

N° 5231⁵**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE LOI**portant modification de l'article 1er de la loi modifiée du 31 juillet
1929 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières
(Holding companies)**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(27.4.2004)

Par dépêche du 7 novembre 2003, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a saisi le Conseil d'Etat du projet de loi portant modification de l'article 1er de la loi modifiée du 31 juillet 1929 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (Holding companies), élaboré par le ministre des Finances.

Au texte du projet de loi étaient joints l'exposé des motifs ainsi que le commentaire des articles.

L'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics et l'avis de la Chambre des employés privés sont parvenus au Conseil d'Etat par dépêche du 22 décembre 2003. L'avis de la Chambre de travail a été transmis au Conseil d'Etat en date du 29 décembre 2003 et celui de la Chambre de commerce en date du 7 janvier 2004.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le Conseil et les représentants des gouvernements des Etats membres de l'Union européenne, réunis au sein du Conseil, ont arrêté sous présidence luxembourgeoise le 1er décembre 1997 un certain nombre de mesures fiscales dont, entre autres, une résolution sur un code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises. L'objectif visé était que dans le cadre de la fiscalité des entreprises, les mesures pouvant entraîner une délocalisation des activités économiques au sein de l'Union européenne étaient à éviter. Dans ce contexte, les mesures fiscales établissant un niveau d'imposition effective nettement inférieur par rapport à celui s'appliquant normalement dans un Etat membre étaient considérées comme potentiellement dommageables au sens dudit code de conduite.

Le 9 mars 1998, un groupe „code de conduite“ a été créé par le Conseil ECOFIN aux fins d'évaluer les mesures fiscales des Etats membres et des territoires associés ou dépendants susceptibles de relever de ce code de conduite. Le rapport exposant les résultats de ce groupe fut soumis au Conseil ECOFIN en novembre 1999 et il précisait les 66 mesures fiscales pouvant renfermer des éléments dommageables, alors que 271 mesures fiscales avaient fait l'objet d'évaluations. Le régime luxembourgeois actuel des sociétés holdings introduit par la loi modifiée du 31 juillet 1929, figurait parmi ces 66 mesures.

A l'exposé des motifs, les auteurs du projet de loi rappellent que l'objectif principal poursuivi par le législateur de 1929 en matière de holdings était l'élimination des effets de la double imposition des revenus de participations. Si le régime holding luxembourgeois n'a pas été mis en question en tant que tel par les experts du groupe „code de conduite“, ceux-ci ont toutefois considéré que ce régime pourrait renfermer un élément dommageable, à savoir l'exemption des dividendes de source étrangère provenant de sociétés filiales dont les bénéfices ont été imposés à un niveau effectif nettement inférieur par rapport aux cas où les dividendes sont versés par des filiales résidentes pleinement imposables. Le Luxembourg a été invité par les Etats membres de l'Union européenne à faire le nécessaire pour remédier à cette caractéristique dommageable de son régime holding.

Le Gouvernement n'a pas envisagé de créer un tout nouveau régime de „société holding“, mais a préféré restreindre le régime de celle-ci aux fins de le rendre compatible avec les règles du code de conduite. Aussi les auteurs du projet de loi estiment-ils qu'il est dorénavant indiqué d'exclure du statut holding toute société luxembourgeoise qui reçoit au moins 5 pour cent de dividendes en provenance de participations dans des sociétés non résidentes qui ne sont pas assujetties à un impôt sur le revenu comparable à l'impôt sur le revenu des collectivités au Luxembourg. Un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable seraient amenés à certifier annuellement l'exclusion de la réception de plus de 5 pour cent de dividendes en provenance de juridictions à faible fiscalité.

Le non-respect de cette nouvelle condition envisagée du statut holding entraînera la perte du régime qui est prononcée par le directeur de l'Administration de l'enregistrement.

Selon le projet de loi, les nouvelles dispositions devraient entrer en principe en vigueur au 1er janvier 2004. Quant aux sociétés holding constituées sous la législation applicable avant l'entrée en vigueur du présent projet de loi, c'est-à-dire celles existant au 31 décembre 2003, les nouvelles dispositions ne s'appliqueront qu'à partir du 1er janvier 2011. Ainsi la perception de dividendes „non éligibles“ ne pourrait-elle leur faire perdre le bénéfice du régime fiscal particulier qu'à partir du 1er janvier 2011. Cette clause de grand-père a été acceptée au profit des sociétés constituées sous le régime actuel par le Conseil ECOFIN le 21 janvier 2003. Dans le souci d'éviter tout effet rétroactif et dans un esprit d'une très grande clarté, le Conseil d'Etat reviendra plus loin sur les dispositions de mise en vigueur.

Le Conseil d'Etat marque son accord de principe avec les mesures proposées. Il apprécie que le Gouvernement luxembourgeois ait pu sauvegarder un instrument utile de planification fiscale tout en donnant une réponse à la situation critiquée par les autres Etats membres.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1er (Articles I et II selon le Conseil d'Etat)

Le projet de loi comporte un article 1er modifiant l'article 1er de la loi modifiée du 31 juillet 1929 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (Holding companies). Le Conseil d'Etat, tout en approuvant la démarche adoptée par les auteurs du projet de loi, estime recommandable, voire nécessaire, de préciser certaines formulations dans le texte du projet et de prévoir qu'un règlement grand-ducal peut préciser les conditions et modalités d'application des mesures prévues.

Le Conseil d'Etat voudrait d'abord relever la logique même du nouveau système. Ce n'est pas la détention d'une participation dans une société faiblement imposée qui est susceptible de poser problème, mais uniquement la perception d'un montant trop important d'un certain type de dividendes, à savoir ceux qui s'opposent à l'éligibilité du statut futur de „société holding“. Ainsi la cession avec réalisation de plus-values par une „société holding“ d'une participation dans une société étrangère ayant accumulé des bénéfices ne fera-t-elle pas perdre le bénéfice du régime fiscal des sociétés holding. En outre, le fait qu'une société holding perçoive des intérêts ou des redevances en exonération d'impôt sur le revenu ne posera pas de problème non plus. Il en résultera que la „société holding 1929“ restera un véhicule adéquat pour réaliser une gestion de portefeuille.

Comme il ne ressort pas clairement du texte du projet de loi si la base de calcul prend en considération les revenus de toute nature ou uniquement le total des revenus ayant la nature de dividendes, comme le demanderait d'ailleurs la logique du texte, le Conseil d'Etat propose de modifier la rédaction de la première phrase en remplaçant les termes „au moins 5 % de dividendes“ par les termes „au moins 5 pour cent du montant total des dividendes“.

Il convient, en outre, de l'avis du Conseil d'Etat, de préciser les conditions susceptibles d'entraîner le retrait du régime holding, et ceci en donnant une meilleure référence aux exercices sociaux à prendre en considération pour la vérification de ces mêmes conditions. Quelles sont ensuite les conditions pour pouvoir être de nouveau considérée comme société holding au sens de la loi du 31 juillet 1929?

A ce sujet, il convient de noter que si au courant d'un exercice donné (exercice „n“), une société reçoit trop de dividendes „non éligibles“ pour son statut „holding“, il serait logique qu'elle perde son statut de holding 1929 pour ce même exercice et que ses dividendes soient soumis à l'impôt. Or, après analyse des textes soumis à avis, ceci ne semble pas être nécessairement la solution préconisée par les auteurs du projet de loi, puisque la société dont question pourrait perdre son statut „holding“ pour

l'exercice suivant (exercice „n + 1“), quand bien même la société percevrait pour ce nouvel exercice de nouveau suffisamment de dividendes éligibles. De plus, les dividendes „non éligibles“ perçus au cours de l'exercice considéré n'auraient pas subi d'impôt.

Le projet de loi prévoit que la non-perception d'un montant trop élevé de dividendes „non éligibles“ sera attestée annuellement par un réviseur d'entreprises ou par un expert-comptable. L'attestation du réviseur d'entreprises ou de l'expert-comptable devra être jointe à la déclaration annuelle de la taxe d'abonnement pour le quatrième trimestre de l'année de référence, comme précisé au commentaire des articles, attestation qui doit être remise au plus tard le 20 janvier de l'année suivant l'année dite de référence.

Au cas où le certificat du réviseur d'entreprises ou de l'expert-comptable mentionnerait un dépassement du seuil autorisé, et toujours selon les précisions données au commentaire des articles, le directeur de l'Administration de l'enregistrement prononcera la perte du régime fiscal des sociétés holding 1929, de sorte que, d'abord, la société sera soumise à l'impôt sur le revenu des collectivités, à l'impôt commercial communal et à l'impôt sur la fortune et, ensuite, les dividendes qu'elle distribuera seront soumis à la retenue à la source de 20%, sauf application d'un taux réduit. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat voudrait attirer l'attention sur un autre aspect international des mesures envisagées non mentionnées dans la documentation accompagnant le projet de loi. Bien que la société holding devienne, dans le cas visé, soumise à l'impôt sur le revenu, elle ne devrait, en principe, pas pouvoir bénéficier des conventions fiscales conclues par le Luxembourg du fait que, en général, les sociétés régies par la loi modifiée du 31 juillet 1929 sont explicitement exclues du bénéfice de ces conventions.

Il convient de se référer de nouveau à l'exposé des motifs du projet de loi pour connaître la détermination du moment à partir duquel la décision susvisée du directeur de l'Administration de l'enregistrement prendra effet. Il y est fait référence à la loi modifiée du 12 juillet 1977 dont l'article 2 prévoit que le retrait du bénéfice des dispositions fiscales est applicable à partir du jour de la notification ou de la signification de la décision, qui se fera par lettre recommandée ou par exploit d'huissier. Une réclamation auprès du ministre des Finances peut être introduite contre la décision du directeur de l'Administration de l'enregistrement.

A titre principal, le Conseil d'Etat estime qu'il serait indiqué de garder le plus de cohérence et de concordance entre, d'une part, les conditions remplies au cours d'un exercice social donné pour le régime holding et, d'autre part, les modalités d'imposition qui en découlent pour ce même exercice social. Comme déjà mentionné ci-avant, un tel mécanisme aurait l'avantage d'une démarche logique entraînant l'imposition dès l'année de référence ou d'imposition où le régime de société holding a été perdu. Au cas où cette façon de procéder serait retenue, il conviendra de compléter le début de la première phrase par l'ajout „... qui au cours de cet exercice a reçu au moins ...“, de sorte que la non-conformité d'une société holding avec les dispositions du présent alinéa pour un exercice donné entraîne la perte du statut fiscal holding avec une imposition en conséquence pour ce même exercice.

Au cas où le législateur entend maintenir la démarche telle que décrite au projet de loi et visant à prendre en compte les dividendes perçus au cours de l'exercice social précédent, et même s'il en résulte un décalage entre l'année du constat de la perte du statut de société holding et l'année d'imposition d'après le nouveau statut, le Conseil d'Etat propose, à titre subsidiaire, d'amender la première phrase de l'alinéa visé comme suit:

„Sera exclue, pour l'exercice en cours, du bénéfice du régime fiscal prévu par les dispositions de la présente loi, toute société luxembourgeoise qui au cours de cet exercice a reçu au moins 5 pour cent du montant total des dividendes en provenance de participations ...“

Comme le précise la Chambre de commerce dans son avis, il pourrait se recommander de préciser dans le texte la notion „impôt sur le revenu comparable à l'impôt sur le revenu des collectivités ...“, alors que cette précision est donnée au commentaire des articles du projet de loi en ces termes: „un impôt perçu par la collectivité publique, de façon obligatoire et à un taux d'impôt effectif qui ne peut être inférieur à la moitié du taux d'impôt sur le revenu des collectivités luxembourgeois. (...) De plus, la détermination de la base imposable doit obéir à des règles et des critères analogues à ceux applicables au Luxembourg“. Le Conseil d'Etat propose de modifier le texte dudit alinéa en conséquence.

Le taux de l'impôt sur le revenu des collectivités (IRC) s'élève actuellement à 22 pour cent, de sorte que le taux d'imposition effective au sens de la législation projetée est d'au moins 11 pour cent pour que l'impôt étranger puisse être considéré comme comparable.

Le Conseil d'Etat voudrait encore attirer l'attention sur le fait que les dividendes versés par une société établie dans un Etat membre mais imposée à un taux effectif de par exemple 10% seront des dividendes „non éligibles“ pour une société holding 1929 mais sont susceptibles d'être exonérés dans le chef d'une société résidente pleinement imposable.

Dans ce même cadre de réflexion, le Conseil d'Etat voudrait également mentionner que pour les besoins de l'impôt sur le revenu, des dividendes provenant de sociétés visées par la Directive dite „mère-filiale“ sont toujours des dividendes „éligibles“ qui peuvent dès lors bénéficier de l'exonération prévue même si le taux d'imposition effectif est inférieur à 15%. Afin d'éviter toute incertitude, le Conseil d'Etat propose d'ajouter au projet sous examen un alinéa nouveau de la teneur suivante:

„Une société qui est un résident d'un Etat membre de l'Union européenne, et visée par l'article 2 de la Directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents, remplit la condition d'une imposition comparable.“

Les critères de l'assujettissement „à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités“ sont également appliqués au niveau des exonérations des dividendes et des plus-values en droit interne, tel que précisé à l'article 166 LIR (privilèges des sociétés mère et filiales). La pratique administrative exige en principe l'application d'un taux effectif d'au moins 15 pour cent. De l'avis du Conseil d'Etat, cette mesure devrait être assouplie et en ce sens un taux effectif de 11 pour cent devrait être suffisant pour pouvoir bénéficier du privilège mère-filiale. Toutefois, comme le taux effectif de 15 pour cent résulte de la pratique administrative, ce point pourrait être clarifié dans une circulaire du Directeur des Contributions qui ferait référence aux nouvelles dispositions prévues au niveau du régime des sociétés holding. Le Conseil d'Etat estime cependant qu'il est préférable, sinon nécessaire, de modifier l'article 166 LIR pour que le seuil descende à 11 pour cent, afin d'éviter toute insécurité juridique. En conséquence, le texte de l'article 166 LIR serait à amender. Dans le même ordre d'idées, l'intitulé du projet sous avis serait également à modifier. La proposition de texte en annexe au présent avis tient compte de ces propositions.

En outre, le Conseil d'Etat soulève la question de savoir si et suivant quelles conditions et modalités une société qui a perdu le bénéfice du régime fiscal des sociétés holding peut immédiatement se replacer sous l'empire de la loi modifiée du 31 juillet 1929 en se conformant aux nouvelles conditions de cette loi. A son avis, il serait indiqué de préciser les conditions et modalités relatives à ces changements de régime fiscal des sociétés holding.

Si la proposition à titre principal du Conseil d'Etat était retenue, rien ne s'opposerait à ce que la société regagne son statut antérieur du régime de société holding dès l'année de référence et d'imposition pour laquelle les conditions d'éligibilité sont de nouveau remplies. Dans son avis, la Chambre de commerce relève qu'au projet de loi il a été omis de préciser quelles sont les conditions pour pouvoir être de nouveau considéré comme société holding de la loi du 31 juillet 1929. Dans l'optique esquissée à titre principal ci-avant, le Conseil d'Etat estime qu'une société qui a perdu le bénéfice du régime fiscal des sociétés holding peut immédiatement se replacer sous l'empire de la loi modifiée du 31 juillet 1929 en se conformant aux conditions de cette loi, en application des nouvelles dispositions faisant l'objet du présent projet de loi. Ainsi, il ne serait pas besoin de le préciser explicitement dans la loi puisque le bénéfice du régime fiscal des sociétés holding 1929 serait recouvré dès que les circonstances de perte de ce régime fiscal ne sont plus remplies, situation à certifier selon les procédures administratives dont question ci-avant.

Dans ce même contexte, le Conseil d'Etat voudrait soulever la question de savoir si la perte du bénéfice du régime fiscal spécifique de société holding entraîne, en principe, une modification des statuts de la société puisque le libellé de l'objet social d'une société holding 1929 doit indiquer de façon explicite que la société demande à être considérée comme société holding au sens de la loi modifiée du 31 juillet 1929. Or, une adaptation ex post des statuts conduirait à des complications administratives peu transparentes et difficilement gérables.

Une solution appropriée à cette problématique pourrait consister à préciser que la société holding ne perd pas le droit à la dénomination de „société holding“ mais seulement son „statut fiscal holding“ par la perception de trop de dividendes non éligibles, puisque les conditions principales, à savoir détenir des participations et ne pas avoir des activités commerciales restent remplies. De cette façon, la société holding qui, pour un exercice donné, percevrait trop de dividendes non éligibles, n'aurait pas besoin de modifier ses statuts.

Au cas où le législateur partage cette façon de voir du Conseil d'Etat, il conviendrait d'amender en conséquence le texte du projet de loi. Le Conseil d'Etat en tiendra compte lors de la rédaction de son texte amendé du projet de loi joint en annexe au présent avis.

Enfin, le Conseil d'Etat est d'avis que les modalités d'application en matière de certification du statut du régime holding, qui sont précisées au commentaire des articles, pourraient utilement faire l'objet d'un règlement grand-ducal. Le commentaire y relatif est le suivant: le „certificat (est) à joindre à la déclaration de la taxe d'abonnement pour le 4ème trimestre de l'année de référence. Cette obligation incombe au holding quelle que soit la forme juridique sous laquelle il est constitué“. Par ailleurs, les responsables du holding doivent tenir à la disposition de l'Administration de l'enregistrement tout document justifiant que la société distributive des dividendes est soumise à un impôt comparable à celui appliqué au Luxembourg.

Quant à la situation de la société holding en relation avec le quota de dividendes „non éligibles“ à attester par un réviseur d'entreprises ou par un expert-comptable moyennant un certificat à joindre à la déclaration de la taxe d'abonnement pour le quatrième trimestre de l'année de référence, c'est-à-dire à transmettre pour le 20 janvier de l'année suivante, le Conseil d'Etat craint qu'il ne soit guère possible qu'endéans 20 jours qui suivent la clôture de l'exercice chaque société holding 1929 obtienne d'un réviseur d'entreprises ou d'un expert-comptable le certificat sollicité. Aussi recommande-t-il de prévoir un laps de temps plus long lors de la détermination des modalités d'application des nouvelles mesures devant faire, selon sa recommandation, l'objet d'un règlement grand-ducal.

En conséquence, le Conseil d'Etat propose, d'une part, de reprendre certaines précisions dans le corps même du texte de la future loi et suggère, d'autre part, de prévoir dans un dernier alinéa ajouté qu'un règlement grand-ducal peut préciser les modalités d'application des dispositions visées ci-avant ainsi que celles relatives aux alinéas précédents.

Article 2 (III selon le Conseil d'Etat)

Cet article prévoit que la nouvelle loi faisant l'objet du présent avis entre en vigueur le 1er janvier 2004. L'alinéa 2 précise que les dispositions nouvelles ne sont applicables qu'à compter du 1er janvier 2011 à l'égard des sociétés holding qui, avant l'entrée en vigueur de la présente loi, bénéficiaient des dispositions de la loi modifiée du 31 juillet 1929.

Le Conseil d'Etat approuve l'introduction d'une telle clause de grand-père. Quant au texte de l'alinéa 1, il estime qu'il convient d'éviter toute insécurité juridique et toute application rétroactive et il propose en conséquence de l'amender comme suit:

„Les dispositions de la présente loi entrent en vigueur le 1er janvier 2005 et s'appliquent aux exercices sociaux commençant à partir de cette date.“

Suit le texte proposé par le Conseil d'Etat:

*

PROJET DE LOI

portant modification

- 1. de l'article 1er de la loi modifiée du 31 juillet 1929 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (Holding companies);**
- 2. de l'article 166 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu**

Art. I.– L'article 1er de la loi modifiée du 31 juillet 1929 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (Holding companies) est complété par sept nouveaux alinéas, insérés entre le premier et le deuxième alinéas actuels et libellés comme suit:

„Sera exclue, pour l'exercice en cours, du bénéfice du régime fiscal prévu par les dispositions de la présente loi, toute société luxembourgeoise qui au cours de cet exercice a reçu au moins 5 pour cent du montant total des dividendes en provenance de participations dans des sociétés non résidentes qui ne sont pas soumises à un impôt, comparable à l'impôt sur le revenu des collectivités au sens de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu. Est considéré comme un impôt comparable à l'impôt sur le revenu des collectivités luxembourgeois, un impôt perçu de façon obliga-

toire par la collectivité publique, dont le taux d'imposition correspond au moins à la moitié du taux d'impôt sur le revenu des collectivités au sens de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu et dont la base imposable est déterminée suivant des règles et critères analogues aux dispositions afférentes de la même loi.

Une société qui est un résident d'un Etat membre de l'Union européenne, et visée par l'article 2 de la Directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents, remplit la condition d'une imposition comparable.

Le respect par la société holding de la condition du régime fiscal holding, à savoir le non-dépassement du seuil prévu à l'alinéa 2, est certifié par un réviseur d'entreprises autorisé à exercer cette profession en vertu de la loi modifiée du 28 juin 1984 portant organisation de la profession de réviseur d'entreprises ou par un expert-comptable autorisé à exercer cette profession en vertu de la loi du 10 juin 1999 portant organisation de la profession d'expert-comptable, moyennant une déclaration annuelle à remettre à l'Administration de l'enregistrement.

La société holding tient à la disposition de l'Administration de l'enregistrement tout document permettant de déterminer si la société distributive des dividendes est soumise à un impôt comparable à l'impôt sur le revenu des collectivités au sens de l'alinéa 2 ci-dessus.

La perte du régime fiscal holding par application des dispositions de l'alinéa 2 est prononcée par le directeur de l'Administration de l'enregistrement. Un règlement grand-ducal peut préciser les conditions et modalités suivant lesquelles une société qui a perdu le bénéfice du régime fiscal des sociétés holding peut le recouvrer.

L'Administration de l'enregistrement communique à l'Administration des contributions directes copie du certificat documentant l'observation et l'application des dispositions des alinéas qui précèdent.

Un règlement grand-ducal peut préciser les modalités d'application des dispositions prévues aux alinéas qui précèdent ainsi que les procédures administratives y relatives.“

Art. II.– L'article 166, paragraphe 2, point 2 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu est modifiée comme suit:

„2. d'une société de capitaux non résidente pleinement imposable à un impôt dont le taux d'imposition effective correspond au moins à la moitié du taux d'impôt sur le revenu des collectivités,“.

Art. III.– Les dispositions de la présente loi entrent en vigueur le 1er janvier 2005 et s'appliquent aux exercices sociaux commençant à partir de cette date.

Toutefois, les dispositions de la présente loi ne sont applicables qu'à compter du 1er janvier 2011 à l'égard des sociétés holding bénéficiant des dispositions de la loi modifiée du 31 juillet 1929 avant l'entrée en vigueur de la présente loi.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 27 avril 2004.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

