

N° 7318²**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2018-2019

PROJET DE LOI

- 1) **transposant la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur;**
- 2) **modifiant la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu;**
- 3) **modifiant la loi modifiée du 1er décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« Gewerbesteuer-gesetz »);**
- 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 »)**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(13.11.2018)

Par dépêche du 20 juin 2018, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre des Finances.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact, une fiche financière, le texte coordonné des différentes lois que le projet sous examen entend modifier, un tableau de concordance ainsi que le texte de 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.

L'avis de la Chambre de commerce a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 15 octobre 2018.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi sous examen a pour objet la transposition en droit luxembourgeois de la directive (UE) 2016/1164 précitée.

Les auteurs du projet rappellent que cette directive tire sa source, pour l'essentiel, des rapports finaux sur les quinze actions de l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE ») contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (« *Base erosion and profit shifting* » – BEPS). Ces rapports ont été rendus publics le 5 octobre 2015, ensuite de quoi le Conseil de l'Union européenne a recommandé, dans ses conclusions du 8 décembre 2015, d'adopter des solutions communes au niveau de l'Union européenne qui soient conformes aux conclusions de l'OCDE sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices.

La directive (UE) 2016/1164 a pour 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 ainsi que de coordonner les actions des États membres dans ces domaines. Ces

domaines, au nombre de cinq, sont les suivants : (i) la limitation de la déductibilité des intérêts, (ii) l'imposition à la sortie, (iii) une clause anti-abus générale, (iv) des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées et (v) des règles pour lutter contre les dispositifs hybrides.

Il est indiqué que les règles établies par la directive s'appliquent à tous les contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés dans un État membre, ainsi qu'à leurs établissements stables qui peuvent être situés dans un ou plusieurs États membres. Par ailleurs, ces règles concernent également les établissements stables, situés dans un ou plusieurs États membres, d'entités ayant leur résidence fiscale dans un État tiers de l'Union européenne.

Selon les auteurs du projet de loi, la transposition de cette directive impose la modification de plusieurs lois, à savoir : la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (ci-après « LIR »), la loi modifiée du 1^{er} 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).

Sur l'ensemble des mesures envisagées par la directive (UE) 2016/1164, telles qu'elles seront décrites par la suite, les auteurs du projet de loi sous avis affirment que deux mesures existent déjà dans le droit national, à savoir l'imposition à la sortie et la clause d'abus générale. Il est cependant indiqué que celles-ci doivent être ajustées et complétées, afin que le droit national soit conforme à la directive. Les autres mesures, quant à elles, sont nouvelles et doivent donc être intégrées à la législation fiscale luxembourgeoise.

La règle de la limitation de la déductibilité des intérêts (« *interest limitation rule* ») a pour objectif de décourager les pratiques qui consistent à avoir recours à des paiements d'intérêts excessifs, qualifiés de « surcoût d'emprunt ». Pour l'essentiel, cette règle introduit un ratio de déductibilité qui tient compte du résultat imposable avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissements (connu sous l'acronyme « EBITDA »¹) du contribuable.

Les dispositions régissant l'imposition à la sortie permettent, quant à elles, de garantir que lorsqu'un contribuable transfère des actifs ou sa résidence fiscale hors de la juridiction d'un État, 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.

Les clauses anti-abus générales constituent également une mesure clé de la directive (UE) 2016/1164, laquelle vise une application uniforme tant à des situations nationales qu'à des situations transfrontalières de telles clauses afin de lutter efficacement contre les dispositifs fiscaux abusifs qui n'ont pas encore été traités par des dispositions spécifiques. Les auteurs du projet de loi envisagent de compléter et de moderniser la disposition anti-abus générale actuelle, en ancrant dans la loi elle-même une définition précise de la notion d'abus en matière fiscale.

Les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (ci-après « SEC » encore appelées « *controlled foreign companies* ») – qui s'appuient sur l'Action 3 du plan BEPS de l'OCDE – visent, pour leur part, à réattribuer les revenus d'une filiale contrôlée soumise à une faible imposition à sa société mère. Les auteurs du projet de loi précisent qu'un tel dispositif n'existe pas en droit luxembourgeois à l'heure actuelle.

Les dispositifs hybrides constituent le dernier domaine visé par la directive (UE) 2016/1164. Ces dispositifs résultent de différences dans la qualification juridique des paiements (instruments financiers) ou des organismes. Ils se traduisent alors souvent soit par une double déduction, c'est-à-dire une déduction dans les deux États concernés, soit par une déduction des revenus dans l'un des deux États sans que ceux-ci soient pris en compte dans la base d'imposition de l'autre. Afin d'en neutraliser les effets, la directive (UE) 2016/1164 établit des règles en vertu desquelles l'un des deux États intervenant dans un dispositif hybride doit refuser la déduction d'un paiement conduisant à un tel résultat.

Enfin, les auteurs du projet de loi indiquent que, au-delà de la transposition de la directive (UE) 2016/1164 en droit luxembourgeois, le projet sous examen vise également à apporter des précisions à deux dispositions légales dont l'interprétation faite par les contribuables a pu favoriser la mise en place de pratiques d'érosion de la base d'imposition des bénéficiaires ou même aboutir à des situations de non-imposition de certains revenus. S'appuyant sur la possibilité offerte aux États membres d'appliquer des dispositions nationales ayant pour objet de préserver un niveau plus élevé de protection des bases d'imposition nationales pour l'impôt sur les sociétés, les auteurs du projet envisagent d'effectuer deux

1 « *Earnings before interest, taxes, depreciation, and amortization* ».

amendements à certaines dispositions de droit fiscal luxembourgeois afin de concourir, d'une part, à l'objectif général poursuivi par la directive (UE) 2016/1164, à savoir le renforcement du niveau moyen de protection contre la planification fiscale agressive au sein du marché intérieur et, d'autre part, à l'objectif plus large de la lutte contre les pratiques d'érosion de la base d'imposition du plan BEPS.

Le Conseil d'État note d'emblée que les auteurs du projet de loi sous examen se donnent pour objectif de préserver un niveau plus élevé de protection des bases d'imposition nationales. À cet égard, ils vont parfois au-delà de la directive soit par souci de cohérence pour étendre certaines mesures à l'ensemble des contribuables, soit également pour mettre en œuvre d'autres mesures s'inscrivant dans un objectif plus large de lutte contre les pratiques d'érosion de la base d'imposition du plan BEPS.

Ainsi, le Conseil d'État prend notamment acte de l'approche adoptée par les auteurs du projet de loi quant à la transposition de la clause anti-abus générale. En effet, plutôt que de reprendre, à la lettre, le texte de la directive y relatif, les auteurs du projet de loi ont choisi de respecter l'esprit de la directive tout en assurant une certaine continuité dans l'application de cette clause en gardant dans la définition certaines notions contenues dans le texte actuel ou développées par la jurisprudence luxembourgeoise. Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'État prend acte de la démarche des auteurs du projet de loi de ne pas recourir à des intérêts ou à la constitution d'une garantie en ce qui concerne l'impôt à la sortie, ce qui pérennise le mécanisme actuel à cet égard.

De manière plus générale dans le cadre de cette transposition, le Conseil d'État note quelques adaptations, parfois nécessaires, en vue d'assurer un bon agencement avec les textes modifiés. Ainsi, par exemple en ce qui concerne la bonne coordination des termes employés, le projet sous avis se réfère, dans son article 1^{er}, point 1, a) à la notion de « valeur d'exploitation », alors que le texte de la directive (UE) 2016/1164 utilise le concept de « valeur de marché ». Certaines adaptations appellent toutefois quelques observations quant à la reproduction en elle-même du texte de la directive.

Le Conseil d'État détaillera l'ensemble de ses observations dans le cadre de l'examen des articles qui suit.

Le Conseil d'État note, par ailleurs, que le délai de transposition de la directive (UE) 2016/1164 arrive à échéance le 31 décembre 2018.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1^{er}

Cet article entend modifier et compléter le titre I, concernant l'impôt sur le revenu des personnes physiques, de la loi précitée du 4 décembre 1967 (LIR). Il comporte quatre points.

Point 1

Ce point envisage de supprimer le numéro 1 de l'alinéa 2 de l'article 22*bis* LIR, lequel prévoit la conversion, en neutralité fiscale, d'un emprunt dans le cadre duquel des titres représentatifs du capital social du débiteur sont attribués au créancier. Il ressort des commentaires y afférents que cette disposition semble avoir donné lieu à des abus, dans la mesure où elle a, dans certains cas, permis au débiteur de bénéficier de déductions fiscales sans qu'il y ait eu d'imposition correspondante des revenus dans le chef du créancier.

Le Conseil d'État se demande si le risque d'abus exige la suppression pure et simple de cette disposition. En effet, le nouveau libellé du paragraphe 6 de la loi précitée du 16 octobre 1934, tel qu'envisagé par le projet sous examen, permet de sanctionner les cas d'abus de droit par la mise à l'écart de la voie juridique utilisée, suivie d'une perception des impôts d'après les faits et les circonstances réels. Par ailleurs, à cette disposition nouvelle viendront s'ajouter les mesures relatives aux dispositifs hybrides ainsi que les règles concernant la limitation des intérêts.

Dès lors que la loi fiscale offre des moyens pour mettre fin aux abus et les sanctionner au besoin, le Conseil d'État se demande si le numéro 1 de l'alinéa 2 de l'article 22*bis* LIR pourrait être maintenue, ce d'autant plus que la directive à transposer ne couvre pas cet aspect.

Point 2

Ce point entend compléter, pour des cas définis de migration vers le Luxembourg, les règles d'évaluation applicables en cas de création d'une entreprise ou d'une partie autonome d'entreprise. Il envi-

sage ainsi, d'une part, d'instaurer une symétrie entre l'État de départ et le Luxembourg en tant qu'État d'accueil en ce qui concerne les valeurs à aligner, et, d'autre part, de confirmer et de clarifier la détermination de la date d'acquisition des biens faite dans le cadre de la création d'une entreprise ou d'une partie autonome d'entreprise.

Ad a)

L'insertion d'un cinquième alinéa à l'article 35 LIR transpose l'exigence, prévue à l'article 5, alinéa 5, de la directive (UE) 2016/1164, pour l'État d'accueil, en l'occurrence le Luxembourg. En vertu de cette disposition, l'État d'accueil doit accepter la valeur retenue au titre de valeur fiscale de départ par l'État de départ en cas de transfert vers le Luxembourg, soit de sa résidence fiscale par un contribuable, soit d'un établissement stable situé dans un autre État. Cette exigence ne vaut cependant pas lorsque la valeur établie par l'État de départ ne reflète pas la valeur d'exploitation des biens en question.

Comme le Conseil d'État l'a déjà mentionné dans ses observations générales, le libellé de la disposition sous examen se réfère à la notion de « valeur d'exploitation », alors que le texte de la directive (UE) 2016/1164 utilise le concept de « valeur de marché ».

Il se trouve que la LIR ne connaît pas le concept de valeur de marché, mais emploie les notions de « valeur d'exploitation » et de « valeur estimée de réalisation ». Dans la mesure où la démarche et l'adaptation effectuées par les auteurs du projet permettent une meilleure intégration de la disposition sous examen dans les règles d'évaluation telles que fixées par la LIR, tout en reflétant le principe d'évaluation posé par la directive, le Conseil d'État ne s'oppose pas à l'utilisation des termes « valeur d'exploitation » en lieu et place des termes « valeur de marché ».

Le Conseil d'État note par ailleurs que le texte en projet de l'article 1^{er}, sous le point a), fait référence au transfert du domicile fiscal ou du séjour habituel du contribuable à partir d'un autre État. Les concepts précités ne s'appliquent cependant qu'aux personnes physiques, les concepts de siège statutaire ou d'administration centrale étant les plus appropriés pour les personnes morales. Or, d'après le considérant 4 du préambule de la directive (UE) 2016/1164, « [i]l est nécessaire d'établir des règles applicables à tous les contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés dans un État membre. Considérant que cela entraînerait la nécessité de couvrir un ensemble plus large d'impôts nationaux, il n'est pas souhaitable d'élargir le champ d'application de la présente directive aux types d'entités qui ne sont pas soumises à l'impôt sur les sociétés dans un État membre ; c'est notamment le cas des entités transparentes ».

La directive (UE) 2016/1164 concerne donc en premier lieu, d'un point de vue national, les organismes à caractère collectif visés par l'article 159 LIR et les établissements stables indigènes d'un organisme visés par l'article 160 LIR, alinéa 1^{er}. En prenant en compte les personnes physiques, les auteurs du projet de loi ont choisi, sans que cela soit critiquable de l'avis du Conseil d'État, d'étendre le champ d'application de la directive au-delà des exigences de celle-ci. Toutefois, en se référant uniquement au domicile fiscal ou au séjour habituel du contribuable, le libellé du texte en projet opère une transposition incomplète de la directive, dans la mesure où le transfert des entités soumises à l'impôt sur le revenu des collectivités n'est pas couvert. Il y a dès lors lieu de reformuler le libellé de la disposition sous examen pour y inclure le transfert au Luxembourg du siège statutaire ou de l'administration centrale du contribuable.

En conséquence et sous peine d'opposition formelle, le Conseil d'État demande la transposition intégrale de la directive par la disposition sous examen, par exemple, de la manière suivante :

« Les biens constituant l'actif net investi au début du premier exercice d'exploitation sont à évaluer à la valeur établie par l'État 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 soit son domicile fiscal ou son séjour habituel, soit son siège statutaire ou son administration centrale, à partir d'un autre État ;
- b) transfère vers le Luxembourg l'activité qu'il exerce par un établissement stable situé dans un autre État. »

D'un autre côté, le Conseil d'État s'interroge sur l'interaction entre le nouvel alinéa 5 en projet et l'actuel alinéa 4 de l'article 35 LIR qui dispose que « 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 ». L'alinéa 4 actuel couvre dès lors une des situations visées par le nouvel alinéa 5 précédemment examiné par le Conseil d'État, à savoir le transfert de résidence fiscale ayant pour conséquence de soumettre le contribuable à l'impôt luxembourgeois du fait d'une entreprise autonome ou d'une partie autonome d'entreprise.

Selon le Conseil d'État, l'alinéa 4 actuel n'a pas vocation à couvrir d'autres cas de soumission nouvelle à l'impôt sur le revenu, tel que l'abandon du statut de société exonérée de l'impôt sur le revenu (par exemple abandon par une société de gestion de patrimoine familial en société pleinement imposable). En effet, dans un tel cas de figure, il y a permanence de la personne juridique du contribuable : la société a toujours été un contribuable résident en vertu de son siège social et de son principal établissement, et le changement de statut fiscal a uniquement affecté l'assujettissement de ce contribuable à l'impôt.² Lors de l'abandon du statut de société exonérée d'impôt, c'est l'alinéa 1^{er} de l'article 35 LIR qui aura vocation à s'appliquer, et plus précisément le point b), qui prévoit une évaluation à la valeur d'exploitation dans la mesure où il s'agit de biens d'actifs qui n'ont pas été « acquis ou fabriqués par l'exploitant en vue de la création de l'entreprise ». Ceci s'explique par le fait que le contribuable possédait déjà ces mêmes biens avant l'abandon du statut de société exonérée. Ainsi, le contribuable qui devient contribuable résident peut, en vertu de l'alinéa 4, opter, sans y être contraint, pour une évaluation des biens transférés à la valeur d'exploitation, lorsque les dispositions de l'alinéa 5 ne sont pas applicables, c'est-à-dire lorsque la valeur retenue par l'État de départ ne correspond pas à la valeur d'exploitation.

Afin de mieux agencer les deux dispositions et de refléter les observations ci-dessus en ce qui concerne les critères de résidence pour les entités soumises à l'impôt sur le revenu des collectivités, le Conseil d'État recommande d'inverser l'ordre des alinéas 4 et 5 et de présenter l'ensemble de la manière suivante :

« (4) Les biens constituant l'actif net investi au début du premier exercice d'exploitation sont à évaluer à la valeur établie par l'État 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 soit son domicile fiscal ou son séjour habituel, soit son siège statutaire ou son administration centrale, à partir d'un autre État ;
- b) transfère vers le Luxembourg l'activité qu'il exerce par un établissement stable situé dans un autre État.

(5) Lorsque, dans un des cas visés à l'alinéa précédent, la valeur établie par l'État de départ du contribuable ou de l'établissement stable ne reflète pas la valeur d'exploitation, les biens constituant l'actif net investi au moment du transfert ~~'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.~~ »

En ce qui concerne le champ d'application de cette disposition, le Conseil d'État s'interroge sur l'opportunité de ne pas limiter l'application du nouvel alinéa 5 (alinéa 4 selon la renumérotation proposée par le Conseil d'État) aux seuls transferts faisant intervenir exclusivement des États membres en tant qu'États de départ, mais d'étendre le champ d'application aux États tiers. Il s'agirait donc d'aller au-delà des exigences posées par la directive (UE) 2016/1164, l'objectif étant alors, dans un souci de cohérence dans l'application des règles fiscales luxembourgeoises, d'appliquer les mêmes règles aux mêmes situations, indépendamment de l'État de départ.

Ad b)

Le nouvel alinéa 6 projeté vise à clarifier, de manière formelle, la détermination de la date d'acquisition d'un bien acquis dans le cadre d'une création d'entreprise ou de partie autonome d'entreprise.

Ce point n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Point 3

Ce point vise l'adaptation des dispositions de l'actuel article 38 LIR, lequel a pour objet l'imposition du bénéfice réalisé lors du transfert à l'étranger d'une entreprise ou d'un établissement stable.

² Roger Molitor, « *Sociétés mère et filiales* », Études fiscales, mai 2009.

Ad alinéa 1^{er}

L'alinéa 1^{er} reprend tout d'abord le libellé de la première phrase de l'alinéa 1^{er} de l'actuel article 38 LIR, à savoir que 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. Il étend ensuite le principe de l'imposition à la sortie au transfert à l'étranger de biens isolés faisant partie de l'actif net investi d'un contribuable, en assimilant un tel transfert à la cession à titre onéreux de ces biens. Est alors ajoutée au nouvel article 38 LIR l'énumération des quatre situations énoncées au paragraphe 1^{er} de l'article 5 de la directive (UE) 2016/1164 qui sont à considérer comme un transfert à l'étranger.

Le Conseil d'État note que le libellé de la disposition sous examen se réfère à la notion de « biens », alors que le texte de la directive (UE) 2016/1164 utilise le concept d'« actifs ». Il s'agit à nouveau d'une adaptation linguistique qui s'explique par le fait que le terme « actifs » n'est repris dans aucune autre disposition de la LIR. Dans la mesure où le terme « biens » doit être considéré comme étant équivalent au terme « actifs » de la directive (UE) 2016/1164, le Conseil d'État ne s'oppose pas à son utilisation dans le cadre du nouvel article 38 LIR en projet.

Le Conseil d'État s'interroge cependant sur la pertinence du libellé choisi, notamment en ce qui concerne la distinction opérée entre le transfert d'une entreprise ou d'un établissement stable et le transfert de biens isolés, distinction qui, d'ailleurs, n'est pas faite par le texte de la directive. Cette dernière mentionne en effet le transfert d'actifs de manière générale.

En outre, les auteurs du projet de loi ont choisi de compléter le texte de la directive en ce qui concerne les points a) et b) par l'insertion du terme « isolés » après le terme « biens ». Ce libellé introduit une incertitude quant à l'interprétation de ces dispositions et constitue, aux yeux du Conseil d'État, une transposition inexacte des dispositions de la directive. En effet, le Conseil d'État comprend que les quatre situations énumérées à l'alinéa 1^{er} du point sous examen sont censées s'appliquer tant au transfert d'une entreprise ou d'un établissement stable qu'aux transferts de biens isolés. Or, aucune des situations énumérées ne couvre le cas du transfert par un contribuable de l'ensemble de ses actifs et passifs, donc de son entreprise, vers un établissement stable situé dans un autre État membre. De fait, les points a) et b) font référence au transfert de « biens isolés », ce qui pourrait laisser présumer que cela exclut le transfert d'une entreprise. Dès lors, un tel transfert, quoique visé au premier tiret de l'alinéa 1^{er} de l'article 38 LIR, ne serait pas assimilé à la cession en bloc et à titre onéreux de l'entreprise, car il n'est visé par aucune des situations énumérées sous les points a) à d) subséquents.

Le Conseil d'État exige dès lors, sous peine d'opposition formelle pour transposition inexacte de la directive, de reformuler le texte en projet. Cette reformulation pourrait se présenter comme suit :

« **Art. 38.** (1) Le transfert à l'étranger de biens, qu'ils forment une entreprise, ou un établissement stable est assimilé à la cession en bloc et à titre onéreux de l'entreprise ou de l'établissement stable, ou qu'il s'agisse de biens isolés faisant partie de l'actif net investi, est assimilé à la une cession à titre onéreux 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 État, 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 État ou vers un autre établissement stable situé dans un autre État, pour autant que le droit d'imposition de ces biens transférés ne revient plus au Luxembourg ;
- c) le contribuable transfère vers un autre État 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 État, pour autant que le droit d'imposition des biens transférés ne revient plus au Luxembourg ».

Ad alinéa 2

L'alinéa 2 retient la « valeur estimée de réalisation » au titre de prix de cession dans le cadre d'un transfert vers l'étranger tel que défini par l'alinéa 1^{er}. Le texte de la directive (UE) 2016/1164 fait référence, quant à lui, à la « valeur de marché », telle que définie en son l'article 5, paragraphe 6. Toutefois, dans la mesure où ce concept fait défaut dans la LIR et que dans le contexte de la disposition

sous examen les deux termes recouvrent une même réalité, le Conseil d'État ne s'oppose pas, pour les raisons de cohérence déjà évoquées ci-avant, à l'utilisation, dans cette circonstance, du concept de « valeur estimée de réalisation », afin d'assurer une meilleure intégration de la disposition sous examen dans les règles d'évaluations telles que fixées par la LIR.

Ad alinéa 3

Cet alinéa reprend les dispositions du paragraphe 7 de l'article 5 de la directive (UE) 2016/1164, lequel écarte de l'imposition à la sortie certains biens dont le transfert à l'étranger n'est que temporaire. Le texte en projet prévoit que les biens concernés 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.

Le Conseil d'État note que ni la question de l'appartenance des biens ni celle de l'imposition des revenus y relatifs n'est réglée par la directive. Si l'aspect temporaire du transfert (délai maximum de douze mois) peut justifier cette fiction de continuation d'appartenance à l'actif net investi d'un contribuable luxembourgeois, le Conseil d'État estime néanmoins que le Luxembourg ne pourra pas procéder à l'imposition des revenus relatifs à ces biens, ni soumettre ceux-ci à l'impôt sur la fortune, lorsque le transfert se fait vers un État avec lequel le Luxembourg a conclu une convention en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune. En effet, il s'avère constant que les bénéfices générés par une entreprise résidente d'un État contractant qui exerce son activité par l'intermédiaire d'un établissement stable situé sur le territoire de l'autre État contractant, et qui sont attribuables à cet établissement stable, sont imposables dans l'État de situation de cet établissement stable (article 7 du modèle OCDE conventions contre la double imposition). Le même principe vaut en ce qui concerne la soumission à l'impôt sur la fortune de biens appartenant à un établissement stable situé dans un autre État membre.

Le Conseil d'État constate qu'il y aura certes dans ce cas de figure une fiction de continuation de l'appartenance des biens au Luxembourg et d'allocation des revenus y relatifs, mais une imposition effective au Luxembourg ne pourra pas avoir lieu dans la mesure où le droit d'imposition revient à l'autre État contractant.

Point 4

Ce point se subdivise en deux sous-points a) et b).

Ad a)

Dans le prolongement des règles d'évaluation applicables en cas de transfert vers le Luxembourg en tant qu'État d'accueil, il est proposé de compléter l'actuel article 43 LIR – qui traite de l'évaluation des suppléments d'apport et des prélèvements personnels – par un nouvel alinéa 1a, suivant lequel les biens apportés sont à évaluer à la valeur établie par l'État de départ du contribuable ou de l'établissement stable, à moins que celle-ci ne reflète pas la valeur d'exploitation. Cette disposition s'applique en cas de transfert de biens isolés d'un établissement stable ou d'une entreprise situés dans l'État de départ vers une entreprise ou un établissement stable situés au Luxembourg.

Le Conseil d'État note une incohérence rédactionnelle dans le texte qui, dans la première phrase, fait référence à la valeur établie « par l'État de départ du contribuable ou de l'établissement stable ». En l'espèce, la disposition traite de l'évaluation à retenir pour des biens qui sont apportés, en provenance d'un autre État, à une entreprise déjà existante au Luxembourg, et non pas du transfert vers le Luxembourg de la résidence fiscale d'un contribuable. Le Conseil d'État propose dès lors de reformuler le libellé de cette disposition comme suit :

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

Ad b)

Sans observation.

Article 2

Point 1

Le texte en projet entend introduire, par l'insertion d'un nouvel article 164^{ter} LIR, les règles relatives aux SEC, telles que prévues par les articles 7 et 8 de la directive (UE) 2016/1164.

Le Conseil d'État prend acte du choix opéré par les auteurs du projet pour la règle figurant sous la lettre b) du paragraphe 2 de l'article 7 de la directive (« option B ») et, partant, du rejet de la règle figurant sous la lettre a) du même paragraphe. Le Conseil d'État comprend ce choix qui s'explique par le fait que l'option B choisie se fonde sur une approche de prix de transfert basée sur la notion de « fonctions importantes exercées » (« *significant people functions* »), notion qui fait partie intégrante de la loi fiscale, précisément les articles 56 et 56bis LIR.

Le Conseil d'État note que les règles relatives aux SEC ont pour but de sanctionner la mise en place d'un montage ou d'une série de montages non authentiques, et ce notamment par référence au principe de pleine concurrence, à savoir 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 qui exerce lui-même les fonctions importantes liées à ces actifs et risques et jouent un rôle essentiel dans la création des revenus de la SEC. Or, sur la base des articles 56 et 56bis LIR, lorsque les transactions entre entreprises liées, telles que définies à l'article 56 LIR, diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes, les bénéfices de ces entreprises sont à déterminer aux conditions qui prévalent entre entreprises indépendantes et sont imposés en conséquence.

En ce qui concerne l'interaction entre les règles relatives aux SEC et la règle anti-abus générale du paragraphe 6 de la loi précitée du 16 octobre 1934, le Conseil d'État comprend que dans la mesure où les règles relatives aux SEC constituent déjà des règles anti-abus, leur application dans un cas donné implique qu'une rectification, par application du paragraphe 6 précité, ne saurait plus avoir lieu pour le même cas, ceci en vertu du principe « *specialia generalibus derogant* ». Dans ce contexte d'ailleurs, si l'application des règles relatives aux SEC aboutit à l'inclusion d'un montant de revenus qui est inférieur à celui qui aurait été inclus par application du paragraphe 6 de la loi précitée du 16 octobre 1934, ce montant ne pourra pas être appliqué pour « combler » cette différence. Le Conseil d'État note d'ailleurs que les commentaires du texte en projet vont dans ce sens, dans la mesure où il est précisé que « 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 ». Les commentaires indiquent en outre que « [i]l 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 ».

Ad paragraphe 1^{er}

Le paragraphe 1^{er} donne une définition du concept de SEC. Il reprend pour ce faire le texte de l'article 7, paragraphe 1^{er}, de la directive (UE) 2016/1164 tout en l'adaptant, sur le plan de la terminologie, aux concepts et notions utilisés dans la LIR. Ainsi, le texte en projet, d'une part, remplace la notion d'« entité », utilisée dans le texte de la directive, par celui d'« organisme à caractère collectif » et, d'autre part, définit le contribuable au sens du texte proposé par un renvoi aux organismes visés par l'article 159 LIR ainsi qu'aux établissements stables indigènes visés par l'article 160, alinéa 1^{er}, LIR. De fait, la directive s'applique à tous les contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés dans un ou plusieurs États membres, y compris – lorsqu'ils sont situés dans un ou plusieurs États membres – les établissements stables d'entités ayant leur résidence fiscale dans un pays tiers. Le Conseil d'État note que ceci reste en ligne avec l'esprit de la directive (UE) 2016/1164 et que les termes et définitions utilisés paraissent équivalents.

Par ailleurs, cette disposition définit également, dans le contexte de la comparaison qui est à effectuer entre la charge fiscale effective de la SEC et l'impôt qui aurait été supporté par la SEC si elle était établie au Luxembourg, l'impôt réel étranger comme l'impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités. À ce propos, le Conseil d'État comprend, sur la base du libellé du texte de l'article 164ter (2) LIR, que pour les besoins de cette comparaison, le seul impôt sur le revenu des collectivités est pris en compte, à l'exclusion donc de la majoration pour la contribution au fonds pour l'emploi. Le Conseil d'État prend en outre acte du choix des auteurs du projet sous avis d'exclusion, conformément à la possibilité donnée par le paragraphe 4 de l'article 7 de la directive (UE) 2016/1164, les SEC qui ne dépassent pas certains critères de taille.

Ad paragraphe 2

Le paragraphe 2 de la disposition sous examen reprend la définition du concept d'entreprise associée telle qu'elle figure au paragraphe 4 de l'article 2 de la directive. Il y apporte toutefois certaines adap-

tations terminologiques qui ont pour but de renvoyer à d'autres dispositions de la LIR pour les besoins de la définition du concept en cause. Ces adaptations n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Ad paragraphe 3

La disposition sous examen prévoit que les revenus non distribués de la SEC 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. Le Conseil d'État constate cependant dans la disposition en projet une divergence dans le choix de certains termes, ce choix ayant des effets sur le paragraphe 4 qui doit par ailleurs être mis en rapport avec le paragraphe 3 sous examen. En effet, tandis que le texte du paragraphe 3 entend inclure les revenus non distribués de la SEC, le paragraphe 4 traite, quant à lui, de la détermination du revenu net de la SEC qui est à inclure. Ces deux paragraphes utilisent donc des termes différents pour néanmoins désigner la même chose. Le Conseil d'État recommande par conséquent de reformuler le libellé du paragraphe 3 en vue de préciser que l'inclusion porte sur les revenus nets non distribués.

Le Conseil d'État note par ailleurs que ni la directive (UE) 2016/1164 ni le texte en projet ne précisent dans quel cas de figure un revenu est à considérer comme étant distribué pour l'application des dispositions de l'article 164^{ter} LIR. En reprenant l'exemple figurant dans les commentaires du projet de loi sous avis, il est conclu que les revenus non distribués de S – qui constitue une SEC de M si S remplit le critère d'identification relatif à la charge fiscale effective – sont réalloués à M à hauteur de sa participation. Le Conseil d'État se demande si cette inclusion doit également être faite si S procède à une distribution de dividendes à F1, F2 et T, mais que F1 et F2 en revanche ne procèdent pas à une distribution de dividendes. Dans ce cas de figure, et par application du texte, tel que proposé au paragraphe 3, il y a lieu de conclure que cette inclusion ne doit pas avoir lieu dans le chef du contribuable M, dans la mesure où S a effectivement procédé à une distribution de ses revenus nets. Une interprétation différente nécessiterait une adaptation correspondante du texte en projet.

Le Conseil d'État comprend également que le paragraphe 3 se réfère, en ce qui concerne la notion de « revenus non distribués », à des dividendes distribués par la SEC en affectation du bénéfice du même exercice d'exploitation et non pas à des distributions de dividendes durant le même exercice d'exploitation. Cette différence peut s'illustrer à l'aide de l'exemple suivant : durant l'exercice N, la SEC réalise des revenus nets de 150. Au cours du même exercice, elle procède à une distribution de dividendes en affectation du bénéfice de l'exercice N-1 pour un montant de 50. Le montant des revenus (nets) non distribués à inclure par le contribuable luxembourgeois s'élève donc à 150. En ce qui concerne le dividende distribué, ce dernier étant inclus dans le revenu net imposable du contribuable et dans la mesure où il a été inclus (et donc soumis à imposition) au titre de revenu non distribué durant l'exercice d'exploitation N-1, il fera l'objet de l'ajustement prévu au paragraphe 4, alinéa 6 (commenté ci-dessous), afin d'éviter une double imposition de ce même revenu.

Par contre, si la SEC devait procéder à la distribution d'un acompte sur dividendes, c'est-à-dire au paiement aux actionnaires d'une avance sur le bénéfice de l'exercice d'exploitation en cours, il y a lieu de tenir compte de cette distribution pour les besoins de l'application du paragraphe 3 sous rubrique, dans le sens où le montant des revenus de la SEC à inclure par le contribuable luxembourgeois fera abstraction de l'acompte sur dividendes, étant donné que celui-ci sera de toute manière inclus dans le revenu net du contribuable. En reprenant l'exemple ci-dessus, si durant l'exercice N, la SEC réalise des revenus nets de 150 et procède au cours du même exercice au paiement d'un acompte sur dividendes de 50 au titre des bénéfices réalisés pendant ce même exercice d'exploitation N, le montant des revenus (nets) non distribués à inclure par le contribuable luxembourgeois s'élève à 100. L'acompte sur dividende de 50 étant inclus dans le revenu net imposable du contribuable, il sera donc nécessairement soumis à imposition au titre du même exercice N.

Le Conseil d'État recommande en tout état de cause une clarification dans le texte de loi lui-même de manière à assurer la cohérence dans l'application des différentes dispositions de l'article 164^{ter} LIR en projet, et plus particulièrement en ce qui concerne l'interaction entre le paragraphe 3 et le paragraphe 4, alinéa 6, de cet article et d'éviter ainsi une double imposition ou une non-imposition au Luxembourg des revenus nets de la SEC.

Compte tenu de ce qui précède, la disposition pourrait par conséquent être libellée de la manière suivante :

« 3. Les revenus nets d'un exercice d'exploitation déterminé de la société étrangère contrôlée qui ne sont pas ~~non~~ distribués au cours du même exercice d'exploitation et qui proviennent

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. »

De même, le Conseil d'État comprend que le paragraphe 3 sous examen vise les revenus nets non distribués, à l'exclusion de paiements qui ont pour effet de faire remonter des fonds au contribuable ou à une société filiale du contribuable, mais qui ne constituent pas des distributions au sens du droit des sociétés, tel que par exemple des remboursements de prime d'émission ou des distributions de réserves disponibles. Le Conseil d'État se demande s'il faut présumer que la notion de distribution est à apprécier au regard de la LIR, donc y compris les distributions cachées de bénéficiaires.

Finalement, le Conseil d'État s'interroge sur l'interaction de la disposition sous examen avec celles des conventions tendant à éviter les doubles impositions conclues par le Luxembourg avec des États tiers. À ce sujet, le Conseil d'État renvoie à ses observations formulées plus haut sur l'alinéa 3, point 3, de l'article 1^{er}, du projet de loi sous avis. De fait, en présence d'un établissement stable, situé sur le territoire d'un État membre, qui remplit les critères pour être considéré comme une SEC, les dispositions du nouvel article 164^{ter} LIR devraient primer sur les dispositions de la convention, notamment du fait de la primauté du droit de l'Union européenne sur les conventions contre les doubles impositions conclues entre deux États membres. Dès lors, les revenus générés par la SEC seront imposés une première fois dans le pays de situation de la SEC et subiront une deuxième imposition en vertu des dispositions de l'article sous examen, en tenant compte toutefois, par le biais du mécanisme du crédit d'impôt, de l'impôt qui aura été payé dans l'État de situation de la SEC, et ce nonobstant le fait que la convention contre la double imposition prévoit un droit d'imposition exclusif au bénéfice de l'État de situation de la SEC.

Par contre, lorsque l'établissement stable, constitutif d'une SEC, est situé sur le territoire d'un État tiers avec lequel le Luxembourg a conclu une convention tendant à éviter les doubles impositions et qui accorde le droit d'imposition à l'État de situation de l'établissement stable à l'exclusion du Luxembourg, il y aura un conflit de loi entre les dispositions de ladite convention et l'article 164^{ter} LIR. Le Conseil d'État constate que dans un tel cas, en vertu du principe cardinal de la primauté des traités internationaux sur les lois internes (même celles postérieures à un traité) tel qu'il a été reconnu depuis de nombreuses années par la jurisprudence luxembourgeoise, les dispositions de l'article 164^{ter} LIR en projet ne s'appliqueront pas. Certains cas de double imposition, trouvant leur cause dans une application asymétrique des dispositions relatives à l'élimination de la double imposition, pourront par ailleurs être évités par le biais de 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 bénéficiaires, signée à Paris, le 7 juin 2017, dont le projet de loi d'approbation a été déposé à la Chambre des députés³ et dont le Conseil d'État a été saisi le 27 juin 2018. L'article 5 de cette Convention présente trois options permettant de résoudre les problèmes qui peuvent être liés à l'utilisation de la méthode de l'exemption dans les conventions fiscales. Le Luxembourg a choisi l'option A, qui a pour objet d'éviter une double exemption totale ou partielle en cas de désaccord entre l'État de résidence et l'État de la source sur les faits d'un cas spécifique ou sur l'interprétation des dispositions d'une convention fiscale. Par le biais de cette disposition, le Luxembourg pourra donc refuser d'accorder une exemption aux revenus dégagés par un établissement stable situé dans un État avec lequel il a conclu une convention fiscale, si l'État de situation de l'établissement stable a soumis ces mêmes revenus à un taux réduit d'imposition ou qu'il les a exemptés en application de la convention fiscale.

Ad paragraphe 4

Le paragraphe 4 en projet établit les règles de détermination du revenu net de la SEC qui sera inclus dans le revenu imposable du contribuable. Son alinéa 5 prévoit que les revenus nets à inclure sont imposés au titre de l'exercice d'exploitation au cours duquel l'exercice d'exploitation de la SEC se termine, tandis que son alinéa 6 instaure un ajustement visant à exclure une double imposition des mêmes revenus de la SEC.

Le fonctionnement des deux alinéas susmentionnés et leur interaction avec les dispositions du paragraphe 3 en projet peuvent être illustrés sur la base de l'exemple suivant : au cours de l'exercice N, la SEC réalise un revenu (net) non distribué qui fait l'objet d'une inclusion au niveau du contribuable luxembourgeois (sur base du paragraphe 3) au titre du même exercice d'exploitation N (par application du paragraphe 4, alinéa 5) pour un montant de 100. Le 1^{er} juin de l'année N+1, la SEC distribue un

³ Dossier parl. n° 7333.

dividende de 100 en affectation du bénéfice de l'exercice N et un acompte sur dividende de 80 au titre de l'exercice d'exploitation N+1 au contribuable luxembourgeois. Durant l'exercice d'exploitation N+1, la SEC réalise un revenu net de 150.

Par application du paragraphe 4, alinéa 5, le revenu net à inclure par le contribuable luxembourgeois au titre de l'exercice N s'élève à 100, tandis que le revenu net à inclure par le contribuable luxembourgeois au titre de l'exercice N+1 s'élève à 150 (revenu net de l'exercice N+1) - 80 (acompte sur dividende au titre de l'exercice N+1) = 70, étant donné que le paragraphe 3 se réfère à des dividendes distribués par la SEC en affectation du bénéfice du même exercice d'exploitation. Par application de l'alinéa 6, le contribuable luxembourgeois pourra déduire de son revenu net les dividendes distribués durant l'année N+1 en affectation du bénéfice de l'année N, étant donné que ces mêmes revenus ont été précédemment inclus (au titre de l'année N) dans les revenus nets du contribuable luxembourgeois. La déduction est limitée au montant imposable de ces distributions de bénéfices. En l'occurrence, le contribuable luxembourgeois pourra donc déduire un montant de 100 de son revenu net.

De ce qui précède, le Conseil d'État ne s'oppose pas à prévoir un délai, dans le sens du maintien de l'imposition au titre de l'exercice d'exploitation au cours duquel l'exercice d'exploitation de la SEC se termine, mais de prévoir que cette règle ne s'applique que pour autant que la SEC n'a pas procédé effectivement à une distribution dans un délai déterminé suivant la clôture de son exercice d'exploitation. Cette règle aurait le mérite d'aligner le moment du paiement de l'impôt sur celui de la perception effective du revenu. De fait, si la distribution effective des revenus nets – qui auraient théoriquement dû faire l'objet d'une inclusion au titre de l'exercice d'exploitation N – était effectuée endéans un certain délai, le contribuable n'opérerait pas d'inclusion au titre de cet exercice d'exploitation N, mais soumettrait le revenu (effectivement perçu) à imposition au titre de l'exercice N+1, étant donné que ce revenu fera partie intégrante de son revenu net imposable. En ce qui concerne les revenus générés par la SEC au titre de l'exercice d'exploitation N+1, le même principe s'imposerait. Après écoulement du délai de tolérance en N+2, soit la SEC aura effectivement procédé à une distribution du bénéfice généré en N+1, auquel cas aucune inclusion ne serait à opérer au titre de l'exercice N+1 (le total des revenus nets du contribuable serait donc exclusivement constitué du dividende de 100 effectivement perçu sans inclusion des revenus nets non distribués de 70 relatifs à l'exercice d'exploitation N+1), soit aucune distribution n'est faite, auquel cas le revenu net total du contribuable, composé du montant des dividendes perçus de 100, serait augmenté par l'inclusion des bénéfices nets non distribués de l'exercice d'exploitation N+1 d'un montant de 70.

L'application d'un délai n'aurait pas d'impact sur la charge fiscale totale. En effet, en reprenant les données de l'exemple ci-dessus, en l'absence de délai et donc en appliquant le principe de l'inclusion des revenus (nets) non distribués de la SEC au titre du même exercice d'exploitation, le contribuable luxembourgeois aura inclus au titre de l'exercice N un revenu de 100, et au titre de l'exercice N+1 un revenu de 70. Comme détaillé ci-dessus, ce montant s'obtient en déduisant des revenus nets non distribués de 150 l'acompte sur dividendes de 80. Étant donné que le dividende de 100 sera également inclus dans le revenu net imposable du contribuable, il procédera à un ajustement de sa base imposable par le biais du mécanisme du paragraphe 4, alinéa 6. Le montant de 80 sera quant à lui également inclus dans le revenu net imposable du contribuable, mais il ne donnera pas lieu à un ajustement, étant donné qu'il n'a pas fait, au préalable, l'objet d'une inclusion. À la fin de l'exercice d'exploitation N+1, le contribuable aura déclaré des revenus de la SEC pour un montant total de 250.

En cas d'application d'un délai et sous condition que la SEC procède effectivement à une distribution de dividendes dans ce délai, le contribuable luxembourgeois ne procède pas à une inclusion au titre de l'exercice N, mais il va déclarer, au titre de l'exercice N+1, le dividende de 180 effectivement perçu (dividendes distribués en affectation du résultat N de 100 qui sont inclus dans le revenu net imposable du contribuable sans ajustement au sens du paragraphe 4, alinéa 6, et un acompte sur dividendes au titre de l'exercice N+1 de 80 non soumis à ajustement), et, au titre de l'exercice N+2, toujours à condition que la SEC procède à la distribution effective du solde de ses bénéfices reportés – à savoir (150 - 80 =) 70 dans le délai – ce même montant, étant donné qu'il sera à nouveau inclus dans le revenu net imposable du contribuable luxembourgeois. Dans les deux cas, le contribuable sera donc imposé sur le même montant de revenus de la SEC, à la seule différence qu'il y a un décalage d'une année en ce qui concerne le moment du fait générateur de l'impôt sur ces revenus.

L'alinéa 7 contient, à l'instar de l'alinéa 6, une mesure d'ajustement pour éviter la double imposition, et ce, dans le cas de la cession par le contribuable des titres d'une participation détenue dans le capital d'une SEC ou de l'activité d'un établissement stable constitutif d'une SEC. Cette disposition prévoit

en effet la déduction de la plus-value afférente à cette cession, jusqu'à concurrence du montant imposable de cette plus-value, des revenus nets précédemment inclus dans les revenus nets du contribuable.

Le Conseil d'État constate tout d'abord que le texte en projet ne précise pas si cette disposition porte sur la cession d'une participation détenue de manière directe ou indirecte dans la SEC. Le Conseil d'État fait observer qu'il faudrait également couvrir les cessions indirectes afin d'éviter une double imposition. En reprenant l'exemple 2 figurant dans les commentaires du projet de loi sous avis, si A cède ses participations, de 30 pour cent chacune, dans B et C, elle a donc indirectement cédé sa participation dans D, qui pour les besoins de l'exemple est considérée constituer une SEC de A. En imaginant que D n'a jamais procédé à une distribution de ses bénéfices, le prix de cession de B et C tiendra nécessairement compte des revenus thésaurisés de D. Deux cas de figure peuvent se présenter :

- (i) soit les participations dans B et C remplissent les conditions pour bénéficier de l'exonération des plus-values prévue par l'article 166 LIR, alinéa 9 et du règlement grand-ducal du 21 décembre 2001, auquel cas les plus-values portant sur la cession de ces participations seront exonérées et il n'y aura pas de nouvelle imposition, par le biais de la plus-value, des revenus nets de D qui auront fait l'objet d'une inclusion dans le total des revenus nets de A au cours des années précédant la cession de B et C ;
- (ii) soit les participations dans B et C ne remplissent pas lesdites conditions et sont donc pleinement imposables dans le chef de A. Comme indiqué ci-dessus, dans la mesure où le prix de cession de B et C tient compte des revenus non distribués de D, ces derniers feront donc l'objet d'une nouvelle imposition, en sus de celles subies au cours des exercices précédant la cession des titres dans B et C. Pour éviter une telle situation et dans l'esprit de l'alinéa 7 en projet, il est donc important que la disposition en projet soit également applicable dans le cas d'une participation détenue de manière indirecte dans une SEC.

Parallèlement au principe de prise en compte des participations directes et indirectes pour la désignation d'une société étrangère contrôlée conformément à l'article 7.1.a) de la directive (UE) 2016/1164, le Conseil d'État recommande en conséquence de modifier le texte de l'alinéa 7 comme suit :

« [...] lorsque le contribuable cède des titres d'une participation détenue de manière directe ou indirecte dans le capital [...] ».

L'alinéa 8 prévoit le mécanisme du crédit d'impôt pour éviter la double imposition des revenus de la SEC, en prévoyant la possibilité d'imputer l'impôt dû et effectivement payé par la SEC en relation avec les revenus nets à inclure. L'imputation se fera au prorata de la participation et conformément aux dispositions des articles 134*bis* et 134*ter* LIR.

Cet alinéa ainsi que les autres alinéas du texte sous examen n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Point 2

Ce point entend transposer, par le biais d'un nouvel article 168*bis* LIR, les dispositions prévues à l'article 4 de la directive (UE) 2016/1164, qui ont pour objet de plafonner la déduction de certains frais liés aux emprunts et instruments de financement encourus au titre d'un exercice d'exploitation.

Ad paragraphe 1^{er}

Le paragraphe 1^{er} donne une définition des différents concepts utilisés dans le cadre du nouvel article 168*bis*.

L'alinéa 1^{er} délimite le champ des contribuables auxquels s'applique la règle sous examen, à savoir ceux qui sont soumis à l'impôt sur le revenu des collectivités en vertu de l'article 159 LIR ou de l'article 160, alinéa 1^{er} LIR. À cet égard, le Conseil d'État note que les commentaires du texte en projet précisent que la faculté offerte par la directive de considérer également comme contribuable un groupe de sociétés qui consolide ses résultats à des fins fiscales, donc pour le Luxembourg, un groupe sous régime d'intégration fiscale visé à l'article 164*bis* LIR, n'a pas été retenue. Le Conseil d'État prend note des raisons avancées pour justifier ce choix, à savoir notamment que la base imposable d'un groupe sous régime de l'intégration fiscale suivant l'article 164*bis* LIR s'obtient en faisant masse des résultats fiscaux des sociétés intégrées. Le Conseil d'État estime cependant que cela n'empêche pas les contribuables qui se trouvent en intégration fiscale de calculer les surcoûts d'emprunt et l'EBITDA

au niveau du groupe intégré et que les contribuables optent pour l'intégration fiscale pour diverses raisons de nature juridique, fiscale, économique ou organisationnelle et que dès lors l'option offerte par la directive a un intérêt certain. De fait et comme le relève la Chambre de commerce dans son avis à l'aide d'un exemple, la méthode de calcul sur une base isolée peut aboutir en pratique à une limitation qui va au-delà du plafond de déduction de 30 pour cent prévu par la directive (UE) 2016/1164 pour les groupes fiscalement consolidés.

L'alinéa 2 reprend la définition donnée par la directive (UE) 2016/1164, ainsi que la liste non exhaustive d'intérêts et de charges financières destinés à illustrer les coûts d'emprunt qui devraient être couverts par la règle de limitation des intérêts. Le Conseil d'État note que la liste mentionne, entre autres, « certains » gains et pertes de change sur emprunts et instruments liés à des financements. Si le Conseil d'État constate que le texte en projet reprend exactement les termes de la directive et dès lors assure une transposition correcte, il invite néanmoins les auteurs du projet à préciser quels sont exactement les gains et pertes de change concernés, étant donné que l'utilisation du terme « certains » implique qu'il y a lieu de faire une différenciation dans cette catégorie de charges. Or, il n'est pas précisé selon quels critères cette différenciation est à faire.

Les alinéas 3, 5, 6 et 7 reprennent les définitions contenues dans la directive (UE) 2016/1164.

Alors même que la définition des coûts d'emprunt correspond au libellé de la directive (UE) 2016/1164, le Conseil d'État souhaite cependant exposer des questions pratiques d'application qui sont susceptibles de se poser.

Il ressort du commentaire de l'article 2, 2^o, alinéa 1^{er}, que les coûts d'emprunt se déclinent en trois catégories principales, auxquelles s'ajoutent une liste non exhaustive d'exemples d'intérêts et de charges financières destinés à illustrer les coûts d'emprunt qui devraient être couverts par la règle de limitation des intérêts. Toutefois en ce qui concerne les revenus financiers imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents, aucune définition ni aucun exemple ne sont donnés.

Le Conseil d'État s'interroge dès lors sur l'approche à adopter par les contribuables concernés pour déterminer si une dépense ou un revenu donnés sont couverts par la règle sous examen. En ce qui concerne les dépenses, on peut citer les moins-values réalisées sur ou les provisions en relation avec un instrument de financement, pour lesquelles cette question peut se poser. Le Conseil d'État se demande si la directive vise uniquement des dépenses périodiques, des dépenses qui ont donc vocation à rémunérer de manière récurrente la mise à disposition de fonds, à l'exception de certaines dépenses non-périodiques telles que les frais de garantie ou les frais de dossiers et frais similaires, mais dont l'assimilation est justifiée en raison de leur nature très spécifique, ou si elle englobe également les dépenses non périodiques ne tombant pas sous la définition des coûts d'emprunt. Le Conseil d'État estime qu'une clarification par les auteurs du projet sur cette question serait d'une grande utilité.

En ce qui concerne les revenus financiers imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents, une clarification s'avère également souhaitable. De fait, en l'absence de définition et d'exemples de revenus devant être englobés dans cette catégorie, le Conseil d'État estime qu'il pourrait être pallié à cette lacune en faisant un lien avec les coûts d'emprunt. En effet, il semble logique d'appliquer les mêmes critères, en l'occurrence les catégories principales ainsi que le principe de périodicité, tant d'un point de vue dépenses que d'un point de vue revenus, pour déterminer si la règle de limitation des intérêts s'applique à une dépense ou un revenu déterminé. À cet égard, l'avis de la Chambre de commerce fait référence au paragraphe 38 de l'Action 4 du rapport BEPS suivant lequel une analyse par analogie peut s'avérer adaptée⁴. Si dès lors une dépense d'une certaine nature, due en vertu d'un titre financier déterminé, est à qualifier de coût d'emprunt au sens de l'article 168*bis* LIR en projet, le revenu de même nature, perçu en vertu d'un titre financier de même nature, serait à qualifier de revenu financier imposable ou d'autre revenu imposable économiquement équivalent. Le Conseil d'État suggère dès lors d'apporter les clarifications dans ce sens à l'article 2, point 2^o, alinéa 1^{er}.

Pour ce qui est des organismes de titrisation et à titre liminaire, le Conseil d'État note que l'alinéa 6 de l'article 97 LIR dispose que les distributions et autres produits alloués aux investisseurs et autres créanciers d'un organisme de titrisation constituent des revenus provenant de capitaux mobiliers au

4 Paragraphe 38 de l'Action 4 du rapport BEPS (« Limiter l'érosion de la base d'imposition faisant intervenir les déductions d'intérêts et d'autres frais financiers – version actualisée 2016 ») : « Lorsque ce rapport fait mention d'intérêts, cela implique aussi les montants économiquement équivalents à des intérêts, sauf si le contexte exige clairement une interprétation différente. De même, lorsque le rapport fait référence au revenu d'intérêt d'un groupe ou d'une entité, ce revenu inclut les montants économiquement équivalents à des intérêts, sur la base de la définition et des exemples figurant dans ce chapitre. »

sens de l'alinéa 1^{er}, numéro 5, du même article, donc des intérêts sur créances de toute nature. Il ressort des commentaires du projet de loi n° 5199 ayant abouti à l'insertion dans l'article 97 LIR de cette disposition que « [l']article 97 L.I.R. est remanié pour tenir compte de la finalité du projet de loi en disposant que les sommes versées à l'investisseur en rémunération de sa mise sont toujours à considérer comme intérêts, et ceci même si elles sont allouées sous forme de dividendes. L'assimilation des versements à des intérêts perçus dans le chef de l'investisseur prive celui-ci de l'application des articles 115 numéro 15a (atténuation de la double imposition économique de revenus déjà imposés dans le chef d'une société de capitaux-dividendes, etc.) et 166 LIR (régime des sociétés mère et filiales). »

Bien qu'il soit précisé que la qualification d'intérêts est destinée à être appliquée dans le chef des bénéficiaires de ces sommes, le Conseil d'État se demande si cette qualification est susceptible de s'appliquer également au niveau de l'organisme de titrisation lui-même, c'est-à-dire si tout paiement, même s'il n'est, en tant que tel, pas couvert par la définition des coûts d'emprunt de l'article 168*bis* LIR, rentrerait à nouveau dans cette définition du fait de l'article 97 LIR, alinéa 6. Dans la mesure cependant où l'article 168*bis*, paragraphe 1^{er}, sous examen limite les définitions y contenues à cette seule disposition⁵, le Conseil d'État comprend que la qualification des paiements faits à des investisseurs par un organisme de titrisation doit se faire de manière autonome et par application des principes énoncés à l'article 168*bis*, et ce indépendamment de la qualification retenue pour les mêmes paiements dans le chef des investisseurs. Si tel ne devait pas être le cas, une modification de l'article sous examen ou de l'alinéa 6 de l'article 97 LIR s'imposerait, de manière à soit clarifier que, pour les besoins de l'application de l'article 168*bis* aux organismes de titrisation (ne bénéficiant pas d'une exclusion personnelle de la règle de limitations des intérêts au titre d'entreprises financières), l'article 97 LIR, alinéa 6 n'est pas applicable, soit de modifier l'article 97, alinéa 6 de manière à ne pas assimiler les paiements à des intérêts sur créances de toute nature.

Ad paragraphe 2

Cette disposition transpose une des options en faveur du contribuable offerte par le paragraphe 3, alinéa a), de l'article 4 de la directive (UE) 2016/1164. Cet alinéa offre la possibilité de déduire les coûts d'emprunt jusqu'à un seuil de 3 millions d'euros.

Dans la mesure où les commentaires relatifs à cette disposition indiquent que les dispositions relatives à la règle de limitation des intérêts s'appliquent à chaque entité isolément en présence d'une intégration fiscale, le Conseil d'État comprend que le seuil susmentionné s'applique dès lors également à chaque entité isolément.

Ad paragraphe 3

Cette disposition définit la notion de capacité inemployée de déduction des intérêts et prévoit la possibilité de reporter cette capacité inemployée sur les cinq exercices d'exploitation suivants. Elle n'appelle pas d'observation particulière de la part du Conseil d'État.

Ad paragraphe 4

Cette disposition transpose la possibilité offerte par la directive (UE) 2016/1164 d'autoriser un contribuable à reporter, sans limite de temps, les surcoûts d'emprunt qui n'ont pas été déductibles au titre d'un exercice d'exploitation et de les déduire, dans les limites applicables à la déduction des surcoûts, au titre d'un exercice d'exploitation subséquent. Il est également précisé que les surcoûts d'emprunt les plus anciens sont déductibles en premier.

Afin de préserver le report des capacités inemployées de déduction des intérêts ainsi que celui des surcoûts d'emprunts dans le cadre d'une transformation fiscalement neutre d'un organisme à caractère collectif en un autre organisme à caractère collectif, le Conseil d'État note que l'article 2, point 4^o du projet de loi sous avis propose de modifier l'article 172*bis* LIR de manière à y englober dorénavant également les deux reports susmentionnés.

Les dispositions ci-dessus n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Ad paragraphe 5

Sans observation.

⁵ « Au sens du présent article, on entend par [...] »

Ad paragraphe 6

Cette disposition transpose l'option offerte par le paragraphe 5, alinéa a), de l'article 4 de la directive (UE) 2016/1164, à savoir la possibilité pour un contribuable de déduire l'intégralité de ses surcoûts d'emprunt par l'application d'une règle de ratio de groupe.

Le Conseil d'État note qu'il n'est pas précisé si cette possibilité est ouverte uniquement aux contribuables qui sont contraints, par l'application d'autres lois que la loi fiscale, d'être intégrés dans un groupe consolidé ou si au contraire, en cas d'établissement volontaire de comptes consolidés, la règle du ratio de groupe s'applique également.

Le Conseil d'État demande par conséquent aux auteurs du projet de préciser ce point.

Ad paragraphe 7

Cette disposition reprend les exclusions matérielles prévues par le paragraphe 4 de l'article 4 de la directive (UE) 2016/1164.

Le Conseil d'État note que le libellé du texte en projet diverge du libellé de la directive en ce qui concerne la disposition sur les emprunts contractés avant le 17 juin 2016. En effet, suivant le texte du projet de loi, sont exclus du champ d'application de la règle de limitation des intérêts les emprunts qui ont été contractés avant le 17 juin 2016, « à l'exclusion de toute modification ultérieure sur ces emprunts », alors que le texte de la directive prévoit que « cette exclusion ne s'étend à aucune modification ultérieure de ces emprunts ». Les commentaires relatifs à cette disposition citent le considérant 8 de la directive, suivant lequel « [...] les États membres pourraient prévoir une clause de maintien des droits acquis qui couvrirait les emprunts existants, dans la mesure où leurs conditions ne sont pas modifiées ultérieurement, ce qui signifie qu'en cas de modification ultérieure, cette clause de maintien des droits acquis ne s'appliquerait pas à une augmentation du montant ou de la durée de l'emprunt, mais serait limitée aux conditions initiales de celui-ci ».

Même si le Conseil d'État constate, partant, que la divergence textuelle mentionnée ne devrait pas produire de différence sur le fond, il marque sa préférence pour la reprise fidèle du texte de la directive (UE) 2016/1164 comme suit :

- « (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, mais cette exclusion ne s'étend à aucune modification ultérieure de ces emprunts ; »

Ad paragraphe 8

Ce paragraphe 8 du nouvel article 168*bis* LIR en projet reprend les possibilités d'exclusions personnelles offertes par la directive 2016/1164, en permettant la déduction intégrale des surcoûts d'emprunt si le contribuable est une entreprise financière et dans le cas où il est une entité autonome.

Point 3

Le point sous examen entend transposer, par l'insertion d'un nouvel article 168*ter* LIR, les mesures prévues à l'article 9 de la directive (UE) 2016/1164, lesquelles sont destinées à combattre les dispositifs hybrides qui, du fait d'une différence de qualification juridique d'un organisme ou d'un instrument financier entre deux États membres, aboutissent soit à une double déduction d'un même paiement, soit à une déduction dans un État membre sans imposition correspondante du produit dans l'autre État membre.

Il ressort des commentaires du projet de loi que la disposition ici examinée ne vise pour l'instant que les dispositifs hybrides faisant intervenir des États membres, à l'exclusion des dispositifs hybrides impliquant des États tiers. Ces derniers sont visés par 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, qui, d'après les auteurs du projet de loi sous avis, sera transposée par une loi à part.

Ad paragraphe 1^{er}

Cette disposition définit les notions utilisées dans le contexte des règles relatives aux dispositifs hybrides, en s'appuyant sur l'article 2, paragraphe 9, de la directive (UE) 2016/1164, mais sans en reprendre le libellé.

Le Conseil d'État se demande pour quelles raisons le texte en projet ne reprend pas exactement la définition du « dispositif hybride » telle que donnée par la directive. En particulier, il note que les

auteurs du projet utilisent la notion de « relations commerciales ou financières », notion qui ne figure pas dans la directive et qui n'est pas autrement définie par les auteurs du projet de loi. Le Conseil d'État constate que cette notion se retrouve déjà dans la LIR, à savoir aux articles 56 et 56bis LIR traitant du principe de pleine concurrence et des prix de transfert, sans qu'une définition ait par ailleurs été donnée lors de l'introduction de ces deux articles, cela s'expliquant par le cadre particulier de ces dispositions qui ne laisse aucune ambiguïté quant à l'interprétation de la notion de « relations commerciales ou financières ». Le Conseil d'État s'interroge cependant sur la question de savoir si dans le contexte de l'article 168ter LIR en projet, il ne serait pas utile de donner des précisions concernant cette notion.

Le Conseil d'État comprend que cette disposition s'applique aux seuls paiements faits dans des situations que décrit la directive et entraînant soit une double déduction, soit une déduction sans prise en compte c'est-à-dire dans ce dernier cas une déduction dans l'État membre où le paiement a sa source sans cependant donner lieu à une inclusion du produit correspondant à ce paiement dans la base d'imposition de l'autre État membre.

Le Conseil d'État note que le texte en projet utilise les notions de « dépenses d'exploitation » et « pertes » en lieu et place des termes « paiement », « charge » et « perte » tels qu'ils figurent dans le texte de la directive (UE) 2016/1164. Selon le Conseil d'État, la notion de « dépense d'exploitation » est une notion propre à l'impôt sur le revenu qui s'applique aux contribuables générant un revenu commercial, de sorte que ce libellé générique n'appelle pas d'observation particulière. Cependant, en ligne avec l'article 9 de la directive (UE) 2016/1164 et, pour ce qui est des situations résultant en une « déduction sans prise en compte », seules les « dépenses d'exploitation » pouvant générer un « paiement » (que ce soit dans le même ou dans un exercice d'exploitation différent) doivent être considérées comme entrant dans le champ d'application de la définition de dispositifs hybrides.

Sous peine d'opposition formelle, le Conseil d'État demande par conséquent que le texte de la directive soit transposé avec exactitude et intégralement, et, à tout le moins, que l'article 168ter (1), point 2, en projet soit reformulé de la manière suivante :

« 2. le paiement fait l'objet d'une déduction au Luxembourg où il a sa source sans donner lieu à une inclusion du produit correspondant dans le total des revenus nets de l'autre État membre [...]. »

Le Conseil d'État constate par ailleurs que le texte en projet ne donne pas de définition du concept de « dispositif structuré ». Or, si la directive (UE) 2016/1164 ne contient pas non plus de définition de ce concept, force est cependant de constater que celle-ci est donnée par la directive (UE) 2017/952, précitée, qui, comme le rappellent les auteurs du texte en projet, va s'appliquer aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2020 et, en ce qui concerne les dispositifs hybrides inversés, aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2022. Le Conseil d'État suggère de prendre d'ores et déjà en compte, dans le projet de loi sous avis, la définition du concept de dispositif structuré, et de compléter le paragraphe 1^{er} en projet comme suit :

« Au sens du présent article, on entend par dispositif structuré, un dispositif utilisant un dispositif hybride et dont les termes intègrent la valorisation de l'effet d'asymétrie ou un dispositif qui a été conçu en vue de générer l'effet d'un dispositif hybride, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre du contribuable ou d'une entreprise associée qu'il soit informé de l'existence du dispositif hybride, et qu'il n'ait pas bénéficié de l'avantage fiscal découlant de ce dispositif. »

Ad paragraphe 2

Cette disposition reprend le traitement fiscal à appliquer en présence d'un dispositif hybride, tel que prévu par l'article 9 de la directive (UE) 2016/1164, à savoir que la déduction des dépenses d'exploitation en relation avec un dispositif hybride est refusée dans le chef du contribuable luxembourgeois si : i) ces mêmes dépenses sont déductibles dans un autre État membre qui est à l'origine de la dépense ou de la perte (traitement fiscal en présence d'une double déduction) ou ii) elles ne sont pas imposées dans un autre État membre (traitement fiscal en présence d'une déduction sans inclusion).

Les commentaires du texte en projet précisent par ailleurs que le nouvel article 168ter LIR n'a vocation à s'appliquer que dans les cas de figure où le Luxembourg est à l'origine de la dépense ou lorsque le Luxembourg n'impose pas le produit correspondant. Dans ce cas de figure, il appartient à l'autre État membre de refuser la déduction.

Cette disposition n'appelle pas d'observation particulière de la part du Conseil d'État.

Ad paragraphe 3

Sans observation.

Ad paragraphe 4

Le texte en projet règle la question de la vérification par l'Administration des contributions directes de l'existence ou non d'un dispositif hybride. Suivant le libellé du texte, le contribuable doit être en mesure de prouver qu'un paiement n'est pas déductible dans un autre État membre ou y est imposé. Cette preuve n'est pas à rapporter de manière spontanée, mais uniquement sur demande de l'Administration des contributions directes.

Cette disposition n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Article 3

Sans observation.

Article 4

Point 1

Ce point envisage d'adapter la disposition sur l'abus de droit du paragraphe 6 de la loi précitée du 16 octobre 1934, aux nouvelles exigences de la clause anti-âge générale de l'article 6 de la directive (UE) 2016/1164.

Le Conseil d'État relève de prime abord que l'actuel paragraphe 6 de la loi précitée du 16 octobre 1934 a un champ d'application plus large que la clause anti-abus générale de l'article 6 de la directive (UE) 2016/1164. En effet, si cette dernière entend s'appliquer uniquement en matière d'imposition des sociétés (« Aux fins du calcul de la charge fiscale des sociétés, les États membres ne prennent pas en compte un montage ou une série de montages [...] »), la règle anti-abus du paragraphe 6 de la loi précitée du 16 octobre 1934 a vocation à s'appliquer également à d'autres lois fiscales⁶. Si les auteurs du projet sous rubrique entendaient transposer la clause anti-abus générale de l'article 6 de la directive (UE) 2016/1164 de manière littérale, donc en limitant sa portée au calcul de la seule charge fiscale due par les sociétés, il faudrait insérer un nouvel article dans la LIR, et plus spécifiquement au titre II traitant de l'impôt sur le revenu des collectivités.

Le Conseil d'État comprend que l'intention des auteurs du projet n'est cependant pas de limiter le champ d'application de la règle anti-abus aux seules entités soumises à l'impôt sur le revenu des collectivités, mais plutôt d'adapter la règle anti-abus existante aux exigences de la directive (UE) 2016/1164, tout en maintenant son applicabilité à d'autres lois fiscales et à des contribuables autres que des sociétés. Ceci explique certaines adaptations qui vont au-delà de la directive et qui sont commentées ci-dessous.

Ad paragraphe 1^{er}

La disposition en projet reprend l'essence de la disposition existante, tout en y apportant quelques adaptations de manière à refléter l'esprit des dispositions de la directive. Les commentaires y relatifs précisent que la disposition projetée reprend les trois éléments principaux constitutifs de l'abus de droit – que le Conseil d'État entend examiner – à savoir :

- (i) L'utilisation de formes et d'institutions du droit : le Conseil d'État prend note de l'extension du champ d'application de l'abus de droit, d'une part, par la suppression de la référence aux formes et institutions du droit privé et, d'autre part, par le remplacement de la référence à l'obligation fiscale par une référence à la loi fiscale en général. En ce qui concerne le remplacement de la référence à l'obligation fiscale par une référence à la loi fiscale en général, et dans la mesure où la disposition en projet a vocation à continuer, comme relevé ci-dessus, à s'appliquer à d'autres lois que la seule loi concernant l'impôt sur le revenu des collectivités, le Conseil d'État ne formule pas d'observation particulière.

⁶ Remarques préliminaires à la loi d'adaptation fiscale : « Le titre 3 est applicable en tout ou partie : a) à la totalité du volume 2, b) au volume 3, titres 1^{er} à 3, c) au volume 4, titres 2 à 4, (...), d) au volume 5, 2e partie, titres 5 et 6 ».

En ce qui concerne la proposition des auteurs du projet de maintenir la référence à l'utilisation de formes et d'institutions du droit, le Conseil d'État note que la formulation retenue s'éloigne de l'expression « montage ou série de montages » telle que prévue à l'article 6 de la directive (UE) 2016/1164. Si d'autres pays ont également choisi de ne pas reprendre textuellement la disposition anti-abus de l'article 6, précité, mais plutôt de garder leur disposition anti-abus domestique, force est cependant de constater que la formulation retenue par ces pays se rapproche beaucoup plus du concept de « montage ou série de montages ». Ainsi, à titre d'exemple, l'Italie⁷ a défini l'abus de droit par une référence à « une ou plusieurs transactions », alors que la législation du Royaume-Uni⁸ se réfère au concept d'« arrangements fiscaux ». Par contre, l'Allemagne semble ne pas envisager une adaptation du texte de sa disposition anti-abus, alors même que celle-ci fait référence à un abus des institutions du droit⁹. D'après certaines publications, il n'y aurait en effet aucun besoin de procéder à une adaptation de la disposition existante. Par contre, cette dernière devra à l'avenir être appliquée et interprétée conformément à l'esprit de l'article 6 de la directive (UE) 2016/1164.¹⁰ L'Autriche, quant à elle, a décidé de modifier sa disposition anti-abus existante¹¹, mais tout en gardant la référence à l'abus des institutions du droit.¹²

Sur base de ce qui précède, alors même que le nouveau libellé du paragraphe 6 de la loi précitée du 16 octobre 1934 en projet ne reprend pas les termes de l'article 6 de la directive (UE) 2016/1164, le Conseil d'État ne s'oppose pas à l'approche retenue par les auteurs du projet de loi sous examen.

- (ii) La finalité consistant à obtenir un contournement ou une réduction de la charge d'impôt : le Conseil d'État constate le maintien du principe de la liberté du choix de la voie la moins imposée. Il est d'avis, tout comme les auteurs du projet de loi, que ce principe n'est plus justifié à partir du moment où la voie choisie, d'une part, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents et, d'autre part, a pour objectif principal ou comme un des objectifs principaux de contourner ou de réduire la charge d'impôt de façon contraire à l'objet ou la finalité de la loi fiscale. Le Conseil d'État note par ailleurs le maintien de la formulation relative au contournement ou à la réduction de la charge d'impôt, les tribunaux luxembourgeois ayant déjà eu l'occasion de s'exprimer sur cette formulation, comme le relèvent au demeurant les auteurs du projet de loi sous avis dans le commentaire relatif à cette disposition.
- (iii) L'authenticité de la voie choisie : le texte en projet reprend le libellé de la directive (UE) 2016/1164. Le Conseil d'État note qu'en l'occurrence, le texte en projet utilise la notion de « motifs commer-

7 Decreto legislativo 5 agosto 2015, n. 128 : “*Configurano abuso del diritto una o piu operazioni prive di sostanza economica (...)*.”

8 Finance Act 2013, Part 5, General anti-abuse rule : “*Tisbe Part has effect for the purpose of counteracting tax advantages arising from tax arrangements that are abusive.*”

9 §42 AO: „ (1) ¹Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden. ²Ist der Tatbestand einer Regelung in einem Einzelsteuergesetz erfüllt, die der Verhinderung von Steuerumgehungen dient, so bestimmen sich die Rechtsfolgen nach jener Vorschrift. ³Anderenfalls entsteht der Steueranspruch beim Vorliegen eines Missbrauchs im Sinne des Absatzes 2 so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht.

(2) ¹Ein Missbrauch liegt vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. “

10 Prof. Dr. Wilhelm Haarmann, RA/WP/StB, Linklaters LLP, Frankfurt a. M., „Die Missbrauchsverwirrung“, IStR 2018, 561, S. 6: „Wird § 42 AO in Zukunft nicht nach Maßgabe des Art. 6 ATAD I angewendet, kann sich der Steuerpflichtige darauf berufen, dass die ATAD-Richtlinie nicht ordnungsgemäß umgesetzt worden ist. Die Gerichte haben bei einer Anwendung des § 42 AO das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung zu beachten.“

11 Ancien libellé §22 BAO : „ 1) Durch Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes kann die Abgabepflicht nicht umgangen oder gemindert werden. (2) Liegt ein Mißbrauch (Abs 1) vor, so sind die Abgaben so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.“

12 Nouveau libellé §22 BAO, tel que introduit par la loi fiscale annuelle 2018 („Jahressteuergesetz 2018“) : 1) Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des privaten Rechts kann die Abgabepflicht nicht umgangen oder gemindert werden. (2) Missbrauch liegt vor, wenn eine rechtliche Gestaltung, die einen oder mehrere Schritte umfassen kann, oder eine Abfolge rechtlicher Gestaltungen im Hinblick auf die wirtschaftliche Zielsetzung unangemessen ist. Unangemessen sind solche Gestaltungen, die unter Außerachtlassung der damit verbundenen Steuerersparnis nicht mehr sinnvoll erscheinen, weil der wesentliche Zweck oder einer der wesentlichen Zwecke darin besteht, einen steuerlichen Vorteil zu erlangen, der dem Ziel oder Zweck des geltenden Steuerrechts zuwiderläuft. Bei Vorliegen von triftigen wirtschaftlichen Gründen, die die wirtschaftliche Realität widerspiegeln, liegt kein Missbrauch vor. (3) Liegt ein Missbrauch (Abs 1) vor, so sind die Abgaben so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.

ciaux valables ». Comme exposé ci-dessus, dans la mesure où la règle anti-abus du paragraphe 6 de la loi précitée du 16 octobre 1934 a vocation à s'appliquer au-delà de la seule loi concernant l'impôt sur le revenu des collectivités, et donc également aux contribuables qui n'exercent pas d'activité commerciale au sens de la LIR, le Conseil d'État comprend que les termes de « motifs commerciaux valables » ne sont donc pas à interpréter par référence au concept de commercialité (« *Gewerblichkeit* ») tel que prévu par les différentes lois fiscales (en particulier les articles 14 et 162, alinéa 3, de la LIR, ainsi que le paragraphe 2 de la loi précitée du 1er décembre 1936), mais comme faisant référence à des motifs économiques (« *wirtschaftlich* »).

Par ailleurs, le concept d'authenticité peut, comme le soulignent les auteurs, être interprété et apprécié à la lumière de la jurisprudence luxembourgeoise en matière de motifs extra-fiscaux valables. Le Conseil d'État n'a pas d'observation particulière dans ce contexte.

Les commentaires du texte en projet précisent que les dispositions de l'article 59 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives resteront applicables, à savoir qu'il appartiendra à l'État, lorsqu'il invoque un abus de droit, de prouver que les éléments constitutifs de l'abus se trouvent réunis. Bien plus, les règles en matière de preuve ayant fait l'objet d'une jurisprudence abondante, les contribuables concernés disposent de précisions supplémentaires dans ce domaine. Le Conseil d'État note qu'en assurant par cette approche la continuité des principes appliqués en matière d'abus de droit, toute incertitude est écartée en la matière.

Ad paragraphes 2 à 3

Sans observation.

Point 2

Les commentaires relatifs au texte en projet indiquent que le point sous examen entend mettre fin à des conflits d'interprétation résultant de l'interaction entre les dispositions de droit interne et les dispositions d'une convention préventive de la double imposition concernant l'expression « établissement stable ». L'ajout d'un cinquième alinéa au paragraphe 16 de la loi précitée du 16 octobre 1934 s'inscrit dans le cadre de l'objectif général poursuivi par la directive qui est celui de la lutte contre les structures de planification fiscale agressive basées notamment sur l'exploitation d'asymétries existant entre les règles fiscales nationales et internationales.

Par conséquent, on ne devra se référer au droit interne et, plus particulièrement, au nouvel alinéa 5 du paragraphe 16 de la loi précitée du 16 octobre 1934, précitée, que les auteurs du projet de loi se proposent d'introduire, que dans l'hypothèse où l'analyse et la vérification de l'existence d'un établissement stable, situé dans un pays avec lequel le Luxembourg a conclu une convention fiscale visant à lutter contre la double imposition, ne peuvent se faire sur base de cette convention, et ce, en raison de l'absence d'une définition spécifique permettant de trancher si un résident dispose ou non d'un établissement dans l'autre État contractant dans ladite convention.

Aux termes de l'article 5.1 du modèle de convention de l'OCDE pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale (ci-après « convention DI »), l'expression « établissement stable » désigne une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité. Les auteurs du projet affirment dans les commentaires relatifs à la disposition sous examen que, si la vérification de l'existence d'une installation fixe d'affaires ne pose de manière générale pas de problèmes significatifs, il en est autrement en ce qui concerne la question de savoir si une entreprise exerce effectivement tout ou partie de son activité à travers cette installation fixe. Dans un but de clarification, tout en rappelant que l'appréciation de l'existence ou non d'un établissement stable dans un État lié au Luxembourg par une convention DI se fait au regard des critères retenus à cette fin dans ladite convention, le texte en projet propose de ne reconnaître l'existence d'un établissement stable que si l'activité exercée, considérée isolément, constitue une activité indépendante et représente une participation à la vie économique générale dans l'autre État, sauf disposition contraire de la convention. Les commentaires y relatifs précisent en outre que l'appréciation de l'existence ou non d'un établissement stable n'est pas à confondre avec les situations où les bénéfices réalisés à travers un établissement stable ne sont *in fine* pas imposés, soit du fait d'une lacune dans le droit national de l'État de situation de l'établissement, soit du fait de l'application d'un régime de faveur ancré dans la loi nationale.

Le Conseil d'État note que le libellé du texte sous examen se réfère aux notions d'« activité indépendante » et de « participation à la vie économique générale ». Tandis que les commentaires y relatifs définissent la participation à la vie économique générale comme consistant dans l'exercice d'activités

industrielles ou commerciales par l'intermédiaire d'une installation fixe d'affaires, aucune définition n'est donnée pour la notion d'activité indépendante. À cet égard, le Conseil d'État relève que la LIR emploie ces notions dans le contexte de la détermination du bénéfice commercial, tel que défini par l'article 14 LIR, comme suit : « Est réputée entreprise commerciale, industrielle, minière ou artisanale, toute activité indépendante à but de lucre exercée de manière permanente et constituant une participation à la vie économique générale, lorsque ladite activité ne forme ni une exploitation agricole ou forestière ni l'exercice d'une profession libérale. ». Dès lors, le Conseil d'État se demande pour quelles raisons le critère de but de lucre n'a pas été retenu dans la rédaction du paragraphe 16 en projet de la loi précitée du 16 octobre 1934. Le Conseil d'État estime que le but de lucre est un critère déterminant qui permet de différencier notamment l'activité commerciale de l'activité exercée dans un but purement personnel (« *Liebhabelei* ») et recommande de reformuler le libellé de cette disposition de la manière suivante :

« (5) Par dérogation aux dispositions des alinéas 1 à 4, les seuls critères à appliquer pour déterminer si un contribuable résident dispose d'un établissement stable dans un État 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. À 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 État contractant si cette activité considérée isolément constitue une activité indépendante à but de lucre et représente une participation à la vie économique générale dans cet État, 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 État contractant ne s'y oppose. Aux fins de cet alinéa, il peut être demandé au contribuable de fournir une confirmation que l'autre État 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 État 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 État contractant par un contribuable résident dans le cas où l'autre État 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 État contractant d'imposer ces éléments. »

Par souci de cohérence et d'uniformisation des règles de droit applicables, le Conseil d'État recommande que des notions identiques utilisées dans des articles de loi différents soient interprétées de la même manière. Ainsi, tant la jurisprudence luxembourgeoise que la jurisprudence allemande – pertinente en raison notamment de la similitude de l'article 15 de la loi allemande concernant l'impôt sur le revenu (« *Einkommensteuergesetz* », *EStG*)¹³ avec l'article 14 LIR – constituent autant de sources qui fournissent des précisions concernant la notion de participation à la vie économique générale. L'appréciation de l'exercice d'une activité à travers une installation fixe d'affaires devrait donc se faire en premier lieu par référence à la définition donnée par la convention applicable. Si une telle définition fait défaut, l'appréciation peut se faire pour chaque cas pris isolément, en appliquant les principes tirés des sources mentionnées précédemment aux faits et circonstances du cas donné.

De ce qui précède, le Conseil d'État se demande si les commentaires concernant l'appréciation du critère de participation à la vie économique générale ne sont pas trop catégoriques. En effet, une activité de gestion d'actifs financiers ou d'actifs de propriété intellectuelle, pour autant qu'elle dépasse le cadre de la gestion d'un patrimoine privé, peut, sur la base des principes dégagés par les sources de droit ci-avant mentionnées, raisonnablement constituer une activité indépendante et représenter une participation à la vie économique générale. Ainsi, il serait plus juste de dire que l'appréciation du fait de savoir si la simple gestion d'actifs financiers ou d'actifs de propriété intellectuelle constitue ou non une participation à la vie économique générale dans l'autre État contractant doit être faite par référence aux principes exposés ci-avant et en fonction des faits et circonstances propres à chaque situation.

Le texte en projet prévoit en outre la possibilité pour l'Administration des contributions directes de demander au contribuable de fournir une confirmation que l'autre État contractant considère qu'il existe un établissement stable sur son territoire. Le libellé du texte sous examen prévoit également qu'une

¹³ Art. 15 (2) EStG : « Eine selbständige nachhaltige Betätigung, die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, ist Gewerbebetrieb, wenn die Betätigung weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufs noch als eine andere selbständige Arbeit anzusehen ist. »

telle confirmation doit être fournie lorsque la convention fiscale conclue avec l'autre État ne contient pas de disposition substantiellement conforme à l'article 23A. 4, du modèle de convention de l'OCDE, à savoir que si l'autre État contractant applique les dispositions de ladite convention pour exempter un revenu ou un élément de fortune imposables dans cet autre État, le droit d'imposition revient au Luxembourg.

Le Conseil d'État comprend que l'appréciation de l'existence d'un établissement stable est à faire sur la base des critères de la convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale, et, sauf disposition contraire contenue dans la convention, sur la base de l'application des principes dégagés par la loi, la jurisprudence et la doctrine à des faits et circonstances donnés. La confirmation fournie par le contribuable constitue ainsi un élément supplémentaire à intégrer dans le faisceau d'éléments à apprécier pour conclure à l'existence ou non d'un établissement stable sur le territoire de l'autre État.

Le Conseil d'État est à se demander si le défaut de produire une telle confirmation pourrait, à lui seul, entraîner le refus de reconnaissance de l'existence dudit établissement stable. Le Conseil d'État conçoit en effet qu'un contribuable exploite une usine ou dispose de machines et d'équipements lui appartenant et qui sont utilisés pour exercer une activité de fabrication sur le territoire d'un État contractant, et que l'activité exercée dans l'État en question bénéficie d'un régime d'exemption d'impôt, de sorte que le contribuable ne sera pas en mesure de fournir une déclaration fiscale ou autre confirmation du fait d'avoir été dispensé de la remise d'une telle déclaration. Le Conseil d'État comprend que cette impossibilité de fournir la confirmation prévue par le texte en projet ne mènera pas au refus de reconnaître l'existence de l'établissement stable sous réserve que les autres critères, à savoir ceux de l'activité indépendante et la participation à la vie économique générale dans l'autre État sont bien remplis. Cette problématique étant susceptible de se poser dans toutes les branches d'activité, y compris celles de gestion d'actifs financiers ou d'actifs de propriété intellectuelle, la conclusion ci-dessus devrait, de l'avis du Conseil d'État, valoir pour toute activité exercée qui remplit les critères de l'activité indépendante poursuivant un but de lucre et représentant une participation à la vie économique générale.

Le Conseil d'État comprend les commentaires du texte en projet en ce sens que la confirmation, qui peut être demandée par l'Administration des contributions directes, ne doit pas nécessairement consister en un certificat émis par les autorités fiscales locales confirmant qu'elles reconnaissent l'existence d'un établissement stable sur leur territoire, mais peut consister en tout document probant permettant de conclure que les autorités fiscales de l'autre État contractant reconnaissent l'existence d'une activité commerciale du contribuable sur leur territoire. Le même constat s'impose pour les cas de figure où un certificat doit obligatoirement être fourni par le contribuable. En effet, le Conseil d'État constate que les auteurs du projet ont choisi la formulation suivante : « Aux fins de cet alinéa, il peut être demandé au contribuable de fournir une confirmation que l'autre État contractant considère qu'il existe un établissement stable. Une telle confirmation est à fournir dans l'hypothèse où la convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale conclue avec l'autre État ne contient pas de disposition autorisant le Luxembourg à ne pas exempter [...] ».

Le Conseil d'État demande de clarifier la question de savoir si l'obligation de remettre la confirmation s'apprécie par rapport à la date de la remise de sa déclaration fiscale par le contribuable à l'Administration des contributions directes ou, au contraire, par rapport à l'année fiscale concernée.

En outre, le Conseil d'État constate que toutes les conventions fiscales auxquelles le Luxembourg est partie seront modifiées lors de la mise en œuvre de 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, signée à Paris, le 7 juin 2017, dont le projet de loi de ratification a été déposé en date du 3 juillet 2018 (dossier parl. n° 7333). L'article 5 de cette convention présente trois options permettant de résoudre les problèmes qui peuvent être liés à l'utilisation de la méthode de l'exemption dans les conventions fiscales. Les auteurs de ce projet de loi envisagent l'application de l'option A, qui, tel qu'exposé dans le commentaire des articles, est basée sur le paragraphe 4 de l'article 23A du modèle de convention de l'OCDE et a pour objet d'éviter une double exemption totale ou partielle en cas de désaccord entre l'État de résidence et l'État de la source, sur les faits d'un cas spécifique ou sur l'interprétation des dispositions d'une convention fiscale. Par conséquent, l'application des dispositions de la convention dont il s'agit aura pour effet d'introduire au sein de toutes les conventions fiscales signées par le Luxembourg, une disposition calquée sur l'article 23A, paragraphe 4, du modèle OCDE (sous réserve de ratification de la convention multilatérale par l'autre État contractant de la convention fiscale signée avec le Luxembourg). Dès lors, en rapport avec les com-

mentaires du projet de loi sous examen, l'obligation de fournir une confirmation s'avèrera caduque dans un avenir proche.

Le Conseil d'État s'interroge enfin sur l'incidence du texte sous examen sur les établissements stables existants, et reconnus comme tels, au moment de l'entrée en vigueur du texte en projet en application de l'article 7 de la loi en projet sous avis. Le Conseil d'État estime que l'entrée en vigueur de cette mesure ne devrait pas remettre en cause les années fiscales antérieures, étant donné que l'article 7 de la loi en projet dispose clairement que « les dispositions de la présente loi sont applicables aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2019 ». Une autre lecture de cette disposition serait par ailleurs inadmissible au regard du principe de non-rétroactivité.

Article 5

Point 1

Par le texte sous examen, les dispositions du paragraphe 127 de la loi précitée du 22 mai 1931 (loi générale des impôts, ci-après « AO ») sont modifiées de manière à les adapter aux exigences en matière de paiement de l'impôt à la sortie issues de la directive (UE) 2016/1164. Le Conseil d'État constate cependant que ce texte contient un certain nombre d'éléments qui appellent quelques observations.

Tel que l'exige l'article 5, paragraphe 2, de la directive (UE) 2016/1164, le concept du sursis de paiement est abandonné au profit d'un délai de paiement moyennant un échelonnement des versements sur cinq ans. Le Conseil d'État relève, à cet égard, que le texte en projet prévoit un échelonnement linéaire, alors même que la directive ne se prononce pas clairement sur les modalités de paiement. Sans s'opposer à cette disposition, le Conseil d'État s'interroge néanmoins sur sa pertinence, dans la mesure où elle introduit une certaine rigidité pour les contribuables concernés.

Le Conseil d'État note qu'en l'état actuel de la législation (alinéas 2 et 3 du paragraphe 127 AO), le sursis de paiement est maintenu, sous conditions, dans des situations où les biens initialement transférés à l'étranger sont transférés une nouvelle fois dans le cadre d'une transaction dont la neutralité fiscale est assurée par 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'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre. Le texte en projet propose de supprimer cette disposition. En même temps, l'article 6 du projet de loi sous examen dispose que « les sursis de paiement accordés en vertu du paragraphe 127, alinéas 2 et 3 AO et concernant l'impôt à la sortie en relation avec les exercices d'exploitation clôturés avant le 1^{er} janvier 2020, ne sont pas affectés par la présente loi ».

La combinaison de la suppression des actuels alinéas 2 et 3 du paragraphe 127 AO et des dispositions transitoires prévues par l'article 6 du projet de loi sous avis amènent le Conseil d'État à s'interroger sur le sort des actifs qui ont bénéficié du sursis de paiement sous l'ancien paragraphe 127 AO et qui font l'objet d'un nouveau transfert dans le cadre d'une opération tombant sous l'application de la directive 2009/133/CE, précitée, après l'entrée en vigueur des dispositions du nouveau paragraphe 127 AO. Le Conseil d'État comprend qu'un tel sursis de paiement va être maintenu dans la mesure où, d'après le point a) de l'alinéa 2 du nouveau paragraphe 127 AO en projet, la cession ou le prélèvement des biens ou de l'activité transférés n'interrompent pas le délai de paiement si cette cession ou ce prélèvement intervient dans le cadre d'un apport d'une entreprise ou d'une partie autonome d'entreprise dans les conditions de la directive 2009/133/CE.

La lettre f) concernant l'interruption de l'étalement de la dette d'impôt si 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, ne figure pas parmi les cas visés par le paragraphe 4 de l'article 5 de la directive (UE) 2016/1164. S'agissant d'une disposition qui déclenche l'exigibilité immédiate d'une dette fiscale et, partant, susceptible de mettre en difficulté le contribuable, le Conseil d'État recommande de préciser, dans le texte même de la loi, la forme que doit prendre cette documentation annuelle.

Point 2

Sans observation.

Article 6

Cet article fixe une période transitoire en ce qui concerne les sursis de paiement relatifs à l'impôt à la sortie. Comme le Conseil d'État l'a souligné dans ses observations relatives à l'article 5, point 1,

ci-dessus, la combinaison de la suppression des actuels alinéas 2 et 3 et du paragraphe 127 AO et des dispositions transitoires prévues par la disposition sous examen amènent à s'interroger sur le sort des actifs qui ont bénéficié du sursis de paiement sous l'ancien paragraphe 127 AO et qui font l'objet d'un nouveau transfert dans le cadre d'une opération tombant sous l'application de la directive 2009/133/CE après l'entrée en vigueur des dispositions du nouveau paragraphe 127 AO.

Le Conseil d'État comprend qu'un tel sursis de paiement va être maintenu dans la mesure où, d'après le point a) de l'alinéa 2 du nouveau paragraphe 127 AO en projet, la cession ou le prélèvement des biens ou de l'activité transférés n'interrompt pas le délai de paiement si cette cession ou ce prélèvement intervient dans le cadre d'un apport d'une entreprise ou d'une partie autonome d'entreprise dans les conditions de la directive 2009/133/CE.

Article 7

L'article 7 sous revue détaille la mise en vigueur des différentes dispositions du texte en projet. Le Conseil d'État note que l'article en projet fait référence aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1er janvier 2019 ou du 1er janvier 2020. Le Conseil d'État comprend que pour les besoins de l'application de la règle anti-abus prévue par l'article 4, point 1°, du texte de loi en projet (modification du paragraphe 6 de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934), la notion d'exercice d'exploitation sous-entend la notion d'année d'imposition, qui cadre avec l'année civile suivant l'article 1er, alinéa 2, LIR pour tous les contribuables personnes physiques qui ne sont pas obligés de tenir une comptabilité régulière par application du paragraphe 161 de la loi précitée du 22 mai 1931, donc notamment les contribuables qui ne sont ni des exploitants commerciaux ou agricoles, ni des titulaires d'une profession libérale.

*

OBSERVATIONS D'ORDRE LEGISTIQUE

Observation générale

Il y a lieu de supprimer le point à la suite du numéro des chapitres.

Intitulé

L'intitulé du projet de loi sous avis prête à croire que le texte de la loi en projet comporte tant des dispositions autonomes que des dispositions modificatives. Comme la visée de la loi proposée est toutefois entièrement modificative, il y a lieu de reformuler l'intitulé de manière à ce qu'il reflète cette portée. Le Conseil d'État tient également à ajouter qu'il peut s'avérer utile d'indiquer dans l'intitulé d'un acte exclusivement modificatif la portée des modifications qu'il est envisagé d'apporter à un dispositif comportant un nombre important d'articles.

Pour caractériser l'énumération des actes à l'intitulé, il est fait recours à des numéros suivis d'un exposant « ° » (1°, 2°, 3°...).

Par ailleurs, il est conseillé de citer les actes à modifier dans l'ordre chronologique, en commençant par le plus ancien.

Au vu des développements qui précèdent, l'intitulé du texte sous avis est à reformuler comme suit :

« Projet de loi portant

1° modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ;

2° modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ;

3° modification de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« Gewerbesteuer-gesetz ») ;

4° modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;

en vue de transposer la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur ».

En procédant de cette manière, il y a lieu de restructurer le dispositif de la loi en projet en tenant compte de l'ordre des actes figurant à l'intitulé.

Article 1^{er}

Il convient de supprimer l'intitulé du titre à modifier, pour être superfétatoire.

Les tirets sont à remplacer par des numérotations simples (1., 2., 3.,...). En effet, la référence à des dispositions introduites de cette manière est malaisée, tout spécialement à la suite d'insertions ou de suppressions de tirets opérées à l'occasion de modifications ultérieures.

Le Conseil d'État se doit de relever qu'on « abroge » un acte normatif dans son ensemble ainsi que les articles, paragraphes ou annexes, tandis que l'on « supprime » toutes les autres dispositions, comme les alinéas, phrases ou parties de phrase. Partant, il y a lieu d'écrire, au point 1^o, que « le numéro 1 est supprimé ».

À l'article 38, alinéa 3, dans sa teneur proposée, il convient de supprimer les termes « à partir » après les termes « à compter ».

Article 2

Il y a lieu de supprimer l'intitulé du titre à modifier, pour être superfétatoire.

À l'article 164^{ter} nouveau, alinéa 3, deuxième phrase, il y a lieu d'écrire « sont considérés » et non pas « est considéré ».

À l'article 164^{ter} nouveau, alinéa 4, point 1, il convient de remplacer les termes « rangent dans » par les termes « font partie de », d'écrire « des revenus » au pluriel, d'insérer une virgule après le terme « concurrence » et de remplacer les termes « qui sont en connexion économique » par ceux de « qui ont un lien économique ».

À l'alinéa 4, point 3, le Conseil d'État propose d'écrire « conformément au numéro 2 au titre d'un exercice d'exploitation antérieur ».

Afin de garantir la cohérence avec le libellé du texte de loi qu'il s'agit de modifier, le Conseil d'État recommande de renuméroter l'article 168^{bis} comme suit :

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

1. contribuable : [...]
 2. coûts d'emprunts : [...] ;
 - a) les rémunérations dues sur des prêts participatifs ;
 - b) les intérêts [...]
- [...] ».

À l'article 168^{bis}, point 2, troisième tiret, il convient de supprimer la virgule entre le terme « alternatifs » et les termes « du type finance islamique ».

À l'article 168^{bis}, point 2, sixième tiret, les termes « le cas échéant » précèdent en principe la phrase ou la partie de phrase auxquelles ils se rapportent. Il ressort de l'article 2, point 1, de la directive (UE) 2016/1164 que les termes « le cas échéant » sont placés avant les termes « les intérêts notionnels payés au titre d'instruments dérivés ou de contrats de couverture portant sur les emprunts d'une entité ». Ces termes constituent le septième tiret de l'article 168^{bis}, point 2, du projet de loi sous examen. Partant, il y a lieu de placer les termes « le cas échéant » en début du septième tiret et non pas à la fin du sixième tiret.

À l'article 168^{bis} nouveau, alinéa 1^{er}, point 5, le recours à la forme « et/ou », que l'on peut généralement remplacer par « ou », est à éviter.

À l'article 168^{bis} nouveau, alinéa 1^{er}, point 7, lettre a), lorsqu'il est renvoyé à une lettre faisant partie d'une subdivision, il y a lieu d'utiliser le terme « lettre » avant la lettre à laquelle il est fait référence, et non pas le terme « point ».

La référence à une directive à plusieurs endroits du même dispositif doit en principe comporter l'intitulé complet de celle-ci. Toutefois, afin de faciliter la lecture du dispositif, il peut exceptionnellement être recouru à la formule « directive XXXX/YY/UE précitée » si dans le dispositif il a déjà été fait mention de l'intitulé complet de l'acte visé. Partant, à l'article 168^{bis} nouveau, alinéa 1^{er}, point 7, lettre c), il convient d'insérer le terme « précitée » après le numéro de la directive, pour écrire « [...] directive 2009/138/CE précitée ».

Lorsqu'un acte est cité, il faut veiller à reproduire son intitulé tel que publié officiellement, indépendamment de sa longueur, sauf s'il existe un intitulé de citation. Partant, à l'article 168^{bis} nouveau,

alinéa 1^{er}, point 7, lettre e), il convient d'insérer le terme « portant » avant les termes « sur la coordination ».

À l'article 168*bis* nouveau, alinéa 1^{er}, point 7, lettre f), il n'est pas indiqué de mettre les termes « FIA » entre parenthèses ; il conviendrait d'écrire :

« un fond d'investissement alternatif, ci-après « FIA », [...] ».

Par ailleurs, lorsqu'un acte est cité, il faut veiller à reproduire son intitulé tel que publié officiellement, indépendamment de sa longueur, sauf s'il existe un intitulé de citation. Partant, à l'article 168*bis* nouveau, alinéa 1^{er}, point 7, lettre f), il convient d'écrire :

« 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 ».

En outre, il y a lieu de faire suivre l'intitulé de l'acte précité par une virgule.

À l'article 168*bis* nouveau, alinéa 1^{er}, point 7, lettre g), il faut écrire « [...] directive 2009/65/CE [...] ».

Lorsqu'un acte est cité, il faut veiller à reproduire son intitulé tel que publié officiellement, indépendamment de sa longueur. Partant, à l'article 168*bis* nouveau, alinéa 1^{er}, point 7, lettre i), il faut écrire :

« 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, et modifiant les directives 98/26/CE et 2014/65/UE ainsi que le règlement (UE) n° 236/2012 ».

À l'article 168*bis* nouveau, alinéas 2 et 6 à 8, il convient de remplacer les lettres a) et b) par des chiffres « 1. » et « 2. », ce afin de garantir la cohérence avec le libellé du texte de loi qu'il s'agit de modifier.

À l'article 168*bis* nouveau, alinéa 3, il convient d'insérer une virgule à la suite des termes « lettre a) ».

À l'article 168*bis* nouveau, alinéa 5, il y a lieu d'insérer une virgule après les termes « exercices d'exploitation ».

À l'article 168*bis* nouveau, alinéa 6, il convient d'insérer une virgule à la suite du terme « déductible ».

Au point 3°, de l'article 168*ter* nouveau, alinéa 1^{er}, il convient de mettre les termes « dispositif hybride » entre guillemets et de remplacer le terme « des » par l'article défini « les ».

À l'article 168*ter* nouveau, alinéa 1^{er}, numéros 1 et 2, il convient de supprimer les parenthèses, pour écrire respectivement « , dénommée « double déduction » » et « , dénommée « déduction sans prise en compte » ».

À l'article 168*ter* nouveau, alinéa 1^{er}, à la suite du point 2, il convient de mettre le terme « contribuable » entre guillemets, et d'insérer une virgule après les termes « d'entendre » ainsi qu'après les termes « présent article ».

À l'article 168*ter* nouveau, alinéa 2, phrase liminaire, il y a lieu de supprimer la virgule après le terme « contribuable ».

À l'article 168*ter* nouveau, alinéa 4, il faut écrire « ou tout autre élément pertinent », au lieu de « tous autres éléments pertinents ». En outre, il convient d'insérer une virgule après les termes « numéro 1 ».

Au point 4°, à l'article 172*bis* nouveau, alinéa 4, il convient d'insérer une virgule à la suite des termes « alinéa 2 » et à la suite des termes « alinéa 3 ».

Article 3

Il y a lieu de reformuler l'article 3 comme suit :

« **Art. 3.** Au paragraphe 9 de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« *Gewerbsteuergesetz* »), il est inséré un nouveau numéro 3a à la suite du numéro 3, libellé comme suit :

« 3a. des revenus nets inclus [...] ».

Article 4

Au paragraphe 6, alinéa 1^{er}, dans sa teneur proposée, le Conseil d'État signale que dans le cadre de renvois, l'utilisation d'adjectifs tels que « précédent » sont à écarter. En effet, si ces ajouts figurent dans un renvoi sans indication du numéro, l'insertion d'une nouvelle disposition à l'occasion d'une modification ultérieure peut avoir pour conséquence de rendre le renvoi inexact. Partant, il y a lieu d'écrire :

« Il y a abus au sens de la première phrase [...] ».

À l'alinéa 2, le Conseil d'État renvoie à son observation concernant le paragraphe 6, alinéa 1^{er} et propose d'écrire :

« Si un abus au sens de l'alinéa 1^{er} [...] ».

Au même paragraphe 6, alinéa 3, première phrase, le Conseil d'État recommande d'ajouter les termes « lesdits impôts » avant les termes « sont à rembourser ».

Au point 2°, il convient d'insérer une virgule après les termes « alinéa 5 ».

Au paragraphe 16, alinéa 5, deuxième phrase, dans sa teneur proposée, il y a lieu d'insérer une virgule après les termes « si cette activité » ainsi qu'après les termes « considérée isolément ».

Toujours au paragraphe 16, alinéa 5, dans sa teneur proposée, il convient d'écrire « Aux fins du présent alinéa », au lieu de « Aux fins de cet alinéa ».

Article 5

Le Conseil d'État propose de reformuler l'article sous avis comme suit :

« **Art. 5.** Le paragraphe 127 de la loi générale des impôts [...] »

1° L'alinéa 2 est modifié comme suit :

« (2) Dans la mesure [...] » ;

2° L'alinéa 3 est abrogé. »

Au paragraphe 127, alinéa 2, lettre a), il est indiqué de supprimer les termes « la ou » avant les termes « les sociétés » comme étant superfétatoires, pour écrire :

« lorsque les sociétés bénéficiaires de l'apport déclarent reprendre les droits et obligations [...] ».

Au paragraphe 127, alinéa 2, lettre f), il y a lieu d'écrire « en bonne et due forme ».

Article 7

Le texte de l'article sous revue est à libeller comme suit :

« [...] à l'exception de celles de l'article 1^{er}, points 2° à 4°, et de l'article 5, points 1° et 2°, qui sont applicables [...] ».

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 20 votants, 13 novembre 2018.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Georges WIVENES

