

A-3322/20-27



CHFEP

Chambre des fonctionnaires
et employés publics

26, boulevard Royal | L-2449 Luxembourg | Tél.: 47 22 41-1 | Fax: 47 23 74 | chfep@chfep.lu | www.chfep.lu

A V I S

sur

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

Par dépêche du 30 mars 2020, Monsieur le Ministre des Finances a demandé, "*dans vos meilleurs délais*", l'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics sur le projet de loi spécifié à l'intitulé.

Selon l'exposé des motifs qui y est joint, ledit projet se propose d'adapter l'article 168 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (LIR) afin d'y introduire une règle particulière dérogeant au principe de la déductibilité fiscale des dépenses d'exploitation provoquées exclusivement par l'entreprise (principe inscrit à l'article 45 LIR). Plus précisément, le projet de loi tend à ajouter un numéro 5 à l'article 168 LIR, introduisant la règle de la non-déductibilité des dépenses d'intérêts ou de redevances payées ou dues par le contribuable si trois conditions sont simultanément remplies. Ces conditions concernent la qualité du bénéficiaire effectif des intérêts ou redevances (organisme à caractère collectif), le caractère d'entreprise liée du bénéficiaire et le fait que ledit bénéficiaire soit établi dans un pays ou territoire figurant sur la liste européenne des pays ou territoires non coopératifs à des fins fiscales.

Aux termes du texte projeté, la nouvelle règle de la non-déductibilité n'est pas applicable lorsque "*le contribuable apporte 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*". La Chambre des fonctionnaires et employés publics espère que cette précision suffira pour éviter le recours à des dispositifs de planification fiscale agressive tels que les dispositifs hybrides (traités à l'article 168ter LIR), mieux connus pour leurs effets d'asymétrie, c'est-à-dire la double déduction d'une dépense ou la déduction sans imposition auprès du bénéficiaire (par exemple: prêts et intérêts fictifs énoncés à l'action 4 du plan BEPS – "*Base Erosion and Profit Shifting*" – publié en 2013 par l'Organisation de coopération et de développement économiques).

Il en est ainsi également des redevances qui, au même titre que les intérêts, sont visées par le projet de loi sous avis. Sur ce point, la Chambre se doit de constater que le projet de loi donne une définition quasiment exhaustive d'instruments de la propriété intellectuelle pouvant générer des redevances qui risquent la non-déductibilité si les trois conditions précitées sont simultanément remplies. Bien évidemment cette définition s'apparente plutôt à celle de l'article 50bis LIR, désormais abrogé définitivement (régime dit "*patent box*"), qu'à la définition plus restrictive du nouvel article 50ter LIR (loi du 17 avril 2018 sur le nouveau régime fiscal de la propriété intellectuelle; cf. avis n° A-2986 du 9 octobre 2017 de la Chambre des fonctionnaires et employés publics).

D'après le commentaire de l'article 1^{er} du projet de loi, "*la règle de la non-déductibilité des intérêts ou redevances s'applique (...) indépendamment de la circonstance que les intérêts soient le cas échéant également visés par la règle de limitation de la déduction des intérêts de l'article 168bis LIR*", c'est-à-dire que ce dernier article ne s'applique plus "*si la déduction des dépenses d'intérêts est intégralement et définitivement refusée*" sur la base de la nouvelle disposition introduite par le texte sous avis. En raison d'une interaction éventuelle de cette disposition avec celle de l'article 168bis LIR, la Chambre propose d'insérer cette phrase figurant au commentaire de l'article 1^{er} dans le texte même du numéro 5 de l'article 168 LIR.

L'article 168bis LIR a été introduit par la loi du 21 décembre 2018 ayant pour objet principal de transposer dans la législation nationale la directive (UE) 2016/1164, dite "*directive ATAD*" ("*Anti Tax Avoidance Directive*"), qui prévoit la prédite règle de limitation de la déduction des intérêts conformément à l'action 4 du plan BEPS.

Dans son avis n° A-3135 du 12 décembre 2018 sur le projet qui est devenu par la suite la loi précitée, la Chambre des fonctionnaires et employés publics avait formulé les observations et critiques suivantes quant au nouvel article 168bis 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."

Le projet de loi sous avis prévoit maintenant de compléter la législation nationale par une mesure destinée à "*renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales*", en visant "*de manière ciblée certaines opérations, notamment financières, qui sont réalisées avec des entreprises liées établies dans des pays ou territoires qui sont considérés comme étant non coopératifs sur le plan fiscal*".

Cette précision est d'une importance particulière dans la mesure où elle vise à refuser la déduction de paiements sortants d'intérêts ou de redevances vers des juridictions à imposition très faible, voire nulle. Si la Chambre des fonctionnaires et employés publics approuve l'introduction (à l'article 168 LIR) de cette nouvelle mesure, elle craint cependant qu'il ne soit pas toujours possible dans la pratique d'empêcher le recours à des structures très complexes de planification fiscale agressive ayant pour but de réduire la charge fiscale du contribuable.

Pour ce qui est du champ d'application de la future disposition, la Chambre se demande en effet si les "*entreprises financières*" sont concernées par celle-ci. Comme l'article 168 LIR a un champ d'application général, celui-ci devrait donc englober aussi les entreprises

financières. Reste à savoir si ces entreprises ne vont pas plutôt se reporter à l'article 168bis LIR, prévoyant, pour elles, une dérogation à la limitation de la déduction des surcoûts d'emprunt.

La Chambre des fonctionnaires et employés publics estime dans ce contexte que l'article 168 LIR (complété par un numéro 5 moyennant le projet de loi sous avis), l'article 168bis LIR (ayant introduit à partir de 2019 la limitation de la déduction des surcoûts d'emprunt) et l'article 168ter LIR (ayant pour objet le traitement fiscal des dispositifs hybrides à partir de 2019) devraient faire l'objet d'une version condensée, en regroupant dans un article LIR unique toutes les dispositions des trois articles actuellement en vigueur. Ceci est d'autant plus nécessaire que l'article 168bis LIR n'est plus applicable au cas où la déduction des dépenses d'intérêts est intégralement et définitivement refusée en vertu du nouveau point 5 de l'article 168 LIR.

En outre, la Chambre estime que le deuxième alinéa de la nouvelle disposition introduite par le projet sous avis – alinéa selon lequel cette disposition "*n'est pas applicable si le contribuable apporte 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*" – manque de clarté. En effet, il n'est pas précisé dans le texte ce qu'il y a lieu d'entendre par "*motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique*", même s'il est un secret de Polichinelle qu'il s'agit de bannir dorénavant les dépenses d'intérêts sur des prêts fictifs entre des entités d'un même groupe de sociétés établies dans plusieurs juridictions. Même "*l'ensemble des faits et circonstances pertinents*" évoqué à l'exposé des motifs pour établir des "*motifs réels*" ne sert guère de précision utile.

Finalement, la Chambre rend encore attentif au fait que la mise à jour de la liste des pays ou territoires non coopératifs sur le plan fiscal pose problème.

En effet, il s'avère que des pays ou territoires peuvent tout simplement être enlevés de cette "*liste noire*" sur la base d'engagements politiques désignés par "*meaningful commitments at a high political level*", sans attendre la mise en œuvre effective au plan législatif des engagements pris (cf. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5981-2019-INIT/en/pdf>).

De plus, il importe de préciser que la liste à prendre en compte lors de l'imposition sera celle de l'exercice fiscal concerné (et de clarifier quelle date y sera déterminante: le 1^{er} janvier ou le 31 décembre de l'année fiscale concernée).

Étant donné que le projet de loi sous avis s'inscrit dans le cadre de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales ainsi que de la transparence en matière fiscale, tant au niveau national qu'au niveau international (et notamment européen), la Chambre des fonctionnaires et employés publics y marque son accord, sous la réserve des observations qui précèdent.

(Avis émis conformément aux dispositions de l'article 3, alinéa 2, du règlement d'ordre interne de la Chambre des fonctionnaires et employés publics).

Luxembourg, le 2 juin 2020.

Le Directeur,

G. MULLER

Le Président,

R. WOLFF