ces dernières venaient à être maintenues dans le Projet.

⁴ La transposition de l'ATAD1 participe des exigences d'une compétitivité saine au sein de l'Union européenne (en abrégé ci-après, l'« UE »). Une note négative pourrait cependant être octroyée pour ne pas avoir utilisé toutes les possibilités permises par l'ATAD1.

⁵ Voir les considérations générales, point 1.

Table des Matières

Contexte et évolution.....	5
Considérations générales.....	5
1. <i>Appréciation de la transposition de l'ATAD1</i>	6
2. <i>Impact financier non chiffré</i>	7
Commentaire des articles.....	10
Concernant l'article 22bis LIR projeté à l'article 1 ^{er} , point 1° du Projet relatif aux emprunts convertibles .	10
Concernant l'article 38 LIR projeté à l'article 1 ^{er} , point 3° du Projet relatif à l'imposition à la sortie	11
1. <i>Remarque préliminaire</i>	11
2. <i>Imbrications du dispositif</i>	11
a. <i>Avec la logique du système actuel</i>	11
b. <i>Avec une extension souhaitée à certaines opérations nationales</i>	11
c. <i>Avec la loi du 27 juillet 2003</i>	12
d. <i>Avec les dispositions finales</i>	12
Concernant l'article 164ter LIR projeté à l'article 2, point 1° du Projet relatif aux SEC	12
1. <i>Précisions de diverses notions</i>	12
a. <i>Conditions pour être qualifiée de SEC</i>	12
b. <i>Détermination du revenu à inclure au niveau du contribuable luxembourgeois</i>	14
c. <i>Notion de fonctions importantes</i>	15
2. <i>Imbrication du dispositif</i>	15
a. <i>Avec les articles 56 et 56bis LIR</i>	15
b. <i>Avec la nouvelle règle de limitation des intérêts</i>	16
c. <i>Avec le droit international</i>	17
Concernant l'article 168bis LIR projeté à l'article 2, point 2° du Projet relatif à la règle de limitation de la déductibilité des intérêts.....	17
1. <i>Précisions de diverses notions</i>	17
a. <i>« Coûts d'emprunt » et « revenus d'intérêts imposables »</i>	17
b. <i>« Entité autonome »</i>	19
2. <i>Imbrication du dispositif</i>	21
a. <i>Avec les règles dites de « recapture »</i>	21
b. <i>Avec les règles d'intégration fiscale</i>	22
c. <i>Avec les emprunts contractés avant le 17 juin 2016</i>	23
Concernant l'article 168ter LIR projeté à l'article 2, point 3 du Projet relatif aux instruments hybrides	24
1. <i>Délai de transposition</i>	24
2. <i>Texte du projet d'article 168ter L.I.R.</i>	24
a. <i>Précisions de diverses notions</i>	24
i. <i>Types de transactions visées</i>	24
ii. <i>Définition des conséquences d'un dispositif hybride</i>	25
b. <i>Imbrication du dispositif</i>	25
Concernant le paragraphe 6 StAnpG projeté à l'article 4, point 1 du Projet relatif à l'abus de droit.....	25

1.	<i>Précision de diverses notions</i>	25
a.	<i>Notion de « loi fiscale »</i>	25
b.	<i>Les impôts visés</i>	26
c.	<i>Les personnes visées</i>	26
2.	<i>Imbrication du dispositif</i>	26
Concernant le paragraphe 16 StAnpG projeté à l'article 4, point 2 du Projet relatif aux ES		26
1.	<i>Précision de diverses notions</i>	26
a.	<i>La notion d'activité d'un ES</i>	26
b.	<i>La notion de confirmation de l'existence d'un ES</i>	27
2.	<i>Imbrication du dispositif</i>	28
a.	<i>Dans le droit interne</i>	28
b.	<i>Dans le droit international</i>	29
c.	<i>Dans le temps</i>	29
Concernant les articles 6 et 7 du Projet relatifs respectivement aux mesures de transition et d'entrée en vigueur		29

Contexte et évolution

Comme le souligne l'exposé des motifs du Projet, l'ATAD1 constitue l'une des principales réponses européennes au rapport BEPS publié fin 2015 par l'OCDE. Ce rapport visait à établir un « guide de bonnes pratiques fiscales » en quinze actions en vue de mettre fin aux situations de non-imposition ou d'imposition jugée « trop » faible, si tant est qu'il existe une norme en la matière. S'il n'est doté d'aucune force contraignante, sinon l'autorité politique qu'il emporte et le risque pour les Etats réfractaires de se retrouver sur une liste noire, le rapport a eu et continue d'avoir des conséquences bien réelles sur l'activité législative des Etats qui se sont engagés à le mettre en œuvre pour que l'impôt soit payé là où les bénéfices et la valeur sont générés.

Au gré des différents épisodes médiatiques ayant fait la chronique en matière de structuration fiscale, l'UE avait déjà pris un peu d'avance sur les travaux du BEPS, notamment concernant l'échange d'informations - elle en est déjà à sa sixième génération de directives sur l'échange automatique⁶ - mais également avec les directives 2014/86/UE et 2015/121/UE qui ont modifié le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents prévu sous la Directive 2011/96/UE. Par le biais détourné du contrôle par la Commission européenne, et dans le sillage des travaux du groupe « Code de Conduite », l'UE s'est aussi penchée sur d'autres matières traitées par le rapport BEPS, notamment le volet relatif à la propriété intellectuelle et à l'imposition à la sortie, encouragée par les indications apportées par la Cour de justice de l'UE.

L'ATAD1, qui a déjà fait l'objet d'une directive modificatrice avant même que le délai de transposition ne soit expiré, s'attache à traiter des problématiques suivantes :

- imposition à la sortie ou « *exit tax* »,
- limitation de la déductibilité des intérêts⁷,
- bénéfice des sociétés étrangères contrôlées (en abrégé ci-après, les « SEC »),
- clause anti-abus générale (en abrégé ci-après, la « GAAR⁸ »).

Au-delà de la transposition de l'ATAD1, le Projet contient des dispositions non requises par l'ATAD1 relatives aux :

- conversion d'emprunts,
- établissements stables (en abrégé ci-après, les « ES ») et dispositifs anti-hybrides (par application de l'ATAD2).

Considérations générales

Avant d'entrer dans l'examen détaillé des dispositions du Projet qui appellent un commentaire de sa part, la Chambre de Commerce aimerait émettre des considérations générales sur le mode de transposition utilisé pour l'ATAD1 ainsi que sur l'absence d'estimation disponible sur l'impact financier du Projet.

⁶ Directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration.

⁷ Considérant n°9 de l'ATAD1 : « Bien qu'il soit généralement admis que les entreprises financières, à savoir les institutions financières et les compagnies d'assurance, devraient aussi être soumises à des limitations de la déductibilité des intérêts, il est également reconnu que ces deux secteurs présentent des caractéristiques particulières qui requièrent une approche plus adaptée à leurs besoins. Étant donné que les discussions dans ce domaine ne sont pas encore assez concluantes au niveau international et de l'Union, il n'est pas encore possible de prévoir des règles spécifiques dans les secteurs de la finance et des assurances et les États membres devraient donc pouvoir les exclure du champ d'application des règles de limitation des intérêts ».

⁸ Acronyme anglais pour « *General Anti Abuse Rule* ».

1. *Appréciation de la transposition de l'ATAD1*

La Chambre de Commerce accueille plutôt favorablement la manière dont le Gouvernement luxembourgeois a entendu transposer ATAD en droit interne luxembourgeois. Afin de rester compétitif vis-à-vis des autres Etats membres de l'UE dans un contexte européen d'harmonisation fiscale accrue, le Gouvernement a utilisé une **large majorité des options offertes** par l'ATAD1 afin de limiter le champ d'application de certaines de ces mesures ou de rendre leur application plus flexible. Dans ce sens, la Chambre de Commerce ne peut que saluer la démarche.

Néanmoins, elle s'interroge sur la raison pour laquelle les auteurs n'ont pas été au bout de la démarche de transposition flexible tout en restant dans le cadre des dispositions européennes.. Dans le contexte actuel de concurrence entre les Etats entre eux, le Luxembourg ne peut en effet se permettre de laisser échapper la moindre opportunité et se doit d'offrir le plus de flexibilité et de sécurité juridique à ses contribuables actuels et futurs.

C'est notamment le cas en matière d'intégration fiscale où **l'option disponible n'a pas été exercée**, ainsi qu'il sera expliqué sous le commentaire de l'article 2, point 2° du Projet ci-après.

De la même manière, la Chambre de Commerce ne s'explique pas pourquoi les auteurs ont voulu **aller au-delà de ce qui était requis par l'ATAD1 au niveau du timing mais également au niveau de la terminologie utilisée. Compte tenu de la complexité d'interprétation et d'application des nouvelles règles imposées par l'ATAD 1, aller au-delà de ce qui est requis par la directive ne semble ni justifié, ni judicieux.**

La Chambre de Commerce ne s'explique pas non plus pourquoi les auteurs ont **opté pour une suppression pure et simple de certains mécanismes alors qu'une exclusion limitée aux cas qui pourraient être considérés comme « abusifs » serait beaucoup plus adaptée et proportionnée.**

S'agissant du timing, les mesures d'ATAD1 relatives aux instruments hybrides ont été remplacées par celles contenues dans l'ATAD2, le délai de transposition de la totalité de ces mesures ayant été porté au 31 décembre 2019 afin que les dispositions deviennent applicables à partir du 1^{er} janvier 2020 (et même au 1^{er} janvier 2022 pour les dispositifs anti-hybrides inversés). Dès lors, la Chambre de Commerce s'interroge en l'occurrence sur la nécessité de la transposition en droit luxembourgeois, dès maintenant, d'une mesure entre temps remplacée. Et ce, d'autant que les commentaires du Projet indiquent à cet égard que la transposition de l'ATAD2 fera l'objet d'un projet de loi distinct qui sera présenté dans le courant de 2019. Plutôt que de devoir modifier à nouveau la mesure dans les 12 mois à venir, la Chambre de Commerce estime qu'il serait préférable de retirer purement et simplement les mesures anti-hybrides du Projet afin que la question relative à tous les types de dispositifs hybrides, qu'ils interviennent au sein de l'UE ou dans les relations avec les pays tiers, soit abordée dans un même texte de loi avec une entrée en vigueur aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2020. Cette solution aurait, de surcroît, pour avantage, d'accorder aux contribuables luxembourgeois une année supplémentaire pour se préparer, et ce, conformément à ce que l'ATAD2 prévoit⁹. Pour le

⁹ Il est à noter que la problématique des dispositifs anti-hybrides dans les relations intra-UE est déjà partiellement couverte par les dispositions de la législation fiscale luxembourgeoise en vigueur (article 166 - 2bis LIR).

S'il était cependant décidé d'introduire des mesures anti-hybrides dès 2019, il faudrait en tout état de cause préciser par exemple dans les commentaires à émettre par la Commission du budget et des finances dans son rapport que ces mesures devront être interprétées à la lumière des dispositions modifiées incluses dans l'ATAD 2. En effet, l'ATAD 2 introduisant des mesures plus détaillées et précises que celles de l'ATAD1, il est impératif qu'il ne soit pas fait une interprétation plus large des mesures comprises dans l'ATAD1 que de celles relatives aux mesures introduites par l'ATAD 2. En d'autres termes, il faudra s'assurer qu'un dispositif

surplus, la Chambre de Commerce se permet de renvoyer aux commentaires qu'elles formulera sous l'article 168ter LIR projeté à l'article 2, point 3° du Projet.

Concernant la terminologie utilisée, toujours au sujet des instruments hybrides, le Projet se réfère, au point 2 de l'article 168ter, alinéa 1^{er} LIR projeté, à la notion de dépense d'exploitation lorsque l'ATAD1 fait, quant à elle, expressément référence à la notion de « paiement ». Par ce changement de terminologie, le Projet va au-delà du texte de l'ATAD1 et s'écarte également des recommandations du rapport final de l'Action 2 de l'initiative BEPS sans explication ou justification compréhensible.

Enfin, il faut noter la suppression de la taxation différée en cas de conversion d'un emprunt.

Par ailleurs, la transposition en droit interne d'une telle directive modifie en profondeur le droit fiscal luxembourgeois. Dès lors, il importe, aux yeux de la Chambre de Commerce, de ne paradoxalement pas se limiter au principe de transposition « *la directive, rien que la directive* » mais de tenir compte du fait que le Projet doit former un tout cohérent avec les dispositions déjà en vigueur, nécessitant dans certains cas de les revisiter voire de les refondre, et non pas de seulement les juxtaposer aux dispositions existantes. Il convient d'apporter de la sécurité juridique aux contribuables luxembourgeois. A cet égard, il importe notamment que la transposition soit menée de telle sorte à éviter des **conflits d'interprétation relatifs à l'interaction des nouvelles mesures entre elles mais également avec celles existantes**.

A titre d'exemple, le Projet introduit en droit interne un certain nombre de clauses anti-abus spécifiques et une GAAR. La question de l'interaction et de l'ordre d'application de ces différentes dispositions entre elles, mais également avec les dispositions existantes se pose. A cet égard, la Chambre de Commerce se permet de renvoyer aux explications plus détaillées qu'elle formulera sous le commentaire du paragraphe 6 StAnpG.

La même problématique se pose pour ce qui est des interactions entre les différentes règles visant à limiter la déduction des intérêts, qui pourraient autrement se révéler très complexes, ainsi qu'il sera expliqué sous le commentaire de l'article 2, point 2° du Projet ci-après.

Enfin, l'interaction entre les différentes règles anti-hybrides (articles 168ter et 166 LIR) et entre les règles anti-hybrides et les autres dispositions devrait également être clarifiée.

De la même façon, l'incorporation de concepts directement issus de l'ATAD1 en droit interne appelle à plus de clarifications que ce qu'exige ladite directive et à fournir des définitions précises, ainsi que des exemples d'application, afin de **circonscrire au mieux ces concepts inexistant**s jusqu'alors en droit luxembourgeois.

2. Impact financier non chiffré

La Chambre de Commerce constate que le Projet ne comporte aucune évaluation précise de son incidence financière. Une telle situation n'est guère surprenante en raison de l'extrême complexité du domaine couvert. Si le Projet est susceptible de renforcer les activités économiques effectivement prestées par des entreprises existantes, ce qui est de nature à favoriser la création de valeur ajoutée sur le territoire national, dans un même temps, les nouvelles dispositions fiscales pourraient cependant induire une perte d'attractivité et par

ne soit considéré comme un dispositif hybride tombant dans le champ de la loi transposant l'ATAD1 que dans la mesure où il aurait été considéré comme un dispositif hybride couvert par les mesures anti-hybride de l'ATAD 2 et dans la stricte limite des dispositifs hybride expressément couvert par l'ATAD1.

conséquent une déperdition d'activités pour le Luxembourg. Il est dans l'état actuel des choses très difficile de chiffrer ces deux effets et davantage encore la résultante (création ou perte nette de valeur ajoutée) de ces deux impacts agissant en sens opposé. Les sociétés dites de participation financière sont concernées par cette interrogation. Ainsi, selon le rapport du CES¹⁰, elles contribuaient en 2014 aux recettes totales de l'impôt sur le revenu des collectivités à raison de 28,2% – ce qui représentait alors plus de 400 millions d'euros.

Dans ces conditions, la Chambre de Commerce recommande au Gouvernement de lancer dès que possible une démarche analytique, permettant d'évaluer à l'avenir les retombées des nouvelles réglementations fiscales en termes de valeur ajoutée, de finances publiques et d'emploi. Une telle évaluation devrait certes probablement reposer sur des fourchettes plus ou moins larges, mais elle serait en tout état de cause éminemment préférable à l'incertitude prévalant actuellement. Les autorités pourraient notamment s'inspirer de pratiques étrangères. Ainsi et à titre d'exemple, l'incidence de la réforme fiscale américaine de décembre 2017 a pu être estimée sur un horizon de long terme au moyen d'un modèle néoclassique et, pour ce qui est de son impact à court terme, sur la base de régressions économétriques¹¹. La Chambre de Commerce encourage les autorités à évaluer la faisabilité d'approches de ce type, ou le cas échéant d'évaluations plus « micro-économiques », dans la situation spécifique du Luxembourg.

La Chambre de Commerce note en tout cas avec intérêt le passage suivant de la fiche financière du Projet : « *Dans le cadre de l'élaboration du budget pluriannuel de l'Etat, l'évolution des recettes fiscales liées aux catégories d'impôts mentionnées ci-avant continuera d'être scrutée et analysée en détail pour adapter, le cas échéant, les prévisions budgétaires de manière subséquente* ». Le Luxembourg ne peut en effet se permettre le moindre « angle mort » dans un tel domaine et compte tenu du contexte de concurrence fiscale internationale. Cette dernière est d'ailleurs susceptible de s'intensifier suite à la mise en œuvre des dispositions anti-BEPS / ATAD. Ces dernières devraient « *toutes autres choses égales par ailleurs* » induire une certaine érosion des « *niches fiscales* » (élargissement de la base), de sorte que les Etats devront miser davantage qu'actuellement sur le levier des taux d'affiche, seul instrument où la souveraineté fiscale nationale pourra réellement continuer à se manifester.

Se pose dès lors avec acuité la question de savoir vers quel taux global d'affiche le Luxembourg devrait tendre. Une démarche pragmatique, reposant sur deux critères, pourrait consister à converger vers le taux médian observé dans l'Union européenne afin d'éliminer l'actuel « *désavantage comparatif* » du Luxembourg, tout en veillant en parallèle à adapter le taux d'affiche en fonction de l'évolution de la base imposable constatée dans la foulée de la mise en œuvre des dispositions anti-BEPS / ATAD.

Le « *désavantage comparatif* » du Luxembourg peut être exprimé de la sorte. Depuis janvier 2018, le taux global standard d'imposition des sociétés au Luxembourg s'établit à 26,01% (taux sur le territoire de la ville de Luxembourg). Soit un taux allant nettement au-delà de ceux qui sont pratiqués dans ces autres places financières d'envergure que sont l'Irlande (12,5%), le Royaume-Uni (19% et sans doute 17% à partir d'avril 2020) ou la Suisse (environ 18% en moyenne).

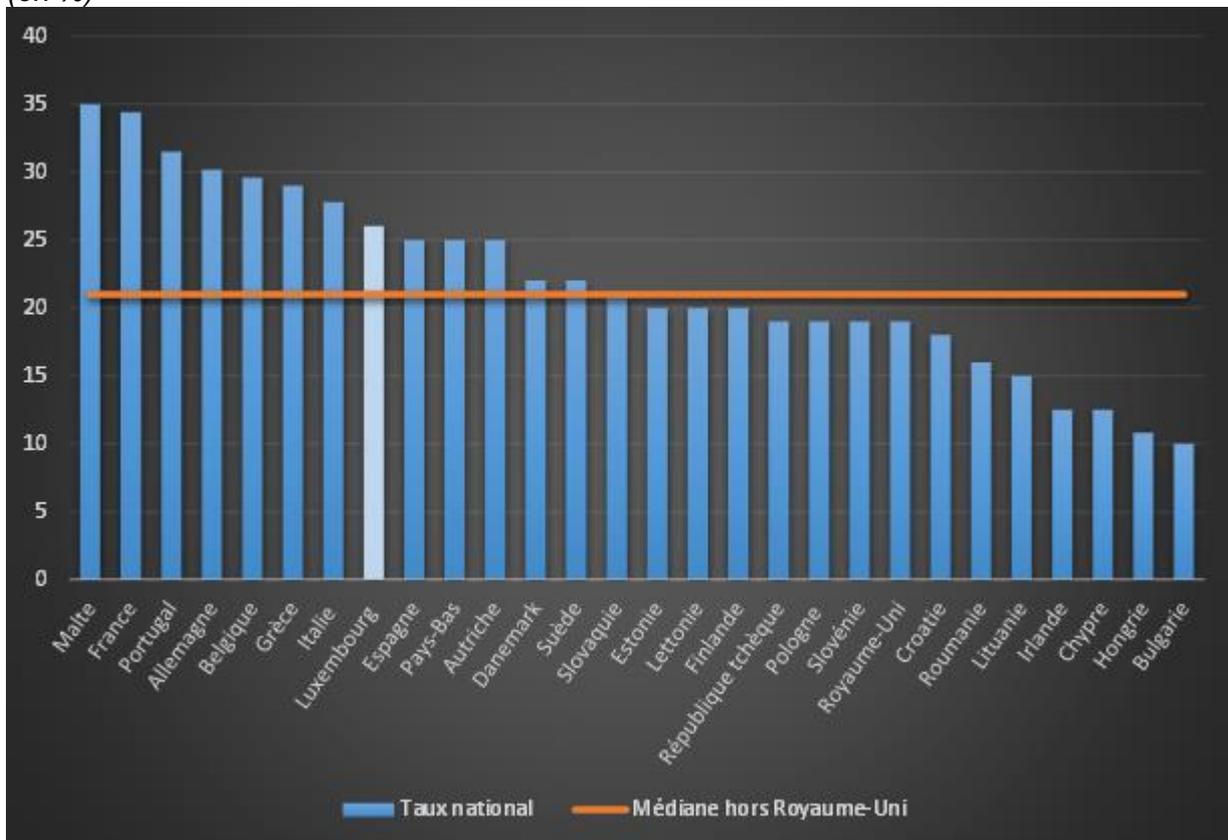
En outre, le taux nominal global de 26,01% au Luxembourg est peu avantageux dans une perspective européenne. Comme l'illustre le graphique suivant, le taux médian d'imposition au sein de l'Union européenne ne dépasse pas 21% en 2018. Il s'agit en clair du taux séparant en

¹⁰ « Analyse des données fiscales au Luxembourg », 27 novembre 2015, <https://ces.public.lu/dam-assets/fr/avis/prix-salaires/2015-fiscalite.pdf>.

¹¹ « Macroeconomic Effects of the 2017 Tax Reform », par Robert J. Barro et Jason Furman, mars 2018, https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2018/03/4_barrofurman.pdf.

deux groupes de taille équivalente les Etats membres de l'UE (hors Royaume-Uni, ce pays étant appelé à quitter l'UE dès mars 2019). La Chambre de Commerce considère que ce taux médian de 21%, voire même un taux un peu plus bas, constituerait pour le Luxembourg une cible appropriée car il vise simplement, par définition, à figurer au milieu du peloton européen. La convergence vers un taux de l'ordre de 21% serait par conséquent la négation même de toute pratique de « *race to the bottom* ». En affichant un tel objectif, le Luxembourg pourrait à la fois renforcer significativement sa compétitivité et afficher une position conciliante, « *médiane* », sur le plan fiscal européen, à rebours de toute idée de concurrence fiscale exacerbée. La Chambre de Commerce tient par ailleurs à attirer l'attention sur l'intérêt, en termes de prévisibilité fiscale, d'annoncer d'emblée un calendrier clair et transparent de convergence vers cette cible fiscale, une source d'inspiration à cet égard étant la feuille de route (« *roadmap* ») annoncée dès 2010 par les autorités du Royaume-Uni – pays où le taux d'affiche global standard est passé de 28% en 2010 (28,6% au Luxembourg) à 19% en 2018.

Graphique : Taux nominaux globaux et standard d'imposition des sociétés dans l'UE
(en %)



Source : Eurostat, *Taxation trends in the European Union 2018*, https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/taxation_trends_report_2018.pdf, calcul de la médiane par la Chambre de Commerce.

Conformément à la « *clause de rendez-vous* » déjà annoncée à plusieurs reprises par les autorités luxembourgeoises, cette diminution du taux global jusqu'à 21% devrait bien évidemment s'accompagner d'ajustements additionnels, résultant notamment de l'incidence sur les bases imposables du processus BEPS ou d'autres initiatives fiscales internationales. De tels ajustements de taux auront inévitablement lieu ou sont déjà en bonne voie dans d'autres pays.

Commentaire des articles

Le commentaire de la Chambre de Commerce s'attache à suivre l'ordre des articles présentés dans le Projet sans qu'il faille y déceler une importance croissante ou décroissante des sujets y abordés.

Concernant l'article 22bis LIR projeté à l'article 1^{er}, point 1^o du Projet relatif aux emprunts convertibles

L'article 1^{er}, point 1^o du Projet, en ce qu'il abroge le numéro 1 de l'article 22bis LIR relatif à la conversion d'emprunt en report d'imposition à une date ultérieure, vise à apporter des modifications qui ne sont pas le résultat direct de la transposition de l'ATAD1. En effet, aux termes du texte actuel, il est possible de convertir un emprunt en titres représentatifs du capital du débiteur sans que le gain éventuel fasse l'objet d'une imposition au moment de la conversion, l'imposition étant reportée au moment de la cession des titres représentatifs du capital reçus en échange.

S'il est tout à fait compréhensible qu'il faille s'assurer que l'utilisation, en toute légalité, de dispositions fiscales ne puisse entraîner des situations non conformes aux engagements pris dans le cadre du projet BEPS, il faut garder à l'esprit que dans cette lutte contre la planification fiscale dite agressive, le Luxembourg doit impérativement rester compétitif, notamment vis-à-vis des autres Etats membres de l'UE. Or, des Etats comme la France¹², la Belgique¹³, l'Allemagne¹⁴ et actuellement encore le Royaume-Uni¹⁵ par exemple ont dans leur législation fiscale des dispositions très similaires à celles de l'article 22bis, alinéa 2, 1^o LIR.

Dès lors, plutôt que de retirer complètement la mesure, la Chambre de Commerce recommande vivement de seulement la préciser de telle sorte qu'elle ne puisse plus entraîner des situations de double non-imposition. A cet effet, elle propose de compléter la disposition existante de la façon suivante :

« Lorsque l'emprunteur et le créancier de l'emprunt converti sont des organismes à caractère collectif résidents soumis à l'impôt sur le revenu des collectivités, la conversion donnera lieu à la réalisation de la plus-value dans le chef du créancier à hauteur des charges en relation économique directe avec l'emprunt converti qui ont diminué la base imposable de l'emprunteur luxembourgeois (devenu émetteur des parts/actions suite à la conversion) durant l'exercice de la conversion ou d'exercices antérieurs durant lesquels le contribuable luxembourgeois était le détenteur de l'emprunt. ¹⁶»

Une telle disposition permettrait de répondre aux attentes des instances européennes sans pénaliser pour autant les contribuables qui souhaitent pouvoir bénéficier des dispositions en vigueur lors de conversions d'emprunts effectuées pour des raisons économiques tout à fait valables et qui n'entraînent pas des situations de double non-imposition.

¹² Article 209 VII bis du Code général des impôts.

¹³ Article 184 du Code des impôts sur les revenus.

¹⁴ Paragraphes 222 et 227 de l'Abgabenordnung.

¹⁵ Section 322 du Corporation Tax Acts 2009.

¹⁶ La Chambre de Commerce s'interroge toutefois quant à savoir s'il est préférable de circonscrire la mesure aux situations purement internes (emprunteur luxembourgeois) ou s'il faut au contraire ouvrir cette mesure au niveau de l'UE.

Concernant l'article 38 LIR projeté à l'article 1^{er}, point 3° du Projet relatif à l'imposition à la sortie

Concernant le contenu de l'article 1^{er}, 3° du Projet, la transposition proposée aboutit à un mécanisme d'échelonnement du paiement de l'impôt lors de certains transferts au sein de l'UE et avec des Etats parties à l'Espace économique européen, ci-après, l' « EEE » et une imposition immédiate pour les mêmes transferts lorsqu'ils sont réalisés vers des Etats autres que ceux ci-avant mentionnés alors que sur la base de l'actuel régime, un sursis de paiement est également octroyé lors de transferts vers des d'Etats conventionnés avec le Luxembourg.

1. Remarque préliminaire

A titre préliminaire, sans que cette remarque puisse être imputée d'une quelconque manière aux auteurs du Projet mais bien aux décideurs politiques européens, la Chambre de Commerce ne peut passer sous silence son incompréhension quant à la modification du régime de taxation à la sortie qu'elle avait longuement commenté et contribué à améliorer au travers de son avis n°4489 du 22 octobre 2015 relatif au projet de loi n°6847. Désormais, le mécanisme de sursis d'imposition va être remplacé par un paiement échelonné sur cinq années (sans paiement d'intérêts ni garanties) de l'impôt à la sortie lors de certains transferts au sein de l'UE et avec des Etats parties à l'EEE.

La Chambre de Commerce se doit de rappeler que l'article 5 de l'ATAD1 qui régit l'imposition à la sortie ne résulte pas du rapport BEPS mais s'inspire de régimes d'échelonnement du paiement de l'impôt mis en place, depuis quelques années, par certains pays européens. Si la Cour de Justice de l'UE a considéré que l'échelonnement du paiement de l'impôt était une mesure proportionnée au motif que le risque de non-recouvrement augmentait en fonction de l'écoulement du temps¹⁷, pour autant, cela n'a jamais signifié que l'échelonnement du paiement de l'impôt était la seule modalité à envisager. Au contraire, l'extension significative de l'échange d'information, notamment l'échange automatique d'informations, ainsi que l'amélioration des moyens mis à la disposition des Etats pour recouvrer les créances fiscales à l'étranger, permettent désormais de limiter très fortement le risque de non-recouvrement des créances fiscales et ce, quel que soit la période de temps considérée. Aussi, la Chambre de Commerce ne peut que déplorer que les évolutions en matière de fiscalité internationale intervenues récemment n'aient pas été prises en considération pour concevoir ce dispositif.

2. Imbrications du dispositif

a. Avec la logique du système actuel

La Chambre de Commerce est d'avis que le nouveau régime d'imposition à la sortie, via le mécanisme d'un étalement de l'impôt dû sur une période de cinq ans, pourrait aussi trouver à s'appliquer aux transferts réalisés vers des Etats parties à la Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale de l'OCDE de 1988, telle qu'amendée en 2010. Elle couvre de multiples formes de coopération entre Etats, dont l'échange de renseignements et l'assistance au recouvrement des créances fiscales. Cette convention a déjà été ratifiée par une centaine d'Etats.

b. Avec une extension souhaitée à certaines opérations nationales

Lors de certaines opérations nationales, telles que des réorganisations en vue d'aligner les fonctions et les actifs, il n'est pas possible, sur la base du droit fiscal luxembourgeois

¹⁷ Voir notamment, CJUE, 23 janvier 2014, C-164/12, DMC contre *Finanzamt Hamburg-Mitte*, point 62.

actuellement en vigueur, d'obtenir un report d'imposition, alors que le Luxembourg peut aisément suivre et recouvrer les créances fiscales dans de telles situations. Ce type de neutralité fiscale existe dans d'autres Etats européens et pourrait donc être ajouté à la législation fiscale afin de former un tout cohérent.

c. Avec la loi du 27 juillet 2003

Par ailleurs, la Chambre de Commerce est d'avis que la nouvelle rédaction de l'article 38, alinéa 3 LIR projeté relatif aux transferts temporaires d'actifs dans le cas de mises en gage de titres pourrait entrer en contradiction avec les dispositions de la loi du 27 juillet 2003¹⁸ relative aux trusts et contrats fiduciaires. Aux termes de l'article 5 de ladite loi donnant la définition de "contrat fiduciaire", le fiduciaire transfère au fiduciaire le droit de propriété d'actifs mis en gage. Dans le cas où le contrat fiduciaire excède les 12 mois, un tel gage sur titres n'entrerait pas dans le champ d'application de l'article 38, alinéa 3 et donnerait donc lieu à l'application d'une imposition à la sortie. La Chambre de Commerce demande donc de clarifier l'application de cette mesure dans un tel contexte.

d. Avec les dispositions finales

Enfin, la Chambre de Commerce note que les articles 6 (mesure de transition) et 7 (entrée en vigueur) du Projet ne semblent pas être complémentaires alors qu'ils devraient l'être. En effet, l'article 6 vise l'application de l'actuel régime pour les « *exercices d'exploitation clôturés avant le 1er janvier 2020* », alors que le nouveau régime proposé serait applicable à compter des « *exercices d'exploitation commençant à partir du 1er janvier 2020* ». Si la rédaction de l'article 7 couvre les exercices d'exploitation divergents (et le fait qu'il n'y aura pas d'effet rétroactif, comme cela résulte clairement des commentaires du Projet en lien avec cet article), ceci devrait également résulter de la formulation de l'article 6. La Chambre de Commerce demande donc d'amender l'actuel article 6 afin de couvrir aussi de manière appropriée la situation des exercices d'exploitation divergents.

Concernant l'article 164^{ter} LIR projeté à l'article 2, point 1° du Projet relatif aux SEC

L'article 2, 1° du Projet vise à transposer les articles 7 et 8 de l'ATAD1 en introduisant un nouvel article 164^{ter} dans la LIR. Lorsqu'une entité ou un ES situé à l'étranger est considéré comme une SEC suivant la définition donnée par ce régime, leurs profits non-distribués pourront être imposables au Luxembourg.

Si des indications ont été mentionnées dans les commentaires du Projet en lien avec cet article, des questions d'interprétation demeurent compte tenu des terminologies utilisées dans le cadre de la transposition. Dans la mesure où ce régime est une nouveauté en droit luxembourgeois, il est primordial de pouvoir cerner son champ d'application aisément et d'apporter de la sécurité juridique aux contribuables qui devront appliquer ces dispositions et opérer les retraitements nécessaires dans le cadre de leurs déclarations fiscales.

1. Précisions de diverses notions

a. Conditions pour être qualifiée de SEC

Comme l'ATAD1 le prévoit, deux conditions sont nécessaires pour être qualifiée de SEC. Les commentaires ci-après ne porteront que sur la deuxième condition posée, à l'alinéa 2 du

¹⁸ Loi modifiée du 27 juillet 2003 portant approbation de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance; portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires, et modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers.

paragraphe 1^{er}, à savoir celle concernant l'impôt réel sur les sociétés que l'entité ou l'ES paie sur ses bénéficiaires et qui doit être inférieur à un certain niveau.

Certains termes utilisés pour décrire cette deuxième condition ne résultent pas de l'ATAD1 et ne sont pas clairement précisés dans le cadre du Projet. C'est le cas notamment pour l'impôt réel « *établi et payé* » par l'organisme ou l'ES.

Concernant la détermination de « *l'impôt sur le revenu des collectivités qui aurait été supporté par l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable au sens de l'alinéa 1^{er} conformément à la présente loi* », il est indispensable aux yeux de la Chambre de Commerce que des clarifications soient apportées. Notamment il conviendrait:

- de clarifier que le calcul d'impôt ne doit pas s'effectuer en appliquant au niveau de la SEC potentielle les règles prévues par l'article 164^{ter} aux sociétés contrôlées par celle-ci. Les éventuelles SECs de la SEC pour laquelle le calcul est effectué seront déjà des SECs indirectes du contribuable luxembourgeois ;
- de clarifier dans les travaux parlementaires ou dans le texte de loi que le calcul d'impôt réel de la SEC qui aurait des comptes dans une autre devise que l'euro se fera par conversion des postes de profits et pertes de cette dernière au taux de change moyen ou de clôture ; et
- de préciser les modalités de comparaison de l'impôt pour des contribuables luxembourgeois exerçant le contrôle qui sont soumis à des règles d'imposition spécifiques comme par exemple la SICAR. L'impôt établi et payé par la SEC devrait pouvoir être comparé non seulement à l'impôt sur le revenu des collectivités qui aurait été supporté par la SEC « *conformément à la présente loi* » mais également à l'impôt sur le revenu des collectivités qui aurait été supporté par la SICAR si elle avait réalisé les revenus directement.

Il est précisé dans le Projet à l'article 164^{ter} alinéa 4 paragraphe 3 projeté que, pour les règles d'inclusion, « *seuls les revenus net négatifs réalisés par une société étrangère contrôlée après l'entrée en vigueur du présent article sont déductibles* ». Cette limitation ne semble pas explicable dans le cas de pertes qui auraient été encourues également si l'activité avait été exercée directement au Luxembourg.

Il semble enfin nécessaire de préciser que la prise en compte des pertes reportées de la SEC devrait être permise pour la détermination de l'impôt équivalent.

Par ailleurs, il résulte de cette expression des difficultés de mise en œuvre suite à des décalages temporels, l'impôt n'étant généralement pas déterminé et totalement payé au même moment. Il n'est dès lors pas aisé de déterminer pour une période donnée si cette deuxième condition est ou non remplie et donc si une entité ou un ES doit ou pas être qualifié de SEC. En effet, l'impôt dû au titre d'une année d'imposition est, dans la plupart des cas, payé (tout du moins en partie) au cours d'un exercice ultérieur. Ainsi, par exemple, au Grand-Duché de Luxembourg, l'impôt dû au titre d'un exercice N par les organismes à caractère collectif ou les établissements stables soumis à l'impôt est, au cours de l'exercice N, établi par le biais de provisions fiscales dans les comptes, et, pour une partie, payé sous forme d'avances fixées par l'Administration fiscale sur base des déclarations fiscales et bulletins d'imposition des années antérieures. La fixation définitive du montant d'impôt sur le revenu des collectivités dû au titre de l'année N et le paiement du solde correspondant interviennent, en revanche, au plus tôt, qu'au cours de l'année N+1 via l'émission d'un bulletin d'imposition. En d'autres termes, l'impôt « *payé* » au cours d'un

exercice N correspond, en principe, au Grand-Duché de Luxembourg, aux avances relatives à l'exercice N et, le cas échéant, au solde de l'impôt fixé au titre d'un ou plusieurs exercices précédents.

La Chambre de Commerce demande que des modifications soient apportées au Projet afin de revisiter les formulations proposées pour que les contribuables puissent être en mesure d'appliquer ce nouveau régime de la manière la plus aisée et claire qu'il soit dans leurs déclarations fiscales.

b. Détermination du revenu à inclure au niveau du contribuable luxembourgeois

L'ATAD1 prévoit deux méthodes d'imposition (méthode A et B) et le Luxembourg a fait le choix approprié de retenir la méthode B dans le cadre de ce Projet¹⁹.

Cette méthode B prend en compte d'une part « *les revenus non distribués de l'entité ou les revenus de l'établissement stable provenant de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal* », et d'autre part prévoit que les revenus à inclure dans la base imposable du contribuable luxembourgeois seront limités aux montants générés par les actifs et les risques liés aux fonctions importantes assumées par la société exerçant le contrôle (détermination effectuée selon le principe de pleine concurrence).

Si le choix en faveur de la méthode d'imposition B dans le cadre du régime SEC doit être salué par la Chambre de Commerce, se pose la question de savoir comment opérer les retraitements adéquats au vu des formulations utilisées.

En effet, le texte proposé à l'article 164ter, **paragraphe 3** LIR reprend le libellé de l'ATAD1 en visant les « revenus non distribués de l'entité ou les revenus de l'établissement stable [...] ».

Or, sauf erreur de la part de la Chambre de Commerce, la notion de « *revenus non distribués* » n'est pas définie en droit luxembourgeois. Afin de permettre aux contribuables d'appliquer ce nouveau régime SEC, qui n'existe pas encore dans notre droit local, des clarifications devront être apportées pour circonscrire précisément le champ d'application de ce dispositif.

L'article 164ter, **paragraphe 4, point 1** précise que les revenus nets à inclure « *rangent dans la catégorie de revenu commercial* ». Les commentaires du Projet devraient néanmoins indiquer que le traitement fiscal des revenus à inclure à Luxembourg suivra le traitement fiscal que ces revenus à inclure auraient eu s'ils avaient été réalisés directement par le contribuable luxembourgeois. Notamment et à titre d'exemple, si le revenu net à inclure est un revenu d'intérêt, celui-ci devra être considéré comme tel pour l'application du nouvel article 168bis. En outre, un revenu net d'une SEC à inclure, qui ne bénéficierait pas d'une exonération en droit interne luxembourgeois, augmentera l'EBITDA pour l'application du nouvel article 168bis. En revanche un revenu net qui pourrait devoir être inclus, mais qui aurait été exonéré à Luxembourg en vertu d'une disposition de droit interne (comme par exemple l'article 166 LIR ou des règles spécifiques d'exonération comme celles applicables au SICARs) ou d'une convention pour l'élimination de la double imposition si la SEC était un contribuable luxembourgeois, ne devrait pas être inclus. Il est en effet logique que les règles sur les SEC, qui visent à accélérer l'imposition des revenus non distribués et faiblement imposés qui auraient été soumis à l'impôt luxembourgeois dans le chef du contribuable si les revenus avaient été directement réalisés par le contribuable luxembourgeois en conformité avec le principe de pleine concurrence, ne conduisent pas à

¹⁹ Pour plus d'informations sur chacune des deux méthodes, voir article 7, paragraphe 2 du Projet.

imposer des revenus qui auraient été exonérés s'ils avaient été directement réalisés par le contribuable.

La Chambre de Commerce suggère donc d'ajouter dans le Projet, à l'article 164ter, paragraphe 4, un point supplémentaire formulé comme suit :

« Les revenus nets de la société étrangère contrôlée qui auraient été exonérés dans le chef du contribuable s'ils avaient été distribués par la société étrangère contrôlée ou s'ils avaient été directement réalisés par le contribuable, ne sont pas à inclure dans le revenu du contribuable ».

Par ailleurs, les autres terminologies utilisées au paragraphe 4 pour expliquer comment effectuer les retraitements nécessaires (par exemple, « à inclure dans le revenu net du contribuable », etc.) génèrent des difficultés d'interprétation et d'application. Il conviendrait donc de revisiter les formulations dans le but d'apporter de la sécurité juridique aux contribuables et de leur permettre d'appliquer le plus aisément possible ce nouveau régime. L'ajout d'un exemple de calcul précis dans le cadre des commentaires au Projet, voire dans une circulaire s'avérerait utile, de même que des précisions en matière de charge de la preuve. A titre plus ponctuel, au point 1 du paragraphe 4, il semblerait qu'il faille ajouter « se » entre les mots « inclure » et « rangent ».

De plus, le texte proposé par le Projet au point 5, paragraphe 4 de l'article 164ter LIR, proche de celui de l'ATAD1, prévoit que « les revenus nets à inclure sont imposés au titre de l'exercice d'exploitation au cours duquel l'exercice d'exploitation de la société étrangère contrôlée se termine ». Sur cette base, et en partant de l'hypothèse où la distribution se rapporte aux bénéfices de la même année d'exploitation, les sociétés luxembourgeoises concernées devraient procéder en pratique à des ajustements dans leurs déclarations fiscales au titre de l'exercice fiscal concerné et du suivant alors que d'un point de vue juridique, les distributions de dividendes afférentes n'interviennent pas nécessairement au cours du même exercice d'exploitation. Aussi, la Chambre de Commerce est d'avis que des aménagements d'ordre pratique pourraient être apportés, tout en restant dans l'esprit du dispositif, afin de limiter autant que faire se peut les retraitements dus à des décalages temporels, qui n'apparaissent pas avoir été pris en considération dans le cadre de l'actuel Projet.

c. Notion de fonctions importantes

Enfin, il conviendrait d'apporter certaines précisions quant à la notion de « fonctions importantes », soit le concept de « significant people functions » (ci-après « SPFs »), notamment dans le cadre d'une activité de holding. Par exemple, au Royaume-Uni, qui a des règles SECs similaires, l'administration fiscale a émis un guide d'application complet pour l'identification des SPFs, par type d'activité et d'actifs. Des précisions sont également indiquées dans le rapport BEPS de l'OCDE afférent aux SECs. A des fins de sécurité juridique, pour une bonne application de l'article 164ter LIR au Luxembourg, des précisions pourraient être apportées dans une circulaire à émettre concomitamment à l'adoption du Projet, notamment quant à savoir si les précisions mentionnées dans le rapport de l'OCDE pourraient être suivies.

2. Imbrication du dispositif

a. Avec les articles 56 et 56bis LIR

Le nouvel article 164ter vise à imposer, dans le cas de montages non authentiques dont le but essentiel est d'obtenir un avantage fiscal, le revenu non distribué des SEC à hauteur des montants générés par les actifs et les risques liés aux fonctions importantes assumées par le

contribuable exerçant le contrôle (conformément au paragraphe 2, point b) de l'article 7 de l'ATAD1.

Le commentaire du Projet²⁰ prévoit que « *les règles relatives aux SEC ne s'appliquent qu'après la détermination des prix de transfert sur la base des articles 56 et 56bis L.I.R.* ». Par ailleurs, le point 1 de l'alinéa 4 de l'article 164ter prévoit que « *l'affectation des revenus d'une SEC est calculée selon le principe de pleine concurrence tel que prévu aux articles 56 et 56bis* », conformément au paragraphe 2 de l'article 8 de l'ATAD1.

A la lecture de ce commentaire et de cette disposition légale, la Chambre de Commerce estime souhaitable de clarifier l'interaction entre le nouvel article 164ter et les articles 56 et 56bis.

En particulier, il semble important de préciser de manière explicite dans les travaux parlementaires que l'article 164ter ne s'appliquera pas dans le cas où le contribuable luxembourgeois se voit préalablement attribuer, par application des articles 56 et 56bis, une rémunération de pleine concurrence pour les SPF qu'il assume en relation avec les actifs et risques d'une société étrangère dont il détient le contrôle au sens de l'article 164ter.

En effet, faute d'une telle clarification, le texte actuel de l'article 164ter pourrait entraîner dans de nombreux cas une double imposition du revenu de la SEC dans le chef du contribuable luxembourgeois exerçant le contrôle.

A défaut de retenir la solution proposée ci-dessus (non-application de l'article 164ter en cas d'application préalable des articles 56 et 56bis), il conviendrait de compléter le point 1 de l'alinéa 4 de l'article 164ter, en y prévoyant un mécanisme d'imputation du montant de rémunération de pleine concurrence alloué au contribuable sur base des articles 56 et 56bis.

Ce principe est confirmé dans le rapport final de l'OCDE de 2015 intitulé « Concevoir des règles efficaces concernant les sociétés étrangères contrôlées » page 73 note 1 de la version française :

« 1. Dans certaines circonstances, l'interaction des règles relatives aux SEC et des règles applicables aux prix de transfert pourrait donner lieu à des problèmes de double imposition. Même si ces circonstances surviennent rarement, il est important que les pays visent à supprimer la double imposition qui pourrait en résulter ».

b. Avec la nouvelle règle de limitation des intérêts

Ce nouveau régime va aussi indéniablement nécessiter un suivi sur plusieurs années et va être amené à interagir avec, entre autres, la nouvelle règle de limitation des intérêts, qui elle-même va requérir un suivi spécifique pour l'établissement de l'EBITDA, des surcoûts d'emprunt déductibles, etc). Il semblerait opportun que ces suivis puissent être faits au moyen de documents/formulaires harmonisés adéquats.

L'interaction de ces nouvelles mesures relatives à la limitation de la déductibilité des intérêts avec celles prévues par ce Projet par ailleurs et celles déjà existantes devrait être clairement analysée et mentionnée dans le cadre de ce Projet. En effet, il ne peut pas être exclu à ce stade, qu'à défaut, ceci n'entraîne des doubles impositions pour les contribuables luxembourgeois concernés.

²⁰ Cf. avant-dernier paragraphe de la page 35.

c. Avec le droit international

Les clarifications demandées par la Chambre de Commerce devront aussi couvrir l'importante question juridique de la hiérarchie des normes relativement à l'interaction entre la notion de « *revenus non distribués de l'entité ou les revenus de l'établissement stable* » avec les conventions fiscales et donc de savoir comment ce nouveau régime trouvera à s'appliquer lorsque la SEC est localisée dans un Etat qui a une convention fiscale en vigueur avec le Luxembourg.

Compte tenu que ce futur régime engendre beaucoup de questions d'ordre pratiques, il est indéniable que des précisions doivent être apportées, en ce compris via une circulaire de l'Administration des Contributions Directes.

Concernant l'article 168bis LIR projeté à l'article 2, point 2° du Projet relatif à la règle de limitation de la déductibilité des intérêts

L'article 168bis LIR, tel que proposé dans le cadre du Projet, vise à transposer en droit interne l'article 4 et les définitions y relatives mentionnées à l'article 2 de l'ATAD1 concernant la limitation de la déductibilité des intérêts.

Si des limitations de déductibilité existent d'ores et déjà en droit fiscal luxembourgeois, la clause de limitation de la déductibilité des intérêts telle que prévue par la directive a une portée beaucoup plus générale et est, comme mentionné dans le Projet, « inédite » en droit fiscal luxembourgeois.

De manière générale, le dispositif consiste à plafonner les surcoûts d'emprunts à hauteur de 30 pourcent de l'EBITDA ou 3 millions d'euros.

1. Précisions de diverses notions

a. « Coûts d'emprunt » et « revenus d'intérêts imposables »

Si l'ATAD1 définit la notion de « *coûts d'emprunt* », y compris par le biais d'une liste non exhaustive d'exemples, elle ne définit pas la notion de « *revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents perçus par ce contribuable, conformément au droit national* ». L'ATAD1 indique clairement que leurs définitions respectives devront être données par référence au droit national de l'Etat membre concerné, qui dispose ainsi d'une certaine marge de manœuvre quant à sa transposition.

Le Projet n'apporte toutefois pas de précision additionnelle sur les définitions et indique seulement que, pour la notion de « *coûts d'emprunt* », « *la directive n'en prévoit pas de définition précise et rigoureuse, mais décline les coûts d'emprunt en trois catégories principales auxquelles la règle de limitation des intérêts a vocation générale à s'appliquer, à savoir :*

- 1) *les charges d'intérêts sur toutes les formes de dette ;*
- 2) *les autres coûts économiquement équivalents à des intérêts, et*
- 3) *les charges supportées dans le cadre du financement ».*

Un autre élément important est donné par la première phrase de l'article 168bis, paragraphe 1^{er} LIR qui dispose qu'« *Au sens du présent article, on entend par ...*», et ainsi limite l'application de ces définitions de « *coûts d'emprunt* » et de « *surcoûts d'emprunt* » à la seule règle de limitation des intérêts.

La Chambre de Commerce est d'avis qu'il est essentiel pour les contribuables concernés de pouvoir cerner le champ d'application de ce dispositif de la manière la plus précise possible et notamment de savoir si le champ d'application doit être entendu de manière large ou restrictive. Bien que les éléments mentionnés ci-dessus soient importants et utiles, ils ne permettent pas de garantir la sécurité juridique dans l'application de cette disposition sur ces seules bases. Dans la mesure où le dispositif de limitation des intérêts poursuit l'objectif de limiter l'érosion de la base d'imposition et d'éviter le transfert de bénéfices sous la forme de paiements d'intérêts excessifs (considérant 6 de l'ATAD1), il conviendrait de proposer une interprétation des notions mentionnées dans ce dispositif en lien avec ledit objectif. A cet égard, la substance économique du revenu devrait prévaloir sur la forme juridique dudit revenu, cette approche économique du revenu étant celle visée par l'Action 4 du rapport BEPS²¹. Ce qui semble également être la position retenue dans le cadre du Projet lorsqu'il est indiqué, page 39, que seraient visés les « *revenus financiers imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents perçus par ce même organisme* ».

Par ailleurs, au paragraphe 38 de l'action 4 du rapport BEPS, il est précisé que « *Lorsque ce rapport fait mention d'intérêts, cela implique aussi les montants économiquement équivalents à des intérêts, sauf si le contexte exige clairement une interprétation différente. De même, lorsque le rapport fait référence au revenu d'intérêt d'un groupe ou d'une entité, ce revenu inclut les montants économiquement équivalents à des intérêts, sur la base de la définition et des exemples figurant dans ce chapitre* ». Dans la mesure où l'approche retenue dans ce rapport concerne majoritairement les dépenses d'intérêts, ceci semble indiquer que, pour déterminer le champ d'application des revenus d'intérêts, une analyse par analogie peut s'avérer adaptée. En effet, ce qui sera inclus dans la définition de « *coûts d'emprunt* » posée par l'ATAD et reprise par le Projet, devrait être inclus dans la définition de « *revenus d'intérêts imposables et autres revenus économiquement assimilés* ».

Indépendamment du principe de symétrie qui semble essentiel, la Chambre de Commerce après consultation de ses ressortissants considère qu'il est indispensable de limiter au maximum l'incertitude juridique qui résulterait de l'absence de précision des notions symétriques de coûts d'emprunt et de revenus d'intérêt. Les produits financiers émis ou détenus par les contribuables luxembourgeois et les transactions qu'ils effectuent sont complexes et posent de nombreuses et concrètes questions d'interprétation de la nouvelle règle de l'article 168bis LIR. Ces incertitudes semblent devoir être circonscrites avant l'entrée en vigueur de cette nouvelle règle de manière à permettre aux contribuables de s'adapter en conséquence.

Notamment, la situation des contribuables détenant des portefeuilles de créances dites en souffrance est un exemple des difficultés d'interprétation rencontrées. Il s'agit de créances dont le remboursement n'est plus assuré et qui sont cédées par un créancier à un prix inférieur à leur valeur nominale à un nouveau créancier. Cette transaction permet au créancier cédant de récupérer immédiatement une partie du montant initialement prêté et de se défaire du risque de crédit. Suite à la cession, le nouveau créancier devrait toucher les intérêts sur cette créance et devrait à terme être remboursé de tout ou partie du montant initialement prêté (qui est supérieur à la valeur à laquelle il l'a acquise). Dans le cas où le débiteur ne serait pas en mesure de rembourser sa dette ou la rembourserait pour un montant inférieur au prix auquel le nouveau créancier l'avait acquise, ce dernier enregistrera une perte. En revanche, dans le cas où le débiteur rembourserait sa dette à hauteur du montant prêté initialement, le nouveau créancier percevra un montant supérieur au prix auquel il l'avait acquise.

S'agissant d'une règle de droit entièrement nouvelle en droit luxembourgeois, il est primordial, notamment pour des raisons de sécurité juridique et de compétitivité, que le champ

²¹ Action 4 du rapport BEPS, intitulée « *Limiter l'érosion de la base d'imposition faisant intervenir les déductions d'intérêts et d'autres frais financiers – version actualisée 2016* ».

d'application de ce dispositif de limitation de la déductibilité des intérêts puisse être aisément identifiable. D'où la nécessité de préciser dans le cadre de ce Projet si l'approche par analogie est bien celle à suivre et de confirmer que la notion de « *revenus d'intérêts imposables* » devrait être interprétée de façon symétrique à celle des « *coûts d'emprunt* ».

b. « Entité autonome »

La Chambre de Commerce accueille très favorablement l'option prise par le Luxembourg de considérer les entités de titrisation au sens de l'article 2, point 2), du règlement n° (UE) 2017/2402 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titrisation ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées, et modifiant les directives 2009/65/CE, 2009/138/CE et 2011/61/UE et les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 648/2012 comme des « *entités financières* » au sens de l'ATAD et leur exclusion du champ d'application de la règle de limitation des intérêts.

Ainsi que le montrent les statistiques de la Banque centrale du Luxembourg, l'activité de titrisation est une activité importante pour la place financière. Selon celle-ci, en mars 2018, il existait au Grand-Duché de Luxembourg 1.215 véhicules de titrisation représentant une somme de bilan agrégé de 250 milliards d'euros. L'importance de ce sujet est confirmée par l'attention particulière que les autorités gouvernementales et le régulateur lui accordent, notamment par leurs actions œuvrant constamment à la modernisation de la titrisation luxembourgeoise et au maintien de la compétitivité du cadre légal.

La catégorie d'organismes de titrisation visés par l'option saluée ci-dessus ne représente toutefois qu'une minorité des quelques 1.215 véhicules de titrisation recensés. La majorité de ces organismes est représentée par des structures dites « orphelines » qui peuvent, ou non, être assujetties, respectivement, à la loi du 22 mars 2004 relative à la titrisation telle que modifiée ou au règlement européen susmentionné mais dont le trait principal est que leur capital minimum est détenu par une entité n'ayant pas de bénéficiaire effectif ou même d'actionnaire et leurs revenus appartiennent aux détenteurs de titres de créances qu'elles émettent, ceux-ci étant des investisseurs tiers. Ces structures devraient pouvoir être qualifiées d' « entité autonome » au sens de l'article 4, paragraphe 3, lettre (b) de l'ATAD1 relatif à la limitation de déduction des intérêts offerte par l'ATAD1 dans son article 4, paragraphe 3, lettre (b).

En effet, l'ATAD1 définit « *une entité autonome* » comme « *un contribuable qui ne fait pas partie d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière et n'a pas d'entreprise associée ou d'établissement stable* ». Le Projet, quant à lui, définit « *une entité autonome* » comme étant « *un contribuable qui ne fait pas partie d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière et qui n'a pas d'entreprise associée ou pas d'établissement stable situé dans un Etat autre que le Luxembourg* ».

Il convient dès lors de se référer à la définition d' « *entreprise associée* » pour apprécier pleinement la notion d' « *entité autonome* ». L'article 2, alinéa 4 de l'ATAD1, dans sa version française, définit une « *entreprise associée* » comme :

- a) « *une entité dans laquelle le contribuable détient, directement ou indirectement, une participation de 25 % ou plus en terme des droits de vote ou de capital, ou dont il est en droit de recevoir 25 % ou plus des bénéfices ;*
- b) « *une personne physique ou une entité qui détient, directement ou indirectement, une participation de 25 % ou plus en termes de droits de vote ou de capital du contribuable, ou qui est en droit de recevoir 25 % ou plus des bénéfices de ce contribuable ;*

Si une personne physique ou une entité détient, directement ou indirectement, une participation de 25 % ou plus en termes de droits de vote ou de capital d'un contribuable et d'une ou plusieurs entités, toutes les entités concernées, y compris le contribuable, sont également considérées comme des entreprises associées. » Le Projet prévoit quant à lui que : « Par entreprise associée au sens de la présente loi, il y a lieu d'entendre :

- a) un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175, dans lequel le contribuable détient, directement ou indirectement, une participation de 25 pour cent ou plus des droits de vote ou du capital, ou dont il est en droit de recevoir 25 pour cent ou plus des bénéfices ;*
- b) une personne physique ou un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 qui détient, directement ou indirectement, une participation de 25 pour cent ou plus des droits de vote ou du capital, ou qui est en droit de recevoir 25 pour cent ou plus des bénéfices de ce contribuable.*

Si une personne physique ou un organisme au sens au sens des articles 159, 160 ou 175 détient, directement ou indirectement, une participation de 25 pour cent ou plus en termes de droits de vote ou du capital d'un contribuable et d'un ou plusieurs organismes, tous les organismes concernés, y compris le contribuable, sont également considérés comme des entreprises associées. »

Sur la seule base de ces définitions, les entités dites « orphelines » telles que décrites ci-dessus, se trouveraient être dans le champ d'application de la règle de limitation des intérêts sans pouvoir se prévaloir de la qualification « *d'entité autonome* ».

Alors que la définition « *d'entreprise associée* » est appropriée en matière de « sociétés étrangères contrôlées », pour qu'un sens utile puisse être donné à la notion d'entité autonome, celle-ci devrait, de l'avis de la Chambre de Commerce, inclure l'idée d'une absence de contrôle de l'entité par le détenteur du capital ou des droits de vote, ainsi qu'on peut l'observer dans les mains du détenteur du capital minimum d'une société de titrisation « orpheline ».

A l'appui de cet argument, la Chambre de Commerce souhaite renvoyer à la version allemande de l'ATAD1 qui contient une définition différente d'« *entreprise associée* » ou « *verbundenes Unternehmen* ».

- a) ein Unternehmen, an dem der Steuerpflichtige unmittelbar oder mittelbar eine Beteiligung in Form von Stimmrechten oder Kapital von mindestens 25 % hält oder bei dem er Anspruch auf mindestens 25 % der Gewinne dieses Unternehmens hat;*
- b) eine Person oder ein Unternehmen, die/das unmittelbar oder mittelbar eine Beteiligung in Form von Stimmrechten oder Kapital von mindestens 25 % an einem Steuerpflichtigen hält oder Anspruch auf mindestens 25 % der Gewinne des Steuerpflichtigen hat;*

Hält eine Person oder ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar eine Beteiligung von mindestens 25 % an einem Steuerpflichtigen und an einem oder mehreren Unternehmen, so gelten sämtliche betroffenen Unternehmen, einschließlich des Steuerpflichtigen, auch als verbundene Unternehmen. »

La version allemande ne se réfère donc pas au terme « *entité* » ou « *entity* » des versions française et anglaise, mais au terme « *Unternehmen* », qui implique une notion d'entreprise commerciale. Il serait donc souhaitable de limiter la notion « *d'entreprise associée* » aux « entreprises » ainsi que cela résulte de la version allemande de la directive et non d'inclure dans le champ d'application, sans distinction, toutes les formes d'entités listées dans les articles 159, 160 et 175 L.I.R., quelles que soient leurs activités.

Ainsi que mentionné ci-avant, la notion d'entreprise associée sous-entend une notion de contrôle en terme de gestion ou/et de droits économiques qui n'existe pas dans les mains du détenteur du capital minimum d'une société de titrisation « orpheline ».

Afin de tenir compte de la réalité économique des véhicules de titrisation luxembourgeois qui émettent des titres de créances à de multiples investisseurs, la référence aux organismes au sens de l'article 159 et 160 LIR devrait être amendée en vue d'exclure les organismes résidents et non-résidents visés aux points 3, 5, 6 et 7, lettre a de l'alinéa 1 de l'article 159 LIR pour autant que ceux-ci n'exercent pas d'activité commerciale au sens de l'article 14 LIR.

2. Imbrication du dispositif

a. Avec les règles dites de « recapture »

Le Projet semble vouloir régler la situation des dépenses d'exploitation en connexion économique avec un revenu exonéré (articles 45 et 166, paragraphe 5 LIR), dans le cadre de la définition de l'EBITDA. Cependant, la Chambre de Commerce note que le Projet n'explique pas la manière dont les dépenses d'intérêts mentionnées comme « charges fiscalement déduites et reportables sur les plus-values de cession » dans le formulaire 506A (c'est-à-dire mises en « recapture ») devraient être traitées.

Or, le fait de ne pas avoir apporté de précisions sur la façon dont les règles de limitations de déductibilité existantes, particulièrement la règle dite de « recapture », vont s'imbriquer avec la nouvelle limitation de déductibilité des intérêts et notamment dans quel ordre les différentes mesures vont trouver à s'appliquer pourrait aboutir en pratique à une non-déductibilité au-delà du seuil de 70%.

Telle ne semble pourtant pas être l'intention des auteurs puisque le Projet indique, et la Chambre de Commerce le salue largement, que « *compte tenu de l'objectif poursuivi par la directive de fixer au niveau communautaire des normes minimales, il relève de la compétence des Etats membres de décider s'ils souhaitent réduire le ratio de 30 pour cent en vue d'assurer un niveau de protection plus important. A ce sujet, il est proposé de ne pas exercer cette option et d'appliquer le ratio de référence tel que retenu [30%]²² ».*

Sur la base de ce commentaire, le gouvernement luxembourgeois ne semble donc pas souhaiter une imposition au-delà des exigences requises par l'ATAD1.

Si la non-déductibilité des intérêts au Luxembourg devait aller en pratique au-delà des 70%, une telle situation aboutirait à rendre, *in fine*, le Luxembourg moins compétitif que les autres Etats européens ayant des règles plus claires quant à l'application du ratio de 30% prévu par l'ATAD1. En outre, dans le cadre de la transposition de l'ATAD1, des Etats ont fait le choix de procéder à une refonte totale des régimes existants pour n'avoir qu'un seul régime en vigueur de limitation de la déductibilité des intérêts.

Aussi est-il primordial de préciser les interactions entre le futur article 168*bis* LIR et les règles existantes. Dans ce contexte, ce nouveau mécanisme devrait être transposé en droit interne en vue de former un tout cohérent avec les autres dispositions et non pas laisser à penser qu'il se juxtaposerait aux limitations existantes de déductibilité. Des dispositions existantes devraient être modifiées et adaptées pour assurer cette cohérence et une limitation de la déduction des coûts d'emprunt n'allant pas au-delà de ce qu'impose l'ATAD1. Ainsi, le régime issu de l'ATAD1 pourrait devenir le nouveau standard de limitation de la déductibilité des intérêts applicable au Luxembourg (par exemple, les règles dites de « recapture » ne trouvant alors à s'appliquer qu'aux autres types de dépenses).

²² Voir page 40 du Projet.

Par ailleurs, si l'ordre chronologique des numéros des articles pourrait être vu comme apportant un début de réponse, il est vivement recommandé, notamment pour des raisons de sécurité juridique, que l'ordre et la manière dont les différents dispositifs doivent être appliqués soient clairement indiqués et explicités. La Chambre de Commerce propose que l'article 168^{ter} LIR projeté s'applique, s'il est maintenu, avant l'article 168^{bis} LIR, et que cet article soit dès lors renuméroté.

b. Avec les règles d'intégration fiscale

La Chambre de Commerce note que l'option en lien avec le régime de l'intégration fiscale, à savoir celle qui permet de calculer les surcoûts d'emprunt et l'EBITDA au niveau du groupe en englobant les résultats de tous ses membres, n'a pas été reprise à ce stade dans le Projet.

A ce titre, le Projet mentionne les raisons pour lesquelles le gouvernement n'a pas souhaité transposer cette option dans le droit fiscal luxembourgeois : « *Dans ce contexte, il convient en outre de mentionner que les effets de la mesure prévue à l'article 4, paragraphe 1, alinéa 3 de la directive qui dispose que les surcoûts d'emprunt et l'EBITDA peuvent être calculés au niveau d'un groupe, à savoir, en droit fiscal national, d'un groupe sous régime d'intégration fiscale vise à l'article 164bis L.I.R., ne sont pas en ligne avec la méthode de détermination du total des revenus nets du groupe intégré qui s'obtient en prenant comme base la masse des résultats fiscaux des sociétés impliquées. C'est la raison pour laquelle cette faculté offerte par la directive aux Etats membres n'est pas retenue dans le présent projet de loi. Ainsi, en cas d'intégration fiscale au sens de l'article 164bis L.I.R., les dispositions relatives à la détermination du montant des surcoûts d'emprunt et de celui de l'EBITDA s'appliquent, d'après le droit commun, au niveau de chaque société faisant partie du groupe intégré* »²³.

Or, dans l'éventualité où l'option prévue par l'ATAD1 ne serait pas transposée, la méthode de calcul sur une base isolée aboutirait en pratique à une limitation au-delà du ratio de 30% pour les groupes fiscalement consolidés, ce qui ne semble paradoxalement pas, et c'est heureux, être l'intention recherchée par le gouvernement luxembourgeois.

La Chambre de Commerce se permet d'illustrer la problématique au travers de l'exemple suivant : une société luxembourgeoise A détient un portefeuille de créances et obligations négociables portant intérêt et générant un revenu d'intérêts de 10 millions annuellement. A est entièrement financée par capitaux propres par son actionnaire unique B, société luxembourgeoise. B est, quant à elle, financée à la fois par capitaux propres et par un prêt générant une charge d'intérêt de 9,5 millions par an. A et B sont en intégration fiscale. En l'état actuel de la législation, A dispose d'un revenu net d'intérêt de 10 millions et B supporte une charge d'intérêt déductible de 9,5 millions. La base imposable de l'unité fiscale est donc de 500.000.

- Si l'option prévue par l'article 4, alinéa 1, point (a) de l'ATAD1 était transposée en droit luxembourgeois, les surcoûts d'emprunt seront calculés pour l'intégration fiscale et devraient être nuls. Les 9,5 millions de charge d'intérêt de B resteront déductibles et la base d'imposition de l'intégration fiscale sera toujours de 500.000.
- En revanche, en l'absence de transposition de l'option prévue par l'article 4, alinéa 1, point (a) de l'ATAD1, B devra considérer des surcoûts d'emprunt de 9,5 millions (correspondant à des coûts d'emprunt de 9,5 millions sans revenu d'intérêt). B n'aura pas d'EBITDA et ne pourra déduire que 3 millions en application de l'article 168bis, alinéa 2

²³ Voir page 38 du Projet.

(b) L.I.R. La base imposable de l'intégration fiscale serait alors de 7 millions au lieu de 500.000.

Si les commentaires indiquent que le régime d'intégration fiscale luxembourgeois n'est pas adapté à l'option offerte par l'ATAD1, la Chambre de Commerce considère au contraire qu'il serait tout à fait possible de modifier la disposition de l'article 164*bis* LIR de telle manière à ce que le calcul de la limitation à la déductibilité des intérêts puisse être effectuée au niveau de la société intégrante sur base des résultats de toutes les sociétés du groupe intégré sans pour autant remettre en cause les règles générales de détermination de la base imposable du groupe intégré qui continueraient à s'appliquer. L'exercice de l'option entraînerait une possibilité et non une obligation pour le contribuable de déterminer le montant de surcoûts d'emprunts déductibles au niveau du groupe. En effet, l'ATAD1 énonce que dans l'hypothèse où cette option est exercée « *les surcoûts d'emprunt et l'EBITDA peuvent être calculés au niveau du groupe, en englobant les résultats de tous ses membres* ». Par conséquent, les groupes pourraient déterminer au cas par cas s'ils souhaitent appliquer la règle au seul niveau de la société intégrante sur base de tous les résultats du groupe ou si, au contraire, il est dans leur intérêt de maintenir la limitation au niveau de chaque entité prise isolément. La Chambre de Commerce est consciente que la mise en place de cette solution va induire un travail administratif et la mise en place d'outils informatiques conséquents chez les protagonistes mais elle estime cette solution préférable au non exercice de l'option.

Dans la mesure où l'exercice de l'option prévue dans l'ATAD1 ne pourrait être que bénéfique puisque les groupes intégrés pourraient au cas par cas considérer lors de la mise en place de la consolidation fiscale à quel niveau ils souhaitent appliquer la limitation, la Chambre de Commerce demande dès lors de transposer en droit luxembourgeois l'option offerte par l'ATAD1.

c. Avec les emprunts contractés avant le 17 juin 2016

Le Projet prévoit que les surcoûts d'emprunt afférents aux emprunts qui ont été contractés avant le 17 juin 2016 sont à exclure du champ d'application du dispositif de limitation de déductibilité des intérêts, à l'exclusion de toute modification ultérieure de ces emprunts (article 168*bis*, paragraphe 7, lettre (a) LIR).

La Chambre de Commerce salue le principe de la clause de maintien des droits acquis sous les emprunts préexistants même si la formulation de cette clause génère plus de questions que de réponses. Dans la mesure où le considérant 8 de l'ATAD1²⁴ semble limiter la portée rétroactive du dispositif de limitation des intérêts tout en restant aligné sur les objectifs poursuivis par l'ATAD1, la Chambre de Commerce comprend dès lors que les modifications qui n'entraînent pas d'augmentation des coûts d'emprunt ne remettent pas en cause les dispositions relatives à la clause de sauvegarde. A titre illustratif, seulement les modifications contractuelles intervenues après le 17 juin 2016 et qui donnent lieu à une augmentation des coûts d'emprunt et à une augmentation des surcoût d'emprunt supplémentaire devraient être considérées comme non couvertes par la clause de sauvegarde. Les coûts d'emprunt résultant du contrat initial avant modifications restent dans le champ de la clause de sauvegarde comme le précise le considérant

²⁴ Les commentaires du Projet font référence au considérant 8 de l'ATAD1, aux termes duquel « [...] Afin de faciliter la transition vers la nouvelle règle de limitation des intérêts, les États membres pourraient prévoir une clause de maintien des droits acquis qui couvrirait les emprunts existants, dans la mesure où leurs conditions ne sont pas modifiées ultérieurement, ce qui signifie qu'en cas de modification ultérieure, cette clause de maintien des droits acquis ne s'appliquerait pas à une augmentation du montant ou de la durée de l'emprunt, mais serait limitée aux conditions initiales de celui-ci [...] ».

8 de l'ATAD 1. Des exemples illustratifs, comme celui mentionné ci-avant, seraient les bienvenus dans les commentaires au Projet en lien avec ce point.

Concernant l'article 168ter LIR projeté à l'article 2, point 3 du Projet relatif aux instruments hybrides

Cet article vise à transposer l'article 9 de l'ATAD1 relatif aux « Dispositifs hybrides » entre des contribuables d'Etats membres différents.

1. Délai de transposition

Comme déjà expliqué dans les considérations générales, l'article 11 de l'ATAD1 prévoit une obligation de transposition en droit national de son article 9 au plus tard le 31 décembre 2018. Cependant, l'ATAD2 prévoit que ses dispositions remplacent celles de l'ATAD1 en matière de dispositifs hybrides. Or, l'ATAD2 modifie l'article 11 relatif à la transposition et prévoit que les règles de l'article 9 devront être transposées au plus tard pour le 31 décembre 2019. L'adoption d'ATAD2 a pour effet de modifier l'article 9 de l'ATAD et de le remplacer par le nouvel article 9 de l'ATAD2. La Chambre de Commerce est d'avis que le texte initial n'a dès lors plus vocation à être transposé. Elle relève d'ailleurs que la plupart des autres Etats membres de l'UE n'ont pas, à sa connaissance, fait le choix de transposer les dispositions concernant les dispositifs hybrides de l'ATAD1 mais de les reporter jusqu'au moment de la transposition de l'ATAD 2.

2. Texte du projet d'article 168ter L.I.R.

Si, par impossible, les mesures de transposition de l'article 9 de l'ATAD1 devaient être maintenues dans le Projet, la Chambre de Commerce devrait alors demander à ce que l'article 168ter LIR soit modifié et précisé afin (i) d'éviter des difficultés pratiques d'interprétation, mais également (ii) de l'aligner plus fidèlement sur le texte de l'ATAD1 ainsi que l'illustrent les développements ci-après.

a. Précisions de diverses notions

i. Types de transactions visées

A la lecture du texte actuel, il serait possible de comprendre que seraient visés les dispositifs hybrides dès lors que « *les relations commerciales ou financières entre le contribuable et une entreprise associée établie dans un autre Etat membre entraînent les conséquences suivantes (...)* », sans toutefois requérir que l'existence d'un dispositif hybride soit également liée à des différences dans la qualification juridique d'un instrument financier ou d'un organisme. Une telle lecture semble en contradiction avec le texte de l'ATAD1, étant précisé que les termes « *les relations commerciales ou financières entre contribuables* » sont des ajouts par rapport au texte de l'ATAD1.

En effet, l'ATAD1 indique clairement que l'existence de différences dans la qualification juridique d'un instrument financier ou d'une entité est nécessaire pour qu'un dispositif hybride existe au sens de l'ATAD et les commentaires du Projet semblent viser une transposition fidèle de la directive sur ce point. Dès lors, la Chambre de Commerce suggère que le texte du premier alinéa de l'article 168ter L.I.R. soit modifié en conséquence afin d'intégrer le critère de la différence dans la qualification juridique des instruments ou des organismes.

Enfin, à des fins d'harmonisation et de systématisation, la Chambre de Commerce propose d'aligner la mesure visée à l'article 168ter LIR avec les autres dispositions fiscales de droit luxembourgeois comme, par exemple, avec l'article 166 2 bis LIR, en précisant que l' « *on entend par dispositif hybride des différences dans la qualification juridique d'un instrument* ».

*financier ou d'un organisme lorsqu'un dispositif structuré conclu entre le contribuable et une partie établie dans un autre État membre **de l'Union européenne**... » et en excluant la portion de la phrase « les relations commerciales ou financières entre contribuables ».*

ii. Définition des conséquences d'un dispositif hybride

Le point (2) de l'article 168ter, alinéa 1^{er} se réfère à la notion de dépense d'exploitation : « 2. La dépense d'exploitation fait l'objet d'une déduction au Luxembourg où elle a sa source sans donner lieu à une inclusion du produit correspondant dans le total des revenus nets de l'autre État membre (déduction sans prise en compte) ».

Or, l'ATAD1 fait, quant à elle, expressément référence à la notion de « paiement » : (« b) le paiement fait l'objet d'une déduction dans l'État membre où il a sa source sans donner lieu à une inclusion du produit correspondant à ce paiement dans la base d'imposition de l'autre État membre (« déduction sans prise en compte ») ».

Par ce changement de terminologie, le Projet va au-delà du texte de l'ATAD1 et s'écarte également des recommandations du rapport final de l'Action 2 de l'initiative BEPS qui ne vise expressément que les situations dans lesquelles intervient un « paiement ». La Chambre de Commerce demande dès lors de modifier le Projet sur ce point et de n'utiliser que le terme « paiement » en lieu et place de « dépense d'exploitation ».

b. Imbrication du dispositif

La Chambre de Commerce demande de préciser les modalités d'application des nouvelles règles prévues à l'article 168ter LIR projeté, en combinaison avec celles de l'article 166, paragraphe 2bis LIR. L'application concomitante de ces deux règles pourrait aboutir à des conclusions contradictoires et il conviendrait d'établir des règles de priorité. À défaut de supprimer l'article 168ter LIR du Projet et de reporter son application sous ATAD2, la Chambre de Commerce recommande de lever cette potentielle contradiction en ligne avec le considérant 30 de l'ATAD2 qui prévoit que « Lorsque les dispositions d'une autre directive, comme celles de la directive 2011/96/UE du Conseil, permettent de neutraliser l'asymétrie dans les conséquences fiscales, les règles relatives aux dispositifs hybrides prévues par la présente directive ne devraient pas s'appliquer ».

Concernant le paragraphe 6 StAnpG projeté à l'article 4, point 1 du Projet relatif à l'abus de droit

1. Précision de diverses notions

L'article 4, point 1 du Projet vise à modifier l'actuel paragraphe 6 StAnpG afin de le mettre en conformité avec le texte de l'ATAD1 prévoyant une règle anti-abus générale ou « GAAR ».

a. Notion de « loi fiscale »

L'alinéa 1^{er} du texte proposé commence en ces termes : « la loi fiscale ne peut pas être contournée par un abus de formes et d'institutions du droit ».

La notion de « loi fiscale » n'est toutefois pas définie plus en détail. Afin d'éviter des difficultés pratiques lors de la détermination du champ d'application de ce régime, la Chambre de Commerce estime qu'il serait judicieux de clarifier ce qu'il faut entendre par loi fiscale.

b. Les impôts visés

Dans la mesure où il revient à chaque Etat d'appliquer ses propres dispositions anti-abus, la Chambre de Commerce aimerait qu'il soit précisé que seuls les impôts perçus par l'Etat luxembourgeois et ses collectivités sont visés par la présente disposition. Ainsi, il pourrait être fait référence au paragraphe 3 StAnpG, qui vise principalement l'impôt sur le revenu et l'impôt sur le revenu des collectivités, l'impôt commercial communal, et l'impôt sur la fortune.

c. Les personnes visées

La Chambre de Commerce note que le paragraphe 6 StAnpG a un champ d'application large et, par conséquent, que sa modification va également avoir des répercussions sur les personnes physiques (alors que le champ d'application de l'ATAD 1 est plus restrictif), ce qui n'est, par voie de conséquence, probablement pas souhaité ni souhaitable.

2. Imbrication du dispositif

Si les commentaires du Projet donnent certaines indications (e.g. concernant l'interaction entre les règles SEC et la GAAR), l'interaction entre les différentes règles anti-abus spécifiques, d'une part, et la GAAR, d'autre part, devrait être davantage précisée. Quand bien même le Projet indique, en page 54 de ses commentaires, qu' « *Ainsi, si un dispositif fiscal abusif entre dans le champ d'application d'une clause anti-abus spéciale (par exemple de la règle SEC introduite par le présent projet de loi), c'est cette dernière qui a vocation à le traiter. Il y a cependant lieu de relever que si les éléments constitutifs des dispositions anti-abus spéciales ne sont pas remplis, la clause anti-abus générale est susceptible de s'appliquer de par sa vocation générale* »). Il conviendrait en effet d'explicitier que dans tous les cas où une clause anti-abus spécifique s'applique, la GAAR ne trouvera jamais à s'appliquer de manière cumulative pour le même type d'impôt.

Concernant le paragraphe 16 StAnpG projeté à l'article 4, point 2 du Projet relatif aux ES

1. Précision de diverses notions

a. La notion d'activité d'un ES

Le paragraphe 16 StanpG, alinéa 5, énonce qu' « [...] il est considéré qu'un contribuable résident exerce tout ou partie de son activité par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans l'autre Etat contractant si cette activité considérée isolément constitue une activité indépendante et représente une participation à la vie économique générale dans cet Etat, à moins qu'une disposition explicite renfermée dans la convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale liant le Luxembourg et l'autre Etat contractant ne s'y oppose. ».

Les commentaires du Projet précisent que : « [...] *la deuxième phrase de l'alinéa 5 détermine dès à présent qu'en présence d'une convention D.I., l'activité exercée par un contribuable résident dans l'autre Etat contractant constitue uniquement un établissement stable si cette activité à elle seule constitue une activité indépendante et représente une participation à la vie économique générale dans cet autre Etat, à moins qu'une disposition non équivoque incluse dans la convention D.I. liant le Luxembourg et l'autre Etat ne s'oppose à cette conception* ».

En l'absence de définition spécifique dans le cadre de la convention fiscale en question, et sous réserve de ce qui sera expliqué en termes d'imbrication, il semblerait que, sur base de ce nouvel alinéa 5, l'analyse de l'existence d'un ES doit être réalisée sur base des deux critères

cumulatifs suivants qui doivent être analysés de manière autonome (sauf dispositions contraires du traité en question) :

- l'activité considérée isolément constitue une activité indépendante, et
- cette activité représente une participation à la vie économique générale dans cet Etat.

Or, les notions d'« *activité indépendante* » et de « *participation à la vie économique générale* » n'ont pas fait l'objet de précisions dans les commentaires du Projet.

Toutefois, ces deux notions sont visées par l'article 14 LIR qui concerne l'étendue du bénéfice commercial. Se pose donc la question de savoir si les deux notions mentionnées dans le nouvel alinéa 5 du paragraphe 16 StAnpG devraient être interprétées à l'aune de l'article 14 LIR (en ce inclus la doctrine administrative et jurisprudence y afférentes). Si tel était le cas, cet aspect mériterait d'être clairement circonscrit (pour des raisons de prévisibilité et stabilité) et explicité dans le cadre du Projet.

Par ailleurs, le dernier alinéa de l'article 162 LIR mentionne que: « *sont toujours à considérer comme bénéfice commercial, les revenus provenant de l'ensemble des activités des organismes à caractère collectif visés à l'article 159, alinéa 1 lettre A, numéros 1 et 2...* ». Il en résulte que toute activité exercée par une société de capitaux représente en tout état de cause, d'un point de vue luxembourgeois, une participation à la vie économique générale, indépendamment du fait que cette activité soit exercée au Luxembourg et/ou à l'étranger à travers une succursale. Il importe donc que des clarifications soient apportées sur les nouvelles conditions posées.

b. La notion de confirmation de l'existence d'un ES

Un autre extrait du paragraphe 16 StanpG, alinéa 5, énonce qu' « [...] *il peut être demandé au contribuable de fournir une confirmation que l'autre Etat contractant considère qu'il existe un établissement stable. Une telle confirmation est à fournir dans l'hypothèse où la convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale conclue avec l'autre Etat contractant ne contient pas de disposition autorisant le Luxembourg à ne pas exempter de l'impôt sur le revenu reçus ou de la fortune possédée dans l'autre Etat contractant [...]* ».

Les commentaires du Projet précisent à cet égard que : « [...] *le contribuable peut être invité à fournir une confirmation que l'autre Etat contractant considère qu'il existe un établissement stable sur son territoire. A cette fin, le contribuable peut apporter tout document probant permettant de vérifier ses déclarations et notamment un bulletin d'impôt sur le revenu ou encore une attestation de l'autorité compétente de l'autre Etat contractant confirmant l'existence de l'établissement stable* ».

Il semble que le Projet veut introduire, en dépit des dispositions conventionnelles existantes, des exigences supplémentaires comme condition à la reconnaissance de l'existence d'un établissement stable pour l'application de ces conventions.

Il apparaît que la confirmation de l'autre Etat contractant peut découler de tous types de documents. Toutefois, dans le cas où un contribuable ne serait pas en mesure de fournir une telle confirmation (par exemple, lorsqu'il sera difficile, voire impossible d'obtenir de l'autorité fiscale étrangère ledit document), l'absence de ce seul élément ne devrait, en aucun cas, avoir pour conséquence d'entraîner, de la part de l'administration fiscale, un refus de principe de reconnaissance de l'existence de l'établissement stable. En effet, un tel refus pourrait, dans certains cas, revenir à nier la réalité économique des opérations réalisées.

Par ailleurs, pour la Chambre de Commerce, exiger un certificat d'une autorité fiscale étrangère confirmant l'existence d'un ES pourrait aller au-delà de ce qui peut être raisonnablement exigé du contribuable par application du paragraphe 171, alinéa 1 AO.

En outre, comme les informations requises pourraient être directement obtenues par l'administration fiscale luxembourgeoise via les mécanismes collaboratifs existant entre les Etats, la Chambre de Commerce se demande si la charge de la preuve doit nécessairement peser de prime abord sur les contribuables.

2. Imbrication du dispositif

a. Dans le droit interne

La Chambre de Commerce comprend que le nouvel alinéa 5 aurait pour but de mettre fin à certaines divergences d'interprétation. A cet égard, les commentaires du Projet précisent qu'« ... il échet de ne pas confondre cette situation²⁵ avec la situation où le droit interne d'un Etat contractant empêche celui-ci d'exercer son droit d'imposition soit parce que le revenu ne constitue pas un revenu imposable au sens du droit interne de cet Etat, soit parce que le revenu bénéficie d'un régime de faveur ».

Aussi, afin de permettre aux contribuables de se fier aisément à la nouvelle mouture du paragraphe 16 StanpG, la Chambre de Commerce estime qu'il serait opportun que cette indication soit insérée directement dans le texte de l'alinéa 5 pour qu'il soit clair, si sa compréhension de la disposition est bonne, que le nouvel alinéa 5 ne trouverait pas à s'appliquer lorsqu'un Etat contractant considère que le revenu n'est pas imposable, non par interprétation des dispositions de la convention mais par application de son droit interne.

Les commentaires du Projet précisent également que « *Aux termes de l'article 5.1. du modèle de convention D.I. de l'OCDE, l'expression « établissement stable » désigne une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité. La vérification de l'existence ou non d'une installation fixe d'affaires ne devrait pas poser de problèmes significatifs dans la plupart des cas. Le point décisif est la signification qu'il échet d'accorder aux termes « par laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité ».*

Aussi, il apparaît que lorsque les termes « *par laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité* » ne peut être définie sur la base de la convention fiscale concernée, il convient alors de se référer au droit interne luxembourgeois.

Les commentaires du Projet précisent que : « *D'une part, dans les cas où un terme ou une expression utilisé n'est pas défini dans la convention D.I., les conventions D.I. renvoient elles-mêmes à l'interprétation consacrée dans le droit interne* ».

Aussi, ce ne serait qu'en l'absence d'une définition spécifique permettant de trancher si un résident dispose ou non d'un ES dans l'autre Etat contractant sur la base de la convention fiscale en question, qu'il conviendrait de se référer au droit interne et plus particulièrement au nouvel alinéa 5 du §16 StAnpG que le Projet se propose d'introduire. Il conviendrait de l'avis de la Chambre de Commerce d'indiquer clairement dans le cadre du projet la méthodologie à suivre.

²⁵ Sur base des commentaires du Projet : « ...des divergences de vue entre les parties contractantes pour ce qui concerne l'interprétation d'une convention D.I. et notamment l'existence d'un ES dans un Etat Contractant ».

b. Dans le droit international

La modification de la définition de droit interne luxembourgeois de la définition d'établissement stable étranger de contribuable luxembourgeois semble vouloir avoir indirectement pour effet de modifier l'application de conventions de non double imposition conclues par le Luxembourg sans pour autant requérir de modification de ces conventions. Un tel procédé pose de sérieuses questions en termes de sécurité juridique quant à la validité et l'applicabilité des dispositions projetées.

c. Dans le temps

Le Projet et les commentaires y relatifs sont muets quant à la question de savoir si le nouvel alinéa 5 devrait s'appliquer :

- aux ES existants ainsi qu'à ceux qui vont être constitués à compter des exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2019 (date d'entrée en vigueur prévue par application de l'article 7 du Projet) ou
- uniquement à ceux qui seront constitués à compter des exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2019.

Pour des raisons de sécurité juridique, la Chambre de Commerce estime que cette mesure ne devrait s'appliquer qu'aux ES constitués à partir de la date d'entrée en vigueur de ce projet de loi (exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2019), et ceci devrait clairement être reflété dans le Projet.

Si le Projet n'était pas amendé dans ce sens, cette mesure devrait en principe s'appliquer aux ES étrangers de sociétés luxembourgeoises existants et à ceux qui vont être constitués. Dans ce dernier cas de figure, il devrait être clairement indiqué que cette nouvelle approche ne pourra pas être appliquée par l'administration fiscale dans le cadre de son contrôle (revue des déclarations fiscales, contrôle ultérieurs des bulletins d'imposition émis sous le paragraphe 100 AO, ...) aux exercices antérieurs pour lesquels les délais de prescriptions sont ouverts et ne pourra en tout état de cause s'appliquer qu'aux exercices d'exploitation commençant au plus tôt à partir du 1^{er} janvier 2019.

Concernant les articles 6 et 7 du Projet relatifs respectivement aux mesures de transition et d'entrée en vigueur

La Chambre de Commerce se permet de renvoyer au commentaire qu'elle a formulé sous l'article 1^{er}, point 3^o du Projet relatif à l'imposition à la sortie.

* * *

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

PMR/DJI