

A V I S

sur

le projet de loi

- 1) **transposant la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur;**
- 2) **modifiant la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu;**
- 3) **modifiant la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial ("*Gewerbesteuer*gesetz");**
- 4) **modifiant la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 ("*Steueranpassung*gesetz");**
- 5) **modifiant la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 ("*Abgabenordnung*")**

et sur

les amendements gouvernementaux y relatifs

Par deux dépêches des 19 juin et 30 novembre 2018, Monsieur le Ministre des Finances a demandé, "*dans vos meilleurs délais*", l'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics sur respectivement le projet de loi et les amendements gouvernementaux spécifiés à l'intitulé.

Le projet en question a pour objet principal de transposer dans la législation nationale la directive (UE) 2016/1164, mieux connue sous le nom de "*directive ATAD*" ("*Anti Tax Avoidance Directive*"), qui propose cinq mesures visant à lutter contre l'érosion de la base imposable et le transfert de bénéfices.

Remarques préliminaires

En Europe, la crise bancaire de 2008-2009 a nécessité le sauvetage de bon nombre de banques systémiques moyennant un endettement public supplémentaire. Par la suite, les gouvernements concernés ont essayé de financer le manque à gagner par une politique d'austérité tout en réduisant les budgets sociaux et les moyens financiers du secteur public. C'est alors que les décideurs politiques et les contribuables se sont vite rendus compte qu'il y a un problème au niveau des rentrées fiscales, notamment en ce qui concerne les grands groupes de sociétés travaillant de manière transfrontalière.

En 2013, l'OCDE a publié son plan BEPS ("*Base Erosion and Profit Shifting*") contenant quinze actions pour lutter contre l'érosion de la base imposable et le transfert de bénéfices. Au niveau de la Commission européenne, des événements inattendus se sont invités au débat sur la fiscalité des grands groupes internationaux, à savoir les révélations publiées entre 2014 et 2016 par le consortium international des journalistes d'investigation (ICIJ). Plusieurs paquets de révélations provenant de lanceurs d'alerte ont montré l'ampleur de l'impôt sur les sociétés évité à grande échelle par les groupes internationaux, souvent à l'aide de dispositions légales existant dans les législations fiscales en Europe et dans le monde.

Pour calmer les esprits, la Commission européenne a dû réagir rapidement par des mesures adéquates, afin de s'attaquer au problème de l'évasion fiscale désormais devenue plus visible au plan européen, voire mondial. Après le lancement d'une consultation publique sur le plan BEPS de juin à septembre 2015, les rapports définitifs de la Commission européenne au sujet des actions BEPS ont finalement abouti à la directive (UE) 2016/1164.

Le projet BEPS de l'OCDE comprend des recommandations souvent non contraignantes et autorise des réserves ("*Vorbehalte*"), des latitudes et des interprétations. En revanche, la directive ATAD est déjà nettement plus ambitieuse, précise et exigeante en ce qui concerne les mesures à transposer dans la législation nationale des États membres. Toujours est-il que l'exposé des motifs joint au projet de loi sous avis exprime que la directive poursuit l'objectif peu ambitieux "*d'instaurer dans des domaines spécifiques un niveau minimal commun de protection des systèmes nationaux d'imposition des sociétés contre les pratiques d'évasion fiscale (...)*".

Examen du texte

Le projet de loi ayant pour objet de transposer une directive de l'Union européenne, différentes lois fiscales luxembourgeoises seront adaptées, modifiées ou complétées au niveau des articles ou paragraphes concernés. La Chambre des fonctionnaires et employés publics entend commenter les différentes mesures proposées en suivant les cinq domaines énumérés à l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi. Elle n'entend donc pas commenter en détail les ajouts et les modifications au niveau des différentes dispositions de la loi concernant l'impôt sur le revenu (LIR), de la loi concernant l'impôt commercial communal (ICC/GewStG), de la loi d'adaptation fiscale (StAnpG) et de la loi générale des impôts (AO).

Le champ d'application de la directive (UE) 2016/1164 du 12 juillet 2016 vise tous les contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés dans un État membre ainsi que les établissements stables, situés dans un ou plusieurs États membres, d'entités ayant leur résidence fiscale dans un État tiers. Il s'ensuit que la transposition de la directive en droit national ne nécessite pas de modification des articles 159 et 160 LIR, car tous ces contribuables sont explicitement visés par ces deux articles.

Les cinq mesures principales de la directive à transposer sont les suivantes.

1) La limitation de la déductibilité des intérêts (articles 168bis et 172bis LIR)

C'est l'action 4 du plan BEPS qui recommande d'élaborer des règles visant à limiter la déduction de montants excessifs d'intérêts en vue de réduire la base imposable des entreprises. Il s'agit d'éviter que des entreprises aient recours à des montages d'endettement artificiels ayant pour seul but de réduire la charge fiscale du contribuable. Conformément à l'article 4 de la directive, un nouvel article 168bis est inséré dans la loi concernant l'impôt sur le revenu pour limiter la déduction des coûts financiers nets (surcoûts d'emprunt encourus au titre d'un exercice d'exploitation par un contribuable) à 30 pour cent de l'EBITDA ("*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortisation*") avec, selon le commentaire des articles, "*un seuil de minimis de 3 millions d'euros*". Toutefois, le projet de loi prévoit la possibilité avantageuse d'appliquer la limitation de la déduction des intérêts au niveau de chaque société faisant partie d'un groupe de sociétés imposé selon le régime de l'intégration fiscale au sens de l'article 164bis LIR. Dans ce cas, une règle de ratio de groupe permettra au contribuable de déduire la totalité de ses surcoûts d'emprunt (règle de sauvegarde).

Afin de déterminer les surcoûts d'emprunt, il a d'abord fallu définir les coûts d'emprunt, et c'est sur la base de la liste non exhaustive d'exemples de charges financières du nouvel article 168bis LIR que les intérêts notionnels font leur entrée dans la loi fiscale au Luxembourg. La Chambre des fonctionnaires et employés publics tient à rappeler que les intérêts notionnels sont des intérêts débiteurs fictifs calculés sur les capitaux propres d'une société afin de ne pas avantager fiscalement une société ayant recours à des emprunts à intérêts réels. Et un avantage même limité reste toujours un avantage en matière fiscale. Concernant la liste non exhaustive de charges financières fiscalement déductibles, la Chambre se demande si ce n'est pas le flou législatif qui s'installe au niveau de la nouvelle disposition fourre-tout.

De même, en vue de récupérer la "*capacité inemployée de déduction des intérêts*" dépassant le seuil des 30 pour cent de l'EBITDA, le projet de loi ajoute la faveur fiscale d'un report en avant sur cinq ans ("*les cinq exercices d'exploitation subséquents*") de cet excédent. S'y ajoute encore le report sans limite de temps des surcoûts d'emprunt d'exercices d'exploitation antérieurs qui n'ont pas pu être déduits au cours de ces années d'imposition. En raison de ces faveurs profitables aux entreprises visées, l'objectif primaire de la présente mesure est peut-être plus ambitieux qu'il ne le sera en définitive, mais en tout cas l'introduction d'une norme minimale est assurée dans ce domaine au niveau communautaire.

La Chambre des fonctionnaires et employés publics comprend que certains surcoûts d'emprunt, comme ceux relatifs aux emprunts contractés avant le 17 juin 2016 (clause de maintien des droits acquis avant la réunion du Conseil Ecofin) et aux emprunts servant au financement d'un projet d'investissements publics à long terme dans l'Union européenne, ne soient pas visés par la limitation instituée au nouvel article 168bis, paragraphe (2), LIR. Il en est de même en ce qui concerne les sociétés autonomes, bénéficiant d'une exclusion personnelle du champ d'application de la limitation de la déduction des surcoûts d'emprunt. En revanche, la Chambre ne voit pas de motif valable justifiant l'exclusion personnelle dudit champ d'application des entreprises financières (selon le commentaire des articles, qui cite le considérant (9) de la directive ATAD, "*les discussions dans ce domaine ne sont pas encore assez concluantes au niveau international et de l'Union*"). Comme les coûts, et notamment les surcoûts, des emprunts sont des éléments clés de l'érosion de la base imposable d'un groupe de sociétés opérant de manière transfrontalière, il reste pour le moins curieux que la déduction des surcoûts soit intégralement admise si le contribuable est une entreprise financière. Dans ce sens, la présente mesure prévue par le projet de loi ne permettra donc pas entièrement de venir à bout de l'impôt évité ("*tax avoidance*") dans l'Union européenne.

2) L'imposition à la sortie (articles 35, 38 et 43 LIR et paragraphe 127 AO)

L'action 5 du plan BEPS, relative à la propriété intellectuelle ("*patent box*"), est indirectement liée à cette mesure proposée à l'article 5 de la directive ATAD à transposer. Elle vise à assurer, de manière assez rigide, l'imposition de la valeur économique de toute plus-value,

même latente, en cas de transfert des actifs par un contribuable d'une juridiction fiscale à une autre. Souvent des actifs de propriété intellectuelle font l'objet de tels transferts à des pays à faible fiscalité, notamment sur les bénéfices générés par la vente ultérieure de ces actifs.

Comme les transferts temporaires ou ceux assurant la sûreté financière en fonds propres ne sont pas visés par la présente mesure, celle-ci ne devrait pas trop inquiéter les entreprises de la place financière luxembourgeoise.

En cas d'imposition à la sortie dans l'Union européenne ou dans l'Espace économique européen, le projet de loi sous avis abandonne le sursis de paiement récemment introduit au Luxembourg (cf. avis n^{os} A-2562 du 17 mai 2013 et A-2742 du 23 novembre 2015 de la Chambre des fonctionnaires et employés publics sur les projets de lois afférents), tout en permettant désormais de reporter, sur demande, le paiement de l'impôt en l'étalant sur cinq ans au maximum. Selon le projet de loi sous avis, cet étalement peut être accordé sans intérêts débiteurs et sans garantie (à constituer par le contribuable sur demande de l'État), alors que la directive prévoit expressément la possibilité d'instituer de telles mesures.

3) La clause anti-abus générale (paragraphe 6 StAnpG)

Cette clause existe déjà dans la législation luxembourgeoise au niveau du paragraphe 6 de la loi d'adaptation fiscale (StAnpG). Le projet de loi ne fait que compléter et garantir la conformité de la clause anti-abus existante en matière fiscale aux exigences européennes conformément à l'article 6 de la directive ATAD. Concrètement, la mesure proposée a pour objet de refuser l'impact fiscal de montages financiers mis en place non pas pour des raisons commerciales, mais tout simplement pour réduire la charge fiscale de manière artificielle.

Si la Chambre des fonctionnaires et employés publics approuve cette mesure, elle apprécie également que les dispositions du paragraphe actuellement en vigueur soient traduites en français. Toutefois, elle se permet de proposer une traduction plus adaptée du bout de phrase "*Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts*" en "*abus de formes et de façonnage (ou modelage) du droit*" (au lieu de "*abus de formes et d'institutions du droit*", formulation qui prête en effet à confusion). Dans ce contexte, la

Chambre se doit de rappeler également la recommandation qu'elle avait formulée dans son avis n° A-2847 du 21 novembre 2016 sur le projet de loi portant mise en œuvre de la réforme fiscale 2017, à savoir de traduire en français tous les paragraphes rédigés en langue allemande dans les lois fiscales maintenues en vigueur après la Libération en octobre 1944.

4) Les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées – SEC (article 164ter LIR et paragraphe 9 GewStG)

Les règles sous rubrique tirent leur origine de l'action 3 du plan BEPS et leur introduction au Luxembourg est réalisée par l'insertion d'un nouvel article 164ter dans la loi concernant l'impôt sur le revenu et par la modification du paragraphe 9 de la loi concernant l'impôt commercial communal. Au sens de l'article 7 de la directive, il s'agit de réattribuer les bénéfices d'une société contrôlée faiblement imposée à sa maison mère qui, à son tour, devient alors imposable pour ces bénéfices dans l'État de sa résidence fiscale. Étant donné que cette innovation vise surtout les bénéfices artificiellement transférés vers une société contrôlée à l'étranger pour échapper à une imposition digne de ce nom, la Chambre des fonctionnaires et employés publics approuve cet instrument de lutte contre l'évasion fiscale. Cette attitude est d'autant plus justifiée que les bénéfices d'établissements stables déjà imposés au taux normal ne sont pas visés par cette mesure. Toutefois, pour garantir un niveau de protection élevé, il importe que les États membres transposent les règles relatives aux SEC de manière à ne pas permettre aux sociétés visées de jongler avec les seuils de contrôle (pourcentage de participation) et le fractionnement du bénéfice sur plusieurs établissements stables.

5) Les règles pour lutter contre les dispositifs hybrides (article 168ter LIR)

C'est l'action 2 du plan BEPS, qui traite du problème des dispositifs hybrides d'instruments financiers pouvant être à l'origine d'une "double déduction" ou d'une déduction dans un État sans qu'il en résulte une imposition dans un autre État. Ainsi, des dispositifs hybrides peuvent être considérés comme instruments de dette produisant des intérêts déductibles dans un État membre et comme instruments de participation produisant des dividendes exonérés dans un autre État membre.

La transposition de la mesure réglant la situation fiscale des dispositifs hybrides sera opérée moyennant l'insertion d'un nouvel article 168ter dans la loi concernant l'impôt sur le revenu. La Chambre des fonctionnaires et employés publics espère que cette mesure pourra mettre fin au problème des dispositifs hybrides, généré par les différences de qualification juridique d'instruments financiers existant entre contribuables de deux ou plusieurs États membres.

L'article 9 de la directive, visant à éviter ce genre de situations, ne concerne malheureusement que les dispositifs hybrides à l'intérieur de l'Union européenne, sans englober donc les dispositifs faisant intervenir, à côté des États membres, des pays tiers. Il s'ensuit que le projet de loi sous avis ne constitue en quelque sorte qu'une première étape qui, selon l'exposé des motifs, sera suivie ultérieurement par un autre projet de loi dans le cadre de la transposition de la directive ATAD 2, englobant également les dispositifs hybrides concernant des États tiers.

* * *

À côté des cinq mesures destinées à la lutte contre l'érosion de la base imposable et le transfert de bénéfices, traitées ci-dessus, le projet de loi apporte encore deux précisions législatives conformément au plan BEPS, mais indépendamment de la transposition de la directive ATAD, afin de renforcer le niveau de protection contre la planification fiscale agressive.

En premier lieu, il prévoit une modification de l'article 22bis LIR afin d'éviter la non-imposition en cas d'échange de titres, en l'occurrence en cas d'opération de conversion d'un emprunt en titres représentatifs du capital social du débiteur de l'emprunt.

En deuxième lieu, le paragraphe 16 de la loi d'adaptation fiscale (StAnpG) sera complété par un alinéa visant à préciser l'interprétation des notions "*Betriebsstätte*" et "*établissement stable*" afin de pouvoir agir de façon efficace contre les structures de planification fiscale agressive au niveau européen.

Ces deux mesures n'appellent pas d'observations spécifiques de la part de la Chambre.

Les amendements gouvernementaux soumis pour avis à la Chambre en date du 30 novembre 2018 apportent certaines précisions, de nature technique et rédactionnelle, au texte du projet de loi initial afin de donner suite aux commentaires formulés par le Conseil d'État dans son avis n° 52.949 du 13 novembre 2018. Ils n'appellent pas non plus de remarques particulières.

Conclusion

Si la directive ATAD constitue un paquet de mesures de la Commission européenne destiné à lutter contre la planification fiscale agressive dans l'Union européenne, le projet de loi transposant la directive constitue la réponse adéquate pour aligner un peu plus la législation fiscale du Grand-Duché de Luxembourg sur les règles communautaires. Pourtant, aux yeux d'un dirigeant de la place financière, les décideurs politiques du Luxembourg n'auraient "*pas choisi la ligne dure, mais les options les plus favorables pour le contribuable tout en respectant la philosophie qui se dégage au niveau international*".

Même si les mesures de la directive ATAD permettent aux États membres de l'Union européenne d'aller au-delà des règles minimales proposées, il semble que les avantages fiscaux accordés à de grands groupes internationaux au Luxembourg (Amazon, Fiat Finance, Engie) et considérés comme "*aides d'État*" par la Commission européenne, ne soient plus possibles après l'entrée en vigueur de la loi qui va découler du projet sous avis.

Selon la fiche financière accompagnant le projet de loi, l'application des mesures fiscales proposées "*pourrait avoir une certaine incidence sur le budget de l'État*". Théoriquement, la limitation de la déductibilité des intérêts et l'abandon envisagé des doubles déductions concernant les dispositifs hybrides devraient conduire à un élargissement de la base imposable et donc à un surplus de recettes fiscales. Or, si l'on considère que les entreprises financières énumérées au nouvel article 168bis LIR ne sont pas visées par la limitation de la déductibilité des intérêts et que les avocats d'affaires et les conseillers fiscaux n'ont jamais manqué d'ingéniosité en matière de fiscalité internationale, l'hypothèse, avancée dans la fiche financière, de la neutralité des effets des mesures projetées sur les recettes fiscales est plausible. Même au risque du départ de certaines activités non conformes à la nouvelle donne, d'autres activités pourraient être attirées au Luxembourg avec sa législation désormais adaptée au

nouveau standard législatif européen. Étant donné qu'une anticipation des actions du plan BEPS de l'OCDE, connues depuis 2013, a sans doute déjà eu lieu au niveau des entreprises concernées, l'impact des nouvelles mesures sera vraisemblablement limité.

La Chambre prend finalement note de la recommandation reprise dans la fiche financière au sujet d'un renforcement de personnel qualifié auprès de l'Administration des contributions directes en vue de mettre en œuvre les dispositions du projet de loi sous avis, dispositions qui sont en effet d'une complexité élevée. Elle regrette cependant que la fiche financière soit muette quant aux postes visés et aux coûts afférents.

Comme le projet de loi sous avis constitue un pas supplémentaire dans la lutte contre l'érosion de la base imposable et le transfert de bénéficiaires et donc un élément de transparence en matière fiscale nationale et européenne, la Chambre des fonctionnaires et employés publics l'approuve, sous la réserve des remarques qui précèdent.

Ainsi délibéré en séance plénière le 12 décembre 2018.

Le Directeur,

G. MULLER

Le Président,

R. WOLFF