

N° 7547²

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2019-2020

PROJET DE LOI**portant modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967
concernant l'impôt sur le revenu**

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(13.5.2020)

En bref

- La Chambre de Commerce peut comprendre l'introduction de la mesure qui vise à se conformer à une certaine idée du *level playing field* européen et international en matière de standards fiscaux et salue le fait que les contribuables seront admis à écarter l'application de la mesure (clause de sauvegarde).
- Elle s'interroge néanmoins notamment sur l'opportunité et la méthode retenues.
- Elle demande par ailleurs, pour des raisons de sécurité juridique, des précisions concernant des notions de « *bénéficiaire effectif* », d'« *entreprise liée* » et de « *motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique* ».
- Finalement, la Chambre de Commerce souhaite l'insertion d'une clause dite de grand-père (limitée dans le temps) afin d'exclure temporairement les structures existantes du champ d'application de la mesure afin de laisser aux contribuables le temps de réorganiser leurs activités à la suite de l'entrée d'un pays sur la Liste et la possibilité de solliciter des rescrits fiscaux sur des structures déjà en place.

Le projet de loi sous avis (ci-après, le « Projet ») a pour objet, comme son intitulé l'indique, de modifier la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, en abrégé ci-après, la « LIR » afin de ne plus permettre la déduction des intérêts et redevances payés ou dus à une entreprise liée établie dans un pays ou territoire figurant sur la liste des pays ou territoires non-coopératifs à des fins fiscales (ci-après, la « Liste »), sauf à apporter la preuve que l'opération à laquelle correspondent les intérêts ou redevances payés ou dus est utilisée pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.

*

CONTEXTE

D'après l'exposé des motifs du Projet, la mesure poursuit un double objectif. D'une part, répondre aux lignes directrices émises par le Code de Conduite en novembre 2019 (telles qu'approuvées par le Conseil de l'Union européenne (en abrégé ci-après, l'« UE ») en décembre 2019) et qui imposent aux Etats membres d'introduire au moins une mesure défensive de nature législative qui devra être applicable à partir du 1^{er} janvier 2021. D'autre part, tenir compte de la recommandation du Conseil de l'UE qui a invité le Luxembourg « *à se pencher sur les caractéristiques du système fiscal susceptibles de faciliter la planification fiscale agressive, en particulier par le biais des paiements sortants* ».

*

CONSIDERATIONS GENERALES

1. Sur le principe de l'introduction de la mesure

Sur le principe, la Chambre de Commerce peut comprendre l'introduction de la mesure qui vise à se conformer à une certaine idée du *level playing field* européen et international en matière de standards fiscaux.

Elle salue le fait que le Projet garde un caractère proportionné étant donné qu'il contient une clause de sauvegarde selon laquelle les contribuables seront admis à écarter l'application de la mesure s'ils peuvent démontrer que les opérations concernées sont mises en oeuvre pour « *des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique* ». A cet égard, le Projet indique « *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, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents, puissent être considérés comme réels et présentant un avantage économique suffisant au-delà d'un éventuel bénéfice fiscal obtenu à travers l'opération. Si une telle preuve est rapportée par le contribuable, la mesure défensive introduite par le présent projet de loi ne s'appliquera pas* ».

2. Sur l'opportunité de la mesure

a. Opportunité pour le tissu économique luxembourgeois

La Chambre de Commerce voudrait mettre en exergue l'impact conséquent que le Projet pourrait avoir sur l'attractivité du Luxembourg, par exemple pour des investisseurs asiatiques ou américains, compte tenu des pays qui figurent actuellement sur la Liste, à savoir en particulier les Iles caïmans. En effet, de nombreux acteurs utilisent traditionnellement des entités situées aux Iles caïmans pour des raisons légales ou réglementaires, (e.g., dans un contexte de groupes multinationaux ou dans l'industrie des fonds d'investissement alternatifs). Par ailleurs, les Iles caïmans sont aussi fréquemment utilisées en pratique afin d'éviter les cas de double imposition économique qui peuvent résulter de l'application des règles de l'ATAD 2¹. L'expérience a montré que, bien que les fonds d'investissement et l'industrie de la gestion d'actifs dans son ensemble n'aient pas été considérés comme les premiers destinataires d'un certain nombre de mesures fiscales récentes, ils ont néanmoins eu à composer avec les effets inattendus desdites mesures. La Chambre de Commerce rappelle la nécessité que les caractéristiques et les besoins spécifiques des fonds d'investissement et de l'activité de gestion d'actifs soient dûment pris en considération lors de l'introduction de toute nouvelle disposition en matière fiscale.

Ces réflexions restent valables même dans l'hypothèse où les Iles caïmans viendraient à sortir de la Liste à court terme, puisque l'on peut s'attendre à ce que cette Liste soit élargie à d'autres pays dans le futur (du fait d'un durcissement attendu de ses critères ou du fait de son possible élargissement à des pays de l'UE, (ci-après l' »UE »)). Dans cette perspective, le Projet pourrait donc avoir un impact plus large que celui actuellement décrit ci-dessus.

b. Opportunité de la méthode

Le Projet n'indique pas pour quelles raisons le législateur propose d'opter pour la première mesure alors qu'il avait apparemment le choix d'utiliser trois autres alternatives pour satisfaire aux demandes du Conseil européen, à savoir l'application des règles dites « CFC », une retenue à la source sur certains paiements ou le refus de l'exonération de certains dividendes.

Au vu de l'impact économique décrit ci-avant, la Chambre de Commerce se demande si l'introduction d'une mesure visant à renforcer les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées dites « CFC » de l'article 164ter LIR combinée à un refus du régime mère-filles de l'article 166 LIR en cas

¹ Acronyme anglais pour « Anti tax abuse directive » faisant référence à la Directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 (en abrégé ci-après, l' « ATAD 1 ») en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers transposée en droit interne par la loi du 20 décembre 2019 portant 1° modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ; 2° modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») ; 3° modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ; 4° modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung »).

de paiements provenant d'une entité établie dans un pays ou territoire figurant sur la Liste n'aurait pas été une alternative préférable.

A minima, la Chambre de Commerce demande donc de prévoir un cas supplémentaire où la non-déductibilité des intérêts et redevances ne s'appliquerait pas : il s'agit des cas où le revenu de l'entité établie dans un pays ou territoire figurant sur la Liste est inclus et imposé dans le chef de ses associés du fait de l'application des règles relatives aux CFC ou de dispositions équivalentes applicables dans le chef desdits associés qui ne seraient quant à eux pas établis dans un pays ou territoire figurant sur la Liste.

Ceci vise à éviter d'aboutir à une situation de double imposition potentielle où le paiement ne serait pas déductible au Luxembourg mais où les revenus de l'entité établie dans un pays ou territoire figurant sur la Liste seraient également imposés dans un le chef de ses associés du fait de l'application des règles CFC ou toute autre règle applicable équivalente.

D'autres mesures pourraient être introduites de manière concomitante, et par exemple, un élargissement de l'exonération de retenue à la source pour les dividendes payés par une société luxembourgeoise (en modifiant l'article 147 LIR), ou d'autres dispositions permettant de garantir la neutralité fiscale des structures d'investissement, tout en proposant une solution acceptable et pérenne d'un point de vue fiscal international.

c. Opportunité du timing

La Chambre de Commerce note que le Luxembourg semble être l'un des premiers Etats européens ayant, à sa connaissance, introduit ces mesures sur base de la recommandation du Conseil². Il conviendra donc de suivre la manière dont les principaux pays concurrents entendent introduire de telles mesures défensives dans leur droit interne afin de s'assurer que le Luxembourg ne se trouvera pas, à terme, dans une situation potentiellement plus défavorable.

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Article 1^{er} du Projet

1. Concernant l'article 168, numéro 5, alinéa 1 LIR tel que projeté

a. Point a : notion de « bénéficiaire effectif »

La notion de « *bénéficiaire effectif* » n'est pas définie dans le Projet. Toutefois, dans l'attente de clarifications officielles et à des fins de cohérence et sécurité juridique, la Chambre de Commerce estime que les contribuables devraient pouvoir valablement se reposer sur les commentaires OCDE et sur la jurisprudence communautaire afin d'interpréter cette notion³, notamment dans les situations dites de « back-to-back ».

b. Point b : notion d' « entreprise liée »

Le Projet vise à s'appliquer aux paiements faits à des entreprises liées au sens de l'article 56 LIR. Toutefois, la définition donnée par cet article n'est pas spécifique et ne prévoit notamment pas explicitement de seuils concernant la participation à la direction, au contrôle ou au capital. De ce fait, la référence à l'article 56 LIR permet potentiellement d'inclure toute participation même minoritaire au capital ou aux droits de vote.

La Chambre de Commerce est d'avis qu'il serait important que, par cohérence avec d'autres dispositions de la loi luxembourgeoise qui utilisent cette même notion « *d'entreprises associées/liées* » et notamment les articles 164ter ou 168ter LIR récemment introduits dans le cadre de la transposition des

² Les Pays-Bas ont quant à eux introduit une retenue à la source sur certains paiements vers des entités situées dans des pays à fiscalité privilégiée (à certaines conditions) à compter du 1^{er} janvier 2021.

³ Et notamment les décisions rendues le 26 février 2019 par la CJUE dans les affaires C-116/16, C-117/16, C-118/16 et C-119/16.

directives établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscales⁴ et ⁵ d'introduire également des seuils de 50% ou de 25% en vue d'appliquer les dispositions du Projet.

Si les seuils de 50/25% devaient être considérés comme étant trop élevés aux fins de l'application des dispositions du Projet, la Chambre de Commerce recommande alors d'adopter une approche incluant des seuils permettant d'écarter les actionnaires directs et indirects n'ayant pas influence en considération de leur niveau de participation peu élevé (ainsi que cela peut très souvent être le cas dans les structures de fonds d'investissement). Il pourrait alors être utile de retenir l'approche utilisée dans le cadre de la loi du 20 décembre 2019⁶ et d'appliquer un seuil de 10%.

2. Concernant l'article 168, numéro 5, alinéa 2 LIR tel que projeté

A l'instar de ce que la Chambre de Commerce a demandé pour les notions de « bénéficiaire effectif » et d'« entreprise liée » ci-avant, elle estime qu'il est extrêmement important de préciser l'expression de « motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique » et ce, de manière générale, mais également et en particulier, dans le cadre des fonds d'investissement notamment alternatifs.

Comme la disposition utilise une terminologie voisine de celle figurant au § 6 StAnpG tel que modifié à la suite de la transposition de l'ATAD 1, la Chambre de Commerce peut d'ores et déjà supposer que des principes communs à ceux utilisés dans le cadre de l'application de cette dernière disposition seront retenus⁷. Ainsi, dans l'attente de clarifications officielles, les contribuables devraient pouvoir valablement se reposer sur les précisions qui avaient été données dans les travaux parlementaires concernant le § 6 StAnpG lors de la transposition de l'ATAD 1 et qui soulignaient qu'« *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* », et que « *lorsqu'il s'agit d'apprécier s'il y a lieu de considérer un montage comme non authentique, il pourrait être possible, pour les Etats membres, de prendre en considération tous les motifs économiques valables, y compris les activités financières* »⁸.

Les contribuables devraient également pouvoir se reposer sur la jurisprudence des tribunaux administratifs rendue en la matière. A noter toutefois que cette jurisprudence a été rendue dans un cadre légèrement différent (celui de l'abus de droit dans sa version antérieure à l'ATAD 1) et qu'elle ne permet pas forcément de cerner de manière claire dans quels cas des motifs commerciaux peuvent être considérés comme étant « valables » et reflétant la « réalité économique », ou comment les contribuables pourront dûment documenter de tels motifs. Ces éléments mériteraient donc d'être davantage précisés.

Le Projet ne donne pas plus de précisions sur les éléments de preuve qui seront considérés comme étant recevables par l'administration fiscale afin d'écarter l'application de cette disposition. Des clarifications sont d'autant plus importantes que la nouvelle mesure est d'application automatique du fait

4 Loi du 21 décembre 2018 1) transposant la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur ; 2) modifiant la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ; 3) modifiant la loi modifiée du 1er décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« Gewerbesteuerengesetz ») ; 4) modifiant la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ; 5) modifiant la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») – Mémorial A N° 1164 du 21 décembre 2018

5 Loi du 20 décembre 2019 portant 1° modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ; 2° modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») ; 3° modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ; 4° modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ; en vue de transposer 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. – Mémorial A N° 889 du 23 décembre 2019

6 Ibid. Article 168ter. (1) paragraphe 18. « [...]Une personne physique ou un organisme qui détient, directement ou indirectement, moins de 10 pour cent des titres ou des parts dans un fonds d'investissement, et qui est en droit de recevoir moins de 10 pour cent des bénéfices de ce fonds d'investissement, est considéré. sauf preuve contraire, ne pas agir conjointement au sens de la phrase précédente avec une autre personne physique ou un autre organisme détenant des titres ou des parts dans ce même fonds d'investissement. [...] »

7 Il est toutefois observé que le champ d'application de cette clause de sauvegarde est, en tout état de cause, moins large que celui de la clause anti-abus du § 6 StAnpG puisque le critère du motif fiscal principal n'a pas été repris dans le Projet. Le texte du § 6 StAnpG est en effet le suivant : « un montage ou une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable, ne sont pas authentiques compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents ».

8 Voir projet de loi n°7318 faisant référence aux considérants de la Directive ATAD 1.

du renversement de la charge de la preuve qu'elle prévoit et en vertu duquel seuls les contribuables qui seront en mesure de prouver que les conditions de la clause de sauvegarde sont remplies, pourront continuer à déduire les charges encourues.

A cet égard, les précisions suivantes devraient être apportées directement dans le Projet, à défaut, par voie de circulaire, mais en amont de la date d'application de la loi qui sera issue du Projet:

- Chaque contribuable devrait pouvoir faire échec à la règle de non-déductibilité s'il est en mesure de prouver d'une part, que les dépenses correspondent à des opérations réelles d'un point de vue commercial ou économique et, d'autre part, que ces dépenses ne présentent pas un caractère anormal (notamment sur base de l'article 56 LIR), mais représentent au contraire la juste rémunération du service rendu. Une telle analyse devra bien entendu être faite au cas par cas sur base des faits et circonstances propres à chaque cas d'espèce. Néanmoins, il devrait, par exemple, être possible de conclure que des paiements qui sont faits à un fonds d'investissement (ayant la forme d'une entité opaque) situé dans un pays figurant sur la Liste pourraient être considérés comme résultant d'une transaction mise en oeuvre pour « *des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique* », dans la mesure où le recours à fonds d'investissement est intrinsèquement motivé par des raisons commerciales définies notamment par la politique d'investissement du fonds et réglementaires (donc également des raisons autres que fiscales), et ce, indépendamment du pays dans lequel ce fonds d'investissement est situé. L'introduction d'un tel exemple spécifique témoignerait d'une attitude positive à l'égard du secteur de la gestion d'actifs dans un effort de prise en compte de la situation spécifique des fonds d'investissement.
- Chaque contribuable devrait par ailleurs pouvoir valablement démontrer la preuve de la matérialité des opérations rendues et de leur conformité aux règles de prix de transfert en apportant tout élément probant comme, par exemple, une copie des contrats et des factures concernées, des explications et justifications sur les raisons économiques entourant la transaction, ainsi qu'un rapport de prix de transfert confirmant le caractère normal des dépenses encourues. Ces éléments s'ajouteront bien entendu aux différents documents devant en tout état de cause être fournis en cas de demande ou de contrôle sur place à l'administration en vertu de la circulaire administrative n° L.G.-A 64 du 7 mai 2018.
- A défaut de créer une exception générale à la non-déductibilité des intérêts et redevances pour les cas où le revenu de l'entité établie dans un pays ou territoire figurant sur la Liste est inclus et imposé dans le chef de ses associés du fait de l'application des règles relatives aux CFC ou de dispositions équivalentes applicables dans le chef desdits associés qui ne seraient quant à eux pas établis dans un pays ou territoire figurant sur la Liste (voir point 2.b. des considérations générales), il faudrait pouvoir apporter la preuve de cette situation pour échapper à la disposition.

Article 2 du Projet

Il est prévu dans le Projet que la mesure s'applique aux intérêts et redevances payés ou dus à compter du 1^{er} janvier 2021, pour les paiements en relation avec des entités résidentes de pays figurant sur la Liste dans sa dernière version en vigueur à cette date. Par ailleurs, il est prévu de mettre à jour la Liste sur une base annuelle. Enfin, il est encore prévu que la mesure cessera de produire ses effets dès le retrait d'un pays ou territoire de la Liste.

La Chambre de Commerce salue le fait que la mesure s'applique en fonction de la mise à jour régulière de la Liste, et notamment avec un effet immédiat pour les pays « sortants ».

Néanmoins, la Chambre de Commerce voudrait voir introduire deux aménagements.

D'une part, l'insertion d'une clause dite de grand-père (limitée dans le temps) qui aurait pour objectif d'exclure temporairement les structures existantes du champ d'application de la mesure afin de laisser aux contribuables le temps de réorganiser leurs activités à la suite de l'entrée d'un pays sur la Liste. Il convient de rappeler que ces transactions, même avec la clause dite de grand-père, resteraient soumises au contrôle de la part de l'Administration compte tenu de la mesure défensive de nature administrative introduite par la circulaire L.G.-A 64 du 7 mai 2018 précitée.

En effet, en supposant par exemple qu'un pays soit mis sur la Liste qui serait publiée par l'UE en octobre 2020, les contribuables ayant des opérations avec le pays concerné n'auraient alors que quelques semaines pour anticiper l'entrée en vigueur de la mesure au 1^{er} janvier 2021, ce qui pourrait être particulièrement pénalisant pour ces derniers. Il pourrait donc être envisagé de modifier le texte actuel du Projet pour prévoir le respect d'une période minimum de six mois entre l'inscription d'un

pays sur la Liste et l'application effective de la mesure aux structures existantes. Une telle proposition reviendrait à appliquer la mesure aux charges encourues au titre de structures déjà mises en place, mais ce uniquement à compter de l'expiration d'un délai minimum de six mois ou du 1^{er} janvier 2021, selon laquelle de ces deux dates est la plus lointaine. Les charges en relation avec des nouvelles structures ou transactions ne seraient pas concernées par une telle règle.

D'autre part, les contribuables ayant besoin de confirmations quant à l'application (ou non) du Projet à une opération existante et déjà mise en place, devraient être recevables à déposer une demande de rescrit fiscal sans qu'il soit considéré que les opérations envisagées aient déjà « *produit leurs effets* » au sens du règlement grand-ducal du 23 décembre 2014 instaurant un mécanisme de rescrit fiscaux. Par ailleurs, il serait très utile que, si de tels rescrits sont sollicités, leur contenu soit publié de manière résumée sous forme de FAQ sur le site de l'administration fiscale afin de partager plus largement les grands principes qui seraient transposables à d'autres contribuables.

La Chambre de Commerce n'a pas d'autres commentaires à formuler à ce stade.

*

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

