

## PROJET DE LOI DU ... .. 2018

- 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 1<sup>er</sup> décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« *Gewerbesteuer* »);
- 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* »)

**Chapitre 1<sup>er</sup>. – Modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant  
l'impôt sur le revenu**

**Art. 1<sup>er</sup>.** Le titre I (impôt sur le revenu des personnes physiques) de la loi modifiée du 4 décembre 1967 est modifié et complété comme suit:

1° L'article 22*bis* est modifié comme suit:

- a) A l'alinéa 2, première phrase, les termes « numéros 1 à 4 » sont remplacés par les termes « numéros 2 à 4 », les termes « 1, » et les termes « soit le créancier, soit » sont supprimés et le numéro 1 est abrogé.
- b) A l'alinéa 3, les termes « 1, » et les termes « le créancier ou » sont supprimés.

2° L'article 35 est complété comme suit:

a) Il est inséré un nouvel alinéa 5 libellé comme suit:

« (5) Les biens constituant l'actif net investi au début du premier exercice d'exploitation sont à évaluer à la valeur établie par l'Etat de départ du contribuable ou de l'établissement stable, à moins que celle-ci ne reflète pas la valeur d'exploitation, lorsque le contribuable:

- a) transfère vers le Luxembourg son domicile fiscal ou son séjour habituel à partir d'un autre Etat;
- b) transfère vers le Luxembourg l'activité qu'il exerce par un établissement stable situé dans un autre Etat. »

b) Il est inséré un nouvel alinéa 6 libellé comme suit:

« (6) La date d'acquisition des biens évalués conformément aux alinéas 1<sup>er</sup> à 5 est la date d'acquisition effective de ces biens. »

3° L'article 38 est remplacé comme suit:

« Art. 38. (1) Le transfert à l'étranger

- d'une entreprise ou d'un établissement stable est assimilé à la cession en bloc et à titre onéreux de l'entreprise ou de l'établissement stable,
- de biens isolés faisant partie de l'actif net investi est assimilé à la cession à titre onéreux de ces biens

dans les situations suivantes:

- a) le contribuable transfère des biens isolés de son entreprise située au Luxembourg vers un établissement stable situé dans un autre Etat, pour autant que le droit d'imposition de ces biens transférés ne revient plus au Luxembourg;
- b) le contribuable transfère des biens isolés de son établissement stable indigène vers son entreprise ou son siège statutaire situé dans un autre Etat ou vers un autre établissement stable situé dans un autre Etat, pour autant que le droit d'imposition de ces biens transférés ne revient plus au Luxembourg;
- c) le contribuable transfère vers un autre Etat soit son domicile fiscal ou son séjour habituel, soit son siège statutaire et son administration centrale, à l'exception des biens qui restent effectivement rattachés à un établissement stable indigène et dont les valeurs comptables sont continuées;
- d) le contribuable transfère l'activité exercée par son établissement stable indigène vers un autre Etat, pour autant que le droit d'imposition des biens transférés ne revient plus au Luxembourg.

(2) La valeur estimée de réalisation de l'entreprise, de l'établissement stable ou des biens isolés au moment du transfert est à retenir à titre de prix de cession.

(3) Le présent article ne s'applique pas aux transferts de biens liés à un financement sur titres, aux biens donnés en garantie ou aux cas où le transfert des biens a été effectué afin de satisfaire aux exigences prudentielles en matière de fonds propres ou à des fins de gestion des liquidités, pour autant que les biens transférés sont destinés à revenir au Luxembourg en tant qu'Etat à l'origine du transfert dans un délai de douze mois à compter à partir de la date du transfert de ces biens à l'étranger. Ces biens continuent à appartenir à l'actif net investi du contribuable comme si le transfert à l'étranger n'avait pas eu lieu et les revenus relatifs à ces biens continuent à revenir au Luxembourg. »

4° L'article 43 est complété comme suit:

a) Il est inséré un nouvel alinéa 1a libellé comme suit:

« (1a) Les biens apportés sont à évaluer à la valeur établie par l'Etat de départ du contribuable ou de l'établissement stable, à moins que celle-ci ne reflète pas la valeur d'exploitation, lorsque le contribuable:

- a) transfère des biens de son établissement stable situé dans l'Etat de départ vers son entreprise située au Luxembourg;
- b) transfère des biens de son entreprise située dans l'Etat de départ vers son établissement stable indigène.

Cette valeur constitue le prix initial d'acquisition. »

b) Il est inséré un nouvel alinéa 2a libellé comme suit:

« (2a) La date d'acquisition des biens apportés évalués conformément aux alinéas 1<sup>er</sup> à 2 est la date d'acquisition effective de ces biens. »

**Art. 2.** Le titre II (impôt sur le revenu des collectivités) de la loi modifiée du 4 décembre 1967 est complété comme suit:

1° A la suite de l'article 164*bis*, il est inséré un nouvel article 164*ter*, libellé comme suit:

« Art. 164*ter*. (1) Au sens de la présente loi, on entend par société étrangère contrôlée un organisme à caractère collectif ou un établissement stable, dont les revenus ne sont pas imposables ou sont exonérés au Luxembourg lorsque les conditions suivantes sont simultanément remplies:

1. dans le cas d'un organisme à caractère collectif, le contribuable, à lui seul ou avec ses entreprises associées,
  - a) soit détient une participation directe ou indirecte de plus de 50 pour cent des droits de vote dans cet organisme à caractère collectif,
  - b) soit possède, directement ou indirectement, plus de 50 pour cent du capital dans cet organisme à caractère collectif,
  - c) soit est en droit de recevoir plus de 50 pour cent des bénéfices de cet organisme à caractère collectif;
2. l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup>, établi et payé par celui-ci, est inférieur à la différence entre, d'une part, 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<sup>er</sup> conformément aux dispositions de la présente loi et, d'autre part, l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup>, établi et payé par celui-ci. Aux fins du numéro 2, l'établissement stable d'un organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup>,

qui n'est pas imposable ou qui est exonéré d'impôt sur le territoire où il est situé, n'est pas pris en considération.

On entend par impôt réel au sens du numéro 2, l'impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités.

Par contribuable, il y a lieu d'entendre aux fins du présent article un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1<sup>er</sup>.

N'est pas visée par le présent article, une société étrangère contrôlée qui

- a) réalise un bénéfice suivant le bilan commercial qui n'est pas supérieur à 750 000 euros; ou
- b) réalise un bénéfice suivant le bilan commercial qui ne dépasse pas 10 pour cent des coûts de fonctionnement pendant l'exercice d'exploitation. Les coûts de fonctionnement ne peuvent pas inclure le coût des biens vendus en dehors de l'Etat, dans lequel l'organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup> a sa résidence, ou dans lequel l'établissement stable au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup> est situé, à des fins fiscales, ni les paiements aux entreprises associées.

(2) 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 du contribuable, 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 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 de capital d'un contribuable et d'un ou de plusieurs organismes, tous les organismes concernés, y compris le contribuable, sont également considérés comme des entreprises associées.

En ce qui concerne les participations indirectes détenues par le contribuable, le respect des critères énoncés au présent alinéa est déterminé en multipliant les taux de détention successivement aux différents niveaux.

(3) Les revenus non distribués de la société étrangère contrôlée provenant de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal sont à inclure dans le revenu net du contribuable.

Aux fins du présent alinéa, un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique lorsque la société étrangère contrôlée ne posséderait pas les actifs qui sont la source de tout ou partie de ses revenus ni n'aurait pris les risques qui y sont associés si elle n'était pas contrôlée par un contribuable où les fonctions importantes liées à ces actifs et risques sont assurées et jouent un rôle essentiel dans la création des revenus de la société étrangère contrôlée.

(4) La détermination du revenu net de la société étrangère contrôlée, qui est à inclure dans le revenu net du contribuable, suit les règles suivantes:

1. les revenus nets à inclure rangent dans la catégorie de revenu du bénéfice commercial et sont limités aux montants générés par les actifs et les risques liés aux fonctions importantes assumées par le contribuable exerçant le contrôle. L'affectation des revenus d'une société étrangère contrôlée est calculée selon le principe de pleine concurrence tel que prévu aux articles 56 et 56*bis*. Ne sont déductibles que les dépenses d'exploitation qui sont en connexion économique avec les revenus à inclure;
2. lorsque le total des revenus nets de la société étrangère contrôlée à inclure est négatif, il n'est pas inclus dans le revenu net du contribuable;
3. lorsque le total des revenus nets de la société étrangère contrôlée à inclure est positif, le contribuable peut déduire jusqu'à concurrence de ce total les revenus nets négatifs qui n'ont pas été déductibles conformément à la disposition du numéro 2 ci-avant au titre d'un exercice d'exploitation antérieur et qui n'ont pu être déduits pendant aucun exercice d'exploitation postérieur par application des dispositions du présent alinéa. Seuls les revenus nets négatifs réalisés par une société étrangère contrôlée après l'entrée en vigueur du présent article sont déductibles;
4. le total des revenus nets à inclure dans le revenu net du contribuable est calculé au prorata de la participation au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup>, numéro 1, détenue par le contribuable dans l'organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup>;
5. 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;
6. lorsque la société étrangère contrôlée est un organisme à caractère collectif qui distribue des bénéfices au contribuable et que ces bénéfices distribués sont inclus dans le revenu net du contribuable, les montants des revenus nets précédemment inclus dans les revenus nets du contribuable en sont déduits jusqu'à concurrence du montant imposable de ces distributions de bénéfices;

7. lorsque le contribuable cède des titres d'une participation détenue dans le capital d'un organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup> ou l'activité exercée par un établissement stable au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup>, et que la part de la plus-value afférente à cette cession a été incluse précédemment dans le revenu net du contribuable, les montants des revenus nets précédemment inclus dans les revenus nets du contribuable sont déduits de la plus-value afférente à cette cession jusqu'à concurrence du montant imposable de cette plus-value;
8. conformément aux dispositions des articles 134*bis* et 134*ter*, la fraction d'impôt correspondant au total des revenus nets à inclure dans le revenu net du contribuable est réduite, au prorata de sa participation, à concurrence de l'impôt qui correspond à ce même total des revenus nets, établi et payé à l'étranger par la société étrangère contrôlée. »

2° A la suite de l'article 168, il est inséré un nouvel article 168*bis*, libellé comme suit:

« Art. 168*bis*. (1) Au sens du présent article, on entend par :

- 1) contribuable : un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1<sup>er</sup> ;
- 2) coûts d'emprunt : les charges d'intérêts sur toutes les formes de dette, les autres coûts économiquement équivalents à des intérêts et les charges supportées dans le cadre de financements, notamment, mais pas exclusivement,
  - les rémunérations dues sur des prêts participatifs,
  - les intérêts imputés sur des instruments, tels que des obligations convertibles et des obligations sans coupon,
  - les montants déboursés au titre de mécanismes de financement alternatifs, du type finance islamique,
  - les intérêts dus au titre de contrats de crédit-bail,
  - les intérêts capitalisés inclus dans la valeur de l'actif correspondant inscrit au bilan, ou l'amortissement des intérêts capitalisés,
  - les montants mesurés par référence à un rendement financier en vertu des règles d'établissement des prix de transfert, le cas échéant,
  - les intérêts notionnels au titre d'instruments dérivés ou de contrats de couverture portant sur les emprunts d'un organisme,
  - certains gains et pertes de change sur emprunts et instruments liés à des financements,
  - les frais de garantie concernant des accords de financement,
  - les frais de dossier et frais similaires liés à l'emprunt de fonds;

- 3) surcoûts d'emprunt : le montant du dépassement des coûts d'emprunt déductibles supportés par un contribuable par rapport aux revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents réalisés par ce contribuable;
- 4) EBITDA: le total des revenus nets majoré des surcoûts d'emprunt visés au numéro 3, les amortissements calculés d'après les articles 29 à 34 et les déductions pour dépréciation qui ont été opérées. Sont exclus du calcul de l'EBITDA, les revenus exonérés d'impôts et les dépenses d'exploitation qui sont en connexion économique avec ces mêmes revenus exonérés ;
- 5) projet d'infrastructures publiques à long terme : un projet reconnu d'intérêt public visant à fournir, à améliorer, à exploiter et/ou à conserver un actif de grande ampleur ;
- 6) entité autonome : 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;
- 7) entreprises financières :
  - a) un établissement de crédit, une entreprise d'investissement au sens de l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 1), de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010 ou une société de gestion d'OPCVM (organisme de placement collectif en valeurs mobilières) au sens de l'article 2, paragraphe 1<sup>er</sup>, point b), de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) ;
  - b) une entreprise d'assurance au sens de l'article 13, point 1), de la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) ;
  - c) une entreprise de réassurance au sens de l'article 13, point 4), de la directive 2009/138/CE;
  - d) une institution de retraite professionnelle relevant du champ d'application de la directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la



surveillance des institutions de retraite professionnelle, sauf si un Etat membre a choisi de ne pas appliquer ladite directive en tout ou partie à cette institution conformément à l'article 5 de cette directive, ou le délégué d'une institution de retraite professionnelle visé à l'article 19, paragraphe 1<sup>er</sup>, de ladite directive;

- e) les institutions de retraite gérant des régimes de retraite qui sont considérés comme des régimes de sécurité sociale relevant du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et du règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, ainsi que toute entité juridique créée aux fins d'investissements de tels régimes;
- f) un fonds d'investissement alternatif (FIA) géré par un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs ou un FIA surveillé en vertu de la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la Société d'investissement en capital à risque (SICAR) ;
- g) les OPCVM au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 2009/65/ce du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM);
- h) les contreparties centrales au sens de l'article 2, point 1), du règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux;
- i) les dépositaires centraux de titres au sens de l'article 2, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 1), du règlement (UE) n° 909/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 concernant l'amélioration du règlement de titres dans l'Union européenne et les dépositaires centraux de titres ;
- j) 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.

(2) Les surcoûts d'emprunt encourus au titre d'un exercice d'exploitation par un contribuable ne peuvent être déduits qu'à concurrence du montant le plus élevé des deux montants suivants:

- a) 30 pour cent de l'EBITDA du contribuable ;
- b) 3 millions d'euros.

(3) Au cas où la fraction d'EBITDA établie conformément à l'alinéa 2, lettre a) excède le montant des surcoûts d'emprunt, pourvu que ce dernier montant soit supérieur à 3 millions d'euros, cet excédent, constituant la capacité inemployée de déduction des intérêts, peut être reporté en avant sur les cinq exercices d'exploitation subséquents. Cette capacité inemployée est en outre à réduire des surcoûts d'emprunt portés en déduction conformément à l'alinéa 4. Seul celui dans le chef duquel la capacité inemployée a pris naissance est en droit de la reporter en avant.

(4) Le contribuable peut déduire, jusqu'à concurrence du montant de la déduction maximale déterminée conformément à l'alinéa 2, diminué des surcoûts d'emprunt déduits en application du même alinéa 2, les surcoûts d'emprunt qui n'ont pas été déductibles au titre d'un exercice d'exploitation antérieur et qui n'ont pu être déduits pendant aucun exercice d'exploitation subséquent par application des dispositions du présent article. Les surcoûts d'emprunt les plus anciens sont déductibles en premier. Seul celui qui a supporté les surcoûts d'emprunt peut les porter en déduction.

(5) Le contribuable peut déduire les surcoûts d'emprunt qui dépassent le montant de la déduction maximale déterminé conformément à l'alinéa 2 jusqu'à concurrence des capacités inemployées au cours des cinq derniers exercices d'exploitation réduites des surcoûts d'emprunt qui, au titre des mêmes exercices, ont été déduits en application du présent alinéa. Les capacités inemployées les plus anciennes sont décomptées en premier.

(6) Lorsque le contribuable est membre d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière, l'intégralité des surcoûts d'emprunt est, sur demande, déductible si le contribuable peut démontrer que le ratio entre ses fonds propres et l'ensemble de ses actifs est égal ou supérieur au ratio équivalent du groupe, pour autant que les conditions suivantes soient remplies :

- a) le ratio entre les fonds propres d'un contribuable et l'ensemble de ses actifs est considéré comme égal au ratio équivalent du groupe si le ratio entre les fonds propres du contribuable et l'ensemble de ses actifs est inférieur de deux points de pourcentage au maximum ; et
- b) l'ensemble des actifs et des passifs est estimé selon la même méthode que celle utilisée dans les états financiers consolidés établis conformément aux normes internationales d'information financière ou au système national d'information financière d'un Etat membre.

(7) Sont exclus du champ d'application de l'alinéa 2, les surcoûts d'emprunt afférents aux :

- a) emprunts qui ont été contractés avant le 17 juin 2016, à l'exclusion de toute modification ultérieure de ces emprunts ;
- b) emprunts utilisés pour financer un projet d'infrastructures publiques à long terme, lorsque l'opérateur du projet, les coûts d'emprunt, les actifs et les revenus se situent tous dans l'Union européenne. Dans ce cas, tout revenu provenant d'un projet d'infrastructures publiques à long terme est exclu de l'EBITDA.

(8) Par dérogation à l'alinéa 2, la déduction des surcoûts d'emprunt est intégralement admise :

- a) si le contribuable est une entreprise financière;
- b) si le contribuable est une entité autonome. »

3° A la suite du nouvel article 168*bis*, il est inséré un nouvel article 168*ter*, libellé comme suit:

« Art. 168*ter*. (1) Au sens du présent article, 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 Etat membre ou lorsque les relations commerciales ou financières entre le contribuable et une entreprise associée établie dans un autre Etat membre entraînent les conséquences suivantes:

1. les mêmes dépenses d'exploitation ou les mêmes pertes font l'objet d'une déduction aussi bien au Luxembourg que dans un autre Etat membre qui est à l'origine des dépenses d'exploitation ou des pertes (double déduction);
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 Etat membre (déduction sans prise en compte).

Par contribuable, il y a lieu d'entendre aux fins du présent article un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1<sup>er</sup>.

(2) Ne sont pas déductibles auprès d'un contribuable, les dépenses d'exploitation en relation avec un dispositif hybride dans la mesure où elles:

1. sont déductibles dans un autre Etat membre qui est à l'origine de la dépense d'exploitation ou de la perte conformément à l'alinéa 1<sup>er</sup>, numéro 1;
2. ne sont pas imposées dans un autre Etat membre conformément à l'alinéa 1<sup>er</sup>, numéro 2.

(3) Aux fins du présent article, le taux de 25 pour cent prévu à l'article 164ter, alinéa 2 est remplacé par le taux de 50 pour cent lorsque le dispositif concerne un organisme hybride.

(4) Sur demande de l'administration des contributions, le contribuable doit être en mesure de fournir une déclaration de l'émetteur de l'instrument financier ou tous autres éléments pertinents tels que des déclarations d'impôt, d'autres documents fiscaux ou des certificats fournis par les autorités fiscales de l'autre Etat membre, afin de prouver que le paiement au sens de l'alinéa 2, numéro 1 n'était pas déductible dans cet autre Etat membre ou y est imposé conformément à l'alinéa 2, numéro 2. »

4° A l'article 172bis, l'alinéa 4 est modifié et complété comme suit:

« Dans les cas visés aux alinéas 1<sup>er</sup> et 2, le report des bonifications d'impôt, le report des capacités inemployées visées à l'article 168bis, alinéa 2 et le report des surcoûts d'emprunt visés à l'article 168bis, alinéa 3 de l'organisme à transformer sont continués dans le chef de l'organisme transformé. »

## **Chapitre 2. – Modification de la loi modifiée du 1<sup>er</sup> décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« *Gewerbesteuer*gesetz »)**

**Art. 3.** Le paragraphe 9 de la loi modifiée du 1<sup>er</sup> décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« *Gewerbesteuer*gesetz ») est complété comme suit :

Il est ajouté un nouveau numéro 3a intercalé entre les numéros 3 et 4 et libellé comme suit:

« 3a. des revenus nets inclus au total des revenus nets conformément à l'article 164ter de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, pour autant qu'ils sont compris dans le bénéfice d'exploitation déterminé suivant le paragraphe 7; ».

### Chapitre 3 – Modification de la loi d’adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934

#### (« *Steueranpassungsgesetz* »)

**Art. 4.** La loi d’adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« *Steueranpassungsgesetz* ») est modifiée et complétée comme suit:

1° Le paragraphe 6 est remplacé comme suit:

« (1) La loi fiscale ne peut pas être contournée par un abus de formes et d’institutions du droit. Il y a abus au sens de la phrase précédente si la voie juridique qui, ayant été utilisée pour obtenir, à titre d’objectif principal ou à titre d’un des objectifs principaux, un contournement ou une réduction de la charge d’impôt allant à l’encontre de l’objet ou de la finalité de la loi fiscale, n’est pas authentique compte tenu de l’ensemble des faits et circonstances pertinents. Aux fins de la présente disposition, la voie juridique, qui peut comprendre plusieurs étapes ou parties, est considérée comme non authentique dans la mesure où elle n’a pas été utilisée pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.

(2) Si un abus au sens de l’alinéa précédent est donné, les impôts sont à percevoir comme ils auraient dû l’être au cas où la voie juridique utilisée avait été authentique compte tenu des faits et circonstances pertinents.

(3) Les impôts prélevés sur base de la voie juridique utilisée qui n’est pas prise en compte conformément à l’alinéa 1<sup>er</sup>, sont à imputer sur le montant dû en vertu de l’alinéa 2, ainsi que sur d’autres arriérés d’impôts du contribuable et, pour autant qu’une telle imputation n’est pas possible, sont à rembourser. Après l’écoulement de l’année qui suit la constatation définitive de la non prise en compte de la voie juridique utilisée, le contribuable ne pourra plus réclamer l’imputation ou le remboursement. »

2° Au paragraphe 16, il est inséré un nouvel alinéa 5 libellé comme suit:

« (5) Par dérogation aux dispositions des alinéas 1<sup>er</sup> à 4, les seuls critères à appliquer pour déterminer si un contribuable résident dispose d’un établissement stable dans un Etat avec lequel le Luxembourg a conclu une convention pour l’élimination de la double imposition en matière fiscale sont les critères retenus à cette fin dans cette convention. A cet égard, 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. Aux fins de cet alinéa, il peut être demandé au contribuable de fournir une confirmation que l'autre Etat contractant considère qu'il y 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 ne contient pas de disposition autorisant le Luxembourg à ne pas exempter de l'impôt des revenus reçus ou de la fortune possédée dans l'autre Etat contractant par un contribuable résident dans le cas où l'autre Etat contractant interprète les dispositions de la convention d'une manière telle que ces revenus ou cette fortune entrent dans le champ d'application d'une disposition de la convention qui supprime ou limite le droit de l'autre Etat contractant d'imposer ces éléments. »

#### **Chapitre 4 - Modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931**

##### **(« *Abgabenordnung* »)**

**Art. 5.** La loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« *Abgabenordnung* ») est modifiée comme suit :

Le paragraphe 127 est modifié et complété comme suit:

1° L'alinéa 2 est modifié comme suit:

« (2) Dans la mesure où l'impôt dû résulte de l'imposition conformément aux articles 38 et 172 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, le contribuable peut demander un délai de paiement moyennant un échelonnement linéaire de l'impôt à la sortie sur cinq ans au maximum, sans mise en compte d'intérêts de retard, à condition que l'Etat envers lequel le transfert est opéré est un Etat membre ou que l'Etat envers lequel le transfert est opéré est un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen autre qu'un Etat membre avec lequel le Luxembourg ou l'Union européenne a conclu un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances fiscales, offrant une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures. Le contribuable peut renoncer au délai de paiement.

Le délai de paiement est immédiatement interrompu et le solde de la dette fiscale devient exigible dans les situations suivantes:

- a) les biens transférés ou l'activité transférée, exercée par l'établissement stable du contribuable, sont cédés ou prélevés, à l'exception du transfert dans le cadre d'un apport d'une entreprise ou

d'une partie autonome d'entreprise dans les conditions définies par l'article 2 de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre ou de dispositions analogues, lorsque la ou les société(s) bénéficiaire(s) de l'apport déclare(nt) reprendre les droits et obligations de l'apporteur en rapport avec le délai de paiement;

- b) les biens transférés font l'objet d'un nouveau transfert dans un Etat d'accueil qui n'est pas un Etat membre, sauf si l'Etat d'accueil est un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen autre qu'un Etat membre et que le Luxembourg ou l'Union européenne a conclu avec cet Etat un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances fiscales, offrant une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures;
- c) soit le domicile fiscal ou le séjour habituel, soit le siège statutaire et l'administration centrale du contribuable, soit l'activité exercée par son établissement stable fait l'objet d'un nouveau transfert dans un Etat d'accueil qui n'est pas un Etat membre, sauf si l'Etat d'accueil est un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen autre qu'un Etat membre et que le Luxembourg ou l'Union européenne a conclu avec cet Etat un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances fiscales, offrant une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures;
- d) le contribuable fait faillite ou est mis en liquidation;
- e) le contribuable ne respecte pas les obligations qui lui incombent en ce qui concerne les échelonnements et ne corrige pas sa situation dans un délai raisonnable, qui n'excède pas douze mois;
- f) le contribuable ne documente pas annuellement en due forme que les situations énumérées aux lettres a), b) et c) ci-avant ne se sont pas réalisées. »

2° L'alinéa 3 est abrogé.

## Chapitre 5 - Dispositions transitoires

**Art. 6.** Les sursis de paiement accordés en vertu du paragraphe 127, alinéas 2 et 3 de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« *Abgabenordnung* ») et concernant l'impôt à la sortie en relation avec les exercices d'exploitation clôturés avant le 1<sup>er</sup> janvier 2020, ne sont pas affectés par la présente loi.

## Chapitre 6 – Mise en vigueur

**Art. 7.** Les dispositions de la présente loi sont applicables aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2019, à l'exception de celles de l'article 1<sup>er</sup>, 2°, 3° et 4° et de l'article 5, 1° et 2° qui sont applicables aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2020.

\* \* \*

\*



## EXPOSE DES MOTIFS

Par le dépôt du présent projet de loi, le Gouvernement propose de transposer en droit national 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 (Journal officiel de l'Union européenne L 193, 19 juillet 2016, pages 1 à 14) (« directive »), communément désignée directive ATAD (« *Anti Tax Avoidance Directive* »).

La genèse de cette directive tire son origine pour la majeure partie dans les rapports finaux sur les quinze actions de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (« *BEPS – base erosion and profit shifting* »), rendus publics en date du 5 octobre 2015.

Dans ses conclusions du 8 décembre 2015, le Conseil de l'Union européenne a insisté sur la nécessité de trouver des solutions communes au niveau de l'Union européenne qui soient en conformité avec les conclusions de l'OCDE concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices.

La directive poursuit l'objectif d'instaurer dans des domaines spécifiques un niveau minimal commun de protection des systèmes nationaux d'imposition des sociétés contre les pratiques d'évasion fiscale et de coordonner les actions des Etats membres dans ces domaines.

Les règles établies par la directive s'appliquent à tous les contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés dans un Etat membre, ainsi qu'à leurs établissements stables qui peuvent être situés dans un ou plusieurs autres Etats membres. Ces règles visent également les établissements stables, situés dans un ou plusieurs Etats membres, d'organismes ayant leur résidence fiscale dans un Etat tiers.

Il s'ensuit que le champ d'application de la directive, tel qu'il est délimité par l'article premier de celle-ci, ne nécessite en tant que tel pas de modification législative au plan national étant donné que les contribuables en cause sont explicitement visés soit par l'article 159 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (« L.I.R. »), qui énumère les organismes à caractère collectif résidents passibles de l'impôt sur le revenu des collectivités conformément à l'article 159 L.I.R., soit par l'article 160, alinéa 1<sup>er</sup> L.I.R., qui englobe les organismes à caractère collectif de l'article 159 L.I.R. qui n'ont ni leur siège statutaire, ni leur administration centrale sur le territoire du Luxembourg, et qui sont passibles de l'impôt sur le revenu des collectivités pour leur revenu indigène au sens de l'article 156 L.I.R.

Par ailleurs, les collectivités non résidentes, qui réalisent des revenus indigènes autres que ceux générés par un établissement stable indigène, sont en dehors du champ d'application de la directive. Il en est de même des contribuables qui ne sont pas soumis à l'impôt sur les sociétés dans un Etat

membre, notamment les organismes fiscalement transparents.

Les différentes mesures de la directive concernent les cinq domaines suivants:

- 1) la limitation de la déductibilité des intérêts,
- 2) l'imposition à la sortie,
- 3) une clause anti-abus générale,
- 4) des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées, et
- 5) des règles pour lutter contre les dispositifs hybrides.

La transposition de la directive en droit interne nécessite essentiellement des modifications de la L.I.R. Elle affecte aussi la loi modifiée du 1<sup>er</sup> décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« *Gewerbesteuer-gesetz – GewStG* »), la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« *Steueranpassungsgesetz – StAnpG* »), ainsi que la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« *Abgabenordnung – AO* ») dans le contexte des sociétés étrangères contrôlées, de l'imposition à la sortie et de la clause anti-abus générale.

Deux de ces mesures existent déjà dans le droit national, à savoir l'imposition à la sortie et la clause anti-abus générale. Ces dispositions doivent être ajustées et complétées afin que le droit national soit en conformité avec la directive. Dans un objectif notamment de cohérence par rapport aux mesures existantes, il est proposé que ces dispositions ainsi ajustées et complétées ne se limitent pas aux contribuables visés par l'article premier de la directive, mais qu'elles gardent leur champ d'application actuel pour ce qui est des contribuables susceptibles d'être concernés.

Les autres mesures sont inédites dans la législation fiscale nationale et vont y faire leur entrée.

La règle de limitation de la déductibilité des intérêts (« *interest limitation rule* ») décourage les pratiques consistant à avoir recours à des paiements d'intérêts excessifs, désignés de surcoûts d'emprunt, comme relevé par le considérant 6 de la directive. Elle introduit un ratio de déductibilité qui tient compte du résultat imposable avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissements (*EBITDA*) du contribuable. Seuls les revenus imposables sont considérés lors de la détermination du montant des intérêts déductibles. Sont visés les coûts en relation avec des dettes contractées au niveau national, au sein de l'Union européenne ou auprès d'un Etat tiers, qu'ils sont dus à des tiers, à des entreprises associées ou au niveau intragroupe.

Néanmoins, la directive permet la déduction des surcoûts d'emprunt jusqu'à concurrence d'un montant fixe (« *safe harbour* »), nonobstant la limite qui résulte du ratio. En plus, elle permet d'exclure du champ d'application les entités autonomes, ainsi que les surcoûts d'emprunt encourus au titre de prêts utilisés pour financer des projets d'infrastructures publiques à long terme.

Les Etats membres peuvent encore exclure du champ d'application de la règle de limitation de la déductibilité des intérêts les entreprises financières, c'est-à-dire les institutions financières et les compagnies d'assurance, vu qu'une approche adaptée à ces secteurs n'a pas encore été arrêtée au niveau international et de l'Union européenne.

Les dispositions en matière d'imposition à la sortie de la directive permettent de garantir que lorsqu'un contribuable transfère des actifs ou sa résidence fiscale hors de la juridiction fiscale d'un Etat, ce dernier impose la valeur économique de toute plus-value générée sur son territoire même si cette plus-value est encore latente au moment de la sortie, comme relevé par le considérant 10.

La loi du 26 mai 2014 portant modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu; de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (Mémorial A - N° 93 du 4 juin 2014, page 1443) avait apporté à l'article 38 L.I.R. et au paragraphe 127 AO des modifications concernant l'imposition à la sortie (« *exit taxation* »), afin que le dispositif soit compatible avec les dispositions de droit de l'Union européenne et pour répondre à la mise en demeure du 27 septembre 2012, infraction n° 2012/4015, de la Commission européenne.

Le présent projet de loi va aligner les règles nationales à celles de la directive qui prévoit notamment d'ignorer le transfert d'actifs à caractère temporaire lorsque ces actifs sont destinés à revenir à l'Etat membre du contribuable à l'origine du transfert, lorsque le transfert est effectué pour satisfaire aux obligations prudentielles en matière de fonds propres, à des fins de gestion des liquidités ou lorsqu'il s'agit d'opérations de financement sur titres ou d'actifs faisant l'objet d'une sûreté.

En outre, la directive permet au contribuable à l'occasion de certains transferts, à savoir ceux au sein de l'Union européenne et sous certaines conditions ceux en relation avec des Etats tiers qui sont parties à l'Accord sur l'espace économique européen (« EEE »), de reporter le paiement de l'impôt à la sortie moyennant un étalement des versements sur cinq ans au maximum. Pour de tels reports, elle autorise les Etats membres à mettre en compte des intérêts débiteurs et de demander au contribuable de constituer une garantie. Le fait marquant est dès lors l'abandon du sursis de paiement dans le cadre du projet de loi sous rubrique, et son remplacement par un délai de paiement sur cinq années au maximum conformément à la directive. Le projet de loi propose de ne pas recourir à des intérêts, ni à la constitution d'une garantie dans le contexte particulier de l'impôt à la sortie et de pérenniser le dispositif actuel sur ce point.

La directive met aussi en exergue le rôle important des clauses anti-abus générales (« *general anti-abuse rules* »), devant s'appliquer de manière uniforme à des situations nationales et transfrontalières, en vue d'une lutte efficace contre des dispositifs fiscaux abusifs qui n'ont pas encore été traités par des dispositions spécifiques, comme relevé par le considérant 11. S'y ajoute

d'ailleurs implicitement le caractère préventif en matière d'évasion fiscale de telles clauses, tel que notamment souligné par la Commission européenne dans sa communication du 19 juillet 2016 relative à la notion d'« aide d'Etat » visée à l'article 107, paragraphe 1<sup>er</sup>, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Journal officiel de l'Union européenne C 262, 19 juillet 2016, page 40).

La clause anti-abus générale luxembourgeoise est reprise au paragraphe 6 StAnpG. Or, si le législateur est intervenu dans des domaines spécifiques, comme par exemple en matière de l'exonération des revenus de participations ou encore en ce qui concerne le principe de pleine concurrence, le libellé actuel de la clause anti-abus générale, qui a été repris du droit allemand, n'a pas été modifié depuis son adoption. C'est l'application du paragraphe 6 StAnpG par les juges qui a permis de développer davantage certains de ses aspects au cours des années, notamment les éléments constitutifs de l'abus en matière fiscale, tout en se trouvant aussi forcément empreinte de certaines fluctuations.

Ainsi, le présent projet de loi propose d'adapter le paragraphe 6 StAnpG, en ancrant notamment dans la loi elle-même une définition précise de la notion de l'abus en matière fiscale, ceci dans l'objectif de compléter et de moderniser la disposition anti-abus générale actuelle y contenue. Cette adaptation du paragraphe 6 StAnpG vise en même temps à garantir la conformité de la clause anti-abus générale avec les exigences européennes telles qu'exprimées à l'article 6 de la directive pour ce qui est d'abus par des contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés (visés par son article premier), tout en veillant au maintien d'une seule clause anti-abus générale en droit fiscal luxembourgeois, ceci dans le souci de garder un concept d'abus général qui soit uniforme, et d'application à l'ensemble des contribuables soumis aux impôts directs.

Dans un objectif de permettre dans la mesure du possible une continuité en matière d'application d'une telle clause anti-abus générale, il est en outre proposé dans le cadre de l'adaptation proposée du paragraphe 6 StAnpG de garder dans la définition certaines notions afférentes contenues dans le texte actuel ou développées par la jurisprudence luxembourgeoise, dans l'esprit et le respect de la directive, plutôt que de reprendre à la lettre tout le texte européen.

Dans un souci d'uniformité, celles des dispositions de l'actuel paragraphe 6 StAnpG qui ont été reprises dans le nouveau dispositif, ont également été traduites en français.

Les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (« SEC », « *controlled foreign companies* ») s'appuient sur l'Action 3 du Plan BEPS de l'OCDE. Elles ont pour effet de réattribuer les revenus d'une filiale contrôlée soumise à une faible imposition à sa société mère. A l'heure actuelle, un tel dispositif n'existe pas en droit national. Le considérant 12 de la directive donne les précisions suivantes: « *La société mère devient alors imposable sur les revenus qui lui ont été ainsi affectés dans l'Etat où elle a*

*sa résidence fiscale. En fonction des priorités politiques de cet Etat, les règles relatives aux SEC peuvent viser une filiale entière soumise à une faible imposition, des catégories particulières de revenus ou se limiter aux revenus qui ont été artificiellement détournés vers la filiale. En particulier, afin de s'assurer que les règles relatives aux SEC constituent une réponse proportionnée aux préoccupations en matière d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices, il est indispensable que les Etats membres qui limitent l'application de leurs règles relatives aux SEC aux revenus qui ont été artificiellement détournés vers la filiale ciblent précisément les situations où la plupart des fonctions décisionnelles qui ont généré des revenus détournés au niveau de la filiale contrôlée sont exercées dans l'Etat membre du contribuable. Afin de limiter la charge administrative et les coûts de mise en conformité, ces Etats membres devraient pouvoir exempter certaines entités qui réalisent de faibles bénéfices ou dégagent une faible marge bénéficiaire et qui génèrent moins de risques d'évasion fiscale. En conséquence, il est nécessaire que les règles relatives aux SEC s'étendent aux bénéfices d'établissements stables où ces bénéfices ne sont pas imposables ou qui sont exonérés d'impôt dans l'Etat membre du contribuable. Toutefois, il n'y a pas lieu d'imposer, au titre des règles relatives aux SEC, les bénéfices d'établissements stables qui se voient refuser l'exonération fiscale en vertu de réglementations nationales parce que ces établissements stables sont traités comme s'ils étaient des sociétés étrangères contrôlées. Afin d'assurer un niveau de protection élevé, les Etats membres pourraient abaisser le seuil de contrôle ou utiliser un seuil plus élevé en comparant l'impôt réel sur les sociétés et l'impôt sur les sociétés qui aurait été prélevé dans l'Etat membre du contribuable. Lorsqu'ils transposent les règles relatives aux SEC dans leur droit national, les Etats membres pourraient appliquer un seuil de taux d'imposition fractionnaire suffisamment élevé. Il est souhaitable de remédier à ces situations aussi bien dans les pays tiers qu'au sein de l'Union. (...) ».*

Le dernier domaine de la directive est celui des dispositifs hybrides (« *hybrid mismatches* ») qui résultent de différences dans la qualification juridique des paiements (instruments financiers) ou des organismes, comme relevé par le considérant 13. Ils se traduisent souvent par une double déduction, à savoir une déduction dans deux Etats, ou par une déduction des revenus dans un Etat sans qu'ils soient pris en compte dans la base d'imposition de l'autre. Pour neutraliser ces effets, la directive établit des règles en vertu desquelles l'une des deux juridictions intervenant dans un dispositif hybride doit refuser la déduction d'un paiement conduisant à ce type de résultat.

A ce stade, la directive ne traite pas encore de tous les dispositifs hybrides. D'un côté, ses mesures, qui doivent être appliquées à partir de 2019, concernent uniquement des dispositifs hybrides au sein de l'Union européenne. Elle n'établit pas de règles relatives aux dispositifs hybrides entre Etats membres et Etats tiers. D'un autre côté, elle ne contient pas de règles sur d'autres dispositifs hybrides tels que ceux impliquant des établissements stables.

Ainsi, les mesures contenues dans la directive concernant les dispositifs hybrides sont transposées par le présent projet de loi.

La 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, dont les mesures doivent être appliquées à partir de 2020 sauf l'article 9 *bis* qui doit être appliqué à partir de 2022, a étoffé ce sujet en se consacrant exclusivement et de manière très exhaustive aux dispositifs hybrides. Elle fera ainsi l'objet d'un autre projet de loi en vue de sa transposition en droit national, qui sera présenté au cours de l'année 2019.

Au-delà de la transposition de la directive en droit luxembourgeois, le présent projet de loi se propose également d'apporter des précisions à deux dispositions législatives dont l'interprétation faite par des contribuables a pu favoriser la mise en place de pratiques d'érosion de la base d'imposition et de transfert des bénéfiques, voire aboutir à des situations de non-imposition de certains revenus. Les deux amendements proposés dans ce contexte par le projet de loi se situent dans la lignée de l'objectif général poursuivi par la directive, qui est celui de renforcer le niveau moyen de protection contre la planification fiscale agressive au sein du marché intérieur<sup>1</sup>. S'agissant d'une directive visant uniquement à mettre en place un niveau minimal de protection contre la planification fiscale agressive au sein du marché intérieur, les Etats-membres restent libres d'appliquer des dispositions nationales visant à préserver un niveau plus élevé de protection des bases d'imposition nationales pour l'impôt sur les sociétés<sup>2</sup>.

L'interaction entre des règles fiscales différentes peut être exploitée par des contribuables à des fins de réduction de leur charge fiscale globale et est même susceptible d'aboutir à des situations de non-imposition dont l'apparition n'a pas toujours pu être prévue au moment de la mise en place de ces règles. A ce titre, le Rapport de l'OCDE « *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfiques* »,<sup>3</sup> qui est à la base du plan d'action BEPS adopté en 2015, fait le constat que « *les interactions entre les différents systèmes fiscaux nationaux (y compris entre des règles pourtant adoptées conformément aux règles internationales visant à éviter la double imposition) peuvent aussi aboutir à créer des failles qui permettent de supprimer ou de réduire considérablement l'imposition des revenus ou des bénéfiques d'une manière qui n'est pas compatible avec les objectifs de ces règles fiscales nationales ou de ces normes internationales* ». Le même rapport relève encore qu'« *étant donné que les entreprises font l'objet d'une intégration transfrontalière de plus en plus poussée et que les règles fiscales manquent souvent de coordination, un certain nombre de structures, par ailleurs légales du*

---

<sup>1</sup> Voir le considérant 3 de la directive.

<sup>2</sup> Voir l'article 3 de la directive.

<sup>3</sup> OCDE (2013), *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfiques*, Editions OCDE, pp. 7-8

*point de vue technique, tirent profit des asymétries qui existent dans les règles fiscales nationales et internationales »<sup>4</sup>. De cette manière, les deux amendements en question s’inscrivent également dans l’objectif plus large de lutte contre les pratiques d’érosion de la base d’imposition du plan BEPS.*

Aux fins de cet objectif et afin d’accompagner les efforts entrepris au niveau européen et international dans la lutte contre les structures de planification fiscale agressive basées notamment sur l’exploitation d’asymétries existant entre les règles fiscales nationales et internationales, le présent projet de loi propose tout d’abord de compléter le paragraphe 16 de la loi d’adaptation fiscale (StAnpG) par l’insertion d’un nouvel alinéa visant à mettre fin à des conflits d’interprétation en relation avec l’existence d’un établissement stable et qui résultent de l’interaction entre des dispositions de droit interne et celles d’une convention pour l’élimination de la double imposition en matière fiscale. Dans la mesure où la question de l’existence d’un établissement stable dans l’Etat de la source ne peut pas toujours être tranchée de façon claire et nette par l’Etat de la résidence, il est nécessaire de mettre en place des garanties permettant d’éviter autant que possible de potentiels conflits d’interprétation entre la notion interne de « Betriebstätte » telle que prévue par le paragraphe 16 de la loi d’adaptation fiscale et la notion de « établissement stable » contenue dans une convention pour l’élimination de la double imposition en matière fiscale.

Le projet de loi vise encore à apporter un amendement à l’article 22*bis* de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l’impôt sur le revenu en supprimant un des cas de figure dans lesquels une opération d’échange de titres peut être réalisée en neutralité fiscale. Plus précisément, en supprimant la neutralité fiscale dans le cas de la conversion d’un emprunt en titres représentatifs du capital social du débiteur de l’emprunt, l’amendement proposé vise à mettre fin à des structurations qui ont pu être mises en place par des contribuables faisant partie d’un même groupe et susceptibles d’aboutir à des situations de non-imposition.

\* \* \*

\*

---

<sup>4</sup> OCDE (2013), *Lutter contre l’érosion de la base d’imposition et le transfert de bénéfices*, Editions OCDE, p. 9

## COMMENTAIRE DES ARTICLES

### *Ad article 1<sup>er</sup>, 1°*

L'article 22bis L.I.R. a été introduit par l'article 1<sup>er</sup>, 3° de la loi du 21 décembre 2001 portant réforme de certaines dispositions en matière des impôts directs et indirects. Il définit et énumère limitativement les opérations d'échange de titres qui peuvent être réalisées en neutralité fiscale. Cette disposition déroge ainsi à celle de l'article 22, alinéa 5 L.I.R. en vertu de laquelle l'échange de biens est à considérer comme cession à titre onéreux du bien donné en échange, suivie de l'acquisition à titre onéreux du bien reçu en échange.

Parmi les opérations visées par l'article 22bis L.I.R. figure la conversion d'un emprunt dans le cadre de laquelle des titres représentatifs du capital social du débiteur sont attribués au créancier. Cette disposition est utilisée par des contribuables faisant partie d'un même groupe pour la mise en place de structures financières qui permettent au membre débiteur de bénéficier de déductions fiscales, alors que la contrepartie desdites déductions ne génère pas un revenu imposable dans le chef du membre créancier, et échappe ainsi à toute imposition. Cet état des choses contredit le sens de la mesure législative dont l'objectif est de permettre aux contribuables de différer dans le temps l'imposition de plus-values dégagées lors d'un échange de titres dans des situations définies. Le présent projet de loi propose de rectifier cette situation en supprimant le numéro 1 de l'alinéa 2 de l'article 22bis L.I.R.

D'un point de vue légistique, il s'ensuit que les références au numéro 1, figurant aux alinéas 2 et 3 de l'article 22bis L.I.R., doivent être adaptées ou supprimées. Il en est de même du terme « créancier ».

### *Ad article 1<sup>er</sup>, 2°*

L'article 35 L.I.R. fixe les principes régissant l'évaluation au bilan d'ouverture en cas de création d'une entreprise ou d'une partie autonome d'entreprise. L'ajout du nouvel alinéa 5 répond au critère de symétrie exigé par l'article 5, paragraphe 5 de la directive qui exige que l'Etat d'accueil, en l'espèce le Luxembourg, reprend la valeur établie par l'Etat membre de sortie lors du calcul de l'impôt à la sortie. Par cette mesure, les biens transférés ne sont ni sous-évalués, ni surévalués au moment de leur affectation à l'actif net investi. Il est cependant permis à l'Etat d'accueil de ne pas accepter cette valeur, notamment lorsqu'elle dépasse le montant de la valeur d'exploitation qui est la limite supérieure d'évaluation.

Afin d'assurer la cohérence du dispositif de l'article 35 L.I.R., il est proposé de ne pas limiter l'application du nouvel alinéa 5 aux seuls transferts faisant intervenir exclusivement des Etats



membres en tant qu'Etats de sortie, mais d'étendre le champ d'application aux Etats tiers.

La reconnaissance mutuelle par le Luxembourg de la valeur de sortie établie par l'Etat de sortie sort ses effets uniquement dans le cadre de l'imposition à la sortie, dans les deux cas de figure suivants:

- le contribuable devient résident du Luxembourg où il va désormais exploiter son entreprise établie jusqu'ici sur le territoire de l'Etat de sortie;
- le contribuable résident d'un autre Etat transfère vers le Luxembourg l'activité exercée par son établissement stable situé dans un autre Etat, c'est-à-dire celui de sa résidence fiscale ou autre.

Si, au moment du transfert, le contribuable est propriétaire d'un immeuble situé au Luxembourg, et que cet immeuble doit être affecté à l'actif net investi dans le cadre des deux cas de figure mentionnés ci-avant, l'évaluation de l'immeuble se fait conformément à l'alinéa 2 de l'article 35 L.I.R.

Par ailleurs, l'alinéa 3 de l'article 35 L.I.R. garde toute sa valeur: le nouvel alinéa 5 n'y porte pas préjudice.

Le nouvel alinéa 6 n'introduit pas une mesure nouvelle, mais ne fait que confirmer et clarifier un point élémentaire dans le contexte de la création d'une entreprise, à savoir celui de la détermination de la date d'acquisition des biens visés par l'article 35 L.I.R. La date d'acquisition correspond, en principe, à la date d'acquisition historique de ce bien qui n'est donc ni interrompue, ni remplacée par la date de la création de l'entreprise. Lorsque la date d'acquisition effective n'est pas retenue à des fins fiscales, il faut qu'une disposition légale le prévoie expressément.

*Ad article 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>*

#### Alinéa 1<sup>er</sup>

L'article 38 L.I.R. a pour objet l'imposition du bénéfice réalisé lors du transfert à l'étranger d'une entreprise ou d'un établissement stable. A l'instar de l'article 5 de la directive, l'article 38 L.I.R. vise, par référence aux termes « autre Etat », le transfert à l'étranger d'une manière générale, c'est-à-dire aussi bien le transfert de biens vers un Etat tiers, un Etat membre ou encore un Etat tiers partie à l'Accord sur l'Espace économique (« EEE »), à condition que le droit d'imposition des biens transférés revient à l'Etat d'accueil par suite du transfert. Afin de mieux discerner les différents cas de transfert qui déclenchent l'application de l'article 38 L.I.R., le présent projet de loi propose de reprendre dans le libellé de cet article l'énumération des quatre situations énoncées au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 5 de la directive qui sont à considérer comme un transfert à l'étranger. Par ailleurs, il est proposé de maintenir le champ d'application actuel de l'imposition à la sortie (« *exit taxation* ») au sens de l'article 38 L.I.R., qui s'applique aussi bien aux contribuables résidents qu'aux contribuables non

résidents qui réalisent un bénéfice au sens des trois premières catégories de revenus, c'est-à-dire les personnes physiques et les collectivités.

L'imposition à la sortie faisant partie intégrante du dispositif fiscal national en vigueur, il est proposé que le projet de loi fasse abstraction des définitions de l'article 2, paragraphes 6), 7) et 8) de la directive, à savoir les notions de transfert d'actifs, de transfert de résidence fiscale et de transfert d'une activité exercée par un établissement stable, qui deviennent superfétatoires puisque le libellé des lettres a) à d) reprennent les principes qui sont à la base de ces définitions.

Le transfert d'un ou de plusieurs biens isolés vers un établissement stable situé dans un autre Etat tombe sous la coupe de la lettre a). Ce transfert ne devrait s'appliquer que dans le chef d'un contribuable résident. Par suite du transfert, le Luxembourg n'a plus le droit d'imposer les biens transférés.

La lettre b) s'adresse à tout contribuable non résident qui exploite un établissement stable indigène sur le territoire du Luxembourg et qui en transfère un ou plusieurs biens isolés vers son entreprise située à l'étranger ou, en cas d'une collectivité, vers son siège statutaire établi à l'étranger ou encore vers un autre établissement stable situé dans un autre Etat. Par suite du transfert, le Luxembourg n'a plus le droit d'imposer les biens transférés.

Le transfert de la résidence fiscale d'un contribuable vers l'étranger fait l'objet de la lettre c). La notion de résidence fiscale reprise par la directive est transposée par les termes propres à la L.I.R. Ainsi, en ce qui concerne une personne physique, il convient d'employer les termes plus appropriés de domicile fiscal ou de séjour habituel, tels qu'ils figurent à l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup> L.I.R., alors qu'en ce qui concerne un organisme à caractère collectif, le présent projet de loi reprend les termes de siège statutaire et d'administration centrale de l'article 159, alinéa 1<sup>er</sup> L.I.R. Le fait de devenir contribuable non résident déclenche dans le chef du contribuable résident une imposition à la sortie dans l'hypothèse seulement où les biens de son entreprise située au Luxembourg quittent également le Luxembourg.

Si, par contre, le contribuable ayant dorénavant le statut fiscal de non-résident, maintient son entreprise au Luxembourg, c'est-à-dire qu'il exploite désormais un établissement stable indigène, et que dans ces conditions le droit d'imposition du Luxembourg reste intact, c'est-à-dire que les plus-values latentes inhérentes à l'entreprise sont continuées par l'établissement stable indigène, il n'y a pas d'imposition à la sortie. La directive reste muette quant à l'évaluation des biens qui restent rattachés à l'établissement stable indigène, alors que l'impôt à la sortie n'est inopérant qu'à condition qu'aucune plus-value latente ne soit découverte.

A ce sujet, il est utile de renvoyer au 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 16 L.I.R. qui dispose que « *lorsque l'exploitant*

*cesse d'être contribuable résident pour devenir contribuable non résident ou inversement, le bénéfice de la partie écoulée de l'exercice d'exploitation en cours est réputé réalisé au jour de l'événement dont il s'agit* ». Dans le contexte de l'article 38 L.I.R., l'exploitant n'est ainsi pas obligé de clôturer son exercice d'exploitation lorsque de contribuable résident il devient contribuable non résident et inversement.

L'article 6, alinéa 3 L.I.R. dispose que deux impositions distinctes doivent être établies en l'occurrence: l'une pour la période pendant laquelle le contribuable a eu son domicile fiscal au Luxembourg, et l'autre pour la période restante de l'année d'imposition.

Il s'ensuit que le bénéfice doit être dédoublé. A défaut d'un bilan intermédiaire établi à la date du transfert à l'étranger de la résidence fiscale, ce dédoublement peut être opéré par voie estimative (ventilation) sur la base de toutes les données appropriées.

Les modifications proposées à l'article 38 L.I.R. présenteront à l'avenir une certaine interaction avec le dispositif de l'imposition à la sortie actuellement en vigueur faisant l'objet de l'article 172 L.I.R. Vu les liens très étroits de cet article avec les dispositions de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre, il est suggéré de ne pas bousculer la structure de l'article 172 L.I.R. et, par conséquent, de ne pas y apporter des modifications. De toute évidence, les collectivités pourront se prévaloir de l'application de l'article 38 L.I.R. modifié.

La quatrième et dernière situation qui déclenche l'impôt à la sortie vise le contribuable non résident qui exploite un établissement stable sur le territoire du Luxembourg et qui le transfère vers un autre Etat. Par suite du transfert, le Luxembourg n'a plus le droit d'imposer les biens transférés.

#### Alinéa 2

Le libellé de l'alinéa 2, qui reprend dans les grandes lignes celui de la 2<sup>e</sup> phrase de l'alinéa 1<sup>er</sup> actuellement en vigueur, fixe la base d'évaluation à attribuer aux biens transférés à l'étranger dans les conditions de l'alinéa 1<sup>er</sup>. Ainsi, la valeur estimée de réalisation des biens isolés transférés, de l'entreprise transférée ou de l'établissement stable indigène transféré tient lieu de prix de cession en vue de la détermination de l'impôt à la sortie.

Le critère d'évaluation de la directive est celui de la valeur du marché. Cette notion ne figure pas parmi les bases d'évaluation de la L.I.R. Il n'est pas jugé opportun ni utile d'introduire une nouvelle base d'évaluation, alors que celle de la valeur estimée de réalisation de l'article 27, alinéa 2 L.I.R. correspond

au mieux à celle figurant au paragraphe 6 de l'article 5 de la directive et en reflète correctement l'esprit.

### Alinéa 3

L'idée à la base de l'alinéa 3 est une novation en matière de *l'exit tax*. Dans des conditions précises et dans un périmètre de biens strictement délimité, l'imposition à la sortie ne sort pas ses effets et reste inopérante. L'article 5, paragraphe 7 de la directive écarte ainsi de l'imposition à la sortie certains biens dont le transfert à l'étranger n'est que temporaire.

Il est précisé que, lorsque les conditions du transfert temporaire sont respectées, les biens de l'espèce continuent à appartenir à l'actif net investi du contribuable comme si le transfert temporaire à l'étranger n'avait pas eu lieu. Par conséquent, les revenus relatifs à ces biens continuent à revenir au Luxembourg.

Aux termes de la directive, l'alinéa 3 sort ses effets lorsque le transfert à caractère temporaire, à partir du Luxembourg vers un autre Etat, est effectué pour satisfaire aux obligations prudentielles en matière de fonds propres, à des fins de gestion des liquidités ou lorsqu'il s'agit d'opérations de financement sur titres ou de biens faisant l'objet d'une sûreté. Alors que l'article 5, paragraphe 7 de la directive vise plus particulièrement les organismes à caractère collectif, il est proposé que tous les contribuables puissent s'en prévaloir.

Le présent projet de loi propose en outre de ne pas reconduire la mesure introduite par la loi du 26 mai 2014 (Mémorial A - N° 93 du 4 juin 2014) de l'ancien alinéa 2 qui exige actuellement que le transfert vers un autre Etat EEE d'une entreprise ou d'un établissement stable indigène appartenant à un contribuable résident d'un Etat EEE donne lieu à une imposition rectificative de l'année d'imposition en cause dans la mesure où cet autre Etat ne prend pas en compte les moins-values réalisées après le transfert. Cette disposition avait été insérée à l'article 38 L.I.R. afin de répondre aux exigences de la Commission européenne dans sa mise en demeure du 27 septembre 2012, infraction n° 2012/4015 à l'encontre du Luxembourg. Cependant, ni le projet de la directive, ni la directive ne revendiquent une imposition rectificative dans les conditions décrites ci-avant. Par ailleurs, une telle démarche devient superflue puisque l'article 5, paragraphe 5 de la directive impose à l'Etat membre d'accueil d'accepter la valeur établie par l'Etat de sortie. Ce point fait l'objet de la modification proposée des articles 35 et 43 L.I.R.

En ce qui concerne les changements à apporter aux modalités de paiement de l'impôt à la sortie, il est renvoyé au commentaire du paragraphe 127 AO reproduit ci-après.

*Ad article 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>*

L'insertion du nouvel alinéa 1a au corps de l'article 43 L.I.R. répond aux mêmes préoccupations que celle de l'alinéa 5 au sein de l'article 35 L.I.R. à la différence près que l'article 43 L.I.R. s'adresse aux suppléments d'apport réalisés en cours d'exploitation.

Dans les deux cas énumérés par le nouvel alinéa 1a, le Luxembourg, dans sa qualité d'Etat d'accueil, reprend la valeur établie par l'Etat de sortie lors du calcul de l'impôt à la sortie. Ainsi, les biens transférés ne sont ni sous-évalués, ni surévalués au moment de leur affectation à l'actif net investi. A titre exceptionnel, il est permis à l'Etat d'accueil de contester cette valeur, notamment lorsqu'elle dépasse le montant de la valeur d'exploitation qui est la limite supérieure d'évaluation. Dans cette hypothèse, l'apport est à évaluer à la valeur d'exploitation.

A l'instar des modifications proposées au sujet de l'article 35 L.I.R., la reconnaissance mutuelle de la valeur fixée par l'Etat de sortie ne se limite pas aux seules opérations de transfert intracommunautaire.

Le nouvel alinéa 1a couvre les situations suivantes:

- le contribuable est résident du Luxembourg où il exploite son entreprise à laquelle il apporte des biens transférés à partir d'un établissement stable qu'il exploite dans un autre Etat;
- le contribuable est résident d'un autre Etat membre où il exploite son entreprise et de laquelle il transfère des biens vers son établissement stable indigène.

La valeur d'apport ainsi déterminée est considérée comme prix initial d'acquisition.

Les raisons de l'ajout proposé du nouvel alinéa 2a correspondent à celles de l'introduction de l'alinéa 6 de l'article 35 L.I.R. Il s'agit de confirmer et de clarifier la détermination de la date d'acquisition des biens apportés à l'entreprise en cours d'exploitation: la date d'acquisition correspond, en principe, à la date d'acquisition historique de ce bien qui n'est donc ni interrompue, ni remplacée par la date de l'apport. Lorsque la date d'acquisition effective n'est pas retenue à des fins fiscales, il faut qu'une disposition légale le prévoie expressément.

*Ad article 2, 1<sup>o</sup>*

L'article 164<sup>ter</sup> L.I.R. introduit les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (SEC). Quant aux organismes étrangers visés, sont couverts aussi bien les organismes à caractère collectif que les établissements stables.

L'alinéa 1<sup>er</sup> définit la SEC par référence au taux de contrôle du contribuable résident, ainsi qu'au niveau d'imposition effective de la SEC. Quant au critère du contrôle, il ne s'applique qu'au cas où

l'organisme étranger constitue un organisme à caractère collectif. Le numéro 1 de l'alinéa 1<sup>er</sup> dispose que ne peut constituer une SEC qu'un organisme à caractère collectif dont le contribuable, à lui seul ou avec ses entreprises associées au sens de l'alinéa 2, soit détient une participation directe ou indirecte de plus de 50 pour cent des droits de vote, soit possède, directement ou indirectement, plus de 50 pour cent du capital social, soit est en droit de recevoir plus de 50 pour cent des bénéfices de cet organisme à caractère collectif. Le numéro 1 se réfère, conformément à la directive, à un test juridique, ainsi qu'à un test économique afin d'apprécier l'existence d'un contrôle dans le chef du contribuable résident. Premièrement, le contrôle juridique, qui, en principe, détermine le pourcentage de droits de vote détenu dans un organisme à caractère collectif sur la base de la part du capital détenue, permet en règle générale d'identifier les associés résidents qui élisent les organes de gestion de la SEC et qui fournissent ainsi les instructions conformément auxquelles la SEC agit. Le contrôle juridique vise cependant, aux termes de l'alinéa 1<sup>er</sup>, numéro 1, lettre b), aussi le pourcentage de capital que le contribuable détient dans la SEC afin de couvrir les participations par le biais d'un titre représentatif du capital sans droit de vote. Il y a lieu de préciser que le contrôle est apprécié sur la base des titres représentatifs de capital émis par la SEC et que les titres propres détenus par la SEC elle-même ne sont pas pris en compte. A titre d'illustration, si le capital de la SEC est représenté par 100 titres et que la SEC en détient 10 elle-même, le contribuable exerce un contrôle juridique sur la SEC s'il détient plus que 45 titres représentatifs du capital de la SEC. Deuxièmement, le contrôle économique permet de viser les SEC dont un contribuable détient les droits se rattachant aux bénéfices. Ce contrôle reconnaît qu'un contribuable peut contrôler un organisme sans détenir la majorité des titres représentatifs de capital. Ces droits couvrent le droit de percevoir des dividendes, les produits réalisés lors d'une cession des titres représentatifs du capital de l'organisme ou lors de sa liquidation.

Le niveau de contrôle est fixé à un pourcentage supérieur à 50 pour cent afin de couvrir toutes les situations où le contribuable résident est en mesure de transférer des revenus imposables vers un organisme à caractère collectif étranger. Ce niveau de contrôle ne doit en outre pas nécessairement être réuni dans le chef d'un seul associé. L'existence d'un lien associatif entre les différents associés permet de présupposer que ces derniers agissent ensemble en vue d'exercer une influence sur la SEC. Ainsi, le seuil de contrôle est à apprécier en fonction de la participation détenue par le contribuable, à lui seul ou avec ses entreprises associées, résidentes ou non. Les exemples reproduits ci-après illustrent le fonctionnement du test en cas de participations détenues par le biais d'entreprises associées.

L'alinéa 1<sup>er</sup> vise en outre les participations directes et indirectes dans la SEC. Des règles relatives aux SEC qui se limiteraient aux seules participations directes pourraient être facilement esquivées par

l'interposition d'une holding intermédiaire entre le contribuable résident et la SEC. Les participations directes et indirectes sont à additionner afin de déterminer le taux de participation du contribuable.

En ce qui concerne les participations indirectes, le niveau de contrôle est déterminé en multipliant les taux de détention successivement aux différents niveaux. Les dispositions exposées aux numéros 6, 7 et 8 de l'alinéa 4 visent à remédier au risque de double imposition du revenu imposable de la SEC dû à l'inclusion du contrôle indirect.

Le seuil de contrôle se base sur le niveau de contrôle juridique ou économique exercé par le contribuable, à lui seul ou avec ses entreprises associées, au cours de l'exercice d'exploitation en question. Ainsi, chaque contribuable qui, à lui seul ou avec ses entreprises associées, exerce un niveau de contrôle juridique ou économique suffisant pendant l'exercice d'exploitation en question, sera pris en compte lors de la réattribution du revenu de la SEC.

Le deuxième critère d'identification d'une SEC est relatif à la charge fiscale effective de cette dernière. Ainsi, l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par la SEC, établi et payé par celle-ci, doit être inférieur à la différence entre l'impôt sur le revenu des collectivités qui aurait été supporté par la SEC conformément aux dispositions de la présente loi et l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par la SEC, établi et payé par celle-ci. L'impôt réel étranger doit être un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités luxembourgeois.

Une identification fondée sur le niveau d'imposition permet de restreindre l'application des règles relatives aux SEC aux organismes qui posent le plus grand risque de transfert de revenus imposables de par le fait de bénéficier d'une faible imposition dans la juridiction de résidence ou d'établissement de la SEC. L'alinéa 1<sup>er</sup> compare ainsi la charge fiscale effective de la SEC à l'impôt qui aurait été supporté par la SEC si elle s'était établie dans la juridiction du contribuable qui exerce le contrôle. Cette analyse englobe le taux d'imposition, la base d'imposition, ainsi que d'autres dispositions fiscales susceptibles d'avoir un impact sur la charge fiscale effective de la SEC. La base d'imposition afin de déterminer la charge fiscale effective de la SEC n'est en outre pas limitée aux seuls revenus visés à l'alinéa 3. Afin de pouvoir comparer la charge fiscale effective de la SEC avec celle qu'elle aurait supportée en tant que contribuable résident, il s'agit de déterminer dans une première phase l'impôt réel établi et payé par la SEC. La charge fiscale finale tient compte de tous les impôts acquittés par la SEC qui sont comparables à l'impôt sur le revenu des collectivités luxembourgeois, de remboursements ultérieurs, ainsi que d'absences de recouvrement des impôts. Ne constitue cependant pas une SEC, un organisme étranger dont la charge fiscale n'est inférieure au seuil repris à l'alinéa 1<sup>er</sup>, numéro 2, que par la compensation de ses revenus imposables avec des pertes de l'exercice d'exploitation en cours ou des pertes antérieures.

Dans une deuxième phase, il s'agit de déterminer l'impôt qui aurait été supporté par la SEC selon les dispositions de la présente loi et de le comparer à l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par la SEC, établi et payé par celle-ci. Conformément à la comparaison reprise à l'alinéa 1<sup>er</sup>, numéro 2, ne constitue une SEC que l'organisme étranger soumis à un impôt effectif inférieur à la moitié de l'impôt qui aurait été dû en application des dispositions de la présente loi.

L'alinéa 1<sup>er</sup> précise que si la juridiction de la SEC exempte ou exonère les revenus des établissements stables, il n'est pas tenu compte de ces établissements stables afin d'éviter que le revenu d'une SEC soit soustrait, de manière injustifiée, à l'impôt en combinant les taux d'imposition de l'établissement stable et de la SEC.

L'alinéa 1<sup>er</sup> prévoit en outre deux seuils d'exonération en vertu desquels un organisme à caractère collectif ou un établissement stable ne constitue une SEC que si son bénéfice suivant le bilan commercial dépasse un certain seuil. Ces seuils retenus par le présent projet de loi sont prévus par l'article 7, paragraphe 4 de la directive concernant l'approche contenue à l'article 7, paragraphe 2, point b) de la directive qui est celle que ce projet de loi propose de transposer.

Ainsi, ne constitue une SEC que l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable, dont le bénéfice suivant le bilan commercial est supérieur à 750 000 euros. Le but de tels seuils d'exonération est d'aboutir à des règles plus ciblées et efficaces.

Par ailleurs, aux termes de l'alinéa 1<sup>er</sup>, ne constitue une SEC que l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable, dont le bénéfice suivant le bilan commercial dépasse 10 pour cent des coûts de fonctionnement pendant la période d'imposition. Il est en outre précisé que les coûts de fonctionnement ne peuvent pas inclure le coût des biens vendus en dehors de l'Etat dans lequel la SEC a sa résidence ou est établie, à des fins fiscales, ni les paiements aux entreprises associées.

L'alinéa 2 définit les entreprises associées. Peuvent constituer des entreprises associées, des personnes physiques, des organismes à caractère collectif au sens des articles 159 et 160 L.I.R., ainsi que les organismes transparents visés à l'article 175 L.I.R. L'existence d'un lien d'association est appréciée sur la base du contrôle économique comme juridique, direct ou indirect, existant entre le contribuable et soit une personne physique, soit un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 L.I.R. Le seuil de 25 pour cent est en outre inférieur au seuil applicable afin de déterminer l'existence d'un contrôle dans le chef du contribuable. Quant aux modalités de calcul, les participations directes et indirectes sont à additionner afin de déterminer le taux de participation du contribuable.

L'alinéa 2 dispose également que si une personne physique ou un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 L.I.R. détient, directement ou indirectement, une participation de 25 pour cent ou plus en termes de droits de vote ou de capital d'un contribuable et d'un ou plusieurs organismes, tous les



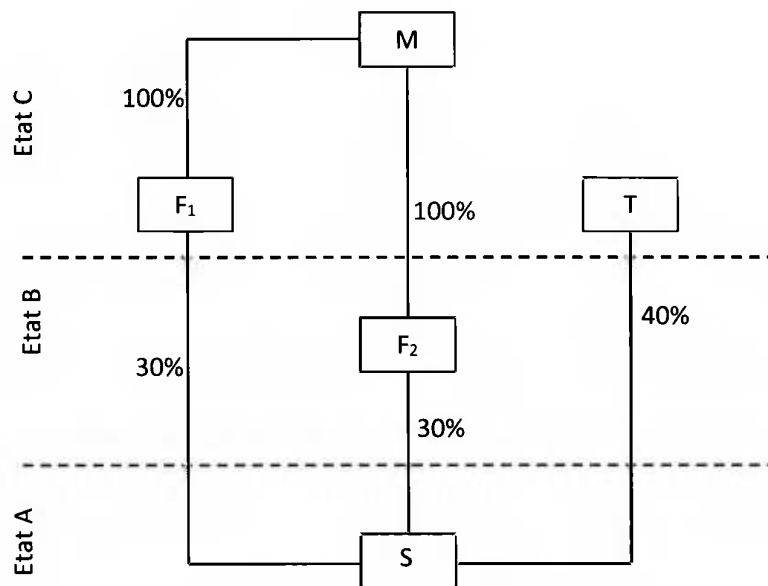
organismes concernés, y compris le contribuable, sont également considérés comme des entreprises associées.

L'alinéa 2 précise en outre la méthode de calcul en cas d'une participation indirecte. Le seuil s'apprécie ainsi en multipliant les taux de détention successivement aux différents niveaux.

La notion de l'entreprise *associée* n'est pas à confondre avec celle de l'entreprise *liée* telle que visée à l'article 56 L.I.R. qui spécifie les entreprises devant respecter le principe de pleine concurrence.

Exemple 1 :

L'exemple ci-dessous, tel qu'inspiré de l'exemple repris au paragraphe 42 du rapport final de 2015 de l'Action 3 du Plan BEPS de l'OCDE, illustre l'appréciation du taux de participation d'un contribuable en cas de participations détenues par le biais d'entreprises associées, ainsi que la réattribution des revenus de la SEC au contribuable.



Le contribuable résident M a divisé sa participation de 60 pour cent dans S entre ses deux filiales, F<sub>1</sub> et F<sub>2</sub>, qui détiennent chacune une participation de 30 pour cent dans S.

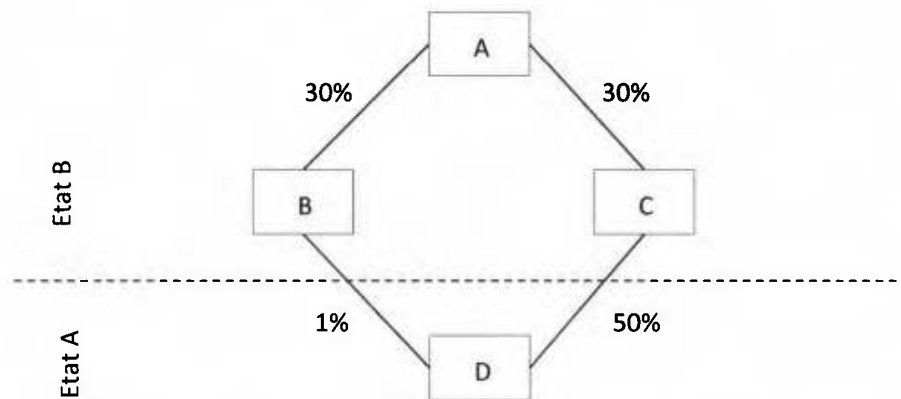
Afin de déterminer si S constitue une SEC de M, il y a d'abord lieu d'identifier les entreprises associées de M. M détenant une participation de 100 pour cent dans ses deux filiales F<sub>1</sub> et F<sub>2</sub>, sur la base de l'alinéa 2, M, F<sub>1</sub>, F<sub>2</sub> et S sont considérés comme des entreprises associées. T, par contre, n'est qu'une entreprise associée de S.

Ensuite, S ne peut constituer une SEC de M que si M, à lui seul ou avec ses entreprises associées, soit détient une participation directe ou indirecte de plus de 50 pour cent des droits de vote, soit possède,

directement ou indirectement, plus de 50 pour cent du capital social, soit est en droit de recevoir plus de 50 pour cent des bénéfices de cet organisme à caractère collectif. En l'espèce, en additionnant les participations détenues par  $F_1$  et  $F_2$ , M détient, avec ses entreprises associées, une participation de 60 pour cent dans S. S constitue donc une SEC de M si S remplit en outre le critère d'identification relatif à la charge fiscale effective, tel que repris à l'alinéa 1<sup>er</sup>, numéro 2. A titre de précision, la même conclusion aurait dû être retenue dans l'hypothèse où M ne détenait pas une participation de 100 pour cent dans ses filiales  $F_1$  et  $F_2$ , mais s'il détenait une participation de 60 pour cent dans  $F_1$  et  $F_2$ .

Quant au revenu qui sera réattribué à M, les revenus non distribués qui répondent aux critères repris à l'alinéa 3 seront réalloués à M à hauteur de sa participation directe ou indirecte en vertu de l'alinéa 4, numéro 4. En l'espèce, M détenant une participation de 100 pour cent dans  $F_1$  et  $F_2$  se verra réattribuer ainsi 60 pour cent des revenus de la SEC. Dans l'hypothèse reprise ci-dessus, où M détient une participation de 60 pour cent dans  $F_1$  et  $F_2$ , les revenus non distribués qui répondent aux critères repris à l'alinéa 3 seront réalloués à M à hauteur de sa participation de 36 pour cent dans S.

Exemple 2 :



Le contribuable résident A détient une participation de 30 pour cent dans ses filiales B et C. B détient une participation d'un pour cent dans D et C détient une participation de 50 pour cent dans D.

Afin de déterminer si D constitue une SEC de A, il y a lieu d'identifier, dans une première étape, les entreprises associées de A. B et C constituent des entreprises associées de A, vu que A détient directement une participation supérieure à 25 pour cent dans chacun de ceux-ci. D ne constitue pas une entreprise associée de A vu que ce dernier ne détient qu'une participation indirecte de 15,03 pour cent dans D, à savoir 0,03 pour cent par le biais de B et 15 pour cent par le biais de C.

Quant au critère du contrôle, il y a lieu de prendre en considération la participation détenue par A avec ses entreprises associées. A remplit en l'espèce le critère de contrôle en détenant, avec ses entreprises associées, une participation de 51 pour cent dans D. D constitue ainsi une SEC de A si D remplit en outre le critère d'identification relatif à la charge fiscale effective, tel que repris à l'alinéa 1<sup>er</sup>, numéro 2. Les revenus non distribués qui répondent aux critères de l'alinéa 3 seront réalloués à A à hauteur de sa participation de 15,03 pour cent.

Il convient par ailleurs de relever que D constitue dans cet exemple également une SEC de B et de C, si le critère d'identification relatif à la charge fiscale effective, tel que repris à l'alinéa 1<sup>er</sup>, numéro 2, est rempli, alors que B et C remplissent tous les deux le même critère de contrôle par rapport à D.

L'alinéa 3 reprend les revenus à réattribuer au contribuable. En vertu de l'alternative prévue à l'article 7, paragraphe 2, point b) de la directive afin de définir les revenus non distribués à inclure dans la base d'imposition, pour laquelle le présent projet de loi propose d'opter, les revenus à réattribuer au contribuable représentent les revenus non distribués de la SEC provenant de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal. Un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique lorsque la SEC ne posséderait pas les actifs qui sont la source de tout ou partie de ses revenus ni n'aurait pris les risques qui y sont associés si elle n'était pas contrôlée par un contribuable où les fonctions importantes liées à ces actifs et risques sont assurées et jouent un rôle essentiel dans la création des revenus de la SEC.

Cette analyse permet de limiter l'application du régime d'imposition des SEC aux organismes qui, sur la base des actifs possédés, des fonctions exercées et des risques assumés, n'étaient pas en mesure de générer elles-mêmes le revenu litigieux. Il y a lieu de préciser 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. Contrairement à une analyse catégorielle, telle que reprise au paragraphe 2, point a) de l'article 7 de la directive, l'analyse en vertu du paragraphe 2, point b) de l'article 7 de la directive permet d'identifier et de quantifier avec précision le revenu faisant l'objet de l'évasion fiscale. Cette analyse réduit en outre le risque de double imposition, les fonctions importantes n'étant en principe exercées que par un seul contribuable.

L'alinéa 4 reprend les modalités de calcul des revenus de la SEC. Ainsi, selon le numéro 1, les revenus nets à inclure sont à considérer comme bénéfice commercial du contribuable et ce ne sont que les montants générés par les actifs et les risques liés aux fonctions importantes assumées par le contribuable exerçant le contrôle qui sont à inclure dans le revenu net du contribuable. Il s'agit donc d'une analyse proportionnelle des revenus de la SEC. Le libellé souligne en outre que les revenus de la SEC sont affectés au contribuable selon le principe de pleine concurrence, tel que prévu aux articles

56 et 56bis L.I.R.

Quant aux dépenses d'exploitation de la SEC, ne sont déductibles que celles qui sont en connexion économique avec les revenus à inclure.

Aux termes de l'alinéa 4, numéro 2, les revenus nets de la SEC ne sont inclus dans le revenu net du contribuable que si le total est positif afin d'éviter que les revenus nets négatifs de la SEC ne réduisent artificiellement la charge fiscale du contribuable. Il y a en outre lieu de préciser que la réattribution du revenu de la SEC impacte la détermination des revenus nets du contribuable et n'est pas visée par l'article 114 L.I.R. Il convient de rappeler que, conformément à l'article 134 L.I.R., les pertes étrangères ne sont prises en compte qu'au titre de l'exercice d'exploitation au cours duquel elles ont été encourues à des fins d'établissement d'une base imposable fictive pour déterminer le taux d'impôt global applicable au revenu imposable ajusté au sens de l'article 126 L.I.R. Cependant, afin de tenir compte des revenus nets négatifs de la SEC, le numéro 3 de l'alinéa 4 dispose que lorsque le total des revenus nets à inclure est positif, le contribuable peut déduire jusqu'à concurrence de ce total les revenus nets négatifs qui n'ont pas été déductibles conformément à la disposition du numéro 2 ci-avant au titre d'un exercice d'exploitation antérieur et qui n'ont pu être déduits pendant aucun exercice d'exploitation postérieur par application des dispositions de l'alinéa 4. Les revenus nets négatifs de la SEC ne sont donc imputables que sur ses propres revenus nets positifs. Le numéro 3 précise en outre que seuls les revenus nets négatifs réalisés par une SEC après l'entrée en vigueur du présent article sont déductibles.

L'alinéa 4, numéro 4 associe en outre le seuil d'attribution au seuil de participation du contribuable. Si, conformément à l'alinéa 1<sup>er</sup>, le seuil de contrôle s'apprécie sur la base du niveau de contrôle, direct ou indirect, détenu par le contribuable, à lui seul ou avec ses entreprises associées, le revenu à réattribuer se limitera au pourcentage de participation effectivement détenu par le contribuable lui seul. Dans l'hypothèse où le contribuable qui exerce le contrôle change au cours d'un exercice d'exploitation, chaque contribuable qui à un moment de l'exercice d'exploitation en question a atteint le niveau de contrôle minimum, tel que prévu à l'alinéa 1<sup>er</sup>, numéro 1, se verra réattribuer les revenus imposables de la SEC au prorata de sa participation et de la période de détention de cette participation.

Les revenus à inclure sont imposés au titre de l'exercice d'exploitation au cours duquel l'exercice d'exploitation de la SEC se termine.

Si la SEC tient sa comptabilité et établit ses comptes annuels dans une monnaie autre que la devise utilisée par le contribuable, les revenus à réattribuer en application des règles relatives aux SEC sont à convertir conformément au cours de change applicable à la date de clôture de l'exercice

d'exploitation du contribuable et publié par la Banque centrale européenne.

Les numéros 6, 7 et 8 de l'alinéa 4 prévoient des règles préventives de double imposition des revenus de la SEC. Trois situations sont visées :

- 1) la SEC est un organisme à caractère collectif qui distribue des bénéfices au contribuable qui ont déjà été réattribués par application du présent article;
- 2) le contribuable cède sa participation dans un organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup> ou l'activité exercée par un établissement stable au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup> et la part de la plus-value y afférente a déjà été incluse précédemment dans le revenu imposable du contribuable par application du présent article;
- 3) le revenu qui a été réattribué au contribuable est également assujéti à des impôts dans l'Etat de résidence ou d'établissement de la SEC.

En ce qui concerne la première et la deuxième situation, la double imposition des revenus de la SEC est évitée par la déduction des montants des revenus nets précédemment inclus dans les revenus nets du contribuable du bénéfice distribué ou de la plus-value afférente à la cession jusqu'à concurrence de leur montant imposable. Il est impératif de limiter la déduction des montants des revenus nets précédemment inclus jusqu'à concurrence du montant imposable afin de restreindre l'application de la disposition au montant qui est susceptible d'être sujet à une double imposition.

Quant à la troisième situation, le contribuable peut imputer, conformément aux articles 134*bis* et 134*ter*, au prorata de sa participation, l'impôt dû et effectivement payé par la SEC en relation avec les revenus nets à inclure, y compris des retenues d'impôts à la source, sans toutefois pouvoir dépasser l'impôt correspondant au total des revenus à inclure à charge du contribuable. La partie non imputable de l'impôt dû et effectivement payé par la SEC en relation avec les revenus nets à inclure est, en revanche, déductible au prorata de la participation du contribuable dans la SEC, conformément à l'article 13 L.I.R.

#### *Ad article 2, 2°*

L'article 168*bis* L.I.R. transpose en droit interne la règle de limitation des intérêts considérés excessifs, telle que prévue à l'article 4 de la directive, en plafonnant la déduction des intérêts d'emprunt et autres frais financiers encourus au titre d'un exercice d'exploitation par un organisme visé par l'article 159 L.I.R. ou par un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1<sup>er</sup> L.I.R.

La nouvelle réglementation proposée a pour objectif de lutter contre l'érosion de la base d'imposition

par le biais de déductions excessives d'intérêts et d'autres paiements financiers, tel que souligné par le considérant 6 de la directive. Elle vise notamment à empêcher le recours excessif au financement par endettement et s'applique aux intérêts d'emprunt quelle que soit leur origine, qu'il s'agisse d'emprunts souscrits à l'intérieur du groupe ou consentis par des tiers tels que des établissements bancaires.

La règle de limitation de déductibilité des intérêts figurant dans la directive est fortement inspirée des travaux BEPS, Action 4 du Plan d'action BEPS de l'OCDE visant à limiter l'érosion de la base d'imposition faisant intervenir les déductions d'intérêts et d'autres frais financiers.

Le présent projet de loi propose à cet égard d'insérer un nouvel article 168*bis* L.I.R. à la suite de l'actuel article 168 L.I.R. qui vise la non-déductibilité, en complément de l'article 12 L.I.R. relatif aux dépenses privées, de certaines autres dépenses qui sont particulières dans le chef des organismes à caractère collectif.

A l'instar de la directive, l'objectif du nouvel article 168*bis* L.I.R. consiste à plafonner dans le chef des contribuables concernés la déduction des coûts financiers nets, désignés ci-après par surcoûts d'emprunt, à hauteur du pourcentage de 30 pour cent de l'EBITDA, avec cependant un seuil de minimis de 3 millions d'euros. L'expression « EBITDA » définie à l'alinéa 1<sup>er</sup> du nouvel article 168*bis* L.I.R. est l'acronyme anglais de « Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization », ce qui se traduit en français par le résultat avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissements.

Dans ce contexte, il convient en outre de mentionner que les effets de la mesure prévue à l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, 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 visé à l'article 164*bis* 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 164*bis* 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.

#### Alinéa 1<sup>er</sup> – Définitions

L'alinéa 1<sup>er</sup> définit certaines notions clés issues de la directive qui s'appliquent à la règle de limitation des intérêts. Ces notions reproduisent le texte de la directive à transposer, en adaptant légèrement certaines terminologies à la lumière du droit national.

L'alinéa 1<sup>er</sup>, numéro 1 définit le cercle des contribuables qui sont soumis à la règle de limitation des intérêts, à savoir les organismes à caractère collectif visés par l'article 159 L.I.R. et les établissements stables indigènes d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1<sup>er</sup> L.I.R.

Afin de pouvoir déterminer les surcoûts d'emprunt d'un contribuable qui sont concernés par la nouvelle limitation, il est tout d'abord impératif de définir la notion des « 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 de financements.

A cette définition s'ajoutent aussi une liste non exhaustive d'exemples d'intérêts et de charges financières destinée à illustrer les coûts d'emprunt qui devraient être couverts par la règle de limitation des intérêts. Ce sont les termes « notamment, mais pas exclusivement », figurant avant l'énumération exemplative desdits coûts, qui permettent d'aboutir à cette conclusion de non-exhaustivité.

A cet égard, il importe encore de signaler que les règles de limitation de la déduction des coûts d'emprunt n'opèrent pas de distinction entre les charges financières dues à des entreprises affiliées et celles dues à des tiers. Ainsi qu'il est disposé dans le considérant 7 de la directive, « *il convient d'appliquer la règle de limitation des intérêts pour les surcoûts d'emprunt d'un contribuable, indépendamment du fait que les coûts ont pour origine une dette contractée au niveau national, au sein de l'Union ou auprès d'un pays tiers, ou qu'ils sont dus à des tiers, des entreprises associées ou intragroupe.* ».

S'agissant de la notion centrale de « surcoûts d'emprunt » définie au nouvel article 168bis, alinéa 1<sup>er</sup>, numéro 3 L.I.R., sa définition correspond littéralement à celle contenue à l'article 2, point 2 de la directive. Le montant des surcoûts d'emprunt correspond à la différence entre, d'une part, les coûts d'emprunt déductibles visés au numéro 2 et supportés par le contribuable et, d'autre part, aux revenus financiers imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents perçus par ce même organisme.

L'alinéa 1<sup>er</sup>, numéro 4 transpose la définition de l'EBITDA qui figure à l'article 4, paragraphe 2 de la directive, en disposant que l'EBITDA d'un contribuable doit être calculé en rajoutant au total des revenus nets les valeurs fiscales correspondant aux surcoûts d'intérêts tels qu'ils sont définis au numéro 3 ci-dessus, aux amortissements calculés et aux déductions pour dépréciation opérées.

Comme il a déjà été indiqué précédemment, l'EBITDA correspond au bénéfice réalisé avant frais financiers, impôts, amortissements et provisions, d'où il résulte bien évidemment que, pour déterminer la valeur de l'EBITDA, lesdites dépenses d'exploitation, pour autant qu'elles soient portées en déduction, doivent être rajoutées audit bénéfice. Or, il ressort clairement du libellé de la définition de l'EBITDA, telle qu'elle est formulée dans l'actuel projet de loi, tout comme dans la directive, que la majoration de l'impôt sur le revenu est absente dans la composition de l'EBITDA. En fait, en matière d'impôts directs, les impôts personnels indigènes, à savoir l'impôt sur le revenu des collectivités, l'impôt sur la fortune et l'impôt commercial, ne sont pas pris en compte pour la détermination du montant de l'EBITDA, pour la simple raison qu'en vertu de l'article 168 L.I.R. ces dépenses considérées comme non déductibles sont, dans le chef du contribuable, déjà incluses dans le revenu net et, partant, n'entrent pas une deuxième fois dans le calcul de l'EBITDA. A noter que les impôts personnels étrangers, s'ils en existent, visés à l'article 13 L.I.R., ne sont pas affectés par la mesure de majoration instituée par le numéro 4, dans la mesure où ces impôts restent déductibles de la base imposable.

Quant à la composition de l'EBITDA, le sixième considérant de la directive précise encore que les revenus exonérés ne devraient pas être imputés sur les coûts d'emprunt déductibles. La raison en est que, lors de la détermination du montant des intérêts déductibles, seuls les revenus imposables, c'est-à-dire non exonérés, devraient être pris en considération. Corrélativement, les revenus exonérés, tels que les revenus provenant de participations importantes au sens de l'article 166 L.I.R., ne sont pas pris en compte et n'affectent donc pas l'EBITDA. Les revenus exonérés d'impôt sur le revenu des collectivités, que ce soit en vertu d'une disposition nationale ou en vertu d'une convention tendant à éviter les doubles impositions, ne doivent donc pas entrer dans le calcul de l'EBITDA. En corollaire à cela, la dernière phrase rend non déductibles les dépenses d'exploitation qui sont en rapport avec des revenus exonérés.

Quant à la notion « projet d'infrastructures publiques à long terme », il est renvoyé au commentaire de l'alinéa 7 reproduit ci-après.

Pour ce qui est de la notion « entité autonome », il est renvoyé au commentaire de l'alinéa 8 reproduit ci-après.

L'objectif poursuivi par la définition des entreprises financières est de couvrir toutes les entités réglementées par une directive européenne ou un règlement européen. D'autres entreprises non réglementées en vertu d'une directive ou règlement européens ne sont pas couvertes par cette définition, sauf, conformément à l'article 2, numéro 5, point f) de la directive, le FIA supervisé en vertu du droit national applicable. Est visé en l'occurrence le FIA soumis à la loi modifiée du 15 juin 2004



relative à la Société d'investissement en capital à risque (SICAR) qui prévoit l'agrément et la surveillance de celui-ci par la Commission de Surveillance du Secteur Financier. A ce sujet, il est également renvoyé au commentaire de l'alinéa 9 reproduit ci-après.

#### Alinéa 2 – Règle générale de limitation des intérêts

L'alinéa 2 transpose la règle de base de limitation des intérêts telle qu'elle est posée par la directive, mais aussi couverte par le rapport final de 2015 de l'Action 4 du Plan d'action BEPS de l'OCDE. La directive propose notamment de limiter la déduction du montant des intérêts nets qu'un contribuable peut déduire, en reposant sur un ratio fixe de 30 pour cent du bénéfice avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissements du contribuable.

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 par la directive.

La règle fondée sur le ratio de l'EBITDA est facile à appliquer et garantit que les déductions des surcoûts d'emprunt supportés par un contribuable sont directement proportionnelles à son activité économique.

L'exemple suivant permet d'illustrer le nouveau mécanisme à mettre en place. Dans le chef d'un organisme à caractère collectif qui enregistre des surcoûts d'emprunt de 8 millions d'euros et un EBITDA de 20 millions d'euros, la déduction maximale autorisée est de 6 millions d'euros, car la fraction de 30 pour cent de 20 millions d'euros vaut 6 millions d'euros. Sur ces surcoûts d'emprunt de 8 millions d'euros, 6 millions d'euros sont déductibles et 2 millions d'euros n'ouvrent pas droit à déduction. Par contre, si ce même contribuable génère un EBITDA de 30 millions d'euros, il pourrait déduire l'intégralité de ses surcoûts d'emprunt, parce que la part de 30 pour cent de 30 millions d'euros dépasse le montant de 8 millions d'euros.

A cela s'ajoute, en outre, une disposition dite de *safe harbour* qui garantit que les contribuables ayant des surcoûts d'emprunt limités ne sont pas visés par la règle de limitation des intérêts, car ces contribuables sont moins susceptibles de contribuer à l'érosion de la base d'imposition et au transfert de bénéfices. A cette fin et en vue de réduire aussi la charge administrative et la charge découlant de l'obligation de conformité sans en diminuer sensiblement l'effet fiscal, le huitième considérant de la directive dispose que les Etats membres sont libres de prévoir un régime de protection de façon à ce que les intérêts nets soient toujours déductibles à concurrence d'un montant maximal de 3 millions d'euros, lorsque cela aboutit à une déduction supérieure à celle du ratio de 30 pour cent calculé à partir de l'EBITDA. En d'autres termes, la directive donne aux Etats membres la possibilité

d'appliquer un seuil monétaire de 3 millions d'euros en dessous duquel ces contribuables sont toujours autorisés à déduire leurs dépenses d'intérêts sans restriction. Pour exclure les contribuables qui présentent le plus faible risque du champ d'application du dispositif limitant les surcoûts d'emprunt, l'alinéa 2 sous examen applique lui aussi ledit seuil de 3 millions d'euros, tel que prévu à l'article 4, paragraphe 3 de la directive. Partant, les contribuables qui se situent en dessous de ce seuil peuvent ainsi déduire leurs coûts d'emprunt sans limitation.

A titre d'exemple, lorsqu'un organisme à caractère collectif enregistre des surcoûts d'emprunt de 2,7 millions d'euros et un EBITDA de 8 millions d'euros, il pourra, grâce au seuil monétaire de 3 millions d'euros, déduire l'intégralité des surcoûts d'emprunt, et ce nonobstant la fraction de l'EBITDA obtenue.

Conformément aux exigences requises par la directive, l'alinéa 2 sous examen limite la déduction des surcoûts d'emprunt à hauteur de 30 pour cent de l'EBITDA du contribuable concerné, avec cependant un seuil monétaire de 3 millions d'euros. En d'autres termes, le montant le plus élevé des deux est retenu. Sauf dérogation prévue par les alinéas suivants, il y a donc toujours limitation de la déduction des surcoûts d'emprunt lorsque leur montant dépasse aussi bien 30 pour cent de l'EBITDA que le seuil de 3 millions d'euros.

A titre d'exemple, lorsqu'un contribuable enregistre des surcoûts d'emprunt de 5 millions d'euros et un EBITDA de 12 millions d'euros, la déduction maximale autorisée est de 3,6 millions d'euros étant donné que le montant de 3,6 millions correspondant à la fraction de 30 pour cent de 12 millions d'euros est plus élevé que le montant de 3 millions d'euros.

Dans ce contexte, il convient encore de noter que le plafond de déduction disponible, qu'il s'agisse de la fraction représentant 30 pour cent de l'EBITDA ou du seuil monétaire fixé à 3 millions d'euros, s'applique pour chaque exercice d'exploitation, tel que défini à l'article 17 L.I.R. Ainsi, au cas où, à titre d'exemple, un organisme à caractère collectif qui clôture son exercice d'exploitation régulièrement au 31 mars, désire au cours de l'année 2020 ramener la date de clôture des futurs exercices d'exploitation au 31 décembre, la règle de limitation des intérêts s'applique une première fois à l'entière de l'exercice d'exploitation allant du 1<sup>er</sup> avril 2019 au 31 mars 2020 et une seconde fois à l'exercice allant du 1<sup>er</sup> avril 2020 au 31 décembre 2020.

#### Alinéa 3 – Fixation de la capacité inemployée de déduction des intérêts

L'alinéa 3 a trait à la notion de capacité inemployée de déduction des intérêts qui désigne la partie de la fraction représentant 30 pour cent de l'EBITDA qui n'est pas absorbée par les surcoûts d'emprunt portés en déduction pendant l'exercice en cours. Dès lors, si, au cours d'un exercice d'exploitation, le montant des surcoûts d'emprunt déduits est inférieur à la capacité maximale de

déduction telle que posée par l'alinéa 2, lettre a), la partie non utilisée de cette fraction de l'EBITDA constitue la capacité inemployée qui peut être reportée pendant les cinq exercices subséquents et ouvre pour cette période droit à la déduction des surcoûts d'emprunt dans les mêmes conditions.

Exemple 1 :

Un contribuable enregistre des surcoûts d'emprunt de 7 millions d'euros et un EBITDA de 40 millions d'euros. La fraction représentant 30 pour cent de l'EBITDA est de 12 millions d'euros. Dans cet exemple, le contribuable peut déduire l'intégralité des surcoûts d'emprunt de 7 millions d'euros et reporter en avant une capacité inemployée de déduction des intérêts à hauteur de 5 millions d'euros.

Exemple 2 :

Les données sont identiques à celles de l'exemple précédent. Toutefois, le contribuable dispose encore des surcoûts d'emprunt reportés d'exercices antérieurs de 3 millions d'euros. Il s'ensuit que le contribuable peut déduire des surcoûts d'emprunt de 10 millions d'euros et reporter en avant une capacité inemployée de déduction des intérêts à hauteur de 2 millions d'euros.

#### Alinéa 4 – Report des surcoûts d'emprunt

Les alinéas 4 et 5 transposent en droit national l'article 4, paragraphe 6, point c) de la directive permettant aux Etats membres de reporter sur des exercices futurs, sans limite de temps, les surcoûts d'emprunt et, dans une limite de cinq ans au maximum, la capacité inemployée de déduction des intérêts, lorsque celle-ci ne peut intervenir pendant la période d'imposition en cours en vertu des paragraphes 1<sup>er</sup> à 5 de la directive.

L'alinéa 4 sous examen fixe les conditions dans lesquelles un contribuable peut reporter les surcoûts d'emprunt qui n'ont pas été déductibles au titre d'un exercice d'exploitation antérieur et qui n'ont pu être déduits pendant aucun autre exercice d'exploitation subséquent.

Lorsqu'au titre d'un exercice d'exploitation, le contribuable n'a pas entièrement épuisé, en raison de surcoûts d'emprunt peu élevés, son plafond de déduction disponible selon l'alinéa 2, il est pourtant en droit de déduire sous ce même plafond, outre les surcoûts d'emprunt encourus pendant l'exercice d'exploitation en cours, également la partie des surcoûts d'emprunt qui, en vertu de la présente règle de limitation des intérêts, n'a pas été portée en déduction au titre d'un ou de plusieurs exercices d'exploitation antérieurs.

#### Alinéa 5 – Report de la capacité inemployée de déduction des intérêts

Même dans l'hypothèse où, au titre d'un exercice d'exploitation, le montant des surcoûts d'emprunt à charge du contribuable dépasse la déduction maximale autorisée en vertu de l'alinéa 2, le

contribuable est pourtant en droit de porter en déduction cette partie excédentaire des surcoûts d'emprunt, dans la mesure où il dispose encore des capacités inemployées qui, au cours des cinq derniers exercices d'exploitation, n'ont pas du tout ou partiellement impacté la limitation de déduction des surcoûts d'emprunt.

Les capacités de l'EBITDA inemployées les plus anciennes sont retenues en priorité selon l'ordre chronologique.

Exemple 3 :

Durant l'exercice N, le contribuable enregistre des surcoûts d'emprunt de 8 millions d'euros et un EBITDA de 20 millions d'euros. En application des règles de calcul définies à l'alinéa 2, la déduction maximale autorisée s'élève à 6 millions d'euros. Or, le contribuable dispose en outre d'une capacité inemployée de 4 millions d'euros afférente à l'exercice précédent N-1 et d'une capacité inemployée de 5 millions d'euros qui remonte à l'exercice N-4. Le contribuable peut déduire l'intégralité des surcoûts d'emprunt de 8 millions d'euros.

Durant l'exercice N+1, le contribuable enregistre des surcoûts d'emprunt de 7 millions d'euros et un EBITDA de 18 millions d'euros. En application des règles de calcul définies à l'alinéa 2, la déduction maximale autorisée s'élève à 5,4 millions d'euros. Le contribuable dispose encore de deux capacités inemployées de déduction des intérêts. Or, la capacité inemployée afférente à l'exercice N-4 doit, en vertu de l'alinéa 5, être réduite des surcoûts d'emprunt qui, au titre de l'exercice précédent, ont été portés en déduction en application du même alinéa 5, à savoir :  $5\,000\,000 - (8\,000\,000 - 6\,000\,000) = 3\,000\,000$  d'euros. Comme l'exercice précédent, le contribuable peut déduire l'intégralité des surcoûts d'emprunt de 7 millions d'euros.

Durant l'exercice N+2, le contribuable enregistre des surcoûts d'emprunt de 10 millions d'euros et un EBITDA de 19 millions d'euros. En application des règles de calcul définies à l'alinéa 2, la déduction maximale autorisée s'élève à 5,7 millions d'euros. En N+2, le contribuable ne dispose que d'une seule capacité inemployée de déduction des intérêts, à savoir celle afférente à l'exercice N-1. La capacité inemployée de 5 millions d'euros qui remonte à l'exercice N-4 ne relève plus du champ d'application de l'alinéa 5. Sur ces surcoûts d'emprunt de 10 millions d'euros, 9,7 millions d'euros sont déductibles et 300 000 euros n'ouvrent pas droit à déduction.

#### Alinéa 6 – Clause de sauvegarde

L'alinéa 6 reprend le contenu de l'article 4, paragraphe 5, point a) de la directive qui complète la règle de limitation des intérêts par une règle de ratio de groupe permettant au contribuable de déduire l'intégralité de ses surcoûts d'emprunt.

Concrètement, lorsque le contribuable fait partie d'un groupe obligé d'établir des états financiers consolidés et qu'il peut démontrer que le ratio entre ses fonds propres et l'ensemble de ses actifs est globalement supérieur ou égal (avec une marge de tolérance de deux points de pourcentage) au ratio de groupe équivalent, l'alinéa 6 prévoit que la règle de limitation des intérêts ne s'applique pas, en sorte que les surcoûts d'emprunt encourus par le contribuable sont intégralement déductibles.

Lorsque le ratio du contribuable est inférieur à celui du groupe, le contribuable reste soumis à la règle de limitation des intérêts.

Sur le plan pratique, le calcul s'effectue comme suit : si le ratio fonds propres/total des actifs du contribuable, augmenté de deux points de pourcentage, est égal ou supérieur au ratio équivalent du groupe, les critères de la clause de sauvegarde sont réunis et le contribuable est en droit de déduire l'intégralité de ses surcoûts d'emprunt.

Afin de pouvoir prétendre à l'application de la clause de sauvegarde, le contribuable doit se procurer les renseignements pertinents sur son groupe et les présenter à l'administration fiscale. Le défaut de renseignements sur son groupe, qui sont bien entendu nécessaires pour appliquer efficacement la règle fondée sur le ratio du groupe consolidé, implique le rejet de cette règle.

A l'instar de la directive, l'alinéa 6, lettre b) prévoit deux exigences qui doivent être respectées comme condition préalable à l'application de la clause de sauvegarde. Premièrement, les états financiers consolidés doivent être établis soit conformément aux normes internationales d'information financière (telles que celles des IAS/IFRS), soit conformément au système national d'information financière. Deuxièmement, les états financiers du contribuable doivent être établis selon les mêmes règles comptables que les états financiers consolidés. Par conséquent, lorsque les états financiers consolidés sont établis conformément au référentiel IFRS, les états financiers du contribuable doivent eux aussi être présentés selon les mêmes normes IFRS, et ce aux seules fins de l'application de la règle fondée sur le ratio du groupe consolidé.

#### Alinéa 7 – Exclusions matérielles

L'alinéa 7 reprend les dispositions de l'article 4, paragraphe 4 de la directive qui offre la possibilité d'exclure du champ d'application de la règle de limitation des intérêts d'emprunts contractés avant le 17 juin 2016 et les emprunts utilisés pour financer un projet d'infrastructures publiques à long terme, lorsque l'opérateur du projet, les coûts d'emprunt, les actifs et les revenus se situent tous dans l'Union européenne.

Afin de faciliter la transition vers la nouvelle règle de limitation des intérêts, le considérant 8 de la directive indique que les « *Etats 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. Sans préjudice des règles en matière d'aides d'Etat, les Etats membres pourraient aussi exclure les surcoûts d'emprunt encourus au titre de prêts utilisés pour financer des projets d'infrastructures publiques à long terme étant donné que de telles modalités de financement présentent peu ou pas de risques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfiques. Dans ce contexte, les Etats membres devraient démontrer, de manière appropriée, que les dispositifs de financement des projets d'infrastructures publiques présentent des caractéristiques particulières qui justifient un tel traitement par rapport aux autres dispositifs de financement soumis à des règles restrictives ».*

#### Alinéa 8 – Exclusions personnelles

L'alinéa 8 exclut certains organismes du champ d'application de la règle de limitation des surcoûts d'emprunt, en conformité avec les exceptions prévues par la directive, à savoir les entreprises financières et les entités autonomes.

Au sujet des entreprises financières, le considérant 9 de la directive énonce: « *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. Etant 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 Etats membres devraient donc pouvoir les exclure du champ d'application des règles de limitation des intérêts.* ». Il est proposé d'exclure les entreprises financières, définies à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 168bis L.I.R. sous examen, du champ d'application de la limitation de la déductibilité des intérêts.

Etant donné que l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfiques interviennent en principe sous forme de paiements d'intérêts excessifs entre des entités qui sont des entreprises associées, le huitième considérant de la directive propose à son article 4, paragraphe 3, point b) l'exclusion des entités autonomes du champ d'application de la règle de limitation des déductions d'intérêts compte tenu du risque limité d'évasion fiscale. Dans ce cas également, le projet de loi fait usage de la faculté offerte par la directive d'exclure les entités autonomes du champ d'application de l'article 168bis L.I.R.

*Ad article 2, 3°*

Par l'introduction du nouvel article 168ter L.I.R., le présent projet de loi instaure une disposition relative aux dispositifs hybrides qui vise à éviter les discordances de traitement d'un même flux. Il transpose en droit interne l'article 9 de la directive traitant des dispositifs hybrides et s'applique aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2019.

Dans ce contexte, il paraît utile de rappeler qu'une première mesure spécifique dans ce sens a été introduite par la loi du 18 décembre 2015 portant transposition de la directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents, par l'insertion d'un nouvel alinéa 2bis au corps de l'article 166 L.I.R. qui s'applique aux revenus alloués après le 31 décembre 2015 par un organisme à caractère collectif résident d'un autre Etat membre et visé par l'article 2 de la directive 2011/96/UE. Ces revenus sont uniquement exonérés dans la mesure où ils ne sont pas déductibles dans cet autre Etat membre. La directive 2014/86/UE permet d'éliminer les situations de double non-imposition des bénéficiaires découlant de l'asymétrie du traitement fiscal appliqué aux distributions de bénéfices entre Etats membres. Dans certains cas, un instrument financier hybride donne lieu à une déduction d'intérêts dans l'Etat membre de la filiale, tandis que dans l'Etat membre de la société mère, l'instrument financier hybride est considéré comme participation dont les revenus sont couverts par la directive 2011/96/UE.

L'article 9 de la directive sous rubrique vise les dispositifs hybrides découlant de différences, d'une part, dans la qualification juridique d'un organisme ou d'un instrument financier entre un contribuable établi dans un Etat membre et une entreprise associée établie dans un autre Etat membre, ou, d'autre part, d'un dispositif structuré entre des parties établies dans des Etats membres différents. Son champ d'application se limite donc aux dispositifs hybrides intracommunautaires.

Cependant, il existe d'autres types de dispositifs hybrides qui ne sont pas traités par l'article 9 de la directive, mais qui font l'objet de la 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. La directive (UE) 2017/952 établit des règles pour lutter contre les dispositifs hybrides faisant intervenir des Etats tiers et porte encore sur les dispositifs hybrides utilisant des établissements stables, à la fois au niveau de l'Union européenne et des Etats tiers, les transferts hybrides, les dispositifs hybrides importés et les dispositifs utilisant des entités à double résidence. Elle fera l'objet d'un projet de loi à part et va s'appliquer aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2020 et, en ce qui concerne les dispositifs hybrides inversés, aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2022.

Le considérant 13 de la directive donne les explications suivantes: « *Les dispositifs hybrides sont la conséquence de différences dans la qualification juridique des paiements (instruments financiers) ou des entités et ces différences apparaissent lors de l'interaction entre les systèmes juridiques de deux juridictions. Ces dispositifs se traduisent souvent par une double déduction (à savoir une déduction dans les deux Etats) ou par une déduction des revenus dans un Etat sans qu'ils soient pris en compte dans la base d'imposition de l'autre. Pour neutraliser les effets des dispositifs hybrides, il est nécessaire d'établir des règles en vertu desquelles l'une des deux juridictions intervenant dans un dispositif devrait refuser la déduction d'un paiement conduisant à ce type de résultat. Dans ce contexte, il est utile de préciser que les mesures prévues par la présente directive en vue de lutter contre les dispositifs hybrides visent les situations où ces dispositifs hybrides sont imputables aux différences existant dans la qualification juridique d'un instrument financier ou d'une entité et qu'elles ne sont pas destinées à porter atteinte aux caractéristiques générales du système fiscal d'un Etat membre. Bien que les Etats membres aient approuvé, dans le cadre du groupe « Code de conduite (fiscalité des entreprises) », des lignes directrices sur le traitement fiscal des entités hybrides et des établissements stables hybrides au sein de l'Union ainsi que sur le traitement fiscal des entités hybrides dans les relations avec des pays tiers, il demeure nécessaire d'adopter des règles contraignantes. Il est essentiel d'entreprendre des travaux supplémentaires sur les dispositifs hybrides entre Etats membres et pays tiers, ainsi que sur d'autres dispositifs hybrides tels que ceux impliquant des établissements stables. »*

L'alinéa 1<sup>er</sup> du nouvel article 168ter L.I.R. définit les notions propres aux montages asymétriques. Le libellé s'oriente sur celui de l'article 2, paragraphe 9 de la directive. Y est définie la notion de dispositif hybride, dont l'objectif est d'aboutir à des résultats fiscaux asymétriques impliquant deux Etats membres et qui provoque soit une double déduction, c'est-à-dire aussi bien dans l'Etat membre d'origine d'un paiement que dans un autre Etat membre, soit une déduction sans prise en compte, c'est-à-dire un paiement déduit dans l'Etat membre de source qui n'est pas inclus en tant que produit correspondant à ce paiement dans le revenu net de l'autre Etat membre. Ces dispositifs exploitent ainsi les qualifications et les traitements fiscaux divergents que les Etats membres attribuent à un instrument financier ou à un organisme.

Le périmètre de l'article 168ter L.I.R. est limité aux situations intragroupes intracommunautaires, c'est-à-dire celles faisant intervenir le contribuable établi dans un Etat membre, en l'espèce le Luxembourg, avec une entreprise associée établie dans un autre Etat membre, ainsi qu'aux dispositifs hybrides qui découlent d'un dispositif structuré conclu entre le contribuable établi dans un Etat membre, en l'espèce le Luxembourg, et une partie établie dans un autre Etat membre. La notion de l'entreprise associée est définie à l'article 164ter, alinéa 2 L.I.R. Pour les besoins spécifiques du présent article, les critères de participation de l'article 164ter, alinéa 2 L.I.R. sont adaptés. Il est



renvoyé au commentaire de l'alinéa 3 reproduit ci-après.

La définition d'un dispositif hybride vise d'une part la nature des instruments financiers hybrides, qui sont considérés comme un instrument d'emprunt par l'Etat membre du débiteur, en l'espèce le Luxembourg, et comme un instrument de capitaux propres par l'Etat membre du bénéficiaire. Les paiements y relatifs génèrent des intérêts déductibles dans le chef du débiteur et des dividendes exonérés dans le chef du bénéficiaire.

A titre d'exemple, on peut citer l'instrument financier hybride du prêt participatif, c'est-à-dire un prêt avec participation aux bénéfices du débiteur. Un tel prêt participatif est à l'origine d'un traitement fiscal asymétrique lorsqu'il est qualifié d'instrument d'emprunt d'après le système fiscal applicable dans le chef du débiteur et d'instrument de prise de participation d'après le système fiscal applicable dans le chef du bénéficiaire. En vertu de ces qualifications fiscales divergentes, les intérêts débiteurs sont déductibles auprès du débiteur, alors qu'auprès du bénéficiaire, ils ne sont pas imposables en tant qu'intérêts créditeurs, mais exonérés en tant que dividendes.

D'autre part, un dispositif hybride peut résulter d'une qualification juridique différente que des Etats membres peuvent attribuer à un organisme et qui, par conséquent, subit des traitements fiscaux divergents dans chacun de ces Etats membres. La directive ne fournit pas de descriptif, mais l'exposé des motifs de la proposition de directive 2016/1164 comble cette lacune. Ainsi, par organisme hybride, il y a lieu d'entendre un organisme fiscalement transparent dans un Etat membre et fiscalement opaque dans l'autre Etat membre. Dans le premier Etat membre, l'imposition des revenus de l'organisme se fait au niveau des associés, en principe en fonction de leur quote-part de participation, alors que dans le deuxième Etat membre concerné, l'organisme lui-même est personnellement soumis à l'impôt. A remarquer qu'un établissement stable d'un organisme, fiscalement transparent ou non, n'est jamais considéré comme un organisme distinct à lui seul. La mise en place d'un organisme hybride peut entraîner une double déduction ou une déduction sans inclusion.

Le libellé du numéro 1 décrit l'une des conséquences d'un dispositif hybride, à savoir celle de la double déduction. Une même dépense d'exploitation fait l'objet d'une déduction une première fois dans le chef du contribuable imposable au Luxembourg, qui en est le débiteur, et une deuxième fois dans le chef du bénéficiaire imposable dans un autre Etat membre.

La deuxième conséquence d'un dispositif hybride, celle de la déduction sans inclusion, figure au libellé du numéro 2. Une dépense d'exploitation est déduite dans le chef du contribuable imposable au Luxembourg, qui en est le débiteur, mais le produit correspondant n'est pas considéré comme tel dans le chef du bénéficiaire imposable dans un autre Etat membre.

L'alinéa 2 instaure un mécanisme visant à contrecarrer un montage inapproprié qui résulte d'un instrument financier hybride ou d'un organisme hybride. Dans le but de retraiter toute asymétrie, ce dispositif établit un lien entre le traitement fiscal appliqué au Luxembourg et celui appliqué par l'autre Etat membre impliqué dans le même dispositif hybride. L'article 168ter L.I.R. introduit ainsi une interdépendance entre les systèmes fiscaux de deux Etats membres.

Ainsi, conformément aux termes du numéro 1, un contribuable imposable au Luxembourg se voit refusé la déduction des dépenses d'exploitation qui sont en relation avec un dispositif hybride dans la mesure où l'Etat membre source de ces dépenses admet leur déduction.

Le numéro 2 conditionne la déduction dans le chef d'un contribuable imposable au Luxembourg, qui est la source de la dépense d'exploitation, à l'inclusion du produit correspondant dans l'assiette imposable de l'autre Etat membre.

Il est sans importance de quelle dépense il s'agit concrètement, de même que la nature ou la dénomination de la dépense sont ignorées, p.ex. intérêts, bonis, participation aux bénéficiaires, etc. Le seul critère du refus de la déduction au Luxembourg est celui de la déduction admise par l'autre Etat membre, qui est à l'origine de la dépense d'exploitation, ou de la non-prise en compte d'un produit par l'autre Etat membre.

Au cas où le Luxembourg est à l'origine de la dépense d'exploitation ou n'impose pas le produit correspondant, l'article 168ter L.I.R. n'est pas applicable. L'article 9 de la directive trouvera alors application dans l'autre Etat membre pour y neutraliser les effets du dispositif hybride.

L'alinéa 3 élargit le périmètre des entreprises associées en portant le taux de 25 pour cent repris par l'article 164ter, alinéa 2 L.I.R. au taux de 50 pour cent lorsque, aux termes de la directive, « le dispositif concerne une entité hybride. », c'est-à-dire que soit le contribuable, soit l'entreprise associée est un organisme hybride conformément à l'alinéa 1<sup>er</sup>. Par ailleurs, ce relèvement du taux est à ignorer dans le contexte des articles 164ter et 168bis L.I.R.

Au cas où le contribuable estime que le présent article ne s'applique pas à son égard, il doit être en mesure de fournir la preuve sur simple demande du bureau d'imposition compétent.

#### *Ad article 2, 4°*

L'article 172bis L.I.R. règle le sort du report de pertes ou du report de bonifications d'impôt dans le cadre d'une transformation fiscalement neutre d'un organisme à caractère collectif en un autre organisme à caractère collectif. Dans le contexte de l'introduction de deux nouveaux reports à la suite de l'introduction proposée de l'article 168bis L.I.R., le présent projet de loi suggère d'étendre le

champ d'application de l'article 172bis L.I.R. au report des capacités inemployées déterminées à l'article 168bis, alinéa 2, ainsi qu'au report des surcoûts d'emprunt prévu à l'alinéa 3 de ce même article.

#### *Ad article 3*

Le paragraphe 9 de la loi modifiée du 1<sup>er</sup> décembre 1936 concernant l'impôt commercial (*GewStG*) dispose que le bénéfice commercial déterminé d'après la L.I.R. et augmenté des quelques ajouts prévus au paragraphe 8 *GewStG* est à diminuer de certains montants ou parties de bénéfice.

L'insertion du nouveau numéro 3a s'explique du fait qu'en vertu de l'insertion de l'article 164ter L.I.R. le revenu net du contribuable peut englober des revenus nets en provenance d'une société étrangère contrôlée. Nonobstant la réallocation de ces revenus nets au revenu net soumis à l'impôt au Luxembourg, il est proposé d'assimiler ces revenus inclus comme étant en relation avec un établissement stable étranger et, par conséquent, de les exclure du bénéfice d'exploitation, à l'instar de la disposition figurant au numéro 3 du paragraphe 9 *GewStG*.

Ces revenus nets liés à une société étrangère liée sont uniquement à éliminer de la base imposable en matière de l'impôt commercial s'ils ont influencé le bénéfice commercial servant de point de départ pour le calcul du bénéfice d'exploitation.

#### *Ad article 4, 1°*

##### Alinéa 1<sup>er</sup>

En vertu du paragraphe 6 *StAnpG* tel qu'adapté dans le cadre du présent projet de loi, l'abus en matière fiscale peut être subdivisé en trois éléments principaux:

- l'utilisation de formes et d'institutions du droit,
- le but de cette voie juridique (forme ou institution du droit) d'obtenir un contournement ou une réduction de la charge d'impôt allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la loi fiscale,
- ainsi que le caractère non authentique de la voie juridique utilisée.

Le premier élément de la définition de l'abus, à savoir l'utilisation de formes et d'institutions du droit, se trouve ancré dans l'actuel alinéa 1<sup>er</sup> du paragraphe 6 *StAnpG*. Dans un objectif de continuité, il est proposé de maintenir dans la définition cette référence aux « formes et institutions du droit » qui reflète parfaitement l'esprit de la directive, plutôt que d'y ancrer la référence de la directive à la notion de « montage ou une série de montages ».

Le libellé résiduel de l'actuel alinéa 1<sup>er</sup> du paragraphe 6 StAnpG a été légèrement adapté afin de garantir de façon non équivoque la mise en œuvre de l'esprit de la directive. Ainsi, la référence à l'obligation fiscale a été généralisée et remplacée par « la loi fiscale », terme qui est plus large comme relevé dans l'arrêt de la Cour administrative du 18 mars 2014 (n° 32984C du rôle). Tout abus d'une disposition de la loi fiscale devrait être visé par une clause anti-abus générale. Une telle clause ne doit, de par son essence, pas se limiter aux dispositions qui prévoient l'obligation fiscale (*Steuerpflicht*), mais aussi couvrir celles qui prévoient d'autres obligations ou droits, par exemple un droit au remboursement ou un droit à l'imputation de l'impôt étranger. La notion de loi fiscale vise la législation fiscale de manière générale et inclut ainsi notamment aussi les dispositions d'exécution. De la même manière, une clarification générale a été apportée au champ d'application de la clause anti-abus générale afin d'inclure toute sorte d'abus de formes et d'institutions du droit, notamment aussi celles du droit public, au lieu de ne viser que celles du droit privé.

L'objectif de la voie juridique utilisée constitue le deuxième élément clé de la définition de l'abus. Ainsi, si, conformément à la nouvelle définition, le contribuable continue à jouir de la liberté du choix de la voie la moins imposée, il n'est pas légitime qu'il utilise une voie juridique qui a comme objectif principal ou comme un des objectifs principaux de contourner ou de réduire sa charge d'impôt de façon contraire à l'objet ou à la finalité de la loi fiscale, si cette voie juridique n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents.

L'appréciation de la voie juridique sur la base des objectifs principaux, telle que contenue à l'article 6 de la directive, a été retenue dans la nouvelle définition afin de garantir que le champ d'application de la clause anti-abus générale soit conforme au niveau de protection requis par la directive. Une telle appréciation a aussi été retenue dans le cadre des dispositions anti-abus spéciales reprises aux articles 147 et 166 L.I.R. (qui transposent la directive 2015/121 du Conseil du 27 janvier 2015 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et aux filiales d'Etats membres différents), et elle caractérise aussi l'un des standards minimums adoptés au niveau international dans le cadre du Projet BEPS afin de prévenir l'utilisation abusive des conventions fiscales, qui est également contenu dans la convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices.

Le présent projet de loi propose de ne pas reprendre la notion d'avantage fiscal, telle que contenue dans la directive, mais a retenu la formulation telle qu'ancrée dans la jurisprudence, à savoir celle du contournement ou de la réduction de la charge d'impôt. Si une codification de la jurisprudence a certes comme objectif la continuité et la certitude juridique, le libellé proposé répond aussi aux exigences d'une clause anti-abus aussi générale que possible, et il est partant également en ligne avec

la directive. Le contournement et la réduction de la charge d'impôt s'apprécie par la comparaison entre la charge d'impôt qui résulte de la voie juridique utilisée et celle qui est due si la voie juridique non authentique n'est pas prise en compte.

Finalement, le troisième élément de l'abus en matière fiscale s'apprécie au regard de l'authenticité de la voie juridique utilisée. Tel que souligné au considérant 11, « *il convient que des clauses anti-abus générales soient appliquées aux montages non authentiques; dans le cas contraire, le contribuable devrait avoir le droit de choisir la structure la plus avantageuse sur le plan fiscal pour ses affaires commerciales* ». Il est proposé de reprendre à la lettre pour ce troisième élément le langage moderne de la directive, tel qu'il a déjà été retenu dans le cadre des dispositions anti-abus spéciales des articles 147 et 166 L.I.R. Ainsi, une voie juridique utilisée est considérée comme non authentique, dans la mesure où, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents, elle n'a pas été choisie pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique. Le considérant 11 précise les motifs extra-fiscaux comme suit: « *Lorsqu'il s'agit d'apprécier s'il y a lieu de considérer un montage comme non authentique, il pourrait être possible, pour les États membres, de prendre en considération tous les motifs économiques valables, y compris les activités financières* ». Il devrait partant ressortir aussi de l'approche ainsi consacrée la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative aux montages purement artificiels.

Par ailleurs, la notion de « non authentique » reflète en substance la démarche ressortant de la jurisprudence luxembourgeoise qui a déjà retenu l'absence de motifs extra-fiscaux valables comme un élément constitutif de l'abus en matière fiscale. Dans le cadre de cette analyse, il est procédé à une pondération des différents motifs sur base desquels une voie juridique a été choisie, ce qui a en outre été précisé explicitement par des décisions rendues qui ont retenu qu': « *il ne suffit pas que le contribuable fasse simplement état de motifs économiques pour que ceux-ci doivent nécessairement être admis comme valables, mais il faut que ces motifs puissent être considérés comme réels et présentant un avantage économique suffisant au-delà du seul bénéfice fiscal obtenu* » (Cour administrative, 18 mars 2014, n° 32984C et 33125C; Tribunal administratif, 14 janvier 2015, n° 33678; Cour administrative, 16 février 2016, n° 35978C et 35979C). Force est de relever que cette approche devrait aussi pouvoir être suivie dans le cadre de l'application de la nouvelle clause anti-abus générale.

En ce qui concerne la potentielle interaction des différentes clauses anti-abus en matière fiscale, les dispositions spéciales l'emportent sur la loi générale. Il convient d'attirer l'attention sur le considérant 11 de la directive qui prévoit notamment ce qui suit: « *des clauses anti-abus générales sont prévues dans les systèmes fiscaux pour lutter contre les pratiques fiscales abusives qui n'ont pas encore été traitées par des dispositions spécifiques. Les clauses anti-abus générales servent donc à*

*comblent des lacunes; elles ne devraient pas avoir d'incidence sur l'applicabilité des clauses anti-abus spécifiques ». 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.*

Quant à la charge de la preuve, l'article 59 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives dispose que « *la preuve des faits déclenchant l'obligation fiscale appartient à l'administration* ». Ces règles en matière de preuve, et en conséquence la jurisprudence y afférente, seront donc d'application également sous l'égide du paragraphe 6 StAnpG dans la version adaptée et modernisée prévue par le présent projet de loi.

Il incombe dès lors à l'Etat qui invoque un abus de droit de prouver que les éléments constitutifs de l'abus se trouvent réunis. Toutefois, l'Etat n'est pas tenu de rapporter la preuve concrète de l'impossibilité d'une justification économique de la voie utilisée. Ces principes ont été précisés comme suit par une jurisprudence bien établie en matière de preuve: « (...) *il appartient en principe à l'Etat qui invoque un abus de droit de prouver que les éléments constitutifs de l'abus se trouvent réunis. Par rapport au critère de l'existence de considérations économiques valables à la base de la voie choisie, cette charge de la preuve ne saurait cependant avoir pour conséquence d'imposer à l'Etat la preuve concrète de l'impossibilité d'une justification économique de la voie choisie. La preuve à rapporter par une partie devant plutôt toujours être limitée aux éléments qu'elle peut raisonnablement être supposée établir, il y a lieu d'admettre que l'Etat devra rendre plausible l'absence d'une justification économique à la base de la voie choisie et qu'il incombe alors au contribuable, à la source de la voie choisie, de faire état de considérations économiques justifiant, d'après lui, la voie choisie malgré l'apparence établie par l'Etat* » (voir Cour administrative, 18 mars 2014, n<sup>os</sup> 32984C et 33125C), Cour administrative, 16 février 2016 (n<sup>os</sup> 35978C et 35979C). Tel que relevé ci-avant, il appartient en outre au contribuable de faire état de motifs qui « *puissent être considérés comme réels et présentant un avantage économique suffisant au-delà du seul bénéfice fiscal obtenu* ». Cette approche devrait pouvoir continuer à s'appliquer à la nouvelle clause anti-abus générale. L'Etat ne saurait être tenu d'établir l'inexistence de motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.

#### Alinéa 2

Conformément à l'alinéa 2 - qui reprend en substance l'actuel alinéa 2 du paragraphe 6 StAnpG tout en modernisant ponctuellement son libellé afin de garantir sa cohérence avec le libellé du nouvel

alinéa 1<sup>er</sup> - en cas d'abus, les impôts sont à percevoir comme ils auraient dû l'être au cas où la voie juridique utilisée avait été authentique compte tenu des faits et circonstances pertinents. Cet alinéa vise à neutraliser les effets fiscaux de l'abus.

### Alinéa 3

Le libellé de l'alinéa 3 a été repris de l'actuel alinéa 3 du paragraphe 6 StAnpG. Il dispose que les impôts prélevés sur base de la voie juridique utilisée qui n'est pas prise en compte conformément à l'alinéa 1<sup>er</sup>, sont à imputer sur le montant dû en vertu de l'alinéa 2, ainsi que sur d'autres arriérés d'impôts du contribuable et, pour autant qu'une telle imputation n'est pas possible, sont à rembourser. Une double imposition ne serait en effet pas conciliable avec l'objectif d'une clause anti-abus générale. L'alinéa 3 précise en outre le délai de forclusion du contribuable pour demander une imputation ou un remboursement, à savoir une année après la constatation définitive de la non prise en compte de la voie juridique utilisée.

### *Ad article 4, 2°*

Le paragraphe 16 StAnpG définit l'expression « établissement stable ». Tandis que l'alinéa 1<sup>er</sup> énonce les critères permettant de trancher s'il existe un établissement stable dans un lieu déterminé, l'alinéa 2 énumère plusieurs exemples permettant de conclure à l'existence d'un établissement stable. Les alinéas 3 et 4 règlent les situations dans lesquelles une entreprise ferroviaire, minière ou une entreprise de fourniture de gaz, d'eau, d'électricité ou de chaleur dispose d'un établissement stable dans une commune indigène.

En droit interne, le concept de l'établissement stable permet tout d'abord de déterminer si les activités exercées à titre indépendant par un contribuable non résident sur le territoire luxembourgeois peuvent être assujetties à l'impôt au Luxembourg en tant que bénéfice commercial sur la base de l'article 156, numéro 1 L.I.R. Par ailleurs, ledit concept sert à ventiler l'impôt commercial à charge d'une exploitation passible de l'impôt commercial qui dispose pendant le ou les exercices d'exploitation à considérer pour la détermination du bénéfice d'exploitation, d'établissements stables sur le territoire de plusieurs communes indigènes.

En droit fiscal international, l'établissement stable constitue le critère de rattachement pour l'attribution du droit d'imposition à un des Etats contractants. Ce concept détermine si les bénéfices dégagés dans le cadre de l'activité d'une entreprise d'un Etat contractant exercée dans l'autre Etat contractant peuvent être imposés dans cet autre Etat. L'existence d'un établissement stable est un prérequis afin de pouvoir répartir le droit d'imposition entre l'Etat de la source et l'Etat de la résidence. Ce facteur de rattachement permet notamment, et le cas échéant, l'attribution de

dividendes, d'intérêts ou de redevances à l'activité exercée dans le cadre d'un établissement stable.

La vérification de l'existence d'un établissement stable exige une analyse détaillée des faits et circonstances propres à chaque cas particulier afin de déterminer si les critères posés par l'alinéa 1<sup>er</sup> sont remplis. Dans les cas où cette analyse concerne l'existence d'un établissement stable situé dans un Etat avec lequel le Luxembourg a conclu une convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale (convention D.I.), la vérification de l'existence d'un établissement stable se fait sur la base des critères retenus dans ladite convention. Dans la mesure où une convention D.I. ne définit pas les termes permettant de trancher s'il existe ou non un établissement stable dans un Etat contractant, les parties contractantes peuvent se référer à leur droit interne pour déterminer le sens conféré à ces termes. Il en résulte qu'il n'est pas rare qu'il existe 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 établissement stable dans un Etat contractant. Ces divergences de vue peuvent entraîner qu'un même revenu est soit imposable dans les deux Etats contractants, soit n'est imposable dans aucun desdits Etats.

Dans la première situation, le recours à la procédure amiable prévue dans le modèle de convention D.I. de l'OCDE devrait permettre de résoudre ces problèmes d'interprétation. A partir de la version du modèle de convention de l'OCDE d'avril 2000, ledit modèle renferme encore un dispositif à son article 23a.4. permettant de régler la deuxième situation. En effet, dans les cas où la double imposition est évitée par la méthode d'exemption (avec ou sans réserve de progressivité), l'article 23a.4. retient notamment que si un Etat contractant applique les dispositions de la convention D.I. pour exempter un revenu ou un élément de fortune imposables dans cet Etat, le droit d'imposition revient à l'autre Etat. Suite à l'introduction de l'article 23a.4. dans le modèle de convention D.I. de l'OCDE, le Luxembourg a inclus ledit dispositif dans les conventions D.I. négociées depuis lors. A ce jour, une quarantaine des conventions D.I. renferment une disposition calquée sur l'article 23a.4. du modèle de convention D.I.

Dans ce contexte, il échet de ne pas confondre cette situation 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.

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. ».

Bien que ce principe de base soit incontesté, l'expérience montre que son interprétation par les Etats membres de l'OCDE n'est pas homogène et ceci en dépit du fait que l'article 3 du modèle de convention D.I. de l'OCDE, qui renferme les définitions générales, a été complété dans le cadre de la mise à jour du modèle de convention D.I. publiée en avril 2000 en y insérant la définition des termes « entreprise », « activité » et « affaires ».

Le nouvel alinéa 5 que le présent projet de loi se propose d'introduire vise à mettre fin à des conflits d'interprétation résultant de l'interaction entre les dispositions de droit interne et les dispositions d'une convention D.I. concernant l'expression « établissement stable ». Tout d'abord, le nouvel alinéa 5 précise qu'en présence d'une convention D.I. seuls les critères déterminés par la convention pour définir l'expression « établissement stable » sont à prendre en considération pour trancher si un contribuable résident dispose d'un établissement stable dans l'autre Etat contractant. Cette précision a pour objectif d'éviter les conflits d'interprétation mentionnés ci-dessus. 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. D'autre part, 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.

La participation à la vie économique générale dans l'autre Etat contractant est donnée si l'entreprise réalise par l'intermédiaire d'une installation fixe d'affaires des activités industrielles ou commerciales. A titre d'exemples on peut citer notamment l'exploitation d'une usine, d'un garage ou encore d'un chantier de construction. Par contre, lorsque l'activité de l'entreprise dans l'autre Etat contractant consiste notamment dans la simple gestion d'actifs financiers ou d'actifs de propriété intellectuelle, cette activité ne constitue pas une participation à la vie économique générale dans l'autre Etat contractant et ne suffit à elle seule pas à constituer un établissement stable dans cet Etat. En l'occurrence, le droit d'imposition des revenus dégagés dans le cadre de cette activité est attribué au Luxembourg, à moins qu'une disposition non équivoque incluse dans la convention D.I. liant le Luxembourg et l'autre Etat ne s'y oppose.

Dans ce contexte, il est clair que l'appréciation de la situation factuelle n'est pas toujours chose aisée dans les cas où l'activité exercée dans l'autre Etat contractant n'exige pas l'existence d'une

infrastructure étendue ou encore une mobilisation importante de ressources humaines dont la présence peut être vérifiée assez aisément sur la base des déclarations d'impôt déposées. Au contraire, lorsque les activités exercées dans l'autre Etat concernent des activités qui de par leur nature ne nécessitent ni une infrastructure étendue ni une mobilisation importante et constante de ressources humaines, il peut s'avérer fort délicat pour l'Etat de résidence de se baser sur les seules informations renfermées dans les déclarations d'impôt du contribuable pour déterminer si le droit d'imposer les résultats réalisés dans le cadre de telles activités est effectivement attribuable à l'autre Etat en vertu d'une convention D.I. Qui plus est l'analyse et l'appréciation de la situation de fait peuvent s'avérer plus faciles à faire pour l'Etat de la source que pour l'Etat de résidence.

C'est pour cette raison que la troisième phrase de l'alinéa 5 retient de manière explicite 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. Enfin, dans l'hypothèse où la convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale conclue avec l'autre Etat ne contient pas de clause substantiellement conforme à l'article 23a.4. du modèle de convention D.I. de l'OCDE, la dernière phrase de l'alinéa 5 précise que le contribuable est tenu de fournir une confirmation que l'autre Etat contractant considère qu'il existe un établissement stable sur son territoire. Il s'est en effet avéré que les conflits d'interprétations relevés ci-avant et découlant des difficultés d'appréciation de la situation factuelle liée au degré d'importance des activités exercées dans l'autre Etat contractant se posent en pratique surtout dans des cas où la convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale ne contient pas de clause substantiellement conforme à l'article 23a.4. du modèle de convention D.I. de l'OCDE.

#### *Ad article 5*

Le paragraphe 127, alinéas 2 et 3 AO fixe actuellement les critères en vertu desquels un contribuable peut demander un sursis de paiement pour l'impôt dû à la sortie (« *exit tax* ») conformément aux articles 38 et 172 L.I.R. Il est proposé de fusionner les alinéas 2 et 3 en un seul alinéa 2. Dans son paragraphe 2, l'article 5 de la directive ne reprend pas le concept du sursis de paiement, mais autorise le contribuable à reporter le paiement de l'impôt à la sortie moyennant un échelonnement des versements sur cinq ans. Alors que le sursis de paiement autorise le contribuable à différer le paiement de l'impôt à la sortie et qu'il produit ses effets notamment aussi longtemps que le contribuable reste propriétaire des biens transférés, le délai de paiement ne suspend pas l'exigibilité

de cet impôt, mais permet d'étaler les versements sur une période prédéfinie. La directive ne se prononce pas clairement sur les modalités pratiques de l'échelonnement, c'est-à-dire par quelle proportion l'impôt est à répartir sur la période quinquennale. Il appartient donc à l'Etat membre de fixer ces modalités dans le respect du considérant 10 de la directive en vertu duquel « *les contribuables devraient avoir le droit soit de payer immédiatement le montant de l'impôt à la sortie calculé soit d'étaler le paiement du montant de l'impôt en plusieurs versements sur plusieurs années* ». Pour des raisons de simplicité et de praticabilité, il est proposé que l'échelonnement soit linéaire, c'est-à-dire que le paiement de l'impôt à la sortie se fasse moyennant cinq versements de montants égaux. Le contribuable peut également renoncer au délai de paiement.

Le périmètre des contribuables éligibles correspond à celui de l'article 5, paragraphe 2 de la directive qui limite l'avantage du délai de paiement aux seuls transferts impliquant les Etats membres et, sous certaines conditions, aux Etats tiers parties à l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE).

Le recouvrement de l'impôt à la sortie tombe sous la coupe de la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures (Journal officiel de l'Union européenne L 84, 31 mars 2010, page 1), transposée en droit national par la loi du 21 juillet 2012 portant transposition de la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures (Journal officiel, Mémorial A - N° 149 du 26 juillet 2012, page 1824). Lorsque l'Etat d'accueil est un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen autre qu'un Etat membre de l'Union européenne, actuellement l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein, la directive subordonne le délai de paiement à la conclusion par le Luxembourg ou l'Union d'un accord avec un tel Etat qui doit garantir une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010.

Dans sa mise en demeure du 27 septembre 2012, infraction n° 2012/4015, la Commission européenne avait reproché au Luxembourg que le sursis de paiement soit accordé en principe contre une garantie, ou encore avec mise en compte d'intérêts de retard. Partant, le dispositif du paragraphe 127 AO en fait abstraction. Or, la directive retient une approche différente. L'article 5, paragraphe 3 de la directive permet à l'Etat de sortie d'avoir recours à des intérêts de retard conformément à sa législation nationale. Vu la nature spécifique de l'impôt à la sortie, c'est-à-dire le recouvrement d'un impôt généré par des biens dont le contribuable reste le propriétaire, et dans la continuité du dispositif actuellement en vigueur, le présent projet de loi renonce formellement à la mise en compte d'intérêts de retard.

Le paragraphe 3 de l'article 5 de la directive prévoit encore que le contribuable peut être tenu de constituer une garantie s'il existe un risque démontrable et réel de non-recouvrement, à moins que la législation applicable dans l'Etat membre du contribuable ou de l'établissement stable, en l'espèce le Luxembourg, prévoit la possibilité de recouvrer la dette fiscale par l'intermédiaire d'un autre contribuable faisant partie du même groupe et ayant sa résidence fiscale dans cet Etat membre. Le présent projet de loi suggère que le délai de paiement puisse être accordé sans que le contribuable soit tenu de constituer une garantie. La raison en est que conformément au nouveau libellé de l'alinéa 2, le délai de paiement n'est accordé que dans des circonstances qui assurent l'assistance mutuelle en matière de recouvrement. D'autre part, le recours à des moyens de garantie peut s'avérer difficile voire impossible. Ainsi, le Conseil d'Etat s'était opposé en 1997, dans le contexte d'un projet de règlement grand-ducal portant exécution de l'article 149, alinéa 4 L.I.R., à la délivrance par le contribuable au receveur des contributions directes compétent d'une garantie bancaire non prévue par la loi au profit du Trésor public, étant donné que la loi modifiée du 27 novembre 1933 concernant le recouvrement des contributions directes, des droits d'accise sur l'eau-de-vie et des cotisations d'assurance sociale ne prévoit pas la garantie bancaire comme moyen d'assurer le recouvrement des contributions directes. Cependant, cette loi prévoit, en dehors du privilège mobilier du trésor et de l'hypothèque légale, la consignation d'une somme ou la présentation d'une caution solidaire solvable. Quant à la possibilité prévue par la directive de recouvrer la dette fiscale par l'intermédiaire d'un autre contribuable faisant partie du même groupe et ayant sa résidence fiscale dans cet Etat membre, une telle mesure ne figure pas dans la législation nationale, sauf dans le contexte d'un groupe intégré en vertu de l'article 164bis L.I.R. pour ce qui est de dettes fiscales de la société mère intégrante ou de la société filiale intégrante (paragraphe 114 AO).

Dans certaines situations, le paragraphe 4 de l'article 5 de la directive interrompt immédiatement l'étalement de la dette d'impôt et le solde devient exigible sans délai. Ces cas sont limitativement énumérés et sont plus exhaustifs que le libellé actuel du paragraphe 127, alinéa 2 AO qu'il est proposé de compléter. Les cinq cas de figure se présentent comme suit:

- a) l'étalement prend fin en cas de vente des biens transférés ou de l'activité transférée. Sont visés les biens transférés par un contribuable résident vers son établissement stable situé à l'étranger, puis cédés ultérieurement. Il en est de même lorsqu'un résident a transféré son entreprise à l'étranger et qu'il continue à l'exploiter en tant qu'établissement stable étranger, puis procède à sa cession. Le libellé de la directive englobe encore les biens « *cédés d'une autre façon* », notamment les biens prélevés, mais également les biens apportés à une autre entreprise. En ce qui concerne les opérations d'apport, le libellé actuellement en vigueur du paragraphe 127, alinéa 2 AO prévoit néanmoins une exception à l'interruption du délai, que le présent projet de

- loi propose de maintenir, lorsque le transfert de biens a lieu dans le cadre d'un apport d'une entreprise ou d'une partie autonome d'entreprise dans les conditions définies par l'article 2 de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre ou de dispositions analogues, à la condition toutefois que la société bénéficiaire de l'apport déclare reprendre les droits et obligations de l'apporteur en rapport avec le délai de paiement;
- b) les biens transférés vers un Etat d'accueil éligible sont transférés à nouveau à partir de cet Etat vers un autre Etat d'accueil. Le délai de paiement reste cependant intact si cet Etat d'accueil est un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen autre qu'un Etat membre de l'Union européenne et que le Luxembourg ou l'Union européenne est lié avec ce nouvel Etat d'accueil par un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances fiscales, offrant une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010. Le délai n'est également pas affecté par un transfert intracommunautaire.
  - c) la troisième situation dommageable concerne l'établissement de la résidence fiscale d'un contribuable résident à l'étranger, ou encore le transfert vers l'étranger de l'établissement stable indigène d'un non-résident, alors que ces contribuables bénéficient d'un délai de paiement. Le délai de paiement reste également intact dans les mêmes conditions exposées ci-avant sous la lettre b);
  - d) le contribuable fait faillite ou est mis en liquidation;
  - e) le contribuable ne respecte pas les échéances du délai de paiement. L'interruption du délai n'est pas immédiate, puisque la directive octroie au contribuable une tolérance jusqu'à douze mois pour régulariser sa situation;
  - f) la documentation annuelle, justifiant que les situations énumérées ci-avant aux lettres a), b) et c) ne se sont pas réalisées, fait défaut.

#### *Ad article 6*

Il est proposé d'accompagner le passage du sursis de paiement vers le délai de paiement en matière de l'imposition à la sortie (paragraphe 127 AO) par une mesure transitoire en vertu de laquelle un contribuable peut continuer à bénéficier du sursis de paiement. Tel est le cas si le sursis de paiement est demandé pour des exercices d'exploitation dont la clôture a lieu avant le 1<sup>er</sup> janvier 2020. Le

nouveau dispositif du délai de paiement s'applique pour la première fois aux exercices d'exploitation qui commencent à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2020.

*Ad article 7*

La mise en vigueur se fait en deux étapes, conformément à l'article 11 de la directive. Les dispositions en relation avec la règle de limitation des intérêts, la règle relative aux sociétés étrangères contrôlées, les dispositifs hybrides et la clause anti-abus générale s'appliquent aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2019. Tout effet rétroactif à charge d'un exercice d'exploitation divergent, qui commence au courant de l'année d'imposition 2018 et dont la clôture a lieu au courant de l'année d'imposition 2019, est évité de cette manière.

En ce qui concerne les dispositions en relation avec l'imposition à la sortie, la directive prévoit à leur égard une mise en vigueur décalée d'une année. Il s'ensuit que le mécanisme actuellement en vigueur reste applicable et que les modifications concernant les articles 35, 38 et 43 L.I.R., de même que celles concernant le paragraphe 127 AO s'appliquent aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2020.

\* \* \*

\*

## TABLE DE CONCORDANCE

### Lois fiscales à modifier

Le projet de loi regroupe deux volets. Le premier volet est consacré à la transposition au droit national de la Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 (« directive ») qui s'applique à tous les contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés dans un ou plusieurs Etats membres, y compris les établissements stables, lorsqu'ils sont situés dans un ou plusieurs Etats membres, d'organismes ayant leur résidence fiscale dans un Etat tiers.

En ce qui concerne la loi concernant l'impôt sur le revenu (« L.I.R. »), la transposition affecte principalement le Titre II consacré à l'impôt sur le revenu des collectivités (« I.R.C. », articles 158 à 174 L.I.R.). L'article 172*bis* L.I.R. (limitation des intérêts) est complété. L'article 164*ter* L.I.R. (sociétés étrangères contrôlées), l'article 168*bis* L.I.R. (limitation des intérêts), ainsi que l'article 168*ter* L.I.R. (dispositifs hybrides) sont nouvellement insérés dans le corps du Titre II.

Il y a également lieu de modifier les articles 35, 38 et 43 L.I.R. (imposition à la sortie) du Titre I concernant l'impôt sur le revenu des personnes physiques.

Sont également à modifier le paragraphe 9 de la loi modifiée du 1<sup>er</sup> décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« *Gewerbesteuer*gesetz – *GewStG* ») dans le contexte des sociétés étrangères contrôlées, le paragraphe 6 de la loi d'adaptation fiscale (« *Steueranpassung*gesetz – *StAnpG* ») dans le contexte de la clause anti-abus générale, ainsi que le paragraphe 127 de la loi générale des impôts (« *Abgabenordnung* – *AO* ») dans le contexte de l'imposition à la sortie.

Le deuxième volet concerne l'article 22*bis* L.I.R. (opérations d'échange de titres) et le paragraphe 16 *StAnpG* (établissement stable indigène).

Tableau de concordance

Référence à la directive	Objet	Référence aux lois L.I.R./GewStG/StAnpG/AO
Article 1 <sup>er</sup>	Champ d'application	-
Article 2	Définitions	Articles 38, 43, 164ter, 168bis, 168ter
Article 3	Niveau minimal de protection	-
Article 4	Règle de limitation des intérêts	Articles 168bis et 172bis L.I.R.
Article 5	Imposition à la sortie	Articles 35, 38, 43 L.I.R. et paragraphe 127 AO
Article 6	Clause anti-abus générale	Paragraphe 6 StAnpG
Article 7	Règle relative aux sociétés étrangères contrôlées	Article 164ter L.I.R.
Article 8	Calcul des revenus des sociétés étrangères contrôlées	Article 164ter et paragraphe 9 GewStG
Article 9	Dispositifs hybrides	Article 168ter L.I.R.
Article 11	Transposition	Articles 6 et 7 du projet de loi
Article 12	Entrée en vigueur	

\* \* \*

\*



## TEXTE COORDONNE

### Modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu

#### Art. 22bis

(1) Au sens de la présente loi, on entend par:

- société d'un Etat membre: toute société visée à l'article 3 de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre, et toute société de capitaux ou société coopérative qui est un résident d'un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE) autre qu'un Etat membre de l'Union européenne, pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités;
- société acquise: la société dans laquelle une autre société acquiert une participation, moyennant un échange de titres;
- société acquérante: la société qui acquiert une participation, moyennant un échange de titres.

(2) Par dérogation à l'article 22, alinéa 5, les opérations d'échange visées aux numéros ~~1~~ 2 à 4 ci-dessous ne conduisent pas à la réalisation des plus-values inhérentes aux biens échangés, à moins que, dans les cas visés aux numéros ~~1~~, 3 et 4, ~~soit le créancier, soit l'associé ne renonce~~nt à l'application de la présente disposition:

- ~~1. lors de la conversion d'un emprunt: l'attribution au créancier de titres représentatifs du capital social du débiteur. En cas de conversion d'un emprunt capitalisant convertible, l'intérêt capitalisé se rapportant à la période de l'exercice d'exploitation en cours précédant la conversion est imposable au moment de l'échange;~~
2. lors de la transformation d'un organisme à caractère collectif en un autre organisme à caractère collectif: l'attribution à l'associé de titres représentatifs du capital social de l'organisme transformé;
3. lors d'une fusion ou d'une scission de sociétés de capitaux ou de sociétés résidentes d'un Etat membre: l'attribution à l'associé de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire ou des sociétés bénéficiaires de la transmission en échange des titres représentatifs du capital social détenus dans la société apporteuse;
4. lors de l'acquisition
  - a) par une société résidente d'un Etat membre ou
  - b) par une société de capitaux pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités, dans le capital social d'une autre société visée sub a) ou b) d'une participation ayant pour effet soit de lui conférer, soit d'augmenter la majorité des droits de vote dans la société acquise: l'attribution à l'associé de titres représentatifs du capital social de la société acquérant en échange des titres représentatifs du capital social détenus dans la société acquise.

(3) L'alinéa 2, numéros ~~1~~, 3 et 4, reste applicable lorsque le créancier ou l'associé obtient en dehors des titres une soulte en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres reçus en échange.

(4) Dans le chef de l'associé, le prix et la date d'acquisition de titres reçus en échange correspondent au prix et à la date d'acquisition des titres donnés en échange. En cas de paiement d'une soulte à l'associé, le prix d'acquisition des titres reçus en échange est à diminuer du montant de ladite soulte.

(5) Les valeurs mobilières émises par un organisme de titrisation sont exclues du bénéfice des dispositions de l'alinéa 2 du présent article.

#### Art. 35

(1) En cas de création d'une entreprise ou d'une partie autonome d'entreprise les biens constituant l'actif net investi au début du premier exercice d'exploitation ne peuvent être évalués:

- a) au-dessus du prix d'acquisition ou de revient, lorsqu'il s'agit de biens d'actif acquis ou fabriqués par l'exploitant en vue de la création;
- b) au-dessus de la valeur d'exploitation au moment de la création, lorsqu'il s'agit de biens d'actif non visés sub a);
- c) au-dessous du montant net de l'obligation incombant à l'exploitant, lorsqu'il s'agit de dettes contractées par l'exploitant en vue de la création;
- d) au-dessous de la valeur d'exploitation, lorsqu'il s'agit de dettes non visées sub c).

(2) Les biens qui donneraient lieu, en cas d'aliénation à l'époque de l'apport, à l'application de l'un des articles 99~~ter~~ à 102 et qui n'ont pas été acquis en vue de la création, ne peuvent être évalués ni au-dessus du prix d'acquisition éventuellement réévalué qui serait retenu pour la fixation du revenu au sens de l'article en cause, ni au-dessus de la valeur d'exploitation. Les biens qui donneraient lieu, dans la même hypothèse, à l'application de l'article 99~~bis~~, sont à évaluer au prix d'acquisition ou à la valeur d'exploitation si elle est inférieure.

(3) Les valeurs alignées en conformité des prescriptions des alinéas 1 et 2 sont à considérer comme prix initiaux d'acquisition ou de revient. Toutefois, lorsque des biens visés sub litt. b de l'alinéa premier sont prélevés durant les deux ans suivant la création de l'entreprise ou de la partie autonome d'entreprise, leur valeur de prélèvement ne peut être inférieure à la valeur retenue lors de la création, diminuée de l'amortissement normal pratiqué depuis la création jusqu'au jour du prélèvement.

(4) Lorsqu'une personne acquiert la qualité de contribuable résident et que de ce fait elle devient imposable du chef d'une entreprise, d'une partie autonome d'entreprise ou d'un établissement stable, les dispositions du présent article sont applicables sous la réserve que tous les biens peuvent être évalués à leur valeur d'exploitation.

(5) Les biens constituant l'actif net investi au début du premier exercice d'exploitation sont à évaluer à la valeur établie par l'Etat de départ du contribuable ou de l'établissement stable, à moins que celle-ci ne reflète pas la valeur d'exploitation, lorsque le contribuable:

- a) transfère vers le Luxembourg son domicile fiscal ou son séjour habituel à partir d'un autre Etat;

b) transfère vers le Luxembourg l'activité qu'il exerce par un établissement stable situé dans un autre Etat.

(6) La date d'acquisition des biens évalués conformément aux alinéas 1<sup>er</sup> à 5 est la date d'acquisition effective de ces biens.

#### Art. 38

~~(1) Le transfert à l'étranger d'une entreprise ou d'un établissement stable est assimilé à la cession en bloc et à titre onéreux de l'entreprise ou de l'établissement stable. La valeur estimée de réalisation de l'entreprise ou de l'établissement stable est à retenir à titre de prix de cession.~~ Le transfert à l'étranger

- d'une entreprise ou d'un établissement stable est assimilé à la cession en bloc et à titre onéreux de l'entreprise ou de l'établissement stable,
- de biens isolés faisant partie de l'actif net investi est assimilé à la cession à titre onéreux de ces biens

dans les situations suivantes:

- a) le contribuable transfère des biens isolés de son entreprise située au Luxembourg vers un établissement stable situé dans un autre Etat, pour autant que le droit d'imposition de ces biens transférés ne revient plus au Luxembourg;
- b) le contribuable transfère des biens isolés de son établissement stable indigène vers son entreprise ou son siège statutaire situé dans un autre Etat ou vers un autre établissement stable situé dans un autre Etat, pour autant que le droit d'imposition de ces biens transférés ne revient plus au Luxembourg;
- c) le contribuable transfère vers un autre Etat soit son domicile fiscal ou son séjour habituel, soit son siège statutaire et son administration centrale, à l'exception des biens qui restent effectivement rattachés à un établissement stable indigène et dont les valeurs comptables sont continuées;
- d) le contribuable transfère l'activité exercée par son établissement stable indigène vers un autre Etat, pour autant que le droit d'imposition des biens transférés ne revient plus au Luxembourg.

(2) La valeur estimée de réalisation de l'entreprise, de l'établissement stable ou des biens isolés au moment du transfert est à retenir à titre de prix de cession.

(3) Le présent article ne s'applique pas aux transferts de biens liés à un financement sur titres, aux biens donnés en garantie ou aux cas où le transfert des biens a été effectué afin de satisfaire aux exigences prudentielles en matière de fonds propres ou à des fins de gestion des liquidités, pour autant que les biens transférés sont destinés à revenir au Luxembourg en tant qu'Etat à l'origine du transfert dans un délai de douze mois à compter à partir de la date du transfert de ces biens à l'étranger. Ces biens continuent à appartenir à l'actif net investi du contribuable comme si le transfert à l'étranger n'avait pas eu lieu et les revenus relatifs à ces biens continuent à revenir au Luxembourg.

(2) Lorsque l'entreprise ou l'établissement stable indigène appartenant à un contribuable résident d'un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE) est transféré vers un autre Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique (EEE), ce transfert donne lieu à imposition rectificative de l'année d'imposition en cause dans la mesure où cet autre Etat ne prend pas en compte les moins-values réalisées après le transfert.

#### Art. 43

(1) Les suppléments d'apport et les prélèvements personnels sont respectivement à mettre en compte pour leur valeur d'exploitation au moment de l'apport et à celui du prélèvement. Cette valeur constitue, quant aux suppléments d'apport, le prix initial d'acquisition.

(1a) Les biens apportés sont à évaluer à la valeur établie par l'Etat de départ du contribuable ou de l'établissement stable, à moins que celle-ci ne reflète pas la valeur d'exploitation, lorsque le contribuable:

a) transfère des biens de son établissement stable situé dans l'Etat de départ vers son entreprise située au Luxembourg;

b) transfère des biens de son entreprise située dans l'Etat de départ vers son établissement stable indigène.

Cette valeur constitue le prix initial d'acquisition.

(2) Les biens qui donneraient lieu, en cas d'aliénation à l'époque de l'apport, à l'application de l'un des articles 99ter à 102 ne peuvent être évalués, lors de l'apport, ni au-dessus du prix d'acquisition éventuellement réévalué qui serait retenu pour la fixation du revenu au sens de l'article en cause, ni au-dessus de la valeur d'exploitation. Les biens qui donneraient lieu, dans la même hypothèse, à l'application de l'article 99bis, sont à évaluer au prix d'acquisition ou à la valeur d'exploitation si elle est inférieure.

(2a) La date d'acquisition des biens apportés évalués conformément aux alinéas 1<sup>er</sup> à 2 est la date d'acquisition effective de ces biens.

(3) En cas de prélèvement d'un bien autre que ceux visés à l'alinéa qui précède durant les deux années qui suivent son incorporation, comme supplément d'apport, à l'actif net investi, la valeur de prélèvement ne peut être inférieure à la valeur d'apport diminuée de l'amortissement normal pratiqué jusqu'au jour du prélèvement.

#### Art. 164ter

(1) Au sens de la présente loi, on entend par société étrangère contrôlée un organisme à caractère collectif ou un établissement stable, dont les revenus ne sont pas imposables ou sont exonérés au Luxembourg lorsque les conditions suivantes sont simultanément remplies:

1. dans le cas d'un organisme à caractère collectif, le contribuable, à lui seul ou avec ses entreprises associées,

a) soit détient une participation directe ou indirecte de plus de 50 pour cent des droits de vote dans cet organisme à caractère collectif,

b) soit possède, directement ou indirectement, plus de 50 pour cent du capital dans cet organisme à caractère collectif,

c) soit est en droit de recevoir plus de 50 pour cent des bénéfices de cet organisme à caractère collectif;

2. l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup>, établi et payé par celui-ci, est inférieur à la différence

entre, d'une part, 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<sup>er</sup> conformément aux dispositions de la présente loi et, d'autre part, l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup>, établi et payé par celui-ci. Aux fins du numéro 2, l'établissement stable d'un organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup>, qui n'est pas imposable ou qui est exonéré d'impôt sur le territoire où il est situé, n'est pas pris en considération.

On entend par impôt réel au sens du numéro 2, l'impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités.

Par contribuable, il y a lieu d'entendre aux fins du présent article un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1<sup>er</sup>.

N'est pas visée par le présent article, une société étrangère contrôlée qui

- a) réalise un bénéfice suivant le bilan commercial qui n'est pas supérieur à 750 000 euros; ou
- b) réalise un bénéfice suivant le bilan commercial qui ne dépasse pas 10 pour cent des coûts de fonctionnement pendant l'exercice d'exploitation. Les coûts de fonctionnement ne peuvent pas inclure le coût des biens vendus en dehors de l'Etat, dans lequel l'organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup> a sa résidence, ou dans lequel l'établissement stable au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup> est situé, à des fins fiscales, ni les paiements aux entreprises associées.

(2) 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 du contribuable, 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 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 de capital d'un contribuable et d'un ou de plusieurs organismes, tous les organismes concernés, y compris le contribuable, sont également considérés comme des entreprises associées.

En ce qui concerne les participations indirectes détenues par le contribuable, le respect des critères énoncés au présent alinéa est déterminé en multipliant les taux de détention successivement aux différents niveaux.

(3) Les revenus non distribués de la société étrangère contrôlée provenant de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal sont à inclure dans le revenu net du contribuable.

Aux fins du présent alinéa, un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique lorsque la société étrangère contrôlée ne posséderait pas les actifs qui sont la source de tout ou partie de ses revenus ni n'aurait pris les risques qui y sont associés si elle n'était pas contrôlée

par un contribuable où les fonctions importantes liées à ces actifs et risques sont assurées et jouent un rôle essentiel dans la création des revenus de la société étrangère contrôlée.

(4) La détermination du revenu net de la société étrangère contrôlée, qui est à inclure dans le revenu net du contribuable, suit les règles suivantes:

1. les revenus nets à inclure rangent dans la catégorie de revenu du bénéfice commercial et sont limités aux montants générés par les actifs et les risques liés aux fonctions importantes assumées par le contribuable exerçant le contrôle. L'affectation des revenus d'une société étrangère contrôlée est calculée selon le principe de pleine concurrence tel que prévu aux articles 56 et 56bis. Ne sont déductibles que les dépenses d'exploitation qui sont en connexion économique avec les revenus à inclure;
2. lorsque le total des revenus nets de la société étrangère contrôlée à inclure est négatif, il n'est pas inclus dans le revenu net du contribuable;
3. lorsque le total des revenus nets de la société étrangère contrôlée à inclure est positif, le contribuable peut déduire jusqu'à concurrence de ce total les revenus nets négatifs qui n'ont pas été déductibles conformément à la disposition du numéro 2 ci-avant au titre d'un exercice d'exploitation antérieur et qui n'ont pu être déduits pendant aucun exercice d'exploitation postérieur par application des dispositions du présent alinéa. Seuls les revenus nets négatifs réalisés par une société étrangère contrôlée après l'entrée en vigueur du présent article sont déductibles;
4. le total des revenus nets à inclure dans le revenu net du contribuable est calculé au prorata de la participation au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup>, numéro 1, détenue par le contribuable dans l'organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup>;
5. 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;
6. lorsque la société étrangère contrôlée est un organisme à caractère collectif qui distribue des bénéfices au contribuable et que ces bénéfices distribués sont inclus dans le revenu net du contribuable, les montants des revenus nets précédemment inclus dans les revenus nets du contribuable en sont déduits jusqu'à concurrence du montant imposable de ces distributions de bénéfices;
7. lorsque le contribuable cède des titres d'une participation détenue dans le capital d'un organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup> ou l'activité exercée par un établissement stable au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup>, et que la part de la plus-value afférente à cette cession a été incluse précédemment dans le revenu net du contribuable, les montants des revenus nets précédemment inclus dans les revenus nets du contribuable sont déduits de la plus-value afférente à cette cession jusqu'à concurrence du montant imposable de cette plus-value;
8. conformément aux dispositions des articles 134bis et 134ter, la fraction d'impôt correspondant au total des revenus nets à inclure dans le revenu net du contribuable est réduite, au prorata de sa participation, à concurrence de l'impôt qui correspond à ce même total des revenus nets, établi et payé à l'étranger par la société étrangère contrôlée.

Art. 168bis

(1) Au sens du présent article, on entend par :

- 1) contribuable : un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1<sup>er</sup>;
- 2) coûts d'emprunt : les charges d'intérêts sur toutes les formes de dette, les autres coûts économiquement équivalents à des intérêts et les charges supportées dans le cadre de financements, notamment, mais pas exclusivement,
  - les rémunérations dues sur des prêts participatifs,
  - les intérêts imputés sur des instruments, tels que des obligations convertibles et des obligations sans coupon,
  - les montants déboursés au titre de mécanismes de financement alternatifs, du type finance islamique,
  - les intérêts dus au titre de contrats de crédit-bail,
  - les intérêts capitalisés inclus dans la valeur de l'actif correspondant inscrit au bilan, ou l'amortissement des intérêts capitalisés,
  - les montants mesurés par référence à un rendement financier en vertu des règles d'établissement des prix de transfert, le cas échéant,
  - les intérêts notionnels au titre d'instruments dérivés ou de contrats de couverture portant sur les emprunts d'un organisme,
  - certains gains et pertes de change sur emprunts et instruments liés à des financements,
  - les frais de garantie concernant des accords de financement,
  - les frais de dossier et frais similaires liés à l'emprunt de fonds;
- 3) surcoûts d'emprunt : le montant du dépassement des coûts d'emprunt déductibles supportés par un contribuable par rapport aux revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents réalisés par ce contribuable;
- 4) EBITDA: le total des revenus nets majoré des surcoûts d'emprunt visés au numéro 3, les amortissements calculés d'après les articles 29 à 34 et les déductions pour dépréciation qui ont été opérées. Sont exclus du calcul de l'EBITDA, les revenus exonérés d'impôts et les dépenses d'exploitation qui sont en connexion économique avec ces mêmes revenus exonérés ;
- 5) projet d'infrastructures publiques à long terme : un projet reconnu d'intérêt public visant à fournir, à améliorer, à exploiter et/ou à conserver un actif de grande ampleur ;
- 6) entité autonome : 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;
- 7) entreprises financières :
  - a) un établissement de crédit, une entreprise d'investissement au sens de l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 1), de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et

- 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010 ou une société de gestion d'OPCVM (organisme de placement collectif en valeurs mobilières) au sens de l'article 2, paragraphe 1<sup>er</sup>, point b), de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) ;
- b) une entreprise d'assurance au sens de l'article 13, point 1), de la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) ;
- c) une entreprise de réassurance au sens de l'article 13, point 4), de la directive 2009/138/CE;
- d) une institution de retraite professionnelle relevant du champ d'application de la directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, sauf si un Etat membre a choisi de ne pas appliquer ladite directive en tout ou partie à cette institution conformément à l'article 5 de cette directive, ou le délégué d'une institution de retraite professionnelle visé à l'article 19, paragraphe 1<sup>er</sup>, de ladite directive;
- e) les institutions de retraite gérant des régimes de retraite qui sont considérés comme des régimes de sécurité sociale relevant du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et du règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, ainsi que toute entité juridique créée aux fins d'investissements de tels régimes;
- f) un fonds d'investissement alternatif (FIA) géré par un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs ou un FIA surveillé en vertu de la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la Société d'investissement en capital à risque (SICAR) ;
- g) les OPCVM au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 2009/65/ce du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM);
- h) les contreparties centrales au sens de l'article 2, point 1), du règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux ;
- i) les dépositaires centraux de titres au sens de l'article 2, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 1), du règlement (UE) n° 909/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 concernant



l'amélioration du règlement de titres dans l'Union européenne et les dépositaires centraux de titres :

i) les entités de titrisation au sens de l'article 2, point 2), du règlement (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.

(2) Les surcoûts d'emprunt encourus au titre d'un exercice d'exploitation par un contribuable ne peuvent être déduits qu'à concurrence du montant le plus élevé des deux montants suivants:

a) 30 pour cent de l'EBITDA du contribuable ;

b) 3 millions d'euros.

(3) Au cas où la fraction d'EBITDA établie conformément à l'alinéa 2, lettre a) excède le montant des surcoûts d'emprunt, pourvu que ce dernier montant soit supérieur à 3 millions d'euros, cet excédent, constituant la capacité inemployée de déduction des intérêts, peut être reporté en avant sur les cinq exercices d'exploitation subséquents. Cette capacité inemployée est en outre à réduire des surcoûts d'emprunt portés en déduction conformément à l'alinéa 4. Seul celui dans le chef duquel la capacité inemployée a pris naissance est en droit de la reporter en avant.

(4) Le contribuable peut déduire, jusqu'à concurrence du montant de la déduction maximale déterminée conformément à l'alinéa 2, diminué des surcoûts d'emprunt déduits en application du même alinéa 2, les surcoûts d'emprunt qui n'ont pas été déductibles au titre d'un exercice d'exploitation antérieur et qui n'ont pu être déduits pendant aucun exercice d'exploitation subséquent par application des dispositions du présent article. Les surcoûts d'emprunt les plus anciens sont déductibles en premier. Seul celui qui a supporté les surcoûts d'emprunt peut les porter en déduction.

(5) Le contribuable peut déduire les surcoûts d'emprunt qui dépassent le montant de la déduction maximale déterminé conformément à l'alinéa 2 jusqu'à concurrence des capacités inemployées au cours des cinq derniers exercices d'exploitation réduites des surcoûts d'emprunt qui, au titre des mêmes exercices, ont été déduits en application du présent alinéa. Les capacités inemployées les plus anciennes sont décomptées en premier.

(6) Lorsque le contribuable est membre d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière, l'intégralité des surcoûts d'emprunt est, sur demande, déductible si le contribuable peut démontrer que le ratio entre ses fonds propres et l'ensemble de ses actifs est égal ou supérieur au ratio équivalent du groupe, pour autant que les conditions suivantes soient remplies :

a) le ratio entre les fonds propres d'un contribuable et l'ensemble de ses actifs est considéré comme égal au ratio équivalent du groupe si le ratio entre les fonds propres du contribuable et l'ensemble de ses actifs est inférieur de deux points de pourcentage au maximum ; et

b) l'ensemble des actifs et des passifs est estimé selon la même méthode que celle utilisée dans les états financiers consolidés établis conformément aux normes internationales d'information financière ou au système national d'information financière d'un Etat membre.

(7) Sont exclus du champ d'application de l'alinéa 2, les surcoûts d'emprunt afférents aux :

a) emprunts qui ont été contractés avant le 17 juin 2016, à l'exclusion de toute modification ultérieure de ces emprunts ;

b) emprunts utilisés pour financer un projet d'infrastructures publiques à long terme, lorsque l'opérateur du projet, les coûts d'emprunt, les actifs et les revenus se situent tous dans l'Union européenne. Dans ce cas, tout revenu provenant d'un projet d'infrastructures publiques à long terme est exclu de l'EBITDA.

(8) Par dérogation à l'alinéa 2, la déduction des surcoûts d'emprunt est intégralement admise :

a) si le contribuable est une entreprise financière;

b) si le contribuable est une entité autonome.

#### Art. 168ter

(1) Au sens du présent article, 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 Etat membre ou lorsque les relations commerciales ou financières entre le contribuable et une entreprise associée établie dans un autre Etat membre entraînent les conséquences suivantes:

1. les mêmes dépenses d'exploitation ou les mêmes pertes font l'objet d'une déduction aussi bien au Luxembourg que dans un autre Etat membre qui est à l'origine des dépenses d'exploitation ou des pertes (double déduction);

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 Etat membre (déduction sans prise en compte).

Par contribuable, il y a lieu d'entendre aux fins du présent article un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1<sup>er</sup>.

(2) Ne sont pas déductibles auprès d'un contribuable, les dépenses d'exploitation en relation avec un dispositif hybride dans la mesure où elles:

1. sont déductibles dans un autre Etat membre qui est à l'origine de la dépense d'exploitation ou de la perte conformément à l'alinéa 1<sup>er</sup>, numéro 1;

2. ne sont pas imposées dans un autre Etat membre conformément à l'alinéa 1<sup>er</sup>, numéro 2.

(3) Aux fins du présent article, le taux de 25 pour cent prévu à l'article 164ter, alinéa 2 est remplacé par le taux de 50 pour cent lorsque le dispositif concerne un organisme hybride.

(4) Sur demande de l'administration des contributions, le contribuable doit être en mesure de fournir une déclaration de l'émetteur de l'instrument financier ou tous autres éléments pertinents tels que des déclarations d'impôt, d'autres documents fiscaux ou des certificats fournis par les autorités fiscales de l'autre Etat membre, afin de prouver que le paiement au sens de l'alinéa 2, numéro 1 n'était pas déductible dans cet autre Etat membre ou y est imposé conformément à l'alinéa 2, numéro 2.

#### Art. 172bis

(1) Lorsqu'un organisme à caractère collectif est transformé en un autre organisme à caractère collectif dans le cadre d'une opération fiscalement neutre visée par l'article 170, alinéa 2, le report de pertes au sens de l'article 114 est continué dans les mêmes conditions dans le chef de l'organisme transformé.

(2) L'alinéa 1<sup>er</sup> est d'application correspondante dans les cas visés par l'article 172, alinéa 5.

(3) Les alinéas 1 et 2 s'appliquent par dérogation à la disposition de l'article 114, alinéa 2, numéro 3.

(4) Dans les cas visés aux alinéas 1<sup>er</sup> et 2, le report des bonifications d'impôt, le report des capacités inemployées visées à l'article 168bis, alinéa 2 et le report des surcoûts d'emprunt visés à l'article 168bis, alinéa 3 de l'organisme à transformer sont continués dans le chef de l'organisme transformé.

#### **Modification de la loi modifiée du 1<sup>er</sup> décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« *Gewerbsteuergesetz* »)**

##### § 9

Die Summe des Gewinns und der Hinzurechnungen wird gekürzt um:

1. ...
2. die Anteile am Gewinn einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer anderen Gesellschaft, bei der die Gesellschafter als Unternehmer (Mitunternehmer) des Gewerbebetriebs anzusehen sind, wenn die Gewinnanteile bei der Ermittlung des Gewinns (§ 7) angesetzt worden sind;
- 2a. des dividendes, parts de bénéfice et autres produits alloués sous quelque forme que ce soit en raison d'une participation dans une société de capitaux résidente, non exemptée, au sens du paragraphe 2, alinéa 2, n° 2, si la participation représente au début de l'année d'imposition au moins 10% du capital social de la société distributrice et si les dividendes, parts de bénéfice et autres produits sont compris dans le bénéfice d'exploitation déterminé suivant le paragraphe 7. Les dispositions qui précèdent sont d'application correspondante, si la participation est détenue directement dans le capital social d'une société de capitaux non résidente pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités. La détention d'une participation à travers un des organismes visés à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 175 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, est à considérer comme détention directe proportionnellement à la fraction détenue dans l'actif net investi de cet organisme. Toutefois, sont exclus du présent numéro les revenus visés par la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents lorsqu'ils sont alloués par un organisme à caractère collectif résident d'un autre Etat membre et visé par l'article 2 de la directive 2011/96/UE dans la mesure où ils sont déductibles dans cet Etat ou lorsqu'ils sont alloués dans le cadre d'un montage ou d'une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de cette directive, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Au sens de la présente disposition, un montage, qui peut comprendre plusieurs étapes ou parties, ou une série de montages est

considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique;

2b. des parts de bénéfices ajoutées en vertu du paragraphe 8 n° 4 au bénéfice d'exploitation d'une société en commandite par actions, pour autant qu'elles sont comprises dans le bénéfice d'exploitation déterminé suivant le paragraphe 7;

3. den Teil des Gewerbeertrags eines inländischen Unternehmens, der auf eine nicht im Inland belegene Betriebsstätte entfällt, soweit er die Ermittlung des Gewinns beeinträchtigt hat;

3a. des revenus nets inclus au total des revenus nets conformément à l'article 164<sup>ter</sup> de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, pour autant qu'ils sont compris dans le bénéfice d'exploitation déterminé suivant le paragraphe 7;

4. les dons en espèces à des organismes reconnus d'utilité publique par une loi ou en vertu des articles 26-2, 27 et suivants de la loi modifiée du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif ou à toute autre collectivité ou institution visée à l'article 112 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, ainsi que la dotation initiale en espèces apportée par le fondateur à une fondation visée par le présent article, dans la mesure où ils ne dépassent pas vingt pour-cent du bénéfice d'exploitation augmenté des ajouts prévus au § 8, ni 1.000.000 euros.

Les montants dépassant les limites indiquées à la phrase précédente peuvent être reportés sur les deux années d'imposition subséquentes dans les mêmes conditions et limites.

**Modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934  
(« *Steueranpassungsgesetz* »)**

§ 6

~~(1) Durch Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts kann die Steuerpflicht nicht umgangen oder gemindert werden.~~

~~(2) Liegt ein Missbrauch vor, so sind die Steuern so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.~~

~~(3) Steuern, die auf Grund der für unwirksam zu erachtenden Maßnahmen etwa entrichtet worden sind, werden auf den Betrag, der nach Absatz 2 zu entrichten ist, und auf andere Rückstände des Steuerpflichtigen angerechnet und, soweit eine solche Anrechnung nicht möglich ist, erstattet. Nach Ablauf des Jahrs, das auf die endgültige Feststellung der Unwirksamkeit folgt, kann der Steuerpflichtige die Anrechnung oder Erstattung nicht mehr verlangen.~~

(1) La loi fiscale ne peut pas être contournée par un abus de formes et d'institutions du droit. Il y a abus au sens de la phrase précédente si la voie juridique qui, ayant été utilisée pour obtenir, à titre d'objectif principal ou à titre d'un des objectifs principaux, un contournement ou une réduction de la charge d'impôt allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la loi fiscale, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Aux fins de la présente disposition, la voie juridique, qui peut comprendre plusieurs étapes ou parties, est considérée comme non authentique dans la mesure où elle n'a pas été utilisée pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.

(2) Si un abus au sens de l'alinéa précédent est donné, les impôts sont à percevoir comme ils auraient dû l'être au cas où la voie juridique utilisée avait été authentique compte tenu des faits et circonstances pertinents.

(3) Les impôts prélevés sur base de la voie juridique utilisée qui n'est pas prise en compte conformément à l'alinéa 1<sup>er</sup>, sont à imputer sur le montant dû en vertu de l'alinéa 2, ainsi que sur d'autres arriérés d'impôts du contribuable et, pour autant qu'une telle imputation n'est pas possible, sont à rembourser. Après l'écoulement de l'année qui suit la constatation définitive de la non prise en compte de la voie juridique utilisée, le contribuable ne pourra plus réclamer l'imputation ou le remboursement.

## § 16

(1) Betriebstätte im Sinn der Steuergesetze ist jede feste örtliche Anlage oder Einrichtung, die der Ausübung des Betriebs eines stehenden Gewerbes dient.

(2) Als Betriebstätten gelten:

1. die Stätte, an der sich die Geschäftsleitung befindet;
2. Zweigniederlassungen, Fabrikationsstätten, Warenlager, Ein- und Verkaufstellen, Landungsbrücken (Anlegestellen von Schiffahrtsgesellschaften), Kontore und sonstige Geschäftseinrichtungen, die dem Unternehmer (Mitunternehmer) oder seinem ständigen Vertreter (zum Beispiel einem Prokuristen) zur Ausübung des Gewerbes dienen;
3. les chantiers de construction ou de montage, si leur durée a dépassé six mois ou s'il est prévisible qu'elle dépassera six mois.

(3) Ein Eisenbahnunternehmen hat eine Betriebstätte nur in den Gemeinden, in denen sich der Sitz der Verwaltung, eine Station oder eine für sich bestehende Betrieb- oder Werkstätte oder eine sonstige gewerbliche Anlage befindet, ein Bergbauunternehmen nur in den Gemeinden, in denen sich oberirdische Anlagen befinden, in welchen eine gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird.

(4) Ein Unternehmen, das der Versorgung mit Gas, Wasser, Elektrizität oder Wärme dient, hat keine Betriebstätte in den Gemeinden, durch die nur eine Zuleitung geführt, in denen aber Gas, Wasser, Elektrizität oder Wärme nicht abgegeben wird.

(5) Par dérogation aux dispositions des alinéas 1<sup>er</sup> à 4, les seuls critères à appliquer pour déterminer si un contribuable résident dispose d'un établissement stable dans un Etat avec lequel le Luxembourg a conclu une convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale sont les critères retenus à cette fin dans cette convention. A cet égard, 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. Aux fins de cet alinéa, il peut être demandé au contribuable de fournir une confirmation que l'autre Etat contractant considère qu'il y 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 ne contient pas de disposition autorisant le Luxembourg à ne pas exempter de l'impôt des revenus reçus ou de la

fortune possédée dans l'autre Etat contractant par un contribuable résident dans le cas où l'autre Etat contractant interprète les dispositions de la convention d'une manière telle que ces revenus ou cette fortune entrent dans le champ d'application d'une disposition de la convention qui supprime ou limite le droit de l'autre Etat contractant d'imposer ces éléments.

### **Modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung »)**

#### § 127 AO

(1) Zahlungen von Steuern und sonstigen Geldleistungen können gestundet werden, wenn ihre Einziehung mit erheblichen Härten für den Steuerpflichtigen verbunden ist und der Anspruch durch die Stundung nicht gefährdet wird. Die Stundung soll in der Regel nur gegen Sicherheitsleistung gewährt werden.

(2) ~~Dans la mesure où l'impôt dû résulte de l'imposition conformément aux articles 38 et 172 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu de plus-values découvertes à l'occasion du transfert vers un autre Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE) ou vers un Etat tiers avec lequel le Grand-Duché de Luxembourg a conclu une convention tendant à éviter les doubles impositions renfermant une clause sur l'échange d'informations en matière fiscale substantiellement conforme à l'article 26, paragraphe 1 du modèle de convention de l'OCDE ou que, faute d'une telle clause, l'échange d'informations en matière fiscale substantiellement conforme à l'article 26, paragraphe 1 du modèle de convention de l'OCDE est assuré en vertu d'un accord bilatéral ou multilatéral spécifique au moment du transfert, d'une entreprise ou d'un établissement stable indigène appartenant à un contribuable résident ou résident d'un Etat susmentionné, le contribuable se voit accorder, sur demande, peut demander un sursis délai de paiement moyennant un échelonnement linéaire de l'impôt à la sortie sur cinq ans au maximum, sans mise en compte d'intérêts de retard, à condition que l'Etat envers lequel le transfert est opéré est un Etat membre ou que l'Etat envers lequel le transfert est opéré est un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen autre qu'un Etat membre avec lequel le Luxembourg ou l'Union européenne a conclu un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances fiscales, offrant une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures. Le contribuable peut renoncer au délai de paiement.~~

~~Le sursis de paiement est accordé sans intérêt de retard. Le contribuable bénéficie d'un sursis de paiement aussi longtemps qu'il reste propriétaire des biens transférés et qu'il est contribuable résident ou résident d'un Etat susmentionné. Il en est de même lorsque lesdits biens sont transférés à une autre société d'un des Etats susmentionnés dans le cadre d'un apport d'une entreprise ou d'une partie autonome d'entreprise dans les conditions définies par l'article 2 de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre ou de dispositions analogues, lorsque la société bénéficiaire de l'apport déclare reprendre les droits et obligations de l'apporteur en rapport avec le sursis de paiement. Nonobstant la troisième phrase du présent alinéa, l'impôt relatif aux biens prélevés de l'actif net de l'entreprise après le transfert n'est plus couvert par le délai. Dans la mesure où la propriété des biens transférés n'est pas documentée~~

annuellement et en due forme, l'impôt relatif à ces biens n'est plus couvert par le sursis de paiement. Le contribuable peut renoncer au sursis de paiement.

Le délai de paiement est immédiatement interrompu et le solde de la dette fiscale devient exigible dans les situations suivantes:

- a) les biens transférés ou l'activité transférée, exercée par l'établissement stable du contribuable, sont cédés ou prélevés, à l'exception du transfert dans le cadre d'un apport d'une entreprise ou d'une partie autonome d'entreprise dans les conditions définies par l'article 2 de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre ou de dispositions analogues, lorsque la ou les société(s) bénéficiaire(s) de l'apport déclare(nt) reprendre les droits et obligations de l'apporteur en rapport avec le délai de paiement;
- b) les biens transférés font l'objet d'un nouveau transfert dans un Etat d'accueil qui n'est pas un Etat membre, sauf si l'Etat d'accueil est un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen autre qu'un Etat membre et que le Luxembourg ou l'Union européenne a conclu avec cet Etat un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances fiscales, offrant une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures;
- c) soit le domicile fiscal ou le séjour habituel, soit le siège statutaire et l'administration centrale du contribuable, soit l'activité exercée par son établissement stable fait l'objet d'un nouveau transfert dans un Etat d'accueil qui n'est pas un Etat membre, sauf si l'Etat d'accueil est un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen autre qu'un Etat membre et que le Luxembourg ou l'Union européenne a conclu avec cet Etat un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances fiscales, offrant une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures;
- d) le contribuable fait faillite ou est mis en liquidation;
- e) le contribuable ne respecte pas les obligations qui lui incombent en ce qui concerne les échelonnements et ne corrige pas sa situation dans un délai raisonnable, qui n'excède pas douze mois;
- f) le contribuable ne documente pas annuellement en due forme que les situations énumérées aux lettres a), b) et c) ci-avant ne se sont pas réalisées.

~~(3) Dans la mesure où l'impôt dû résulte de l'imposition conformément à l'article 172 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu de plus-values découvertes à l'occasion du transfert de siège de biens de l'actif net investi ou de l'établissement stable indigène vers un autre Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE) ou vers un Etat tiers avec lequel le Grand-Duché de Luxembourg a conclu une convention tendant à éviter les doubles impositions renfermant une clause sur l'échange d'informations substantiellement conforme à l'article 26, paragraphe 1 du modèle de convention de l'OCDE ou que, faute d'une telle clause, l'échange~~

d'informations en matière fiscale substantiellement conforme à l'article 26, paragraphe 1 du modèle de convention de l'OCDE est assuré en vertu d'un accord bilatéral ou multilatéral spécifique au moment du transfert, le contribuable résident ou résident d'un Etat susmentionné, se voit accorder, sur demande, un sursis de paiement. Il bénéficie du sursis de paiement aussi longtemps qu'il reste propriétaire des biens transférés et qu'il est contribuable résident ou résident d'un Etat susmentionné. Il en est de même lorsque lesdits biens sont transférés à une autre société résidente de l'un des Etats susmentionnés dans le cadre d'un apport d'une entreprise ou d'une partie autonome d'entreprise, d'une fusion ou d'une scission dans les conditions définies par l'article 2 de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre ou de dispositions analogues, lorsque la ou les sociétés bénéficiaire(s) de l'apport déclare(nt) reprendre les droits et obligations de la société apporteuse en rapport avec le sursis de paiement. Le sursis de paiement est accordé sans intérêt de retard. Dans la mesure où la propriété des biens transférés n'est pas documentée annuellement et en due forme, l'impôt relatif à ces biens n'est plus couvert par le sursis de paiement. Le contribuable peut renoncer au sursis de paiement.

\* \* \*

\*



## FICHE FINANCIÈRE

(Art. 79 de la loi du 8 juin 1999 sur le Budget, la Comptabilité et la Trésorerie de l'État)

### PROJET DE LOI DU ... .. 2018

- 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 1<sup>er</sup> 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* »)

Le projet de loi comporte des dispositions fiscales dont l'application pourrait avoir une certaine incidence sur le budget de l'Etat.

L'objectif du présent projet de loi est notamment de transposer dans la législation luxembourgeoise la directive (UE) 2016/1164 du 12 juillet 2016 qui a pour but une implémentation cohérente et coordonnée au niveau de l'Union européenne de certains engagements pris par les Etats membres dans le cadre du plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices de l'OCDE. Le projet de loi transpose notamment les cinq mesures anti-évasion fiscales insérées dans la directive ATAD, dont trois sont issues directement des recommandations BEPS de l'OCDE.

L'interaction entre les cinq mesures susdites pourrait induire des effets budgétaires directs. Tandis que la limitation de la déductibilité des intérêts vise à décourager la mise en place de montages d'endettement excessif recourant à des paiements d'intérêts fiscalement déductibles, la mesure visant les dispositifs hybrides empêchera l'exploitation par des contribuables à des fins de réduction de leur charge fiscale des asymétries entre les réglementations fiscales nationales. Sur base des hypothèses de *prima facie* et de *ceteris paribus*, c'est-à-dire sans prise en compte d'effets dynamiques et indirects et toutes choses étant égales par ailleurs, les deux mesures en question sont susceptibles de conduire à un élargissement de la base fiscale, et donc à un accroissement des recettes fiscales. Toutefois, dans la mesure où un certain nombre d'entreprises actives dans le domaine des participations financières et du financement intragroupe<sup>5</sup> sont implantées au Luxembourg, il ne saurait être exclu dans l'absolu que les deux mesures mentionnées ci-avant pourraient aboutir à une délocalisation des activités de certains contribuables vers l'étranger. En revanche, les mesures en question pourraient en parallèle encourager d'autres contribuables à étoffer leur substance au Luxembourg en renforçant encore davantage leurs activités, fonctions et personnel au Grand-Duché. Sur base des considérations qui précèdent, les nouvelles dispositions fiscales concernant la déductibilité des charges d'intérêts et les

---

<sup>5</sup> En général, l'on se réfère au code NACE *Soparfi*. Il convient cependant de souligner que les *Soparfi* ne constituent pas une forme particulière de société commerciale, mais des sociétés pouvant revêtir diverses formes juridiques (notamment société anonyme et société à responsabilité limitée).

dispositifs hybrides pourraient donc en fin de compte se neutraliser d'un point de vue de leur impact budgétaire. Cette analyse s'applique de manière correspondante aux propositions d'amendement de l'article 22bis L.I.R. et du paragraphe 16 StAnpG.

La transposition de la règle relative aux sociétés étrangères contrôlées (SEC) a pour effet d'éviter le transfert des bénéfices de la société mère vers des entités contrôlées, situées dans un autre Etat et y soumises à fiscalité faible, afin de réduire la charge fiscale du groupe. Etant donné que la loi fiscale luxembourgeoise ne connaît actuellement pas de dispositions particulières relatives aux SEC, mais règle les cas susmentionnés sur base de la réglementation relative aux prix de transfert, le chiffrage précis de l'effet budgétaire net de cette mesure est très complexe alors qu'il dépend de nombreux paramètres dont la réalisation est malaisée à anticiper dans l'abstrait.

La nouvelle imposition à la sortie ainsi que la nouvelle mouture de la clause anti-abus générale ne devraient pas impacter de façon substantielle le budget de l'Etat, à la lumière des effets actuels de dispositions de ce type dans la réglementation fiscale existante.

Dans le cadre de l'estimation de l'impact budgétaire du présent projet de loi, d'autres considérations entrent en jeu.

Tout d'abord, la transposition de la directive ATAD par le présent projet de loi ne constitue en fin de compte que le résultat du paquet BEPS de l'OCDE, présenté pour la première fois en 2013 et adopté par les pays membres de l'OCDE en octobre 2015. Depuis cette publication en 2013, une tendance négative n'a pas pu être constatée en ce qui concerne les recettes fiscales provenant majoritairement des entreprises, notamment l'impôt sur le revenu des collectivités, l'impôt commercial communal, l'impôt sur la fortune ou l'impôt sur le revenu des capitaux. La croissance soutenue de ces recettes sur la période sous revue peut au contraire être interprétée comme illustration du fait que le changement de paradigme en train de s'opérer au niveau de la fiscalité internationale et européenne est, au moins partiellement, anticipé par le marché.

En raison de l'entrée en vigueur des quatre mesures ATAD à partir de 2019 et de celle en matière de l'imposition à la sortie à partir de 2020, les répercussions ne se présenteront de manière complète qu'à partir de l'année budgétaire 2020, voire 2021. 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.

Il convient finalement de prendre en considération les frais de personnel qui seront la conséquence de ce projet de loi. Afin de pouvoir appliquer correctement et vérifier la mise en œuvre de ces dispositions qui sont d'une haute complexité, l'Administration des contributions directes doit être renforcée par des agents disposant de connaissances approfondies et de qualifications spécifiques, notamment en matière de prix de transfert.

\* \* \*

\*