



CHAMBRE DES DÉPUTÉS
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Dossier consolidé

Projet de loi 7318

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 »)

Date de dépôt : 19-06-2018

Date de l'avis du Conseil d'État : 12-12-2018

Liste des documents

Date	Description	Nom du document	Page
15-01-2019	Résumé du dossier	Résumé	<u>3</u>
19-06-2018	Déposé	7318/00	<u>6</u>
16-10-2018	Avis de la Chambre de Commerce (5.10.2018)	7318/01	<u>75</u>
14-11-2018	Avis du Conseil d'État (13.11.2018)	7318/02	<u>100</u>
04-12-2018	Amendements gouvernementaux 1) Dépêche du Ministre aux Relations avec le Parlement au Président de la Chambre des Députés (4.11.2018) 2) Texte et commentaire des amendements gouvernementaux<br [...]	7318/03	<u>128</u>
07-12-2018	Avis de la Chambre des Salariés (27.11.2018)	7318/04	<u>156</u>
12-12-2018	Avis complémentaire du Conseil d'État (11.12.2018)	7318/05	<u>161</u>
14-12-2018	Rapport de commission(s) : Commission des Finances et du Budget Rapporteur(s) : Monsieur André Bauler	7318/06	<u>166</u>
18-12-2018	Premier vote constitutionnel (Vote Positif) En séance publique n°6 Une demande de dispense du second vote a été introduite	7318	<u>226</u>
18-12-2018	Avis de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics (12.12.2018)	7318/07	<u>229</u>
24-12-2018	Avis complémentaire de la Chambre de Commerce (14.12.2018)	7318/08	<u>236</u>
27-12-2018	Dispense du second vote constitutionnel par le Conseil d'Etat (27-12-2018) Evacué par dispense du second vote (27-12-2018)	7318/09	<u>241</u>
14-12-2018	Commission des Finances et du Budget Procès verbal (02) de la reunion du 14 décembre 2018	02	<u>244</u>
11-12-2018	Commission des Finances et du Budget Procès verbal (01) de la reunion du 11 décembre 2018	01	<u>252</u>
18-12-2018	Présentation d'un projet de loi pour reprendre l'option prévue à l'article 4 (1) (a) de la directive (UE) 2016/1164	Document écrit de dépôt	<u>259</u>
21-12-2018	Publié au Mémorial A n°1164 en page 1	7318	<u>262</u>

Résumé

Projet de loi 7318

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

L'objet du projet de loi sous rubrique consiste à transposer en droit national la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, communément appelée directive ATAD (« *Anti Tax Avoidance Directive* »).

Le projet de loi prévoit, de plus, deux modifications supplémentaires, qui ne découlent pas directement de la directive, mais qui visent à accompagner les mesures de celle-ci. Il s'agit d'un côté d'une clarification apportée aux dispositions de la loi d'adaptation fiscale en ce qui concerne la détermination de la présence d'« établissements stables », ainsi que, de l'autre côté, d'un amendement des dispositions de la L.I.R. concernant la neutralité fiscale d'une opération d'échange de titres dans certains cas de figure.

La directive ATAD fait partie du paquet sur la lutte contre l'évasion fiscale de la Commission européenne, présenté en 2016, qui vise à renforcer le cadre légal européen pour rendre la fiscalité des entreprises plus juste, plus simple et plus efficace. Suite à la publication des rapports finaux sur les quinze actions de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) pour lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS), le Conseil de l'Union européenne a souligné, dans ses conclusions du 8 décembre 2015, la nécessité de trouver des solutions communes au niveau de l'Union européenne pour répondre à la planification fiscale agressive des grandes entreprises et pour implémenter les normes internationales, notamment celles de l'OCDE, en la matière. Le paquet sur la lutte contre l'évasion fiscale, et en particulier la directive ATAD, visent par conséquent à harmoniser certains aspects du cadre réglementaire des États membres concernant l'imposition des sociétés et à coordonner leurs efforts pour contrecarrer l'évasion fiscale.

La directive prévoit des mesures dans cinq domaines différents, qui s'appliquent à tous les contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés dans un État membre, ainsi qu'à tous les établissements stables dans un État membre d'entreprises ayant leur résidence fiscale dans un autre État membre ou un pays tiers.

Les cinq domaines visés par la directive sont les suivants : la limitation de la déductibilité des intérêts, l'imposition à la sortie, la clause anti-abus générale, la règle relative aux sociétés étrangères contrôlées et la règle pour lutter contre les dispositifs hybrides.

En ce qui concerne l'imposition à la sortie et la clause anti-abus générale, la législation luxembourgeoise comporte déjà des dispositions y relatives. Il est proposé de compléter et d'adapter ces dispositions en ligne avec les exigences de la directive et de maintenir leur champ d'application actuel, qui peut dans certains cas spécifiques aller au-delà du champ d'application tel que prévu dans la directive, ceci afin d'assurer la cohérence par rapport aux mesures existantes.

L'objectif des dispositions de la directive sur l'imposition à la sortie (« *exit taxation* ») consiste à garantir qu'un État membre perçoive des impôts sur la plus-value générée sur son territoire lorsqu'un contribuable transfère soit des actifs, soit sa résidence fiscale dans une autre juridiction. Cette disposition s'applique également dans les cas où la plus-value est encore latente au moment de la sortie. Puisqu'un dispositif similaire existe déjà au Luxembourg, le projet de loi y apporte seulement certaines modifications ponctuelles pour l'adapter aux exigences de la directive. Ainsi, est notamment ajoutée une précision relative aux transferts temporaires.

La clause anti-abus générale joue un rôle essentiel dans la prévention et la lutte contre l'évasion fiscale. Cette clause, qui est à appliquer à toutes les situations, nationales ou transfrontières, couvre ainsi également les cas qui ne sont pas visés explicitement par des dispositions anti-abus spécifiques.

L'objectif de la règle de limitation de la déductibilité des intérêts (« *interest limitation rule* ») est de décourager le recours à des paiements d'intérêts excessifs sur des dettes envers des tiers, ou des entreprises associées, contractées tant au niveau national qu'au niveau européen ou international. Ainsi la directive introduit un ratio de déductibilité d'intérêts, qui prend en considération seulement les revenus imposables avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissements (EBITDA). En même temps, la directive prévoit un plafond jusqu'à concurrence duquel les surcoûts d'emprunt peuvent être déduits, indépendamment de la limite résultant du ratio. Cependant, la règle de limitation de déductibilité des intérêts ne s'applique pas aux entités autonomes ou aux entreprises financières, étant donné qu'une approche adaptée à ces secteurs n'a pas encore été élaborée aux niveaux international et européen. La directive donne l'option aux États-membres de ne pas appliquer la disposition aux surcoûts d'emprunts de financement de projets d'infrastructures publiques à long terme et aux prêts conclus avant le 17 juin 2016 (clause de grand-père), options retenues par les auteurs du projet de loi.

L'option prévue par la directive de permettre à un groupe de sociétés sous régime d'intégration fiscale de calculer les surcoûts d'emprunt et l'EBITDA au niveau du groupe intégré n'a pas été retenue dans le projet de loi sous rubrique. Par contre, le gouvernement s'est engagé à introduire cette possibilité ultérieurement avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2019.

Par l'introduction d'un nouveau dispositif concernant les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (« *controlled foreign companies* ») en droit national, le projet de loi introduit en droit fiscal luxembourgeois une disposition qui permet de procéder à la réallocation des revenus d'une filiale contrôlée ou d'un établissement stable situé dans une juridiction où ils bénéficient d'un faible niveau d'imposition, à la société faîtière résidente au Luxembourg, à condition qu'il s'agisse de revenus non distribués provenant de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal. Par ce fait, lesdits revenus faiblement imposés deviennent imposables dans l'État de la résidence fiscale de la société faîtière.

Finalement, le projet de loi met en place des mesures pour lutter contre la réduction artificielle de la charge fiscale des entreprises par le biais de dispositifs hybrides (« *hybrid mismatches* »). Le champ d'application de ces mesures est limité pour le moment aux dispositifs hybrides entre États-membres, à l'exclusion de dispositifs hybrides entre un État membre et un État tiers. De même, les dispositifs hybrides d'autres types ne sont pas concernés. Cet état des choses sera modifié par le biais de la transposition de la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 relative aux dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers.

7318/00

N° 7318**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2017-2018

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 »)

* * *

*(Dépôt: le 19.6.2018)***SOMMAIRE:**

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (18.6.2018).....	2
2) Texte du projet de loi.....	2
3) Exposé des motifs	10
4) Commentaire des articles	14
5) Table de concordance.....	37
6) Textes coordonnés.....	38
7) Fiche financière	50
8) Fiche d'évaluation d'impact.....	52
9) 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.....	55

*

ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT

Nous HENRI, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Sur le rapport de Notre Ministre des Finances et après délibération du Gouvernement en conseil;

Arrêtons:

Article unique.– Notre Ministre des Finances est autorisé à déposer en Notre nom à la Chambre des Députés le 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 »).

Palais de Luxembourg, le 18 juin 2018

Le Ministre des Finances,
Pierre GRAMEGNA

HENRI

*

TEXTE DU PROJET DE LOI

Chapitre 1^{er}. – Modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu

Art. 1^{er}. Le titre I (impôt sur le revenu des personnes physiques) de la loi modifiée du 4 décembre 1967 est modifié et complété comme suit:

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

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

2° L'article 35 est complété comme suit:

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

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

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

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

« (6) La date d'acquisition des biens évalués conformément aux alinéas 1^{er} à 5 est la date d'acquisition effective de ces biens. »

3° L'article 38 est remplacé comme suit:

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

- d'une entreprise ou d'un établissement stable est assimilé à la cession en bloc et à titre onéreux de l'entreprise ou de l'établissement stable,

- de biens isolés faisant partie de l'actif net investi est assimilé à la cession à titre onéreux de ces biens

dans les situations suivantes:

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

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

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

4° L'article 43 est complété comme suit:

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

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

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

Cette valeur constitue le prix initial d'acquisition. »

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

« (2a) La date d'acquisition des biens apportés évalués conformément aux alinéas 1^{er} à 2 est la date d'acquisition effective de ces biens. »

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

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

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

1. dans le cas d'un organisme à caractère collectif, le contribuable, à lui seul ou avec ses entreprises associées,
 - a) soit détient une participation directe ou indirecte de plus de 50 pour cent des droits de vote dans cet organisme à caractère collectif,
 - b) soit possède, directement ou indirectement, plus de 50 pour cent du capital dans cet organisme à caractère collectif,
 - c) soit est en droit de recevoir plus de 50 pour cent des bénéfices de cet organisme à caractère collectif;

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

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

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

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

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

(2) Par entreprise associée au sens de la présente loi, il y a lieu d'entendre:

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

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

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

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

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

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

1. les revenus nets à inclure rangent dans la catégorie de revenu du bénéfice commercial et sont limités aux montants générés par les actifs et les risques liés aux fonctions importantes assumées par le contribuable exerçant le contrôle. L'affectation des revenus d'une société étrangère contrôlée est calculée selon le principe de pleine concurrence tel que prévu aux articles 56 et 56bis. Ne sont déductibles que les dépenses d'exploitation qui sont en connexion économique avec les revenus à inclure;
2. lorsque le total des revenus nets de la société étrangère contrôlée à inclure est négatif, il n'est pas inclus dans le revenu net du contribuable;

3. lorsque le total des revenus nets de la société étrangère contrôlée à inclure est positif, le contribuable peut déduire jusqu'à concurrence de ce total les revenus nets négatifs qui n'ont pas été déductibles conformément à la disposition du numéro 2 ci-avant au titre d'un exercice d'exploitation antérieur et qui n'ont pu être déduits pendant aucun exercice d'exploitation postérieur par application des dispositions du présent alinéa. Seuls les revenus nets négatifs réalisés par une société étrangère contrôlée après l'entrée en vigueur du présent article sont déductibles;
 4. le total des revenus nets à inclure dans le revenu net du contribuable est calculé au prorata de la participation au sens de l'alinéa 1^{er}, numéro 1, détenue par le contribuable dans l'organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1^{er};
 5. les revenus nets à inclure sont imposés au titre de l'exercice d'exploitation au cours duquel l'exercice d'exploitation de la société étrangère contrôlée se termine;
 6. lorsque la société étrangère contrôlée est un organisme à caractère collectif qui distribue des bénéfices au contribuable et que ces bénéfices distribués sont inclus dans le revenu net du contribuable, les montants des revenus nets précédemment inclus dans les revenus nets du contribuable en sont déduits jusqu'à concurrence du montant imposable de ces distributions de bénéfices;
 7. lorsque le contribuable cède des titres d'une participation détenue dans le capital d'un organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1^{er} ou l'activité exercée par un établissement stable au sens de l'alinéa 1^{er}, et que la part de la plus-value afférente à cette cession a été incluse précédemment dans le revenu net du contribuable, les montants des revenus nets précédemment inclus dans les revenus nets du contribuable sont déduits de la plus-value afférente à cette cession jusqu'à concurrence du montant imposable de cette plus-value;
 8. conformément aux dispositions des articles 134*bis* et 134*ter*, la fraction d'impôt correspondant au total des revenus nets à inclure dans le revenu net du contribuable est réduite, au prorata de sa participation, à concurrence de l'impôt qui correspond à ce même total des revenus nets, établi et payé à l'étranger par la société étrangère contrôlée. »
- 2° A la suite de l'article 168, il est inséré un nouvel article 168*bis*, libellé comme suit:
- « Art. 168*bis*. (1) Au sens du présent article, on entend par :
- 1) contribuable : un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er} ;
 - 2) coûts d'emprunt : les charges d'intérêts sur toutes les formes de dette, les autres coûts économiquement équivalents à des intérêts et les charges supportées dans le cadre de financements, notamment, mais pas exclusivement,
 - les rémunérations dues sur des prêts participatifs,
 - les intérêts imputés sur des instruments, tels que des obligations convertibles et des obligations sans coupon,
 - les montants déboursés au titre de mécanismes de financement alternatifs, du type finance islamique,
 - les intérêts dus au titre de contrats de crédit-bail,
 - les intérêts capitalisés inclus dans la valeur de l'actif correspondant inscrit au bilan, ou l'amortissement des intérêts capitalisés,
 - les montants mesurés par référence à un rendement financier en vertu des règles d'établissement des prix de transfert, le cas échéant,
 - les intérêts notionnels au titre d'instruments dérivés ou de contrats de couverture portant sur les emprunts d'un organisme,
 - certains gains et pertes de change sur emprunts et instruments liés à des financements,
 - les frais de garantie concernant des accords de financement,
 - les frais de dossier et frais similaires liés à l'emprunt de fonds;
 - 3) surcoûts d'emprunt : le montant du dépassement des coûts d'emprunt déductibles supportés par un contribuable par rapport aux revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents réalisés par ce contribuable;
 - 4) EBITDA: le total des revenus nets majoré des surcoûts d'emprunt visés au numéro 3, les amortissements calculés d'après les articles 29 à 34 et les déductions pour dépréciation qui ont été

- opérées. Sont exclus du calcul de l'EBITDA, les revenus exonérés d'impôts et les dépenses d'exploitation qui sont en connexion économique avec ces mêmes revenus exonérés ;
- 5) projet d'infrastructures publiques à long terme : un projet reconnu d'intérêt public visant à fournir, à améliorer, à exploiter et/ou à conserver un actif de grande ampleur ;
 - 6) entité autonome : un contribuable qui ne fait pas partie d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière et qui n'a pas d'entreprise associée ou pas d'établissement stable situé dans un Etat autre que le Luxembourg;
 - 7) entreprises financières :
 - a) un établissement de crédit, une entreprise d'investissement au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point 1), de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010 ou une société de gestion d'OPCVM (organisme de placement collectif en valeurs mobilières) au sens de l'article 2, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) ;
 - b) une entreprise d'assurance au sens de l'article 13, point 1), de la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) ;
 - c) une entreprise de réassurance au sens de l'article 13, point 4), de la directive 2009/138/CE;
 - d) une institution de retraite professionnelle relevant du champ d'application de la directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, sauf si un Etat membre a choisi de ne pas appliquer ladite directive en tout ou partie à cette institution conformément à l'article 5 de cette directive, ou le délégué d'une institution de retraite professionnelle visé à l'article 19, paragraphe 1^{er}, de ladite directive;
 - e) les institutions de retraite gérant des régimes de retraite qui sont considérés comme des régimes de sécurité sociale relevant du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et du règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, ainsi que toute entité juridique créée aux fins d'investissements de tels régimes;
 - f) un fonds d'investissement alternatif (FIA) géré par un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs ou un FIA surveillé en vertu de la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la Société d'investissement en capital à risque (SICAR) ;
 - g) les OPCVM au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 2009/65/ce du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM);
 - h) les contreparties centrales au sens de l'article 2, point 1), du règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux;
 - i) les dépositaires centraux de titres au sens de l'article 2, paragraphe 1^{er}, point 1), du règlement (UE) n° 909/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 concernant l'amélioration du règlement de titres dans l'Union européenne et les dépositaires centraux de titres ;

j) les entités de titrisation au sens de l'article 2, point 2), du règlement n° (UE) 2017/2402 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titrisation ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées, et modifiant les directives 2009/65/CE, 2009/138/CE et 2011/61/UE et les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 648/2012.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

« Art. 168*ter*. (1) Au sens du présent article, on entend par dispositif hybride des différences dans la qualification juridique d'un instrument financier ou d'un organisme lorsqu'un dispositif structuré conclu entre le contribuable et une partie établie dans un autre Etat membre ou lorsque les relations

commerciales ou financières entre le contribuable et une entreprise associée établie dans un autre Etat membre entraînent les conséquences suivantes:

1. les mêmes dépenses d'exploitation ou les mêmes pertes font l'objet d'une déduction aussi bien au Luxembourg que dans un autre Etat membre qui est à l'origine des dépenses d'exploitation ou des pertes (double déduction);
2. la dépense d'exploitation fait l'objet d'une déduction au Luxembourg où elle a sa source sans donner lieu à une inclusion du produit correspondant dans le total des revenus nets de l'autre Etat membre (déduction sans prise en compte).

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

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

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

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

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

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

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

Chapitre 2. – Modification de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« Gewerbesteuergesetz »)

Art. 3. Le paragraphe 9 de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« Gewerbesteuergesetz ») est complété comme suit :

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

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

Chapitre 3 – Modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz »)

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

1° Le paragraphe 6 est remplacé comme suit:

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

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

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

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

« (5) Par dérogation aux dispositions des alinéas 1^{er} à 4, les seuls critères à appliquer pour déterminer si un contribuable résident dispose d'un établissement stable dans un Etat avec lequel le Luxembourg a conclu une convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale sont les critères retenus à cette fin dans cette convention. A cet égard, il est considéré qu'un contribuable résident exerce tout ou partie de son activité par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans l'autre Etat contractant si cette activité considérée isolément constitue une activité indépendante et représente une participation à la vie économique générale dans cet Etat, à moins qu'une disposition explicite renfermée dans la convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale liant le Luxembourg et l'autre Etat contractant ne s'y oppose. Aux fins de cet alinéa, il peut être demandé au contribuable de fournir une confirmation que l'autre Etat contractant considère qu'il y existe un établissement stable. Une telle confirmation est à fournir dans l'hypothèse où la convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale conclue avec l'autre Etat ne contient pas de disposition autorisant le Luxembourg à ne pas exempter de l'impôt des revenus reçus ou de la fortune possédée dans l'autre Etat contractant par un contribuable résident dans le cas où l'autre Etat contractant interprète les dispositions de la convention d'une manière telle que ces revenus ou cette fortune entrent dans le champ d'application d'une disposition de la convention qui supprime ou limite le droit de l'autre Etat contractant d'imposer ces éléments. »

Chapitre 4 – Modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung »)

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

Le paragraphe 127 est modifié et complété comme suit:

1° L'alinéa 2 est modifié comme suit:

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

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

- a) les biens transférés ou l'activité transférée, exercée par l'établissement stable du contribuable, sont cédés ou prélevés, à l'exception du transfert dans le cadre d'un apport d'une entreprise ou d'une partie autonome d'entreprise dans les conditions définies par l'article 2 de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre ou de dispositions analogues, lorsque la ou les société(s)

bénéficiaire(s) de l'apport déclare(nt) reprendre les droits et obligations de l'apporteur en rapport avec le délai de paiement;

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

2° L'alinéa 3 est abrogé.

Chapitre 5 – Dispositions transitoires

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

Chapitre 6 – Mise en vigueur

Art. 7. Les dispositions de la présente loi sont applicables aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2019, à l'exception de celles de l'article 1^{er}, 2^o, 3^o et 4^o et de l'article 5, 1^o et 2^o qui sont applicables aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2020.

*

EXPOSE DES MOTIFS

Par le dépôt du présent projet de loi, le Gouvernement propose de transposer en droit national la Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur (Journal officiel de l'Union européenne L 193, 19 juillet 2016, pages 1 à 14) (« directive »), communément désignée directive ATAD (« *Anti Tax Avoidance Directive* »).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Les dispositions en matière d'imposition à la sortie de la directive permettent de garantir que lorsqu'un contribuable transfère des actifs ou sa résidence fiscale hors de la juridiction fiscale d'un

Etat, ce dernier impose la valeur économique de toute plus-value générée sur son territoire même si cette plus-value est encore latente au moment de la sortie, comme relevé par le considérant 10.

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

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

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

La directive met aussi en exergue le rôle important des clauses anti-abus générales (« *general anti-abuse rules* »), devant s'appliquer de manière uniforme à des situations nationales et transfrontalières, en vue d'une lutte efficace contre des dispositifs fiscaux abusifs qui n'ont pas encore été traités par des dispositions spécifiques, comme relevé par le considérant 11. S'y ajoute d'ailleurs implicitement le caractère préventif en matière d'évasion fiscale de telles clauses, tel que notamment souligné par la Commission européenne dans sa communication du 19 juillet 2016 relative à la notion d'« aide d'Etat » visée à l'article 107, paragraphe 1^{er}, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Journal officiel de l'Union européenne C 262, 19 juillet 2016, page 40).

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

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

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

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

Les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (« *SEC* », « *controlled foreign companies* ») s'appuient sur l'Action 3 du Plan BEPS de l'OCDE. Elles ont pour effet de réattribuer les revenus

d'une filiale contrôlée soumise à une faible imposition à sa société mère. A l'heure actuelle, un tel dispositif n'existe pas en droit national. Le considérant 12 de la directive donne les précisions suivantes: « *La société mère devient alors imposable sur les revenus qui lui ont été ainsi affectés dans l'Etat où elle a sa résidence fiscale. En fonction des priorités politiques de cet Etat, les règles relatives aux SEC peuvent viser une filiale entière soumise à une faible imposition, des catégories particulières de revenus ou se limiter aux revenus qui ont été artificiellement détournés vers la filiale. En particulier, afin de s'assurer que les règles relatives aux SEC constituent une réponse proportionnée aux préoccupations en matière d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices, il est indispensable que les Etats membres qui limitent l'application de leurs règles relatives aux SEC aux revenus qui ont été artificiellement détournés vers la filiale ciblent précisément les situations où la plupart des fonctions décisionnelles qui ont généré des revenus détournés au niveau de la filiale contrôlée sont exercées dans l'Etat membre du contribuable. Afin de limiter la charge administrative et les coûts de mise en conformité, ces Etats membres devraient pouvoir exempter certaines entités qui réalisent de faibles bénéfices ou dégagent une faible marge bénéficiaire et qui génèrent moins de risques d'évasion fiscale. En conséquence, il est nécessaire que les règles relatives aux SEC s'étendent aux bénéfices d'établissements stables où ces bénéfices ne sont pas imposables ou qui sont exonérés d'impôt dans l'Etat membre du contribuable. Toutefois, il n'y a pas lieu d'imposer, au titre des règles relatives aux SEC, les bénéfices d'établissements stables qui se voient refuser l'exonération fiscale en vertu de réglementations nationales parce que ces établissements stables sont traités comme s'ils étaient des sociétés étrangères contrôlées. Afin d'assurer un niveau de protection élevé, les Etats membres pourraient abaisser le seuil de contrôle ou utiliser un seuil plus élevé en comparant l'impôt réel sur les sociétés et l'impôt sur les sociétés qui aurait été prélevé dans l'Etat membre du contribuable. Lorsqu'ils transposent les règles relatives aux SEC dans leur droit national, les Etats membres pourraient appliquer un seuil de taux d'imposition fractionnaire suffisamment élevé. Il est souhaitable de remédier à ces situations aussi bien dans les pays tiers qu'au sein de l'Union. (...) ».*

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

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

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

La directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers, dont les mesures doivent être appliquées à partir de 2020 sauf l'article 9 *bis* qui doit être appliqué à partir de 2022, a étoffé ce sujet en se consacrant exclusivement et de manière très exhaustive aux dispositifs hybrides. Elle fera ainsi l'objet d'un autre projet de loi en vue de sa transposition en droit national, qui sera présenté au cours de l'année 2019.

Au-delà de la transposition de la directive en droit luxembourgeois, le présent projet de loi se propose également d'apporter des précisions à deux dispositions législatives dont l'interprétation faite par des contribuables a pu favoriser la mise en place de pratiques d'érosion de la base d'imposition et de transfert des bénéfices, voire aboutir à des situations de non-imposition de certains revenus. Les deux amendements proposés dans ce contexte par le projet de loi se situent dans la lignée de l'objectif général poursuivi par la directive, qui est celui de renforcer le niveau moyen de protection contre la planification fiscale agressive au sein du marché intérieur¹. S'agissant d'une directive visant uniquement à mettre en place un niveau minimal de protection contre la planification fiscale agressive au sein du marché

¹ Voir le considérant 3 de la directive.

intérieur, les Etats-membres restent libres d'appliquer des dispositions nationales visant à préserver un niveau plus élevé de protection des bases d'imposition nationales pour l'impôt sur les sociétés².

L'interaction entre des règles fiscales différentes peut être exploitée par des contribuables à des fins de réduction de leur charge fiscale globale et est même susceptible d'aboutir à des situations de non-imposition dont l'apparition n'a pas toujours pu être prévue au moment de la mise en place de ces règles. A ce titre, le Rapport de l'OCDE « *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices* »,³ qui est à la base du plan d'action BEPS adopté en 2015, fait le constat que « *les interactions entre les différents systèmes fiscaux nationaux (y compris entre des règles pourtant adoptées conformément aux règles internationales visant à éviter la double imposition) peuvent aussi aboutir à créer des failles qui permettent de supprimer ou de réduire considérablement l'imposition des revenus ou des bénéfices d'une manière qui n'est pas compatible avec les objectifs de ces règles fiscales nationales ou de ces normes internationales* ». Le même rapport relève encore qu'« *étant donné que les entreprises font l'objet d'une intégration transfrontalière de plus en plus poussée et que les règles fiscales manquent souvent de coordination, un certain nombre de structures, par ailleurs légales du point de vue technique, tirent profit des asymétries qui existent dans les règles fiscales nationales et internationales* »⁴. De cette manière, les deux amendements en question s'inscrivent également dans l'objectif plus large de lutte contre les pratiques d'érosion de la base d'imposition du plan BEPS.

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

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

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Ad article 1^{er}, 1^o

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

Parmi les opérations visées par l'article 22*bis* L.I.R. figure la conversion d'un emprunt dans le cadre de laquelle des titres représentatifs du capital social du débiteur sont attribués au créancier. Cette disposition est utilisée par des contribuables faisant partie d'un même groupe pour la mise en place de

² Voir l'article 3 de la directive.

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

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

structures financières qui permettent au membre débiteur de bénéficier de déductions fiscales, alors que la contrepartie desdites déductions ne génère pas un revenu imposable dans le chef du membre créancier, et échappe ainsi à toute imposition. Cet état des choses contredit le sens de la mesure législative dont l'objectif est de permettre aux contribuables de différer dans le temps l'imposition de plus-values dégagées lors d'un échange de titres dans des situations définies. Le présent projet de loi propose de rectifier cette situation en supprimant le numéro 1 de l'alinéa 2 de l'article 22bis L.I.R.

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

Ad article 1^{er}, 2^o

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

Afin d'assurer la cohérence du dispositif de l'article 35 L.I.R., il est proposé de ne pas limiter l'application du nouvel alinéa 5 aux seuls transferts faisant intervenir exclusivement des Etats membres en tant qu'Etats de sortie, mais d'étendre le champ d'application aux Etats tiers.

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

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

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

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

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

Ad article 1^{er}, 3^o

Alinéa 1^{er}

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

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

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

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

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

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

A ce sujet, il est utile de renvoyer au 2^e alinéa de l'article 16 L.I.R. qui dispose que « *lorsque l'exploitant cesse d'être contribuable résident pour devenir contribuable non résident ou inversement, le bénéfice de la partie écoulée de l'exercice d'exploitation en cours est réputé réalisé au jour de l'événement dont il s'agit* ». Dans le contexte de l'article 38 L.I.R., l'exploitant n'est ainsi pas obligé de clôturer son exercice d'exploitation lorsque de contribuable résident il devient contribuable non résident et inversement.

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

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

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

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

Alinéa 2

Le libellé de l'alinéa 2, qui reprend dans les grandes lignes celui de la 2^e phrase de l'alinéa 1^{er} actuellement en vigueur, fixe la base d'évaluation à attribuer aux biens transférés à l'étranger dans les

conditions de l'alinéa 1^{er}. Ainsi, la valeur estimée de réalisation des biens isolés transférés, de l'entreprise transférée ou de l'établissement stable indigène transféré tient lieu de prix de cession en vue de la détermination de l'impôt à la sortie.

Le critère d'évaluation de la directive est celui de la valeur du marché. Cette notion ne figure pas parmi les bases d'évaluation de la L.I.R. Il n'est pas jugé opportun ni utile d'introduire une nouvelle base d'évaluation, alors que celle de la valeur estimée de réalisation de l'article 27, alinéa 2 L.I.R. correspond au mieux à celle figurant au paragraphe 6 de l'article 5 de la directive et en reflète correctement l'esprit.

Alinéa 3

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

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

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

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

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

Ad article 1^{er}, 4^o

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

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

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

Le nouvel alinéa 1a couvre les situations suivantes:

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

- le contribuable est résident d'un autre Etat membre où il exploite son entreprise et de laquelle il transfère des biens vers son établissement stable indigène.

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

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

Ad article 2, 1^o

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

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

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

L'alinéa 1^{er} vise en outre les participations directes et indirectes dans la SEC. Des règles relatives aux SEC qui se limiteraient aux seules participations directes pourraient être facilement esquivées par l'interposition d'une holding intermédiaire entre le contribuable résident et la SEC. Les participations directes et indirectes sont à additionner afin de déterminer le taux de participation du contribuable.

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

Le seuil de contrôle se base sur le niveau de contrôle juridique ou économique exercé par le contribuable, à lui seul ou avec ses entreprises associées, au cours de l'exercice d'exploitation en question.

Ainsi, chaque contribuable qui, à lui seul ou avec ses entreprises associées, exerce un niveau de contrôle juridique ou économique suffisant pendant l'exercice d'exploitation en question, sera pris en compte lors de la réattribution du revenu de la SEC.

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

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

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

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

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

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

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

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

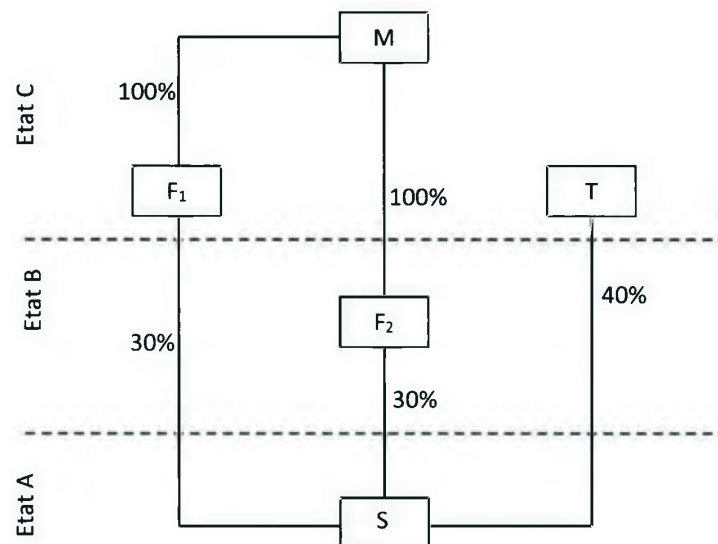
L'alinéa 2 dispose également que si une personne physique ou un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 L.I.R. détient, directement ou indirectement, une participation de 25 pour cent ou plus en termes de droits de vote ou de capital d'un contribuable et d'un ou plusieurs organismes, tous les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

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

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

Exemple 1 :

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



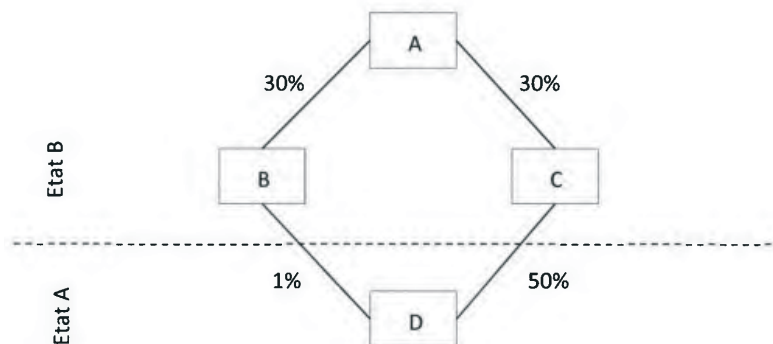
Le contribuable résident M a divisé sa participation de 60 pour cent dans S entre ses deux filiales, F₁ et F₂, qui détiennent chacune une participation de 30 pour cent dans S.

Afin de déterminer si S constitue une SEC de M, il y a d'abord lieu d'identifier les entreprises associées de M. M détenant une participation de 100 pour cent dans ses deux filiales F₁ et F₂, sur la base de l'alinéa 2, M, F₁, F₂ et S sont considérés comme des entreprises associées. T, par contre, n'est qu'une entreprise associée de S.

Ensuite, S ne peut constituer une SEC de M que si M, à lui seul ou avec ses entreprises associées, soit détient une participation directe ou indirecte de plus de 50 pour cent des droits de vote, soit possède, directement ou indirectement, plus de 50 pour cent du capital social, soit est en droit de recevoir plus de 50 pour cent des bénéfices de cet organisme à caractère collectif. En l'espèce, en additionnant les participations détenues par F₁ et F₂, M détient, avec ses entreprises associées, une participation de 60 pour cent dans S. S constitue donc une SEC de M si S remplit en outre le critère d'identification relatif à la charge fiscale effective, tel que repris à l'alinéa 1^{er}, numéro 2. A titre de précision, la même conclusion aurait dû être retenue dans l'hypothèse où M ne détenait pas une participation de 100 pour cent dans ses filiales F₁ et F₂, mais s'il détenait une participation de 60 pour cent dans F₁ et F₂.

Quant au revenu qui sera réattribué à M, les revenus non distribués qui répondent aux critères repris à l'alinéa 3 seront réalloués à M à hauteur de sa participation directe ou indirecte en vertu de l'alinéa 4, numéro 4. En l'espèce, M détenant une participation de 100 pour cent dans F₁ et F₂ se verra réattribuer ainsi 60 pour cent des revenus de la SEC. Dans l'hypothèse reprise ci-dessus, où M détient une participation de 60 pour cent dans F₁ et F₂, les revenus non distribués qui répondent aux critères repris à l'alinéa 3 seront réalloués à M à hauteur de sa participation de 36 pour cent dans S.

Exemple 2 :



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

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

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

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

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

Cette analyse permet de limiter l'application du régime d'imposition des SEC aux organismes qui, sur la base des actifs possédés, des fonctions exercées et des risques assumés, n'étaient pas en mesure de générer elles-mêmes le revenu litigieux. Il y a lieu de préciser que les règles relatives aux SEC ne s'appliquent qu'après la détermination des prix de transfert sur la base des articles 56 et 56bis L.I.R. Contrairement à une analyse catégorielle, telle que reprise au paragraphe 2, point a) de l'article 7 de la directive, l'analyse en vertu du paragraphe 2, point b) de l'article 7 de la directive permet d'identifier et de quantifier avec précision le revenu faisant l'objet de l'évasion fiscale. Cette analyse réduit en outre le risque de double imposition, les fonctions importantes n'étant en principe exercées que par un seul contribuable.

L'alinéa 4 reprend les modalités de calcul des revenus de la SEC. Ainsi, selon le numéro 1, les revenus nets à inclure sont à considérer comme bénéfice commercial du contribuable et ce ne sont que les montants générés par les actifs et les risques liés aux fonctions importantes assumées par le contribuable exerçant le contrôle qui sont à inclure dans le revenu net du contribuable. Il s'agit donc d'une analyse proportionnelle des revenus de la SEC. Le libellé souligne en outre que les revenus de la SEC sont affectés au contribuable selon le principe de pleine concurrence, tel que prévu aux articles 56 et 56bis L.I.R.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ad article 2, 2°

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

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

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

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

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

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

Alinéa 1^{er} – Définitions

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

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

Afin de pouvoir déterminer les surcoûts d'emprunt d'un contribuable qui sont concernés par la nouvelle limitation, il est tout d'abord impératif de définir la notion des « coûts d'emprunt ». La directive n'en prévoit pas de définition précise et rigoureuse, mais décline les coûts d'emprunt en trois catégories principales auxquelles la règle de limitation des intérêts a vocation générale à s'appliquer, à savoir :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

L'objectif poursuivi par la définition des entreprises financières est de couvrir toutes les entités réglementées par une directive européenne ou un règlement européen. D'autres entreprises non réglementées en vertu d'une directive ou règlement européens ne sont pas couvertes par cette définition, sauf, conformément à l'article 2, numéro 5, point f) de la directive, le FIA supervisé en vertu du droit national applicable. Est visé en l'occurrence le FIA soumis à la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la Société d'investissement en capital à risque (SICAR) qui prévoit l'agrément et la surveillance de celui-ci par la Commission de Surveillance du Secteur Financier. A ce sujet, il est également renvoyé au commentaire de l'alinéa 9 reproduit ci-après.

Alinéa 2 – Règle générale de limitation des intérêts

L'alinéa 2 transpose la règle de base de limitation des intérêts telle qu'elle est posée par la directive, mais aussi couverte par le rapport final de 2015 de l'Action 4 du Plan d'action BEPS de l'OCDE. La

directive propose notamment de limiter la déduction du montant des intérêts nets qu'un contribuable peut déduire, en reposant sur un ratio fixe de 30 pour cent du bénéfice avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissements du contribuable.

Compte tenu de l'objectif poursuivi par la directive de fixer au niveau communautaire des normes minimales, il relève de la compétence des Etats membres de décider s'ils souhaitent réduire le ratio de 30 pour cent en vue d'assurer un niveau de protection plus important. A ce sujet, il est proposé de ne pas exercer cette option et d'appliquer le ratio de référence tel que retenu par la directive.

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

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

A cela s'ajoute, en outre, une disposition dite de *safe harbour* qui garantit que les contribuables ayant des surcoûts d'emprunt limités ne sont pas visés par la règle de limitation des intérêts, car ces contribuables sont moins susceptibles de contribuer à l'érosion de la base d'imposition et au transfert de bénéfices. A cette fin et en vue de réduire aussi la charge administrative et la charge découlant de l'obligation de conformité sans en diminuer sensiblement l'effet fiscal, le huitième considérant de la directive dispose que les Etats membres sont libres de prévoir un régime de protection de façon à ce que les intérêts nets soient toujours déductibles à concurrence d'un montant maximal de 3 millions d'euros, lorsque cela aboutit à une déduction supérieure à celle du ratio de 30 pour cent calculé à partir de l'EBITDA. En d'autres termes, la directive donne aux Etats membres la possibilité d'appliquer un seuil monétaire de 3 millions d'euros en dessous duquel ces contribuables sont toujours autorisés à déduire leurs dépenses d'intérêts sans restriction. Pour exclure les contribuables qui présentent le plus faible risque du champ d'application du dispositif limitant les surcoûts d'emprunt, l'alinéa 2 sous examen applique lui aussi ledit seuil de 3 millions d'euros, tel que prévu à l'article 4, paragraphe 3 de la directive. Partant, les contribuables qui se situent en dessous de ce seuil peuvent ainsi déduire leurs coûts d'emprunt sans limitation.

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

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

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

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

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

L'alinéa 3 a trait à la notion de capacité inemployée de déduction des intérêts qui désigne la partie de la fraction représentant 30 pour cent de l'EBITDA qui n'est pas absorbée par les surcoûts d'emprunt portés en déduction pendant l'exercice en cours. Dès lors, si, au cours d'un exercice d'exploitation, le montant des surcoûts d'emprunt déduits est inférieur à la capacité maximale de déduction telle que posée par l'alinéa 2, lettre a), la partie non utilisée de cette fraction de l'EBITDA constitue la capacité inemployée qui peut être reportée pendant les cinq exercices subséquents et ouvre pour cette période droit à la déduction des surcoûts d'emprunt dans les mêmes conditions.

Exemple 1 :

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

Exemple 2 :

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

Alinéa 4 – Report des surcoûts d'emprunt

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

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

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

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

Même dans l'hypothèse où, au titre d'un exercice d'exploitation, le montant des surcoûts d'emprunt à charge du contribuable dépasse la déduction maximale autorisée en vertu de l'alinéa 2, le contribuable est pourtant en droit de porter en déduction cette partie excédentaire des surcoûts d'emprunt, dans la mesure où il dispose encore des capacités inemployées qui, au cours des cinq derniers exercices d'exploitation, n'ont pas du tout ou partiellement impacté la limitation de déduction des surcoûts d'emprunt.

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

Exemple 3 :

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

Durant l'exercice N+1, le contribuable enregistre des surcoûts d'emprunt de 7 millions d'euros et un EBITDA de 18 millions d'euros. En application des règles de calcul définies à l'alinéa 2, la déduc-

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

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

Alinéa 6 – Clause de sauvegarde

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

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

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

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

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

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

Alinéa 7 – Exclusions matérielles

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

Afin de faciliter la transition vers la nouvelle règle de limitation des intérêts, le considérant 8 de la directive indique que les « *Etats membres pourraient prévoir une clause de maintien des droits acquis qui couvrirait les emprunts existants, dans la mesure où leurs conditions ne sont pas modifiées ultérieurement, ce qui signifie qu'en cas de modification ultérieure, cette clause de maintien des droits acquis ne s'appliquerait pas à une augmentation du montant ou de la durée de l'emprunt, mais serait limitée aux conditions initiales de celui-ci. Sans préjudice des règles en matière d'aides d'Etat, les*

Etats membres pourraient aussi exclure les surcoûts d'emprunt encourus au titre de prêts utilisés pour financer des projets d'infrastructures publiques à long terme étant donné que de telles modalités de financement présentent peu ou pas de risques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices. Dans ce contexte, les Etats membres devraient démontrer, de manière appropriée, que les dispositifs de financement des projets d'infrastructures publiques présentent des caractéristiques particulières qui justifient un tel traitement par rapport aux autres dispositifs de financement soumis à des règles restrictives ».

Alinéa 8 – Exclusions personnelles

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

Au sujet des entreprises financières, le considérant 9 de la directive énonce: « *Bien qu'il soit généralement admis que les entreprises financières, à savoir les institutions financières et les compagnies d'assurance, devraient aussi être soumises à des limitations de la déductibilité des intérêts, il est également reconnu que ces deux secteurs présentent des caractéristiques particulières qui requièrent une approche plus adaptée à leurs besoins. Etant donné que les discussions dans ce domaine ne sont pas encore assez concluantes au niveau international et de l'Union, il n'est pas encore possible de prévoir des règles spécifiques dans les secteurs de la finance et des assurances et les Etats membres devraient donc pouvoir exclure du champ d'application des règles de limitation des intérêts.* ». Il est proposé d'exclure les entreprises financières, définies à l'alinéa 1^{er} de l'article 168bis L.I.R. sous examen, du champ d'application de la limitation de la déductibilité des intérêts.

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

Ad article 2, 3°

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

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

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

Cependant, il existe d'autres types de dispositifs hybrides qui ne sont pas traités par l'article 9 de la directive, mais qui font l'objet de la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers. La directive (UE) 2017/952 établit des règles pour lutter contre les dispositifs hybrides faisant intervenir

des Etats tiers et porte encore sur les dispositifs hybrides utilisant des établissements stables, à la fois au niveau de l'Union européenne et des Etats tiers, les transferts hybrides, les dispositifs hybrides importés et les dispositifs utilisant des entités à double résidence. Elle fera l'objet d'un projet de loi à part et va s'appliquer aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{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 considérant 13 de la directive donne les explications suivantes: « *Les dispositifs hybrides sont la conséquence de différences dans la qualification juridique des paiements (instruments financiers) ou des entités et ces différences apparaissent lors de l'interaction entre les systèmes juridiques de deux juridictions. Ces dispositifs se traduisent souvent par une double déduction (à savoir une déduction dans les deux Etats) ou par une déduction des revenus dans un Etat sans qu'ils soient pris en compte dans la base d'imposition de l'autre. Pour neutraliser les effets des dispositifs hybrides, il est nécessaire d'établir des règles en vertu desquelles l'une des deux juridictions intervenant dans un dispositif devrait refuser la déduction d'un paiement conduisant à ce type de résultat. Dans ce contexte, il est utile de préciser que les mesures prévues par la présente directive en vue de lutter contre les dispositifs hybrides visent les situations où ces dispositifs hybrides sont imputables aux différences existant dans la qualification juridique d'un instrument financier ou d'une entité et qu'elles ne sont pas destinées à porter atteinte aux caractéristiques générales du système fiscal d'un Etat membre. Bien que les Etats membres aient approuvé, dans le cadre du groupe « Code de conduite (fiscalité des entreprises) », des lignes directrices sur le traitement fiscal des entités hybrides et des établissements stables hybrides au sein de l'Union ainsi que sur le traitement fiscal des entités hybrides dans les relations avec des pays tiers, il demeure nécessaire d'adopter des règles contraignantes. Il est essentiel d'entreprendre des travaux supplémentaires sur les dispositifs hybrides entre Etats membres et pays tiers, ainsi que sur d'autres dispositifs hybrides tels que ceux impliquant des établissements stables.* »

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

Le périmètre de l'article 168^{ter} L.I.R. est limité aux situations intragroupes intracommunautaires, c'est-à-dire celles faisant intervenir le contribuable établi dans un Etat membre, en l'espèce le Luxembourg, avec une entreprise associée établie dans un autre Etat membre, ainsi qu'aux dispositifs hybrides qui découlent d'un dispositif structuré conclu entre le contribuable établi dans un Etat membre, en l'espèce le Luxembourg, et une partie établie dans un autre Etat membre. La notion de l'entreprise associée est définie à l'article 164^{ter}, alinéa 2 L.I.R. Pour les besoins spécifiques du présent article, les critères de participation de l'article 164^{ter}, alinéa 2 L.I.R. sont adaptés. Il est renvoyé au commentaire de l'alinéa 3 reproduit ci-après.

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

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

D'autre part, un dispositif hybride peut résulter d'une qualification juridique différente que des Etats membres peuvent attribuer à un organisme et qui, par conséquent, subit des traitements fiscaux divergents dans chacun de ces Etats membres. La directive ne fournit pas de descriptif, mais l'exposé des

motifs de la proposition de directive 2016/1164 comble cette lacune. Ainsi, par organisme hybride, il y a lieu d'entendre un organisme fiscalement transparent dans un Etat membre et fiscalement opaque dans l'autre Etat membre. Dans le premier Etat membre, l'imposition des revenus de l'organisme se fait au niveau des associés, en principe en fonction de leur quote-part de participation, alors que dans le deuxième Etat membre concerné, l'organisme lui-même est personnellement soumis à l'impôt. A remarquer qu'un établissement stable d'un organisme, fiscalement transparent ou non, n'est jamais considéré comme un organisme distinct à lui seul. La mise en place d'un organisme hybride peut entraîner une double déduction ou une déduction sans inclusion.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ad article 2, 4^o

L'article 172^{bis} L.I.R. règle le sort du report de pertes ou du report de bonifications d'impôt dans le cadre d'une transformation fiscalement neutre d'un organisme à caractère collectif en un autre organisme à caractère collectif. Dans le contexte de l'introduction de deux nouveaux reports à la suite de l'introduction proposée de l'article 168^{bis} L.I.R., le présent projet de loi suggère d'étendre le champ d'application de l'article 172^{bis} L.I.R. au report des capacités inemployées déterminées à l'article 168^{bis}, alinéa 2, ainsi qu'au report des surcoûts d'emprunt prévu à l'alinéa 3 de ce même article.

Ad article 3

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

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

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

Ad article 4, 1^o

Alinéa 1^{er}

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

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

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

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

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

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

Le présent projet de loi propose de ne pas reprendre la notion d'avantage fiscal, telle que contenue dans la directive, mais a retenu la formulation telle qu'ancrée dans la jurisprudence, à savoir celle du contournement ou de la réduction de la charge d'impôt. Si une codification de la jurisprudence a certes

comme objectif la continuité et la certitude juridique, le libellé proposé répond aussi aux exigences d'une clause anti-abus aussi générale que possible, et il est partant également en ligne avec la directive. Le contournement et la réduction de la charge d'impôt s'apprécie par la comparaison entre la charge d'impôt qui résulte de la voie juridique utilisée et celle qui est due si la voie juridique non authentique n'est pas prise en compte.

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

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

En ce qui concerne la potentielle interaction des différentes clauses anti-abus en matière fiscale, les dispositions spéciales l'emportent sur la loi générale. Il convient d'attirer l'attention sur le considérant 11 de la directive qui prévoit notamment ce qui suit: « *des clauses anti-abus générales sont prévues dans les systèmes fiscaux pour lutter contre les pratiques fiscales abusives qui n'ont pas encore été traitées par des dispositions spécifiques. Les clauses anti-abus générales servent donc à combler des lacunes; elles ne devraient pas avoir d'incidence sur l'applicabilité des clauses anti-abus spécifiques* ». Ainsi, si un dispositif fiscal abusif entre dans le champ d'application d'une clause anti-abus spéciale (par exemple de la règle SEC introduite par le présent projet de loi), c'est cette dernière qui a vocation à le traiter. Il y a cependant lieu de relever que si les éléments constitutifs des dispositions anti-abus spéciales ne sont pas remplis, la clause anti-abus générale est susceptible de s'appliquer de par sa vocation générale.

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

Il incombe dès lors à l'Etat qui invoque un abus de droit de prouver que les éléments constitutifs de l'abus se trouvent réunis. Toutefois, l'Etat n'est pas tenu de rapporter la preuve concrète de l'impossibilité d'une justification économique de la voie utilisée. Ces principes ont été précisés comme suit par une jurisprudence bien établie en matière de preuve: « *(...) il appartient en principe à l'Etat qui invoque un abus de droit de prouver que les éléments constitutifs de l'abus se trouvent réunis. Par rapport au critère de l'existence de considérations économiques valables à la base de la voie choisie, cette charge de la preuve ne saurait cependant avoir pour conséquence d'imposer à l'Etat la preuve concrète de l'impossibilité d'une justification économique de la voie choisie. La preuve à rapporter par une partie devant plutôt toujours être limitée aux éléments qu'elle peut raisonnablement être supposée établir; il y a lieu d'admettre que l'Etat devra rendre plausible l'absence d'une justification*

économique à la base de la voie choisie et qu'il incombe alors au contribuable, à la source de la voie choisie, de faire état de considérations économiques justifiant, d'après lui, la voie choisie malgré l'apparence établie par l'Etat » (voir Cour administrative, 18 mars 2014, n^{os} 32984C et 33125C), Cour administrative, 16 février 2016 (n^{os} 35978C et 35979C). Tel que relevé ci-avant, il appartient en outre au contribuable de faire état de motifs qui *« puissent être considérés comme réels et présentant un avantage économique suffisant au-delà du seul bénéfice fiscal obtenu »*. Cette approche devrait pouvoir continuer à s'appliquer à la nouvelle clause anti-abus générale. L'Etat ne saurait être tenu d'établir l'inexistence de motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.

Alinéa 2

Conformément à l'alinéa 2 – qui reprend en substance l'actuel alinéa 2 du paragraphe 6 StAnpG tout en modernisant ponctuellement son libellé afin de garantir sa cohérence avec le libellé du nouvel alinéa 1^{er} – en cas d'abus, les impôts sont à percevoir comme ils auraient dû l'être au cas où la voie juridique utilisée avait été authentique compte tenu des faits et circonstances pertinents. Cet alinéa vise à neutraliser les effets fiscaux de l'abus.

Alinéa 3

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

Ad article 4, 2^o

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

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

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

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

pour ce qui concerne l'interprétation d'une convention D.I. et notamment l'existence d'un établissement stable dans un Etat contractant. Ces divergences de vue peuvent entraîner qu'un même revenu est soit imposable dans les deux Etats contractants, soit n'est imposable dans aucun desdits Etats.

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

Dans ce contexte, il échet de ne pas confondre cette situation avec la situation où le droit interne d'un Etat contractant empêche celui-ci d'exercer son droit d'imposition soit parce que le revenu ne constitue pas un revenu imposable au sens du droit interne de cet Etat, soit parce que le revenu bénéficie d'un régime de faveur.

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

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

Le nouvel alinéa 5 que le présent projet de loi se propose d'introduire vise à mettre fin à des conflits d'interprétation résultant de l'interaction entre les dispositions de droit interne et les dispositions d'une convention D.I. concernant l'expression « établissement stable ». Tout d'abord, le nouvel alinéa 5 précise qu'en présence d'une convention D.I. seuls les critères déterminés par la convention pour définir l'expression « établissement stable » sont à prendre en considération pour trancher si un contribuable résident dispose d'un établissement stable dans l'autre Etat contractant. Cette précision a pour objectif d'éviter les conflits d'interprétation mentionnés ci-dessus. D'une part, dans les cas où un terme ou une expression utilisé n'est pas défini dans la convention D.I., les conventions D.I. renvoient elles-mêmes à l'interprétation consacrée dans le droit interne. D'autre part, la deuxième phrase de l'alinéa 5 détermine dès à présent qu'en présence d'une convention D.I., l'activité exercée par un contribuable résident dans l'autre Etat contractant constitue uniquement un établissement stable si cette activité à elle seule constitue une activité indépendante et représente une participation à la vie économique générale dans cet autre Etat, à moins qu'une disposition non équivoque incluse dans la convention D.I. liant le Luxembourg et l'autre Etat ne s'oppose à cette conception.

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

Dans ce contexte, il est clair que l'appréciation de la situation factuelle n'est pas toujours chose aisée dans les cas où l'activité exercée dans l'autre Etat contractant n'exige pas l'existence d'une infrastructure étendue ou encore une mobilisation importante de ressources humaines dont la présence peut être vérifiée assez aisément sur la base des déclarations d'impôt déposées. Au contraire, lorsque

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

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

Ad article 5

Le paragraphe 127, alinéas 2 et 3 AO fixe actuellement les critères en vertu desquels un contribuable peut demander un sursis de paiement pour l'impôt dû à la sortie (« *exit tax* ») conformément aux articles 38 et 172 L.I.R. Il est proposé de fusionner les alinéas 2 et 3 en un seul alinéa 2. Dans son paragraphe 2, l'article 5 de la directive ne reprend pas le concept du sursis de paiement, mais autorise le contribuable à reporter le paiement de l'impôt à la sortie moyennant un échelonnement des versements sur cinq ans. Alors que le sursis de paiement autorise le contribuable à différer le paiement de l'impôt à la sortie et qu'il produit ses effets notamment aussi longtemps que le contribuable reste propriétaire des biens transférés, le délai de paiement ne suspend pas l'exigibilité de cet impôt, mais permet d'étaler les versements sur une période prédéfinie. La directive ne se prononce pas clairement sur les modalités pratiques de l'échelonnement, c'est-à-dire par quelle proportion l'impôt est à répartir sur la période quinquennale. Il appartient donc à l'Etat membre de fixer ces modalités dans le respect du considérant 10 de la directive en vertu duquel « *les contribuables devraient avoir le droit soit de payer immédiatement le montant de l'impôt à la sortie calculé soit d'étaler le paiement du montant de l'impôt en plusieurs versements sur plusieurs années* ». Pour des raisons de simplicité et de praticabilité, il est proposé que l'échelonnement soit linéaire, c'est-à-dire que le paiement de l'impôt à la sortie se fasse moyennant cinq versements de montants égaux. Le contribuable peut également renoncer au délai de paiement.

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

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

Dans sa mise en demeure du 27 septembre 2012, infraction n° 2012/4015, la Commission européenne avait reproché au Luxembourg que le sursis de paiement soit accordé en principe contre une

garantie, ou encore avec mise en compte d'intérêts de retard. Partant, le dispositif du paragraphe 127 AO en fait abstraction. Or, la directive retient une approche différente. L'article 5, paragraphe 3 de la directive permet à l'Etat de sortie d'avoir recours à des intérêts de retard conformément à sa législation nationale. Vu la nature spécifique de l'impôt à la sortie, c'est-à-dire le recouvrement d'un impôt généré par des biens dont le contribuable reste le propriétaire, et dans la continuité du dispositif actuellement en vigueur, le présent projet de loi renonce formellement à la mise en compte d'intérêts de retard.

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

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

- a) l'étalement prend fin en cas de vente des biens transférés ou de l'activité transférée. Sont visés les biens transférés par un contribuable résident vers son établissement stable situé à l'étranger, puis cédés ultérieurement. Il en est de même lorsqu'un résident a transféré son entreprise à l'étranger et qu'il continue à l'exploiter en tant qu'établissement stable étranger, puis procède à sa cession. Le libellé de la directive englobe encore les biens « *cédes d'une autre façon* », notamment les biens prélevés, mais également les biens apportés à une autre entreprise. En ce qui concerne les opérations d'apport, le libellé actuellement en vigueur du paragraphe 127, alinéa 2 AO prévoit néanmoins une exception à l'interruption du délai, que le présent projet de loi propose de maintenir, lorsque le transfert de biens a lieu dans le cadre d'un apport d'une entreprise ou d'une partie autonome d'entreprise dans les conditions définies par l'article 2 de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre ou de dispositions analogues, à la condition toutefois que la société bénéficiaire de l'apport déclare reprendre les droits et obligations de l'apporteur en rapport avec le délai de paiement;
- b) les biens transférés vers un Etat d'accueil éligible sont transférés à nouveau à partir de cet Etat vers un autre Etat d'accueil. Le délai de paiement reste cependant intact si cet Etat d'accueil est un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen autre qu'un Etat membre de l'Union européenne et que le Luxembourg ou l'Union européenne est lié avec ce nouvel Etat d'accueil par un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances fiscales, offrant une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010. Le délai n'est également pas affecté par un transfert intracommunautaire.
- c) la troisième situation dommageable concerne l'établissement de la résidence fiscale d'un contribuable résident à l'étranger, ou encore le transfert vers l'étranger de l'établissement stable indigène

- d'un non-résident, alors que ces contribuables bénéficient d'un délai de paiement. Le délai de paiement reste également intact dans les mêmes conditions exposées ci-avant sous la lettre b);
- d) le contribuable fait faillite ou est mis en liquidation;
 - e) le contribuable ne respecte pas les échéances du délai de paiement. L'interruption du délai n'est pas immédiate, puisque la directive octroie au contribuable une tolérance jusqu'à douze mois pour régulariser sa situation;
 - f) la documentation annuelle, justifiant que les situations énumérées ci-avant aux lettres a), b) et c) ne se sont pas réalisées, fait défaut.

Ad article 6

Il est proposé d'accompagner le passage du sursis de paiement vers le délai de paiement en matière de l'imposition à la sortie (paragraphe 127 AO) par une mesure transitoire en vertu de laquelle un contribuable peut continuer à bénéficier du sursis de paiement. Tel est le cas si le sursis de paiement est demandé pour des exercices d'exploitation dont la clôture a lieu avant le 1^{er} janvier 2020. Le nouveau dispositif du délai de paiement s'applique pour la première fois aux exercices d'exploitation qui commencent à partir du 1^{er} janvier 2020.

Ad article 7

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

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

*

TABLE DE CONCORDANCE

Lois fiscales à modifier

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

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

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

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

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

Tableau de concordance

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

*

TEXTES COORDONNES

MODIFICATION DE LA LOI MODIFIEE du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu

Art. 22^{bis} (1) Au sens de la présente loi, on entend par:

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

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

1. ~~lors de la conversion d'un emprunt: l'attribution au créancier de titres représentatifs du capital social du débiteur. En cas de conversion d'un emprunt capitalisant convertible, l'intérêt capitalisé se rapportant à la période de l'exercice d'exploitation en cours précédant la conversion est imposable au moment de l'échange;~~
2. lors de la transformation d'un organisme à caractère collectif en un autre organisme à caractère collectif: l'attribution à l'associé de titres représentatifs du capital social de l'organisme transformé;
3. lors d'une fusion ou d'une scission de sociétés de capitaux ou de sociétés résidentes d'un Etat membre: l'attribution à l'associé de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire ou des sociétés bénéficiaires de la transmission en échange des titres représentatifs du capital social détenus dans la société apporteuse;

4. lors de l'acquisition

- a) par une société résidente d'un Etat membre ou
- b) par une société de capitaux pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités, dans le capital social d'une autre société visée sub a) ou b) d'une participation ayant pour effet soit de lui conférer, soit d'augmenter la majorité des droits de vote dans la société acquise: l'attribution à l'associé de titres représentatifs du capital social de la société acquérant en échange des titres représentatifs du capital social détenus dans la société acquise.

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

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

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

Art. 35 (1) En cas de création d'une entreprise ou d'une partie autonome d'entreprise les biens constituant l'actif net investi au début du premier exercice d'exploitation ne peuvent être évalués:

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

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

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

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

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

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

(6) La date d'acquisition des biens évalués conformément aux alinéas 1^{er} à 5 est la date d'acquisition effective de ces biens.

Art. 38 (1) Le transfert à l'étranger d'une entreprise ou d'un établissement stable est assimilé à la cession en bloc et à titre onéreux de l'entreprise ou de l'établissement stable. La valeur estimée de réalisation de l'entreprise ou de l'établissement stable est à retenir à titre de prix de cession. Le transfert à l'étranger

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

dans les situations suivantes:

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

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

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

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

Art. 43 (1) Les suppléments d'apport et les prélèvements personnels sont respectivement à mettre en compte pour leur valeur d'exploitation au moment de l'apport et à celui du prélèvement. Cette valeur constitue, quant aux suppléments d'apport, le prix initial d'acquisition.

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

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

Cette valeur constitue le prix initial d'acquisition.

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

cation de l'article 99bis, sont à évaluer au prix d'acquisition ou à la valeur d'exploitation si elle est inférieure.

(2a) La date d'acquisition des biens apportés évalués conformément aux alinéas 1^{er} à 2 est la date d'acquisition effective de ces biens.

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

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

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

- a) soit détient une participation directe ou indirecte de plus de 50 pour cent des droits de vote dans cet organisme à caractère collectif,
- b) soit possède, directement ou indirectement, plus de 50 pour cent du capital dans cet organisme à caractère collectif,
- c) soit est en droit de recevoir plus de 50 pour cent des bénéfices de cet organisme à caractère collectif;

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

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

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

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

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

(2) Par entreprise associée au sens de la présente loi, il y a lieu d'entendre:

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

Si une personne physique ou un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 détient, directement ou indirectement, une participation de 25 pour cent ou plus en termes de droits de vote ou de capital

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

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

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

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

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

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

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

- 1) contribuable : un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er};

- 2) coûts d'emprunt : les charges d'intérêts sur toutes les formes de dette, les autres coûts économiquement équivalents à des intérêts et les charges supportées dans le cadre de financements, notamment, mais pas exclusivement,
- les rémunérations dues sur des prêts participatifs,
 - les intérêts imputés sur des instruments, tels que des obligations convertibles et des obligations sans coupon,
 - les montants déboursés au titre de mécanismes de financement alternatifs, du type finance islamique,
 - les intérêts dus au titre de contrats de crédit-bail,
 - les intérêts capitalisés inclus dans la valeur de l'actif correspondant inscrit au bilan, ou l'amortissement des intérêts capitalisés,
 - les montants mesurés par référence à un rendement financier en vertu des règles d'établissement des prix de transfert, le cas échéant,
 - les intérêts notionnels au titre d'instruments dérivés ou de contrats de couverture portant sur les emprunts d'un organisme,
 - certains gains et pertes de change sur emprunts et instruments liés à des financements,
 - les frais de garantie concernant des accords de financement,
 - les frais de dossier et frais similaires liés à l'emprunt de fonds;
- 3) surcoûts d'emprunt : le montant du dépassement des coûts d'emprunt déductibles supportés par un contribuable par rapport aux revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents réalisés par ce contribuable;
- 4) EBITDA: le total des revenus nets majoré des surcoûts d'emprunt visés au numéro 3, les amortissements calculés d'après les articles 29 à 34 et les déductions pour dépréciation qui ont été opérées. Sont exclus du calcul de l'EBITDA, les revenus exonérés d'impôts et les dépenses d'exploitation qui sont en connexion économique avec ces mêmes revenus exonérés ;
- 5) projet d'infrastructures publiques à long terme : un projet reconnu d'intérêt public visant à fournir, à améliorer, à exploiter et/ou à conserver un actif de grande ampleur ;
- 6) entité autonome : un contribuable qui ne fait pas partie d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière et qui n'a pas d'entreprise associée ou pas d'établissement stable situé dans un Etat autre que le Luxembourg;
- 7) entreprises financières :
- a) un établissement de crédit, une entreprise d'investissement au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point 1), de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010 ou une société de gestion d'OPCVM (organisme de placement collectif en valeurs mobilières) au sens de l'article 2, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) ;
 - b) une entreprise d'assurance au sens de l'article 13, point 1), de la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) ;
 - c) une entreprise de réassurance au sens de l'article 13, point 4), de la directive 2009/138/CE;
 - d) une institution de retraite professionnelle relevant du champ d'application de la directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, sauf si un Etat membre a choisi de ne pas appliquer ladite directive en tout ou partie à cette institution conformément à l'article 5 de cette directive,

- ou le délégué d'une institution de retraite professionnelle visé à l'article 19, paragraphe 1^{er}, de ladite directive;
- e) les institutions de retraite gérant des régimes de retraite qui sont considérés comme des régimes de sécurité sociale relevant du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et du règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, ainsi que toute entité juridique créée aux fins d'investissements de tels régimes;
 - f) un fonds d'investissement alternatif (FIA) géré par un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs ou un FIA surveillé en vertu de la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la Société d'investissement en capital à risque (SICAR) ;
 - g) les OPCVM au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 2009/65/ce du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM);
 - h) les contreparties centrales au sens de l'article 2, point 1), du règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux ;
 - i) les dépositaires centraux de titres au sens de l'article 2, paragraphe 1^{er}, point 1), du règlement (UE) n° 909/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 concernant l'amélioration du règlement de titres dans l'Union européenne et les dépositaires centraux de titres ;
 - j) les entités de titrisation au sens de l'article 2, point 2), du règlement (UE) 2017/2402 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titrisation ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées, et modifiant les directives 2009/65/CE, 2009/138/CE et 2011/61/UE et les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 648/2012.

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

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

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

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

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

(6) Lorsque le contribuable est membre d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière, l'intégralité des surcoûts d'emprunt est, sur demande, déductible si le contribuable peut démontrer que

le ratio entre ses fonds propres et l'ensemble de ses actifs est égal ou supérieur au ratio équivalent du groupe, pour autant que les conditions suivantes soient remplies :

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

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

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

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

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

Art. 168ter (1) Au sens du présent article, on entend par dispositif hybride des différences dans la qualification juridique d'un instrument financier ou d'un organisme lorsqu'un dispositif structuré conclu entre le contribuable et une partie établie dans un autre Etat membre ou lorsque les relations commerciales ou financières entre le contribuable et une entreprise associée établie dans un autre Etat membre entraînent les conséquences suivantes:

1. les mêmes dépenses d'exploitation ou les mêmes pertes font l'objet d'une déduction aussi bien au Luxembourg que dans un autre Etat membre qui est à l'origine des dépenses d'exploitation ou des pertes (double déduction);
2. la dépense d'exploitation fait l'objet d'une déduction au Luxembourg où elle a sa source sans donner lieu à une inclusion du produit correspondant dans le total des revenus nets de l'autre Etat membre (déduction sans prise en compte).

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

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

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

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

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

Art. 172bis (1) Lorsqu'un organisme à caractère collectif est transformé en un autre organisme à caractère collectif dans le cadre d'une opération fiscalement neutre visée par l'article 170, alinéa 2, le report de pertes au sens de l'article 114 est continué dans les mêmes conditions dans le chef de l'organisme transformé.

(2) L'alinéa 1^{er} est d'application correspondante dans les cas visés par l'article 172, alinéa 5.

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

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

*

MODIFICATION DE LA LOI MODIFIEE
du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial
 (« *Gewerbesteuergesetz* »)

§ 9

Die Summe des Gewinns und der Hinzurechnungen wird gekürzt um:

1. ...
2. die Anteile am Gewinn einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer anderen Gesellschaft, bei der die Gesellschafter als Unternehmer (Mitunternehmer) des Gewerbebetriebs anzusehen sind, wenn die Gewinnanteile bei der Ermittlung des Gewinns (§ 7) angesetzt worden sind;
- 2a. des dividendes, parts de bénéfice et autres produits alloués sous quelque forme que ce soit en raison d'une participation dans une société de capitaux résidente, non exemptée, au sens du paragraphe 2, alinéa 2, n° 2, si la participation représente au début de l'année d'imposition au moins 10% du capital social de la société distributrice et si les dividendes, parts de bénéfice et autres produits sont compris dans le bénéfice d'exploitation déterminé suivant le paragraphe 7. Les dispositions qui précèdent sont d'application correspondante, si la participation est détenue directement dans le capital social d'une société de capitaux non résidente pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités. La détention d'une participation à travers un des organismes visés à l'alinéa 1^{er} de l'article 175 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, est à considérer comme détention directe proportionnellement à la fraction détenue dans l'actif net investi de cet organisme. Toutefois, sont exclus du présent numéro les revenus visés par la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents lorsqu'ils sont alloués par un organisme à caractère collectif résident d'un autre Etat membre et visé par l'article 2 de la directive 2011/96/UE dans la mesure où ils sont déductibles dans cet Etat ou lorsqu'ils sont alloués dans le cadre d'un montage ou d'une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de cette directive, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Au sens de la présente disposition, un montage, qui peut comprendre plusieurs étapes ou parties, ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique;
- 2b. des parts de bénéfices ajoutées en vertu du paragraphe 8 n° 4 au bénéfice d'exploitation d'une société en commandite par actions, pour autant qu'elles sont comprises dans le bénéfice d'exploitation déterminé suivant le paragraphe 7;
3. den Teil des Gewerbeertrags eines inländischen Unternehmens, der auf eine nicht im Inland belegene Betriebsstätte entfällt, soweit er die Ermittlung des Gewinns beeinträchtigt hat;
- 3a. des revenus nets inclus au total des revenus nets conformément à l'article 164ter de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, pour autant qu'ils sont compris dans le bénéfice d'exploitation déterminé suivant le paragraphe 7;
4. les dons en espèces à des organismes reconnus d'utilité publique par une loi ou en vertu des articles 26-2, 27 et suivants de la loi modifié du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations

sans but lucratif ou à toute autre collectivité ou institution visée à l'article 112 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, ainsi que la dotation initiale en espèces apportée par le fondateur à une fondation visée par le présent article, dans la mesure où ils ne dépassent pas vingt pour-cent du bénéfice d'exploitation augmenté des ajouts prévus au § 8, ni 1.000.000 euros.

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

*

**MODIFICATION DE LA LOI D'ADAPTATION FISCALE MODIFIEE
du 16 octobre 1934 (« *Steueranpassungsgesetz* »)**

§ 6

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

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

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

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

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

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

§ 16

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

(2) Als Betriebstätten gelten:

1. die Stätte, an der sich die Geschäftsleitung befindet;
2. Zweigniederlassungen, Fabrikationsstätten, Warenlager, Ein- und Verkaufstellen, Landungsbrücken (Anlegestellen von Schiffahrtsgesellschaften), Kontore und sonstige Geschäftseinrichtungen, die

dem Unternehmer (Mitunternehmer) oder seinem ständigen Vertreter (zum Beispiel einem Prokuristen) zur Ausübung des Gewerbes dienen;

3. les chantiers de construction ou de montage, si leur durée a dépassé six mois ou s'il est prévisible qu'elle dépassera six mois.

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

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

(5) Par dérogation aux dispositions des alinéas 1^{er} à 4, les seuls critères à appliquer pour déterminer si un contribuable résident dispose d'un établissement stable dans un Etat avec lequel le Luxembourg a conclu une convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale sont les critères retenus à cette fin dans cette convention. A cet égard, il est considéré qu'un contribuable résident exerce tout ou partie de son activité par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans l'autre Etat contractant si cette activité considérée isolément constitue une activité indépendante et représente une participation à la vie économique générale dans cet Etat, à moins qu'une disposition explicite renfermée dans la convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale liant le Luxembourg et l'autre Etat contractant ne s'y oppose. Aux fins de cet alinéa, il peut être demandé au contribuable de fournir une confirmation que l'autre Etat contractant considère qu'il y existe un établissement stable. Une telle confirmation est à fournir dans l'hypothèse où la convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale conclue avec l'autre Etat ne contient pas de disposition autorisant le Luxembourg à ne pas exempter de l'impôt des revenus reçus ou de la fortune possédée dans l'autre Etat contractant par un contribuable résident dans le cas où l'autre Etat contractant interprète les dispositions de la convention d'une manière telle que ces revenus ou cette fortune entrent dans le champ d'application d'une disposition de la convention qui supprime ou limite le droit de l'autre Etat contractant d'imposer ces éléments.

*

MODIFICATION DE LA LOI GENERALE DES IMPOTS MODIFIEE du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung »)

§ 127 AO

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

(2) Dans la mesure où l'impôt dû résulte de l'imposition conformément aux articles 38 et 172 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu de plus-values découvertes à l'occasion du transfert vers un autre Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE) ou vers un Etat tiers avec lequel le Grand-Duché de Luxembourg a conclu une convention tendant à éviter les doubles impositions renfermant une clause sur l'échange d'informations en matière fiscale substantiellement conforme à l'article 26, paragraphe 1 du modèle de convention de l'OCDE ou que, faute d'une telle clause, l'échange d'informations en matière fiscale substantiellement conforme à l'article 26, paragraphe 1 du modèle de convention de l'OCDE est assuré en vertu d'un accord bilatéral ou multilatéral spécifique au moment du transfert, d'une entreprise ou d'un établissement stable indigène appartenant à un contribuable résident ou résident d'un Etat susmentionné, le contribuable se voit accorder, sur demande, peut demander un sursis délai de paiement moyennant un échelonnement linéaire de l'impôt à la sortie sur cinq ans au maximum, sans mise en compte d'intérêts de retard, à condition que l'Etat envers lequel le transfert est opéré est un Etat membre ou que l'Etat envers lequel

le transfert est opéré est un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen autre qu'un Etat membre avec lequel le Luxembourg ou l'Union européenne a conclu un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances fiscales, offrant une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures. Le contribuable peut renoncer au délai de paiement.

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

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

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

(3) Dans la mesure où l'impôt dû résulte de l'imposition conformément à l'article 172 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu de plus-values découvertes à l'occasion du transfert de siège de biens de l'actif net investi ou de l'établissement stable indigène vers un autre Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE) ou vers un Etat tiers avec lequel le

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

*

FICHE FINANCIERE

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

PROJET DE LOI DU 2018

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

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

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

L'interaction entre les cinq mesures susdites pourrait induire des effets budgétaires directs. Tandis que la limitation de la déductibilité des intérêts vise à décourager la mise en place de montages d'endettement excessif recourant à des paiements d'intérêts fiscalement déductibles, la mesure visant les dispositifs hybrides empêchera l'exploitation par des contribuables à des fins de réduction de leur charge fiscale des asymétries entre les réglementations fiscales nationales. Sur base des hypothèses de *prima facie* et de *ceteris paribus*, c'est-à-dire sans prise en compte d'effets dynamiques et indirects et toutes choses étant égales par ailleurs, les deux mesures en question sont susceptibles de conduire à

un élargissement de la base fiscale, et donc à un accroissement des recettes fiscales. Toutefois, dans la mesure où un certain nombre d'entreprises actives dans le domaine des participations financières et du financement intragroupe⁵ sont implantées au Luxembourg, il ne saurait être exclu dans l'absolu que les deux mesures mentionnées ci-avant pourraient aboutir à une délocalisation des activités de certains contribuables vers l'étranger. En revanche, les mesures en question pourraient en parallèle encourager d'autres contribuables à étoffer leur substance au Luxembourg en renforçant encore davantage leurs activités, fonctions et personnel au Grand-Duché. Sur base des considérations qui précèdent, les nouvelles dispositions fiscales concernant la déductibilité des charges d'intérêts et les dispositifs hybrides pourraient donc en fin de compte se neutraliser d'un point de vue de leur impact budgétaire. Cette analyse s'applique de manière correspondante aux propositions d'amendement de l'article 22bis L.I.R. et du paragraphe 16 StAnpG.

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

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

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

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

En raison de l'entrée en vigueur des quatre mesures ATAD à partir de 2019 et de celle en matière de l'imposition à la sortie à partir de 2020, les répercussions ne se présenteront de manière complète qu'à partir de l'année budgétaire 2020, voire 2021. Dans le cadre de l'élaboration du budget pluriannuel de l'Etat, l'évolution des recettes fiscales liées aux catégories d'impôts mentionnées ci-avant continuera d'être scrutée et analysée en détail pour adapter, le cas échéant, les prévisions budgétaires de manière subséquente.

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

*

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

FICHE D’EVALUATION D’IMPACT

Coordonnées du projet

Intitulé du projet :	Projet de loi du 2018 1) transposant la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d’évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur; 2) modifiant la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l’impôt sur le revenu; 3) modifiant la loi modifiée du 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“)
Ministère initiateur :	Ministère des Finances
Auteur(s) :	Administration des contributions directes
Téléphone :	40800-2201
Courriel :	secdir@co.etat.lu
Objectif(s) du projet :	Transposition en droit national 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 (Journal officiel de l’Union européenne L 193, 19 juillet 2016, pages 1 à 14) (« directive »)
Autre(s) Ministère(s)/Organisme(s)/Commune(s)impliqué(e)(s) :	néant
Date :	11.6.2018

Mieux légiférer

1. Partie(s) prenante(s) (organismes divers, citoyens, ...) consultée(s) : Oui Non
 Si oui, laquelle/lesquelles : organismes représentant le secteur de la fiscalité en matière des organismes à caractère collectif
 Remarques/Observations :

2. Destinataires du projet :

– Entreprises/Professions libérales :	Oui <input checked="" type="checkbox"/>	Non <input type="checkbox"/>
– Citoyens :	Oui <input type="checkbox"/>	Non <input type="checkbox"/>
– Administrations :	Oui <input checked="" type="checkbox"/>	Non <input type="checkbox"/>

3. Le principe « Think small first » est-il respecté ? Oui Non N.a.¹
 (c.-à-d. des exemptions ou dérogations sont-elles prévues suivant la taille de l’entreprise et/ou son secteur d’activité ?)
 Remarques/Observations :

4. Le projet est-il lisible et compréhensible pour le destinataire ? Oui Non

¹ N.a. : non applicable.

- Existe-t-il un texte coordonné ou un guide pratique, mis à jour et publié d'une façon régulière ? Oui Non
Remarques/Observations :
5. Le projet a-t-il saisi l'opportunité pour supprimer ou simplifier des régimes d'autorisation et de déclaration existants, ou pour améliorer la qualité des procédures ? Oui Non
Remarques/Observations :
6. Le projet contient-il une charge administrative² pour le(s) destinataire(s) ? (un coût imposé pour satisfaire à une obligation d'information émanant du projet ?) Oui Non
Si oui, quel est le coût administratif³ approximatif total ? (nombre de destinataires x coût administratif par destinataire)
Recrutement de plusieurs agents auprès de l'Administration des contributions directes
7. a) Le projet prend-il recours à un échange de données interadministratif (national ou international) plutôt que de demander l'information au destinataire ? Oui Non N.a.
Si oui, de quelle(s) donnée(s) et/ou administration(s) s'agit-il ?
- b) Le projet en question contient-il des dispositions spécifiques concernant la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel⁴ ? Oui Non N.a.
Si oui, de quelle(s) donnée(s) et/ou administration(s) s'agit-il ?
8. Le projet prévoit-il :
– une autorisation tacite en cas de non réponse de l'administration ? Oui Non N.a.
– des délais de réponse à respecter par l'administration ? Oui Non N.a.
– le principe que l'administration ne pourra demander des informations supplémentaires qu'une seule fois ? Oui Non N.a.
9. Y a-t-il une possibilité de regroupement de formalités et/ou de procédures (p.ex. prévues le cas échéant par un autre texte) ? Oui Non N.a.
Si oui, laquelle :
10. En cas de transposition de directives communautaires, le principe « la directive, rien que la directive » est-il respecté ? Oui Non N.a.
Sinon, pourquoi ?
11. Le projet contribue-t-il en général à une :
a) simplification administrative, et/ou à une Oui Non
b) amélioration de la qualité réglementaire ? Oui Non
Remarques/Observations :

2 Il s'agit d'obligations et de formalités administratives imposées aux entreprises et aux citoyens, liées à l'exécution, l'application ou la mise en oeuvre d'une loi, d'un règlement grand-ducal, d'une application administrative, d'un règlement ministériel, d'une circulaire, d'une directive, d'un règlement UE ou d'un accord international prévoyant un droit, une interdiction ou une obligation.

3 Coût auquel un destinataire est confronté lorsqu'il répond à une obligation d'information inscrite dans une loi ou un texte d'application de celle-ci (exemple: taxe, coût de salaire, perte de temps ou de congé, coût de déplacement physique, achat de matériel, etc.).

4 Loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (www.cnpd.lu)

12. Des heures d'ouverture de guichet, favorables et adaptées aux besoins du/des destinataire(s), seront-elles introduites ? Oui Non N.a.
13. Y a-t-il une nécessité d'adapter un système informatique auprès de l'Etat (e-Government ou application back-office) ? Oui Non
Si oui, quel est le délai pour disposer du nouveau système ?
1er janvier 2019
14. Y a-t-il un besoin en formation du personnel de l'administration concernée ? Oui Non N.a.
Si oui, lequel ?
formation spécifique:
pour tous les agents affectés aux bureaux d'imposition des sociétés,
pour des agents affectés au service informatique,
pour des agents affectés à la division du contentieux
formation de base:
pour tous les agents des groupes de traitement A et B
Remarques/Observations : au moins 2 jours complets par agents

Egalité des chances

15. Le projet est-il :
– principalement centré sur l'égalité des femmes et des hommes ? Oui Non
– positif en matière d'égalité des femmes et des hommes ? Oui Non
Si oui, expliquez de quelle manière :
– neutre en matière d'égalité des femmes et des hommes ? Oui Non
Si oui, expliquez pourquoi : le projet de loi concerne exclusivement la fiscalité des organismes à caractère collectif
– négatif en matière d'égalité des femmes et des hommes ? Oui Non
Si oui, expliquez de quelle manière :
16. Y a-t-il un impact financier différent sur les femmes et les hommes ? Oui Non N.a.
Si oui, expliquez de quelle manière :

Directive « services »

17. Le projet introduit-il une exigence relative à la liberté d'établissement soumise à évaluation⁵ ? Oui Non N.a.
Si oui, veuillez annexer le formulaire A, disponible au site Internet du Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur :
www.eco.public.lu/attributions/dg2/d_consommation/d_march_int_rieur/Services/index.html
18. Le projet introduit-il une exigence relative à la libre prestation de services transfrontaliers⁶ ? Oui Non N.a.
Si oui, veuillez annexer le formulaire B, disponible au site Internet du Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur :
www.eco.public.lu/attributions/dg2/d_consommation/d_march_int_rieur/Services/index.html

⁵ Article 15, paragraphe 2 de la directive « services » (cf. Note explicative, p. 10-11)

⁶ Article 16, paragraphe 1, troisième alinéa et paragraphe 3, première phrase de la directive « services » (cf. Note explicative, p. 10-11)

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

LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment son article 115,

vu la proposition de la Commission européenne,

après transmission du projet d'acte législatif aux parlements nationaux,

vu l'avis du Parlement européen ⁽¹⁾,

vu l'avis du Comité économique et social européen ⁽²⁾,

statuant conformément à une procédure législative spéciale,

considérant ce qui suit:

- (1) Les priorités politiques actuelles dans le domaine de la fiscalité internationale mettent en lumière la nécessité de veiller à ce que l'impôt soit payé là où les bénéfices et la valeur sont générés. Il est dès lors impératif de rétablir la confiance dans l'équité des systèmes fiscaux et de permettre aux États d'exercer efficacement leur souveraineté fiscale. Ces nouveaux objectifs politiques ont été traduits en recommandations en vue d'actions concrètes dans le cadre de l'initiative de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) en matière de lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. Le Conseil européen a salué ce travail dans ses conclusions des 13 et 14 mars 2013 et des 19 et 20 décembre 2013. En réponse à la nécessité d'une fiscalité plus juste, la Commission, dans sa communication du 17 juin 2015, établit un plan d'action pour une fiscalité des entreprises juste et efficace au sein de l'Union européenne.
- (2) Les rapports finaux sur les quinze actions de l'OCDE contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices ont été rendus publics le 5 octobre 2015. Le Conseil a salué ce travail dans ses conclusions du 8 décembre 2015. Dans lesdites conclusions, il insistait sur la nécessité de trouver des solutions communes, mais flexibles, au niveau de l'Union qui soient en conformité avec les conclusions de l'OCDE concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. Le Conseil y apportait en outre son soutien à une mise en œuvre effective, rapide et coordonnée des mesures de lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de

⁽¹⁾ Non encore publié au Journal officiel.

⁽²⁾ Non encore publié au Journal officiel.

bénéfices au niveau de l'Union et estimait que les directives de l'Union devraient être, le cas échéant, le vecteur privilégié pour la mise en œuvre au niveau de l'Union des conclusions de l'OCDE en matière d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices. Il est essentiel pour le bon fonctionnement du marché intérieur que les États membres, au minimum, mettent en œuvre leurs engagements en matière d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices et, plus globalement, prennent des mesures pour décourager les pratiques d'évasion fiscale et assurer une fiscalité juste et efficace au sein de l'Union d'une manière suffisamment cohérente et coordonnée. Dans un marché caractérisé par une forte intégration des économies, il est nécessaire d'adopter des approches stratégiques communes et de mener une action coordonnée pour améliorer le fonctionnement du marché intérieur et optimiser les retombées positives de l'initiative de lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. En outre, seul un cadre commun pourrait empêcher une fragmentation du marché et mettre un terme aux asymétries et aux distorsions de marché qui existent actuellement. Enfin, des mesures de mise en œuvre nationales suivant une ligne commune dans l'ensemble de l'Union apporteraient aux contribuables de la sécurité juridique dans le sens où ces mesures seraient compatibles avec le droit de l'Union.

- (3) Il est nécessaire d'établir des règles afin de renforcer le niveau moyen de protection contre la planification fiscale agressive au sein du marché intérieur. Étant donné que ces règles devraient s'adapter à vingt-huit systèmes distincts d'imposition des sociétés, il convient qu'elles soient limitées à des dispositions générales et qu'il soit laissé aux États membres le soin de les mettre en œuvre puisqu'ils sont mieux placés pour définir les éléments spécifiques de ces règles de la manière la mieux adaptée à leur système d'imposition des sociétés. Cet objectif pourrait être atteint en instaurant dans toute l'Union un niveau minimal de protection des systèmes nationaux d'imposition des sociétés contre les pratiques d'évasion fiscale. Il est donc nécessaire de coordonner les actions des États membres dans le cadre de la mise en œuvre des résultats des quinze actions de l'OCDE contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices en vue d'améliorer l'efficacité du marché intérieur dans son ensemble pour mettre un terme aux pratiques d'évasion fiscale. Il est donc nécessaire de définir un niveau minimal commun de protection pour le marché intérieur dans des domaines spécifiques.
- (4) Il 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. Ces règles devraient aussi s'appliquer aux établissements stables de ces entreprises contribuables qui peuvent être situés dans un ou plusieurs autres États membres. Les entreprises contribuables peuvent avoir leur résidence fiscale dans un État membre ou être constituées en vertu de la législation d'un État membre. Ces règles devraient également concerner les établissements stables des entités ayant leur résidence fiscale dans un pays tiers, si ceux-ci sont situés dans un ou plusieurs États membres.
- (5) Il est nécessaire d'établir des règles pour lutter contre l'érosion des bases d'imposition au sein du marché intérieur et contre le transfert de bénéfices hors du marché intérieur. Il est nécessaire de fixer des règles dans les domaines ci-après afin de contribuer à atteindre cet objectif: des limitations de la déductibilité des intérêts, l'imposition à la sortie, une clause anti-abus générale, des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées et des règles pour lutter contre les dispositifs hybrides. Lorsque l'application de ces règles donne lieu à une double imposition, les contribuables devraient bénéficier d'un allègement sous la forme d'une déduction correspondant à l'impôt payé dans un autre État membre ou pays tiers, selon le cas. Par conséquent, l'objectif de ces règles ne devrait pas se limiter à lutter contre les pratiques d'évasion fiscale mais aussi viser à empêcher la création d'autres obstacles au marché, tels que la double imposition.
- (6) Soucieux de réduire leur charge fiscale globale, des groupes d'entreprises ont de plus en plus recours à l'érosion de la base d'imposition et au transfert de bénéfices sous la forme de paiements d'intérêts excessifs. La règle de limitation des intérêts est nécessaire pour décourager de telles pratiques en limitant la déductibilité des surcoûts d'emprunt des contribuables. Il convient dès lors de déterminer un ratio de déductibilité qui tienne compte du résultat imposable avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissements (EBITDA) du contribuable. Les États membres pourraient réduire ce ratio, fixer des délais ou restreindre les coûts d'emprunt non compensés qui peuvent faire l'objet d'une anticipation ou d'un report pour assurer un niveau de protection plus important. Étant donné que l'objectif est de fixer des normes minimales, les États membres devraient pouvoir adopter une mesure de substitution portant sur le bénéfice d'exploitation d'un contribuable et fixée d'une manière équivalente à celle du ratio calculé à partir de l'EBITDA. Outre la règle de limitation des intérêts prévue par la présente directive, les États membres pourraient également utiliser des règles ciblées pour lutter contre le financement de la dette intragroupe, en particulier des règles en matière de sous-capitalisation. Les revenus exonérés ne devraient pas être imputés sur les coûts d'emprunt déductibles. La raison en est que seuls les revenus imposables devraient être pris en considération lors de la détermination du montant des intérêts déductibles.
- (7) Lorsque le contribuable fait partie d'un groupe qui établit des comptes consolidés conformément à la loi, il est possible de prendre en considération l'endettement global du groupe au niveau mondial aux fins de l'octroi aux contribuables du droit à déduction de montants plus élevés de surcoûts d'emprunt. Il peut également être opportun de définir des règles prévoyant une «clause de sauvegarde» lorsque la règle de limitation des intérêts ne s'applique pas si la société peut démontrer que le ratio entre ses fonds propres et l'ensemble de ses actifs est globalement égal ou supérieur au ratio équivalent du groupe. Il convient d'appliquer la règle de limitation des

intérêts pour les surcoûts d'emprunt d'un contribuable, indépendamment du fait que les coûts ont pour origine une dette contractée au niveau national, au sein de l'Union ou auprès d'un pays tiers, ou qu'ils sont dus à des tiers, des entreprises associées ou intragroupe. Lorsqu'un groupe comprend plus d'une entité dans un État membre, l'État membre peut examiner la position globale de toutes les entités du groupe dans le même État, y compris un système distinct d'imposition de l'entité afin de permettre le transfert de bénéfices ou de capacité à déduire des intérêts entre entités au sein d'un groupe, lorsqu'il applique des règles limitant la déductibilité des intérêts.

- (8) Afin de réduire la charge administrative et la charge découlant de l'obligation de conformité sans en diminuer sensiblement l'effet fiscal, il peut être opportun de prévoir un régime de protection de façon que les intérêts nets soient toujours déductibles à concurrence d'un montant fixe, lorsque cela aboutit à une déduction supérieure à celle du ratio calculé à partir de l'EBIDTA. Les États membres pourraient abaisser le seuil financier afin de garantir un niveau plus élevé de protection de leurs bases d'imposition nationales. Étant donné que l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices interviennent en principe sous forme de paiements d'intérêts excessifs entre des entités qui sont des entreprises associées, il est approprié et nécessaire de prévoir l'éventuelle exclusion des entités autonomes du champ d'application de la règle de limitation des déductions d'intérêts compte tenu du risque limité d'évasion fiscale. Afin de faciliter la transition vers la nouvelle règle de limitation des intérêts, les États membres pourraient prévoir une clause de maintien des droits acquis qui couvrirait les emprunts existants, dans la mesure où leurs conditions ne sont pas modifiées ultérieurement, ce qui signifie qu'en cas de modification ultérieure, cette clause de maintien des droits acquis ne s'appliquerait pas à une augmentation du montant ou de la durée de l'emprunt, mais serait limitée aux conditions initiales de celui-ci. Sans préjudice des règles en matière d'aides d'État, les États membres pourraient aussi exclure les surcoûts d'emprunt encourus au titre de prêts utilisés pour financer des projets d'infrastructures publiques à long terme étant donné que de telles modalités de financement présentent peu ou pas de risques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices. Dans ce contexte, les États membres devraient démontrer, de manière appropriée, que les dispositifs de financement des projets d'infrastructures publiques présentent des caractéristiques particulières qui justifient un tel traitement par rapport aux autres dispositifs de financement soumis à des règles restrictives.
- (9) Bien qu'il soit généralement admis que les entreprises financières, à savoir les institutions financières et les compagnies d'assurance, devraient aussi être soumises à des limitations de la déductibilité des intérêts, il est également reconnu que ces deux secteurs présentent des caractéristiques particulières qui requièrent une approche plus adaptée à leurs besoins. Étant donné que les discussions dans ce domaine ne sont pas encore assez concluantes au niveau international et de l'Union, il n'est pas encore possible de prévoir des règles spécifiques dans les secteurs de la finance et des assurances et les États membres devraient donc pouvoir les exclure du champ d'application des règles de limitation des intérêts.
- (10) L'imposition à la sortie permet de garantir que lorsqu'un contribuable transfère des actifs ou sa résidence fiscale hors de la juridiction fiscale 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. Il est dès lors nécessaire de préciser les cas dans lesquels les contribuables sont soumis aux règles sur l'imposition à la sortie et imposés sur les plus-values latentes qui ont été intégrées dans leurs actifs transférés. Il est également utile de préciser que les transferts d'actifs, y compris d'espèces, entre une société mère et ses filiales, ne relèvent pas du champ d'application de la règle envisagée en matière d'imposition à la sortie. Pour calculer l'assiette d'imposition applicable, il est primordial de fixer une valeur de marché pour les actifs transférés à la date de sortie des actifs sur la base du principe de pleine concurrence. Afin de garantir la compatibilité de la règle avec le recours à la méthode d'imputation, il est souhaitable d'autoriser les États membres à se référer au moment où le droit d'imposer les actifs transférés est perdu. Le droit d'imposition devrait être défini au niveau national. Il est également nécessaire de permettre à l'État d'accueil de contester la valeur des actifs transférés établie par l'État de sortie lorsque celle-ci ne correspond pas à la valeur de marché. Les États membres pourraient recourir à cet effet aux mécanismes existants en matière de règlement des différends. Au sein de l'Union, il est opportun de se pencher sur l'application de l'imposition à la sortie et d'illustrer les conditions à remplir pour se conformer au droit de l'Union. Dans ces circonstances, les contribuables devraient avoir le droit soit de payer immédiatement le montant de l'impôt à la sortie calculé soit d'étaler le paiement du montant de l'impôt en plusieurs versements sur plusieurs années, éventuellement assorti d'intérêts et d'une garantie.

Les États membres pourraient demander à cette fin aux contribuables concernés de faire figurer les informations nécessaires dans une déclaration. L'imposition à la sortie ne devrait pas être prélevée lorsque le transfert d'actifs a un caractère temporaire et que les actifs sont destinés à revenir à l'État membre du contribuable à l'origine du transfert, lorsque le transfert est effectué pour satisfaire aux obligations prudentielles en matière de fonds propres, à des fins de gestion des liquidités ou lorsqu'il s'agit d'opérations de financement sur titres ou d'actifs faisant l'objet d'une sûreté.

- (11) Des clauses anti-abus générales sont prévues dans les systèmes fiscaux pour lutter contre les pratiques fiscales abusives qui n'ont pas encore été traitées par des dispositions spécifiques. Les clauses anti-abus générales servent

donc à combler des lacunes; elles ne devraient pas avoir d'incidence sur l'applicabilité des clauses anti-abus spécifiques. Au sein de l'Union, il convient que des clauses anti-abus générales soient appliquées aux montages non authentiques; dans le cas contraire, le contribuable devrait avoir le droit de choisir la structure la plus avantageuse sur le plan fiscal pour ses affaires commerciales. Il est en outre important de s'assurer que les clauses anti-abus générales s'appliquent de manière uniforme à des situations nationales, au sein de l'Union et à l'égard des pays tiers, de sorte que leur champ d'application et les résultats de leur application à des situations nationales et transfrontières soient identiques. Il convient de ne pas empêcher les États membres d'appliquer des sanctions lorsque les clauses anti-abus générales sont applicables. Lorsqu'il s'agit d'apprécier s'il y a lieu de considérer un montage comme non authentique, il pourrait être possible, pour les États membres, de prendre en considération tous les motifs économiques valables, y compris les activités financières.

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

Il est souhaitable de remédier à ces situations aussi bien dans les pays tiers qu'au sein de l'Union. Afin de respecter les libertés fondamentales, les catégories de revenus devraient être combinées avec une exception fondée sur la réalité économique visant à limiter, au sein de l'Union, l'impact des règles aux cas où la SEC n'exerce pas d'activité économique substantielle. Il est important que les administrations fiscales et les contribuables coopèrent en vue de réunir les faits et les circonstances pertinents pour déterminer s'il y a lieu d'appliquer la règle d'exception. Lorsqu'ils transposent les dispositions de la SEC dans leur droit national, les États membres devraient pouvoir utiliser des listes blanches, grises ou noires de pays tiers établies sur la base de certains critères énoncés dans la présente directive et pouvant comprendre le taux d'imposition sur les sociétés, ou utiliser des listes blanches établies par des États membres sur cette base.

- (13) Les dispositifs hybrides sont la conséquence de différences dans la qualification juridique des paiements (instruments financiers) ou des entités et ces différences apparaissent lors de l'interaction entre les systèmes juridiques de deux juridictions. Ces dispositifs se traduisent souvent par une double déduction (à savoir une déduction dans les deux États) ou par une déduction des revenus dans un État sans qu'ils soient pris en compte dans la base d'imposition de l'autre. Pour neutraliser les effets des dispositifs hybrides, il est nécessaire d'établir des règles en vertu desquelles l'une des deux juridictions intervenant dans un dispositif devrait refuser la déduction d'un paiement conduisant à ce type de résultat. Dans ce contexte, il est utile de préciser que les mesures prévues par la présente directive en vue de lutter contre les dispositifs hybrides visent les situations où ces dispositifs hybrides sont imputables aux différences existant dans la qualification juridique d'un instrument financier ou d'une entité et qu'elles ne sont pas destinées à porter atteinte aux caractéristiques générales du système fiscal d'un État membre. Bien que les États membres aient approuvé, dans le cadre du groupe «Code de conduite (fiscalité des entreprises)», des lignes directrices sur le traitement fiscal des entités hybrides et des établissements stables hybrides au sein de l'Union ainsi que sur le traitement fiscal des entités hybrides dans les relations avec des pays tiers, il demeure nécessaire d'adopter des règles contraignantes. Il est essentiel d'entreprendre des travaux supplémentaires sur les dispositifs hybrides entre États membres et pays tiers, ainsi que sur d'autres dispositifs hybrides tels que ceux impliquant des établissements stables.
- (14) Il convient de préciser que la mise en œuvre des règles visant à lutter contre l'évasion fiscale prévues dans la présente directive ne devrait pas avoir d'incidence sur l'obligation qui incombe aux contribuables de respecter le principe de pleine concurrence ni sur le droit de l'État membre d'ajuster à la hausse une charge fiscale conformément audit principe, le cas échéant.

- (15) Le Contrôleur européen de la protection des données a été consulté conformément à l'article 28, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil ⁽¹⁾. Le droit à la protection des données à caractère personnel en vertu de l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil ⁽²⁾ s'applique au traitement des données à caractère personnel effectué dans le cadre de la présente directive.
- (16) Un des principaux objectifs de la présente directive étant d'améliorer la résistance du marché intérieur dans son ensemble face aux pratiques d'évasion fiscale transfrontières, celui-ci ne peut pas être atteint de manière suffisante par une action menée isolément par les États membres. Les systèmes nationaux d'imposition des sociétés sont disparates et une action individuelle des États membres ne ferait que reproduire la fragmentation existante du marché intérieur en matière de fiscalité directe. Des lacunes et des distorsions pourraient ainsi subsister dans l'interaction de mesures nationales différentes. Il s'ensuivrait un manque de coordination. En revanche, du fait qu'une grande partie de l'inefficacité au sein du marché intérieur se traduit essentiellement par des problèmes de nature transfrontière, il convient d'adopter des mesures correctives à l'échelle de l'Union. Il est par conséquent crucial d'adopter des solutions qui fonctionnent pour le marché intérieur dans son ensemble et cet objectif peut être mieux réalisé au niveau de l'Union. L'Union a donc la possibilité d'adopter des mesures conformément au principe de subsidiarité énoncé à l'article 5 du traité sur l'Union européenne. Conformément au principe de proportionnalité énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. En fixant un niveau minimal de protection du marché intérieur, la présente directive vise uniquement à parvenir au degré minimal essentiel de coordination au sein de l'Union dans le but de concrétiser ses objectifs.
- (17) Il convient que la Commission évalue la mise en œuvre de la présente directive quatre ans après son entrée en vigueur et en rende compte au Conseil. Il convient que les États membres communiquent à la Commission toutes les informations nécessaires à cette évaluation,

A ADOPTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

CHAPITRE I

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier

Champ d'application

La présente directive s'applique à tous les contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés dans un ou plusieurs États membres, y compris les établissements stables, lorsqu'ils sont situés dans un ou plusieurs États membres, d'entités ayant leur résidence fiscale dans un pays tiers.

Article 2

Définitions

Aux fins de la présente directive, on entend par:

- 1) «coûts d'emprunt», les charges d'intérêts sur toutes les formes de dette, les autres coûts économiquement équivalents à des intérêts et les charges supportées dans le cadre de financements au sens du droit national, notamment, mais pas exclusivement, les paiements effectués dans le cadre de prêts participatifs, les intérêts imputés sur des instruments, tels que des obligations convertibles et des obligations sans coupon, les montants déboursés au titre de mécanismes de financement alternatifs, du type finance islamique, les charges d'intérêts des versements au titre de contrats de crédit-bail, les intérêts capitalisés inclus dans la valeur de l'actif correspondant inscrit au bilan, ou l'amortissement des intérêts capitalisés, les montants mesurés par référence à un rendement financier en vertu des règles d'établissement des prix de transfert, le cas échéant, les intérêts notionnels payés au titre d'instruments dérivés ou de contrats de

⁽¹⁾ Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données (JO L 8 du 12.1.2001, p. 1).

⁽²⁾ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO L 281 du 23.11.1995, p. 31).

couverture portant sur les emprunts d'une entité, certains gains et pertes de change sur emprunts et instruments liés à des financements, les frais de garantie concernant des accords de financement, les frais de dossier et frais similaires liés à l'emprunt de fonds;

- 2) «surcoûts d'emprunt», le montant du dépassement des coûts d'emprunt déductibles supportés par un contribuable par rapport aux revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents perçus par ce contribuable, conformément au droit national;
- 3) «période d'imposition», un exercice fiscal, une année civile ou toute autre période appropriée à des fins fiscales;
- 4) «entreprise associée»:
 - a) une entité dans laquelle le contribuable détient, directement ou indirectement, une participation de 25 % ou plus en termes de droits de vote ou de capital, ou dont il est en droit de recevoir 25 % ou plus des bénéfices;
 - b) une personne physique ou une entité qui détient, directement ou indirectement, une participation de 25 % ou plus en termes de droits de vote ou de capital du contribuable, ou qui est en droit de recevoir 25 % ou plus des bénéfices de ce contribuable;

Si une personne physique ou une entité détient, directement ou indirectement, une participation de 25 % ou plus en termes de droits de vote ou de capital d'un contribuable et d'une ou plusieurs entités, toutes les entités concernées, y compris le contribuable, sont également considérées comme des entreprises associées.

Aux fins de l'article 9, et lorsque le dispositif concerne une entité hybride, la présente définition est modifiée de sorte que la règle des 25 % est remplacée par une règle de 50 %;

- 5) «entreprise financière», l'une des entités suivantes:
 - a) un établissement de crédit, une entreprise d'investissement au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 1), de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil ⁽¹⁾, un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil ⁽²⁾ ou une société de gestion d'OPCVM (organisme de placement collectif en valeurs mobilières) au sens de l'article 2, paragraphe 1, point b), de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil ⁽³⁾;
 - b) une entreprise d'assurance au sens de l'article 13, point 1), de la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil ⁽⁴⁾;
 - c) une entreprise de réassurance au sens de l'article 13, point 4), de la directive 2009/138/CE;
 - d) une institution de retraite professionnelle relevant du champ d'application de la directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil ⁽⁵⁾, sauf si un État membre a choisi de ne pas appliquer ladite directive en tout ou partie à cette institution conformément à l'article 5 de cette directive, ou le délégué d'une institution de retraite professionnelle visé à l'article 19, paragraphe 1, de ladite directive;
 - e) les institutions de retraite gérant des régimes de retraite qui sont considérés comme des régimes de sécurité sociale relevant du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil ⁽⁶⁾ et du règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil ⁽⁷⁾, ainsi que toute entité juridique créée aux fins d'investissements de tels régimes;

⁽¹⁾ Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil (JO L 145 du 30.4.2004, p. 1).

⁽²⁾ 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 (JO L 174 du 1.7.2011, p. 1).

⁽³⁾ Directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) (JO L 302 du 17.11.2009, p. 32).

⁽⁴⁾ Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) (JO L 335 du 17.12.2009, p. 1).

⁽⁵⁾ Directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (JO L 235 du 23.9.2003, p. 10).

⁽⁶⁾ Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (JO L 166 du 30.4.2004, p. 1).

⁽⁷⁾ Règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (JO L 284 du 30.10.2009, p. 1).

- f) un fonds d'investissement alternatif (FIA) géré par un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1, point b), de la directive 2011/61/UE ou un FIA supervisé en vertu du droit national applicable;
 - g) les OPCVM au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 2009/65/CE;
 - h) les contreparties centrales au sens de l'article 2, point 1), du règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil ⁽¹⁾;
 - i) les dépositaires centraux de titres au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 1), du règlement (UE) n° 909/2014 du Parlement européen et du Conseil ⁽²⁾;
- 6) «transfert d'actifs», une opération par laquelle un État membre perd le droit d'imposer les actifs transférés, tandis que les actifs restent la propriété juridique ou économique du même contribuable;
- 7) «transfert de résidence fiscale», une opération par laquelle un contribuable cesse d'être résident fiscal sur le territoire d'un État membre, tout en acquérant la résidence fiscale dans un autre État membre ou un pays tiers;
- 8) «transfert d'une activité exercée par un établissement stable», une opération par laquelle un contribuable cesse d'avoir une présence fiscale dans un État membre, tout en acquérant une telle présence dans un autre État membre ou un pays tiers, sans pour autant devenir résident fiscal dudit État membre ou pays tiers;
- 9) «dispositif hybride», une situation où un contribuable est établi dans un État membre et où une entreprise associée est établie dans un autre État membre, ou un dispositif structuré conclu entre des parties établies dans des États membres différents, lorsque des différences dans la qualification juridique d'un instrument financier ou d'une entité entraînent les conséquences suivantes:
- a) le même paiement, les mêmes charges ou les mêmes pertes font l'objet d'une déduction aussi bien dans l'État membre d'origine du paiement, des charges ou des pertes que dans un autre État membre («double déduction»); ou
 - b) le paiement fait l'objet d'une déduction dans l'État membre où il a sa source sans donner lieu à une inclusion du produit correspondant à ce paiement dans la base d'imposition de l'autre État membre («déduction sans prise en compte»).

Article 3

Niveau minimal de protection

La présente directive n'empêche pas l'application de dispositions nationales ou conventionnelles visant à préserver un niveau plus élevé de protection des bases d'imposition nationales pour l'impôt sur les sociétés.

CHAPITRE II

MESURES VISANT À LUTTER CONTRE L'ÉVASION FISCALE

Article 4

Règle de limitation des intérêts

1. Les surcoûts d'emprunt sont déductibles au titre de la période d'imposition au cours de laquelle ils ont été engagés mais uniquement à hauteur de 30 % du bénéfice avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissements (EBITDA) du contribuable.

⁽¹⁾ Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux (JO L 201 du 27.7.2012, p. 1).

⁽²⁾ 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 (JO L 257 du 28.8.2014, p. 1).

Aux fins du présent article, les États membres ont la faculté de considérer également comme contribuable:

- a) une entité ayant la possibilité ou l'obligation d'appliquer les règles pour le compte d'un groupe, tel qu'il est défini en droit fiscal national;
- b) une entité d'un groupe, telle qu'elle est définie dans le droit fiscal national, qui ne consolide pas les résultats de ses membres à des fins fiscales.

Dans cette situation, les surcoûts d'emprunt et l'EBITDA peuvent être calculés au niveau du groupe, en englobant les résultats de tous ses membres.

2. L'EBITDA est calculé en rajoutant au revenu soumis à l'impôt sur les sociétés dans l'État membre du contribuable les montants ajustés à des fins fiscales correspondant aux surcoûts d'emprunt ainsi que les montants ajustés à des fins fiscales correspondant à la dépréciation et à l'amortissement. Les revenus exonérés d'impôts sont exclus de l'EBITDA d'un contribuable.

3. Par dérogation au paragraphe 1, le contribuable peut se voir autoriser à:

- a) déduire les surcoûts d'emprunt à hauteur de 3 000 000 EUR;
- b) déduire l'intégralité des surcoûts d'emprunt si le contribuable est une entité autonome.

Aux fins du paragraphe 1, deuxième alinéa, le montant de 3 000 000 EUR s'entend pour l'ensemble du groupe.

Aux fins du premier alinéa, point b), il faut entendre par entité autonome, un contribuable qui ne fait pas partie d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière et n'a pas d'entreprise associée ou d'établissement stable.

4. Les États membres peuvent exclure du champ d'application du paragraphe 1 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;
- b) emprunts utilisés pour financer un projet d'infrastructures publiques à long terme, lorsque l'opérateur du projet, les coûts d'emprunt, les actifs et les revenus se situent tous dans l'Union.

Aux fins du premier alinéa, point b), il faut entendre par projet d'infrastructures publiques à long terme, un projet visant à fournir, à améliorer, à exploiter et/ou à conserver un actif de grande ampleur, considéré comme étant d'intérêt public par un État membre.

Lorsque le premier alinéa, point b), s'applique, tout revenu provenant d'un projet d'infrastructure publique à long terme est exclu de l'EBITDA du contribuable, et tout surcoût d'emprunt exclu n'est pas compris dans les surcoûts d'emprunt du groupe à l'égard de tiers visés au paragraphe 5, point b).

5. Lorsque le contribuable est membre d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière, il peut se voir autoriser soit:

- a) à déduire l'intégralité des surcoûts d'emprunt s'il peut démontrer que le ratio entre ses fonds propres et l'ensemble de ses actifs est égal ou supérieur au ratio équivalent du groupe, pour autant que les conditions suivantes soient remplies:
 - i) le ratio entre les fonds propres d'un contribuable et l'ensemble de ses actifs est considéré comme égal au ratio équivalent du groupe si le ratio entre les fonds propres du contribuable et l'ensemble de ses actifs est inférieur de deux points de pourcentage au maximum; et
 - ii) l'ensemble des actifs et des passifs sont estimés selon la même méthode que celle utilisée dans les états financiers consolidés visés au paragraphe 8;

soit

- b) à déduire les surcoûts d'emprunt pour un montant supérieur à celui qu'il serait en droit de déduire en vertu du paragraphe 1. Cette limite plus élevée applicable à la déductibilité des surcoûts d'emprunt est fixée par référence au groupe consolidé à des fins de comptabilité financière, dont le contribuable est membre, et est calculée en deux étapes:
- i) la première étape consiste à déterminer le ratio du groupe en divisant les surcoûts d'emprunt du groupe vis-à-vis de tiers par l'EBITDA du groupe; et
 - ii) dans un deuxième temps, le ratio du groupe est multiplié par l'EBITDA du contribuable calculé conformément au paragraphe 2.
6. L'État membre du contribuable peut prévoir des règles permettant:
- a) de reporter sur des exercices futurs, sans limite de temps, les surcoûts d'emprunt qui ne peuvent être pas déduits pendant la période d'imposition en cours en vertu des paragraphes 1 à 5;
 - b) de reporter sur des exercices futurs, sans limite de temps, et sur trois exercices antérieurs au maximum, les surcoûts d'emprunt qui ne peuvent pas être déduits pendant la période d'imposition en cours en vertu des paragraphes 1 à 5; ou
 - c) de reporter sur des exercices futurs, sans limite de temps, les surcoûts d'emprunt et, dans une limite de cinq ans maximum, la capacité inemployée de déduction des intérêts, lorsque celle-ci ne peut intervenir pendant la période d'imposition en cours en vertu des paragraphes 1 à 5.
7. Les États membres peuvent exclure des entreprises financières du champ d'application des paragraphes 1 à 6, notamment lorsque ces entreprises font partie d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière.
8. Aux fins du présent article, le groupe consolidé à des fins de comptabilité financière est composé de toutes les entités qui sont pleinement intégrées dans les états financiers consolidés établis conformément aux normes internationales d'information financière ou au système national d'information financière d'un État membre. Le contribuable peut se voir autorisé à utiliser les états financiers consolidés élaborés conformément à d'autres normes comptables.

Article 5

Imposition à la sortie

1. Le contribuable est soumis à une imposition calculée sur la base d'un montant égal à la valeur de marché des actifs transférés, au moment de la sortie des actifs, diminué de la valeur fiscale desdits actifs, dans les situations suivantes:
- a) le contribuable transfère des actifs de son siège vers son établissement stable situé dans un autre État membre ou dans un pays tiers, pour autant que l'État membre du siège n'ait plus le droit d'imposer les actifs transférés par suite du transfert;
 - b) le contribuable transfère des actifs de son établissement stable situé dans un État membre vers son siège ou un autre établissement stable situé dans un autre État membre ou dans un pays tiers, pour autant que l'État membre de l'établissement stable n'ait plus le droit d'imposer les actifs transférés par suite du transfert;
 - c) le contribuable transfère sa résidence fiscale vers un autre État membre ou un pays tiers, à l'exception des actifs qui restent effectivement rattachés à un établissement stable situé dans le premier État membre;
 - d) le contribuable transfère l'activité exercée par son établissement stable d'un État membre vers un autre État membre ou un pays tiers, pour autant que l'État membre de l'établissement stable n'ait plus le droit d'imposer les actifs transférés par suite du transfert.
2. Le contribuable est autorisé à reporter le paiement de l'impôt à la sortie visé au paragraphe 1 en échelonnant les versements sur cinq ans, dans les situations suivantes:
- a) le contribuable transfère des actifs de son siège vers son établissement stable situé dans un autre État membre ou dans un pays tiers qui est partie à l'accord sur l'espace économique européen (ci-après dénommé «l'accord EEE»);

- b) le contribuable transfère des actifs de son établissement stable situé dans un État membre vers son siège ou un autre établissement stable situé dans un autre État membre ou dans un pays tiers qui est partie à l'accord EEE;
- c) le contribuable transfère sa résidence fiscale dans un autre État membre ou dans un pays tiers qui est partie à l'accord EEE;
- d) le contribuable transfère l'activité exercée par son établissement stable dans un autre État membre ou dans un pays tiers qui est partie à l'accord EEE.

Le présent paragraphe s'applique aux pays tiers qui sont parties à l'accord EEE, s'ils ont conclu avec l'État membre du contribuable ou avec l'Union un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances fiscales, offrant une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil ⁽¹⁾.

3. Si le contribuable reporte le paiement en application du paragraphe 2, des intérêts peuvent être dus conformément à la législation de l'État membre du contribuable ou de l'établissement stable, selon le cas.

S'il existe un risque démontrable et réel de non-recouvrement, le contribuable peut également être tenu de constituer une garantie pour pouvoir reporter le paiement en application du paragraphe 2.

Le deuxième alinéa ne s'applique pas lorsque la législation dans l'État membre du contribuable ou de l'établissement stable prévoit la possibilité de recouvrer la dette fiscale par l'intermédiaire d'un autre contribuable faisant partie du même groupe et ayant sa résidence fiscale dans cet État membre.

4. Dans les cas où le paragraphe 2 s'applique, le report de paiement est immédiatement interrompu et la dette fiscale devient exigible dans les situations suivantes:

- a) les actifs transférés ou l'activité exercée par l'établissement stable du contribuable sont vendus ou cédés d'une autre façon;
- b) les actifs transférés font l'objet d'un nouveau transfert dans un pays tiers;
- c) la résidence fiscale du contribuable ou l'activité exercée par son établissement stable fait l'objet d'un nouveau transfert dans un pays tiers;
- d) le contribuable fait faillite ou est mis en liquidation;
- e) le contribuable ne respecte pas les obligations qui lui incombent en ce qui concerne les échelonnements et ne corrige pas sa situation dans un délai raisonnable, qui n'excède pas douze mois.

Les points b) et c) ne s'appliquent pas aux pays tiers qui sont parties à l'accord EEE, s'ils ont conclu avec l'État membre du contribuable ou avec l'Union un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances fiscales, offrant une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive 2010/24/UE.

5. Lorsque les actifs, la résidence fiscale ou l'activité exercée par un établissement stable sont transférés vers un autre État membre, ce dernier accepte la valeur établie par l'État membre du contribuable ou de l'établissement stable comme valeur fiscale de départ des actifs, à moins que celle-ci ne reflète pas la valeur de marché.

6. Aux fins des paragraphes 1 à 5, la «valeur de marché» désigne le montant en contrepartie duquel un actif peut être échangé ou pour lequel des obligations mutuelles peuvent être définies entre des acheteurs et des vendeurs indépendants et consentants dans le cadre d'une opération directe.

7. Pour autant que les actifs sont destinés à revenir à l'État membre du contribuable à l'origine du transfert dans un délai de douze mois, le présent article ne s'applique pas aux transferts d'actifs liés à un financement sur titres, aux actifs donnés en garantie ou aux cas où le transfert des actifs a été effectué afin de satisfaire aux exigences prudentielles en matière de fonds propres ou à des fins de gestion des liquidités.

⁽¹⁾ Directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures (JO L 84 du 31.3.2010, p. 1).

*Article 6***Clause anti-abus générale**

1. 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 qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable, ne sont pas authentiques compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Un montage peut comprendre plusieurs étapes ou parties.
2. Aux fins du paragraphe 1, un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.
3. Lorsqu'un montage ou une série de montages n'est pas pris en compte conformément au paragraphe 1, la charge fiscale est calculée conformément au droit national.

*Article 7***Règle relative aux sociétés étrangères contrôlées**

1. L'État membre d'un contribuable considère une entité ou un établissement stable dont les bénéfices ne sont pas imposables ou sont exonérés d'impôts dans cet État membre comme une société étrangère contrôlée lorsque les conditions suivantes sont remplies:
 - a) dans le cas d'une entité, le contribuable, à lui seul ou avec ses entreprises associées, détient une participation directe ou indirecte de plus de 50 % des droits de vote, possède, directement ou indirectement, plus de 50 % du capital ou est en droit de recevoir plus de 50 % des bénéfices de cette entité; et
 - b) l'impôt réel sur les sociétés que l'entité ou l'établissement stable paye sur ses bénéfices est inférieur à la différence entre l'impôt sur les sociétés qui aurait été supporté par l'entité ou l'établissement stable dans le cadre du système d'imposition des sociétés applicable dans l'État membre du contribuable et l'impôt réel sur les sociétés que l'entité ou l'établissement stable paye sur ses bénéfices.

Aux fins du premier alinéa, point b), l'établissement stable d'une société étrangère contrôlée qui n'est pas imposable ou qui est exonérée d'impôt sur le territoire où elle est située n'est pas pris en considération. En outre, l'impôt sur les sociétés qui aurait été prélevé dans l'État membre du contribuable s'entend comme l'impôt qui aurait été calculé selon les règles prévues par l'État membre du contribuable.

2. Lorsqu'une entité ou un établissement stable est considéré comme une société étrangère contrôlée en vertu du paragraphe 1, l'État membre du contribuable inclut dans la base d'imposition:
 - a) les revenus non distribués de l'entité ou les revenus de l'établissement stable qui relèvent des catégories suivantes:
 - i) les intérêts ou tout autre revenu provenant d'actifs financiers;
 - ii) les redevances ou tout autre revenu provenant de la propriété intellectuelle;
 - iii) les dividendes et revenus provenant de la cession d'actions;
 - iv) les revenus provenant de crédits-bails;
 - v) les revenus provenant d'activités d'assurance, d'activités bancaires ou d'autres activités financières;
 - vi) les revenus provenant de sociétés de facturation qui tirent des revenus de biens et services achetés et vendus à des entreprises associées et dont la valeur ajoutée économique est nulle ou faible.

Le présent point ne s'applique pas lorsque la société étrangère contrôlée exerce une activité économique substantielle au moyen de personnel, d'équipements, de biens et de locaux, corroborée par des faits et des circonstances pertinents.

Lorsque la société étrangère contrôlée a sa résidence ou est située dans un pays tiers qui n'est pas partie à l'accord EEE, les États membres peuvent décider de ne pas appliquer l'alinéa précédent.

ou

- b) les revenus non distribués de l'entité ou de l'établissement stable provenant de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal.

Aux fins du présent point, un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique lorsque l'entité ou l'établissement stable 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 ou il n'était pas contrôlé(e) par une société où les fonctions importantes liées à ces actifs et risques sont assurées et jouent un rôle essentiel dans la création des revenus de la société contrôlée.

3. Si, en vertu de la réglementation d'un État membre, la base d'imposition d'un contribuable est calculée conformément au paragraphe 2, point a), l'État membre peut choisir de ne pas considérer une entité ou un établissement stable comme une société étrangère contrôlée en application du paragraphe 1, si un tiers ou une proportion moins élevée des revenus générés par l'entité ou l'établissement stable relève des catégories énumérées au paragraphe 2, point a).

Si, en vertu de la réglementation d'un État membre, la base d'imposition d'un contribuable est calculée conformément au paragraphe 2, point a), l'État membre peut choisir de ne pas considérer les entreprises financières comme des sociétés étrangères contrôlées si un tiers ou une proportion moins élevée des revenus de l'entité relevant des catégories énumérées au paragraphe 2, point a), provient d'opérations effectuées avec le contribuable ou ses entreprises associées.

4. Les États membres peuvent exclure du champ d'application du paragraphe 2, point b), une entité ou un établissement stable:

- a) dont les bénéfices comptables ne sont pas supérieurs à 750 000 EUR et dont les revenus non commerciaux ne sont pas supérieurs à 75 000 EUR; ou
- b) dont les bénéfices comptables ne dépassent pas 10 % des coûts de fonctionnement pendant la période d'imposition.

Aux fins du premier alinéa, point b), les coûts de fonctionnement ne peuvent pas inclure le coût des biens vendus en dehors du pays, dans lequel l'entité a sa résidence, ou dans lequel l'établissement stable est situé, à des fins fiscales, ni les paiements aux entreprises associées.

Article 8

Calcul des revenus des sociétés étrangères contrôlées

1. Lorsque l'article 7, paragraphe 2, point a), s'applique, les revenus à inclure dans la base d'imposition du contribuable sont calculés selon les règles du droit régissant l'impôt sur les sociétés de l'État membre où le contribuable a sa résidence fiscale ou est situé. Les pertes subies par l'entité ou l'établissement stable ne sont pas incluses dans la base d'imposition mais peuvent être reportées, conformément au droit national, et prises en considération au cours des périodes fiscales ultérieures.

2. Lorsque l'article 7, paragraphe 2, point b), s'applique, les revenus à inclure dans la base d'imposition du contribuable sont limités aux montants générés par les actifs et les risques liés aux fonctions importantes assumées par la société exerçant le contrôle. L'affectation des revenus d'une société étrangère contrôlée est calculée selon le principe de pleine concurrence.

3. Les revenus à inclure dans la base d'imposition sont calculés au prorata de la participation du contribuable dans l'entité, telle qu'elle est définie à l'article 7, paragraphe 1, point a).

4. Les revenus sont inclus dans la période d'imposition du contribuable au cours de laquelle l'exercice fiscal de l'entité prend fin.

5. Lorsque l'entité distribue des bénéfices au contribuable, et que ces bénéfices distribués sont inclus dans les revenus imposables du contribuable, les montants des revenus précédemment inclus dans la base d'imposition au titre de l'article 7 sont déduits de la base d'imposition lors du calcul du montant de l'impôt dû sur les bénéfices distribués afin de garantir l'absence de double imposition.

6. Lorsque le contribuable cède sa participation dans l'entité ou l'activité exercée par l'établissement stable, et que la part du produit afférent à cette cession a été incluse précédemment dans la base d'imposition au titre de l'article 7, ce montant est déduit de la base d'imposition lors du calcul du montant de l'impôt dû sur ce produit afin de garantir l'absence de double imposition.

7. L'État membre du contribuable autorise ce dernier à déduire l'impôt payé par l'entité ou l'établissement stable de la charge fiscale qu'il supporte dans l'État dans lequel il a sa résidence fiscale ou dans lequel il est situé. La déduction est calculée conformément au droit national.

Article 9

Dispositifs hybrides

1. Dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une double déduction, la déduction est accordée uniquement dans l'État membre d'origine du paiement.

2. Dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une déduction sans prise en compte, l'État membre du contribuable refuse la déduction de ce paiement.

CHAPITRE III

DISPOSITIONS FINALES

Article 10

Réexamen

1. La Commission évalue la mise en œuvre de la présente directive, en particulier l'incidence de l'article 4, au plus tard le 9 août 2020 et en rend compte au Conseil. Le rapport de la Commission est, le cas échéant, accompagné d'une proposition législative.

2. Les États membres communiquent à la Commission toutes les informations nécessaires à l'évaluation de la mise en œuvre de la présente directive.

3. Les États membres visés à l'article 11, paragraphe 6, communiquent à la Commission avant le 1^{er} juillet 2017 toutes les informations nécessaires pour évaluer l'efficacité des règles nationales ciblées pour prévenir les risques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices.

Article 11

Transposition

1. Les États membres adoptent et publient, au plus tard le 31 décembre 2018, les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive. Ils communiquent immédiatement à la Commission le texte de ces dispositions.

Ils appliquent ces dispositions à partir du 1^{er} janvier 2019.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

3. Lorsque un montant monétaire est mentionné en euros (EUR) dans la présente directive, les États membres dont la monnaie n'est pas l'euro peuvent choisir de calculer la valeur correspondante dans la monnaie nationale au 12 juillet 2016.

4. Par dérogation à l'article 5, paragraphe 2, l'Estonie peut, pour autant qu'elle ne taxe pas les bénéficiaires non distribués, considérer un transfert d'actifs sous forme monétaire ou non monétaire, y compris d'espèces, d'un établissement stable situé en Estonie vers un siège ou un autre établissement stable situé dans un autre État membre ou dans un pays tiers qui est partie à l'accord EEE, comme une distribution de bénéfices et prélever un impôt sur le revenu, sans accorder aux contribuables le droit de reporter le paiement de cet impôt.

5. Par dérogation au paragraphe 1, les États membres adoptent et publient, au plus tard le 31 décembre 2019, les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à l'article 5. Ils communiquent immédiatement à la Commission le texte de ces dispositions.

Ils appliquent ces dispositions à partir du 1^{er} janvier 2020.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

6. Par dérogation à l'article 4, les États membres qui, au 8 août 2016, disposent de règles nationales ciblées pour prévenir les risques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices aussi efficaces que la limitation des intérêts prévue par la présente directive, peuvent appliquer ces règles ciblées jusqu'à la fin du premier exercice fiscal complet suivant la date de publication, sur le site internet officiel, de l'accord conclu entre les membres de l'OCDE sur une norme minimale relative à l'action 4 en matière d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices, la date butoir étant toutefois fixée au 1^{er} janvier 2024.

Article 12

Entrée en vigueur

La présente directive entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Article 13

Destinataires

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le 12 juillet 2016.

Par le Conseil
Le président
P. KAŽIMÍR

7318/01

N° 7318¹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2017-2018

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 (« Gewerbesteuerengesetz »);
- 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 DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(5.10.2018)

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

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

*

RESUME SYNTHETIQUE

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

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

- la suppression du mécanisme d'imposition différée en cas de conversion d'un emprunt,
- l'absence d'exercice de l'option prévue à l'article 4, paragraphe 1, alinéa 3 de l'ATAD1 à l'endroit de l'article 2, point 2° du Projet en matière d'intégration fiscale,

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

- l’insertion anticipée des règles relatives aux mécanismes anti-instruments hybrides qui ne doivent être mises en vigueur que sous la directive dite « ATAD2 »² et pas avant le 1^{er} janvier 2020,
- l’absence de clarté quant à l’application d’autres règles dans le temps, notamment au sujet (i) de la clause de sauvegarde pour les emprunts contractés avant le 17 juin 2016 concernant la déductibilité des intérêts et (ii) des établissements stables préexistants.
- la juxtaposition plutôt que l’intégration profonde des nouvelles règles (a) entre elles et (b) au sein du corpus de règles luxembourgeoises existantes³ et
- l’insécurité juridique créée par les nouveaux concepts non ou insuffisamment définis.

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

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

*

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

Appréciation du projet de loi :

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

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

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

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

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

5 Voir les considérations générales, point 1.

TABLE DES MATIERES

Contexte et évolution

Considérations générales

1. Appréciation de la transposition de l'ATAD1
2. Impact financier non chiffré

Commentaire des articles

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

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

1. Remarque préliminaire
2. Imbrications du dispositif
 - a. Avec la logique du système actuel
 - b. Avec une extension souhaitée à certaines opérations nationales
 - c. Avec la loi du 27 juillet 2003
 - d. Avec les dispositions finales

Concernant l'article 164*ter* LIR projeté à l'article 2, point 1^o du Projet relatif aux SEC

1. Précisions de diverses notions
 - a. Conditions pour être qualifiée de SEC
 - b. Détermination du revenu à inclure au niveau du contribuable luxembourgeois
 - c. Notion de fonctions importantes
2. Imbrication du dispositif
 - a. Avec les articles 56 et 56*bis* LIR
 - b. Avec la nouvelle règle de limitation des intérêts
 - c. Avec le droit international

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

1. Précisions de diverses notions
 - a. « Coûts d'emprunt » et « revenus d'intérêts imposables »
 - b. « Entité autonome »
2. Imbrication du dispositif
 - a. Avec les règles dites de « recapture »
 - b. Avec les règles d'intégration fiscale
 - c. Avec les emprunts contractés avant le 17 juin 2016

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

1. Délai de transposition
2. Texte du projet d'article 168*ter* L.I.R.
 - a. Précisions de diverses notions
 - i. Types de transactions visées
 - ii. Définition des conséquences d'un dispositif hybride
 - b. Imbrication du dispositif

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

1. Précision de diverses notions
 - a. Notion de « loi fiscale »
 - b. Les impôts visés
 - c. Les personnes visées
2. Imbrication du dispositif

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

1. Précision de diverses notions
 - a. La notion d'activité d'un ES
 - b. La notion de confirmation de l'existence d'un ES
2. Imbrication du dispositif
 - a. Dans le droit interne
 - b. Dans le droit international
 - c. Dans le temps

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

*

CONTEXTE ET EVOLUTION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CONSIDERATIONS GENERALES

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

1. Appréciation de la transposition de l'ATAD1

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

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

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

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

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

S'agissant du *timing*, les mesures d'ATAD1 relatives aux instruments hybrides ont été remplacées par celles contenues dans l'ATAD2, le délai de transposition de la totalité de ces mesures ayant été porté au 31 décembre 2019 afin que les dispositions deviennent applicables à partir du 1^{er} janvier 2020 (et même au 1^{er} janvier 2022 pour les dispositifs anti-hybrides inversés). Dès lors, la Chambre de Commerce s'interroge en l'occurrence sur la nécessité de la transposition en droit luxembourgeois, dès maintenant, d'une mesure entre temps remplacée. Et ce, d'autant que les commentaires du Projet indiquent à cet égard que la transposition de l'ATAD2 fera l'objet d'un projet de loi distinct qui sera présenté dans le courant de 2019. Plutôt que de devoir modifier à nouveau la mesure dans les 12 mois à venir, la Chambre de Commerce estime qu'il serait préférable de retirer purement et simplement les mesures anti-hybrides du Projet afin que la question relative à tous les types de dispositifs hybrides, qu'ils interviennent au sein de l'UE ou dans les relations avec les pays tiers, soit abordée dans un même texte de loi avec une entrée en vigueur aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2020. Cette solution aurait, de surcroît, pour avantage, d'accorder aux contribuables luxembourgeois une année supplémentaire pour se préparer, et ce, conformément à ce que l'ATAD2 prévoit⁹. Pour le surplus, la Chambre de Commerce se permet de renvoyer aux commentaires qu'elles formulera sous l'article 168^{ter} LIR projeté à l'article 2, point 3° du Projet.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Impact financier non chiffré

La Chambre de Commerce constate que le Projet ne comporte aucune évaluation précise de son incidence financière. Une telle situation n'est guère surprenante en raison de l'extrême complexité du domaine couvert. Si le Projet est susceptible de renforcer les activités économiques effectivement prestées par des entreprises existantes, ce qui est de nature à favoriser la création de valeur ajoutée sur le territoire national, dans un même temps, les nouvelles dispositions fiscales pourraient cependant induire une perte d'attractivité et par conséquent une déperdition d'activités pour le Luxembourg. Il est dans l'état actuel des choses très difficile de chiffrer ces deux effets et davantage encore la résultante (création ou perte nette de valeur ajoutée) de ces deux impacts agissant en sens opposé. Les sociétés dites de participation financière sont concernées par cette interrogation. Ainsi, selon le rapport du CES¹⁰, elles contribuaient en 2014 aux recettes totales de l'impôt sur le revenu des collectivités à raison de 28,2% – ce qui représentait alors plus de 400 millions d'euros.

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

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

métriques¹¹. La Chambre de Commerce encourage les autorités à évaluer la faisabilité d’approches de ce type, ou le cas échéant d’évaluations plus « micro-économiques », dans la situation spécifique du Luxembourg.

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

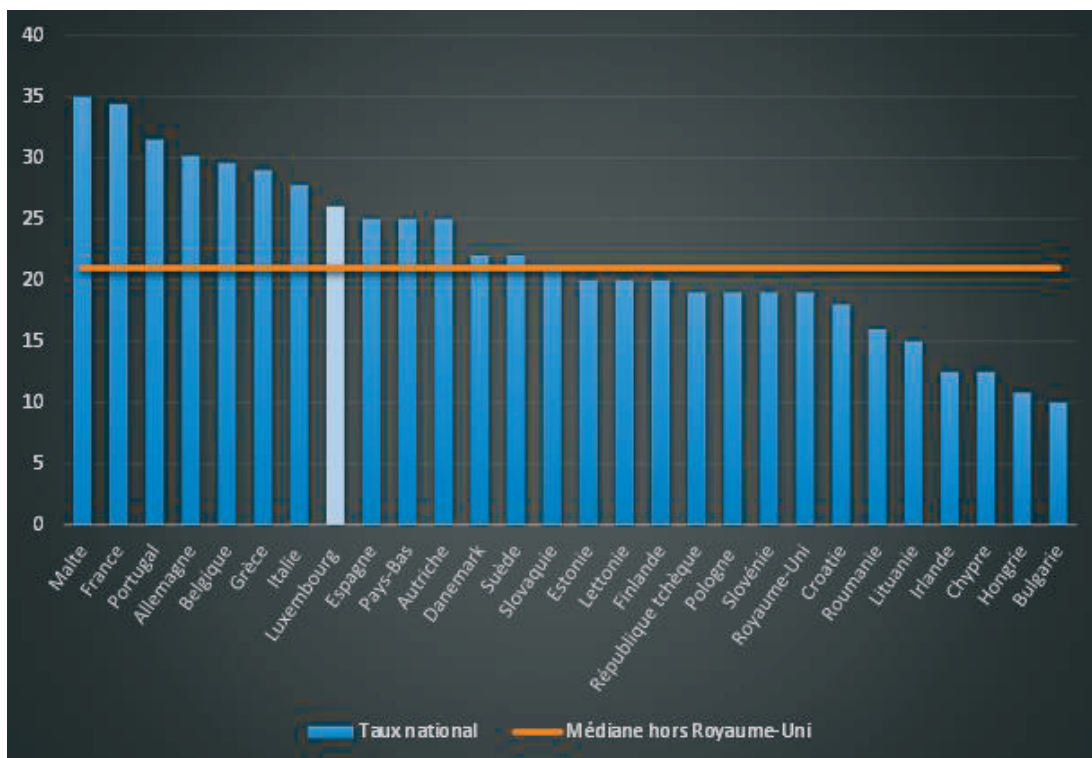
Se pose dès lors avec acuité la question de savoir vers quel taux global d’affiche le Luxembourg devrait tendre. Une démarche pragmatique, reposant sur deux critères, pourrait consister à converger vers le taux médian observé dans l’Union européenne afin d’éliminer l’actuel « *désavantage comparatif*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

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

En outre, le taux nominal global de 26,01% au Luxembourg est peu avantageux dans une perspective européenne. Comme l’illustre le graphique suivant, le taux médian d’imposition au sein de l’Union européenne ne dépasse pas 21% en 2018. Il s’agit en clair du taux séparant en deux groupes de taille équivalente les Etats membres de l’UE (hors Royaume-Uni, ce pays étant appelé à quitter l’UE dès mars 2019). La Chambre de Commerce considère que ce taux médian de 21%, voire même un taux un peu plus bas, constituerait pour le Luxembourg une cible appropriée car il vise simplement, par définition, à figurer au milieu du peloton européen. La convergence vers un taux de l’ordre de 21% serait par conséquent la négation même de toute pratique de « *race to the bottom* ». En affichant un tel objectif, le Luxembourg pourrait à la fois renforcer significativement sa compétitivité et afficher une position conciliante, « *médiane* », sur le plan fiscal européen, à rebours de toute idée de concurrence fiscale exacerbée. La Chambre de Commerce tient par ailleurs à attirer l’attention sur l’intérêt, en termes de prévisibilité fiscale, d’annoncer d’emblée un calendrier clair et transparent de convergence vers cette cible fiscale, une source d’inspiration à cet égard étant la feuille de route (« *roadmap* ») annoncée dès 2010 par les autorités du Royaume-Uni – pays où le taux d’affiche global standard est passé de 28% en 2010 (28,6% au Luxembourg) à 19% en 2018.

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

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



Source : Eurostat, *Taxation trends in the European Union 2018*,

https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/taxation_trends_report_2018.pdf, calcul de la médiane par la Chambre de Commerce.

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

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES

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

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

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

S'il est tout à fait compréhensible qu'il faille s'assurer que l'utilisation, en toute légalité, de dispositions fiscales ne puisse entraîner des situations non conformes aux engagements pris dans le cadre du projet BEPS, il faut garder à l'esprit que dans cette lutte contre la planification fiscale dite agressive,

le Luxembourg doit impérativement rester compétitif, notamment vis-à-vis des autres Etats membres de l'UE. Or, des Etats comme la France¹², la Belgique¹³, l'Allemagne¹⁴ et actuellement encore le Royaume-Uni¹⁵ par exemple ont dans leur législation fiscale des dispositions très similaires à celles de l'article 22bis, alinéa 2, 1° LIR.

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

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

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

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

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

1. Remarque préliminaire

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

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

¹² Article 209 VII bis du Code général des impôts.

¹³ Article 184 du Code des impôts sur les revenus.

¹⁴ Paragraphes 222 et 227 de l'Abgabenordnung.

¹⁵ Section 322 du Corporation Tax Acts 2009.

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

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

Chambre de Commerce ne peut que déplorer que les évolutions en matière de fiscalité internationale intervenues récemment n'aient pas été prises en considération pour concevoir ce dispositif.

2. Imbrications du dispositif

a. Avec la logique du système actuel

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

b. Avec une extension souhaitée à certaines opérations nationales

Lors de certaines opérations nationales, telles que des réorganisations en vue d'aligner les fonctions et les actifs, il n'est pas possible, sur la base du droit fiscal luxembourgeois actuellement en vigueur, d'obtenir un report d'imposition, alors que le Luxembourg peut aisément suivre et recouvrer les créances fiscales dans de telles situations. Ce type de neutralité fiscale existe dans d'autres Etats européens et pourrait donc être ajouté à la législation fiscale afin de former un tout cohérent.

c. Avec la loi du 27 juillet 2003

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

d. Avec les dispositions finales

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

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

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

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

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

1. Précisions de diverses notions

a. Conditions pour être qualifiée de SEC

Comme l'ATAD1 le prévoit, deux conditions sont nécessaires pour être qualifiée de SEC. Les commentaires ci-après ne porteront que sur la deuxième condition posée, à l'alinéa 2 du **paragraphe 1^{er}**, à savoir celle concernant l'impôt réel sur les sociétés que l'entité ou l'ES paie sur ses bénéficiaires et qui doit être inférieur à un certain niveau.

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

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

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

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

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

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

aux avances relatives à l'exercice N et, le cas échéant, au solde de l'impôt fixé au titre d'un ou plusieurs exercices précédents.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

de charge de la preuve. A titre plus ponctuel, au point 1 du paragraphe 4, il semblerait qu'il faille ajouter « se » entre les mots « inclure » et « rangent ».

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

c. Notion de fonctions importantes

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

2. Imbrication du dispositif

a. Avec les articles 56 et 56bis LIR

Le nouvel article 164ter vise à imposer, dans le cas de montages non authentiques dont le but essentiel est d'obtenir un avantage fiscal, le revenu non distribué des SEC à hauteur des montants générés par les actifs et les risques liés aux fonctions importantes assumées par le contribuable exerçant le contrôle (conformément au paragraphe 2, point b) de l'article 7 de l'ATAD1.

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

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

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

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

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

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

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

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

b. Avec la nouvelle règle de limitation des intérêts

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

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

c. Avec le droit international

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

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

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

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

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

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

1. Précisions de diverses notions

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

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

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

1) les charges d'intérêts sur toutes les formes de dette ;

- 2) *les autres coûts économiquement équivalents à des intérêts, et*
 3) *les charges supportées dans le cadre du financement ».*

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

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

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

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

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

S'agissant d'une règle de droit entièrement nouvelle en droit luxembourgeois, il est primordial, notamment pour des raisons de sécurité juridique et de compétitivité, que le champ d'application de ce dispositif de limitation de la déductibilité des intérêts puisse être aisément identifiable. D'où la nécessité de préciser dans le cadre de ce Projet si l'approche par analogie est bien celle à suivre et de confirmer que la notion de « *revenus d'intérêts imposables* » devrait être interprétée de façon symétrique à celle des « *coûts d'emprunt* ».

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

b. « Entité autonome »

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Imbrication du dispositif

a. Avec les règles dites de « recapture »

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

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

Telle ne semble pourtant pas être l'intention des auteurs puisque le Projet indique, et la Chambre de Commerce le salue largement, que « *compte tenu de l'objectif poursuivi par la directive de fixer au niveau communautaire des normes minimales, il relève de la compétence des Etats membres de décider s'ils souhaitent réduire le ratio de 30 pour cent en vue d'assurer un niveau de protection plus important.*

A ce sujet, il est proposé de ne pas exercer cette option et d'appliquer le ratio de référence tel que retenu [30%]²² ».

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

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

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

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

b. Avec les règles d'intégration fiscale

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

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

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

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

²² Voir page 40 du Projet.

²³ Voir page 38 du Projet.

- Si l’option prévue par l’article 4, alinéa 1, point (a) de l’ATAD1 était transposée en droit luxembourgeois, les surcoûts d’emprunt seront calculés pour l’intégration fiscale et devraient être nuls. Les 9,5 millions de charge d’intérêt de B resteront déductibles et la base d’imposition de l’intégration fiscale sera toujours de 500.000.
- En revanche, en l’absence de transposition de l’option prévue par l’article 4, alinéa 1, point (a) de l’ATAD1, B devra considérer des surcoûts d’emprunt de 9,5 millions (correspondant à des coûts d’emprunt de 9,5 millions sans revenu d’intérêt). B n’aura pas d’EBITDA et ne pourra déduire que 3 millions en application de l’article 168bis, alinéa 2 (b) L.I.R. **La base imposable de l’intégration fiscale serait alors de 7 millions au lieu de 500.000.**

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

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

c. Avec les emprunts contractés avant le 17 juin 2016

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

La Chambre de Commerce salue le principe de la clause de maintien des droits acquis sous les emprunts préexistants même si la formulation de cette clause génère plus de questions que de réponses. Dans la mesure où le considérant 8 de l’ATAD1²⁴ semble limiter la portée rétroactive du dispositif de limitation des intérêts tout en restant aligné sur les objectifs poursuivis par l’ATAD1, la Chambre de Commerce comprend dès lors que les modifications qui n’entraînent pas d’augmentation des coûts d’emprunt ne remettent pas en cause les dispositions relatives à la clause de sauvegarde. A titre illustratif, seulement les modifications contractuelles intervenues après le 17 juin 2016 et qui donnent lieu à une augmentation des coûts d’emprunt et à une augmentation des surcoût d’emprunt supplémentaire devraient être considérées comme non couvertes par la clause de sauvegarde. Les coûts d’emprunt résultant du contrat initial avant modifications restent dans le champ de la clause de sauvegarde comme le précise le considérant 8 de l’ATAD 1. Des exemples illustratifs, comme celui mentionné ci-avant, seraient les bienvenus dans les commentaires au Projet en lien avec ce point.

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

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

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

1. Délai de transposition

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

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

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

a. Précisions de diverses notions

i. Types de transactions visées

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

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

Enfin, à des fins d'harmonisation et de systématisation, la Chambre de Commerce propose d'aligner la mesure visée à l'article 168ter LIR avec les autres dispositions fiscales de droit luxembourgeois comme, par exemple, avec l'article 166 2 bis LIR, en précisant que l'« *on entend par dispositif hybride des différences dans la qualification juridique d'un instrument financier ou d'un organisme lorsqu'un dispositif structuré conclu entre le contribuable et une partie établie dans un autre Etat membre de l'Union européenne...* » et en excluant la portion de la phrase « *les relations commerciales ou financières entre contribuables* ».

ii. Définition des conséquences d'un dispositif hybride

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

Or, l'ATAD1 fait, quant à elle, expressément référence à la notion de « paiement » : (« *b) le paiement fait l'objet d'une déduction dans l'Etat membre où il a sa source sans donner lieu à une inclusion du*

produit correspondant à ce paiement dans la base d'imposition de l'autre État membre («déduction sans prise en compte») ».

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

b. Imbrication du dispositif

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

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

1. Précision de diverses notions

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

a. Notion de « loi fiscale »

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

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

b. Les impôts visés

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

c. Les personnes visées

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

2. Imbrication du dispositif

Si les commentaires du Projet donnent certaines indications (e.g. concernant l'interaction entre les règles SEC et la GAAR), l'interaction entre les différentes règles anti-abus spécifiques, d'une part, et la GAAR, d'autre part, devrait être davantage précisée. Quand bien même le Projet indique, en page 54 de ses commentaires, qu'« *Ainsi, si un dispositif fiscal abusif entre dans le champ d'application d'une clause anti-abus spéciale (par exemple de la règle SEC introduite par le présent projet de loi), c'est*

cette dernière qui a vocation à le traiter. Il y a cependant lieu de relever que si les éléments constitutifs des dispositions anti-abus spéciales ne sont pas remplis, la clause anti-abus générale est susceptible de s'appliquer de par sa vocation générale ». Il conviendrait en effet d'explicitier que dans tous les cas où une clause anti-abus spécifique s'applique, la GAAR ne trouvera jamais à s'appliquer de manière cumulative pour le même type d'impôt.

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

1. Précision de diverses notions

a. La notion d'activité d'un ES

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

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

En l'absence de définition spécifique dans le cadre de la convention fiscale en question, et sous réserve de ce qui sera expliqué en termes d'imbrication, il semblerait que, sur base de ce nouvel alinéa 5, l'analyse de l'existence d'un ES doit être réalisée sur base des deux critères cumulatifs suivants qui doivent être analysés de manière autonome (sauf dispositions contraires du traité en question) :

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

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

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

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

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

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

Les commentaires du Projet précisent à cet égard que : « [...] le contribuable peut être invité à fournir une confirmation que l'autre Etat contractant considère qu'il existe un établissement stable sur son territoire. A cette fin, le contribuable peut apporter tout document probant permettant de vérifier

ses déclarations et notamment un bulletin d'impôt sur le revenu ou encore une attestation de l'autorité compétente de l'autre Etat contractant confirmant l'existence de l'établissement stable ».

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

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

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

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

2. Imbrication du dispositif

a. Dans le droit interne

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

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

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

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

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

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

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

b. Dans le droit international

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

c. Dans le temps

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

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

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

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

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

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

*

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

7318/02

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* »);
- 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 non-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 : *“Tisse 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 (« *Liebhaberei* ») 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

Impression: CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

7318/03

N° 7318³

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 1^{er} 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 »)

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
<i>Amendements gouvernementaux</i>	
1) Dépêche du Ministre aux Relations avec le Parlement au Président de la Chambre des Députés (4.11.2018).....	1
2) Texte et commentaire des amendements gouvernementaux	2
3) Texte coordonné.....	5
4) Textes coordonnés.....	14

*

**DEPECHE DU MINISTRE AUX RELATIONS AVEC LE PARLEMENT
AU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES**

(4.11.2018)

Monsieur le Président,

À la demande du Ministre des Finances, j'ai l'honneur de vous saisir d'amendements gouvernementaux relatifs au projet de loi sous rubrique.

À cet effet, je joins en annexe le texte des amendements avec un commentaire, le texte coordonné de la version amendée ainsi que les extraits coordonnés des lois que le présent projet de loi vise à modifier.

Les avis des chambres professionnelles ont été demandés et vous parviendront dès réception.

Monsieur le Ministre des Finances saurait gré à la Chambre des Députés de bien vouloir accorder un traitement prioritaire à l'analyse du projet de loi sous rubrique, étant donné que le délai de transposition de la directive 2016/1164 du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale, ayant une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, expirera le 31 décembre 2018 et qu'une entrée en vigueur du projet de loi élargi au 1^{er} janvier 2019 s'avèrera

indispensable pour que les contribuables puissent identifier en toute sécurité juridique les règles fiscales qui s'appliqueront à eux à partir du 1^{er} janvier 2019.

Veuillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de ma haute considération.

*Le Ministre aux Relations
avec le Parlement,
Fernand ETGEN*

*

TEXTE ET COMMENTAIRE DES AMENDEMENTS GOUVERNEMENTAUX

Le texte du projet de loi n° 7318 1) transposant la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur; 2) modifiant la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu; 3) modifiant la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« Gewerbesteuerengesetz »); 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 »), ci-après «projet de loi», est modifié comme suit:

Amendement 1

Au Chapitre 1^{er} – Modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, l'article 22bis est modifié comme suit:

A l'alinéa 2, première phrase, les termes «le numéro 1 est abrogé» sont remplacés par les termes «le numéro 1 est supprimé;».

Motivation de l'amendement 1

L'amendement 1 répond à la demande du Conseil d'Etat.

Amendement 2

Au Chapitre 1^{er} – Modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, l'article 35, alinéa 5, lettre a), est modifié comme suit: «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 Etat;».

Motivation de l'amendement 2

L'amendement 2 répond à la demande formulée par le Conseil d'Etat en ce qui concerne le libellé de la lettre a).

Amendement 3

Au Chapitre 1^{er} – Modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, l'article 38 est modifié comme suit:

1° A l'alinéa 1^{er}, le libellé de la première phrase est remplacé comme suit: «(1) Le transfert à l'étranger de biens, qu'ils forment une entreprise, un établissement stable ou qu'il s'agisse de biens isolés faisant partie de l'actif net investi, est assimilé à une cession à titre onéreux dans les situations suivantes:».

2° A l'alinéa 1^{er}, lettres a) et b), les termes «biens isolés» sont remplacés par le terme «biens».

3° A l'alinéa 3, les termes «à partir» sont supprimés après les termes «à compter».

Motivation de l'amendement 3

L'amendement 3 répond à la demande formulée par le Conseil d'Etat.

Amendement 4

Au Chapitre 1^{er} – Modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, l'article 43 est modifié comme suit:

Au nouvel alinéa 1a, les termes «du contribuable ou de l'établissement stable» sont supprimés et remplacés par les termes «de ces biens».

Motivation de l'amendement 4

L'amendement 4 répond à la demande formulée par le Conseil d'Etat.

Amendement 5

Au Chapitre 1^{er} – Modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, l'article 164^{ter} est modifié comme suit:

- 1° A l'alinéa 3, le libellé de la première phrase est remplacé comme suit «Les revenus nets d'un exercice d'exploitation déterminé de la société étrangère contrôlée qui ne sont pas distribués au courant du même exercice d'exploitation au contribuable et qui proviennent 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.». A la deuxième phrase, les termes «est considéré comme non authentique» sont remplacés par les termes «sont considérés comme non authentiques».
- 2° A l'alinéa 4, numéro 3, les termes «conformément à la disposition du numéro 2» sont remplacés par les termes «conformément au numéro 2».
- 3° A l'alinéa 4, numéro 7, les termes «participation détenue» sont remplacés par les termes «participation détenue de manière directe ou indirecte».

Motivation de l'amendement 5

L'amendement 5 résulte, d'une part, de la proposition du Conseil d'Etat, et, d'autre part, d'une clarification du Gouvernement, suite aux commentaires du Conseil d'Etat, que par «revenus distribués», il y a lieu d'entendre les revenus distribués au contribuable.

Amendement 6

Au Chapitre 1^{er} – Modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, l'article 168^{bis} est modifié comme suit:

- 1° A l'alinéa 1^{er}, numéro 4, première phrase, les termes «les amortissements» et «les déductions» sont remplacés par les termes «des amortissements» et «des déductions».
- 2° A l'alinéa 1^{er}, numéro 7, lettre c), les termes «directive 2009/138/CE» sont remplacés par les termes «directive 2009/138/CE précitée».
- 3° A l'alinéa 1^{er}, numéro 7, lettre e), le terme «portant» est inséré avant les termes «sur la coordination».
- 4° A l'alinéa 1^{er}, numéro 7, le libellé de la lettre f) est remplacé comme suit:
 - «f) un fonds d'investissement alternatif, ci-après «FIA», géré par un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010, ou un FIA surveillé en vertu de la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la Société d'investissement en capital à risque (SICAR);».
- 5° A l'alinéa 1^{er}, numéro 7, lettre g), les termes «directive 2009/65/ce» sont remplacés par les termes «directive 2009/65/CE».
- 6° A l'alinéa 1^{er}, numéro 7, le libellé de la lettre i) est remplacé comme suit:
 - «i) les dépositaires centraux de titres au sens de l'article 2, paragraphe 1^{er}, point 1), du règlement (UE) n° 909/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 concernant l'amélioration du règlement de titres dans l'Union européenne et les dépositaires centraux de titres, et modifiant les directives 98/26/CE et 2014/65/UE ainsi que le règlement (UE) n° 236/2012;».
- 7° A l'alinéa 7, le libellé de la lettre a) est modifié comme suit:
 - «a) emprunts qui ont été contractés avant le 17 juin 2016, mais cette exclusion ne s'étend à aucune modification ultérieure de ces emprunts;».

Motivation de l'amendement 6

L'amendement 6 résulte de la proposition du Conseil d'Etat, à l'exception du point 1° en vertu duquel une incohérence rédactionnelle est corrigée.

Amendement 7

Au Chapitre 1^{er} – Modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, l'article 168^{ter} est modifié comme suit:

- 1° A l'alinéa 1^{er}, première phrase, les termes «on entend par dispositif hybride des différences» sont remplacés par les termes «on entend par «dispositif hybride» les différences».
- 2° A l'alinéa 1^{er}, numéro 1, les termes «(double déduction)» sont remplacés par les termes «, dénommée «double déduction»».
- 3° A l'alinéa 1^{er}, numéro 2, les termes «la dépense d'exploitation» et «elle» sont remplacés par les termes «le paiement» et «il», et les termes «(déduction sans prise en compte)» sont remplacés par les termes «, dénommée «déduction sans prise en compte»».
- 4° A l'alinéa 1^{er}, la phrase qui suit le numéro 2 est remplacée comme suit «Par «contribuable», il y a lieu d'entendre, aux fins du présent article, un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er}.».
- 5° A l'alinéa 4, les termes «ou tous autres éléments pertinents» sont remplacés par les termes «ou tout autre élément pertinent» et une virgule est insérée après les termes «numéro 1».

Motivation de l'amendement 7

L'amendement 7 résulte de la proposition du Conseil d'Etat.

Amendement 8

Au Chapitre 2 – Modification de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial («*Gewerbesteuer-gesetz*»), les termes «Le paragraphe 9 de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial («*Gewerbesteuer-gesetz*») est complété comme suit: Il est ajouté un nouveau numéro 3a intercalé entre les numéros 3 et 4 et libellé comme suit:» sont remplacés par les termes «Au paragraphe 9 de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial («*Gewerbesteuer-gesetz*»), il est inséré un nouveau numéro 3a à la suite du numéro 3, libellé comme suit:».

Motivation de l'amendement 8

L'amendement résulte de la proposition du Conseil d'Etat.

Amendement 9

Le Chapitre 3 – Modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 («*Steueranpassungsgesetz*»), est modifié comme suit:

- 1° Au paragraphe 6, alinéa 1^{er}, les termes «Il y a abus au sens de la phrase précédente» sont remplacés par les termes «Il y a abus au sens de la première phrase».
- 2° Au paragraphe 6, alinéa 2, les termes «Si un abus au sens de l'alinéa précédent» sont remplacés par les termes «Si un abus au sens de l'alinéa lu».
- 3° Au paragraphe 6, alinéa 3, les termes «lesdits impôts» sont à insérer avant les termes «sont à rembourser».
- 4° Au paragraphe 16, alinéa 5, les termes «Aux fins de cet alinéa» sont à remplacer par les termes «Aux fins du présent alinéa».

Motivation de l'amendement 9

L'amendement 9 résulte de la proposition du Conseil d'Etat.

Amendement 10

Au Chapitre 4 – Modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 («*Abgabenordnung*»), le paragraphe 127 est modifié comme suit:

- 1° A l'alinéa 2, lettre a), les termes «la ou les société(s) bénéficiaire(s) de l'apport déclare(nt)» sont remplacés par les termes «les sociétés bénéficiaires de l'apport déclarent».

2° A l'alinéa 2, lettre f), les termes «en due forme» sont remplacés par les termes «en bonne et due forme».

Motivation de l'amendement 10

L'amendement 10 résulte de la proposition du Conseil d'Etat.

Amendement 11

Au Chapitre 6 – Mise en vigueur, l'article 7 est remplacé comme suit:

«Les dispositions de la présente loi sont applicables aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2019, 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 aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2020. Les dispositions de l'article 4, point 1° de la présente loi sont applicables à partir de l'année d'imposition 2019 dans la mesure où le contribuable réalise un revenu visé par l'article 10, numéros 4 à 8 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu.».

Motivation de l'amendement 11

L'amendement 11 résulte du commentaire du Conseil d'Etat. Il est clarifié que les dispositions de l'article 4, point 1° sont applicables à partir de l'année d'imposition 2019 en ce qui concerne les revenus dont la réalisation cadre avec l'année civile.

*

TEXTE COORDONNE

Chapitre 1^{er}. – *Modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu*

Art. 1^{er}. Le titre I (impôt sur le revenu des personnes physiques) de la loi modifiée du 4 décembre 1967 est modifié et complété comme suit:

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

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

2° L'article 35 est complété comme suit:

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

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

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

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

« (6) La date d'acquisition des biens évalués conformément aux alinéas 1^{er} à 5 est la date d'acquisition effective de ces biens. »

3° L'article 38 est remplacé comme suit:

« Art. 38. (1) Le transfert à l'étranger de biens, qu'ils forment une entreprise, un établissement stable ou qu'il s'agisse de biens isolés faisant partie de l'actif net investi, est assimilé à une cession à titre onéreux dans les situations suivantes:

- a) le contribuable transfère des **biens** de son entreprise située au Luxembourg vers un établissement stable situé dans un autre Etat, pour autant que le droit d'imposition de ces biens transférés ne revient plus au Luxembourg;

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

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

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

4° L'article 43 est complété comme suit:

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

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

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

Cette valeur constitue le prix initial d'acquisition. »

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

« (2a) La date d'acquisition des biens apportés évalués conformément aux alinéas 1^{er} à 2 est la date d'acquisition effective de ces biens. »

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

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

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

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

l'alinéa 1^{er}, qui n'est pas imposable ou qui est exonéré d'impôt sur le territoire où il est situé, n'est pas pris en considération.

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

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

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

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

(2) Par entreprise associée au sens de la présente loi, il y a lieu d'entendre:

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

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

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

(3) Les revenus nets d'un exercice d'exploitation déterminé de la société étrangère contrôlée qui ne sont pas distribués au courant du même exercice d'exploitation au contribuable et qui proviennent de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal, sont à inclure dans le revenu net du contribuable.

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

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

1. les revenus nets à inclure rangent dans la catégorie de revenu du bénéfice commercial et sont limités aux montants générés par les actifs et les risques liés aux fonctions importantes assumées par le contribuable exerçant le contrôle. L'affectation des revenus d'une société étrangère contrôlée est calculée selon le principe de pleine concurrence tel que prévu aux articles 56 et 56bis. Ne sont déductibles que les dépenses d'exploitation qui sont en connexion économique avec les revenus à inclure;
2. lorsque le total des revenus nets de la société étrangère contrôlée à inclure est négatif, il n'est pas inclus dans le revenu net du contribuable;
3. lorsque le total des revenus nets de la société étrangère contrôlée à inclure est positif, le contribuable peut déduire jusqu'à concurrence de ce total les revenus nets négatifs qui n'ont pas été déductibles conformément au numéro 2 ci-avant au titre d'un exercice d'exploitation antérieur et qui n'ont pu être déduits pendant aucun exercice d'exploitation postérieur par application des

dispositions du présent alinéa. Seuls les revenus nets négatifs réalisés par une société étrangère contrôlée après l'entrée en vigueur du présent article sont déductibles;

4. le total des revenus nets à inclure dans le revenu net du contribuable est calculé au prorata de la participation au sens de l'alinéa 1^{er}, numéro 1, détenue par le contribuable dans l'organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1^{er};
 5. les revenus nets à inclure sont imposés au titre de l'exercice d'exploitation au cours duquel l'exercice d'exploitation de la société étrangère contrôlée se termine;
 6. lorsque la société étrangère contrôlée est un organisme à caractère collectif qui distribue des bénéfices au contribuable et que ces bénéfices distribués sont inclus dans le revenu net du contribuable, les montants des revenus nets précédemment inclus dans les revenus nets du contribuable en sont déduits jusqu'à concurrence du montant imposable de ces distributions de bénéfices;
 7. lorsque le contribuable cède des titres d'une participation détenue de manière directe ou indirecte dans le capital d'un organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1^{er} ou l'activité exercée par un établissement stable au sens de l'alinéa 1^{er}, et que la part de la plus-value afférente à cette cession a été incluse précédemment dans le revenu net du contribuable, les montants des revenus nets précédemment inclus dans les revenus nets du contribuable sont déduits de la plus-value afférente à cette cession jusqu'à concurrence du montant imposable de cette plus-value;
 8. conformément aux dispositions des articles 134*bis* et 134*ter*, la fraction d'impôt correspondant au total des revenus nets à inclure dans le revenu net du contribuable est réduite, au prorata de sa participation, à concurrence de l'impôt qui correspond à ce même total des revenus nets, établi et payé à l'étranger par la société étrangère contrôlée. »
- 2° A la suite de l'article 168, il est inséré un nouvel article 168*bis*, libellé comme suit:
- « Art. 168*bis*. (1) Au sens du présent article, on entend par :
- 1) contribuable : un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er};
 - 2) coûts d'emprunt : les charges d'intérêts sur toutes les formes de dette, les autres coûts économiquement équivalents à des intérêts et les charges supportées dans le cadre de financements, notamment, mais pas exclusivement,
 - les rémunérations dues sur des prêts participatifs,
 - les intérêts imputés sur des instruments, tels que des obligations convertibles et des obligations sans coupon,
 - les montants déboursés au titre de mécanismes de financement alternatifs, du type finance islamique,
 - les intérêts dus au titre de contrats de crédit-bail,
 - les intérêts capitalisés inclus dans la valeur de l'actif correspondant inscrit au bilan, ou l'amortissement des intérêts capitalisés,
 - les montants mesurés par référence à un rendement financier en vertu des règles d'établissement des prix de transfert, le cas échéant,
 - les intérêts notionnels au titre d'instruments dérivés ou de contrats de couverture portant sur les emprunts d'un organisme,
 - certains gains et pertes de change sur emprunts et instruments liés à des financements,
 - les frais de garantie concernant des accords de financement,
 - les frais de dossier et frais similaires liés à l'emprunt de fonds;
 - 3) surcoûts d'emprunt : le montant du dépassement des coûts d'emprunt déductibles supportés par un contribuable par rapport aux revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents réalisés par ce contribuable;
 - 4) EBITDA: le total des revenus nets majoré des surcoûts d'emprunt visés au numéro 3, des amortissements calculés d'après les articles 29 à 34 et des déductions pour dépréciation qui ont été opérées. Sont exclus du calcul de l'EBITDA, les revenus exonérés d'impôts et les dépenses d'exploitation qui sont en connexion économique avec ces mêmes revenus exonérés ;
 - 5) projet d'infrastructures publiques à long terme : un projet reconnu d'intérêt public visant à fournir, à améliorer, à exploiter et/ou à conserver un actif de grande ampleur ;

- 6) entité autonome : un contribuable qui ne fait pas partie d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière et qui n'a pas d'entreprise associée ou pas d'établissement stable situé dans un Etat autre que le Luxembourg;
- 7) entreprises financières :
- a) un établissement de crédit, une entreprise d'investissement au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point 1), de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010 ou une société de gestion d'OPCVM (organisme de placement collectif en valeurs mobilières) au sens de l'article 2, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) ;
 - b) une entreprise d'assurance au sens de l'article 13, point 1), de la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) ;
 - c) une entreprise de réassurance au sens de l'article 13, point 4), de la directive 2009/138/CE précitée;
 - d) une institution de retraite professionnelle relevant du champ d'application de la directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, sauf si un Etat membre a choisi de ne pas appliquer ladite directive en tout ou partie à cette institution conformément à l'article 5 de cette directive, ou le délégué d'une institution de retraite professionnelle visé à l'article 19, paragraphe 1^{er}, de ladite directive;
 - e) les institutions de retraite gérant des régimes de retraite qui sont considérés comme des régimes de sécurité sociale relevant du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et du règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, ainsi que toute entité juridique créée aux fins d'investissements de tels régimes;
 - f) un fonds d'investissement alternatif, ci-après «FIA», géré par un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010, ou un FIA surveillé en vertu de la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la Société d'investissement en capital à risque (SICAR);
 - g) les OPCVM au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM);
 - h) les contreparties centrales au sens de l'article 2, point 1), du règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux;
 - i) les dépositaires centraux de titres au sens de l'article 2, paragraphe 1^{er}, point 1), du règlement (UE) n° 909/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 concernant l'amélioration du règlement de titres dans l'Union européenne et les dépositaires centraux de titres, et modifiant les directives 98/26/CE et 2014/65/UE ainsi que le règlement (UE) n° 236/2012;
 - j) les entités de titrisation au sens de l'article 2, point 2), du règlement n° (UE) 2017/2402 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titri-

sation ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées, et modifiant les directives 2009/65/CE, 2009/138/CE et 2011/61/UE et les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 648/2012.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

« Art. 168ter. (1) Au sens du présent article, on entend par «dispositif hybride» les différences dans la qualification juridique d'un instrument financier ou d'un organisme lorsqu'un dispositif structuré conclu entre le contribuable et une partie établie dans un autre Etat membre ou lorsque les relations commerciales ou financières entre le contribuable et une entreprise associée établie dans un autre Etat membre entraînent les conséquences suivantes:

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

Par «contribuable», il y a lieu d'entendre, aux fins du présent article, un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er}.

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

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

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

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

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

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

Chapitre 2. – Modification de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« Gewerbesteuerengesetz »)

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

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

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

Chapitre 3 – Modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz »)

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

1° Le paragraphe 6 est remplacé comme suit:

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

(2) Si un abus au sens de l'alinéa 1^{er} est donné, les impôts sont à percevoir comme ils auraient dû l'être au cas où la voie juridique utilisée avait été authentique compte tenu des faits et circonstances pertinents.

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

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

« (5) Par dérogation aux dispositions des alinéas 1^{er} à 4, les seuls critères à appliquer pour déterminer si un contribuable résident dispose d'un établissement stable dans un Etat avec lequel le Luxembourg a conclu une convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale sont les critères retenus à cette fin dans cette convention. A cet égard, il est considéré qu'un contribuable résident exerce tout ou partie de son activité par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans l'autre Etat contractant si cette activité considérée isolément constitue une activité indépendante et représente une participation à la vie économique générale dans cet Etat, à moins qu'une disposition explicite renfermée dans la convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale liant le Luxembourg et l'autre Etat contractant ne s'y oppose. Aux fins du présent alinéa, il peut être demandé au contribuable de fournir une confirmation que l'autre Etat contractant considère qu'il y existe un établissement stable. Une telle confirmation est à fournir dans l'hypothèse où la convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale conclue avec l'autre Etat ne contient pas de disposition autorisant le Luxembourg à ne pas exempter de l'impôt des revenus reçus ou de la fortune possédée dans l'autre Etat contractant par un contribuable résident dans le cas où l'autre Etat contractant interprète les dispositions de la convention d'une manière telle que ces revenus ou cette fortune entrent dans le champ d'application d'une disposition de la convention qui supprime ou limite le droit de l'autre Etat contractant d'imposer ces éléments. »

Chapitre 4 – Modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung »)

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

Le paragraphe 127 est modifié et complété comme suit:

1° L'alinéa 2 est modifié comme suit:

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

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

- a) les biens transférés ou l'activité transférée, exercée par l'établissement stable du contribuable, sont cédés ou prélevés, à l'exception du transfert dans le cadre d'un apport d'une entreprise ou d'une partie autonome d'entreprise dans les conditions définies par l'article 2 de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre ou de dispositions analogues, lorsque les sociétés bénéficiaires

de l'apport déclarant reprendre les droits et obligations de l'apporteur en rapport avec le délai de paiement;

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

2° L'alinéa 3 est abrogé.

Chapitre 5 – Dispositions transitoires

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

Chapitre 6 – Mise en vigueur

Art 7. Les dispositions de la présente loi sont applicables aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2019, 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 aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2020. Les dispositions de l'article 4, point 1° de la présente loi sont applicables à partir de l'année d'imposition 2019 dans la mesure où le contribuable réalise un revenu visé par l'article 10, numéros 4 à 8 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu.

*

TEXTES COORDONNES

PROJET DE LOI N° 7318

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

MODIFICATION DE LA LOI MODIFIEE du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu

Art. 22bis (1) Au sens de la présente loi, on entend par:

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

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

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

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

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

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

Art. 35 (1) En cas de création d'une entreprise ou d'une partie autonome d'entreprise les biens constituant l'actif net investi au début du premier exercice d'exploitation ne peuvent être évalués:

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

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

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

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

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

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

(6) La date d'acquisition des biens évalués conformément aux alinéas à 5 est la date d'acquisition effective de ces biens.

Art. 38 (1) Le transfert à l'étranger d'une entreprise ou d'un établissement stable est assimilé à la cession en bloc et à titre onéreux de l'entreprise ou de l'établissement stable. La valeur estimée de réalisation de l'entreprise ou de l'établissement stable est à retenir à titre de prix de cession. Le transfert à l'étranger de biens, qu'ils forment une entreprise, un établissement stable ou qu'il s'agisse de biens

isolés faisant partie de l'actif net investi, est assimilé à une cession à titre onéreux dans les situations suivantes:

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

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

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

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

Art. 43 (1) Les suppléments d'apport et les prélèvements personnels sont respectivement à mettre en compte pour leur valeur d'exploitation au moment de l'apport et à celui du prélèvement. Cette valeur constitue, quant aux suppléments d'apport, le prix initial d'acquisition.

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

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

Cette valeur constitue le prix initial d'acquisition.

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

(2a) La date d'acquisition des biens apportés évalués conformément aux alinéas 1^{er} à 2 est la date d'acquisition effective de ces biens.

(3) En cas de prélèvement d'un bien autre que ceux visés à l'alinéa qui précède durant les deux années qui suivent son incorporation, comme supplément d'apport, à l'actif net investi, la valeur de

prélèvement ne peut être inférieure à la valeur d'apport diminuée de l'amortissement normal pratiqué jusqu'au jour du prélèvement.

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

1. dans le cas d'un organisme à caractère collectif, le contribuable, à lui seul ou avec ses entreprises associées,
 - a) soit détient une participation directe ou indirecte de plus de 50 pour cent des droits de vote dans cet organisme à caractère collectif,
 - b) soit possède, directement ou indirectement, plus de 50 pour cent du capital dans cet organisme à caractère collectif,
 - c) soit est en droit de recevoir plus de 50 pour cent des bénéfices de cet organisme à caractère collectif;
2. l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable au sens de l'alinéa 1^{er}, établi et payé par celui-ci, est inférieur à la différence entre, d'une part, l'impôt sur le revenu des collectivités qui aurait été supporté par l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable au sens de l'alinéa conformément aux dispositions de la présente loi et, d'autre part, l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable au sens de l'alinéa 1^{er}, établi et payé par celui-ci. Aux fins du numéro 2, l'établissement stable d'un organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1^{er}, qui n'est pas imposable ou qui est exonéré d'impôt sur le territoire où il est situé, n'est pas pris en considération.

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

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

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

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

(2) Par entreprise associée au sens de la présente loi, il y a lieu d'entendre:

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

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

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

(3) Les revenus nets d'un exercice d'exploitation déterminé de la société étrangère contrôlée ou ni sont pas distribués au courant du même exercice d'exploitation au contribuable et qui proviennent de

montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal, sont à inclure dans le revenu net du contribuable.

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

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

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

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

- 1) contribuable : un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er};
- 2) coûts d'emprunt : les charges d'intérêts sur toutes les formes de dette, les autres coûts économiquement équivalents à des intérêts et les charges supportées dans le cadre de financements, notamment,
 - les rémunérations dues sur des prêts participatifs,
 - les intérêts imputés sur des instruments, tels que des obligations convertibles et des obligations sans coupon,
 - les montants déboursés au titre de mécanismes de financement alternatifs, du type finance islamique,

- les intérêts dus au titre de contrats de crédit-bail,
 - les intérêts capitalisés inclus dans la valeur de l'actif correspondant inscrit au bilan, ou l'amortissement des intérêts capitalisés,
 - les montants mesurés par référence à un rendement financier en vertu des règles d'établissement des prix de transfert, le cas échéant,
 - les intérêts notionnels au titre d'instruments dérivés ou de contrats de couverture portant sur les emprunts d'un organisme,
 - certains gains et pertes de change sur emprunts et instruments liés à des financements,
 - les frais de garantie concernant des accords de financement,
 - les frais de dossier et frais similaires liés à l'emprunt de fonds;
- 3) surcoûts d'emprunt : le montant du dépassement des coûts d'emprunt déductibles supportés par un contribuable par rapport aux revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents réalisés par ce contribuable;
- 4) EBITDA: le total des revenus nets majoré des surcoûts d'emprunt visés au numéro 3, des amortissements calculés d'après les articles 29 à 34 et des déductions pour dépréciation qui ont été opérées. Sont exclus du calcul de l'EBITDA, les revenus exonérés d'impôts et les dépenses d'exploitation qui sont en connexion économique avec ces mêmes revenus exonérés ;
- 5) projet d'infrastructures publiques à long terme : un projet reconnu d'intérêt public visant à fournir, à améliorer, à exploiter et/ou à conserver un actif de grande ampleur ;
- 6) entité autonome : un contribuable qui ne fait pas partie d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière et qui n'a pas d'entreprise associée ou pas d'établissement stable situé dans un Etat autre que le Luxembourg;
- 7) entreprises financières :
- a) un établissement de crédit, une entreprise d'investissement au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point 1), de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010 ou une société de gestion d'OPCVM (organisme de placement collectif en valeurs mobilières) au sens de l'article 2, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) ;
 - b) une entreprise d'assurance au sens de l'article 13, point 1), de la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) ;
 - c) une entreprise de réassurance au sens de l'article 13, point 4), de la directive 2009/138/CE précitée;
 - d) une institution de retraite professionnelle relevant du champ d'application de la directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, sauf si un Etat membre a choisi de ne pas appliquer ladite directive en tout ou partie à cette institution conformément à l'article 5 de cette directive, ou le délégué d'une institution de retraite professionnelle visé à l'article 19, paragraphe 1^{er}, de ladite directive;
 - e) les institutions de retraite gérant des régimes de retraite qui sont considérés comme des régimes de sécurité sociale relevant du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et du règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, ainsi que toute entité juridique créée aux fins d'investissements de tels régimes;

- f) un fonds d'investissement alternatif, ci-après «FIA», géré par un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er} point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010, ou un FIA surveillé en vertu de la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la Société d'investissement en capital à risque (SICAR) ;
- g) les OPCVM au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM);
- h) les contreparties centrales au sens de l'article 2, point 1), du règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux ;
- i) les dépositaires centraux de titres au sens de l'article 2, paragraphe 1^{er}, point 1), du règlement (UE) n° 909/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 concernant l'amélioration du règlement de titres dans l'Union européenne et les dépositaires centraux de titres, et modifiant les directives 98/26/CE et 2014/65/UE ainsi que le règlement (UE) n° 236/2012;
- j) les entités de titrisation au sens de l'article 2, point 2), du règlement (UE) 2017/2402 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titrisation ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées, et modifiant les directives 2009/65/CE, 2009/138/CE et 2011/61/UE et les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 648/2012.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) emprunts qui ont été contractés ayant le 17 juin 2016, mais cette exclusion ne s'étend à aucune modification ultérieure de ces emprunts;

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

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

a) si le contribuable est une entreprise financière;

b) si le contribuable est une entité autonome.

Art. 168ter (1) Au sens du présent article, on entend par «dispositif hybride» les différences dans la qualification juridique d'un instrument financier ou d'un organisme lorsqu'un dispositif structuré conclu entre le contribuable et une partie établie dans un autre Etat membre ou lorsque les relations commerciales ou financières entre le contribuable et une entreprise associée établie dans un autre Etat membre entraînent les conséquences suivantes:

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

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 Etat membre, dénommée «déduction sans prise en compte».

Par «contribuable», il y a lieu d'entendre, aux fins du présent article, un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er}.

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

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

2. ne sont pas imposées dans un autre Etat membre conformément à l'alinéa 1^{er}, numéro 2.

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

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

Art. 172bis (1) Lorsqu'un organisme à caractère collectif est transformé en un autre organisme à caractère collectif dans le cadre d'une opération fiscalement neutre visée par l'article 170, alinéa 2, le report de pertes au sens de l'article 114 est continué dans les mêmes conditions dans le chef de l'organisme transformé.

(2) L'alinéa 1^{er} est d'application correspondante dans les cas visés par l'article 172, alinéa 5.

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

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

*

MODIFICATION DE LA LOI MODIFIEE
du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial
 (« *Gewerbesteuer*gesetz »)

§ 9

Die Summe des Gewinns und der Hinzurechnungen wird gekürzt um:

1. ...
2. die Anteile am Gewinn einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer anderen Gesellschaft, bei der die Gesellschafter als Unternehmer (Mitunternehmer) des Gewerbebetriebs anzusehen sind, wenn die Gewinnanteile bei der Ermittlung des Gewinns (§ 7) angesetzt worden sind;
- 2a. des dividendes, parts de bénéfice et autres produits alloués sous quelque forme que ce soit en raison d'une participation dans une société de capitaux résidente, non exemptée, au sens du paragraphe 2, alinéa 2, n° 2, si la participation représente au début de l'année d'imposition au moins 10% du capital social de la société distributrice et si les dividendes, parts de bénéfice et autres produits sont compris dans le bénéfice d'exploitation déterminé suivant le paragraphe 7. Les dispositions qui précèdent sont d'application correspondante, si la participation est détenue directement dans le capital social d'une société de capitaux non résidente pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités. La détention d'une participation à travers un des organismes visés à l'alinéa 1^{er} de l'article 175 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, est à considérer comme détention directe proportionnellement à la fraction détenue dans l'actif net investi de cet organisme. Toutefois, sont exclus du présent numéro les revenus visés par la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents lorsqu'ils sont alloués par un organisme à caractère collectif résident d'un autre Etat membre et visé par l'article 2 de la directive 2011/96/UE dans la mesure où ils sont déductibles dans cet Etat ou lorsqu'ils sont alloués dans le cadre d'un montage ou d'une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de cette directive, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Au sens de la présente disposition, un montage, qui peut comprendre plusieurs étapes ou parties, ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique;
- 2b. des parts de bénéfices ajoutées en vertu du paragraphe 8 n° 4 au bénéfice d'exploitation d'une société en commandite par actions, pour autant qu'elles sont comprises dans le bénéfice d'exploitation déterminé suivant le paragraphe 7;
3. den Teil des Gewerbeertrags eines inländischen Unternehmens, der auf eine nicht im Inland belegene Betriebsstätte entfällt, soweit er die Ermittlung des Gewinns beeinträchtigt hat;
- 3a. des revenus nets inclus au total des revenus nets conformément à l'article 164ter de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, pour autant qu'ils sont compris dans le bénéfice d'exploitation déterminé suivant le paragraphe 7;
4. les dons en espèces à des organismes reconnus d'utilité publique par une loi ou en vertu des articles 26-2, 27 et suivants de la loi modifiée du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif ou à toute autre collectivité ou institution visée à l'article 112 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, ainsi que la dotation initiale en espèces apportée par le fondateur à une fondation visée par le présent article, dans la mesure où ils ne dépassent pas vingt pour-cent du bénéfice d'exploitation augmenté des ajouts prévus au § 8, ni 1.000.000 euros.

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

*

**MODIFICATION DE LA LOI D'ADAPTATION FISCALE MODIFIEE
du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz »)**

§ 6

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

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

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

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

(2) **Si un abus au sens de l'alinéa 1^{er}** est donné, les impôts sont à percevoir comme ils auraient dû l'être au cas où la voie juridique utilisée avait été authentique compte tenu des faits et circonstances pertinents.

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

§ 16

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

(2) Als Betriebsstätten gelten:

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

(3) Ein Eisenbahnunternehmen hat eine Betriebsstätte nur in den Gemeinden, in denen sich der Sitz der Verwaltung, eine Station oder eine für sich bestehende Betrieb- oder Werkstätte oder eine sonstige

gewerbliche Anlage befindet, ein Bergbauunternehmen nur in den Gemeinden, in denen sich oberirdische Anlagen befinden, in welchen eine gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird.

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

(5) Par dérogation aux dispositions des alinéas 1^{er} à 4, les seuls critères à appliquer pour déterminer si un contribuable résident dispose d'un établissement stable dans un Etat avec lequel le Luxembourg a conclu une convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale sont les critères retenus à cette fin dans cette convention. A cet égard, il est considéré qu'un contribuable résident exerce tout ou partie de son activité par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans l'autre Etat contractant si cette activité considérée isolément constitue une activité indépendante et représente une participation à la vie économique générale dans cet Etat, à moins qu'une disposition explicite renfermée dans la convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale liant le Luxembourg et l'autre Etat contractant ne s'y oppose. Aux fins du présent alinéa, il peut être demandé au contribuable de fournir une confirmation que l'autre Etat contractant considère qu'il y existe un établissement stable. Une telle confirmation est à fournir dans l'hypothèse où la convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale conclue avec l'autre Etat ne contient pas de disposition autorisant le Luxembourg à ne pas exempter de l'impôt des revenus reçus ou de la fortune possédée dans l'autre Etat contractant par un contribuable résident dans le cas où l'autre Etat contractant interprète les dispositions de la convention d'une manière telle que ces revenus ou cette fortune entrent dans le champ d'application d'une disposition de la convention qui supprime ou limite le droit de l'autre Etat contractant d'imposer ces éléments.

*

MODIFICATION DE LA LOI GENERALE DES IMPOTS MODIFIEE du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung »)

§ 127 AO

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

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

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

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

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

(3) Dans la mesure où l'impôt dû résulte de l'imposition conformément à l'article 172 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu de plus-values découvertes à l'occasion du transfert de siège de biens de l'actif net investi ou de l'établissement stable indigène vers un autre Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE) ou vers un Etat tiers avec lequel le Grand-Duché de Luxembourg a conclu une convention tendant à éviter les doubles impositions renfermant une clause sur l'échange d'informations substantiellement conforme à l'article 26, paragraphe 1 du modèle de convention de l'OCDE ou que, faute d'une telle clause, l'échange d'informations en matière fiscale substantiellement conforme à l'article 26, paragraphe 1 du modèle de convention de l'OCDE est assuré en vertu d'un accord bilatéral ou multilatéral spécifique au moment du transfert, le contribuable résident ou résident d'un Etat susmentionné, se voit accorder, sur demande, un sursis de paiement. Il bénéficie du sursis de paiement aussi longtemps qu'il reste propriétaire des biens transférés

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

Impression: CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

7318/04

N° 7318⁴**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 (« Gewerbesteuerengesetz »);
- 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 DE LA CHAMBRE DES SALARIES

(27.11.2018)

Par lettre en date du 19 juin 2018, réf. : 825xccb04, M. Pierre Gramegna, ministre des Finances, a fait parvenir pour avis à notre chambre professionnelle le projet de loi sous rubrique.

*

OBJET DU PROJET DE LOI

Ce projet de loi vise à transposer en droit luxembourgeois la Directive (UE) 2016/1164 communément désignée par ATAD (« *Anti Tax Avoidance Directive* ») afin de mettre en oeuvre des solutions européennes communes à la problématique de l'érosion de la base d'imposition et du transfert de bénéfices.

Du point de vue de la législation fiscale luxembourgeoise, la transposition de la Directive nécessite la modification de la loi concernant l'impôt sur le revenu (L.I.R.), de la loi concernant l'impôt commercial (*Gewerbesteuerengesetz*), de la loi d'adaptation fiscale (*Steueranpassungsgesetz*) et de la loi générale des impôts (*Abgabenordnung*).

*

CONTEXTE

En date du 5 octobre 2015, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a publié une liste de quinze actions ayant pour objectif d'enrayer les phénomènes d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices utilisés par les sociétés afin de réduire leur charge d'imposition. La Commission européenne a décidé de s'approprier cette liste de propositions afin de les faire appliquer au sein de l'Union européenne par le biais d'une Directive.

Le projet de loi vise ainsi à transposer en droit national les règles visant à instaurer un niveau minimal commun de protection des systèmes nationaux d'imposition des sociétés contre les pratiques d'évasion fiscale et de coordonner les actions des États membres dans ces domaines.

Dès lors, les règles énumérées par la directive s'appliquent à l'ensemble des contribuables soumis à l'impôt des sociétés dans un État membre, ainsi qu'à leurs établissements stables dans un ou plusieurs États membres. Par ailleurs, les nouvelles dispositions auront également un effet sur les établissements stables dans un ou plusieurs États membres d'organismes ayant leur résidence fiscale en-dehors de l'Union européenne.

Les mesures de la Directive concernent cinq domaines :

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

L'imposition à la sortie ainsi que la clause d'anti-abus générale existent déjà dans la législation fiscale luxembourgeoise. Cependant, ces deux mesures doivent être ajustées et complétées afin de satisfaire à la Directive et aux objectifs visés par cette dernière.

*

MESURES PREVUES PAR LE PROJET DE LOI

La limitation de la déductibilité des intérêts

La limitation de la déductibilité des intérêts vise à enrayer le recours à des paiements d'intérêts excessifs pour toutes les dettes qu'une entreprise peut contracter en introduisant un ratio de déductibilité tenant compte du résultat imposable avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissements (*EBITDA*). Au Luxembourg, ce ratio est fixé à 30% avec un plafond de trois millions d'euros qui devrait permettre de réduire la charge administrative sans réduire l'effet fiscal de la mesure.

Par ailleurs, au vu de la situation particulière des entreprises financières, celles-ci sont exclues du champ d'application de cette limitation de la déductibilité des intérêts en attendant que l'Union européenne développe une approche adaptée au secteur.

L'imposition à la sortie

En matière d'imposition à la sortie, la transposition de la directive devrait garantir à l'avenir une imposition à la valeur économique de toute plus-value générée sur le territoire, même si elle est encore latente au moment de la sortie. Cette mesure existant déjà dans la législation fiscale luxembourgeoise, il s'agit de l'adapter aux dispositions de la directive, notamment pour en exclure les transferts d'actifs temporaires, les transferts effectués pour respecter des obligations prudentielles en matières de fonds propres, ceux opérés dans le cadre de la gestion de liquidités ou, finalement, les opérations de financement sur titres ou actifs faisant l'objet d'une sûreté.

Une autre adaptation est la mise en oeuvre de la possibilité d'étaler dans le temps (5 ans maximum) le paiement de l'impôt à la sortie. Dans ce contexte, la directive autorise les États à demander des intérêts débiteurs et la constitution d'une garantie afin que le contribuable ne puisse échapper à son obligation fiscale, mais le Luxembourg choisit de ne pas introduire ces deux mesures dans sa législation fiscale.

La clause anti-abus générale

La directive prévoit également la mise en oeuvre de clauses anti-abus générales, qui permettent de sanctionner des pratiques fiscales abusives qui ne sont pas encore traitées par des dispositions spécifiques. Si la législation luxembourgeoise contient des dispositions de tel ordre, elles ne s'appliquent pour l'heure qu'à des cas très spécifiques, comme l'exonération des revenus de participations ou le principe de pleine concurrence. Dès lors, la clause anti-abus luxembourgeoise est étendue et modernisée, notamment en définissant plus précisément la notion d'abus en matière fiscale. Par ailleurs, plutôt que d'appliquer mot pour mot les dispositions de la directive, le législateur préfère en respecter l'esprit en maintenant la définition de certaines notions existantes dans le texte actuel.

Cependant, cette déviation, même si elle est justifiée et respecte l'esprit de la directive, fait que le Grand-Duché risque d'être confronté à une question préjudicielle auprès de la Cour de Justice de l'Union européenne.

Les sociétés étrangères contrôlées

Pour ce qui est des règles ayant trait aux sociétés étrangères contrôlées, celles-ci visent à empêcher la réattribution de revenus imposables d'une entité résidant dans une juridiction à fiscalité élevée vers une autre entité située dans un pays à faible fiscalité afin de réduire artificiellement la charge fiscale. Pour cela, la règle est de réattribuer les revenus imposables détournés artificiellement aux entités imposables au sein desquelles la plupart des fonctions décisionnelles générant ces revenus ont effectivement été exercées. Afin d'être considérée comme une société étrangère contrôlée, le contribuable doit en détenir, seul ou avec ses entreprises associées¹, au moins la moitié des droits de vote ou du capital ou être en droit de percevoir 50% au moins des bénéfices.

Les dispositifs hybrides

Finalement, la Directive prévoit également la mise en place de règles permettant de mieux prendre en compte dans la législation fiscale un certain nombre de dispositifs dits hybrides. On désigne par-là toute une série d'instruments financiers ou de types d'organismes qui permettent d'aboutir à une double déduction ou à une déduction fiscale dans un État sans prise en compte dans la base imposable d'un autre État. Dans ces cas, on assiste ainsi à une double non-imposition. La législation fiscale luxembourgeoise est donc enrichie par des règles permettant d'empêcher soit la double déduction, soit la déduction dans une juridiction sans prise en compte dans une autre juridiction.

Toutefois, la Directive ne prend pas encore en compte tous les dispositifs hybrides. En effet, dans un premier temps, seuls ceux concernant deux États-membres de l'UE sont pris en considération. Les dispositifs hybrides entre États-membres et États tiers ainsi que ceux impliquant des établissements stables nécessitent des travaux supplémentaires et feront vraisemblablement l'objet d'initiatives législatives ultérieures.

*

COMMENTAIRES DE LA CSL

Si les initiatives prises par la Commission européenne suite aux travaux de l'OCDE sont en soi louables puisqu'elles contribuent à la lutte contre l'évasion fiscale et peuvent constituer un premier pas hésitant vers une harmonisation des règles fiscales en Europe, force est de constater qu'on est encore loin de s'attaquer à la racine du problème, à savoir la concurrence fiscale de plus en plus accrue entre les États. Si les dispositions de la Directive permettent d'aplanir quelque peu le terrain de jeu et de rendre plus difficile le recours à certaines formes de réduction artificielle de la charge fiscale pratique par les grandes multinationales, elles n'empêchent pas totalement les États-membres de jouer sur d'autres aspects de la fiscalité, à savoir les taux et les niches fiscales ainsi que les dispositifs d'allègement et d'incitation, afin de réduire la charge fiscale des entreprises et d'attirer les entreprises multinationales.

Qui plus est, cette Directive vient considérablement accroître la complexité des législations fiscales nationales, ce qui a des incidences en termes de charge administrative, tant pour les administrations fiscales (coûts d'application) que pour les contribuables concernés (frais de mise en conformité) en rajoutant de nouvelles règles à prendre en compte à la grande diversité de systèmes fiscaux européens déjà existants.

Par ailleurs, il devient de plus en plus urgent de prendre en compte la numérisation rapide de l'économie, la dématérialisation de la production et les autres bouleversements technologiques en cours. Ces évolutions exigeront des règles encore plus complexes si l'on maintient les régimes actuels, générant de nouvelles tensions.

¹ Une entreprise associée est une entité dont le contribuable détient, directement ou indirectement, au moins 25% des droits de vote ou du capital, ou dont il est en droit de recevoir 25% ou plus des bénéfices.

Or, la numérisation est une opportunité non négligeable de mettre en oeuvre une plus grande transparence en matière fiscale. En effet, les outils informatiques devraient permettre de mieux retracer et donc comprendre les opérations financières complexes auxquelles ont recours les entreprises multinationales et donc de plus aisément repérer les montages qui n'ont pour seul but que l'évasion fiscale.

Dans ce contexte, il est également regrettable que le Conseil des ministres tarde à prendre une décision concernant les règles communes de détermination de l'assiette imposable des sociétés (ACCUS) proposées par la Commission européenne il y a près d'une dizaine d'années. La mise en oeuvre d'ACCIS permettrait en effet de réduire les opportunités de concurrence fiscale entre les États européens en leur imposant des règles minimales en matière de détermination de la base imposable.

Afin d'enrayer encore davantage le nivellement vers le bas auquel on assiste en matière d'imposition des personnes morales, il est urgent de non seulement harmoniser les assiettes fiscales, mais aussi de fixer un taux d'imposition minimal européen à un niveau approprié pour tous les États membres de l'Union européenne.

Luxembourg, le 27 novembre 2018

Pour la Chambre des salariés,

Le Directeur,
Norbert TREMUTH

Le Président,
Jean-Claude REDING

7318/05

N° 7318⁵**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 COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(11.12.2018)

Par dépêche du 4 décembre 2018, le Premier ministre, ministre d'État, a saisi le Conseil d'État d'amendements au projet de loi sous rubrique qui ont été élaborés par le ministre des Finances.

Au texte des amendements reprenant un commentaire pour chaque amendement étaient joints le texte coordonné de la version amendée ainsi que des extraits coordonnés des lois que le projet de loi sous avis entend modifier.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le Conseil d'État regrette que, dans le texte coordonné de la version amendée du projet de loi sous examen, les amendements proposés soient intégrés directement dans le texte qu'il s'agit d'amender, sans que ceux-ci se distinguent typographiquement des dispositions initiales. Le Conseil d'État rappelle la circulaire du ministre aux Relations avec le Parlement du 19 avril 2013 aux termes de laquelle est à préparer « un texte coordonné, tenant compte des amendements apportés à la version initiale du projet de loi ou du projet de règlement grand-ducal, à travers le recours à des caractères qui mettent en évidence les modifications opérées, tant pour les dispositions nouvelles qui ont été ajoutées à la version initiale du projet, que pour les passages qui en ont été supprimés ».¹

*

¹ Circulaire du ministre aux Relations avec le Parlement du 19 avril 2013, réf. 380/jls : « 3. Transmission des amendements gouvernementaux relatifs à un projet de loi ou un projet de règlement grand-ducal à la Chambre des députés et au Conseil d'État », p. 3.

EXAMEN DES AMENDEMENTS

Amendement 1

Sans observation.

Amendement 2

La modification du libellé de l'article 35, alinéa 5, lettre a), répond à l'opposition formelle émise par le Conseil d'État dans son avis du 13 novembre 2018 sur le projet de loi initial. Le Conseil d'État lève par conséquent son opposition formelle.

Le Conseil d'État constate cependant que les auteurs du projet n'ont pas procédé à une inversion de l'ordre des alinéas 4 et 5 de la disposition sous examen et à une modification du libellé de l'alinéa 5. Le Conseil d'État se demande à cet égard s'il faut considérer que les auteurs du projet, d'une part, confirment implicitement les observations qu'il avait faites dans son avis du 13 novembre 2018 précité – et qu'il réitère dans le présent avis – sur l'interaction entre les deux alinéas susmentionnés et, d'autre part, n'estiment pas nécessaire de procéder à la clarification rédactionnelle recommandée, laquelle demeure souhaitable.

Amendement 3

Les modifications du libellé de l'article 38, alinéa 1^{er}, première phrase, et des lettres a) et b) du même alinéa répondent aux oppositions formelles émises par le Conseil d'État dans son avis du 13 novembre 2018. Le Conseil d'État lève par conséquent ses oppositions formelles.

Amendement 4

Sans observation.

Amendement 5

Le Conseil d'État note que les auteurs du projet ont entendu suivre la suggestion qu'il avait formulée dans son avis du 13 novembre 2018, en ce qui concerne le libellé de la première phrase de l'alinéa 3 de l'article 164^{ter} en projet.

Le Conseil d'État relève cependant que suivant le nouveau libellé proposé, de par l'insertion des termes « au contribuable » à la suite des termes « au courant du même exercice d'exploitation », la disposition sous rubrique est à comprendre dans le sens que toute distribution faite par une société étrangère contrôlée (SEC), pour autant que l'on soit en présence d'un montage non authentique mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal, détenue de manière indirecte par le contribuable, et qui n'est pas suivie dans le même exercice d'exploitation d'une distribution par la société intermédiaire au contribuable, devra nécessairement faire l'objet d'une inclusion, étant donné que les revenus nets n'auront pas été distribués au contribuable.

En effet, en reprenant l'exemple figurant dans les commentaires du projet de loi sous avis, si S (qui pour les besoins de l'exemple est considérée comme constituant une SEC de M) procède à la distribution d'un acompte sur dividendes à F1, F2 et T, mais que F1 et F2 en revanche ne procèdent pas à la distribution d'un acompte sur dividendes à M durant le même exercice d'exploitation, il y a néanmoins lieu d'inclure les revenus distribués par S, dans la mesure où, malgré le fait que S a effectivement procédé à une distribution de ses revenus nets, ces derniers « ne sont pas distribués au courant du même exercice au contribuable ».

Comme il l'avait déjà relevé dans son avis du 13 novembre 2018, le Conseil d'État note que 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, ne précise pas dans quel cas de figure un revenu est à considérer comme étant distribué pour l'application des dispositions de l'article 164^{ter} LIR. Par l'insertion des termes « au contribuable », les auteurs du projet ont donc opté pour une conception restrictive de la notion de distribution qui pourrait conduire à des situations de double imposition (au niveau de F1/F2/T, d'un côté, étant donné que le dividende distribué sera inclus dans le bénéfice des sociétés en question et soumis à imposition et au niveau de M, d'un autre côté, du fait de l'inclusion par application de la première phrase de l'alinéa 3 de l'article 164^{ter} en projet). Le Conseil d'État constate que, même si la directive (UE) 2016/1164 précitée

ne s'y oppose pas, les auteurs du projet vont au-delà des exigences de celle-ci et recommande en conséquence que le libellé de la disposition visée soit modifié comme suit :

« Les revenus nets d'un exercice d'exploitation déterminé de la société étrangère contrôlée qui ne sont pas distribués au courant du même exercice d'exploitation au contribuable et qui proviennent 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 se demande s'il s'agit d'une inadvertance.

Les autres modifications apportées à l'article 164^{ter} n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Amendement 6

Les modifications apportées au libellé de l'article 168^{bis} suivent les suggestions formulées par le Conseil d'État dans son avis du 13 novembre 2018 et n'appellent pas d'observation.

Amendements 7 à 11

Sans observation.

*

OBSERVATIONS D'ORDRE LEGISTIQUE

Observation préliminaire

Le Conseil d'État constate avec grand regret que les auteurs ne donnent pas suite à la plupart des observations d'ordre légistique formulées dans son avis du 13 novembre 2018 et se doit d'insister sur l'importance de l'exactitude et de l'uniformité dans la présentation des dispositifs légaux ainsi que du respect de la cohérence des formulations. Partant, le Conseil d'État maintient l'intégralité des observations d'ordre légistique comprises dans son avis du 13 novembre 2018.

Texte coordonné

En ce qui concerne l'amendement 8, le Conseil d'État se doit de constater qu'au texte coordonné de la loi en projet tenant compte des amendements sous avis, les auteurs omettent de supprimer l'ancien texte qu'il s'agit de remplacer. Partant, à l'article 3, alinéa 2, de la loi en projet, les termes « Il est ajouté un nouveau numéro 3a intercalé entre les numéros 3 et 4 et libellé comme suit : » sont à supprimer.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 20 votants, le 11 décembre 2018.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Georges WIVENES

Impression: CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

7318/06

N° 7318⁶**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 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« Gewerbesteuerengesetz ») ;**
- 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 »)**

* * *

RAPPORT DE LA COMMISSION DES FINANCES ET DU BUDGET

(14.12.2018)

La Commission se compose de: M. André BAULER, Président-rapporteur ; MM. Guy Arendt, Alex BODRY, Sven CLEMENT, Yves CRUCHTEN, Mme Joëlle ELVINGER, MM. Franz FAYOT, Gast GIBERYEN, Mme Martine HANSEN, M. Henri KOX, Mme Josée LORSCHER, MM. Laurent MOSAR, Gilles ROTH, Claude WISELER et Michel WOLTER, Membres.

*

1. ANTECEDENTS

Le projet de loi n°7318 a été déposé par le Ministre des Finances le 19 juin 2018.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche financière, une fiche d'évaluation d'impact, un tableau de concordance, ainsi que le texte de la directive (UE) 2016/1164.

L'avis de la Chambre de commerce porte la date du 5 octobre 2018,

Le Conseil d'Etat a émis son avis le 13 novembre 2018.

L'avis de la Chambre des salariés date du 27 novembre 2018.

Le gouvernement a déposé des amendements le 4 décembre 2018.

Le projet de loi a été présenté à la Commission des Finances et du Budget (COFIBU) au cours de la réunion du 11 décembre 2018.

Lors de cette même réunion, Monsieur André Bauler a été désigné rapporteur du projet de loi.

L'avis complémentaire du Conseil d'Etat date du 11 décembre 2018.

La COFIBU a procédé à l'examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat au cours de la réunion du 14 décembre 2018. Le projet de rapport a été adopté au cours de cette même réunion.

*

2. OBJET DU PROJET DE LOI

L'objet du projet de loi sous rubrique consiste à transposer en droit national la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, communément appelée directive ATAD (« *Anti Tax Avoidance Directive* »). A cette fin, le projet de loi apporte avant tout des modifications à la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (L.I.R.), mais également à la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« *Gewerbesteuer-gesetz – GewStG* »), à la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« *Steueranpassungsgesetz – StAnpG* »), et à la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« *Abgabenordnung – AO* »).

De plus, le projet de loi prévoit deux modifications supplémentaires, qui ne découlent pas directement de la directive, mais qui visent à accompagner les mesures de celle-ci. Il s'agit d'un côté d'une clarification apportée aux dispositions de la loi d'adaptation fiscale en ce qui concerne la détermination de la présence d'« établissements stables », ainsi que, de l'autre côté, d'un amendement des dispositions de la L.I.R. concernant la neutralité fiscale d'une opération d'échange de titres dans certains cas de figure.

Considérations générales

La directive ATAD fait partie du paquet sur la lutte contre l'évasion fiscale de la Commission européenne, présenté en 2016, qui vise à renforcer le cadre légal européen pour rendre la fiscalité des entreprises plus juste, plus simple et plus efficace. Suite à la publication des rapports finaux sur les quinze actions de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) pour lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS), le Conseil de l'Union européenne a souligné, dans ses conclusions du 8 décembre 2015, la nécessité de trouver des solutions communes au niveau de l'Union européenne pour répondre à la planification fiscale agressive des grandes entreprises et pour implémenter les normes internationales, notamment celles de l'OCDE, en la matière. Le paquet sur la lutte contre l'évasion fiscale, et en particulier la directive ATAD, visent par conséquent à harmoniser certains aspects du cadre réglementaire des États membres concernant l'imposition des sociétés et à coordonner leurs efforts pour contrecarrer l'évasion fiscale.

La directive prévoit des mesures dans cinq domaines différents, qui s'appliquent à tous les contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés dans un État membre, ainsi qu'à tous les établissements stables dans un État membre d'entreprises ayant leur résidence fiscale dans un autre État membre ou un pays tiers. La directive ne s'applique pas aux contribuables non soumis à l'impôt sur les sociétés et aux collectivités non résidentes, réalisant des revenus indigènes autres que ceux générés par un établissement stable indigène.

Les cinq domaines visés par la directive sont les suivants : la limitation de la déductibilité des intérêts, l'imposition à la sortie, la clause anti-abus générale, la règle relative aux sociétés étrangères contrôlées et la règle pour lutter contre les dispositifs hybrides.

En ce qui concerne l'imposition à la sortie et la clause anti-abus générale, la législation luxembourgeoise comporte d'ores et déjà des dispositions y relatives. Il est proposé de compléter et d'adapter ces dispositions en ligne avec les exigences de la directive et de maintenir leur champ d'application actuel, qui peut dans certains cas spécifiques aller au-delà du champ d'application tel que prévu dans la directive, ceci afin d'assurer la cohérence par rapport aux mesures existantes.

L'objectif des dispositions de la directive sur l'imposition à la sortie (« *exit taxation* ») consiste à garantir qu'un État membre perçoive des impôts sur la plus-value générée sur son territoire lorsqu'un contribuable transfère soit des actifs, soit sa résidence fiscale dans une autre juridiction. Cette disposition s'applique également dans les cas où la plus-value est encore latente au moment de la sortie. Puisqu'un dispositif similaire existe déjà au Luxembourg, le projet de loi y apporte seulement certaines modifications ponctuelles pour l'adapter aux exigences de la directive. Ainsi, est notamment ajoutée une précision relative aux transferts temporaires.

Le sursis de paiement en cas de transfert, tel qu'il a existé jusqu'à présent dans la législation nationale, est aboli, si bien que, avec l'entrée en vigueur du présent projet de loi, le paiement de la taxe à la sortie sera dû au moment de la sortie. Or, pour certains transferts, notamment ceux à l'intérieur de l'UE, ainsi que, sous certaines conditions, les transferts vers les États de l'espace économique européen (EEE), les contribuables auront la possibilité d'échelonner le paiement de l'impôt sur cinq ans au

maximum. Dans ce contexte, la directive donne aux États membres la possibilité d'exiger une garantie ainsi que des intérêts débiteurs au contribuable, options auxquelles les auteurs de la présente loi en projet ont décidé de renoncer.

Comme le souligne la directive, la clause anti-abus générale joue un rôle essentiel dans la prévention et la lutte contre l'évasion fiscale. Cette clause, qui est à appliquer à toutes les situations, nationales ou transfrontières, couvre ainsi également les cas qui ne sont pas visés explicitement par des dispositions anti-abus spécifiques. La clause anti-abus générale actuelle de la législation luxembourgeoise est inscrite au paragraphe 6 StAnpG, qui n'a pas été modifié depuis son adoption en 1934. Le projet de loi sous rubrique procède par conséquent à une modernisation de celui-ci, notamment en introduisant une définition précise de la notion de l'abus en matière fiscale. En même temps, la clause anti-abus générale est adaptée pour être en phase avec les exigences de la directive concernant l'abus, tout en continuant à s'appliquant non seulement aux contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés, mais à tous les contribuables soumis aux impôts directs. Dans une même veine, tout en garantissant la cohérence et l'uniformité du concept d'abus développé en droit luxembourgeois, la disposition anti-abus incluse dans le projet de loi vise à maintenir certaines notions actuellement incluses dans la loi respectivement développées par la jurisprudence luxembourgeoise.

L'objectif de la règle de limitation de la déductibilité des intérêts (« *interest limitation rule* ») est de décourager le recours à des paiements d'intérêts excessifs sur des dettes envers des tiers, ou des entreprises associées, contractées tant au niveau national qu'au niveau européen ou international. Ainsi la directive introduit un ratio de déductibilité d'intérêts, qui prend en considération seulement les revenus imposables avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissements (EBITDA). En même temps, la directive prévoit un plafond jusqu'à concurrence duquel les surcoûts d'emprunt peuvent être déduits, indépendamment de la limite résultant du ratio. Cependant, la règle de limitation de déductibilité des intérêts ne s'applique pas aux entités autonomes ou aux entreprises financières, étant donné qu'une approche adaptée à ces secteurs n'a pas encore été élaborée aux niveaux international et européen. La directive donne l'option aux Etats-membres de ne pas appliquer la disposition aux surcoûts d'emprunts de financement de projets d'infrastructures publiques à long terme et aux prêts conclus avant le 17 juin 2016 (clause de grand-père), options retenues par les auteurs du projet de loi.

L'option prévue par la directive de permettre à un groupe de sociétés sous régime d'intégration fiscale de calculer les surcoûts d'emprunt et l'EBITDA au niveau du groupe intégré n'a pas été retenue dans le projet de loi sous rubrique. Par contre, le gouvernement s'est engagé à introduire cette possibilité ultérieurement avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2019.

Par l'introduction d'un nouveau dispositif concernant les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (« *controlled foreign companies* ») en droit national, le projet de loi introduit en droit fiscal luxembourgeois une disposition qui permet de procéder à la réallocation des revenus d'une filiale contrôlée ou d'un établissement stable situé dans une juridiction où ils bénéficient d'un faible niveau d'imposition, à la société faîtière résidente au Luxembourg, à condition qu'il s'agisse de revenus non distribués provenant de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal. Par ce fait, lesdits revenus faiblement imposés deviennent imposables dans l'État de la résidence fiscale de la société faîtière.

Finalement, le projet de loi met en place des mesures pour lutter contre la réduction artificielle de la charge fiscale des entreprises par le biais de dispositifs hybrides (« *hybrid mismatches* »). Résultant de différences dans la qualification juridique des instruments financiers respectivement des organismes, les dispositifs hybrides se traduisent en général par une double déduction ou d'une déduction dans un Etat sans qu'ils ne soient pris en compte dans la base d'imposition de l'autre Etat. La mesure proposée par la directive oblige une des deux juridictions qui interviennent dans un dispositif hybride de refuser la déduction d'un paiement qui conduit à une double déduction ou d'imposer le paiement ayant été déduit dans l'autre juridiction.

Cependant, il y a lieu de préciser que le champ d'application de ces mesures est limité pour le moment aux dispositifs hybrides entre Etats-membres, à l'exclusion de dispositifs hybrides entre un État membre et un État tiers. De même, les dispositifs hybrides d'autres types, p.ex. faisant intervenir des établissements stables, ne sont pas concernés. Cet état des choses sera modifié du fait de la transposition de la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 relative aux dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers, dont la transposition en droit national de cette directive se fera par le biais d'un projet de loi qui sera présenté au cours de l'année 2019.

3. LES AVIS

Dans son avis du 13 novembre 2018, la Chambre de commerce (CC) accueille plutôt favorablement la manière dont le projet de loi entend transposer la directive en droit luxembourgeois et salue que les auteurs du projet de loi aient profité des possibilités offertes par la directive pour rendre l'application de certaines dispositions plus flexible. Toutefois, elle s'inquiète d'un certain nombre de points. Ainsi la Chambre de commerce est d'avis que, dans l'intérêt de la compétitivité du Luxembourg, et dans un contexte d'harmonisation fiscale accrue au sein de l'UE, il aurait été judicieux de profiter davantage des possibilités de flexibilité nationale prévues par la directive, notamment en ce qui concerne l'option offerte par la directive relative au calcul de l'EBITDA au sein d'un groupe fiscalement intégré.

De manière générale, la Chambre de commerce estime que les nouvelles règles ne seraient pas définies de façon suffisamment précise, ayant comme conséquence la création d'insécurité juridique pour les contribuables. La Chambre de commerce regrette une intégration pas assez profonde des nouvelles règles aussi bien entre elles que dans le dispositif existant dans la législation nationale, menant à des interrogations sur l'interaction entre les différentes dispositions. Afin de garantir la cohérence des dispositions et d'éliminer toute ambiguïté d'interprétation, la Chambre de commerce recommande alors que soient fournies des clarifications par rapport à l'interaction et l'ordre d'application des différentes dispositions du projet de loi entre elles, mais aussi avec les dispositions existantes, par exemple dans le domaine des clauses anti-abus spécifiques et générales.

Le Conseil d'État a émis son premier avis en date du 13 novembre 2018. Prenant acte des efforts des auteurs du projet de loi sous rubrique pour assurer un niveau élevé de protection des bases d'imposition nationales, la Haute Corporation doit toutefois s'opposer formellement à trois dispositions de la loi en projet sous avis. Ainsi le Conseil d'État soulève qu'à l'endroit des dispositions sur l'imposition à la sortie (article 1^{er}, point 2, a) du projet de loi), la formulation choisie par les auteurs du projet de loi fait référence uniquement aux critères de rattachement d'un contribuable pour des raisons fiscales utilisées dans la loi fiscale luxembourgeoise à l'endroit des personnes physiques sans reprendre explicitement la terminologie utilisée à l'endroit des entités soumises à l'impôt sur le revenu des collectifs. Par conséquent, le Conseil d'État exige une adaptation du passage pour transposition incomplète de la directive.

De plus, à l'article 1^{er}, point 3, alinéa 1^{er}, le Conseil d'État s'interroge sur la pertinence d'ajouter le terme « isolés » après « biens », d'autant plus que cette terminologie n'est pas utilisée dans la directive. Estimant que le passage ne transpose que de manière inexacte la directive, le Conseil d'État demande de le reformuler. Finalement, en ce qui concerne l'article 2, point 3, paragraphe 1^{er} sur les dispositifs hybrides, le Conseil d'État est d'avis que le fait que les auteurs emploient les notions de « dépenses d'exploitation » et de « pertes » au lieu de « paiement », « charge » et « perte » constitue également une transposition inexacte de la directive. Par conséquent, il exige que la terminologie utilisée soit mise en conformité avec celle de la directive.

En date du 4 décembre 2018 des amendements gouvernementaux ont été déposés.

Dans son avis complémentaire du 11 décembre 2018, le Conseil d'État note que les amendements gouvernementaux répondent aux oppositions formelles et commentaires formulés par le Conseil d'État dans son premier avis. La Haute Corporation peut dès lors marquer son accord avec le projet de loi sous rubrique.

*

4. COMMENTAIRE DES ARTICLES

Observation générale

Le Conseil d'État signale qu'il y a lieu de supprimer le point à la suite du numéro des chapitres.

La Commission des Finances et du Budget procède à la suppression de ces points.

Intitulé

Selon le Conseil d'État, 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°...).

La Commission des Finances et du Budget décide de maintenir inchangé l'intitulé, vu que le projet de loi ne porte pas seulement transposition d'une directive.

Par ailleurs, le Conseil d'État conseille 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 serait 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.

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas reprendre l'intitulé proposé par le Conseil d'Etat, jugeant préférable de garder l'ordre initial afin d'éviter une restructuration du projet de loi et de risquer d'en perturber la lecture.

Article 1^{er}, 1°

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

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

Parmi les opérations visées par l'article 22bis L.I.R. figure la conversion d'un emprunt dans le cadre de laquelle des titres représentatifs du capital social du débiteur sont attribués au créancier. Cette disposition est utilisée par des contribuables faisant partie d'un même groupe pour la mise en place de structures financières qui permettent au membre débiteur de bénéficier de déductions fiscales, alors que la contrepartie desdites déductions ne génère pas un revenu imposable dans le chef du membre créancier, et échappe ainsi à toute imposition. Cet état des choses contredit le sens de la mesure législative dont l'objectif est de permettre aux contribuables de différer dans le temps l'imposition de plus-values dégagées lors d'un échange de titres dans des situations définies. Le présent projet de loi propose de rectifier cette situation en supprimant le numéro 1 de l'alinéa 2 de l'article 22bis L.I.R. D'un point de vue légistique, il s'ensuit que les références au numéro 1, figurant aux alinéas 2 et 3 de l'article 22bis L.I.R., doivent être adaptées ou supprimées. Il en est de même du terme « créancier ».

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.

Selon le Conseil d'État, il convient de supprimer l'intitulé du titre à modifier, pour être superfétatoire.

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas procéder à cette suppression.

Le Conseil d'État relève 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°, que « le numéro 1 est supprimé ».

Le texte proposé par le Conseil d'Etat est repris par le biais de l'**amendement gouvernemental 1**.

Le Conseil d'Etat ne formule pas d'observation à l'égard de cet amendement dans son avis complémentaire.

Article 1^{er}, 2°

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

Afin d'assurer la cohérence du dispositif de l'article 35 L.I.R., il est proposé de ne pas limiter l'application du nouvel alinéa 5 aux seuls transferts faisant intervenir exclusivement des Etats membres en tant qu'Etats de sortie, mais d'étendre le champ d'application aux Etats tiers.

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

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

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

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

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

Ad a)

Le Conseil d'Etat constate que 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 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.¹ Lors de l'abandon du statut de société exonérée d'impôt, c'est l'alinéa 1^{er} de l'ar-

¹ Roger Molitor, « Sociétés mère et filiales », Études fiscales, mai 2009.

ticle 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. »

Le texte proposé pour le point a) par le Conseil d'Etat est repris par le biais de l'**amendement gouvernemental 2**. Les autres propositions de texte en relation avec les alinéas 4 et 5 ne sont cependant pas reprises.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat signale que la modification du libellé de l'article 35, alinéa 5, lettre a), répond à son opposition formelle et qu'il lève par conséquent son opposition formelle.

Il constate cependant que les auteurs du projet n'ont pas procédé à une inversion de l'ordre des alinéas 4 et 5 de la disposition sous examen et à une modification du libellé de l'alinéa 5. Le Conseil d'État se demande à cet égard s'il faut considérer que les auteurs du projet, d'une part, confirment implicitement les observations qu'il avait faites dans son avis du 13 novembre 2018 – et qu'il réitère dans le présent avis – sur l'interaction entre les deux alinéas susmentionnés et, d'autre part, n'estiment pas nécessaire de procéder à la clarification rédactionnelle recommandée, laquelle demeure souhaitable.

Dans son premier avis, 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.

Article 1^{er}, 3^o

Alinéa 1^{er}

L'article 38 L.I.R. a pour objet l'imposition du bénéfice réalisé lors du transfert à l'étranger d'une entreprise ou d'un établissement stable. A l'instar de l'article 5 de la directive, l'article 38 L.I.R. vise,

par référence aux termes « autre Etat », le transfert à l'étranger d'une manière générale, c'est-à-dire aussi bien le transfert de biens vers un Etat tiers, un Etat membre ou encore un Etat tiers partie à l'Accord sur l'Espace économique (« EEE »), à condition que le droit d'imposition des biens transférés revient à l'Etat d'accueil par suite du transfert. Afin de mieux discerner les différents cas de transfert qui déclenchent l'application de l'article 38 L.I.R., le présent projet de loi propose de reprendre dans le libellé de cet article l'énumération des quatre situations énoncées au paragraphe 1^{er} de l'article 5 de la directive qui sont à considérer comme un transfert à l'étranger. Par ailleurs, il est proposé de maintenir le champ d'application actuel de l'imposition à la sortie (« *exit taxation* ») au sens de l'article 38 L.I.R., qui s'applique aussi bien aux contribuables résidents qu'aux contribuables non résidents qui réalisent un bénéfice au sens des trois premières catégories de revenus, c'est-à-dire les personnes physiques et les collectivités.

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

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

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

Le transfert de la résidence fiscale d'un contribuable vers l'étranger fait l'objet de la lettre c).

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

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

A ce sujet, il est utile de renvoyer au 2^e alinéa de l'article 16 L.I.R. qui dispose que « *lorsque l'exploitant cesse d'être contribuable résident pour devenir contribuable non résident ou inversement, le bénéfice de la partie écoulée de l'exercice d'exploitation en cours est réputé réalisé au jour de l'événement dont il s'agit* ». Dans le contexte de l'article 38 L.I.R., l'exploitant n'est ainsi pas obligé de clôturer son exercice d'exploitation lorsque de contribuable résident il devient contribuable non résident et inversement.

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

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

Les modifications proposées à l'article 38 L.I.R. présenteront à l'avenir une certaine interaction avec le dispositif de l'imposition à la sortie actuellement en vigueur faisant l'objet de l'article 172 L.I.R. Vu les liens très étroits de cet article avec les dispositions de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions par-

tielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre, il est suggéré de ne pas bousculer la structure de l'article 172 L.I.R. et, par conséquent, de ne pas y apporter des modifications. De toute évidence, les collectivités pourront se prévaloir de l'application de l'article 38 L.I.R. modifié.

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

Le Conseil d'Etat constate que 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'Etat 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'Etat ne s'oppose pas à son utilisation dans le cadre du nouvel article 38 LIR en projet.

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

d) le contribuable transfère l'activité exercée par son établissement stable indigène vers un autre Etat, pour autant que le droit d'imposition des biens transférés ne revient plus au Luxembourg ».

Selon le Conseil d'État, 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 texte proposé par le Conseil d'Etat est repris par le biais de l'**amendement gouvernemental 3**.

Le Conseil d'Etat constate, dans son avis complémentaire, que les modifications du libellé de l'article 38, alinéa 1^{er}, première phrase, et des lettres a) et b) du même alinéa répondent aux oppositions formelles émises dans son avis. Il lève par conséquent ses oppositions formelles.

Alinéa 2

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

Le critère d'évaluation de la directive est celui de la valeur du marché. Cette notion ne figure pas parmi les bases d'évaluation de la L.I.R. Il n'est pas jugé opportun ni utile d'introduire une nouvelle base d'évaluation, alors que celle de la valeur estimée de réalisation de l'article 27, alinéa 2 L.I.R. correspond au mieux à celle figurant au paragraphe 6 de l'article 5 de la directive et en reflète correctement l'esprit.

Le Conseil d'Etat constate que 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'Etat 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.

Alinéa 3

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

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

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

Le présent projet de loi propose en outre de ne pas reconduire la mesure introduite par la loi du 26 mai 2014 (Mémorial A – N° 93 du 4 juin 2014) de l'ancien alinéa 2 qui exige actuellement que le transfert vers un autre Etat EEE d'une entreprise ou d'un établissement stable indigène appartenant à un contribuable résident d'un Etat EEE donne lieu à une imposition rectificative de l'année d'imposition en cause dans la mesure où cet autre Etat ne prend pas en compte les moins-values réalisées après le transfert. Cette disposition avait été insérée à l'article 38 L.I.R. afin de répondre aux exigences de la Commission européenne dans sa mise en demeure du 27 septembre 2012, infraction n° 2012/4015 à l'encontre du Luxembourg.

Cependant, ni le projet de la directive, ni la directive ne revendiquent une imposition rectificative dans les conditions décrites ci-avant. Par ailleurs, une telle démarche devient superflue puisque l'ar-

ticle 5, paragraphe 5 de la directive impose à l'Etat membre d'accueil d'accepter la valeur établie par l'Etat de sortie. Ce point fait l'objet de la modification proposée des articles 35 et 43 L.I.R.

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

Le Conseil d'Etat constate que 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'Etat 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'Etat 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 Etat 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 bénéficiaires générés par une entreprise résidente d'un Etat contractant qui exerce son activité par l'intermédiaire d'un établissement stable situé sur le territoire de l'autre Etat contractant, et qui sont attribuables à cet établissement stable, sont imposables dans l'Etat 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 Etat membre.

Le Conseil d'Etat 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 Etat contractant.

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

La modification proposée par le Conseil d'Etat est reprise par le biais de l'**amendement gouvernemental 3**.

Le Conseil d'Etat constate, dans son avis complémentaire, que les modifications du libellé de l'article 38, alinéa 1^{er}, première phrase, et des lettres a) et b) du même alinéa répondent aux oppositions formelles émises dans son avis. Il lève par conséquent ses oppositions formelles.

Article 1^{er}, 4^o

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

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

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

Le nouvel alinéa 1a couvre les situations suivantes:

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

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

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

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 de ces biens, à moins que celle-ci ne reflète pas la valeur d'exploitation, lorsque le contribuable : »

Le texte proposé par le Conseil d'Etat est repris par le biais de l'**amendement gouvernemental 4**. Cet amendement ne suscite pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Ad b)

Sans observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 2, 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. L'article 164^{ter} L.I.R. introduit les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (SEC). Quant aux organismes étrangers visés, sont couverts aussi bien les organismes à caractère collectif que les établissements stables.

Selon le Conseil d'Etat, il y a lieu de supprimer l'intitulé du titre à modifier, pour être superfétatoire.

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas suivre cette recommandation.

L'alinéa 1^{er} définit la SEC par référence au taux de contrôle du contribuable résident, ainsi qu'au niveau d'imposition effective de la SEC. Quant au critère du contrôle, il ne s'applique qu'au cas où l'organisme étranger constitue un organisme à caractère collectif. Le numéro 1 de l'alinéa 1^{er} dispose que ne peut constituer une SEC qu'un organisme à caractère collectif dont le contribuable, à lui seul ou avec ses entreprises associées au sens de l'alinéa 2, soit détient une participation directe ou indirecte de plus de 50 pour cent des droits de vote, soit possède, directement ou indirectement, plus de 50 pour cent du capital social, soit est en droit de recevoir plus de 50 pour cent des bénéfices de cet organisme à caractère collectif. Le numéro 1 se réfère, conformément à la directive, à un test juridique, ainsi qu'à un test économique afin d'apprécier l'existence d'un contrôle dans le chef du contribuable résident. Premièrement, le contrôle juridique, qui, en principe, détermine le pourcentage de droits de vote détenu dans un organisme à caractère collectif sur la base de la part du capital détenue, permet en règle générale d'identifier les associés résidents qui élisent les organes de gestion de la SEC et qui fournissent ainsi les instructions conformément auxquelles la SEC agit. Le contrôle juridique vise cependant, aux termes

de l'alinéa 1^{er}, numéro 1, lettre b), aussi le pourcentage de capital que le contribuable détient dans la SEC afin de couvrir les participations par le biais d'un titre représentatif du capital sans droit de vote. Il y a lieu de préciser que le contrôle est apprécié sur la base des titres représentatifs de capital émis par la SEC et que les titres propres détenus par la SEC elle-même ne sont pas pris en compte. A titre d'illustration, si le capital de la SEC est représenté par 100 titres et que la SEC en détient 10 elle-même, le contribuable exerce un contrôle juridique sur la SEC s'il détient plus que 45 titres représentatifs du capital de la SEC. Deuxièmement, le contrôle économique permet de viser les SEC dont un contribuable détient les droits se rattachant aux bénéficiaires. Ce contrôle reconnaît qu'un contribuable peut contrôler un organisme sans détenir la majorité des titres représentatifs de capital. Ces droits couvrent le droit de percevoir des dividendes, les produits réalisés lors d'une cession des titres représentatifs du capital de l'organisme ou lors de sa liquidation.

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

L'alinéa 1^{er} vise en outre les participations directes et indirectes dans la SEC. Des règles relatives aux SEC qui se limiteraient aux seules participations directes pourraient être facilement esquivées par l'interposition d'une holding intermédiaire entre le contribuable résident et la SEC. Les participations directes et indirectes sont à additionner afin de déterminer le taux de participation du contribuable.

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

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

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

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

Dans une deuxième phase, il s'agit de déterminer l'impôt qui aurait été supporté par la SEC selon les dispositions de la présente loi et de le comparer à l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par

la SEC, établi et payé par celle-ci. Conformément à la comparaison reprise à l'alinéa 1^{er}, numéro 2, ne constitue une SEC que l'organisme étranger soumis à un impôt effectif inférieur à la moitié de l'impôt qui aurait été dû en application des dispositions de la présente loi.

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

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

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

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

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 ».

Le Conseil d'Etat constate que 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 164^{ter} (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.

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

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

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

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

Le commentaire des articles du document parlementaire n°7318 fournit deux exemples de cas.

Le Conseil d'État constate que le paragraphe 2 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 adaptations 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.

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

Cette analyse permet de limiter l'application du régime d'imposition des SEC aux organismes qui, sur la base des actifs possédés, des fonctions exercées et des risques assumés, n'étaient pas en mesure de générer elles-mêmes le revenu litigieux. Il y a lieu de préciser que les règles relatives aux SEC ne s'appliquent qu'après la détermination des prix de transfert sur la base des articles 56 et 56^{bis} L.I.R. Contrairement à une analyse catégorielle, telle que reprise au paragraphe 2, point a) de l'article 7 de la directive, l'analyse en vertu du paragraphe 2, point b) de l'article 7 de la directive permet d'identifier et de quantifier avec précision le revenu faisant l'objet de l'évasion fiscale. Cette analyse réduit en

outre le risque de double imposition, les fonctions importantes n'étant en principe exercées que par un seul contribuable.

Le Conseil d'État constate que la disposition du paragraphe 3 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 (voir document parlementaire n°7318), 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. »

Le texte proposé par le Conseil d'Etat est repris par le biais de l'**amendement gouvernemental 5** et complété par une clarification, suite aux commentaires du Conseil d'Etat, que par « revenus distribués », il y a lieu d'entendre les revenus distribués au contribuable.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'État note que les auteurs du projet ont entendu suivre la suggestion qu'il avait formulée dans son avis du 13 novembre 2018, en ce qui concerne le libellé de la première phrase de l'alinéa 3 de l'article 164^{ter} en projet.

Le Conseil d'État relève cependant que suivant le nouveau libellé proposé, de par l'insertion des termes « au contribuable » à la suite des termes « au courant du même exercice d'exploitation », la disposition sous rubrique est à comprendre dans le sens que toute distribution faite par une société étrangère contrôlée (SEC), pour autant que l'on soit en présence d'un montage non authentique mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal, détenue de manière indirecte par le contribuable, et qui n'est pas suivie dans le même exercice d'exploitation d'une distribution par la société intermédiaire au contribuable, devra nécessairement faire l'objet d'une inclusion, étant donné que les revenus nets n'auront pas été distribués au contribuable.

En effet, en reprenant l'exemple figurant dans les commentaires du projet de loi sous avis, si S (qui pour les besoins de l'exemple est considérée comme constituant une SEC de M) procède à la distribution d'un acompte sur dividendes à F1, F2 et T, mais que F1 et F2 en revanche ne procèdent pas à la distribution d'un acompte sur dividendes à M durant le même exercice d'exploitation, il y a néanmoins lieu d'inclure les revenus distribués par S, dans la mesure où, malgré le fait que S a effectivement procédé à une distribution de ses revenus nets, ces derniers « ne sont pas distribués au courant du même exercice au contribuable ».

Comme il l'avait déjà relevé dans son avis du 13 novembre 2018, le Conseil d'État note que 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, ne précise pas dans quel cas de figure un revenu est à considérer comme étant distribué pour l'application des dispositions de l'article 164^{ter} LIR. Par l'insertion des termes « au contribuable », les auteurs du projet ont donc opté pour une conception restrictive de la notion de distribution qui pourrait conduire à des situations de double imposition (au niveau de F1/F2/T, d'un côté, étant donné que le dividende distribué sera inclus dans le bénéfice des sociétés en question et soumis à imposition et au niveau de M, d'un autre côté, du fait de l'inclusion par application de la première phrase de l'alinéa 3 de l'article 164^{ter} en projet). Le Conseil d'État constate que, même si la directive (UE) 2016/1164 précitée ne s'y oppose pas, les auteurs du projet vont au-delà des exigences de celle-ci et recommande en conséquence que le libellé de la disposition visée soit modifié comme suit :

« Les revenus nets d'un exercice d'exploitation déterminé de la société étrangère contrôlée qui ne sont pas distribués au courant du même exercice d'exploitation ~~au contribuable~~ et qui proviennent 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 se demande s'il s'agit d'une inadvertance.

Les autres modifications apportées à l'article 164^{ter} n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'État.

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas reprendre le libellé proposé par le Conseil d'Etat.

Dans son avis initial, 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 présent projet de loi. 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 disposi-

tions 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 non-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 bénéfices, signée à Paris, le 7 juin 2017, dont le projet de loi d'approbation a été déposé à la Chambre des députés² 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.

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

Le texte proposé par le Conseil d'Etat est repris par le biais de l'**amendement gouvernemental 5**.

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

L'alinéa 4 reprend les modalités de calcul des revenus de la SEC. Ainsi, selon le numéro 1, les revenus nets à inclure sont à considérer comme bénéfice commercial du contribuable et ce ne sont que les montants générés par les actifs et les risques liés aux fonctions importantes assumées par le contribuable exerçant le contrôle qui sont à inclure dans le revenu net du contribuable. Il s'agit donc d'une analyse proportionnelle des revenus de la SEC. Le libellé souligne en outre que les revenus de la SEC sont affectés au contribuable selon le principe de pleine concurrence, tel que prévu aux articles 56 et 56^{bis} L.I.R.

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

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

2 Dossier parl. n° 7333

au titre d'un exercice d'exploitation antérieur et qui n'ont pu être déduits pendant aucun exercice d'exploitation postérieur par application des dispositions de l'alinéa 4. Les revenus nets négatifs de la SEC ne sont donc imputables que sur ses propres revenus nets positifs. Le numéro 3 précise en outre que seuls les revenus nets négatifs réalisés par une SEC après l'entrée en vigueur du présent article sont déductibles.

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

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

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

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

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

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

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

Le Conseil d'Etat constate que 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 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.

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 ».

Cette proposition est reprise par le biais de l'**amendement gouvernemental 5**.

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

Le Conseil d'État constate que 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 présent projet de loi (voir le document parlementaire n°7318), 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 bénéficiaires, 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 [...] ».

Le texte proposé par le Conseil d'État est repris par le biais de l'**amendement gouvernemental 5**. Cette modification n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

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.

Selon le Conseil d'État, 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 ».

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas reprendre les propositions du Conseil d'État.

Article 2, 2°

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

La nouvelle réglementation proposée a pour objectif de lutter contre l'érosion de la base d'imposition par le biais de déductions excessives d'intérêts et d'autres paiements financiers, tel que souligné par

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

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

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

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

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

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 [...] ;
- [...] ».

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas reprendre cette proposition du Conseil d'Etat.

Alinéa 1^{er} – Définitions

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

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

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

La directive n'en prévoit pas de définition précise et rigoureuse, mais décline les coûts d'emprunt en trois catégories principales auxquelles la règle de limitation des intérêts a vocation générale à s'appliquer, à savoir :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

L'objectif poursuivi par la définition des entreprises financières est de couvrir toutes les entités réglementées par une directive européenne ou un règlement européen. D'autres entreprises non réglementées en vertu d'une directive ou règlement européens ne sont pas couvertes par cette définition, sauf, conformément à l'article 2, numéro 5, point f) de la directive, le FIA supervisé en vertu du droit national applicable. Est visé en l'occurrence le FIA soumis à la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la Société d'investissement en capital à risque (SICAR) qui prévoit l'agrément et la surveillance de celui-ci par la Commission de Surveillance du Secteur Financier. A ce sujet, il est également renvoyé au commentaire de l'alinéa 9 reproduit ci-après.

Le Conseil d'État constate que l'alinéa 1^{er} (paragraphe 1^{er}, numéro 1) 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 (paragraphe 1^{er}, numéro 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 (paragraphe 1^{er}, numéros 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 adaptée³. 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°, alinéa 1er.

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 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 disposition⁴, 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.

Le Conseil d'Etat signale qu'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 ».

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas procéder à la suppression de la virgule en question.

Le Conseil d'Etat signale qu'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.

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas suivre la recommandation du Conseil d'État.

Le Conseil d'Etat signale qu'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.

La Commission des Finances et du Budget décide de suivre la recommandation du Conseil d'État.

3 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. »

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

Le Conseil d'Etat signale qu'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 Commission des Finances et du Budget décide de ne pas suivre la recommandation du Conseil d'Etat.

Selon le Conseil d'Etat, 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 ».

Les modifications proposées par le Conseil d'Etat sont suivies par le biais de l'**amendement gouvernemental 6**.

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 ».

La modification proposée par le Conseil d'Etat est suivie par le biais de l'**amendement gouvernemental 6**.

Le Conseil d'Etat signale qu'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 », [...] ».

Le texte proposé par le Conseil d'Etat est repris par le biais de l'**amendement gouvernemental 6**.

Le Conseil d'Etat signale, par ailleurs, que 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 ».

Le texte proposé par le Conseil d'Etat est repris par le biais de l'**amendement gouvernemental 6**.

Selon le Conseil d'Etat, il y a en outre lieu de faire suivre l'intitulé de l'acte précité par une virgule.

La modification proposée par le Conseil d'Etat est suivie par le biais de l'**amendement gouvernemental 6**.

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

La rectification proposée par le Conseil d'Etat est réalisée par le biais de l'**amendement gouvernemental 6**.

Le Conseil d'Etat signale que 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 ».

Le texte proposé par le Conseil d'Etat est repris par le biais de l'**amendement gouvernemental 6**.

Les modifications apportées au libellé de l'article 168*bis* suivent les suggestions formulées par le Conseil d'Etat dans son avis du 13 novembre 2018 et n'appellent pas d'observation de sa part.

Alinéa 2 – Règle générale de limitation des intérêts

L'alinéa 2 transpose la règle de base de limitation des intérêts telle qu'elle est posée par la directive, mais aussi couverte par le rapport final de 2015 de l'Action 4 du Plan d'action BEPS de l'OCDE. La directive propose notamment de limiter la déduction du montant des intérêts nets qu'un contribuable

peut déduire, en reposant sur un ratio fixe de 30 pour cent du bénéfice avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissements du contribuable.

Compte tenu de l'objectif poursuivi par la directive de fixer au niveau communautaire des normes minimales, il relève de la compétence des Etats membres de décider s'ils souhaitent réduire le ratio de 30 pour cent en vue d'assurer un niveau de protection plus important. A ce sujet, il est proposé de ne pas exercer cette option et d'appliquer le ratio de référence tel que retenu par la directive.

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

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

A cela s'ajoute, en outre, une disposition dite de *safe harbour* qui garantit que les contribuables ayant des surcoûts d'emprunt limités ne sont pas visés par la règle de limitation des intérêts, car ces contribuables sont moins susceptibles de contribuer à l'érosion de la base d'imposition et au transfert de bénéfices. A cette fin et en vue de réduire aussi la charge administrative et la charge découlant de l'obligation de conformité sans en diminuer sensiblement l'effet fiscal, le huitième considérant de la directive dispose que les Etats membres sont libres de prévoir un régime de protection de façon à ce que les intérêts nets soient toujours déductibles à concurrence d'un montant maximal de 3 millions d'euros, lorsque cela aboutit à une déduction supérieure à celle du ratio de 30 pour cent calculé à partir de l'EBITDA. En d'autres termes, la directive donne aux Etats membres la possibilité d'appliquer un seuil monétaire de 3 millions d'euros en dessous duquel ces contribuables sont toujours autorisés à déduire leurs dépenses d'intérêts sans restriction. Pour exclure les contribuables qui présentent le plus faible risque du champ d'application du dispositif limitant les surcoûts d'emprunt, l'alinéa 2 sous examen applique lui aussi ledit seuil de 3 millions d'euros, tel que prévu à l'article 4, paragraphe 3 de la directive. Partant, les contribuables qui se situent en dessous de ce seuil peuvent ainsi déduire leurs coûts d'emprunt sans limitation.

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

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

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

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

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.

À l'article 168*bis* nouveau, alinéas 2 et 6 à 8, le Conseil d'État est d'avis qu'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.

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas suivre la recommandation du Conseil d'État.

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

L'alinéa 3 a trait à la notion de capacité inemployée de déduction des intérêts qui désigne la partie de la fraction représentant 30 pour cent de l'EBITDA qui n'est pas absorbée par les surcoûts d'emprunt portés en déduction pendant l'exercice en cours. Dès lors, si, au cours d'un exercice d'exploitation, le montant des surcoûts d'emprunt déduits est inférieur à la capacité maximale de déduction telle que posée par l'alinéa 2, lettre a), la partie non utilisée de cette fraction de l'EBITDA constitue la capacité inemployée qui peut être reportée pendant les cinq exercices subséquents et ouvre pour cette période droit à la déduction des surcoûts d'emprunt dans les mêmes conditions.

Exemple 1 :

Un contribuable enregistre des surcoûts d'emprunt de 7 millions d'euros et un EBITDA de 40 millions d'euros. La fraction représentant 30 pour cent de l'EBITDA est de 12 millions d'euros.

Dans cet exemple, le contribuable peut déduire l'intégralité des surcoûts d'emprunt de 7 millions d'euros et reporter en avant une capacité inemployée de déduction des intérêts à hauteur de 5 millions d'euros.

Exemple 2 :

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

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

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

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas suivre la recommandation du Conseil d'État.

Alinéa 4 – Report des surcoûts d'emprunt

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

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

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

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° du présent projet de loi 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.

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

Même dans l'hypothèse où, au titre d'un exercice d'exploitation, le montant des surcoûts d'emprunt à charge du contribuable dépasse la déduction maximale autorisée en vertu de l'alinéa 2, le contribuable est pourtant en droit de porter en déduction cette partie excédentaire des surcoûts d'emprunt, dans la mesure où il dispose encore des capacités inemployées qui, au cours des cinq derniers exercices d'exploitation, n'ont pas du tout ou partiellement impacté la limitation de déduction des surcoûts d'emprunt.

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

Le commentaire des articles du document parlementaire n°7318 présente un exemple pour le détail duquel il est renvoyé à ce document en question.

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

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

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas suivre la recommandation du Conseil d'État.

Alinéa 6 – Clause de sauvegarde

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

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

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

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

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

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

Le Conseil d'État note qu'il n'est pas précisé si la possibilité pour un contribuable de déduire l'intégralité de ses surcoûts d'emprunt par l'application d'une règle de ratio de groupe 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.

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

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas suivre la recommandation du Conseil d'État.

Alinéa 7 – Exclusions matérielles

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

Afin de faciliter la transition vers la nouvelle règle de limitation des intérêts, le considérant 8 de la directive indique que les « *Etats membres pourraient prévoir une clause de maintien des droits acquis qui couvrirait les emprunts existants, dans la mesure où leurs conditions ne sont pas modifiées ultérieurement, ce qui signifie qu'en cas de modification ultérieure, cette clause de maintien des droits acquis ne s'appliquerait pas à une augmentation du montant ou de la durée de l'emprunt, mais serait limitée aux conditions initiales de celui-ci. Sans préjudice des règles en matière d'aides d'Etat, les Etats membres pourraient aussi exclure les surcoûts d'emprunt encourus au titre de prêts utilisés pour financer des projets d'infrastructures publiques à long terme étant donné que de telles modalités de financement présentent peu ou pas de risques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices. Dans ce contexte, les Etats membres devraient démontrer, de manière appropriée, que les dispositifs de financement des projets d'infrastructures publiques présentent des caractéristiques particulières qui justifient un tel traitement par rapport aux autres dispositifs de financement soumis à des règles restrictives* ».

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 ; »

Le texte proposé par le Conseil d'Etat est repris par le biais de l'**amendement gouvernemental 6**.

Les modifications apportées au libellé de l'article 168*bis* suivent les suggestions formulées par le Conseil d'État dans son avis du 13 novembre 2018 et n'appellent pas d'observation de sa part.

Alinéa 8 – Exclusions personnelles

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

Au sujet des entreprises financières, le considérant 9 de la directive énonce: « *Bien qu'il soit généralement admis que les entreprises financières, à savoir les institutions financières et les compagnies*

d'assurance, devraient aussi être soumises à des limitations de la déductibilité des intérêts, il est également reconnu que ces deux secteurs présentent des caractéristiques particulières qui requièrent une approche plus adaptée à leurs besoins. Etant donné que les discussions dans ce domaine ne sont pas encore assez concluantes au niveau international et de l'Union, il n'est pas encore possible de prévoir des règles spécifiques dans les secteurs de la finance et des assurances et les Etats membres devraient donc pouvoir les exclure du champ d'application des règles de limitation des intérêts. ». Il est proposé d'exclure les entreprises financières, définies à l'alinéa 1^{er} de l'article 168bis L.I.R. sous examen, du champ d'application de la limitation de la déductibilité des intérêts.

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

Article 2, point 3°

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

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

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

Cependant, il existe d'autres types de dispositifs hybrides qui ne sont pas traités par l'article 9 de la directive, mais qui font l'objet de la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers. La directive (UE) 2017/952 établit des règles pour lutter contre les dispositifs hybrides faisant intervenir des Etats tiers et porte encore sur les dispositifs hybrides utilisant des établissements stables, à la fois au niveau de l'Union européenne et des Etats tiers, les transferts hybrides, les dispositifs hybrides importés et les dispositifs utilisant des entités à double résidence. Elle fera l'objet d'un projet de loi à part et va s'appliquer aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{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 considérant 13 de la directive donne les explications suivantes: « *Les dispositifs hybrides sont la conséquence de différences dans la qualification juridique des paiements (instruments financiers) ou des entités et ces différences apparaissent lors de l'interaction entre les systèmes juridiques de deux juridictions. Ces dispositifs se traduisent souvent par une double déduction (à savoir une déduction dans les deux Etats) ou par une déduction des revenus dans un Etat sans qu'ils soient pris en compte dans la base d'imposition de l'autre. Pour neutraliser les effets des dispositifs hybrides, il est nécessaire d'établir des règles en vertu desquelles l'une des deux juridictions intervenant dans un dispositif devrait refuser la déduction d'un paiement conduisant à ce type de résultat. Dans ce contexte, il est utile de*

préciser que les mesures prévues par la présente directive en vue de lutter contre les dispositifs hybrides visent les situations où ces dispositifs hybrides sont imputables aux différences existant dans la qualification juridique d'un instrument financier ou d'une entité et qu'elles ne sont pas destinées à porter atteinte aux caractéristiques générales du système fiscal d'un Etat membre. Bien que les Etats membres aient approuvé, dans le cadre du groupe « Code de conduite (fiscalité des entreprises) », des lignes directrices sur le traitement fiscal des entités hybrides et des établissements stables hybrides au sein de l'Union ainsi que sur le traitement fiscal des entités hybrides dans les relations avec des pays tiers, il demeure nécessaire d'adopter des règles contraignantes. Il est essentiel d'entreprendre des travaux supplémentaires sur les dispositifs hybrides entre Etats membres et pays tiers, ainsi que sur d'autres dispositifs hybrides tels que ceux impliquant des établissements stables. »

Le Conseil d'Etat constate qu'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 Etats membres, à l'exclusion des dispositifs hybrides impliquant des Etats 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.

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

Le périmètre de l'article 168^{ter} L.I.R. est limité aux situations intragroupes intracommunautaires, c'est-à-dire celles faisant intervenir le contribuable établi dans un Etat membre, en l'espèce le Luxembourg, avec une entreprise associée établie dans un autre Etat membre, ainsi qu'aux dispositifs hybrides qui découlent d'un dispositif structuré conclu entre le contribuable établi dans un Etat membre, en l'espèce le Luxembourg, et une partie établie dans un autre Etat membre. La notion de l'entreprise associée est définie à l'article 164^{ter}, alinéa 2 L.I.R. Pour les besoins spécifiques du présent article, les critères de participation de l'article 164^{ter}, alinéa 2 L.I.R. sont adaptés. Il est renvoyé au commentaire de l'alinéa 3 reproduit ci-après.

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

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

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

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

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

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 texte proposé par le Conseil d'Etat est repris par le biais de l'**amendement gouvernemental 7**. Cet amendement n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

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. »

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas reprendre le libellé proposé par le Conseil d'État.

Le Conseil d'État signale qu'au point 3°, à l'article 168ter 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 ».

Le texte proposé par le Conseil d'État est repris par le biais de l'**amendement gouvernemental 7**.

Cet amendement n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Le Conseil d'État signale qu'à l'article 168ter 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 » ».

Le texte proposé par le Conseil d'État est repris par le biais de l'**amendement gouvernemental 7**.

Cet amendement n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Le Conseil d'État signale qu'à l'article 168ter 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 ».

Les modifications proposées par le Conseil d'État sont reprises par le biais de l'**amendement gouvernemental 7**.

Cet amendement n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

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

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

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

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

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

Le Conseil d'État constate que 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 Etat 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 Etat 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 Etat membre de refuser la déduction.

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

Le Conseil d'État signale qu'à l'article 168ter nouveau, alinéa 2, phrase liminaire, il y a lieu de supprimer la virgule après le terme « contribuable ».

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas suivre la recommandation du Conseil d'État.

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

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

Au cas où le contribuable estime que le présent article ne s'applique pas à son égard, il doit être en mesure de fournir la preuve sur simple demande du bureau d'imposition compétent (alinéa 4).

Le Conseil d'État signale qu'à l'article 168ter 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 ».

La modification proposée par le Conseil d'Etat est suivie par le biais de l'**amendement gouvernemental 7**.

Cet amendement n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 2, 4^o

L'article 172bis L.I.R. règle le sort du report de pertes ou du report de bonifications d'impôt dans le cadre d'une transformation fiscalement neutre d'un organisme à caractère collectif en un autre organisme à caractère collectif. Dans le contexte de l'introduction de deux nouveaux reports à la suite de l'introduction proposée de l'article 168bis L.I.R., le présent projet de loi suggère d'étendre le champ d'application de l'article 172bis L.I.R. au report des capacités inemployées déterminées à l'article 168bis, alinéa 2, ainsi qu'au report des surcoûts d'emprunt prévu à l'alinéa 3 de ce même article.

Le Conseil d'État signale qu'au point 4^o, à l'article 172bis nouveau, alinéa 4, il convient d'insérer une virgule à la suite des termes « alinéa 2 » et à la suite des termes « alinéa 3 ».

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas suivre la recommandation du Conseil d'État.

Article 3

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

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

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

Selon le Conseil d'État, 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 [...] ».

Le texte proposé par le Conseil d'Etat est repris par le biais de l'**amendement gouvernemental 8**.

Le Conseil d'Etat constate qu'au texte coordonné de la loi en projet tenant compte des amendements sous avis, les auteurs omettent de supprimer l'ancien texte qu'il s'agit de remplacer. Partant, à l'article 3, alinéa 2, de la loi en projet, les termes « Il est ajouté un nouveau numéro 3a intercalé entre les numéros 3 et 4 et libellé comme suit : » sont à supprimer.

La Commission des Finances et du Budget procède à cette suppression.

Article 4, 1^o

Alinéa 1^{er}

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

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

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

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

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

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

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

Finalement, le troisième élément de l'abus en matière fiscale s'apprécie au regard de l'authenticité de la voie juridique utilisée. Tel que souligné au considérant 11, « *il convient que des clauses anti-abus générales soient appliquées aux montages non authentiques; dans le cas contraire, le contribuable devrait avoir le droit de choisir la structure la plus avantageuse sur le plan fiscal pour ses affaires commerciales* ». Il est proposé de reprendre à la lettre pour ce troisième élément le langage moderne de la directive, tel qu'il a déjà été retenu dans le cadre des dispositions anti-abus spéciales des

articles 147 et 166 L.I.R. Ainsi, une voie juridique utilisée est considérée comme non authentique, dans la mesure où, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents, elle n'a pas été choisie pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique. Le considérant 11 précise les motifs extra-fiscaux comme suit: « *Lorsqu'il s'agit d'apprécier s'il y a lieu de considérer un montage comme non authentique, il pourrait être possible, pour les États membres, de prendre en considération tous les motifs économiques valables, y compris les activités financières* ». Il devrait partant ressortir aussi de l'approche ainsi consacrée la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative aux montages purement artificiels.

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

En ce qui concerne la potentielle interaction des différentes clauses anti-abus en matière fiscale, les dispositions spéciales l'emportent sur la loi générale. Il convient d'attirer l'attention sur le considérant 11 de la directive qui prévoit notamment ce qui suit: « *des clauses anti-abus générales sont prévues dans les systèmes fiscaux pour lutter contre les pratiques fiscales abusives qui n'ont pas encore été traitées par des dispositions spécifiques. Les clauses anti-abus générales servent donc à combler des lacunes; elles ne devraient pas avoir d'incidence sur l'applicabilité des clauses anti-abus spécifiques* ». Ainsi, si un dispositif fiscal abusif entre dans le champ d'application d'une clause anti-abus spéciale (par exemple de la règle SEC introduite par le présent projet de loi), c'est cette dernière qui a vocation à le traiter. Il y a cependant lieu de relever que si les éléments constitutifs des dispositions anti-abus spéciales ne sont pas remplis, la clause anti-abus générale est susceptible de s'appliquer de par sa vocation générale.

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

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

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 fiscales⁵. 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 (alinéa) 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.

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'Italie⁶ a défini l'abus de droit par une référence à « une ou plusieurs transactions », alors que la législation du Royaume-Uni⁷ 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 droit⁸. 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)

5 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 ».

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

7 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.*»

8 §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. «

2016/1164.⁹ L'Autriche, quant à elle, a décidé de modifier sa disposition anti-abus existante¹⁰, mais tout en gardant la référence à l'abus des institutions du droit.¹¹

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'Etat 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'Etat 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'Etat 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'Etat note qu'en l'occurrence, le texte en projet utilise la notion de « motifs commerciaux 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'Etat 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'Etat 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'Etat, 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'Etat 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.

Le Conseil d'Etat signale encore 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 :

9 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.“

10 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.“

11 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.

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

Le texte proposé par le Conseil d'Etat est repris par le biais de l'**amendement gouvernemental 9**.
Cet amendement n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Alinéa 2

Conformément à l'alinéa 2 – qui reprend en substance l'actuel alinéa 2 du paragraphe 6 StAnpG tout en modernisant ponctuellement son libellé afin de garantir sa cohérence avec le libellé du nouvel alinéa 1^{er} – en cas d'abus, les impôts sont à percevoir comme ils auraient dû l'être au cas où la voie juridique utilisée avait été authentique compte tenu des faits et circonstances pertinents. Cet alinéa vise à neutraliser les effets fiscaux de l'abus.

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} [...] ».

Le texte proposé par le Conseil d'Etat est repris par le biais de l'**amendement gouvernemental 9**.
Cet amendement n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Alinéa 3

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

Le Conseil d'État recommande d'ajouter les termes « lesdits impôts » avant les termes « sont à rembourser » à la première phrase de l'alinéa 3.

Le texte proposé par le Conseil d'Etat est repris par le biais de l'**amendement gouvernemental 9**.
Cet amendement n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 4, 2°

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

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

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

La vérification de l'existence d'un établissement stable exige une analyse détaillée des faits et circonstances propres à chaque cas particulier afin de déterminer si les critères posés par l'alinéa 1^{er} sont remplis. Dans les cas où cette analyse concerne l'existence d'un établissement stable situé dans un Etat

avec lequel le Luxembourg a conclu une convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale (convention D.I.), la vérification de l'existence d'un établissement stable se fait sur la base des critères retenus dans ladite convention. Dans la mesure où une convention D.I. ne définit pas les termes permettant de trancher s'il existe ou non un établissement stable dans un Etat contractant, les parties contractantes peuvent se référer à leur droit interne pour déterminer le sens conféré à ces termes. Il en résulte qu'il n'est pas rare qu'il existe des divergences de vue entre les parties contractantes pour ce qui concerne l'interprétation d'une convention D.I. et notamment l'existence d'un établissement stable dans un Etat contractant. Ces divergences de vue peuvent entraîner qu'un même revenu est soit imposable dans les deux Etats contractants, soit n'est imposable dans aucun desdits Etats.

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

Dans ce contexte, il échet de ne pas confondre cette situation avec la situation où le droit interne d'un Etat contractant empêche celui-ci d'exercer son droit d'imposition soit parce que le revenu ne constitue pas un revenu imposable au sens du droit interne de cet Etat, soit parce que le revenu bénéficie d'un régime de faveur.

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

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

Le nouvel alinéa 5 que le présent projet de loi se propose d'introduire vise à mettre fin à des conflits d'interprétation résultant de l'interaction entre les dispositions de droit interne et les dispositions d'une convention D.I. concernant l'expression « établissement stable ». Tout d'abord, le nouvel alinéa 5 précise qu'en présence d'une convention D.I. seuls les critères déterminés par la convention pour définir l'expression « établissement stable » sont à prendre en considération pour trancher si un contribuable résident dispose d'un établissement stable dans l'autre Etat contractant. Cette précision a pour objectif d'éviter les conflits d'interprétation mentionnés ci-dessus. D'une part, dans les cas où un terme ou une expression utilisé n'est pas défini dans la convention D.I., les conventions D.I. renvoient elles-mêmes à l'interprétation consacrée dans le droit interne. D'autre part, la deuxième phrase de l'alinéa 5 détermine dès à présent qu'en présence d'une convention D.I., l'activité exercée par un contribuable résident dans l'autre Etat contractant constitue uniquement un établissement stable si cette activité à elle seule constitue une activité indépendante et représente une participation à la vie économique générale dans cet autre Etat, à moins qu'une disposition non équivoque incluse dans la convention D.I. liant le Luxembourg et l'autre Etat ne s'oppose à cette conception.

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

moins qu'une disposition non équivoque incluse dans la convention D.I. liant le Luxembourg et l'autre Etat ne s'y oppose.

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

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

Le Conseil d'Etat constate que 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 Etat 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 Etat 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 Etat, 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'Etat de situation de l'établissement, soit du fait de l'application d'un régime de faveur ancré dans la loi nationale.

Le Conseil d'Etat 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*)¹² 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

12 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. »

un établissement stable sur son territoire. Le libellé du texte sous examen prévoit également qu'une 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, para-

graphe 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 commentaires 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.

Le Conseil d'Etat signale :

- qu'au point 2°, il convient d'insérer une virgule après les termes « alinéa 5 » ;

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas suivre la recommandation du Conseil d'État.

- qu'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 ».

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas suivre la recommandation du Conseil d'État.

Selon le Conseil d'Etat, 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 ».

Cette modification proposée par le Conseil d'Etat est réalisée par le biais de l'**amendement gouvernemental 9**.

Cet amendement n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 5

Le paragraphe 127, alinéas 2 et 3 AO fixe actuellement les critères en vertu desquels un contribuable peut demander un sursis de paiement pour l'impôt dû à la sortie (« *exit tax* ») conformément aux articles 38 et 172 L.I.R. Il est proposé de fusionner les alinéas 2 et 3 en un seul alinéa 2. Dans son paragraphe 2, l'article 5 de la directive ne reprend pas le concept du sursis de paiement, mais autorise le contribuable à reporter le paiement de l'impôt à la sortie moyennant un échelonnement des versements sur cinq ans. Alors que le sursis de paiement autorise le contribuable à différer le paiement de l'impôt à la sortie et qu'il produit ses effets notamment aussi longtemps que le contribuable reste propriétaire des biens transférés, le délai de paiement ne suspend pas l'exigibilité de cet impôt, mais permet d'étaler les versements sur une période prédéfinie. La directive ne se prononce pas clairement sur les modalités pratiques de l'échelonnement, c'est-à-dire par quelle proportion l'impôt est à répartir sur la période quinquennale. Il appartient donc à l'Etat membre de fixer ces modalités dans le respect du considérant 10 de la directive en vertu duquel « *les contribuables devraient avoir le droit soit de payer immédiatement le montant de l'impôt à la sortie calculé soit d'étaler le paiement du montant de l'impôt en plusieurs versements sur plusieurs années* ». Pour des raisons de simplicité et de praticabilité, il est proposé que l'échelonnement soit linéaire, c'est-à-dire que le paiement de l'impôt à la sortie se fasse moyennant cinq versements de montants égaux. Le contribuable peut également renoncer au délai de paiement.

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

Le recouvrement de l'impôt à la sortie tombe sous la coupe de la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures (Journal officiel de l'Union européenne L 84, 31 mars 2010, page 1), transposée en droit national par la loi du 21 juillet 2012 portant transposition de la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures (Journal officiel, Mémorial A – N° 149 du 26 juillet 2012, page 1824). Lorsque l'Etat d'accueil est un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen autre qu'un Etat membre de l'Union européenne, actuellement l'Islande, la

Norvège et le Liechtenstein, la directive subordonne le délai de paiement à la conclusion par le Luxembourg ou l'Union d'un accord avec un tel Etat qui doit garantir une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010.

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

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

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

- a) l'étalement prend fin en cas de vente des biens transférés ou de l'activité transférée. Sont visés les biens transférés par un contribuable résident vers son établissement stable situé à l'étranger, puis cédés ultérieurement. Il en est de même lorsqu'un résident a transféré son entreprise à l'étranger et qu'il continue à l'exploiter en tant qu'établissement stable étranger, puis procède à sa cession. Le libellé de la directive englobe encore les biens « *cédés d'une autre façon* », notamment les biens prélevés, mais également les biens apportés à une autre entreprise. En ce qui concerne les opérations d'apport, le libellé actuellement en vigueur du paragraphe 127, alinéa 2 AO prévoit néanmoins une exception à l'interruption du délai, que le présent projet de loi propose de maintenir, lorsque le transfert de biens a lieu dans le cadre d'un apport d'une entreprise ou d'une partie autonome d'entreprise dans les conditions définies par l'article 2 de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre ou de dispositions analogues, à la condition toutefois que la société bénéficiaire de l'apport déclare reprendre les droits et obligations de l'apporteur en rapport avec le délai de paiement;
- b) les biens transférés vers un Etat d'accueil éligible sont transférés à nouveau à partir de cet Etat vers un autre Etat d'accueil. Le délai de paiement reste cependant intact si cet Etat d'accueil est un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen autre qu'un Etat membre de l'Union européenne et que le Luxembourg ou l'Union européenne est lié avec ce nouvel Etat d'accueil par un

accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances fiscales, offrant une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010. Le délai n'est également pas affecté par un transfert intracommunautaire.

- c) la troisième situation dommageable concerne l'établissement de la résidence fiscale d'un contribuable résident à l'étranger, ou encore le transfert vers l'étranger de l'établissement stable indigène d'un non-résident, alors que ces contribuables bénéficient d'un délai de paiement. Le délai de paiement reste également intact dans les mêmes conditions exposées ci-avant sous la lettre b);
- d) le contribuable fait faillite ou est mis en liquidation;
- e) le contribuable ne respecte pas les échéances du délai de paiement. L'interruption du délai n'est pas immédiate, puisque la directive octroie au contribuable une tolérance jusqu'à douze mois pour régulariser sa situation;
- f) la documentation annuelle, justifiant que les situations énumérées ci-avant aux lettres a), b) et c) ne se sont pas réalisées, fait défaut.

Le Conseil d'État constate que le texte proposé 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.

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. »

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas suivre la recommandation du Conseil d'État.

Selon le Conseil d'Etat, 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 [...] ».

Le texte proposé par le Conseil d'Etat est repris par le biais de l'**amendement gouvernemental 10**.

Cet amendement n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Selon le Conseil d'Etat, au paragraphe 127, alinéa 2, lettre f), il y a lieu d'écrire « en bonne et due forme ».

Le texte proposé par le Conseil d'Etat est repris par le biais de l'**amendement gouvernemental 10**.

Cet amendement n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 6

Il est proposé d'accompagner le passage du sursis de paiement vers le délai de paiement en matière de l'imposition à la sortie (paragraphe 127 AO) par une mesure transitoire en vertu de laquelle un contribuable peut continuer à bénéficier du sursis de paiement. Tel est le cas si le sursis de paiement est demandé pour des exercices d'exploitation dont la clôture a lieu avant le 1^{er} janvier 2020. Le nouveau dispositif du délai de paiement s'applique pour la première fois aux exercices d'exploitation qui commencent à partir du 1^{er} janvier 2020.

Comme le Conseil d'État l'a souligné dans ses observations relatives à l'article 5, point 1, 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

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

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

Le Conseil d'État note que le présent article fait référence aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2019 ou du 1^{er} 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^o, 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 1^{er}, 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.

Selon le Conseil d'État, 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 [...] ».

L'**amendement gouvernemental 11** reprend les modifications proposées par le Conseil d'Etat et ajoute la dernière phrase suivante :

« Les dispositions de l'article 4, point 1° de la présente loi sont applicables à partir de l'année d'imposition 2019 dans la mesure où le contribuable réalise un revenu visé par l'article 10, numéros 4 à 8 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu. ».

Cette phrase permet de clarifier que les dispositions de l'article 4, point 1° sont applicables à partir de l'année d'imposition 2019 en ce qui concerne les revenus dont la réalisation cadre avec l'année civile.

Cet amendement n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

*

5. TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION PARLEMENTAIRE

Compte tenu de ce qui précède, la Commission des Finances et du Budget recommande à la Chambre des Députés d'adopter le projet de loi n°7318 dans la teneur qui suit :

*

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 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« Gewerbesteuerengesetz »);**
- 4) **modifiant la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz »);**
- 5) **modifiant la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung »)**

Chapitre 1^{er} – Modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu

Art. 1^{er}. Le titre I (impôt sur le revenu des personnes physiques) de la loi modifiée du 4 décembre 1967 est modifié et complété comme suit:

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

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

2° L'article 35 est complété comme suit:

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

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

- a) transfère vers le Luxembourg soit son domicile fiscal ou son séjour habituel, soit son siège statutaire ou son administration centrale, à partir d'un autre Etat;

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

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

« (6) La date d'acquisition des biens évalués conformément aux alinéas 1^{er} à 5 est la date d'acquisition effective de ces biens. »

3° L'article 38 est remplacé comme suit:

« Art. 38. (1) Le transfert à l'étranger de biens, qu'ils forment une entreprise, un établissement stable ou qu'il s'agisse de biens isolés faisant partie de l'actif net investi, est assimilé à une cession à titre onéreux dans les situations suivantes:

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

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

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

4° L'article 43 est complété comme suit:

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

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

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

Cette valeur constitue le prix initial d'acquisition. »

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

« (2a) La date d'acquisition des biens apportés évalués conformément aux alinéas 1^{er} à 2 est la date d'acquisition effective de ces biens. »

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

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

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

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

- a) soit détient une participation directe ou indirecte de plus de 50 pour cent des droits de vote dans cet organisme à caractère collectif,
 - b) soit possède, directement ou indirectement, plus de 50 pour cent du capital dans cet organisme à caractère collectif,
 - c) soit est en droit de recevoir plus de 50 pour cent des bénéfices de cet organisme à caractère collectif;
2. l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable au sens de l'alinéa 1^{er}, établi et payé par celui-ci, est inférieur à la différence entre, d'une part, l'impôt sur le revenu des collectivités qui aurait été supporté par l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable au sens de l'alinéa 1^{er} conformément aux dispositions de la présente loi et, d'autre part, l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable au sens de l'alinéa 1^{er}, établi et payé par celui-ci. Aux fins du numéro 2, l'établissement stable d'un organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1^{er}, qui n'est pas imposable ou qui est exonéré d'impôt sur le territoire où il est situé, n'est pas pris en considération.

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

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

N'est pas visée par le présent article, une société étrangère contrôlée qui

- a) réalise un bénéfice suivant le bilan commercial qui n'est pas supérieur à 750 000 euros; ou
- b) réalise un bénéfice suivant le bilan commercial qui ne dépasse pas 10 pour cent des coûts de fonctionnement pendant l'exercice d'exploitation. Les coûts de fonctionnement ne peuvent pas inclure le coût des biens vendus en dehors de l'Etat, dans lequel l'organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1^{er} a sa résidence, ou dans lequel l'établissement stable au sens de l'alinéa 1^{er} est situé, à des fins fiscales, ni les paiements aux entreprises associées.

(2) Par entreprise associée au sens de la présente loi, il y a lieu d'entendre:

- a) un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175, dans lequel le contribuable détient, directement ou indirectement, une participation de 25 pour cent ou plus des droits de vote ou du capital, ou dont il est en droit de recevoir 25 pour cent ou plus des bénéfices;
- b) une personne physique ou un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 qui détient, directement ou indirectement, une participation de 25 pour cent ou plus des droits de vote ou du capital du contribuable, ou qui est en droit de recevoir 25 pour cent ou plus des bénéfices de ce contribuable.

Si une personne physique ou un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 détient, directement ou indirectement, une participation de 25 pour cent ou plus en termes de droits de vote ou de capital d'un contribuable et d'un ou de plusieurs organismes, tous les organismes concernés, y compris le contribuable, sont également considérés comme des entreprises associées.

En ce qui concerne les participations indirectes détenues par le contribuable, le respect des critères énoncés au présent alinéa est déterminé en multipliant les taux de détention successivement aux différents niveaux.

(3) Les revenus nets d'un exercice d'exploitation déterminé de la société étrangère contrôlée qui ne sont pas distribués au courant du même exercice d'exploitation au contribuable et qui proviennent de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal, sont à inclure dans le revenu net du contribuable.

Aux fins du présent alinéa, un montage ou une série de montages sont considérés comme non authentiques lorsque la société étrangère contrôlée ne posséderait pas les actifs qui sont la source de tout ou partie de ses revenus ni n'aurait pris les risques qui y sont associés si elle n'était pas contrôlée par un contribuable où les fonctions importantes liées à ces actifs et risques sont assurées et jouent un rôle essentiel dans la création des revenus de la société étrangère contrôlée.

(4) La détermination du revenu net de la société étrangère contrôlée, qui est à inclure dans le revenu net du contribuable, suit les règles suivantes:

1. les revenus nets à inclure rangent dans la catégorie de revenu du bénéfice commercial et sont limités aux montants générés par les actifs et les risques liés aux fonctions importantes assumées par le contribuable exerçant le contrôle. L'affectation des revenus d'une société étrangère contrôlée est calculée selon le principe de pleine concurrence tel que prévu aux articles 56 et 56bis. Ne sont déductibles que les dépenses d'exploitation qui sont en connexion économique avec les revenus à inclure;
2. lorsque le total des revenus nets de la société étrangère contrôlée à inclure est négatif, il n'est pas inclus dans le revenu net du contribuable;
3. lorsque le total des revenus nets de la société étrangère contrôlée à inclure est positif, le contribuable peut déduire jusqu'à concurrence de ce total les revenus nets négatifs qui n'ont pas été déductibles conformément au numéro 2 ci-avant au titre d'un exercice d'exploitation antérieur et qui n'ont pu être déduits pendant aucun exercice d'exploitation postérieur par application des dispositions du présent alinéa. Seuls les revenus nets négatifs réalisés par une société étrangère contrôlée après l'entrée en vigueur du présent article sont déductibles;
4. le total des revenus nets à inclure dans le revenu net du contribuable est calculé au prorata de la participation au sens de l'alinéa 1^{er}, numéro 1, détenue par le contribuable dans l'organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1^{er};
5. les revenus nets à inclure sont imposés au titre de l'exercice d'exploitation au cours duquel l'exercice d'exploitation de la société étrangère contrôlée se termine;
6. lorsque la société étrangère contrôlée est un organisme à caractère collectif qui distribue des bénéfices au contribuable et que ces bénéfices distribués sont inclus dans le revenu net du contribuable, les montants des revenus nets précédemment inclus dans les revenus nets du contribuable en sont déduits jusqu'à concurrence du montant imposable de ces distributions de bénéfices;
7. lorsque le contribuable cède des titres d'une participation détenue de manière directe ou indirecte dans le capital d'un organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1^{er} ou l'activité exercée par un établissement stable au sens de l'alinéa 1^{er}, et que la part de la plus-value afférente à cette cession a été incluse précédemment dans le revenu net du contribuable, les montants des revenus nets précédemment inclus dans les revenus nets du contribuable sont déduits de la plus-value afférente à cette cession jusqu'à concurrence du montant imposable de cette plus-value;
8. conformément aux dispositions des articles 134bis et 134ter, la fraction d'impôt correspondant au total des revenus nets à inclure dans le revenu net du contribuable est réduite, au prorata de sa participation, à concurrence de l'impôt qui correspond à ce même total des revenus nets, établi et payé à l'étranger par la société étrangère contrôlée. »

2° A la suite de l'article 168, il est inséré un nouvel article 168bis, libellé comme suit:

« Art. 168bis. (1) Au sens du présent article, on entend par :

- 1) contribuable : un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er} ;
- 2) coûts d'emprunt : les charges d'intérêts sur toutes les formes de dette, les autres coûts économiquement équivalents à des intérêts et les charges supportées dans le cadre de financements, notamment, mais pas exclusivement,
 - les rémunérations dues sur des prêts participatifs,
 - les intérêts imputés sur des instruments, tels que des obligations convertibles et des obligations sans coupon,
 - les montants déboursés au titre de mécanismes de financement alternatifs, du type finance islamique,
 - les intérêts dus au titre de contrats de crédit-bail,
 - les intérêts capitalisés inclus dans la valeur de l'actif correspondant inscrit au bilan, ou l'amortissement des intérêts capitalisés,
 - les montants mesurés par référence à un rendement financier en vertu des règles d'établissement des prix de transfert, le cas échéant,
 - les intérêts notionnels au titre d'instruments dérivés ou de contrats de couverture portant sur les emprunts d'un organisme,
 - certains gains et pertes de change sur emprunts et instruments liés à des financements,

- les frais de garantie concernant des accords de financement,
 - les frais de dossier et frais similaires liés à l'emprunt de fonds;
- 3) surcoûts d'emprunt : le montant du dépassement des coûts d'emprunt déductibles supportés par un contribuable par rapport aux revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents réalisés par ce contribuable;
 - 4) EBITDA: le total des revenus nets majoré des surcoûts d'emprunt visés au numéro 3, des amortissements calculés d'après les articles 29 à 34 et des déductions pour dépréciation qui ont été opérées. Sont exclus du calcul de l'EBITDA, les revenus exonérés d'impôts et les dépenses d'exploitation qui sont en connexion économique avec ces mêmes revenus exonérés ;
 - 5) projet d'infrastructures publiques à long terme : un projet reconnu d'intérêt public visant à fournir, à améliorer, à exploiter ou à conserver un actif de grande ampleur ;
 - 6) entité autonome : un contribuable qui ne fait pas partie d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière et qui n'a pas d'entreprise associée ou pas d'établissement stable situé dans un Etat autre que le Luxembourg;
 - 7) entreprises financières :
 - a) un établissement de crédit, une entreprise d'investissement au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point 1), de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010 ou une société de gestion d'OPCVM (organisme de placement collectif en valeurs mobilières) au sens de l'article 2, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) ;
 - b) une entreprise d'assurance au sens de l'article 13, point 1), de la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) ;
 - c) une entreprise de réassurance au sens de l'article 13, point 4), de la directive 2009/138/CE précitée;
 - d) une institution de retraite professionnelle relevant du champ d'application de la directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, sauf si un Etat membre a choisi de ne pas appliquer ladite directive en tout ou partie à cette institution conformément à l'article 5 de cette directive, ou le délégué d'une institution de retraite professionnelle visé à l'article 19, paragraphe 1^{er}, de ladite directive;
 - e) les institutions de retraite gérant des régimes de retraite qui sont considérés comme des régimes de sécurité sociale relevant du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et du règlement (CE) no 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, ainsi que toute entité juridique créée aux fins d'investissements de tels régimes;
 - f) un fonds d'investissement alternatif, ci-après «FIA», géré par un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010, ou un FIA surveillé en vertu de la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la Société d'investissement en capital à risque (SICAR);
 - g) les OPCVM au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM);

- h) les contreparties centrales au sens de l'article 2, point 1), du règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux;
- i) les dépositaires centraux de titres au sens de l'article 2, paragraphe 1^{er}, point 1), du règlement (UE) n° 909/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 concernant l'amélioration du règlement de titres dans l'Union européenne et les dépositaires centraux de titres, et modifiant les directives 98/26/CE et 2014/65/UE ainsi que le règlement (UE) n° 236/2012;
- j) les entités de titrisation au sens de l'article 2, point 2), du règlement n° (UE) 2017/2402 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titrisation ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées, et modifiant les directives 2009/65/CE, 2009/138/CE et 2011/61/UE et les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 648/2012.

(2) Les surcoûts d'emprunt encourus au titre d'un exercice d'exploitation par un contribuable ne peuvent être déduits qu'à concurrence du montant le plus élevé des deux montants suivants:

- a) 30 pour cent de l'EBITDA du contribuable ;
- b) 3 millions d'euros.

(3) Au cas où la fraction d'EBITDA établie conformément à l'alinéa 2, lettre a) excède le montant des surcoûts d'emprunt, pourvu que ce dernier montant soit supérieur à 3 millions d'euros, cet excédent, constituant la capacité inemployée de déduction des intérêts, peut être reporté en avant sur les cinq exercices d'exploitation subséquents. Cette capacité inemployée est en outre à réduire des surcoûts d'emprunt portés en déduction conformément à l'alinéa 4. Seul celui dans le chef duquel la capacité inemployée a pris naissance est en droit de la reporter en avant.

(4) Le contribuable peut déduire, jusqu'à concurrence du montant de la déduction maximale déterminée conformément à l'alinéa 2, diminué des surcoûts d'emprunt déduits en application du même alinéa 2, les surcoûts d'emprunt qui n'ont pas été déductibles au titre d'un exercice d'exploitation antérieur et qui n'ont pu être déduits pendant aucun exercice d'exploitation subséquent par application des dispositions du présent article. Les surcoûts d'emprunt les plus anciens sont déductibles en premier. Seul celui qui a supporté les surcoûts d'emprunt peut les porter en déduction.

(5) Le contribuable peut déduire les surcoûts d'emprunt qui dépassent le montant de la déduction maximale déterminé conformément à l'alinéa 2 jusqu'à concurrence des capacités inemployées au cours des cinq derniers exercices d'exploitation réduites des surcoûts d'emprunt qui, au titre des mêmes exercices, ont été déduits en application du présent alinéa. Les capacités inemployées les plus anciennes sont décomptées en premier.

(6) Lorsque le contribuable est membre d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière, l'intégralité des surcoûts d'emprunt est, sur demande, déductible si le contribuable peut démontrer que le ratio entre ses fonds propres et l'ensemble de ses actifs est égal ou supérieur au ratio équivalent du groupe, pour autant que les conditions suivantes soient remplies :

- a) le ratio entre les fonds propres d'un contribuable et l'ensemble de ses actifs est considéré comme égal au ratio équivalent du groupe si le ratio entre les fonds propres du contribuable et l'ensemble de ses actifs est inférieur de deux points de pourcentage au maximum ; et
- b) l'ensemble des actifs et des passifs est estimé selon la même méthode que celle utilisée dans les états financiers consolidés établis conformément aux normes internationales d'information financière ou au système national d'information financière d'un Etat membre.

(7) Sont exclus du champ d'application de l'alinéa 2, les surcoûts d'emprunt afférents aux :

- a) emprunts qui ont été contractés avant le 17 juin 2016, mais cette exclusion ne s'étend à aucune modification ultérieure de ces emprunts;
- b) emprunts utilisés pour financer un projet d'infrastructures publiques à long terme, lorsque l'opérateur du projet, les coûts d'emprunt, les actifs et les revenus se situent tous dans l'Union européenne. Dans ce cas, tout revenu provenant d'un projet d'infrastructures publiques à long terme est exclu de l'EBITDA.

- (8) Par dérogation à l'alinéa 2, la déduction des surcoûts d'emprunt est intégralement admise :
- a) si le contribuable est une entreprise financière;
 - b) si le contribuable est une entité autonome. »

3° A la suite du nouvel article 168*bis*, il est inséré un nouvel article 168*ter*, libellé comme suit:

« Art. 168*ter*. (1) Au sens du présent article, on entend par « dispositif hybride » les différences dans la qualification juridique d'un instrument financier ou d'un organisme lorsqu'un dispositif structuré conclu entre le contribuable et une partie établie dans un autre Etat membre ou lorsque les relations commerciales ou financières entre le contribuable et une entreprise associée établie dans un autre Etat membre entraînent les conséquences suivantes:

1. les mêmes dépenses d'exploitation ou les mêmes pertes font l'objet d'une déduction aussi bien au Luxembourg que dans un autre Etat membre qui est à l'origine des dépenses d'exploitation ou des pertes, dénommée « double déduction »;
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 Etat membre, dénommée « déduction sans prise en compte ».

Par « contribuable », il y a lieu d'entendre, aux fins du présent article, un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er}.

(2) Ne sont pas déductibles auprès d'un contribuable, les dépenses d'exploitation en relation avec un dispositif hybride dans la mesure où elles:

1. sont déductibles dans un autre Etat membre qui est à l'origine de la dépense d'exploitation ou de la perte conformément à l'alinéa 1^{er}, numéro 1;
2. ne sont pas imposées dans un autre Etat membre conformément à l'alinéa 1^{er}, numéro 2.

(3) Aux fins du présent article, le taux de 25 pour cent prévu à l'article 164*ter*, alinéa 2 est remplacé par le taux de 50 pour cent lorsque le dispositif concerne un organisme hybride.

(4) Sur demande de l'administration des contributions, le contribuable doit être en mesure de fournir une déclaration de l'émetteur de l'instrument financier ou tout autre élément pertinent tels que des déclarations d'impôt, d'autres documents fiscaux ou des certificats fournis par les autorités fiscales de l'autre Etat membre, afin de prouver que le paiement au sens de l'alinéa 2, numéro 1, n'était pas déductible dans cet autre Etat membre ou y est imposé conformément à l'alinéa 2, numéro 2. »

4° A l'article 172*bis*, l'alinéa 4 est modifié et complété comme suit:

« Dans les cas visés aux alinéas 1^{er} et 2, le report des bonifications d'impôt, le report des capacités inemployées visées à l'article 168*bis*, alinéa 2 et le report des surcoûts d'emprunt visés à l'article 168*bis*, alinéa 3 de l'organisme à transformer sont continués dans le chef de l'organisme transformé. »

Chapitre 2 – Modification de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« Gewerbesteuer

Art. 3. Au paragraphe 9 de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial («*Gewerbesteuer*gesetz»), il est inséré un nouveau numéro 3a à la suite du numéro 3, libellé comme suit:

- « 3a. des revenus nets inclus au total des revenus nets conformément à l'article 164*ter* de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, pour autant qu'ils sont compris dans le bénéfice d'exploitation déterminé suivant le paragraphe 7; ».

Chapitre 3 – Modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassung

Art. 4. La loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 («*Steueranpassung*gesetz») est modifiée et complétée comme suit:

1° Le paragraphe 6 est remplacé comme suit:

« (1) La loi fiscale ne peut pas être contournée par un abus de formes et d'institutions du droit. Il y a abus au sens de la première phrase si la voie juridique qui, ayant été utilisée pour obtenir, à titre d'objectif principal ou à titre d'un des objectifs principaux, un contournement ou une réduction de la charge d'impôt allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la loi fiscale, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Aux fins de la présente disposition, la voie juridique, qui peut comprendre plusieurs étapes ou parties, est considérée comme non authentique dans la mesure où elle n'a pas été utilisée pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.

(2) Si un abus au sens de l'alinéa 1^{er} est donné, les impôts sont à percevoir comme ils auraient dû l'être au cas où la voie juridique utilisée avait été authentique compte tenu des faits et circonstances pertinents.

(3) Les impôts prélevés sur base de la voie juridique utilisée qui n'est pas prise en compte conformément à l'alinéa 1^{er}, sont à imputer sur le montant dû en vertu de l'alinéa 2, ainsi que sur d'autres arriérés d'impôts du contribuable et, pour autant qu'une telle imputation n'est pas possible, lesdits impôts sont à rembourser. Après l'écoulement de l'année qui suit la constatation définitive de la non prise en compte de la voie juridique utilisée, le contribuable ne pourra plus réclamer l'imputation ou le remboursement. »

2° Au paragraphe 16, il est inséré un nouvel alinéa 5 libellé comme suit:

« (5) Par dérogation aux dispositions des alinéas 1^{er} à 4, les seuls critères à appliquer pour déterminer si un contribuable résident dispose d'un établissement stable dans un Etat avec lequel le Luxembourg a conclu une convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale sont les critères retenus à cette fin dans cette convention. A cet égard, il est considéré qu'un contribuable résident exerce tout ou partie de son activité par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans l'autre Etat contractant si cette activité considérée isolément constitue une activité indépendante et représente une participation à la vie économique générale dans cet Etat, à moins qu'une disposition explicite renfermée dans la convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale liant le Luxembourg et l'autre Etat contractant ne s'y oppose. Aux fins du présent alinéa, il peut être demandé au contribuable de fournir une confirmation que l'autre Etat contractant considère qu'il y existe un établissement stable. Une telle confirmation est à fournir dans l'hypothèse où la convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale conclue avec l'autre Etat ne contient pas de disposition autorisant le Luxembourg à ne pas exempter de l'impôt des revenus reçus ou de la fortune possédée dans l'autre Etat contractant par un contribuable résident dans le cas où l'autre Etat contractant interprète les dispositions de la convention d'une manière telle que ces revenus ou cette fortune entrent dans le champ d'application d'une disposition de la convention qui supprime ou limite le droit de l'autre Etat contractant d'imposer ces éléments. »

Chapitre 4 – *Modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung »)*

Art. 5. La loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« *Abgabenordnung* ») est modifiée comme suit :

Le paragraphe 127 est modifié et complété comme suit:

1° L'alinéa 2 est modifié comme suit:

« (2) Dans la mesure où l'impôt dû résulte de l'imposition conformément aux articles 38 et 172 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, le contribuable peut demander un délai de paiement moyennant un échelonnement linéaire de l'impôt à la sortie sur cinq ans au maximum, sans mise en compte d'intérêts de retard, à condition que l'Etat envers lequel le transfert est opéré est un Etat membre ou que l'Etat envers lequel le transfert est opéré est un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen autre qu'un Etat membre avec lequel le Luxembourg ou l'Union européenne a conclu un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances fiscales, offrant une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures. Le contribuable peut renoncer au délai de paiement.

Le délai de paiement est immédiatement interrompu et le solde de la dette fiscale devient exigible dans les situations suivantes:

- a) les biens transférés ou l'activité transférée, exercée par l'établissement stable du contribuable, sont cédés ou prélevés, à l'exception du transfert dans le cadre d'un apport d'une entreprise ou d'une partie autonome d'entreprise dans les conditions définies par l'article 2 de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre ou de dispositions analogues, lorsque les sociétés bénéficiaires de l'apport déclarent reprendre les droits et obligations de l'apporteur en rapport avec le délai de paiement;
 - b) les biens transférés font l'objet d'un nouveau transfert dans un Etat d'accueil qui n'est pas un Etat membre, sauf si l'Etat d'accueil est un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen autre qu'un Etat membre et que le Luxembourg ou l'Union européenne a conclu avec cet Etat un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances fiscales, offrant une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures;
 - c) soit le domicile fiscal ou le séjour habituel, soit le siège statutaire et l'administration centrale du contribuable, soit l'activité exercée par son établissement stable fait l'objet d'un nouveau transfert dans un Etat d'accueil qui n'est pas un Etat membre, sauf si l'Etat d'accueil est un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen autre qu'un Etat membre et que le Luxembourg ou l'Union européenne a conclu avec cet Etat un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances fiscales, offrant une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures;
 - d) le contribuable fait faillite ou est mis en liquidation;
 - e) le contribuable ne respecte pas les obligations qui lui incombent en ce qui concerne les échelonnements et ne corrige pas sa situation dans un délai raisonnable, qui n'excède pas douze mois;
 - f) le contribuable ne documente pas annuellement en bonne et due forme que les situations énumérées aux lettres a), b) et c) ci-avant ne se sont pas réalisées. »
- 2° L'alinéa 3 est abrogé.

Chapitre 5 – Dispositions transitoires

Art. 6. Les sursis de paiement accordés en vertu du paragraphe 127, alinéas 2 et 3 de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« *Abgabenordnung* ») et concernant l'impôt à la sortie en relation avec les exercices d'exploitation clôturés avant le 1^{er} janvier 2020, ne sont pas affectés par la présente loi.

Chapitre 6 – Mise en vigueur

Art. 7. Les dispositions de la présente loi sont applicables aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2019, 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 aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2020. Les dispositions de l'article 4, point 1° de la présente loi sont applicables à partir de l'année d'imposition 2019 dans la mesure où le contribuable réalise un revenu visé par l'article 10, numéros 4 à 8 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu.

Luxembourg, le 14 décembre 2018

Le Président-rapporteur,
André BAULER

Impression: CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

7318

Bulletin de Vote (Vote Public)

y-2018-0-0033 (n 7312)

Date: 18/12/2018 17:28:50	Président: M. Etgen Fernand
Scrutin: 1	Secrétaire A: M. Frieseisen Claude
Vote: PL 7318 Lutte contre d'évasion fiscale	Secrétaire B: Mme Barra Isabelle
Description: Projet de loi 7318	

	Oui	Abst	Non	Total
Présents:	56	2	0	58
Procuration:	2	0	0	2
Total:	58	2	0	60

Nom du député	Vote	(Procuration)	Nom du député	Vote	(Procuration)
CSV					
Mme Adehm Diane	Oui		Mme Arendt Nancy	Oui	
M. Eicher Emile	Oui		M. Eischen Félix	Oui	
M. Galles Paul	Oui		M. Gloden Léon	Oui	
M. Halsdorf Jean-Marie	Oui		Mme Hansen Martine	Oui	
Mme Hetto-Gaasch Françoise	Oui		M. Lies Marc	Oui	
M. Mischo Georges	Oui		Mme Modert Octavie	Oui	
M. Mosar Laurent	Oui		Mme Reding Viviane	Oui	
M. Roth Gilles	Oui		M. Schank Marco	Oui	
M. Spautz Marc	Oui		M. Wilmes Serge	Oui	(Mme Adehm Diane)
M. Wiseler Claude	Oui		M. Wolter Michel	Oui	(Mme Hansen Martine)

LSAP					
M. Angel Marc	Oui		M. Biancalana Dan	Oui	
M. Bodry Alex	Oui		Mme Burton Tess	Oui	
M. Cruchten Yves	Oui		M. Di Bartolomeo Mars	Oui	
M. Engel Georges	Oui		M. Fayot Franz	Oui	
M. Haagen Claude	Oui		Mme Mutsch Lydia	Oui	

DP					
M. Arendt Guy	Oui		M. Bauler André	Oui	
M. Baum Gilles	Oui		Mme Beissel Simone	Oui	
M. Berger Eugène	Oui		M. Colabianchi Frank	Oui	
Mme Elvinger Joëlle	Oui		M. Etgen Fernand	Oui	
M. Graas Gusty	Oui		M. Hahn Max	Oui	
Mme Hartmann Carole	Oui		Mme Polfer Lydie	Oui	

déi gréng					
M. Back Carlo	Oui		M. Benoy François	Oui	
Mme Bernard Djuna	Oui		Mme Empain Stéphanie	Oui	
M. Hansen- Marc	Oui		M. Kox Henri	Oui	
Mme Lorsché Josée	Oui		M. Margue Charles	Oui	
M. Traversini Roberto	Oui				


déi Lénk					
M. Baum Marc	Abst.		M. Wagner David	Abst.	

groupe technique					
M. Clement Sven-Piraten	Oui		M. Engelen Jeff-ADR	Oui	
M. Gibéryen Gast-ADR	Oui		M. Goergen Marc-Piraten	Oui	
M. Kartheiser Fernand-ADR	Oui		M. Reding Roy-ADR	Oui	

Le Président:



Le Secrétaire général:



Bulletin de Vote (Vote Public)

Date: 18/12/2018 17:28:50

Scrutin: 1

Vote: PL 7318 Lutte contre d'évasion fiscale

Description: Projet de loi 7318

Président: M. Etgen Fernand

Secrétaire A: M. Frieseisen Claude

Secrétaire B: Mme Barra Isabelle

	Oui	Abst	Non	Total
Présents:	55	2	0	57
Procuration:	2	0	0	2
Total:	57	2	0	59

Nom du député

Vote

(Procuration)

Nom du député

Vote

(Procuration)

n'ont pas participé au vote:

CSV

~~M. Kaes Aly~~

Le Président:



Le Secrétaire général:



7318/07

N° 7318⁷

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 DE LA CHAMBRE DES FONCTIONNAIRES
ET EMPLOYES PUBLICS**

(12.12.2018)

Par deux dépêches des 19 juin et 30 novembre 2018, Monsieur le Ministre des Finances a demandé, „dans vos meilleurs délais“, l'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics sur respectivement le projet de loi et les amendements gouvernementaux spécifiés à l'intitulé.

Le projet en question a pour objet principal de transposer dans la législation nationale la directive (UE) 2016/1164, mieux connue sous le nom de „directive ATAD“ („Anti Tax Avoidance Directive“), qui propose cinq mesures visant à lutter contre l'érosion de la base imposable et le transfert de bénéfices.

*

REMARQUES PRELIMINAIRES

En Europe, la crise bancaire de 2008-2009 a nécessité le sauvetage de bon nombre de banques systémiques moyennant un endettement public supplémentaire. Par la suite, les gouvernements concernés ont essayé de financer le manque à gagner par une politique d'austérité tout en réduisant les budgets sociaux et les moyens financiers du secteur public. C'est alors que les décideurs politiques et les contribuables se sont vite rendus compte qu'il y a un problème au niveau des rentrées fiscales, notamment en ce qui concerne les grands groupes de sociétés travaillant de manière transfrontalière.

En 2013, l'OCDE a publié son plan BEPS („Base Erosion and Profit Shifting“) contenant quinze actions pour lutter contre l'érosion de la base imposable et le transfert de bénéfices. Au niveau de la Commission européenne, des événements inattendus se sont invités au débat sur la fiscalité des grands groupes internationaux, à savoir les révélations publiées entre 2014 et 2016 par le consortium international des journalistes d'investigation (ICIJ). Plusieurs paquets de révélations provenant de lanceurs d'alerte ont montré l'ampleur de l'impôt sur les sociétés évité à grande échelle par les groupes internationaux, souvent à l'aide de dispositions légales existant dans les législations fiscales en Europe et dans le monde.

Pour calmer les esprits, la Commission européenne a dû réagir rapidement par des mesures adéquates, afin de s'attaquer au problème de l'évasion fiscale désormais devenue plus visible au plan européen, voire mondial. Après le lancement d'une consultation publique sur le plan BEPS de juin à septembre 2015, les rapports définitifs de la Commission européenne au sujet des actions BEPS ont finalement abouti à la directive (UE) 2016/1164.

Le projet BEPS de l'OCDE comprend des recommandations souvent non contraignantes et autorise des réserves („*Vorbehalte*“), des latitudes et des interprétations. En revanche, la directive ATAD est déjà nettement plus ambitieuse, précise et exigeante en ce qui concerne les mesures à transposer dans la législation nationale des États membres. Toujours est-il que l'exposé des motifs joint au projet de loi sous avis exprime que la directive poursuit l'objectif peu ambitieux „*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 (...)*“.

*

EXAMEN DU TEXTE

Le projet de loi ayant pour objet de transposer une directive de l'Union européenne, différentes lois fiscales luxembourgeoises seront adaptées, modifiées ou complétées au niveau des articles ou paragraphes concernés. La Chambre des fonctionnaires et employés publics entend commenter les différentes mesures proposées en suivant les cinq domaines énumérés à l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi. Elle n'entend donc pas commenter en détail les ajouts et les modifications au niveau des différentes dispositions de la loi concernant l'impôt sur le revenu (LIR), de la loi concernant l'impôt commercial communal (ICC/GewStG), de la loi d'adaptation fiscale (StAnpG) et de la loi générale des impôts (AO).

Le champ d'application de la directive (UE) 2016/1164 du 12 juillet 2016 vise tous les contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés dans un État membre ainsi que les établissements stables, situés dans un ou plusieurs États membres, d'entités ayant leur résidence fiscale dans un État tiers. Il s'ensuit que la transposition de la directive en droit national ne nécessite pas de modification des articles 159 et 160 LIR, car tous ces contribuables sont explicitement visés par ces deux articles.

Les cinq mesures principales de la directive à transposer sont les suivantes.

1) La limitation de la déductibilité des intérêts (articles 168bis et 172bis LIR)

C'est l'action 4 du plan BEPS qui recommande d'élaborer des règles visant à limiter la déduction de montants excessifs d'intérêts en vue de réduire la base imposable des entreprises. Il s'agit d'éviter que des entreprises aient recours à des montages d'endettement artificiels ayant pour seul but de réduire la charge fiscale du contribuable. Conformément à l'article 4 de la directive, un nouvel article 168bis est inséré dans la loi concernant l'impôt sur le revenu pour limiter la déduction des coûts financiers nets (surcoûts d'emprunt encourus au titre d'un exercice d'exploitation par un contribuable) à 30 pour cent de l'EBITDA („*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortisation*“) avec, selon le commentaire des articles, „*un seuil de minimis de 3 millions d'euros*“. Toutefois, le projet de loi prévoit la possibilité avantageuse d'appliquer la limitation de la déduction des intérêts au niveau de chaque société faisant partie d'un groupe de sociétés imposé selon le régime de l'intégration fiscale au sens de l'article 164bis LIR. Dans ce cas, une règle de ratio de groupe permettra au contribuable de déduire la totalité de ses surcoûts d'emprunt (règle de sauvegarde).

Afin de déterminer les surcoûts d'emprunt, il a d'abord fallu définir les coûts d'emprunt, et c'est sur la base de la liste non exhaustive d'exemples de charges financières du nouvel article 168bis LIR que les intérêts notionnels font leur entrée dans la loi fiscale au Luxembourg. La Chambre des fonctionnaires et employés publics tient à rappeler que les intérêts notionnels sont des intérêts débiteurs fictifs calculés sur les capitaux propres d'une société afin de ne pas avantager fiscalement une société ayant recours à des emprunts à intérêts réels. Et un avantage même limité reste toujours un avantage en matière fiscale. Concernant la liste non exhaustive de charges financières fiscalement déductibles, la Chambre se demande si ce n'est pas le flou législatif qui s'installe au niveau de la nouvelle disposition fourre-tout.

De même, en vue de récupérer la „*capacité inemployée de déduction des intérêts*“ dépassant le seuil des 30 pour cent de l'EBITDA, le projet de loi ajoute la faveur fiscale d'un report en avant sur cinq ans („*les cinq exercices d'exploitation subséquents*“) de cet excédent. S'y ajoute encore le report sans limite de temps des surcoûts d'emprunt d'exercices d'exploitation antérieurs qui n'ont pas pu être déduits au cours de ces années d'imposition. En raison de ces faveurs profitables aux entreprises visées, l'objectif primaire de la présente mesure est peut-être plus ambitieux qu'il ne le sera en définitive, mais en tout cas l'introduction d'une norme minimale est assurée dans ce domaine au niveau communautaire.

La Chambre des fonctionnaires et employés publics comprend que certains surcoûts d'emprunt, comme ceux relatifs aux emprunts contractés avant le 17 juin 2016 (clause de maintien des droits acquis avant la réunion du Conseil Ecofin) et aux emprunts servant au financement d'un projet d'investissements publics à long terme dans l'Union européenne, ne soient pas visés par la limitation instituée au nouvel article 168bis, paragraphe (2), LIR. Il en est de même en ce qui concerne les sociétés autonomes, bénéficiant d'une exclusion personnelle du champ d'application de la limitation de la déduction des surcoûts d'emprunt. En revanche, la Chambre ne voit pas de motif valable justifiant l'exclusion personnelle dudit champ d'application des entreprises financières (selon le commentaire des articles, qui cite le considérant (9) de la directive ATAD, „*les discussions dans ce domaine ne sont pas encore assez concluantes au niveau international et de l'Union*“). Comme les coûts, et notamment les surcoûts, des emprunts sont des éléments clés de l'érosion de la base imposable d'un groupe de sociétés opérant de manière transfrontalière, il reste pour le moins curieux que la déduction des surcoûts soit intégralement admise si le contribuable est une entreprise financière. Dans ce sens, la présente mesure prévue par le projet de loi ne permettra donc pas entièrement de venir à bout de l'impôt évité („*tax avoidance*“) dans l'Union européenne.

2) L'imposition à la sortie (articles 35, 38 et 43 LIR et paragraphe 127 AO)

L'action 5 du plan BEPS, relative à la propriété intellectuelle („*patent box*“), est indirectement liée à cette mesure proposée à l'article 5 de la directive ATAD à transposer. Elle vise à assurer, de manière assez rigide, l'imposition de la valeur économique de toute plus-value, même latente, en cas de transfert des actifs par un contribuable d'une juridiction fiscale à une autre. Souvent des actifs de propriété intellectuelle font l'objet de tels transferts à des pays à faible fiscalité, notamment sur les bénéfices générés par la vente ultérieure de ces actifs.

Comme les transferts temporaires ou ceux assurant la sûreté financière en fonds propres ne sont pas visés par la présente mesure, celle-ci ne devrait pas trop inquiéter les entreprises de la place financière luxembourgeoise.

En cas d'imposition à la sortie dans l'Union européenne ou dans l'Espace économique européen, le projet de loi sous avis abandonne le sursis de paiement récemment introduit au Luxembourg (cf. avis n^{os} A-2562 du 17 mai 2013 et A-2742 du 23 novembre 2015 de la Chambre des fonctionnaires et employés publics sur les projets de lois afférents), tout en permettant désormais de reporter, sur demande, le paiement de l'impôt en l'étalant sur cinq ans au maximum. Selon le projet de loi sous avis, cet étalement peut être accordé sans intérêts débiteurs et sans garantie (à constituer par le contribuable sur demande de l'État), alors que la directive prévoit expressément la possibilité d'instituer de telles mesures.

3) La clause anti-abus générale (paragraphe 6 StAnpG)

Cette clause existe déjà dans la législation luxembourgeoise au niveau du paragraphe 6 de la loi d'adaptation fiscale (StAnpG). Le projet de loi ne fait que compléter et garantir la conformité de la clause anti-abus existante en matière fiscale aux exigences européennes conformément à l'article 6 de la directive ATAD. Concrètement, la mesure proposée a pour objet de refuser l'impact fiscal de montages financiers mis en place non pas pour des raisons commerciales, mais tout simplement pour réduire la charge fiscale de manière artificielle.

Si la Chambre des fonctionnaires et employés publics approuve cette mesure, elle apprécie également que les dispositions du paragraphe actuellement en vigueur soient traduites en français. Toutefois,

elle se permet de proposer une traduction plus adaptée du bout de phrase „*Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts*“ en „*abus de formes et de façonnage (ou modelage) du droit*“ (au lieu de „*abus de formes et d'institutions du droit*“, formulation qui prête en effet à confusion). Dans ce contexte, la Chambre se doit de rappeler également la recommandation qu'elle avait formulée dans son avis n° A-2847 du 21 novembre 2016 sur le projet de loi portant mise en oeuvre de la réforme fiscale 2017, à savoir de traduire en français tous les paragraphes rédigés en langue allemande dans les lois fiscales maintenues en vigueur après la Libération en octobre 1944.

4) Les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées – SEC (article 164ter LIR et paragraphe 9 GewStG)

Les règles sous rubrique tirent leur origine de l'action 3 du plan BEPS et leur introduction au Luxembourg est réalisée par l'insertion d'un nouvel article 164ter dans la loi concernant l'impôt sur le revenu et par la modification du paragraphe 9 de la loi concernant l'impôt commercial communal. Au sens de l'article 7 de la directive, il s'agit de réattribuer les bénéfices d'une société contrôlée faiblement imposée à sa maison mère qui, à son tour, devient alors imposable pour ces bénéfices dans l'État de sa résidence fiscale. Étant donné que cette innovation vise surtout les bénéfices artificiellement transférés vers une société contrôlée à l'étranger pour échapper à une imposition digne de ce nom, la Chambre des fonctionnaires et employés publics approuve cet instrument de lutte contre l'évasion fiscale. Cette attitude est d'autant plus justifiée que les bénéfices d'établissements stables déjà imposés au taux normal ne sont pas visés par cette mesure. Toutefois, pour garantir un niveau de protection élevé, il importe que les États membres transposent les règles relatives aux SEC de manière à ne pas permettre aux sociétés visées de jongler avec les seuils de contrôle (pourcentage de participation) et le fractionnement du bénéfice sur plusieurs établissements stables.

5) Les règles pour lutter contre les dispositifs hybrides (article 168ter LIR)

C'est l'action 2 du plan BEPS, qui traite du problème des dispositifs hybrides d'instruments financiers pouvant être à l'origine d'une „*double déduction*“ ou d'une déduction dans un État sans qu'il en résulte une imposition dans un autre État. Ainsi, des dispositifs hybrides peuvent être considérés comme instruments de dette produisant des intérêts déductibles dans un État membre et comme instruments de participation produisant des dividendes exonérés dans un autre État membre.

La transposition de la mesure réglant la situation fiscale des dispositifs hybrides sera opérée moyennant l'insertion d'un nouvel article 168ter dans la loi concernant l'impôt sur le revenu. La Chambre des fonctionnaires et employés publics espère que cette mesure pourra mettre fin au problème des dispositifs hybrides, généré par les différences de qualification juridique d'instruments financiers existant entre contribuables de deux ou plusieurs États membres.

L'article 9 de la directive, visant à éviter ce genre de situations, ne concerne malheureusement que les dispositifs hybrides à l'intérieur de l'Union européenne, sans englober donc les dispositifs faisant intervenir, à côté des États membres, des pays tiers. Il s'ensuit que le projet de loi sous avis ne constitue en quelque sorte qu'une première étape qui, selon l'exposé des motifs, sera suivie ultérieurement par un autre projet de loi dans le cadre de la transposition de la directive ATAD 2, englobant également les dispositifs hybrides concernant des États tiers.

*

À côté des cinq mesures destinées à la lutte contre l'érosion de la base imposable et le transfert de bénéfices, traitées ci-dessus, le projet de loi apporte encore deux précisions législatives conformément au plan BEPS, mais indépendamment de la transposition de la directive ATAD, afin de renforcer le niveau de protection contre la planification fiscale agressive.

En premier lieu, il prévoit une modification de l'article 22bis LIR afin d'éviter la non-imposition en cas d'échange de titres, en l'occurrence en cas d'opération de conversion d'un emprunt en titres représentatifs du capital social du débiteur de l'emprunt.

En deuxième lieu, le paragraphe 16 de la loi d'adaptation fiscale (StAnpG) sera complété par un alinéa visant à préciser l'interprétation des notions „*Betriebsstätte*“ et „*établissement stable*“ afin de

pouvoir agir de façon efficace contre les structures de planification fiscale agressive au niveau européen.

Ces deux mesures n'appellent pas d'observations spécifiques de la part de la Chambre.

Les amendements gouvernementaux soumis pour avis à la Chambre en date du 30 novembre 2018 apportent certaines précisions, de nature technique et rédactionnelle, au texte du projet de loi initial afin de donner suite aux commentaires formulés par le Conseil d'État dans son avis n° 52.949 du 13 novembre 2018. Ils n'appellent pas non plus de remarques particulières.

*

CONCLUSION

Si la directive ATAD constitue un paquet de mesures de la Commission européenne destiné à lutter contre la planification fiscale agressive dans l'Union européenne, le projet de loi transposant la directive constitue la réponse adéquate pour aligner un peu plus la législation fiscale du Grand-Duché de Luxembourg sur les règles communautaires. Pourtant, aux yeux d'un dirigeant de la place financière, les décideurs politiques du Luxembourg n'auraient „*pas choisi la ligne dure, mais les options les plus favorables pour le contribuable tout en respectant la philosophie qui se dégage au niveau international*“.

Même si les mesures de la directive ATAD permettent aux États membres de l'Union européenne d'aller au-delà des règles minimales proposées, il semble que les avantages fiscaux accordés à de grands groupes internationaux au Luxembourg (Amazon, Fiat Finance, Engie) et considérés comme „*aides d'État*“ par la Commission européenne, ne soient plus possibles après l'entrée en vigueur de la loi qui va découler du projet sous avis.

Selon la fiche financière accompagnant le projet de loi, l'application des mesures fiscales proposées „*pourrait avoir une certaine incidence sur le budget de l'État*“. Théoriquement, la limitation de la déductibilité des intérêts et l'abandon envisagé des doubles déductions concernant les dispositifs hybrides devraient conduire à un élargissement de la base imposable et donc à un surplus de recettes fiscales. Or, si l'on considère que les entreprises financières énumérées au nouvel article 168bis LIR ne sont pas visées par la limitation de la déductibilité des intérêts et que les avocats d'affaires et les conseillers fiscaux n'ont jamais manqué d'ingéniosité en matière de fiscalité internationale, l'hypothèse, avancée dans la fiche financière, de la neutralité des effets des mesures projetées sur les recettes fiscales est plausible. Même au risque du départ de certaines activités non conformes à la nouvelle donne, d'autres activités pourraient être attirées au Luxembourg avec sa législation désormais adaptée au nouveau standard législatif européen. Étant donné qu'une anticipation des actions du plan BEPS de l'OCDE, connues depuis 2013, a sans doute déjà eu lieu au niveau des entreprises concernées, l'impact des nouvelles mesures sera vraisemblablement limité.

La Chambre prend finalement note de la recommandation reprise dans la fiche financière au sujet d'un renforcement de personnel qualifié auprès de l'Administration des contributions directes en vue de mettre en oeuvre les dispositions du projet de loi sous avis, dispositions qui sont en effet d'une complexité élevée. Elle regrette cependant que la fiche financière soit muette quant aux postes visés et aux coûts afférents.

Comme le projet de loi sous avis constitue un pas supplémentaire dans la lutte contre l'érosion de la base imposable et le transfert de bénéfices et donc un élément de transparence en matière fiscale nationale et européenne, la Chambre des fonctionnaires et employés publics l'approuve, sous la réserve des remarques qui précèdent.

Ainsi délibéré en séance plénière le 12 décembre 2018.

Le Directeur,
G. MULLER

Le Président,
R. WOLFF

Impression: CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

7318/08

N° 7318⁸

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 (« Gewerbesteuerengesetz »);**
- 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 COMPLEMENTAIRE DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(14.12.2018)

Le projet de loi vise, pour rappel à transposer la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur (ci-après, l'« ATAD ») en modifiant les quatre lois suivantes :

- loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (ci-après, la « LIR »),
- loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial,
- loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934, et
- loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931.

La Chambre de Commerce a déjà rendu un premier avis détaillé en date du 5 octobre 2018¹ dans lequel elle regrettait l'introduction d'un certain nombre de dispositions qui auront un impact défavorable sur ses ressortissants et notamment :

- la suppression du mécanisme d'imposition différée en cas de conversion d'un emprunt,
- l'absence d'exercice de l'option prévue à l'article 4, paragraphe 1, alinéa 3 de l'ATAD1 à l'endroit de l'article 2, point 2° du projet de loi en matière d'intégration fiscale,
- l'insertion anticipée des règles relatives aux mécanismes anti-instruments hybrides qui ne doivent être mises en vigueur que sous la directive dite « ATAD2 »² et pas avant le 1^{er} janvier 2020,
- l'absence de clarté quant à l'application d'autres règles dans le temps, notamment au sujet (i) de la clause de sauvegarde pour les emprunts contractés avant le 17 juin 2016 concernant la déductibilité des intérêts et (ii) des établissements stables préexistants.

1 https://www.cc.lu/uploads/tx_userccavis/5123PMR_ATAD1.pdf

2 Directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers [i.e. l'ATAD1], ci-après, l'« ATAD2 » dont la date de transposition est fixée au 31 décembre 2019 pour la plupart des dispositions.

- la juxtaposition plutôt que l'intégration profonde des nouvelles règles (a) entre elles et (b) au sein du corpus de règles luxembourgeoises existantes³ et
- l'insécurité juridique créée par les nouveaux concepts non ou insuffisamment définis.

La Chambre de Commerce se doit de constater que les amendements gouvernementaux sous avis n'ont malheureusement pas remédié aux problématiques identifiées.

Le Conseil d'Etat a rendu son avis complémentaire sur les amendements gouvernementaux en date du 11 décembre 2018.

Etant donné que le vote du projet de loi amendé est imminent, la Chambre de Commerce se limitera à formuler plus spécifiquement les commentaires complémentaires qui suivent.

Concernant le nouvel article 168bis LIR

1. Application des règles de limitation de la déductibilité des intérêts et définition des notions de « coûts d'emprunt » et de « revenus d'intérêts imposables »

Si l'ATAD définit de manière large la notion de « coûts d'emprunt », elle ne définit pas la notion de «revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents perçus par ce contribuable, conformément au droit national ». L'ATAD prévoit cependant que leurs définitions respectives devraient être données par référence au droit national de l'Etat membre concerné. Force est toutefois de constater que ni le projet de loi, ni les amendements gouvernementaux n'apportent de précisions additionnelles quant à ces définitions.

A l'instar du Conseil d'Etat dans son premier avis sur le projet de loi, la Chambre de Commerce demeure ainsi d'avis qu'il est essentiel pour les contribuables de pouvoir cerner le champ d'application de ce dispositif de la manière la plus précise possible afin de garantir la sécurité juridique dans l'application de cette disposition. Elle estime donc qu'il demeure important de clarifier par le biais de toute indication appropriée ce qui doit être entendu notamment par la notion « *d'autres revenus imposables économiquement équivalents* » et de préciser, par exemple, dans le cas des créances en souffrance acquises par un créancier, comment la différence entre le prix d'acquisition d'une créance et le montant du principal ou la valeur nominale de cette créance doit être traitée. Il convient ainsi aussi de préciser si l'approche par analogie – détaillée plus avant dans l'avis précité de la Chambre de Commerce – est bien celle à suivre et de confirmer que la notion de « revenus d'intérêts imposables » doit être interprétée de façon symétrique à celle des « coûts d'emprunt ».

2. Organismes de titrisation : la notion d'« entité autonome »

Pour rappel, s'agissant des organismes de titrisation luxembourgeois, la grande majorité des organismes de titrisation est représentée par des structures dites « orphelines » qui peuvent, ou non, être assujetties, respectivement, à la loi du 22 mars 2004 relative à la titrisation telle que modifiée ou au règlement n° (UE) 2017/2402 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017⁴ mais dont le trait principal est que leur capital est détenu par une entité et leurs revenus appartiennent aux détenteurs de titres de créances qu'elles émettent. La plupart des entités résidentes pleinement imposables dont une grande partie des charges et revenus sont généralement qualifiés d'intérêts, pourraient entrer dans le champ d'application de la règle de limitation de la déductibilité des intérêts.

Ni le projet de loi ni les amendements gouvernementaux ne reprennent cependant dans le nouvel article 168bis LIR la possibilité offerte par l'ATAD dans son article 4, alinéa 3, point (b) de « *déduire l'intégralité des surcoûts d'emprunt si le contribuable est une entité autonome* » où « *une entité autonome* » est définie comme « *un contribuable qui ne fait pas partie d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière et n'a pas d'entreprise associée ou d'établissement stable* ».

Le projet de loi, quant à lui, définit « *une entité autonome* » comme étant « *un contribuable qui ne fait pas partie d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière et qui n'a pas d'entreprise associée ou pas d'établissement stable situé dans un Etat autre que le Luxembourg* ».

³ Ceci est particulièrement pertinent pour l'application de la règle de limitation de la déduction des intérêts, les diverses clauses anti-abus et les règles relatives aux hybrides si ces dernières venaient à être maintenues dans le Projet.

⁴ Règlement n° (UE) 2017/2402 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titrisation ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées, et modifiant les directives 2009/65/CE, 2009/138/CE et 2011/61/UE et les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 648/2012

La Chambre de Commerce reste ainsi d'avis que la notion d'entreprise associée sous-entend une notion de contrôle en terme de gestion ou/et de droits économiques qui n'existe pas dans les mains du détenteur du capital minimum d'une société de titrisation « orpheline ».

Aussi, afin de tenir compte de la réalité économique des véhicules de titrisation luxembourgeois qui émettent des titres de créances à de multiples investisseurs, la référence aux organismes au sens de l'article 159 et 160 LIR devrait être amendée en vue d'exclure les organismes résidents et non-résidents visés aux points 3, 5, 6 et 7 de la lettre (a) de l'alinéa 1 de l'article 159 LIR pour autant que ceux-ci n'exercent pas d'activité commerciale au sens de l'article 14 LIR.

3. *Intégration fiscale : Absence de transposition de l'article 4, alinéa 1, (a) de l'ATAD*

La Chambre de Commerce avait très favorablement accueilli le fait que la plupart des options offertes par l'ATAD aient été reprises dans le projet de loi.

La Chambre de Commerce constate cependant que l'option prévue par l'article 4, alinéa 1, point (a) de l'ATAD, qui autorise les Etats membres à considérer comme contribuable aux fins d'application de la règle de limitation des intérêts « *une entité ayant la possibilité ou l'obligation d'appliquer les règles pour le compte d'un groupe, tel que défini en droit fiscal* » ne l'a malheureusement pas été.

Or, un grand nombre d'intégrations fiscales sont aujourd'hui en place entre sociétés luxembourgeoises pleinement imposables faisant partie de plateformes de fonds d'investissement en application des dispositions de l'article 164bis LIR.

La Chambre de Commerce réitère dès lors sa position qui est celle que la transposition de l'option prévue par l'article 4, alinéa 1, (a) de l'ATAD pourrait parfaitement faire partie du régime d'intégration fiscale luxembourgeois. Les résultats fiscaux ou « revenus nets » des différentes sociétés pourraient ainsi continuer à être établis séparément puis ajoutés pour former le « total des revenus nets ». Toutefois, et à la seule fin de l'application du nouvel article 168bis LIR, les coûts d'emprunt, les revenus d'intérêt, les surcoûts d'emprunt et l'EBITDA seraient déterminés au niveau du groupe intégré.

La non-transposition de cette option de la directive aura pour effet de mettre les sociétés en intégration fiscale dans une situation extrêmement défavorable et entrainera des conséquences fiscales dommageables pour les contribuables.

La Chambre de Commerce regrette dès lors que cette option ait été écartée ou, pour le moins, n'ait pas été reprise dans le cadre du présent projet de loi. Elle espère que ceci sera le cas dans un avenir proche dans le cadre d'un nouveau projet de loi qui adaptera en conséquence, et dans la mesure du nécessaire, les dispositions fiscales nécessaires.

Pour le surplus, la Chambre de Commerce maintient les observations formulées dans son précédent avis dont il n'a pas été tenu compte et qui gardent toute leur pertinence.

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut marquer son accord aux amendements gouvernementaux que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

Entré à l'Administration parlementaire le 24 décembre 2018.

Impression: CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

7318/09

N° 7318⁹**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* »);
- 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* »)

* * *

**DISPENSE DU SECOND VOTE CONSTITUTIONNEL
PAR LE CONSEIL D'ETAT**

(21.12.2018)

Le Conseil d'État,

appelé par dépêche du Président de la Chambre des députés, du 17 décembre 2018 à délibérer sur la question de dispense du second vote constitutionnel du

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 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« *Gewerbesteuer* ») ;
- 4) modifiant la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« *Steueranpassungsgesetz* ») ;
- 5) modifiant la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« *Abgabenordnung* »)

qui a été adopté par la Chambre des députés dans sa séance du 17 décembre 2018 et dispensé du second vote constitutionnel ;

Vu ledit projet de loi et les avis émis par le Conseil d'État en ses séances des 13 novembre et 11 décembre 2018 ;

se déclare d'accord

avec la Chambre des députés pour dispenser le projet de loi en question du second vote prévu par l'article 59 de la Constitution.

Ainsi décidé en séance publique à l'unanimité des 20 votants, le 21 décembre 2018.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président du Conseil d'État,
Georges WIVENES

02



Commission des Finances et du Budget

Procès-verbal de la réunion du 14 décembre 2018

Ordre du jour :

1. 7387 Projet de loi
a) ayant pour objet :
 1. d'autoriser le Gouvernement à effectuer, au cours des mois de janvier à avril 2019, les dépenses figurant aux tableaux annexés à la présente loi ;
 2. d'autoriser le Gouvernement à recouvrer les impôts directs et indirects existant au 31 décembre 2018 d'après les lois et les tarifs qui en règlent l'assiette et la perception ;
 3. de proroger certaines dispositions de la loi du 15 décembre 2017 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2018.b) portant modification de la loi modifiée du 17 décembre 2010 fixant les droits d'accises et les taxes assimilées sur les produits énergétiques, l'électricité, les produits de tabacs manufacturés, l'alcool et les boissons alcooliques
 - Examen de l'avis du Conseil d'Etat
 - Présentation et adoption d'un projet de rapport
 - Rapporteur : Monsieur André Bauler

2. 7318 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 (« Gewerbesteuergesetz »);
 - 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 »)
 - Examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat
 - Présentation et adoption d'un projet de rapport
 - Rapporteur : Monsieur André Bauler

*

Présents : M. Guy Arendt, M. André Bauler, M. Alex Bodry, M. Sven Clement, M. Mars Di Bartolomeo remplaçant M. Yves Cruchten, Mme Joëlle Elvinger, M. Franz Fayot, Mme Martine Hansen, M. Henri Kox, Mme Josée Lorsché, M. Laurent Mosar, M. Gilles Roth, M. Claude Wiseler

M. Etienne Reuter, Directeur de l'Inspection générale des finances (IGF)
(pour le point 1)
M. Carlo Fassbinder, Directeur de la Fiscalité (Ministère des Finances)
(pour le point 2)
M. Matthieu Gonner, du Ministère des Finances (pour le point 2)

Mme Caroline Guezennec, de l'Administration parlementaire

Excusés : M. Yves Cruchten, M. Roy Reding, M. Michel Wolter

*

Présidence : M. André Bauler, Président de la Commission

*

1. 7387 **Projet de loi**

a) ayant pour objet :

1. d'autoriser le Gouvernement à effectuer, au cours des mois de janvier à avril 2019, les dépenses figurant aux tableaux annexés à la présente loi ;

2. d'autoriser le Gouvernement à recouvrer les impôts directs et indirects existant au 31 décembre 2018 d'après les lois et les tarifs qui en règlent l'assiette et la perception ;

3. de proroger certaines dispositions de la loi du 15 décembre 2017 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2018.

b) portant modification de la loi modifiée du 17 décembre 2010 fixant les droits d'accises et les taxes assimilées sur les produits énergétiques, l'électricité, les produits de tabacs manufacturés, l'alcool et les boissons alcooliques

Le rapporteur du projet de loi présente le contenu de l'avis du Conseil d'Etat, repris dans le commentaire des articles du projet de rapport.

Un membre du groupe parlementaire CSV souhaite savoir si le libellé de l'article 4 du projet de loi signifie concrètement que les accises sur l'essence et le gasoil augmenteront en 2019. Suite à une intervention d'un membre du groupe technique, il est précisé que cet article a « uniquement » pour but de fixer le pourcentage des biocarburants à mélanger à l'essence et le gasoil routier à 5,85% (au lieu des 5,70% actuels) et de faire passer le taux minimal actuel de 15% de biocarburants dits de double comptage à 35%.

Le représentant du groupe technique juge inadéquat le recours au présent projet de loi pour l'instauration des mesures de l'article 4.

Un membre du groupe parlementaire CSV signale que le « Lycée technique hôtelier Alexis Heck » à Diekirch et l'« Ecole de la 2^e chance », cités à l'article 25 du projet de loi, ont changé de nom. La Commission des Finances et du Budget décide de remplacer ces noms par les nouveaux intitulés.

Le projet de rapport, ainsi modifié, est adopté par 8 voix pour, 4 voix contre et une abstention (groupe technique).

2. 7318 **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 (« Gewerbesteuerengesetz »);**
- 4) modifiant la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz »);**
- 5) modifiant la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung »)**

Le rapporteur constate que, dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat ne s'oppose pas aux amendements gouvernementaux.

A la suite d'explications portant sur le commentaire du Conseil d'Etat concernant l'amendement 5, la Commission décide de ne pas procéder à la modification proposée par le Conseil d'Etat.

En réponse à une question posée par un membre du groupe parlementaire CSV, un représentant du ministère des Finances explique que, comme la présente loi transpose une directive européenne, elle est supérieure aux conventions/traités de non-double imposition.

Un membre du groupe parlementaire LSAP doute qu'une convention de non-double imposition puisse être en contradiction avec une directive. Un membre du groupe parlementaire CSV est d'avis qu'un conflit peut apparaître lorsqu'un Etat membre a transposé une option contenue dans une directive et que cette option n'est pas en ligne avec une convention de non-double imposition. Selon lui, dans ce cas précis, la convention primerait sur la loi nationale.

Le représentant du ministère des Finances signale que le commentaire de l'OCDE portant sur le modèle OCDE de convention fiscale précise que les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (« SEC ») ou règles dites « CFC » (controlled foreign company) ne sont pas en contradiction avec les conventions de non-double imposition.

Il explique que 2 situations peuvent survenir : soit l'entité contrôlée (établissement stable) se situe dans un Etat membre et dans ce cas la directive joue, soit l'entité contrôlée se situe dans un Etat tiers (conventionné). Dans ce deuxième cas, le commentaire de l'OCDE portant sur le modèle OCDE de convention fiscale dit que les règles « CFC » priment par rapport aux règles contenues dans une convention de non-double imposition. Certains pays inscrivent d'ailleurs cette primauté dans leurs conventions de non-double imposition.

Les membres de la Commission procèdent ensuite à l'examen du projet de motion qui leur a été communiqué le jour précédent.

Un membre du groupe parlementaire CSV lit les phrases suivantes qu'il souhaiterait voir ajoutées au texte de la motion afin qu'il soit tenu compte de ses préoccupations concernant l'imposition future des sociétés de titrisation (voir le procès-verbal de la réunion du 11 décembre 2018) :

- au niveau des « considérants » :
« considérant que le secteur de la titrisation est d'une importance vitale pour la place financière et l'emploi dans ce secteur » ;

- à la fin du texte de la motion :

« à clarifier que les entités dites « orphelines » sont exclues du dispositif de la règle de limitation de la déduction des intérêts et que les revenus économiquement équivalents à des intérêts comprennent l'ensemble des revenus et gains en rapport avec ou accessoire à une créance de toute nature. ».

Le représentant du ministère des Finances rappelle que le texte de loi transpose fidèlement celui de la directive, même s'il apparaît qu'au niveau des sociétés de titrisation il pourrait se présenter dans certains cas un problème potentiel en raison d'une réduction éventuelle du rendement des investisseurs-créanciers de ce secteur. Il attire l'attention sur la complexité de la problématique et la diversité des scénarios et constellations possibles et en conclut qu'il est dès lors impossible de « clarifier », de manière forfaitaire, que les sociétés de titrisation sont exclues du champ d'application de la règle de limitation de la déduction des intérêts. Après avoir indiqué que le ministère des Finances est en train d'analyser la situation en détail, il propose que la deuxième phrase proposée par le membre du groupe parlementaire CSV soit modifiée.

Le membre du groupe parlementaire CSV est d'avis qu'une telle modification ne va pas dans le sens de sa demande.

Après avoir demandé au membre du groupe parlementaire CSV de définir les « entités dites « orphelines » », un membre du groupe parlementaire LSAP explique qu'il s'agit d'un type de société de titrisation dépourvue d'actionnaires.

Cette intervention amène un autre membre du groupe parlementaire LSAP à demander au membre du groupe parlementaire CSV d'indiquer la source de la modification du texte de la motion concernant les « entités dites « orphelines », proposée par ce dernier. Il s'en suit un débat animé sur l'obligation des députés de déclarer les contacts qu'ils ont eu avec des représentants d'intérêts publics ou privés.

Le membre du groupe technique lit les passages suivants de l'article 5 - Règles concernant le lobbying du « Code de conduite des députés luxembourgeois en matière d'intérêts financiers et de conflits d'intérêts » :

« (1) Les relations entre les députés et les représentants d'intérêts publics ou privés sont soumises à des règles garantissant la transparence et la publicité.

(3) Dans la mesure où les interventions du représentant d'intérêts sont susceptibles d'avoir un impact direct sur un texte législatif en discussion, le député en fait mention lors des débats en commission et le rapporteur, le cas échéant, dans son rapport écrit. ».

Un membre du groupe parlementaire LSAP signale qu'en tant que Président de la Commission de l'Économie et en tant que rapporteur, il a toujours respecté ce principe au cours de la législature précédente. Il admet que dans le cadre du présent projet de loi, il a mené des discussions avec des représentants d'intérêts privés, mais qu'il ne les a pas déclarés puisque, contrairement au membre du groupe parlementaire CSV, il ne propose pas de modifications allant dans le sens de ces représentants.

Certains membres de la Commission déclarent avoir également été contactés, d'autres non.

Le membre du groupe parlementaire CSV rappelle qu'il avait déjà manifesté son souci au sujet du sort des sociétés de titrisation au cours de la réunion précédente. Il déclare que la phrase qu'il propose d'ajouter au texte de la motion ressort d'une discussion menée avec un cabinet d'avocats. Il ajoute qu'il est autorisé et normal que les députés soient soutenus par des experts externes dans des matières extrêmement techniques et complexes.

Les membres de la Commission des Finances et du Budget concluent que le sujet du respect des règles concernant le lobbying par les députés concerne l'ensemble des députés et devrait donc plutôt être discuté au sein du Bureau de la Chambre des Députés et non au sein d'une commission parlementaire.

La Commission des Finances et du Budget décide finalement de retenir les deux phrases supplémentaires suivantes :

- au niveau des « considérants » :
« considérant, par ailleurs, que les activités de titrisation figurent parmi les branches importantes de la place financière » ;
- à la fin du texte de la motion :
« à analyser la situation des sociétés de titrisation dans le contexte de la transposition de la directive (UE) 2016/1164, en pleine conformité avec cette dernière. ».

La version finale de la motion est annexée au présent procès-verbal.

Le projet de rapport est adopté à l'unanimité.

Luxembourg, le 10 janvier 2019

La Secrétaire-administrateur,
Caroline Guezennec

Le Président de la Commission des Finances et du
Budget,
André Bauler

Annexe :

Motion du 18 décembre 2018 portant sur le projet de loi 7318

Dépôt 18.12.2018

M. André Bauer

Motion PL 7318

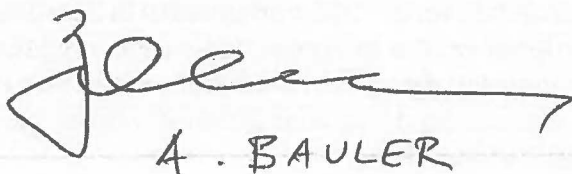
1

La Chambre des Députés

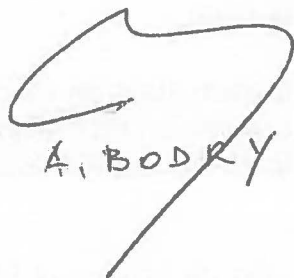
- considérant qu'il est primordial que le projet de loi n°7318 transposant la directive (UE) 2016/1164 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur puisse être adopté dans les meilleurs délais et entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2019 afin de respecter le délai de transposition de la directive (UE) 2016/1164,
- considérant qu'en ce qui concerne la règle de limitation de déductibilité des intérêts, le projet de loi n°7318, dans un souci notamment de compétitivité du Luxembourg, retient la plupart des options prévues par la directive lesquelles permettent d'exclure certaines entités du champ d'application de cette règle,
- notant que l'option offerte aux Etats-membres permettant de calculer les surcoûts d'emprunt et l'EBITDA au niveau d'un groupe, à savoir en droit luxembourgeois, d'un groupe sous régime d'intégration fiscale au sens de l'article 164bis L.I.R., n'a pas été retenue par le projet de loi n°7318,
- considérant toutefois qu'il apparaît à présent que de nombreux Etats-membres de l'Union européenne ont retenu cette option dans le cadre de la transposition de la directive (UE) 2016/1164, et qu'il en résulterait une situation concurrentielle plus défavorable pour les sociétés luxembourgeoises se trouvant en intégration fiscale par rapport aux groupes de sociétés établis dans ces autres Etats-membres pour le cas où le Luxembourg ne devait finalement pas exercer cette option,
- concluant, dès lors, qu'il importe que cette option soit disponible dès l'année d'imposition 2019,
- considérant, par ailleurs, que les activités de titrisation figurent parmi les branches importantes de la place financière,

Invite le Gouvernement

- à présenter dans les meilleurs délais, au cours du premier semestre 2019, un projet de loi pour reprendre, avec effet au 1er janvier 2019, l'option prévue à l'article 4 (1) (a) de la directive (UE) 2016/1164 permettant aux Etats-membres de considérer comme contribuable aux fins d'application de la règle de limitation de déductibilité des intérêts « une entité ayant la possibilité ou l'obligation d'appliquer les règles pour le compte d'un groupe, tel qu'il est défini en droit fiscal national »,
- à proposer dans le cadre du même projet de loi des ajustements au régime d'intégration fiscale de l'article 164bis L.I.R. afin de garantir la bonne application de l'option prévue à l'article 4 (1) (a) de la directive (UE) 2016/1164,
- à analyser la situation des sociétés de titrisation dans le contexte de la transposition de la directive (UE) 2016/1164, en pleine conformité avec cette dernière.



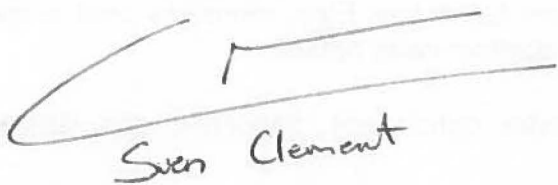
A. BAULER



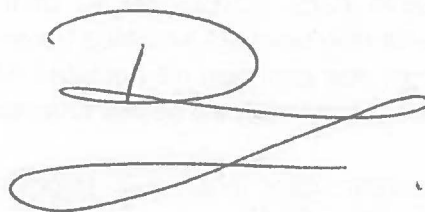
A. BODRY



L. MOSAR



Sven Clement



R. Y. R. S. D. A. P.

01



Commission des Finances et du Budget

Procès-verbal de la réunion du 11 décembre 2018

Ordre du jour :

1. 7387 Projet de loi
a) ayant pour objet :
 1. d'autoriser le Gouvernement à effectuer, au cours des mois de janvier à avril 2019, les dépenses figurant aux tableaux annexés à la présente loi ;
 2. d'autoriser le Gouvernement à recouvrer les impôts directs et indirects existant au 31 décembre 2018 d'après les lois et les tarifs qui en règlent l'assiette et la perception ;
 3. de proroger certaines dispositions de la loi du 15 décembre 2017 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2018.b) portant modification de la loi modifiée du 17 décembre 2010 fixant les droits d'accises et les taxes assimilées sur les produits énergétiques, l'électricité, les produits de tabacs manufacturés, l'alcool et les boissons alcooliques
 - Désignation d'un rapporteur
 - Présentation du projet de loi

2. 7318 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 (« Gewerbesteuergesetz »);
 - 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 »)
 - Désignation d'un rapporteur
 - Présentation du projet de loi
 - Examen de l'avis du Conseil d'Etat et présentation des amendements gouvernementaux

3. Divers

Présents : Mme Diane Adehm remplaçant M. Michel Wolter, M. Guy Arendt, M. André

Bauler, M. Alex Bodry, M. Sven Clement, M. Yves Cruchten, M. Mars Di Bartolomeo remplaçant Franz Fayot, Mme Joëlle Elvinger, M. Gast Gibéryen, Mme Martine Hansen, M. Henri Kox, Mme Josée Lorsché, M. Laurent Mosar, M. Gilles Roth, M. Claude Wiseler
M. David Wagner, observateur délégué

M. Pierre Gramegna, Ministre des Finances
M. Etienne Reuter, Directeur de l'Inspection générale des finances (IGF) (pour le point 1)
M. Raymond Bausch, Inspection générale des finances (IGF) (pour le point 1)
M. Nima Ahmadzadeh, du Ministère des Finances (pour le point 1)
M. Carlo Fassbinder, Directeur de la Fiscalité (Ministère des Finances) (pour le point 2)
M. Matthieu Gonner, du Ministère des Finances (pour le point 2)
M. Robert Blasius, Mme Betty Sandt, de l'Administration des Contributions directes (ACD) (pour le point 2)

Mme Caroline Guezennec, de l'Administration parlementaire

Excusés : M. Franz Fayot, M. Roy Reding, M. Michel Wolter

*

Présidence : M. André Bauler, Président de la Commission

*

- 1. 7387 Projet de loi**
a) ayant pour objet :
1. d'autoriser le Gouvernement à effectuer, au cours des mois de janvier à avril 2019, les dépenses figurant aux tableaux annexés à la présente loi ;
2. d'autoriser le Gouvernement à recouvrer les impôts directs et indirects existant au 31 décembre 2018 d'après les lois et les tarifs qui en règlent l'assiette et la perception ;
3. de proroger certaines dispositions de la loi du 15 décembre 2017 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2018.
b) portant modification de la loi modifiée du 17 décembre 2010 fixant les droits d'accises et les taxes assimilées sur les produits énergétiques, l'électricité, les produits de tabacs manufacturés, l'alcool et les boissons alcooliques

M. André Bauler est nommé rapporteur du projet de loi sous rubrique.

Après quelques paroles de bienvenue, le Président de la Commission des Finances et du Budget décrit brièvement la procédure des douzièmes provisoires.

Le ministre des Finances félicite les députés présents de leur adhésion à la Commission des Finances et du Budget et exprime l'espoir d'avoir des discussions constructives en son sein. Il présente ensuite le contenu du projet de loi pour le détail duquel il est prié de se référer au document parlementaire n°7387 et conclut en citant l'avis de la Chambre de commerce, selon laquelle les 4/12^e inscrits dans le présent projet de loi représentent 33,9% des dépenses figurant au budget ajusté 2018.

Deux membres du groupe parlementaire CSV demandent, au nom de leur groupe, que l'imposition au quart du taux global de la plus-value réalisée lors de la vente de terrains et d'immeubles bâtis soit prolongée au-delà du 31 décembre 2018. Selon eux, l'imposition au quart du taux global (au lieu du demi-taux global) représente une mesure efficace qui a effectivement encouragé les ventes immobilières. Ils craignent que sa non-reconduction ait un effet négatif sur le marché immobilier. Ils évoquent encore la charge fiscale excessive à laquelle sont confrontés certains citoyens désireux de changer de logement.

Pour rappel, cette mesure, dont l'objectif avait été de dynamiser l'offre sur le marché du logement en favorisant la mobilisation de terrains bâtis et non bâtis, avait initialement été instaurée pour la période allant du 1^{er} juillet 2016 au 31 décembre 2017 et avait ensuite été prolongée au 31 décembre 2018 (par le biais de l'article 10 de la loi budgétaire 2018 (doc. parl. n° 7200)).

Le ministre des Finances rappelle que le gouvernement a décidé de ne pas prolonger une nouvelle fois la réduction du demi-taux global au quart du taux global. Il confirme que la mesure a eu les effets escomptés ces dernières années et explique qu'une telle mesure n'est efficace qu'à partir du moment où elle est limitée dans le temps. Il ajoute que le programme gouvernemental comporte une panoplie de nouvelles initiatives à mettre en place dans le cadre de la politique du logement. A voir si le recours au quart du taux global sera réinstauré ultérieurement.

Un représentant du groupe parlementaire LSAP rappelle que le demi-taux global s'applique aux plus-values réalisées sur les ventes de biens et qu'il ne concerne donc qu'un nombre limité de citoyens. Il rejoint le ministre sur le point selon lequel l'efficacité de la mesure en question ne peut qu'être avérée lorsqu'elle est limitée dans le temps. Il rappelle qu'il a clairement été annoncé, il y a un an, que la prolongation jusqu'au 31 décembre 2018 serait la dernière.

Les membres du groupe parlementaire CSV déposent des propositions d'amendements (repris en annexe) allant dans le sens de leur revendication.

Les amendements proposés sont rejetés par 7 voix pour et 8 voix contre.

L'adoption du projet de rapport aura lieu au cours de la réunion du 14 décembre 2018 à 15:00 heures.

2. 7318 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 (« Gewerbesteuerengesetz »);**
- 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 »)**

M. André Bauler est nommé rapporteur du projet de loi sous rubrique.

Le rapporteur fait un bref résumé du projet de loi transposant l'ATAD 1 (anti-tax avoidance directive) et signale que les amendements gouvernementaux déposés début décembre seront avisés par le Conseil d'Etat aujourd'hui-même. Il attire encore l'attention sur l'urgence du vote du projet de loi avant la fin de l'année.

Le ministre des Finances présente le contenu du projet de loi pour les détails duquel il est renvoyé à l'exposé des motifs et au commentaire des articles du document parlementaire n°7318. Il détaille ensuite les trois points au sujet desquels le Conseil d'Etat a exprimé des oppositions formelles et les amendements gouvernementaux déposés en réaction à ces oppositions formelles (pour le détail, il est prié de se référer aux documents parlementaires n°7318² et n°7318³).

Echange de vues :

- Un membre du groupe parlementaire CSV déplore que le gouvernement ait déposé des amendements gouvernementaux en réaction à l'avis du Conseil d'Etat sans que cet avis n'ait été discuté au préalable au sein de la Commission des Finances et du Budget. En raison de l'importance du projet de loi, il exige que l'avis du Conseil d'Etat soit examiné en détail au cours de la présente réunion.

Il admet que le projet de loi touche à un domaine très technique et complexe, mais estime que, dans la pratique, il aura des répercussions importantes pour un certain nombre d'entreprises. Il constate une diminution des possibilités de déduction d'intérêts d'emprunts par les entreprises et donc, de facto, une augmentation de leur imposition (selon lui, ceci impactera surtout les entreprises du secteur industriel). Il signale que, pour cette raison, son parti politique s'est prononcé, au cours des derniers mois, en faveur d'une baisse plus importante du taux d'imposition des entreprises.

Le membre du groupe parlementaire CSV déplore ensuite que l'option prévue à l'article 4, paragraphe 1^{er}, alinéa 3 de la directive qui dispose que les surcoûts d'emprunt et l'EBITDA peuvent être calculés au niveau d'un groupe (à savoir, en droit fiscal national, d'un groupe sous régime d'intégration fiscale visé à l'article 164bis L.I.R.) n'a pas été retenue dans le présent projet de loi. Selon lui, cette mesure joue un rôle important dans le maintien de la compétitivité des entreprises (surtout celles du secteur industriel) du pays.

En ce qui concerne le secteur financier, le membre du groupe parlementaire CSV signale que l'entrée en vigueur du présent projet de loi entraînera l'imposition des sociétés de titrisation (puisqu'elles se trouvent désormais dans le champ d'application de la règle de limitation de la déductibilité des intérêts) qui n'étaient pas imposées jusqu'à présent. Il craint le départ d'un grand nombre d'acteurs de ce secteur suite à cette mesure.

- Le Président de la Commission et le ministre des Finances signalent que l'examen de l'avis du Conseil d'Etat figure bien à l'ordre du jour de la présente réunion.
- Le ministre des Finances signale qu'en vue de l'augmentation de la base imposable, le nouveau gouvernement a déjà décidé de réduire le taux d'affichage global (IRC et ICC) de 1 point de pour cent dès l'année 2019. Il rappelle également que le gouvernement précédent a fait passer le taux d'imposition de 21% à 18%.

En ce qui concerne l'option de la directive 2016/1164 permettant à un groupe de sociétés sous régime d'intégration fiscale de calculer les surcoûts d'emprunt et l'EBITDA au niveau du groupe intégré, le ministre explique qu'elle n'a pas été prise, d'une part, en raison de sa technicité et, d'autre part, parce qu'au moment de la préparation du présent projet de loi, il était encore incertain si d'autres Etats membres la mettraient en œuvre ou non. Le

ministère des Finances étudie actuellement les transpositions de la directive dans les autres Etats membres. Sur base du résultat de ces études, il sera probablement envisageable de recourir à l'option de la directive en 2019 avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2019.

Il n'est actuellement pas prévu d'exclure les sociétés de titrisation du champ d'application de la règle de limitation de la déductibilité des intérêts (Zinsschranke).

- Le représentant du groupe parlementaire CSV indique que les Pays-Bas et l'Irlande ont transposé l'option permettant à un groupe de sociétés sous régime d'intégration fiscale de calculer les surcoûts d'emprunt et l'EBITDA au niveau du groupe intégré. D'autres Etats membres seraient également en train de suivre cette voie. Selon lui, il aurait été préférable, à l'image d'autres Etats membres, de transposer certaines options de la directive pour l'année 2020 (au lieu de 2019).
- Un représentant du ministère des Finances explique qu'il n'est pas possible d'exclure l'ensemble des sociétés de titrisation du champ d'application de la règle de limitation de la déductibilité des intérêts. Seules les sociétés de titrisation au sens du règlement n° (UE) 2017/2402 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titrisation sont exclues.

Le ministre des Finances rappelle qu'il importe de trouver le juste équilibre entre la préservation de l'attractivité du pays et la conformité aux règles européennes.

- Le représentant du groupe parlementaire CSV signale qu'il aurait trouvé préférable que la transposition de la présente directive ait eu lieu 6 mois plus tard, mais avec l'option de l'intégration plutôt qu'une transposition actuelle sans cette option.

Le ministre des Finances ne partage absolument pas ce point de vue. Selon lui, il est essentiel que la directive soit transposée dans les délais, c'est-à-dire avant la fin de l'année. Il propose que l'option de l'intégration soit mise en œuvre au cours du premier semestre 2019 avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2019.

Le représentant du groupe parlementaire CSV se déclare satisfait de cette proposition.

La Commission conclut à l'élaboration d'une motion dans ce sens.

L'adoption du projet de rapport, ainsi que la discussion portant sur le texte de la motion feront l'objet de la réunion du 14 décembre 2018 à 15:00 heures.

3. Divers

Un membre du groupe technique souhaite que les chiffres relatifs à la situation des recettes courantes de l'Etat au 31 octobre 2018 soient communiqués aux membres de la Commission des Finances et du Budget avant les débats portant sur le programme gouvernemental en séance plénière prévus le lendemain.

Le ministre des Finances acquiesce à cette demande.

Note de la secrétaire : Les chiffres en question ont été communiqués par courrier électronique aux membres de la Commission l'après-midi-même.

Luxembourg, le 20 décembre 2018

La Secrétaire-administrateur,
Caroline Guezennec

Le Président de la Commission des Finances et du
Budget,
André Bauler

Document écrit de dépôt

Dépôt 18.12.2018

M. André Bauer

Motion PL 7318

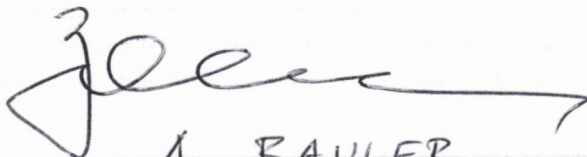
1

La Chambre des Députés

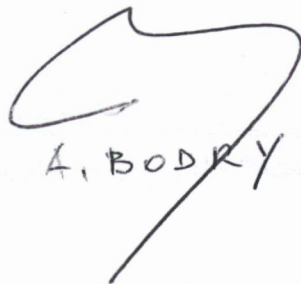
- considérant qu'il est primordial que le projet de loi n°7318 transposant la directive (UE) 2016/1164 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur puisse être adopté dans les meilleurs délais et entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2019 afin de respecter le délai de transposition de la directive (UE) 2016/1164,
- considérant qu'en ce qui concerne la règle de limitation de déductibilité des intérêts, le projet de loi n°7318, dans un souci notamment de compétitivité du Luxembourg, retient la plupart des options prévues par la directive lesquelles permettent d'exclure certaines entités du champ d'application de cette règle,
- notant que l'option offerte aux Etats-membres permettant de calculer les surcoûts d'emprunt et l'EBITDA au niveau d'un groupe, à savoir en droit luxembourgeois, d'un groupe sous régime d'intégration fiscale au sens de l'article 164bis L.I.R., n'a pas été retenue par le projet de loi n°7318,
- considérant toutefois qu'il apparaît à présent que de nombreux Etats-membres de l'Union européenne ont retenu cette option dans le cadre de la transposition de la directive (UE) 2016/1164, et qu'il en résulterait une situation concurrentielle plus défavorable pour les sociétés luxembourgeoises se trouvant en intégration fiscale par rapport aux groupes de sociétés établis dans ces autres Etats-membres pour le cas où le Luxembourg ne devait finalement pas exercer cette option,
- concluant, dès lors, qu'il importe que cette option soit disponible dès l'année d'imposition 2019,
- considérant, par ailleurs, que les activités de titrisation figurent parmi les branches importantes de la place financière,

Invite le Gouvernement

- à présenter dans les meilleurs délais, au cours du premier semestre 2019, un projet de loi pour reprendre, avec effet au 1er janvier 2019, l'option prévue à l'article 4 (1) (a) de la directive (UE) 2016/1164 permettant aux Etats-membres de considérer comme contribuable aux fins d'application de la règle de limitation de déductibilité des intérêts « *une entité ayant la possibilité ou l'obligation d'appliquer les règles pour le compte d'un groupe, tel qu'il est défini en droit fiscal national* »,
- à proposer dans le cadre du même projet de loi des ajustements au régime d'intégration fiscale de l'article 164bis L.I.R. afin de garantir la bonne application de l'option prévue à l'article 4 (1) (a) de la directive (UE) 2016/1164,
- à analyser la situation des sociétés de titrisation dans le contexte de la transposition de la directive (UE) 2016/1164, en pleine conformité avec cette dernière.



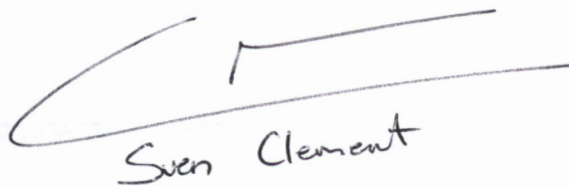
A. BAULER



A. BODRY



L. MOSAR



Sven Clement



R. REDING

7318

Loi du 21 décembre 2018

- 1) transposant la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur ;
- 2) modifiant la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;
- 3) modifiant la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« *Gewerbesteuer* ») ;
- 4) modifiant la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« *Steueranpassungsgesetz* ») ;
- 5) modifiant la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« *Abgabenordnung* »).

Nous Henri, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Notre Conseil d'État entendu ;

De l'assentiment de la Chambre des Députés ;

Vu la décision de la Chambre des Députés du 18 décembre 2018 et celle du Conseil d'État du 21 décembre 2018 portant qu'il n'y a pas lieu à second vote ;

Avons ordonné et ordonnons :

Chapitre 1^{er} - Modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu

Art. 1^{er}.

Le titre I (impôt sur le revenu des personnes physiques) de la loi modifiée du 4 décembre 1967 est modifié et complété comme suit :

1° L'article 22*bis* est modifié comme suit :

- a) À l'alinéa 2, première phrase, les termes « numéros 1 à 4 » sont remplacés par les termes « numéros 2 à 4 », les termes « 1, » et les termes « soit le créancier, soit » sont supprimés et le numéro 1 est supprimé.
- b) À l'alinéa 3, les termes « 1, » et les termes « le créancier ou » sont supprimés.

2° L'article 35 est complété comme suit :

a) Il est inséré un nouvel alinéa 5 libellé comme suit :

« (5) Les biens constituant l'actif net investi au début du premier exercice d'exploitation sont à évaluer à la valeur établie par l'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.

»

b) Il est inséré un nouvel alinéa 6 libellé comme suit :

« (6) La date d'acquisition des biens évalués conformément aux alinéas 1^{er} à 5 est la date d'acquisition effective de ces biens.

»

3° L'article 38 est remplacé comme suit :

« Art. 38.

(1) Le transfert à l'étranger de biens, qu'ils forment une entreprise, un établissement stable ou qu'il s'agisse de biens isolés faisant partie de l'actif net investi, est assimilé à une cession à titre onéreux dans les situations suivantes :

- a) le contribuable transfère des biens 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 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.

(2) La valeur estimée de réalisation de l'entreprise, de l'établissement stable ou des biens isolés au moment du transfert est à retenir à titre de prix de cession.

(3) Le présent article ne s'applique pas aux transferts de biens liés à un financement sur titres, aux biens donnés en garantie ou aux cas où le transfert des biens a été effectué afin de satisfaire aux exigences prudentielles en matière de fonds propres ou à des fins de gestion des liquidités, pour autant que les biens transférés sont destinés à revenir au Luxembourg en tant qu'État à l'origine du transfert dans un délai de douze mois à compter de la date du transfert de ces biens à l'étranger. Ces biens continuent à appartenir à l'actif net investi du contribuable comme si le transfert à l'étranger n'avait pas eu lieu et les revenus relatifs à ces biens continuent à revenir au Luxembourg.

»

4° L'article 43 est complété comme suit :

a) Il est inséré un nouvel alinéa 1a libellé comme suit :

« (1a) Les biens apportés sont à évaluer à la valeur établie par l'État de départ de ces biens, à moins que celle-ci ne reflète pas la valeur d'exploitation, lorsque le contribuable :

- a) transfère des biens de son établissement stable situé dans l'État de départ vers son entreprise située au Luxembourg ;
- b) transfère des biens de son entreprise située dans l'État de départ vers son établissement stable indigène.

Cette valeur constitue le prix initial d'acquisition.

»

b) Il est inséré un nouvel alinéa 2a libellé comme suit :

« (2a) La date d'acquisition des biens apportés évalués conformément aux alinéas 1^{er} à 2 est la date d'acquisition effective de ces biens.

»

Art. 2.

Le titre II (impôt sur le revenu des collectivités) de la loi modifiée du 4 décembre 1967 est complété comme suit :

1° À la suite de l'article 164*bis*, il est inséré un nouvel article 164*ter*, libellé comme suit :

« Art. 164*ter*.

(1) Au sens de la présente loi, on entend par société étrangère contrôlée un organisme à caractère collectif ou un établissement stable, dont les revenus ne sont pas imposables ou sont exonérés au Luxembourg lorsque les conditions suivantes sont simultanément remplies :

1. dans le cas d'un organisme à caractère collectif, le contribuable, à lui seul ou avec ses entreprises associées,
 - a) soit détient une participation directe ou indirecte de plus de 50 pour cent des droits de vote dans cet organisme à caractère collectif,
 - b) soit possède, directement ou indirectement, plus de 50 pour cent du capital dans cet organisme à caractère collectif,
 - c) soit est en droit de recevoir plus de 50 pour cent des bénéfices de cet organisme à caractère collectif ;
2. l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable au sens de l'alinéa 1^{er}, établi et payé par celui-ci, est inférieur à la différence entre, d'une part, l'impôt sur le revenu des collectivités qui aurait été supporté par l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable au sens de l'alinéa 1^{er} conformément aux dispositions de la présente loi et, d'autre part, l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable au sens de l'alinéa 1^{er}, établi et payé par celui-ci. Aux fins du numéro 2, l'établissement stable d'un organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1^{er}, qui n'est pas imposable ou qui est exonéré d'impôt sur le territoire où il est situé, n'est pas pris en considération.
On entend par impôt réel au sens du numéro 2, l'impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités.

Par contribuable, il y a lieu d'entendre aux fins du présent article un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er}.

N'est pas visée par le présent article, une société étrangère contrôlée qui

- a) réalise un bénéfice suivant le bilan commercial qui n'est pas supérieur à 750 000 euros ; ou
- b) réalise un bénéfice suivant le bilan commercial qui ne dépasse pas 10 pour cent des coûts de fonctionnement pendant l'exercice d'exploitation. Les coûts de fonctionnement ne peuvent pas inclure le coût des biens vendus en dehors de l'État, dans lequel l'organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1^{er} a sa résidence, ou dans lequel l'établissement stable au sens de l'alinéa 1^{er} est situé, à des fins fiscales, ni les paiements aux entreprises associées.

(2) Par entreprise associée au sens de la présente loi, il y a lieu d'entendre :

- a) un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175, dans lequel le contribuable détient, directement ou indirectement, une participation de 25 pour cent ou plus des droits de vote ou du capital, ou dont il est en droit de recevoir 25 pour cent ou plus des bénéfices ;
- b) une personne physique ou un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 qui détient, directement ou indirectement, une participation de 25 pour cent ou plus des droits de vote ou du capital du contribuable, ou qui est en droit de recevoir 25 pour cent ou plus des bénéfices de ce contribuable.

Si une personne physique ou un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 détient, directement ou indirectement, une participation de 25 pour cent ou plus en termes de droits de vote ou de capital d'un contribuable et d'un ou de plusieurs organismes, tous les organismes concernés, y compris le contribuable, sont également considérés comme des entreprises associées.

En ce qui concerne les participations indirectes détenues par le contribuable, le respect des critères énoncés au présent alinéa est déterminé en multipliant les taux de détention successivement aux différents niveaux.

(3) Les revenus nets d'un exercice d'exploitation déterminé de la société étrangère contrôlée qui ne sont pas distribués au courant du même exercice d'exploitation au contribuable et qui proviennent de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal, sont à inclure dans le revenu net du contribuable.

Aux fins du présent alinéa, un montage ou une série de montages sont considérés comme non authentiques lorsque la société étrangère contrôlée ne posséderait pas les actifs qui sont la source de tout ou partie de ses revenus ni n'aurait pris les risques qui y sont associés si elle n'était pas contrôlée par un contribuable où les fonctions importantes liées à ces actifs et risques sont assurées et jouent un rôle essentiel dans la création des revenus de la société étrangère contrôlée.

(4) La détermination du revenu net de la société étrangère contrôlée, qui est à inclure dans le revenu net du contribuable, suit les règles suivantes :

1. les revenus nets à inclure rangent dans la catégorie de revenu du bénéficiaire commercial et sont limités aux montants générés par les actifs et les risques liés aux fonctions importantes assumées par le contribuable exerçant le contrôle. L'affectation des revenus d'une société étrangère contrôlée est calculée selon le principe de pleine concurrence tel que prévu aux articles 56 et 56*bis*. Ne sont déductibles que les dépenses d'exploitation qui sont en connexion économique avec les revenus à inclure ;
2. lorsque le total des revenus nets de la société étrangère contrôlée à inclure est négatif, il n'est pas inclus dans le revenu net du contribuable ;
3. lorsque le total des revenus nets de la société étrangère contrôlée à inclure est positif, le contribuable peut déduire jusqu'à concurrence de ce total les revenus nets négatifs qui n'ont pas été déductibles conformément au numéro 2 ci-avant au titre d'un exercice d'exploitation antérieur et qui n'ont pu être déduits pendant aucun exercice d'exploitation postérieur par application des dispositions du présent alinéa. Seuls les revenus nets négatifs réalisés par une société étrangère contrôlée après l'entrée en vigueur du présent article sont déductibles ;
4. le total des revenus nets à inclure dans le revenu net du contribuable est calculé au prorata de la participation au sens de l'alinéa 1^{er}, numéro 1, détenue par le contribuable dans l'organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1^{er} ;
5. les revenus nets à inclure sont imposés au titre de l'exercice d'exploitation au cours duquel l'exercice d'exploitation de la société étrangère contrôlée se termine ;
6. lorsque la société étrangère contrôlée est un organisme à caractère collectif qui distribue des bénéfices au contribuable et que ces bénéfices distribués sont inclus dans le revenu net du contribuable, les montants des revenus nets précédemment inclus dans les revenus nets du contribuable en sont déduits jusqu'à concurrence du montant imposable de ces distributions de bénéfices ;
7. lorsque le contribuable cède des titres d'une participation détenue de manière directe ou indirecte dans le capital d'un organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1^{er} ou l'activité exercée par un établissement stable au sens de l'alinéa 1^{er}, et que la part de la plus-value afférente à cette cession a été incluse précédemment dans le revenu net du contribuable, les montants des revenus nets précédemment inclus dans les revenus nets du contribuable sont déduits de la plus-value afférente à cette cession jusqu'à concurrence du montant imposable de cette plus-value ;
8. conformément aux dispositions des articles 134*bis* et 134*ter*, la fraction d'impôt correspondant au total des revenus nets à inclure dans le revenu net du contribuable est réduite, au prorata de sa participation, à concurrence de l'impôt qui correspond à ce même total des revenus nets, établi et payé à l'étranger par la société étrangère contrôlée.

»

2° À la suite de l'article 168, il est inséré un nouvel article 168*bis*, libellé comme suit :

« Art. 168*bis*.

(1) Au sens du présent article, on entend par :

- 1) contribuable : un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er} ;
- 2) coûts d'emprunt : les charges d'intérêts sur toutes les formes de dette, les autres coûts économiquement équivalents à des intérêts et les charges supportées dans le cadre de financements, notamment, mais pas exclusivement,
 - les rémunérations dues sur des prêts participatifs,
 - les intérêts imputés sur des instruments, tels que des obligations convertibles et des obligations sans coupon,
 - les montants déboursés au titre de mécanismes de financement alternatifs, du type finance islamique,
 - les intérêts dus au titre de contrats de crédit-bail,

- les intérêts capitalisés inclus dans la valeur de l'actif correspondant inscrit au bilan, ou l'amortissement des intérêts capitalisés,
 - les montants mesurés par référence à un rendement financier en vertu des règles d'établissement des prix de transfert, le cas échéant,
 - les intérêts notionnels au titre d'instruments dérivés ou de contrats de couverture portant sur les emprunts d'un organisme,
 - certains gains et pertes de change sur emprunts et instruments liés à des financements,
 - les frais de garantie concernant des accords de financement,
 - les frais de dossier et frais similaires liés à l'emprunt de fonds ;
- 3) surcoûts d'emprunt : le montant du dépassement des coûts d'emprunt déductibles supportés par un contribuable par rapport aux revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents réalisés par ce contribuable ;
- 4) EBITDA : le total des revenus nets majoré des surcoûts d'emprunt visés au numéro 3, des amortissements calculés d'après les articles 29 à 34 et des déductions pour dépréciation qui ont été opérées. Sont exclus du calcul de l'EBITDA, les revenus exonérés d'impôts et les dépenses d'exploitation qui sont en connexion économique avec ces mêmes revenus exonérés ;
- 5) projet d'infrastructures publiques à long terme : un projet reconnu d'intérêt public visant à fournir, à améliorer, à exploiter ou à conserver un actif de grande ampleur ;
- 6) entité autonome : un contribuable qui ne fait pas partie d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière et qui n'a pas d'entreprise associée ou pas d'établissement stable situé dans un État autre que le Luxembourg ;
- 7) entreprises financières :
- a) un établissement de crédit, une entreprise d'investissement au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point 1), de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010 ou une société de gestion d'OPCVM (organisme de placement collectif en valeurs mobilières) au sens de l'article 2, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) ;
 - b) une entreprise d'assurance au sens de l'article 13, point 1), de la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) ;
 - c) une entreprise de réassurance au sens de l'article 13, point 4), de la directive 2009/138/CE précitée ;
 - d) une institution de retraite professionnelle relevant du champ d'application de la directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, sauf si un État membre a choisi de ne pas appliquer ladite directive en tout ou partie à cette institution conformément à l'article 5 de cette directive, ou le délégué d'une institution de retraite professionnelle visé à l'article 19, paragraphe 1^{er}, de ladite directive ;
 - e) les institutions de retraite gérant des régimes de retraite qui sont considérés comme des régimes de sécurité sociale relevant du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et du règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du

- Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, ainsi que toute entité juridique créée aux fins d'investissements de tels régimes ;
- f) un fonds d'investissement alternatif, ci-après « FIA », géré par un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010, ou un FIA surveillé en vertu de la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la Société d'investissement en capital à risque (SICAR) ;
 - g) les OPCVM au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) ;
 - h) les contreparties centrales au sens de l'article 2, point 1), du règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux ;
 - i) les dépositaires centraux de titres au sens de l'article 2, paragraphe 1^{er}, point 1), du règlement (UE) n° 909/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 concernant l'amélioration du règlement de titres dans l'Union européenne et les dépositaires centraux de titres, et modifiant les directives 98/26/CE et 2014/65/UE ainsi que le règlement (UE) n° 236/2012 ;
 - j) les entités de titrisation au sens de l'article 2, point 2), du règlement n° (UE) 2017/2402 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titrisation ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées, et modifiant les directives 2009/65/CE, 2009/138/CE et 2011/61/UE et les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 648/2012.

(2) Les surcoûts d'emprunt encourus au titre d'un exercice d'exploitation par un contribuable ne peuvent être déduits qu'à concurrence du montant le plus élevé des deux montants suivants :

- a) 30 pour cent de l'EBITDA du contribuable ;
- b) 3 millions d'euros.

(3) Au cas où la fraction d'EBITDA établie conformément à l'alinéa 2, lettre a) excède le montant des surcoûts d'emprunt, pourvu que ce dernier montant soit supérieur à 3 millions d'euros, cet excédent, constituant la capacité inemployée de déduction des intérêts, peut être reporté en avant sur les cinq exercices d'exploitation subséquents. Cette capacité inemployée est en outre à réduire des surcoûts d'emprunt portés en déduction conformément à l'alinéa 4. Seul celui dans le chef duquel la capacité inemployée a pris naissance est en droit de la reporter en avant.

(4) Le contribuable peut déduire, jusqu'à concurrence du montant de la déduction maximale déterminée conformément à l'alinéa 2, diminué des surcoûts d'emprunt déduits en application du même alinéa 2, les surcoûts d'emprunt qui n'ont pas été déductibles au titre d'un exercice d'exploitation antérieur et qui n'ont pu être déduits pendant aucun exercice d'exploitation subséquent par application des dispositions du présent article. Les surcoûts d'emprunt les plus anciens sont déductibles en premier. Seul celui qui a supporté les surcoûts d'emprunt peut les porter en déduction.

(5) Le contribuable peut déduire les surcoûts d'emprunt qui dépassent le montant de la déduction maximale déterminé conformément à l'alinéa 2 jusqu'à concurrence des capacités inemployées au cours des cinq derniers exercices d'exploitation réduites des surcoûts d'emprunt qui, au titre des mêmes exercices, ont été déduits en application du présent alinéa. Les capacités inemployées les plus anciennes sont décomptées en premier.

(6) Lorsque le contribuable est membre d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière, l'intégralité des surcoûts d'emprunt est, sur demande, déductible si le contribuable peut démontrer que le ratio entre ses fonds propres et l'ensemble de ses actifs est égal ou supérieur au ratio équivalent du groupe, pour autant que les conditions suivantes soient remplies :

- a) le ratio entre les fonds propres d'un contribuable et l'ensemble de ses actifs est considéré comme égal au ratio équivalent du groupe si le ratio entre les fonds propres du contribuable et l'ensemble de ses actifs est inférieur de deux points de pourcentage au maximum ; et
 - b) l'ensemble des actifs et des passifs est estimé selon la même méthode que celle utilisée dans les états financiers consolidés établis conformément aux normes internationales d'information financière ou au système national d'information financière d'un État membre.
- (7) Sont exclus du champ d'application de l'alinéa 2, les surcoûts d'emprunt afférents aux :
- a) emprunts qui ont été contractés avant le 17 juin 2016, mais cette exclusion ne s'étend à aucune modification ultérieure de ces emprunts ;
 - b) emprunts utilisés pour financer un projet d'infrastructures publiques à long terme, lorsque l'opérateur du projet, les coûts d'emprunt, les actifs et les revenus se situent tous dans l'Union européenne. Dans ce cas, tout revenu provenant d'un projet d'infrastructures publiques à long terme est exclu de l'EBITDA.
- (8) Par dérogation à l'alinéa 2, la déduction des surcoûts d'emprunt est intégralement admise :
- a) si le contribuable est une entreprise financière ;
 - b) si le contribuable est une entité autonome.

»

3° À la suite du nouvel article 168*bis*, il est inséré un nouvel article 168*ter*, libellé comme suit :

« Art. 168*ter*.

(1) Au sens du présent article, on entend par « dispositif hybride » les différences dans la qualification juridique d'un instrument financier ou d'un organisme lorsqu'un dispositif structuré conclu entre le contribuable et une partie établie dans un autre État membre ou lorsque les relations commerciales ou financières entre le contribuable et une entreprise associée établie dans un autre État membre entraînent les conséquences suivantes :

1. les mêmes dépenses d'exploitation ou les mêmes pertes font l'objet d'une déduction aussi bien au Luxembourg que dans un autre État membre qui est à l'origine des dépenses d'exploitation ou des pertes, dénommée « double déduction » ;
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, dénommée « déduction sans prise en compte ».

Par « contribuable », il y a lieu d'entendre, aux fins du présent article, un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er}.

(2) Ne sont pas déductibles auprès d'un contribuable, les dépenses d'exploitation en relation avec un dispositif hybride dans la mesure où elles :

1. sont déductibles dans un autre État membre qui est à l'origine de la dépense d'exploitation ou de la perte conformément à l'alinéa 1^{er}, numéro 1 ;
2. ne sont pas imposées dans un autre État membre conformément à l'alinéa 1^{er}, numéro 2.

(3) Aux fins du présent article, le taux de 25 pour cent prévu à l'article 164*ter*, alinéa 2 est remplacé par le taux de 50 pour cent lorsque le dispositif concerne un organisme hybride.

(4) Sur demande de l'administration des contributions, le contribuable doit être en mesure de fournir une déclaration de l'émetteur de l'instrument financier ou tout autre élément pertinent tels que des déclarations d'impôt, d'autres documents fiscaux ou des certificats fournis par les autorités fiscales de l'autre État membre, afin de prouver que le paiement au sens de l'alinéa 2, numéro 1, n'était pas déductible dans cet autre État membre ou y est imposé conformément à l'alinéa 2, numéro 2.

»

4° À l'article 172*bis*, l'alinéa 4 est modifié et complété comme suit :

« Dans les cas visés aux alinéas 1^{er} et 2, le report des bonifications d'impôt, le report des capacités inemployées visées à l'article 168*bis*, alinéa 2 et le report des surcoûts d'emprunt visés à l'article 168*bis*, alinéa 3 de l'organisme à transformer sont continués dans le chef de l'organisme transformé. »

Chapitre 2 - Modification de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« *Gewerbesteuer*gesetz »)

Art. 3.

Au paragraphe 9 de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« *Gewerbesteuer*gesetz »), il est inséré un nouveau numéro 3a à la suite du numéro 3, libellé comme suit :

« 3a. des revenus nets inclus au total des revenus nets conformément à l'article 164*ter* de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, pour autant qu'ils sont compris dans le bénéfice d'exploitation déterminé suivant le paragraphe 7 ; ».

Chapitre 3 - Modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« *Steueranpassung*gesetz »)

Art. 4.

La loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« *Steueranpassung*gesetz ») est modifiée et complétée comme suit :

1° Le paragraphe 6 est remplacé comme suit :

« (1) La loi fiscale ne peut pas être contournée par un abus de formes et d'institutions du droit. Il y a abus au sens de la première phrase si la voie juridique qui, ayant été utilisée pour obtenir, à titre d'objectif principal ou à titre d'un des objectifs principaux, un contournement ou une réduction de la charge d'impôt allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la loi fiscale, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Aux fins de la présente disposition, la voie juridique, qui peut comprendre plusieurs étapes ou parties, est considérée comme non authentique dans la mesure où elle n'a pas été utilisée pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.

(2) Si un abus au sens de l'alinéa 1^{er} est donné, les impôts sont à percevoir comme ils auraient dû l'être au cas où la voie juridique utilisée avait été authentique compte tenu des faits et circonstances pertinents.

(3) Les impôts prélevés sur base de la voie juridique utilisée qui n'est pas prise en compte conformément à l'alinéa 1^{er}, sont à imputer sur le montant dû en vertu de l'alinéa 2, ainsi que sur d'autres arriérés d'impôts du contribuable et, pour autant qu'une telle imputation n'est pas possible, lesdits impôts sont à rembourser. Après l'écoulement de l'année qui suit la constatation définitive de la non prise en compte de la voie juridique utilisée, le contribuable ne pourra plus réclamer l'imputation ou le remboursement. »

2° Au paragraphe 16, il est inséré un nouvel alinéa 5 libellé comme suit :

« (5) Par dérogation aux dispositions des alinéas 1^{er} 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 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 du présent 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. »

Chapitre 4 - Modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« *Abgabenordnung* »)

Art. 5.

La loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« *Abgabenordnung* ») est modifiée comme suit :

Le paragraphe 127 est modifié et complété comme suit :

1° L'alinéa 2 est modifié comme suit :

« (2) Dans la mesure où l'impôt dû résulte de l'imposition conformément aux articles 38 et 172 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, le contribuable peut demander un délai de paiement moyennant un échelonnement linéaire de l'impôt à la sortie sur cinq ans au maximum, sans mise en compte d'intérêts de retard, à condition que l'État envers lequel le transfert est opéré est un État membre ou que l'État envers lequel le transfert est opéré est un État partie à l'Accord sur l'Espace économique européen autre qu'un État membre avec lequel le Luxembourg ou l'Union européenne a conclu un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances fiscales, offrant une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures. Le contribuable peut renoncer au délai de paiement.

Le délai de paiement est immédiatement interrompu et le solde de la dette fiscale devient exigible dans les situations suivantes :

- a) les biens transférés ou l'activité transférée, exercée par l'établissement stable du contribuable, sont cédés ou prélevés, à l'exception du transfert dans le cadre d'un apport d'une entreprise ou d'une partie autonome d'entreprise dans les conditions définies par l'article 2 de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre ou de dispositions analogues, lorsque les sociétés bénéficiaires de l'apport déclarent reprendre les droits et obligations de l'apporteur en rapport avec le délai de paiement ;
- b) les biens transférés font l'objet d'un nouveau transfert dans un État d'accueil qui n'est pas un État membre, sauf si l'État d'accueil est un État partie à l'Accord sur l'Espace économique européen autre qu'un État membre et que le Luxembourg ou l'Union européenne a conclu avec cet État un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances fiscales, offrant une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures ;
- c) soit le domicile fiscal ou le séjour habituel, soit le siège statutaire et l'administration centrale du contribuable, soit l'activité exercée par son établissement stable fait l'objet d'un nouveau transfert dans un État d'accueil qui n'est pas un État membre, sauf si l'État d'accueil est un État partie à l'Accord sur l'Espace économique européen autre qu'un État membre et que le Luxembourg ou l'Union européenne a conclu avec cet État un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances fiscales, offrant une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures ;
- d) le contribuable fait faillite ou est mis en liquidation ;

- e) le contribuable ne respecte pas les obligations qui lui incombent en ce qui concerne les échelonnements et ne corrige pas sa situation dans un délai raisonnable, qui n'excède pas douze mois ;
- f) le contribuable ne documente pas annuellement en bonne et due forme que les situations énumérées aux lettres a), b) et c) ci-avant ne se sont pas réalisées. »

2° L'alinéa 3 est abrogé.

Chapitre 5 - Dispositions transitoires

Art. 6.

Les sursis de paiement accordés en vertu du paragraphe 127, alinéas 2 et 3 de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« *Abgabenordnung* ») et concernant l'impôt à la sortie en relation avec les exercices d'exploitation clôturés avant le 1^{er} janvier 2020, ne sont pas affectés par la présente loi.

Chapitre 6 - Mise en vigueur

Art. 7.

Les dispositions de la présente loi sont applicables aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2019, 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 aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2020. Les dispositions de l'article 4, point 1° de la présente loi sont applicables à partir de l'année d'imposition 2019 dans la mesure où le contribuable réalise un revenu visé par l'article 10, numéros 4 à 8 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu.

Mandons et ordonnons que la présente loi soit insérée au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg pour être exécutée et observée par tous ceux que la chose concerne.

Le Ministre des Finances,
Pierre Gramegna

Crans-Montana, le 21 décembre 2018.
Henri

Doc. parl. 7318 ; sess.ord. 2017-2018 et 2018-2019 ; Dir. (UE) 2016/1164.

