

Objet: Projet de loi abrogeant :

- la loi modifiée du 31 juillet 1929 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (Holding companies),
- l'arrêté grand-ducal modifié du 17 décembre 1938 concernant les sociétés holding, pris en exécution de l'art. 1^{er}, 7^o, alinéas 1 et 2 de la loi du 27 décembre 1937,
- l'arrêté grand-ducal modifié du 17 décembre 1938 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (Holding Companies) qui reçoivent des apports comprenant l'avoir d'une société étrangère s'élevant à 24.000.000 euros au moins,
- la loi modifiée du 12 juillet 1977 modifiant et complétant a) la loi du 31 juillet 1929 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (holding companies) modifiée par l'article 21 de la loi du 29 décembre 1971 et b) l'arrêté grand-ducal du 17 décembre 1938, sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (holding companies) qui reçoivent des apports comprenant l'avoir d'une société étrangère s'élevant à un milliard au moins, modifié par l'article 22 de la loi du 29 décembre 1971,
- le règlement grand-ducal du 29 juillet 1977 fixant le minimum du capital social libéré dont doit disposer une société holding pour être admise au bénéfice des dispositions fiscales de l'article premier de la loi du 31 juillet 1929,
- la loi du 21 juin 2005 portant modification de l'article 1^{er} de la loi modifiée du 31 juillet 1929 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (Holding companies) (3120MCH).

Saisine : Ministre des Finances (25 octobre 2006)

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

L'objet du présent projet de loi est d'abroger le régime fiscal des sociétés de participations financières, appelées communément Holdings « 1929 », suite à la décision de la Commission européenne du 19 juillet 2006 concernant le régime d'aide C3/2006 mis en œuvre par le Luxembourg en faveur des sociétés holdings « 1929 » et des holdings « milliardaires ».

Selon cette décision, le régime fiscal des holdings « 1929 » actuellement en vigueur au Luxembourg est un régime d'aide d'Etat incompatible avec le marché commun qui doit être supprimé ou modifié pour le 31 décembre 2006 au plus tard. A compter du 20 juillet 2006, les avantages du régime sous rubrique ne pourront plus être reconnus à de nouveaux bénéficiaires. Néanmoins, les sociétés holdings 2006 créées avant le 20 juillet 2006 pourront encore bénéficier de ce régime jusqu'au 31 décembre 2010 au plus tard.

Le présent avis tient compte des amendements proposés par la Commission des Finances et du Budget de la Chambre des Députés en date du 10 novembre 2006.

Résumé synthétique

Tout en comprenant le choix politique de l'abrogation du régime des sociétés holding 1929 sous la pression de la Commission européenne et en saluant la mise en place d'un régime transitoire et d'exceptions généreuses mais conformes à la décision de la Commission, la Chambre de Commerce insiste sur la nécessité d'une amélioration du texte du projet de loi en son état actuel pour des raisons de légistique formelle, alors que certaines des dispositions risquent d'engendrer des situations d'insécurité juridique et de violer le principe de la confiance légitime.

Appréciation du projet de loi:

Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	--
Impact financier sur les entreprises	-
Transposition de la directive	+
Simplification administrative	-
Impact sur les finances publiques	--

Légende :

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

Contexte européen

Il faut dire que la décision de la Commission européenne du 19 juillet 2006 est le résultat de longues négociations entre l'Etat luxembourgeois et la Commission européenne qui ont débuté avec les conclusions du Conseil ECOFIN du 1^{er} décembre 1997 en matière de politique fiscale et la résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil du 1^{er} décembre 1997, sur un code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises.

Dans le souci d'adopter une approche globale au niveau européen pour réduire les distorsions existant encore au sein du marché unique, de prévenir d'importantes pertes de recettes fiscales et d'orienter les structures fiscales dans un sens plus favorable à l'emploi, trois domaines avaient surtout été mis en évidence, à savoir la fiscalité des entreprises, la fiscalité des revenus de l'épargne et le problème des retenues à la source sur les paiements transfrontaliers d'intérêts et de redevances entre entreprises.

Le groupe « Primarolo », chargé d'évaluer les mesures fiscales susceptibles de nuire au marché commun et de relever du champ d'application du code de conduite, avait soumis à intervalles réguliers des rapports sur ces mesures relevées dans les différents pays de l'Union européenne.

Finalement en 1999, ce groupe avait publié une liste initiale et non exhaustive de mesures potentiellement dommageables appliquées dans les Etats membres de

l'Union européenne et dont faisait notamment partie le régime fiscal des sociétés de participations financières (holding companies) du Luxembourg.

Dans le code de conduite appelé « Primarolo », ce régime fiscal était décrit comme suit à l'époque:

«A013 Sociétés holdings exonérées d'impôts en vertu de la loi de 1929 Luxembourg :

Conditions :

Ce régime est réservé aux sociétés résidentes qui ont pour objet exclusif l'achat, la gestion et le développement de participations de tout type dans des sociétés luxembourgeoises ou étrangères.

Une société holding « ordinaire » exonérée d'impôts en vertu de la loi de 1929 ne peut exercer aucune activité industrielle ou commerciale propre, ni effectuer des opérations avec des tiers. Elle ne peut accepter ni commission ni honoraire ni aucune autre rémunération du même type.

Au fil du temps, l'administration luxembourgeoise a élaboré une variété de réglementations spécifiques, exclusivement applicables à des formes particulières de sociétés holdings, parmi lesquelles figurent notamment les holdings de financement, qui jouissent d'une marge de manœuvre plus importante pour gérer les flux de trésorerie intragroupe et pour émettre des emprunts obligataires au niveau du groupe. Les holdings de financement sont également autorisés, sous certaines conditions, à financer des entreprises avec lesquelles ils ont un lien direct ou indirect de parenté, ainsi qu'à acheter, à gérer et à céder des valeurs mobilières.

Une société holding dont l'actif net à une valeur supérieure à un milliard de LUF peut bénéficier du statut de « holding milliardaire ». Ce statut permet à une société holding placée sous le régime de la loi de 1929 de cumuler les activités de holding ordinaire et de holding de financement.

Avantages fiscaux :

Les holdings ordinaires comme les holdings de financement sont soumis uniquement à un droit d'apport de 1% et à une taxe d'abonnement de 0,20% sur le montant libéré des actions représentatives du capital. Ils ne sont soumis à aucun autre impôt (le taux normal de l'impôt des sociétés, impôt commercial communal compris, est d'environ 37,45%). Les holdings exonérés d'impôt ne bénéficient pas de l'application des traités conclus par le Grand-Duché afin d'éviter la double imposition.

Fondamentalement, un holding milliardaire est traité comme toute autre société holding relevant de la loi de 1929, si ce n'est que la taxe d'abonnement annuelle de 0,2% est remplacée par un impôt sur les intérêts, dividendes, participations aux bénéficiaires et tantièmes, dont le taux est modéré. »

Depuis lors, le groupe « code de conduite » assure le suivi du gel et de la mise en œuvre du démantèlement des mesures potentiellement dommageables et en fait régulièrement rapport au Conseil. La Commission européenne, qui dans ce code de conduite s'était engagée à publier des lignes directrices pour l'application des règles relatives aux aides d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, a adopté son dernier rapport en date sur les actions prises dans les domaines des aides fiscales le 9 février 2004. Ce rapport exige que les régimes fiscaux des Etats membres doivent aussi être conformes aux règles communautaires relatives aux aides d'Etat, c'est-à-dire qu'ils ne doivent en aucun cas fausser ou

menacer de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

En 2005, Commission européenne a proposé au Luxembourg des mesures visant à modifier progressivement le système de la loi du 31 juillet 1929 sous rubrique. Le Luxembourg ayant rejeté cette proposition, la Commission européenne a donc lancé en date du 8 février 2006 une enquête officielle sur la loi modifiée du 31 juillet 1929 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (holdings companies) du Luxembourg, ayant abouti à la décision de la Commission européenne du 19 juillet 2006 d'abroger celui-ci. La Commission européenne craint que la loi du 31 juillet 1929 ne fausse sensiblement la concurrence et l'efficacité du marché, en particulier dans le secteur financier, sans contribuer de façon significative au développement économique.

Abrogation ou mise en conformité

Le régime des holdings existant depuis 1929 et ayant donc existé presque 30 ans avant l'entrée en vigueur du Traité de Rome en 1957, la décision de la Commission européenne de considérer ce régime comme une aide d'Etat après une existence presque cinquantenaire sous le Traité de Rome peut paraître étonnant au premier regard. La décision du Gouvernement luxembourgeois de ne pas contester cette décision devant la Cour de Justice Européenne semble tout aussi surprenante.

La Chambre de Commerce ne conteste pas la décision politique du Gouvernement luxembourgeois. En dépit du dicton selon lequel « les régimes fiscaux les plus anciens sont les meilleurs », le régime fiscal luxembourgeois des sociétés holding 1929 est en fait devenu la cible d'une campagne publicitaire négative telle qu'il n'était plus possible de défendre politiquement ce régime.

Cet acharnement de la communauté internationale semble finalement avoir abouti à la conclusion que le régime fiscal des sociétés holding 1929 figure, selon un rapport de l'OCDE de 2006¹, comme seul régime fiscal dommageable subsistant parmi tous les régimes des trente Etats membres de l'OCDE. Il était donc inévitable de se soumettre à la demande d'abrogation.

La clause de non cessibilité des actions en particulier

La décision de la Commission européenne vise d'abord les sociétés holding 1929 en tant que personnes morales. Une seule phrase du dispositif, complétée par une phrase dans la partie justificative, semble indiquer que la décision de la Commission européenne a également l'intention de viser les actionnaires de ces sociétés. Par la deuxième phrase du 3^e paragraphe de l'article 2 de la décision « ... les sociétés ... ne pourront faire l'objet d'aucune cession totale ou partielle de leur capital... », la Commission européenne semble vouloir rendre responsables les sociétés holding 1929, y compris celles cotées en bourse, du comportement de leurs actionnaires. La phrase explicative dans la partie justificative de la décision n'est pas plus claire.

La Chambre de Commerce constate donc avec satisfaction que le projet de loi contient des dispositions clarifiant ces points.

¹ cf Rapport 2006 de l'OECD, intitulé « The OECD's project on harmful tax practices : 2006 update on progress in member countries »

Commentaire des articles

Concernant l'article 1^{er}

L'article 1^{er} énumère les lois, arrêtés et règlement grand-ducal qui seront abrogés par la future loi. La Chambre de Commerce rejoint le Conseil d'Etat en son avis en ce que le principe du parallélisme des formes s'oppose à ce que des normes d'une hiérarchie normative inférieure soient abrogées par une loi.

Concernant l'article 2

La Chambre de Commerce estime que, pour des raisons ayant trait à une bonne légistique, il y aurait lieu de commuter les articles 2 et 3 du projet de loi. En effet, le principe est celui de l'abrogation du régime fiscal en question (article 1^{er}). L'article 3 actuel constitue une exception au principe pour les sociétés existant à la date du 20 juillet 2006, tandis que l'article 2 actuel prévoit l'application du principe pour les sociétés constituées après le 20 juillet 2006.

En ce qui concerne la date du 20 juillet 2006 retenue par les auteurs du présent projet de loi, la Chambre de Commerce voudrait faire les remarques suivantes.

Les auteurs du présent projet de loi ont choisi la date du 20 juillet 2006 comme celle de la notification de la décision de la Commission européenne du 19 juillet 2006 (article 2 de ladite décision). Or, la décision en question s'adresse à l'Etat luxembourgeois qui en est le destinataire (article 4 de la décision) et non pas à des personnes privées (morales ou physiques). Une décision adressée à un Etat membre peut créer des droits pour les particuliers qui peuvent s'en prévaloir devant les juridictions nationales (CJCE 10 novembre 1992, C-156/91, Hansa Fleisch) mais non pas des obligations, contrairement à une décision adressée à une personne privée. La décision nécessite donc en l'occurrence une mesure de transposition qui la rendra opposable aux particuliers (personnes morales ou physiques). Tant qu'une telle mesure n'a pas été prise, la décision ne s'imposera pas aux particuliers. Même la publication de la décision au Mémorial A en date du 31 juillet 2006 ne la rend pas opposable aux sociétés visées, faute de mesure de transposition. Par contre, l'Etat à qui s'adresse la mesure, reste tenu par la date en cause, sous peine d'engager sa responsabilité. Afin de remédier à ce dilemme, il est aux yeux de la Chambre de Commerce indispensable d'insérer au présent projet de loi une disposition prévoyant que la loi aura un effet rétroactif à partir du 20 juillet 2006.

Finalement, la Chambre de Commerce voudrait relever une légère incohérence terminologique entre le libellé de l'article 2 qui exclut du bénéfice du régime fiscal les sociétés constituées après le 20 juillet 2006 et celui de l'exposé des motifs et du commentaire relatif de l'article qui exclut les sociétés créées à compter respectivement à partir du 20 juillet 2006. Il en résulte une situation d'insécurité juridique potentielle pour les sociétés constituées à la date même du 20 juillet 2006.

Concernant l'article 3 :

La Chambre de Commerce n'a pas de remarques à faire par rapport à cet article si ce n'est un rappel de sa suggestion de commuter cet article avec l'article 2.

Concernant l'article 4:

En cas de commutation de l'article 2 et de l'article 3 comme suggéré par la Chambre de Commerce dans son commentaire de l'article 2, il y aurait lieu de remplacer la référence à l'article 3 au deuxième paragraphe par une référence à l'article 2.

Le paragraphe (1) prévoit la perte immédiate du régime fiscal de holding 1929 en cas de cession des actions à un tiers au cours de la période transitoire.

En ce qui concerne la notion de tiers, il semble qu'elle regroupe également des actionnaires cessionnaires éventuels, sinon il n'y aurait pas lieu d'exempter les cessions entre actionnaires au paragraphe (2) deuxième tiret.

La perte immédiate du régime fiscal de holding 1929 en cas de cession des actions à un tiers au cours de la période transitoire est aux yeux de la Chambre de Commerce contraire au principe de la confiance légitime dont peuvent se prévaloir les autres actionnaires de la société, alors que ce retrait est immédiat et qu'il risque d'y avoir un décalage entre la date de cession et la date d'émission du certificat. L'agrément des deux tiers du capital social (prévu par l'amendement no. 1) à obtenir en assemblée générale peut tempérer cette injustice. Toutefois, un tel agrément est difficilement compatible avec la nature des sociétés de capitaux. Il se pose par ailleurs la question des sociétés holding constituées sous forme de société à responsabilité limitée pour lesquelles toute cession de parts sociales entre vifs est soumise à l'agrément des trois quarts du capital social. Il faut dès lors considérer que désormais, pour ce type de sociétés, une cession de parts à des tiers devient possible par l'accord des deux tiers. Aux yeux de la Chambre de Commerce, il y a là encore une entorse au principe de la confiance légitime.

La Chambre de Commerce se pose par ailleurs la question si une cession totale ou partielle des actions ou parts ne portant que sur la nue-propriété ou que sur l'usufruit desdites actions ou parts fera également subir la perte du bénéfice du régime fiscal de société holding 1929 à la société et aux actionnaires.

Enfin, qu'en sera-t-il des situations de promesses unilatérales de vente ou d'achat ou encore des conventions de portage ? Quel sera le sort réservé à ce genre de contrats ? La Chambre de Commerce considère qu'il y a là aussi violation du principe de confiance légitime au cas où l'exécution de ces contrats ou engagements entraînera la perte du bénéfice du régime fiscal de holding 1929. Il en sera de même en cas de réalisation d'un gage consenti sur des actions d'une société holding 1929.

La Chambre de Commerce constate que le texte du projet de loi sous rubrique, contrairement au texte de la décision de la Commission européenne, prévoit au paragraphe (2) des cas d'exceptions pour lesquels le bénéfice du régime fiscal reste acquis jusqu'à la fin de la période transitoire même en cas de cession de parts à des tiers.

Le commentaire des articles estime que le rachat des actions par la société ne met pas non plus en cause le régime fiscal. Pourtant cette exception ne figure ni au paragraphe (1) ni au paragraphe (2) de l'article 4. La Chambre de Commerce suggère de l'inclure parmi les exceptions prévues de façon explicite.

Au deuxième tiret, la Chambre de Commerce est d'avis qu'il y aurait lieu de préciser, en ce qui concerne la notion de groupe de sociétés, les articles pertinents. Le libellé de l'article 4 paragraphe (2) deuxième tiret parle en effet des articles 309 et 310 de la loi modifiée du 10 août 1915, alors que le commentaire afférent de l'article mentionne les articles 310 et 311 de cette loi.

Le tiret 3 du paragraphe (2) renvoie à la transmission pour cause de mort mais cette transmission n'est de toute façon pas visée par l'article 4 paragraphe (1), qui parle de cession d'actions ou de parts. La cession est généralement une transmission entre vifs, du cédant au cessionnaire d'un droit réel ou personnel, à titre onéreux ou à titre gratuit.

Donc les transmissions des actions pour cause de mort demeurent de toute façon possibles car elles ne sont pas visées par la décision de la Commission européenne qui interdit uniquement les cessions. Ceci s'applique également pour la liquidation d'un régime « matrimonial ou similaire », ou de la liquidation d'une autre indivision. La liquidation n'a qu'un effet déclaratif. Elle n'est donc, d'après la doctrine, pas considérée comme une vente. Le commentaire des articles qualifie tous ces événements comme « cession ». La Chambre de Commerce considère que les auteurs du projet de loi sous rubrique devraient faire la distinction entre la notion de « cession » et la notion plus large de transmission dans le texte du projet de loi sous rubrique.

Le paragraphe (3) nouvellement inséré par l'amendement no. 2 quant à lui parle de « tout transfert d'actions ou de parts », notion plus large que celle de cession et englobant, outre les cessions, également les transmissions pour cause de mort. Or, la décision de la Commission européenne se limite à interdire les cessions et non pas les transmissions. Ce nouveau paragraphe (3) a été inséré afin de protéger les actionnaires et la société des agissements d'un actionnaire minoritaire et est donc à lire en relation avec le paragraphe (1), tandis que le paragraphe (2) prévoit les exceptions qui n'entraînent pas la perte du bénéfice du régime fiscal de holding 1929. La Chambre de Commerce demande de remplacer le terme de « transfert » utilisé dans le cadre du nouveau paragraphe (3) par celui de « cession » afin de rester cohérent avec le libellé du paragraphe (1). Il en est de même du terme « actions ou parts transférées » utilisé dans le cadre du deuxième tiret du paragraphe (2) (exception des cessions intra-groupe) qu'il y aurait lieu de changer en « actions ou parts cédées ».

Par ailleurs, la Chambre de Commerce ne partage pas l'avis du Conseil d'Etat en ce que le nouveau paragraphe (3) serait *a fortiori* (par rapport à l'ancien quatrième tiret) incompatible avec la décision de la Commission. En effet, ce paragraphe ne constitue pas une exception supplémentaire (telle que celles du paragraphe (2)) au principe de la perte du bénéfice du régime fiscal de société holding 1929, mais soumet tout simplement tout transfert à l'agrément préalable des deux tiers du capital social. L'obtention de cet agrément n'évitera toutefois pas la perte du statut fiscal de holding 1929 en cas de cession d'actions ou de parts ne correspondant pas à une des exceptions visées au paragraphe (2).

Même si elle comprend parfaitement le sens du nouveau paragraphe (3) parlant de « transferts visés aux tirets 1, 2 et 3 du paragraphe (2) », la Chambre de Commerce voudrait néanmoins faire remarquer que le premier tiret du paragraphe (2) ne parle en fait pas de transferts d'actions ou de parts mais de sociétés dont les actions ou parts sont admises à la négociation sur une bourse de valeur.

Enfin, le paragraphe (3) parle d'associés dont l'agrément devra être obtenu, alors que dans le cadre de l'exception prévue par le paragraphe (2) deuxième tiret, il est question d'actionnaires. La Chambre de Commerce suggère de mettre au diapason la terminologie utilisée au sein d'un même article.

Concernant l'article 5 :

D'un point de vue formel, la Chambre de Commerce suggère de préciser le titre exact de l'arrêté grand-ducal du 20 février 1914.

En ce qui concerne le premier tiret de l'article 5 paragraphe (1), la Chambre de Commerce propose de remplacer le bout de phrase « *par la production de la cote officielle de la Bourse de Luxembourg ou par le document correspondant émis par toute autre bourse concernée* » par « *par la production d'un document confirmant l'admission à la négociation des actions ou parts à la cote officielle ou sur un marché* ».

réglementé ou un système multilatéral de négociation (MTF) ». En effet, cette modification s'impose alors qu'il n'existe plus de version papier de la cote officielle, que les autres bourses n'ont pas nécessairement une cote officielle et que rien n'impose à la Bourse de Luxembourg d'avoir une cote officielle.

Concernant le certificat de non objection, la Chambre de Commerce est d'avis que les modalités pratiques de la certification ainsi que la sanction de l'absence du certificat de non objection ne sont pas claires. Est-ce que le bénéfice du régime fiscal sera retiré pour l'année écoulée ou pour l'année suivante ? Au cas où le bénéfice serait retiré pour l'année écoulée, il y aurait alors lieu de prévoir un remboursement de la taxe d'abonnement indûment payée pour cette année. Est-ce que la société perdra le bénéfice du régime fiscal de façon définitive ou seulement pour l'année en question ? Que se passera-t-il en cas de remise tardive du certificat ?

Finalement, il serait opportun aux yeux de la Chambre de Commerce de préciser les dispositions fiscales applicables en cas de conversion d'une société holding 1929 en société ordinaire du type SOPARFI ou SPF (dont le régime légal reste à adopter).

Conclusion

Sur le fond, la Chambre de Commerce est d'avis que le régime des holdings « 1929 » ne constitue pas une aide d'Etat. Le régime, antérieur au Traité de Rome de 1957, a pour objet d'éviter la double imposition économique de certains revenus. Ainsi la technique fiscale utilisée a exactement le même effet que les structures mères-filiales existant dans de nombreuses juridictions et se basant sur une directive européenne. La Chambre de Commerce craint que la décision confirme son impression que la Commission européenne opère avec deux poids et deux mesures à l'encontre des Etats membres.

Néanmoins, la Chambre de Commerce salue particulièrement la volonté du gouvernement luxembourgeois d'examiner des propositions de structures alternatives pour maintenir la compétitivité de la place financière.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce peut approuver le projet de loi sous avis sous réserve de la prise en compte de ses remarques dont certaines ont une portée juridique considérable.

WJE/MCH/TSA