

**N° 7318<sup>6</sup>****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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>, point 3, alinéa 1<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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'État, 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<sup>er</sup>, 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 22*bis* L.I.R. a été introduit par l'article 1<sup>er</sup>, 3° de la loi du 21 décembre 2001 portant réforme de certaines dispositions en matière des impôts directs et indirects. Il définit et énumère limitativement les opérations d'échange de titres qui peuvent être réalisées en neutralité fiscale. Cette disposition déroge ainsi à celle de l'article 22, alinéa 5 L.I.R. en vertu de laquelle l'échange de biens est à considérer comme cession à titre onéreux du bien donné en échange, suivie de l'acquisition à titre onéreux du bien reçu en échange.

Parmi les opérations visées par l'article 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 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 22*bis* 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 22*bis* 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<sup>er</sup>, 2°*

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

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

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

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

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

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

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

#### *Ad 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>. 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.<sup>1</sup> Lors de l'abandon du statut de société exonérée d'impôt, c'est l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'ar-

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

*Alinéa 1<sup>er</sup>*

L'article 38 L.I.R. a pour objet l'imposition du bénéfice réalisé lors du transfert à l'étranger d'une entreprise ou d'un établissement stable. A l'instar de l'article 5 de la directive, l'article 38 L.I.R. vise,

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

L'imposition à la sortie faisant partie intégrante du dispositif fiscal national en vigueur, il est proposé que le projet de loi fasse abstraction des définitions de l'article 2, paragraphes 6), 7) et 8) de la directive, à savoir les notions de transfert d'actifs, de transfert de résidence fiscale et de transfert d'une activité exercée par un établissement stable, qui deviennent 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<sup>er</sup> L.I.R., alors qu'en ce qui concerne un organisme à caractère collectif, le présent projet de loi reprend les termes de siège statutaire et d'administration centrale de l'article 159, alinéa 1<sup>er</sup> L.I.R. Le fait de devenir contribuable non résident déclenche dans le chef du contribuable résident une imposition à la sortie dans l'hypothèse seulement où les biens de son entreprise située au Luxembourg quittent également le Luxembourg.

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

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

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

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

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

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

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<sup>er</sup>. 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>*

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

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

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

Le nouvel alinéa 1a couvre les situations suivantes:

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

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

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

*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<sup>ter</sup> LIR, les règles relatives aux SEC, telles que prévues par les articles 7 et 8 de la directive (UE) 2016/1164. L'article 164<sup>ter</sup> L.I.R. introduit les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (SEC). Quant aux organismes étrangers visés, sont couverts aussi bien les organismes à caractère collectif que les établissements stables.

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<sup>er</sup> définit la SEC par référence au taux de contrôle du contribuable résident, ainsi qu'au niveau d'imposition effective de la SEC. Quant au critère du contrôle, il ne s'applique qu'au cas où l'organisme étranger constitue un organisme à caractère collectif. Le numéro 1 de l'alinéa 1<sup>er</sup> dispose que ne peut constituer une SEC qu'un organisme à caractère collectif dont le contribuable, à lui seul ou avec ses entreprises associées au sens de l'alinéa 2, soit détient une participation directe ou indirecte de plus de 50 pour cent des droits de vote, soit possède, directement ou indirectement, plus de 50 pour cent du capital social, soit est en droit de recevoir plus de 50 pour cent des bénéfices de cet organisme à caractère collectif. Le numéro 1 se réfère, conformément à la directive, à un test juridique, ainsi qu'à un test économique afin d'apprécier l'existence d'un contrôle dans le chef du contribuable résident. Premièrement, le contrôle juridique, qui, en principe, détermine le pourcentage de droits de vote détenu dans un organisme à caractère collectif sur la base de la part du capital détenue, permet en règle générale d'identifier les associés résidents qui élisent les organes de gestion de la SEC et qui fournissent ainsi les instructions conformément auxquelles la SEC agit. Le contrôle juridique vise cependant, aux termes

de l'alinéa 1<sup>er</sup>, numéro 1, lettre b), aussi le pourcentage de capital que le contribuable détient dans la SEC afin de couvrir les participations par le biais d'un titre représentatif du capital sans droit de vote. Il y a lieu de préciser que le contrôle est apprécié sur la base des titres représentatifs de capital émis par la SEC et que les titres propres détenus par la SEC elle-même ne sont pas pris en compte. A titre d'illustration, si le capital de la SEC est représenté par 100 titres et que la SEC en détient 10 elle-même, le contribuable exerce un contrôle juridique sur la SEC s'il détient plus que 45 titres représentatifs du capital de la SEC. Deuxièmement, le contrôle économique permet de viser les SEC dont un contribuable détient les droits se rattachant aux 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 présupposer que ces derniers agissent ensemble en vue d'exercer une influence sur la SEC. Ainsi, le seuil de contrôle est à apprécier en fonction de la participation détenue par le contribuable, à lui seul ou avec ses entreprises associées, résidentes ou non. Les exemples reproduits ci-après illustrent le fonctionnement du test en cas de participations détenues par le biais d'entreprises associées.

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

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

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

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

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

Dans une deuxième phase, il s'agit de déterminer l'impôt qui aurait été supporté par la SEC selon les dispositions de la présente loi et de le comparer à l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par

la SEC, établi et payé par celle-ci. Conformément à la comparaison reprise à l'alinéa 1<sup>er</sup>, numéro 2, ne constitue une SEC que l'organisme étranger soumis à un impôt effectif inférieur à la moitié de l'impôt qui aurait été dû en application des dispositions de la présente loi.

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

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

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

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

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<sup>er</sup> donne une définition du concept de SEC. Il reprend pour ce faire le texte de l'article 7, paragraphe 1<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>, 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<sup>ter</sup> (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'exclure, 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<sup>bis</sup> 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<sup>ter</sup> 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<sup>ter</sup> 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<sup>ter</sup> 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<sup>ter</sup> 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<sup>ter</sup> 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<sup>ter</sup> 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<sup>er</sup>, 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<sup>ter</sup> 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<sup>ter</sup> 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<sup>ter</sup> 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 députés<sup>2</sup> 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<sup>ter</sup> 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<sup>bis</sup> 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

<sup>2</sup> 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<sup>er</sup>, le seuil de contrôle s'apprécie sur la base du niveau de contrôle, direct ou indirect, détenu par le contribuable, à lui seul ou avec ses entreprises associées, le revenu à réattribuer se limitera au pourcentage de participation effectivement détenu par le contribuable lui seul. Dans l'hypothèse où le contribuable qui exerce le contrôle change au cours d'un exercice d'exploitation, chaque contribuable qui à un moment de l'exercice d'exploitation en question a atteint le niveau de contrôle minimum, tel que prévu à l'alinéa 1<sup>er</sup>, numéro 1, se verra réattribuer les revenus imposables de la SEC au prorata de sa participation et de la période de détention de cette participation.

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

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

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

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

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

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

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<sup>er</sup> 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 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 [...] ».

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 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'Etat.

#### *Article 2, 2°*

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

La nouvelle réglementation proposée a pour objectif de lutter contre l'érosion de la base d'imposition par le biais de déductions excessives d'intérêts et d'autres paiements financiers, tel que souligné par

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

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

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

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<sup>er</sup> du nouvel article 168*bis* L.I.R. est l'acronyme anglais de « Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization », ce qui se traduit en français par le résultat avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissements.

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

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<sup>er</sup> – Définitions*

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

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

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

La directive n'en prévoit pas de définition précise et rigoureuse, mais décline les coûts d'emprunt en trois catégories principales auxquelles la règle de limitation des intérêts a vocation générale à s'appliquer, à savoir :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le Conseil d'Etat constate que l'alinéa 1<sup>er</sup> (paragraphe 1<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>, 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<sup>o</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 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 adaptée<sup>3</sup>. 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>, sous examen limite les définitions y contenues à cette seule disposition<sup>4</sup>, 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup> avril 2019 au 31 mars 2020 et une seconde fois à l'exercice allant du 1<sup>er</sup> avril 2020 au 31 décembre 2020.

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<sup>er</sup> à 5 de la directive.

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

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

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<sup>er</sup> de l'article 168bis L.I.R. sous examen, du champ d'application de la limitation de la déductibilité des intérêts.

Etant donné que l'érosion de la base d'imposition et le transfert de 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<sup>er</sup> janvier 2019.

Dans ce contexte, il paraît utile de rappeler qu'une première mesure spécifique dans ce sens a été introduite par la loi du 18 décembre 2015 portant transposition de la directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents, par l'insertion d'un nouvel alinéa 2bis au corps de l'article 166 L.I.R. qui s'applique aux revenus alloués après le 31 décembre 2015 par un organisme à caractère collectif résident d'un autre Etat membre et visé par l'article 2 de la directive 2011/96/UE. Ces revenus sont uniquement exonérés dans la mesure où ils ne sont pas déductibles dans cet autre Etat membre. La directive 2014/86/UE permet d'éliminer les situations de double non-imposition des 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<sup>er</sup> janvier 2020 et, en ce qui concerne les dispositifs hybrides inversés, aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2022.

Le considérant 13 de la directive donne les explications suivantes: « *Les dispositifs hybrides sont la conséquence de différences dans la qualification juridique des paiements (instruments financiers) ou des entités et ces différences apparaissent lors de l'interaction entre les systèmes juridiques de deux juridictions. Ces dispositifs se traduisent souvent par une double déduction (à savoir une déduction dans les deux Etats) ou par une déduction des revenus dans un Etat sans qu'ils soient pris en compte dans la base d'imposition de l'autre. Pour neutraliser les effets des dispositifs hybrides, il est nécessaire d'établir des règles en vertu desquelles l'une des deux juridictions intervenant dans un dispositif devrait refuser la déduction d'un paiement conduisant à ce type de résultat. Dans ce contexte, il est utile de*

*préciser que les mesures prévues par la présente directive en vue de lutter contre les dispositifs hybrides visent les situations où ces dispositifs hybrides sont imputables aux différences existant dans la qualification juridique d'un instrument financier ou d'une entité et qu'elles ne sont pas destinées à porter atteinte aux caractéristiques générales du système fiscal d'un Etat membre. Bien que les Etats membres aient approuvé, dans le cadre du groupe « Code de conduite (fiscalité des entreprises) », des lignes directrices sur le traitement fiscal des entités hybrides et des établissements stables hybrides au sein de l'Union ainsi que sur le traitement fiscal des entités hybrides dans les relations avec des pays tiers, il demeure nécessaire d'adopter des règles contraignantes. Il est essentiel d'entreprendre des travaux supplémentaires sur les dispositifs hybrides entre Etats membres et pays tiers, ainsi que sur d'autres dispositifs hybrides tels que ceux impliquant des établissements stables. »*

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<sup>er</sup> du nouvel article 168<sup>ter</sup> 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<sup>ter</sup> 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<sup>ter</sup>, alinéa 2 L.I.R. Pour les besoins spécifiques du présent article, les critères de participation de l'article 164<sup>ter</sup>, 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<sup>er</sup> janvier 2020 et, en ce qui concerne les dispositifs hybrides inversés, aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2022. Le 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>. 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<sup>o</sup>*

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

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

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

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<sup>er</sup> 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<sup>o</sup>

Alinéa 1<sup>er</sup>

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

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

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

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

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

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

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 fiscales<sup>5</sup>. 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<sup>er</sup>*

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'Italie<sup>6</sup> a défini l'abus de droit par une référence à « une ou plusieurs transactions », alors que la législation du Royaume-Uni<sup>7</sup> 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 droit<sup>8</sup>. 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<sup>er</sup> 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) <sup>1</sup>Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden. <sup>2</sup>Ist der Tatbestand einer Regelung in einem Einzelsteuergesetz erfüllt, die der Verhinderung von Steuerumgehungen dient, so bestimmen sich die Rechtsfolgen nach jener Vorschrift. <sup>3</sup>Anderenfalls 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) <sup>1</sup>Ein 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.<sup>9</sup> L'Autriche, quant à elle, a décidé de modifier sa disposition anti-abus existante<sup>10</sup>, mais tout en gardant la référence à l'abus des institutions du droit.<sup>11</sup>

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

À l'alinéa 2, le Conseil d'État renvoie à son observation concernant le paragraphe 6, alinéa 1<sup>er</sup> et propose d'écrire :

« Si un abus au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup> [...] ».

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

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

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

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

La vérification de l'existence d'un établissement stable exige une analyse détaillée des faits et circonstances propres à chaque cas particulier afin de déterminer si les critères posés par l'alinéa 1<sup>er</sup> sont remplis. Dans les cas où cette analyse concerne l'existence d'un établissement stable situé dans un Etat

avec lequel le Luxembourg a conclu une convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale (convention D.I.), la vérification de l'existence d'un établissement stable se fait sur la base des critères retenus dans ladite convention. Dans la mesure où une convention D.I. ne définit pas les termes permettant de trancher s'il existe ou non un établissement stable dans un Etat contractant, les parties contractantes peuvent se référer à leur droit interne pour déterminer le sens conféré à ces termes. Il en résulte qu'il n'est pas rare qu'il existe des divergences de vue entre les parties contractantes pour ce qui concerne l'interprétation d'une convention D.I. et notamment l'existence d'un établissement stable dans un Etat contractant. Ces divergences de vue peuvent entraîner qu'un même revenu est soit imposable dans les deux Etats contractants, soit n'est imposable dans aucun desdits Etats.

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

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

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

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

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

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

moins qu'une disposition non équivoque incluse dans la convention D.I. liant le Luxembourg et l'autre Etat ne s'y oppose.

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

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

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*)<sup>12</sup> 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> janvier 2020. Le nouveau dispositif du délai de paiement s'applique pour la première fois aux exercices d'exploitation qui commencent à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2020.

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<sup>er</sup> janvier 2019. Tout effet rétroactif à charge d'un exercice d'exploitation divergent, qui commence au courant de l'année d'imposition 2018 et dont la clôture a lieu au courant de l'année d'imposition 2019, est évité de cette manière.

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

Le Conseil d'État note que le présent article fait référence aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2019 ou du 1<sup>er</sup> 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<sup>o</sup>, 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> – Modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu**

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

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

- a) A l'alinéa 2, première phrase, les termes « numéros 1 à 4 » sont remplacés par les termes « numéros 2 à 4 », les termes « 1, » et les termes « soit le créancier, soit » sont supprimés et le numéro 1 est 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<sup>er</sup> à 5 est la date d'acquisition effective de ces biens. »

3° L'article 38 est remplacé comme suit:

« Art. 38. (1) Le transfert à l'étranger 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<sup>er</sup> à 2 est la date d'acquisition effective de ces biens. »

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

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

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

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

- a) soit détient une participation directe ou indirecte de plus de 50 pour cent des droits de vote dans cet organisme à caractère collectif,
  - b) soit possède, directement ou indirectement, plus de 50 pour cent du capital dans cet organisme à caractère collectif,
  - c) soit est en droit de recevoir plus de 50 pour cent des bénéfices de cet organisme à caractère collectif;
2. l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup>, établi et payé par celui-ci, est inférieur à la différence entre, d'une part, l'impôt sur le revenu des collectivités qui aurait été supporté par l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup> conformément aux dispositions de la présente loi et, d'autre part, l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup>, établi et payé par celui-ci. Aux fins du numéro 2, l'établissement stable d'un organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup>, qui n'est pas imposable ou qui est exonéré d'impôt sur le territoire où il est situé, n'est pas pris en considération.

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

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

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

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

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

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

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

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

(3) Les revenus 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 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<sup>er</sup>, numéro 1, détenue par le contribuable dans l'organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup>;
  5. les revenus nets à inclure sont imposés au titre de l'exercice d'exploitation au cours duquel l'exercice d'exploitation de la société étrangère contrôlée se termine;
  6. lorsque la société étrangère contrôlée est un organisme à caractère collectif qui distribue des bénéfices au contribuable et que ces bénéfices distribués sont inclus dans le revenu net du contribuable, les montants des revenus nets précédemment inclus dans les revenus nets du contribuable en sont déduits jusqu'à concurrence du montant imposable de ces distributions de bénéfices;
  7. lorsque le contribuable cède des titres d'une participation détenue de manière directe ou indirecte dans le capital d'un organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup> ou l'activité exercée par un établissement stable au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup>, et que la part de la plus-value afférente à cette cession a été incluse précédemment dans le revenu net du contribuable, les montants des revenus nets précédemment inclus dans les revenus nets du contribuable sont déduits de la plus-value afférente à cette cession jusqu'à concurrence du montant imposable de cette plus-value;
  8. conformément aux dispositions des articles 134bis et 134ter, la fraction d'impôt correspondant au total des revenus nets à inclure dans le revenu net du contribuable est réduite, au prorata de sa participation, à concurrence de l'impôt qui correspond à ce même total des revenus nets, établi et payé à l'étranger par la société étrangère contrôlée. »
- 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<sup>er</sup> ;
  - 2) coûts d'emprunt : les charges d'intérêts sur toutes les formes de dette, les autres coûts économiquement équivalents à des intérêts et les charges supportées dans le cadre de financements, notamment, mais pas exclusivement,
    - les rémunérations dues sur des prêts participatifs,
    - les intérêts imputés sur des instruments, tels que des obligations convertibles et des obligations sans coupon,
    - les montants déboursés au titre de mécanismes de financement alternatifs, du type finance islamique,
    - les intérêts dus au titre de contrats de crédit-bail,
    - les intérêts capitalisés inclus dans la valeur de l'actif correspondant inscrit au bilan, ou l'amortissement des intérêts capitalisés,
    - les montants mesurés par référence à un rendement financier en vertu des règles d'établissement des prix de transfert, le cas échéant,
    - les intérêts notionnels au titre d'instruments dérivés ou de contrats de couverture portant sur les emprunts d'un organisme,
    - certains gains et pertes de change sur emprunts et instruments liés à des financements,

- les frais de garantie concernant des accords de financement,
  - les frais de dossier et frais similaires liés à l'emprunt de fonds;
- 3) surcoûts d'emprunt : le montant du dépassement des coûts d'emprunt déductibles supportés par un contribuable par rapport aux revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents réalisés par ce contribuable;
  - 4) EBITDA: le total des revenus nets majoré des surcoûts d'emprunt visés au numéro 3, 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<sup>er</sup>, point 1), de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010 ou une société de gestion d'OPCVM (organisme de placement collectif en valeurs mobilières) au sens de l'article 2, paragraphe 1<sup>er</sup>, point b), de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) ;
    - b) une entreprise d'assurance au sens de l'article 13, point 1), de la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) ;
    - c) une entreprise de réassurance au sens de l'article 13, point 4), de la directive 2009/138/CE 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<sup>er</sup>, de ladite directive;
    - e) les institutions de retraite gérant des régimes de retraite qui sont considérés comme des régimes de sécurité sociale relevant du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 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<sup>er</sup>, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010, ou un FIA surveillé en vertu de la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la Société d'investissement en capital à risque (SICAR);
    - g) les OPCVM au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM);

- h) les contreparties centrales au sens de l'article 2, point 1), du règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux;
- i) les dépositaires centraux de titres au sens de l'article 2, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 1), du règlement (UE) n° 909/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 concernant l'amélioration du règlement de titres dans l'Union européenne et les dépositaires centraux de titres, 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<sup>er</sup>.

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

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

(3) Aux fins du présent article, le taux de 25 pour cent prévu à l'article 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« Gewerbesteuergesetz »)**

**Art. 3.** Au paragraphe 9 de la loi modifiée du 1<sup>er</sup> décembre 1936 concernant l'impôt commercial («*Gewerbesteuergesetz*»), 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 (« 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<sup>er</sup> est donné, les impôts sont à percevoir comme ils auraient dû l'être au cas où la voie juridique utilisée avait été authentique compte tenu des faits et circonstances pertinents.

(3) Les impôts prélevés sur base de la voie juridique utilisée qui n'est pas prise en compte conformément à l'alinéa 1<sup>er</sup>, sont à imputer sur le montant dû en vertu de l'alinéa 2, ainsi que sur d'autres arriérés d'impôts du contribuable et, pour autant qu'une telle imputation n'est pas possible, 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<sup>er</sup> à 4, les seuls critères à appliquer pour déterminer si un contribuable résident dispose d'un établissement stable dans un Etat avec lequel le Luxembourg a conclu une convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale sont les critères retenus à cette fin dans cette convention. A cet égard, il est considéré qu'un contribuable résident exerce tout ou partie de son activité par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans l'autre Etat contractant si cette activité considérée isolément constitue une activité indépendante et représente une participation à la vie économique générale dans cet Etat, à moins qu'une disposition explicite renfermée dans la convention pour l'élimination de la double imposition en matière fiscale liant le Luxembourg et l'autre Etat contractant ne s'y oppose. Aux fins 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<sup>er</sup> janvier 2020, ne sont pas affectés par la présente loi.

### **Chapitre 6 – Mise en vigueur**

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

