

**Projet de loi**

**portant approbation de la Convention entre le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le Gouvernement de la République de l'Inde tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir la fraude fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, et du Protocole y relatif, signés à New Delhi, le 2 juin 2008.**

-----

**Avis du Conseil d'Etat**

(21 avril 2009)

En date du 17 octobre 2008, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a fait parvenir au Conseil d'Etat pour avis le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre des Affaires étrangères et de l'Immigration. Au texte du projet étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles ainsi que le texte de la Convention.

La signature de cette convention tendant à éviter les doubles impositions s'inscrit dans le contexte général du développement des relations bilatérales entre l'Inde et le Luxembourg. L'évolution économique de ces dernières années a permis un essor considérable des relations commerciales et financières entre les deux pays, et cette convention favorisera certainement le développement futur des rapports entre l'Inde et le Luxembourg. L'Inde a incontestablement un fort potentiel économique et le Luxembourg a tout intérêt à stimuler les relations avec ce pays aux multiples facettes.

L'exposé des motifs relève que le Luxembourg avait approché les autorités indiennes dès 1992 en proposant la conclusion d'un traité fiscal. L'Inde a certes donné son accord de principe à l'époque, mais les négociations concrètes n'ont pas pu s'engager avant 2005, en raison de certaines réticences des autorités indiennes. Un accord sur les derniers points de négociation a pu être trouvé en février 2008. Ce processus a donc duré au total une quinzaine d'années: ce fait à lui seul illustre bien les différences d'approche entre les autorités des deux pays.

L'Inde a développé un modèle de convention qui s'inspire plutôt du modèle de convention des Nations Unies alors que le Luxembourg suit essentiellement le modèle de convention de l'OCDE. Le traité fiscal est marqué par cette tension, et le Luxembourg a dû accepter plusieurs clauses qui permettent à l'Etat de la source d'exercer des droits d'imposition très étendus par rapport aux solutions proposées par le modèle de convention de l'OCDE.

En second lieu, les autorités indiennes souhaitent ancrer dans la convention fiscale une coopération étroite entre les administrations fiscales des deux Etats concernés afin de prévenir la fraude fiscale, et dans ce

contexte les autorités indiennes prônent un échange de renseignements qui n'est pas compatible avec les dispositions luxembourgeoises relatives au secret bancaire et au respect de la vie privée.

Enfin, les autorités indiennes ont insisté pour insérer une disposition anti-abus dans le texte de la Convention, afin d'éviter que des contribuables ne retirent un avantage indu de la nouvelle convention fiscale. Sur ces deux derniers points, la position générale du Luxembourg est en retrait par rapport au modèle de convention de l'OCDE et le traité fiscal a développé des formulations de compromis, en tenant compte des positions générales des deux Etats signataires de la Convention.

Comme l'article unique du projet de loi ne suscite pas de commentaires, le Conseil d'Etat se limite à quelques observations ponctuelles portant sur des articles spécifiques de la convention.

A l'article 5, la définition de l'établissement stable emprunte autant au modèle des Nations Unies qu'au modèle de l'OCDE: la formulation retenue est un compromis entre les positions des deux signataires de la Convention.

Les articles 10, 11 et 12 visant les retenues à la source perçues respectivement sur les dividendes, les intérêts et les redevances prévoient un taux unique de retenue à la source de 10%. Ce taux de retenue assez élevé reflète la position de l'Inde. En général, le droit interne luxembourgeois ne prévoit pas de retenue à la source sur les intérêts et les redevances, et les dispositions de la loi du 19 décembre 2008 portant modification de certaines dispositions en matière des impôts directs ont également aboli la retenue à la source sur certains flux de dividendes versés par une société filiale luxembourgeoise à une société-mère située dans un Etat lié au Luxembourg par une convention fiscale.

Le point de vue luxembourgeois, selon lequel les pensions et autres prestations sociales ne sont imposables que dans l'Etat de la source, a également été retenu à l'article 18. Cette disposition, qui est cohérente par rapport au financement et à la fiscalité du système de pension luxembourgeois, est en effet contraire au modèle de convention de l'OCDE. Même si dans le cadre de cette convention les cas d'application de ce principe devaient être rares, le Conseil d'Etat ne saurait qu'encourager le Gouvernement à continuer à défendre ce principe général dans nos conventions bilatérales.

L'article 27 relatif à l'échange de renseignements doit être rapproché du protocole annexé à la Convention. Aux termes de ce protocole, le Luxembourg s'engage à élargir le champ d'application de l'article 27 dès lors que le Luxembourg accorderait à un ou plusieurs Etats membres de l'Union européenne «un arrangement plus favorable ou plus effectif concernant l'échange de renseignements». Le Conseil d'Etat s'interroge sur la portée de cette clause innovante. Il est à prévoir que d'autres Etats proposeront un libellé similaire lors de la négociation de conventions futures. Le Conseil d'Etat conçoit que cette concession s'imposait dans le contexte de la négociation de la convention fiscale sous avis. Il relève toutefois que ce type de formulation introduit un automatisme, qui limite la marge de négociation future des autorités luxembourgeoises.

L'article 29 introduit une limitation des avantages de la Convention, dont l'interprétation pratique peut poser problème dans des cas spécifiques. Le premier paragraphe confirme un principe général, à savoir que les dispositions de la Convention ne font pas obstacle à l'application des dispositions de droit national visant à prévenir la fraude fiscale. Le deuxième paragraphe permet à un Etat signataire de ne pas accorder les avantages de la Convention à une entreprise si un des principaux objectifs de la création de l'entreprise consiste à tirer un avantage fiscal de la Convention et que cet avantage fiscal ne serait pas accordé autrement. Le troisième paragraphe précise la portée de la disposition précitée en ajoutant que les entités morales n'ayant pas d'activité de bonne foi sont couvertes par les dispositions du présent article.

Le Conseil d'Etat s'interroge sur la portée des paragraphes 2 et 3. Il regrette que l'expression « activité de bonne foi » ne soit pas autrement définie. Le Conseil d'Etat suppose que cette expression doit s'interpréter comme la traduction des termes anglais « bona fide transaction », alors que ces termes relèvent du jargon juridique anglo-saxon traditionnel et que leur portée a été définie par la jurisprudence et la doctrine. En ce qui concerne le paragraphe 2, le Conseil d'Etat reconnaît le bien-fondé des clauses anti-abus à caractère général, qu'on retrouve régulièrement en droit fiscal. Il estime toutefois que l'application de cette clause à caractère général doit se faire en tenant compte de la clause générale de bonne foi, qui est implicite à toute clause anti-abus à caractère général. Dans son commentaire relatif à l'article 1<sup>er</sup> de la convention modèle, l'OCDE a formulé la clause de bonne foi comme suit:

« Les dispositions précédentes ne s'appliquent pas lorsque la société établit que son principal objet, ses activités ainsi que l'acquisition et la conservation de la participation ou de tout autre bien générateur du revenu en question sont motivés par de saines considérations commerciales et n'ont donc pas essentiellement pour but de recueillir des avantages procurés par la Convention ».

En l'occurrence, tout contribuable a le droit de choisir la voie la moins imposée en organisant ses affaires, et la fiscalité fait nécessairement partie des critères de décision de l'entreprise. L'entrée en vigueur de la convention fiscale devrait favoriser le flux des affaires entre l'Inde et le Luxembourg, de sorte que le choix du Luxembourg ou de l'Inde comme lieu d'établissement d'une entreprise peut naturellement être influencé entre autres par l'attrait de la convention fiscale. Le rapprochement de la clause de bonne foi citée ci-avant et de la clause anti-abus de l'article 29 permet une interprétation équilibrée en ce sens que l'entreprise devrait conserver le bénéfice de la Convention si elle exerce une activité réelle motivée par de saines considérations commerciales, et que le but essentiel de l'établissement n'est pas de bénéficier d'un avantage de la Convention.

Sous le bénéfice des observations qui précèdent, le Conseil d'Etat peut marquer son accord avec le projet de loi sous avis.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 21 avril 2009.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Alain Meyer