



15 octobre 2019

AVIS III/24/2019

relatif au projet de loi 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 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

relatif au projet de loi relative aux dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration

..... AVIS

Par lettre du 8 août 2019 réf. 82dx2d099, M. Pierre Gramegna, ministre des Finances, a soumis à l'avis de la Chambre des salariés (CSL) le projet de loi relative aux dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration.

Par ailleurs, M. Pierre Gramegna, ministre des Finances a, par lettre du 8 août 2019, réf. 82dx18edc, également soumis à l'avis de notre chambre professionnelle le projet de loi relative aux dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers.

Les deux projets de loi étant intimement liés quant à leur finalité, c'est-à-dire endiguer le recours à des dispositifs impliquant plusieurs États-membres ou des États-membres et des pays tiers et permettant de réduire de façon agressive la charge fiscale, la CSL préconise de traiter les deux projets de loi sous rubrique dans le cadre d'un avis unique.

Projet de loi 7465 relative aux dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration

L'objet du projet de loi sous avis est de transposer en droit national la directive (UE) 2018/822 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration.

Le projet de loi introduit une obligation de déclaration de certains dispositifs transfrontières concernant plusieurs États membres ou un État membre et un pays tiers. Les informations ainsi déclarées sont ensuite échangées de manière automatique avec les autorités fiscales des autres États membres.

Il est à noter qu'à l'heure actuelle, l'échange des informations relatives aux dispositifs transfrontières est limité aux États membres de l'Union européenne.

Les informations ainsi obtenues et échangées permettront aux autorités des États membres de réagir plus rapidement contre les dispositifs de planification fiscale à caractère potentiellement agressif et de remédier aux éventuelles lacunes devenues le cas échéant apparentes, notamment par la réalisation d'analyses des risques appropriées et de contrôles fiscaux, voire par l'engagement de réformes législatives visant à fermer de telles lacunes.

Les règles de communication prévues par la directive (UE) 2018/822 s'inspirent de l'Action 12 du projet de l'OCDE concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (Base erosion and profit shifting, BEPS), intitulée « Règles de communication obligatoire d'informations ».

Le projet de loi reprend toutefois une exception prévue par la directive (UE) 2018/822, dans la mesure où il propose de dispenser les intermédiaires dont les activités sont réglementées par la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat de certaines des obligations de déclaration mises en place par le projet de loi. De telles obligations de déclaration ne pourraient en effet pas être réconciliées avec le secret professionnel qui s'impose à l'avocat en vertu de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat et qui protège les informations obtenues par l'avocat dans le cadre de l'exercice de sa profession, qu'elles soient obtenues de la part d'un client ou d'un tiers.

D'après l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi, cette dispense se justifie par la situation spécifique de la profession d'avocat en ce qui concerne les types d'activités que l'avocat est susceptible d'entreprendre. En effet, l'avocat peut notamment être appelé à représenter les intérêts de ses clients en justice, le cas échéant dans le cadre d'un litige en lien direct ou indirect avec un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration.

Toutefois, afin de ne pas porter atteinte à l'objectif de la directive (UE) 2018/822 qui est de permettre aux autorités fiscales d'obtenir des « *informations complètes et pertinentes sur les dispositifs fiscaux à caractère potentiellement agressif* », il est prévu que, dans les situations dans lesquelles une dispense est applicable, et où il n'existe pas d'autre intermédiaire soumis aux obligations de déclaration, les obligations de déclaration mises en place par le projet de loi incombent au contribuable concerné par le dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration.

En outre, les avocats concernés par le dispense sont néanmoins obligés de transmettre un certain nombre d'informations en lien avec les dispositifs transfrontières. Il s'agit des informations de nature générale relatives à ces dispositifs qui ne permettront pas d'identifier les contribuables concernés.

Projet de loi 7466 relative aux dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers

Objet du projet de loi

Ce projet de loi vise à transposer en droit luxembourgeois la Directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la Directive (UE) 2016/1164 (directive ATAD, « Anti Tax Avoidance Directive »).

Si la Directive ATAD avait pour but de mettre en œuvre des solutions à la problématique de l'érosion de la base d'imposition et du transfert de bénéfices, cette nouvelle Directive à transposer en droit national, vient étendre et compléter la précédente en s'attaquant à une forme particulière, mais très répandue, d'évitement fiscal : les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers.

Le présent projet de loi vient modifier la loi concernant l'impôt sur le revenu, celle concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögenssteuergesetz »), la loi d'adaptation fiscale (« Steueranpassungsgesetz ») ainsi que la loi générale des impôts (« Abgabenordnung »).

Contexte

En date du 5 octobre 2015, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a publié une liste de quinze actions ayant pour objectif d'enrayer les phénomènes d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices (BEPS) utilisés par les sociétés afin de réduire leur charge d'imposition. La Commission européenne a décidé de s'approprier cette liste de propositions afin de les faire appliquer au sein de l'Union européenne par le biais d'une Directive adoptée le 12 juillet 2016 par le Conseil (directive ATAD) ayant, entre autres, pour objectif d'enrayer le recours à des dispositifs dits « hybrides » (action 2 des mesures BEPS).

On désigne par dispositifs hybrides l'exploitation de différences de traitement fiscal d'une entité ou d'un instrument existant dans deux ou plusieurs juridictions fiscales, différences qui permettent à un contribuable de bénéficier d'une double non-imposition des transactions effectuées entre ces juridictions fiscales. Il s'agit donc là d'une technique courante de planification fiscale agressive utilisée par les entreprises multinationales.

Si la directive ATAD a mis en œuvre des règles empêchant le recours à des dispositifs hybrides à des fins d'évitement de l'impôt au sein de l'Union européenne, cela n'a pas été le cas pour ce qui est des dispositifs hybrides impliquant un pays de l'UE et un pays tiers. Par ailleurs, certaines formes de dispositifs hybrides, tels que ceux impliquant des établissements stables, n'étaient pas non plus couvertes par les dispositions de la directive ATAD.

En effet, le traitement de ces cas de figure nécessitait des travaux supplémentaires afin d'y apporter des réponses appropriées et c'est donc par le biais de la directive (UE) 2017/952 (dite ATAD 2), que le présent projet de loi a pour but de transposer en droit national, que la Commission européenne entend apporter ces réponses.

L'objectif de ces règles proposées par la directive est d'arriver à une situation où les contribuables ne pourront plus obtenir d'avantages fiscaux en recourant à des dispositifs hybrides. Il s'agit de faire en sorte que les transactions soient imposables dans au moins une des juridictions concernées tout en évitant de tomber dans le piège de la double imposition.

Mesures prévues par le projet de loi

Le projet de loi sous rubrique s'attache à renforcer la lutte contre la planification fiscale agressive par le biais des dispositifs hybrides. On peut en distinguer quatre catégories :

1. ceux résultant de paiements effectués dans le cadre d'un instrument financier,
2. ceux découlant de différences dans l'attribution des paiements effectués à une entité hybride ou à un établissement stable, y compris quand les paiements concernent un établissement stable non pris en compte,
3. les dispositifs hybrides résultant de paiements effectués soit par une entité hybride à son propriétaire, soit entre le siège et un établissement stable, soit entre deux ou plusieurs établissements stables,
4. les entités hybrides ou établissements stables dont les paiements résultent en un double déduction.

Qui plus est, le projet de loi inclut également une règle visant les dispositifs hybrides importés, les dispositifs fondés sur la double résidence donnant lieu à une double imposition ainsi que la duplication de crédits d'impôt donnant lieu à une double déduction.

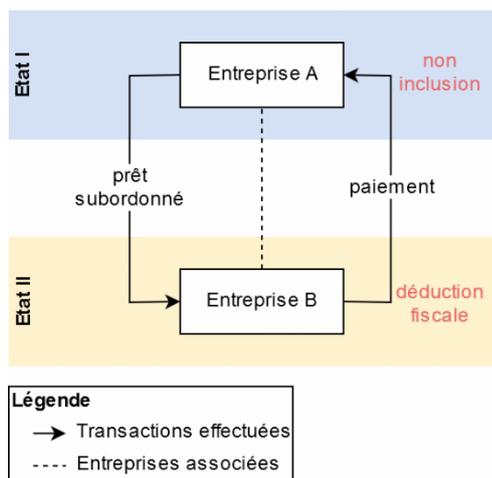
Finalement, une mesure spécifique concerne le traitement fiscal des organismes hybrides inversés.

Les mesures énumérées ci-avant seront appliquées à partir de l'année 2020. Seule la dernière mesure concernant les organismes hybrides inversés ne sera applicable qu'à compter de 2022.

Exemples de situations visées par le projet de loi

La mise en œuvre de règles empêchant le recours à des dispositifs hybrides aux fins de réduction de la charge fiscale étant une matière complexe, il convient d'illustrer ces situations à l'aide de quelques exemples.

Exemple 1 : déduction sans inclusion imputable à la différence de qualification d'un instrument financier hybride



Soient deux entreprises associées A et B établies dans deux États différents.

L'entreprise A prête à B de l'argent sous forme d'un prêt subordonné.

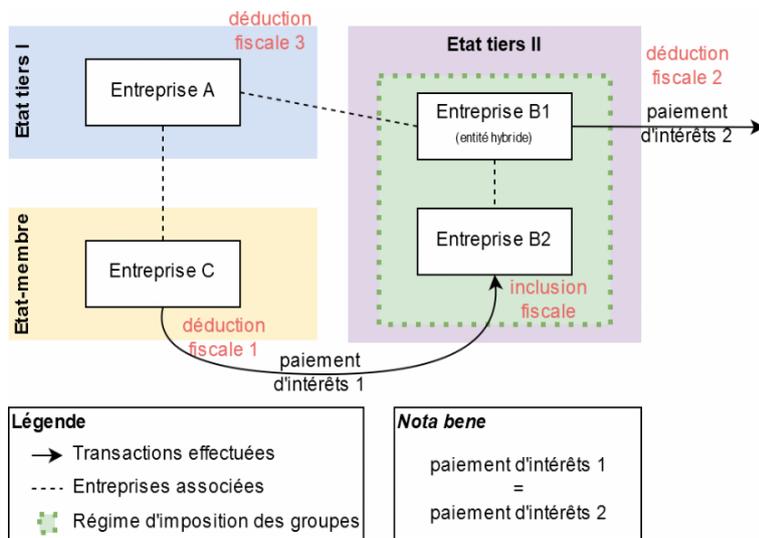
Un prêt subordonné peut, selon les juridictions, être considéré :

- comme un titre de créance dont les intérêts sont déductibles (cas de l'État II) ;
- comme un titre représentatif du capital social (puisqu'il est subordonné à toutes les autres dettes) dont les dividendes sont exonérés d'impôt (cas de l'État I)

Dès lors, les entreprises associées A et B ne paient aucun impôt sur les paiements concernant le prêt subordonné puisque ces paiements sont :

- déduits de l'impôt dans l'État II,
- exonérés, donc non pris en compte, dans l'État I.

Exemple 2 : double déduction importée dans un État-membre via une entité hybride existant entre deux États tiers



Soient trois entreprises A, B2 et C et un organisme hybride B1. Ces quatre organismes sont des entreprises associées.

L'organisme B1 est une entité hybride puisque :

- l'État tiers I considère que l'entité hybride B1 est transparente et que ses revenus sont donc imposables au niveau de l'entreprise A ;
- pour l'État tiers II, les entreprises B1 et B2 sont soumises à un régime de groupe fiscal et sont donc imposées collectivement comme s'il s'agissait d'une seule entité.

L'entreprise C verse des paiements d'intérêts 1 à l'entreprise B2 et peut donc les déduire de son revenu imposable dans l'État-membre. Dans l'État tiers II, ces revenus sont pris en compte dans le revenu imposable du groupe fiscal formé par les entreprises B1 et B2.

Cependant, dans le même temps, l'entreprise B1 verse elle aussi des intérêts à un tiers (paiement d'intérêts 2) pour un montant équivalent au flux entre C et B2. Ces versements sont bien évidemment déductibles des impôts dus par le groupe B1/B2. Ainsi, l'inclusion fiscale du flux C → B2 sera compensée par la déduction fiscale obtenue grâce au flux B1 → tiers.

Avant la prise en compte de l'entreprise A, la situation se présente comme suit :

- l'entreprise C déduit le montant du paiement d'intérêts 1 de son revenu imposable ;
- en contrepartie, B2 doit rajouter ce montant à son revenu imposable, c'est-à-dire à celui du groupe fiscal formé par les entreprises B1 et B2 ;
- B1 peut déduire un montant équivalent du fait du paiement d'intérêts 2 versé à un tiers, faisant ainsi baisser le revenu imposable du groupe.

Pour l'instant, les paiements d'intérêts 1 et 2 étant de même montant, le seul effet fiscal de ces transactions est que C peut déduire le montant en question de son revenu imposable.

Cependant, le fait qu'A et B1 soient des entreprises associées et que B1 est considéré transparent dans l'État tiers I, fait que A peut déduire l'équivalent du paiement d'intérêts 2 de son revenu imposable. Il s'agit là d'un effet de double déduction entre les États tiers I et II.

Le dispositif hybride existant entre I et II est importé dans l'État-membre par l'entreprise C par le biais du paiements d'intérêts 1. Selon les règles prévues dans le présent projet de loi, l'État membre devra alors refuser à C la déduction des intérêts au prorata de la double déduction.

Commentaires de la Chambre des salariés

Concernant tout particulièrement le projet de loi 7465 relative aux dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration, la Chambre des salariés note, tout en insistant sur le respect de l'obligation citée ci-avant, que les avocats ne sont pas toujours des intermédiaires innocents en matière d'évasion fiscale, voire de fraude fiscale et de blanchiment d'argent. Il suffit de penser à la fameuse étude Mossack Fonseca, révélée par les *Panama Papers*. Ce cabinet d'avocats utilisait un système complexe de sociétés écran et de trusts fiduciaires, à travers desquels il a permis à ses clients d'opérer derrière un mur de secret presque impénétrable.

Par ailleurs, la Chambre des salariés tient à formuler ci-dessous un certain nombre d'observations plus générales quant à la fiscalité des entreprises.

1. Complexité

Parlant de complexité, la CSL estime que les initiatives prises au niveau de l'OCDE et au niveau de l'Union européenne pour endiguer la planification fiscale agressive (BEPS/ATAD/ACCIS/Système commun de taxe sur les services numériques), bien qu'elles soient évidemment à saluer, vont considérablement accroître la complexité des législations fiscales nationales, ce qui aura des incidences en termes de charges administratives tant pour les administrations fiscales que pour les contribuables concernés. En raison de cette complexité, les effets des dispositions sur les recettes fiscales sont difficiles à prédire à l'heure actuelle.

En effet, d'après le commentaire relatif à l'article 1^{er} du projet de loi relative aux dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration, « Les dispositifs de planification fiscale à caractère agressif ont évolué au fil des ans pour devenir toujours plus complexes et font en permanence l'objet de modifications et d'ajustements pour répondre aux contre-mesures défensives prises par les autorités fiscales. » Compte tenu de ces difficultés, la directive (UE) 2018/822, plutôt que de définir la notion de planification fiscale agressive, fournit en annexe une liste de caractéristiques, ou marqueurs, présentant des signes potentiels d'évasion fiscale ou de pratiques fiscales abusives.

La directive ATAD1, transposée en législation luxembourgeoise fin 2018, n'est applicable qu'à partir de l'année d'imposition 2019, voire 2020, et la directive ATAD2 n'est qu'au stade de projet de loi. Il est donc beaucoup trop tôt pour en tirer des conclusions quant à l'élargissement de la base imposable et l'augmentation des recettes fiscales. La croissance récente des recettes de l'impôt sur le revenu des collectivités ne peut pas être due à la mise en vigueur des règles anti-BEPS, mais d'autres facteurs, comme la déclaration électronique, en sont responsables¹.

Si l'harmonisation de la base d'imposition prévue va dans le sens d'une harmonisation des règles fiscales en Europe, elle permettra cependant toujours de jouer sur d'autres aspects de la fiscalité, à savoir les taux d'imposition, les niches fiscales ainsi que les dispositifs d'allègement et d'incitation (v. ci-dessous).

2. Taux effectifs d'imposition

La loi du 23 décembre 2016 portant mise en œuvre de la réforme fiscale 2017 a fixé le tarif applicable aux collectivités (IRC) à 18% (à partir de l'année d'imposition 2018) lorsque le revenu imposable du contribuable, personne morale, dépasse 30.000 EUR. Si le revenu imposable ne dépasse pas 25.000 EUR, le taux est fixé à 15%.

La loi du 26 avril 2019 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 2019 a réduit de manière supplémentaire l'imposition des entreprises à partir de l'année d'imposition 2019. Ainsi, le tarif est fixé à

- 15% lorsque le revenu imposable ne dépasse pas 175 000 euros ;
- 26 250 euros plus 31% du revenu dépassant 175 000 euros lorsque le revenu imposable est compris entre 175 000 euros et 200 001 euros ;
- 17% lorsque le revenu imposable dépasse 200 000 euros ».

La loi budgétaire a en outre modifié la loi du 21 décembre 2018 transposant la directive ATAD. Afin de s'aligner sur la transposition de la directive ATAD réalisée dans d'autres pays européens,

¹ « Sur le 1^{er} semestre 2019, l'État a encaissé 15% d'impôts de plus sur un an (soit +1.2 Mia EUR). Cette forte progression provient surtout de la poussée des impôts sur les sociétés. Leur envolée sur la fin de 2018 et le 1^{er} trimestre de cette année devrait en partie refléter l'introduction de la déclaration électronique obligatoire à partir de 2018 (encaissement accéléré suite à une imposition automatique). Ils ont nettement ralenti au 2^e trimestre, mais leur croissance sur la 1^{re} moitié de 2019 s'élève encore à +50% sur un an. » Statec, Conjoncture Flash, juillet 2019

la loi laisse aux groupes intégrés le choix d'appliquer le plafond de déductibilité des intérêts aux résultats soit de l'ensemble du groupe, soit de chacune des sociétés le composant. Ainsi, on offre aux grands groupes d'entreprises une possibilité supplémentaire d'optimisation fiscale, voire d'évitement d'impôts. À ce défaut s'ajoute le fait que l'on rajoute une couche de complexité à la législation fiscale impliquant une augmentation de la charge administrative pour l'Administration des contributions directes alors que la contribution aux recettes fiscales des personnes morales périclité depuis de nombreuses années.

En ce qui concerne les taux nominaux, la baisse du taux de 21% à 17%, voire à 15% pour les petites entreprises avec augmentation du plafond, a déjà été motivée par les mesures fiscales décidées au niveau international (BEPS, ACCIS), sans que lesdites mesures soient complètement implémentées à l'heure actuelle. La réduction est en fait une avance sur les évolutions à venir.

En outre, les sociétés d'une certaine envergure s'intéressant au Luxembourg sont probablement plus intéressées par un taux effectif d'imposition qui leur est fourni par des cabinets de conseils fiscaux que par le taux nominal.

Actuellement, l'impact de la réforme fiscale sur les recettes en matière d'impôt sur le revenu des collectivités n'est pas encore connu. Il n'est donc pas prudent de procéder à une réduction supplémentaire des taux d'imposition nominaux, dont on ne peut pas évaluer l'impact sur les finances publiques.

3. Autres éléments d'optimisation fiscale

Au mois de juillet 2019, dans ses recommandations spécifiques pour le Luxembourg, la Commission européenne invite 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 ».

La CSL s'est à maintes reprises prononcée contre la concurrence fiscale au niveau international. En effet, cette concurrence est malsaine, étant donné qu'elle conduit à un nivellement vers le bas en matière d'imposition et à une érosion des recettes fiscales des Etats. La conséquence en est le risque d'une réduction du rôle de l'Etat qui ne serait plus à même de remplir ses missions et/ou une augmentation de l'imposition des personnes physiques. Les entreprises ont également une responsabilité à contribuer au financement des infrastructures publiques matérielles et immatérielles, celles-ci étant également mises au service de l'économie.

La Commission a cité un élément de de la politique d'optimisation fiscale, à savoir l'imposition (ou non) des dividendes, intérêts et redevances. Notre chambre tient toutefois à souligner qu'il existe un ensemble de facteurs et de critères sur lesquels un Etat peut jouer pour attirer des entreprises multinationales qui souhaitent bénéficier d'un traitement fiscal avantageux. Citons-en quelques-uns :

- le taux d'impôt sur le revenu des sociétés ;
- le report de pertes ;
- un régime d'imposition des droits de propriété intellectuelle ;
- des incitations fiscales R&D ;
- une imposition allégée des plus-values ;
- le défaut d'imposition à la source des dividendes ;
- le défaut d'imposition à la source des intérêts ;
- le défaut d'imposition à la source des droits de licence ;
- des règles avantageuses en matière de dépréciations et amortissements.

D'après ces critères, le Luxembourg n'est certainement pas le plus mauvais élève de l'Union européenne ou de l'OCDE.

4. Transparence

Transparence signifie en premier lieu que la politique fiscale n'est pas un domaine où les problèmes et les différends seraient à résoudre entre entreprises, contribuables fortunés et administrations fiscales, mais c'est un sujet qui relève de l'intérêt public. Les représentants des travailleurs et la société civile ont également leur mot à dire.

En ce qui concerne plus spécialement le taux d'imposition effectif des entreprises, les informations sont particulièrement rares. Or, beaucoup d'études indiquent que le taux d'imposition effectif est parfois largement inférieur au taux nominal.

Ainsi, dans son bulletin 2015/03, la Banque centrale du Luxembourg se penche sur les taux d'imposition implicites des entreprises et calcule un taux de 11% environ. Par ailleurs, selon l'étude «Paying Taxes 2016» de PricewaterhouseCoopers (PwC) et de la Banque mondiale, qui mesure notamment le taux d'imposition total moyen pour une entreprise « type » de taille moyenne² selon les règles fiscales en vigueur en 2014, le taux d'imposition total moyen (qui comprend les prélèvements sociaux) est de 20,1% au Luxembourg. Toutefois, le taux d'imposition du seul bénéficiaire n'est que de 4,2%.

Rappelons aussi que la Commission européenne cite un taux effectif moyen de 23,5 % pour les sociétés à modèle d'affaire traditionnel, alors que le taux correspondant pour les entreprises numériques ne serait que de 9,5 %, certaines d'entre elles ayant toutefois fait usage de règles fiscales spécifiques dans certains États membres, réduisant ainsi leur taux effectif d'imposition à un niveau proche de zéro.

5. Remarques générales sur le système fiscal

Dans ce contexte, la CSL souhaite également rappeler certains principes qui, selon elle, doivent régir de façon impérative le système fiscal d'un pays.

D'une part, et cela malgré l'indubitable nécessité d'alléger la charge fiscale des ménages les plus modestes et de la classe moyenne, le système fiscal luxembourgeois doit pouvoir assurer à l'État suffisamment de recettes afin de subvenir aux besoins d'investissement pour faire face aux défis actuels, notamment d'ordre climatique, et de préparer le pays aux défis à venir tout en assurant à la fois une certaine équité fiscale (*cf. supra*), un haut niveau de cohésion sociale et une croissance durable et préservatrice de notre environnement naturel.

Pour cela, il est nécessaire de garantir une juste contribution aux recettes fiscales des différents acteurs économiques, c'est-à-dire des personnes physiques et des collectivités. En effet, il appert depuis de nombreuses années que la tendance est à une contribution croissante aux recettes de l'État de la part des personnes physiques tandis que les collectivités bénéficient d'un nombre croissant d'allègements et incitatifs fiscaux au nom de la sacrosainte compétitivité du pays.

Par ailleurs, un déséquilibre notoire existe entre l'imposition des revenus du travail et ceux provenant du capital, alors même que le patrimoine des personnes physiques n'est soumis à aucune imposition.

² *Paying Taxes 2016* évalue les impôts et cotisations annuels obligatoires des petites et moyennes entreprises, sur la base d'une « société type », une PME industrielle ou commerciale, créée le 1^{er} janvier 2013. Les impôts et cotisations évalués comprennent l'imposition des bénéfices, les cotisations et les charges sociales supportées par l'employeur, la taxe foncière, l'impôt sur la transmission du patrimoine, l'imposition des dividendes, l'impôt sur les plus-values, la taxe sur les transactions financières et les taxes sur la collecte des déchets, les taxes sur les véhicules et de circulation routière et d'autres droits et taxes accessoires.

Corriger ces déséquilibres (entre personnes physiques et morales ; entre revenus du travail et du capital) permettrait de maintenir les recettes fiscales de l'État à un niveau suffisamment élevé pour faire face aux défis futurs tout en permettant de délester les salariés et retraités à revenus faibles et moyens.

Luxembourg, le 15 octobre 2019

Pour la Chambre des salariés,



Sylvain HOFFMANN
Directeur



Nora BACK
Présidente

L'avis a été adopté à l'unanimité.