

Projet de loi

portant transposition

- de la directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents ;
- de la directive 2015/121/UE du Conseil du 27 janvier 2015 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents ;

portant modification

- de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;
- de la loi modifiée du 16 décembre 1934 sur l'évaluation des biens et valeurs ;
- de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial ;
- de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ;
- de la loi modifiée du 24 décembre 1996 portant introduction d'une bonification d'impôt sur le revenu en cas d'embauche de chômeurs

Avis du Conseil d'État

(10 décembre 2015)

Par dépêche du 5 août 2015, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous objet qui a été élaboré par le ministre des Finances.

Au texte du projet de loi proprement dit, étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact, une fiche financière ainsi que les textes coordonnés reprenant les articles et les annexes pertinents de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, de la loi modifiée du 16 octobre 1934 sur l'évaluation des biens et valeurs, de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial, de la loi générale des impôts du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ainsi que de la loi modifiée du 24 décembre 1996 portant introduction d'une bonification d'impôt sur le revenu en cas d'embauchage de chômeurs.

Les avis de la Chambre des salariés, de la Chambre de commerce et de la Chambre des fonctionnaires et employés publics ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement des 27 octobre 2015, 30 octobre 2015 et 1^{er} décembre 2015.

L'avis de la Chambre des métiers n'est pas encore parvenu au Conseil d'État.

Considérations générales

Le projet de loi sous avis comporte deux volets.

Dans son premier volet, il vise à transposer dans la législation luxembourgeoise les directives 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents et 2015/121/UE du Conseil du 27 janvier 2015 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et aux filiales d'États membres différents.

Dans l'exposé des motifs du projet de loi relatif à ce volet, le Gouvernement indique que la directive 2014/86/UE s'inscrit dans le contexte de la lutte contre l'érosion de la base imposable et les transferts de bénéfices.

Il est relevé que l'utilisation d'instruments financiers hybrides ayant à la fois des caractéristiques de dette et de capitaux propres a été identifiée comme un outil permettant aux entreprises d'obtenir un avantage fiscal injustifié. Il est ainsi souligné que certains cas de figure peuvent se présenter dans lesquels un instrument financier hybride donne lieu à une déduction d'intérêts dans l'État membre de la filiale, tandis que dans l'État membre de la société mère, cet instrument financier hybride est considéré comme participation qualifiée dont les revenus sont exonérés en application de la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, transposé en droit luxembourgeois par la loi du 2 avril 2014¹.

La directive 2014/86/UE apporte en conséquence des changements permettant d'éliminer les situations de double non-imposition des bénéfices découlant de l'asymétrie de traitement fiscal appliqué aux distributions de bénéfices entre États membres. Afin de parvenir à ces changements, la directive 2014/86/UE modifie la directive 2011/96/UE de manière à ce que les revenus provenant d'une participation qualifiée détenue dans un organisme à caractère collectif résident d'un autre État membre ne soient plus exonérés et soient imposés dans l'État membre de la société mère dans la mesure où ils sont déductibles dans le chef de la filiale non résidente. En outre, la directive 2014/86/UE actualise la liste des sociétés des États membres auxquelles s'appliquent désormais les dispositions de la directive 2011/96/UE.

¹ Loi du 2 avril 2014 portant transposition - de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre; - de la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents; - de la directive 2013/13/UE du Conseil du 13 mai 2013 portant adaptation de certaines directives dans le domaine de la fiscalité, du fait de l'adhésion de la République de Croatie; portant modification - de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu; - de la loi modifiée du 16 octobre 1934 sur l'évaluation des biens et valeurs; - de la loi modifiée d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934.

D'un autre côté, la directive 2015/121/UE introduit dans la directive 2011/96/UE une règle anti-abus commune minimale, laquelle doit permettre d'éviter tout usage abusif de cette dernière directive. À cet égard, le Gouvernement expose qu'à l'heure actuelle, les dispositions nationales mises en place pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ou les pratiques abusives varient fortement d'un État membre à l'autre et reflètent les spécificités du régime fiscal de chaque État membre. L'instauration d'une règle anti-abus commune minimale devrait par conséquent assurer une plus grande homogénéité dans l'application de la directive 2011/96/UE, même si la règle anti-abus commune minimale est censée rester sans effet sur l'application par les États membres de leurs dispositions nationales ou conventionnelles visant à prévenir la fraude et l'évasion fiscales ou les abus.

Précision est faite de ce que la directive 2011/96/UE a été transposée au Grand-Duché de Luxembourg par les articles 147 et 166 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (ci-après « LIR ») et a par ailleurs des répercussions directes sur le paragraphe 9 de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial communal (*Gewerbesteuer*gesetz). Dès lors, la transposition des directives 2014/86/UE et 2015/121/UE requiert logiquement un amendement des articles 147 et 166 LIR ainsi que des textes qui y sont reliés.

Dans son second volet, le projet de loi sous examen vise une série d'objectifs et entend ainsi : élargir le champ d'application de la bonification d'impôt pour investissement dans le chef du bailleur-donneur de crédit-bail, amender le régime d'intégration fiscale, élargir le champ d'application des personnes ayant droit à un sursis de paiement pour l'impôt dû à la sortie ainsi que proroger la bonification d'impôt sur le revenu en cas d'embauchage de chômeurs pour une période de deux ans.

En ce qui concerne le bailleur-donneur de crédit-bail, le Gouvernement estime que le secteur maritime s'est fortement développé et contribue d'une manière non négligeable à l'économie luxembourgeoise, alors même qu'à l'heure actuelle, le donneur de leasing est toujours exclu du bénéfice de l'article 152*bis* LIR du chef de navires utilisés en trafic international. Il propose par conséquent dans le projet de loi sous avis de supprimer l'article 152*bis*, paragraphe 9, alinéa 4 LIR afin que le bailleur donneur de leasing puisse bénéficier de la bonification d'impôt pour investissement, pour autant que les conditions légales soient remplies.

Par ailleurs, le Gouvernement entend faire fruit des enseignements issus de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « CJUE ») en matière de consolidation fiscale et souhaite, par le projet de loi sous avis, modifier l'article 164*bis* LIR. Cette modification vise deux objectifs.

D'une part, permettre, entre autres et dans des conditions déterminées, une intégration fiscale horizontale entre sociétés éligibles détenues par une société mère commune, si cette dernière est une société de capitaux résidente d'un autre État partie à l'Accord sur l'Espace économique européen (ci-après « EEE ») pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités ou un établissement stable situé dans un État EEE et qui y est pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités.

D'autre part, élargir le cercle de sociétés filiales éligibles de sorte à y inclure les établissements stables indigènes de sociétés de capitaux résidentes d'un autre État EEE pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités.

Il s'avère en outre que les modifications apportées au régime d'intégration fiscale prévu par l'article 164*bis* LIR entraînent également une modification subséquente du paragraphe 2 de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial communal, aux fins d'alignement de la terminologie dudit paragraphe à celle qui est désormais utilisée dans les dispositions de l'article 164*bis* LIR.

Le Gouvernement entend également amender le paragraphe 114 de la loi modifiée du 22 mai 1931 («*Abgabenordnung*») afin de faciliter le recouvrement des dettes fiscales en cas de défaillance de la société mère intégrante.

Le présent projet de loi vise encore l'élargissement du champ d'application des personnes ayant droit, dans des conditions déterminées, à un sursis de paiement pour l'impôt dû soit au moment du transfert d'une entreprise ou d'un établissement stable indigène vers un État tiers, soit à l'occasion du transfert de siège des biens de l'actif net investi vers un État tiers. Le Gouvernement estime à ce propos qu'il faut mettre sur un pied d'égalité les transferts réalisés vers un État EEE et ceux réalisés vers un État tiers, si le Luxembourg et l'État tiers ont conclu une convention tendant à éviter les doubles impositions et qui renferme une clause sur l'échange d'informations en matière fiscale substantiellement conforme à l'article 26, paragraphe 1^{er}, du modèle de convention de l'OCDE.

Enfin, le projet de loi sous examen vise également, compte tenu de la situation insatisfaisante du marché de l'emploi, à proroger la bonification d'impôt sur le revenu en cas d'embauchage de chômeurs jusqu'au 31 décembre 2016.

Observations préliminaires sur le texte en projet

Le projet de loi sous examen vise principalement, dans ses deux volets, à transposer les directives 2014/86/UE et 2015/121/UE et à prendre en compte la jurisprudence récente de la CJUE en matière de consolidation fiscale. Il tire par ailleurs les conséquences de ces modifications à effectuer et ajuste, au niveau national, un certain nombre de dispositions légales relatives tant au champ d'application de la bonification d'impôt pour investissement dans le chef du bailleur-donneur de crédit-bail, qu'au champ d'application des personnes ayant droit à un sursis de paiement pour l'impôt dû à la sortie ainsi qu'à la bonification d'impôt sur le revenu en cas d'embauchage de chômeurs pour une période de deux ans.

La transposition des directives 2014/86/UE et 2015/121/UE se traduit notamment par une insertion de la règle anti-abus aux articles 147, point 2, et 166 LIR, par un nouvel alinéa ainsi que par un nouveau paragraphe 2*bis*. Afin d'actualiser la liste des sociétés des États membres auxquelles s'applique dorénavant la directive 2011/96/UE tel que le prévoit la directive 2014/86/UE, il est notamment apporté à l'article 166 LIR précité une

modification aux points s) et t) du paragraphe 10 relatif aux annexes. Dans le cadre de cette transposition, et en rapport avec le principe « la directive et rien que la directive », le Conseil d'État note qu'en dehors des adaptations nécessaires en vue d'assurer un bon agencement avec les textes modifiés, la reproduction en elle-même des textes des directives n'appelle pas d'observations particulières.

Les observations qui suivent sont d'un autre ordre. Il s'agit essentiellement de considérations de compétitivité et d'attractivité du pays, dans le contexte de la présente transposition ainsi que de la prise en compte de la jurisprudence récente de la CJUE en matière de consolidation fiscale.

Le cinquième considérant de la directive 2015/121/UE dispose que « l'insertion d'une règle anti-abus commune minimale dans la directive 2011/96/UE serait très utile pour éviter tout usage abusif de cette directive » et l'article 1^{er} de la directive liste des concepts servant à évaluer le caractère « authentique » ou au contraire abusif d'un montage.

Or, la directive ne donne pas de définition précises des concepts tels que « objectif principal ou l'un des objectifs principaux », « avantage fiscal », « objet ou finalité de la directive », « authentique », « motifs commerciaux valables » et encore « réalité économique », ce qui se traduit pour les États membres d'un côté en une certaine marge d'appréciation dans l'application pratique de ces critères mais aussi, d'un autre côté, dans une situation d'insécurité en matière de planification fiscale dans la mesure où ces critères ne font pas l'objet de définitions claires et ne sont pas non plus consacrés par une pratique administrative établie.

Il ne paraît ainsi pas inutile de signaler à la suite de la Chambre de commerce, en ce qui concerne la clause générale anti-abus que le projet sous avis entend introduire aux articles 147 et 166 LIR que certains États membres, tels le Royaume-Uni et les Pays-Bas, ont choisi de ne pas transposer cette clause telle quelle dans leurs législations nationales, arguant de ce que ces dernières contiennent des dispositions suffisantes et satisfaisantes à ce sujet. En outre, en ce qui concerne le régime des sociétés mères-filiales, certains États, dont le Royaume-Uni et la Hongrie, ne prélèvent à l'heure actuelle aucune retenue à la source sur les distributions de dividendes qui s'opèrent dans un tel contexte.

En conclusion, d'après le Conseil d'État, les règles contenues dans l'actuel paragraphe 6 de la loi modifiée du 16 décembre 1934 sur l'évaluation des biens et valeurs (*Steueranpassungsgesetz*) pourront être considérées comme étant suffisantes et équivalentes aux dispositions de la clause générale anti-abus de la directive 2015/121/UE que le projet sous examen vise à transposer afin d'éviter de transposer en droit interne des définitions qui risquent de conduire à une situation d'insécurité fiscale et juridique pour les contribuables. Il s'impose de rappeler à cet égard que lorsque les objectifs fixés par une directive sont déjà atteints de façon non équivoque par des textes normatifs nationaux existants, il n'est pas requis de recourir à un texte nouveau dans le but de transposer cette directive.

À titre subsidiaire, le Conseil d'État demande à ce que l'article 166 LIR soit modifié. Il renvoie à ses observations sous l'article 2, point 2, de la loi en projet.

Finalement, le Conseil d'État note qu'un sursis d'imposition au transfert de bien isolé, en cas d'apport dudit bien à un établissement stable situé à l'étranger (par exemple dans l'Union européenne, dans l'EEE ou dans les pays tiers conventionnés avec lesquels un échange d'informations est assuré) n'est actuellement pas prévu dans le projet de loi sous avis, alors même qu'une telle absence constitue potentiellement une discrimination au sens du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »)².

Examen des articles

Article 1^{er}

L'article 1^{er} du projet sous avis comprend deux points. D'une part, il modifie et complète l'article 147 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu et, d'autre part, il supprime l'alinéa 4 de l'article 152*bis*, paragraphe 9, de la même loi. Ces modifications appellent quelques observations.

Point 1

Le commentaire des articles précise que la modification introduite au numéro 2 de l'article 147 LIR vise à empêcher une utilisation abusive de l'exemption de la retenue d'impôt à la source dans les conditions prévues par la directive 2011/96/UE. Dès lors qu'il s'agit d'une règle anti-abus commune minimale uniquement destinée à éviter tout usage abusif de la directive 2011/96/UE, son champ d'application doit en conséquence être strictement limité aux distributions visées par l'article 147, point 2, lettre a) LIR.

Toutefois, dans le texte sous avis, cette règle anti-abus est insérée à la fin de la section 2 de l'article 147 LIR, ce qui pourrait laisser croire qu'elle s'applique également à une distribution de dividendes au profit d'une société européenne qui serait visée à l'article 147, point 2, lettre e), c'est-à-dire à une distribution de dividendes à un organisme à caractère collectif pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités qui est un résident de l'État avec lequel le Grand-Duché de Luxembourg a conclu une convention tendant à éviter les doubles impositions, ainsi qu'à son établissement stable indigène.

Afin de prévenir toute ambiguïté et d'écarter, partant, toute incertitude à ce sujet, le Conseil d'État recommande d'insérer la modification à apporter à l'article 147 LIR de la manière suivante :

« **Art. 147.** La retenue d'impôt faisant l'objet de l'article 146 n'est pas à opérer :

1. (...)
2. lorsque les revenus visés par l'article 97, alinéa 1^{er}, numéro 1 sont alloués par un organisme à caractère collectif résident pleinement

² Pour démontrer une telle discrimination, il suffit de prendre le cas d'une société luxembourgeoise qui transfère un actif isolé à un de ses établissements stables luxembourgeois (par exemple une agence bancaire) que l'on comparera au transfert du même actif par la même société à son établissement stable étranger. Dans la première hypothèse, il n'y a pas d'imposition tandis que dans le second cas de figure, il y a une imposition potentielle. Cette imposition potentielle tient de l'analyse à faire selon que le Luxembourg appliquera à l'établissement stable étranger la méthode de l'exemption ou celle du crédit d'impôt.

imposable et revêtant une des formes énumérées à l'annexe de l'article 166, alinéa 10, ou par une société de capitaux résidente pleinement imposable non énumérée à l'annexe de l'article 166, alinéa 10, à :

- a) un autre organisme à caractère collectif visé par l'article 2 de la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents,
- b) (...)
- c) (...)
- d) un établissement stable d'un organisme à caractère collectif visé aux lettres a, b, ou c,
- e) (...)
- f) (...)

Sont exclus du bénéfice des lettres a) et d) ci-dessus, les revenus visés par la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents et alloués à un organisme à caractère collectif qui est résident d'un autre État membre de l'Union européenne et visé par l'article 2 de la directive 2011/96/UE ou à un établissement stable situé dans un autre État membre d'un organisme à caractère collectif qui est résident d'un État membre de l'Union européenne et visé par l'article 2 de la directive 2011/96/UE, si ces revenus sont alloués dans le cadre d'un montage ou d'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 de cette directive, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Au sens de la présente disposition, un montage, qui peut comprendre plusieurs étapes ou parties, ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique ;

(...). »

En ligne avec le principe « la directive et rien que la directive », le Conseil d'État marque ainsi sa préférence pour une transposition *a minima* de la directive et recommande de ne pas étendre le champ d'application de la règle anti-abus à des situations non visées par ce texte européen, à savoir les distributions de dividendes à des sociétés européennes qui rempliraient les conditions d'application de l'article 147, point 2, lettre e) LIR. Cette approche se justifie d'autant plus que le Grand-Duché de Luxembourg s'est doté de sa propre règle anti-abus, laquelle prévoit une condition de soumission à un impôt comparable pour les distributions de dividendes faites vers des pays conventionnés (ce qui inclut la quasi-totalité des États membres de l'Union européenne).

L'application de l'exemption à un bénéficiaire résidant en dehors de l'Union européenne est en effet soumise à la condition qu'il soit pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités luxembourgeois, autrement dit à un impôt perçu par la collectivité publique, de façon obligatoire et à un taux d'impôt effectif qui ne peut être inférieur à la moitié du taux d'impôt sur le revenu des collectivités luxembourgeois. En outre, la détermination de la base imposable doit obéir à des règles et critères analogues à ceux applicables au Grand-Duché de Luxembourg. Il

s'agit là de la condition d'imposition comparable qui est à considérer comme une règle anti-abus destinée à éviter qu'une exemption de retenue à la source soit accordée au Luxembourg sur un revenu qui ne sera pas imposé dans le pays de résidence du bénéficiaire.

Force est en définitive de constater qu'étendre la règle anti-abus de la directive à l'article 147, point 2, lettre e) LIR reviendrait à obliger le Grand-Duché de Luxembourg à effectuer une retenue à la source dans des situations où il aurait octroyé une exemption en l'absence de directive (cf. en ce sens les exemples donnés par la Chambre de commerce dans son avis précité). S'y ajoute le fait que le Grand-Duché de Luxembourg reste par ailleurs libre d'appliquer sa règle anti-abus générale telle qu'elle est prévue par les dispositions du paragraphe 6 de la loi précitée du 16 décembre 1934 (*Steueranpassungsgesetz*).

Dans le même ordre d'idées, et par référence aux observations faites par la Chambre de commerce dans son avis, le Conseil d'État se demande s'il n'est pas pertinent de préciser dans le commentaire de l'article en projet que la règle anti-abus ne trouve pas à s'appliquer dans le cas où le contribuable bénéficie des dispositions d'une convention de double imposition lui permettant de réduire le montant de la retenue à la source.

Point 2

Le point 2 vise à supprimer l'alinéa 4 de l'article 152*bis*, paragraphe 9 LIR en vertu duquel le bénéfice de la bonification d'impôt est refusé au bailleur-donneur de leasing du chef de navires utilisés en trafic international. Si le projet sous avis prévoit désormais d'étendre la bonification d'impôt pour investissement au bailleur-donneur de leasing pour les navires utilisés en trafic international, entre autres, lorsqu'il s'agit d'entreprises maritimes agréées, le Conseil d'État s'interroge, à l'instar de la Chambre de commerce, sur le point de savoir si le preneur de leasing, en principe établi au Grand-Duché de Luxembourg, doit également être une entreprise maritime agréée. Une clarification s'impose à cet égard.

Article 2

L'article 2 du projet sous avis comporte également deux points. Il modifie et complète le titre II de la LIR. Ces modifications appellent certaines observations.

Point 1

Dans le commentaire des articles, les auteurs du projet de loi exposent que la modification introduite par ce point vise à élargir le champ d'application de l'actuel article 164*bis* LIR afin de tenir compte de la jurisprudence établie par la CJUE en matière d'imposition des groupes de sociétés. Il est néanmoins indiqué qu'au lieu de procéder à des ajustements ponctuels de cet article 164*bis* LIR, dans la mesure où les amendements projetés n'ont pas d'impact sur les autres conditions régissant l'application dudit article, il a paru opportun de le remplacer.

Le Conseil d'État note qu'il est louable, dans la prise en compte de la jurisprudence récente de la CJUE en matière de consolidation fiscale, de rechercher une lecture aisée du texte en identifiant les sociétés éligibles

susceptibles d'intervenir dans la constitution d'un groupe intégré, tout comme il est louable de permettre, à côté de l'intégration verticale, l'intégration horizontale.

Le Conseil d'État relève toutefois, à la suite de l'avis de la Chambre de commerce, que l'élargissement du champ d'application de l'article 164bis LIR ainsi tiré de la jurisprudence de la CJUE paraît quelque peu limité. En effet, le domaine des sociétés filiales intégrées pourrait être élargi plus généralement à tout établissement indigène d'une société de capitaux non résidente, c'est-à-dire y compris dans l'hypothèse où une telle société est située hors de l'EEE. Un tel élargissement s'appliquerait tant en cas d'intégration verticale qu'en cas d'intégration horizontale et pour autant que la société mère détenant l'établissement stable indigène soit une société pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités.

Le Conseil d'État recommande en conséquence un alignement du cercle des filiales éligibles sur celui des sociétés mères, en présence d'un établissement stable indigène. Une telle approche présente l'avantage de la cohérence de l'article 164bis LIR ainsi que d'un certain attrait du régime fiscal qui en découle. Ainsi par exemple dans l'hypothèse d'une intégration horizontale, l'élargissement recommandé aux établissements stables de sociétés situées en dehors de l'EEE – pour autant que ces dernières soient pleinement imposables à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités – paraît d'autant plus opportun qu'il est susceptible de faciliter le passage de l'intégration fiscale horizontale à l'intégration fiscale verticale (après la période minimale requise de cinq exercices d'exploitation) dans certains cas, notamment lorsque la société filiale intégrante est un établissement stable indigène d'une société de capitaux non résidente pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités.

Des observations qui précèdent, le Conseil d'État propose, se ralliant ainsi à l'avis de la Chambre de commerce, de modifier le nouvel article 164bis LIR en projet, notamment en son alinéa 1, de la manière suivante :

« **Art. 164bis.** (1) Au sens du présent article on entend par :

1. société intégrée : une société de capitaux résidente pleinement imposable ou un établissement stable indigène d'une société de capitaux non résidente pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités ;

2. (...)

3. (...)

[...] ».

Par ailleurs, le libellé du paragraphe 3 de l'article 164bis en projet se termine ainsi: « (...) de façon à faire masse de leurs résultats fiscaux respectifs avec celui de la société filiale intégrante sous réserve que la société filiale intégrante occupe dans la hiérarchie du groupe composé par la société mère non intégrante au moins le même rang qu'elles-mêmes ». Un tel libellé est équivoque.

Le Conseil d'État propose de clarifier et de préciser la rédaction de ce paragraphe en apportant les modifications suivantes à la fin dudit paragraphe :

« (...) de façon à faire masse de leurs résultats fiscaux respectifs avec celui de la société filiale intégrante sous réserve que la société filiale intégrante occupe dans la hiérarchie du groupe un rang dont le degré de parenté avec la société mère non intégrante est au moins aussi proche que celui des autres membres du groupe ».

Certaines observations tiennent en outre aux conditions à remplir afin de bénéficier du régime d'intégration fiscale que l'article 164bis en projet met en œuvre.

Au titre du commentaire de cet article, les auteurs du projet de loi indiquent que : « *Lorsque deux ou plusieurs des membres d'un groupe intégré sont éligibles pour se constituer société filiale intégrante, le groupe intégré est lié par ce choix durant toute son existence* »³. En outre, il est précisé que « *la formation d'un groupe intégré au sens de l'alinéa 3 n'est pas réservée aux sociétés qui ne pourraient pas former un groupe intégré au sens de l'alinéa 2* »⁴.

Le Conseil d'État comprend que les sociétés sont libres non seulement d'opter pour le type d'intégration fiscale qui leur convient – à savoir une consolidation verticale ou une consolidation horizontale –, mais également de déterminer quelle sera la société mère du groupe lorsque plusieurs sociétés mères sont éligibles. Ces mêmes principes semblent aussi d'application pour un éventuel changement d'une consolidation verticale vers une consolidation horizontale (ou vice versa), après l'expiration d'une période de cinq ans.

Il y a ensuite lieu d'indiquer très clairement, en ce qui concerne l'objectif de l'intégration fiscale, que la recherche d'un objectif fiscal, à savoir une certaine neutralité fiscale, est de l'essence même du régime d'intégration fiscale. De fait, la circulaire d'application de l'article 164bis LIR⁵ précise que : « *L'objectif de l'article 164bis LIR est de permettre à un groupe de sociétés d'opter, dans des conditions déterminées, pour une sorte d'imposition consolidée des sociétés du groupe ou de certaines seulement, sans pour autant mettre en cause l'autonomie patrimoniale des sociétés concernées au regard du droit des sociétés. Le régime d'intégration fiscale constitue ainsi une entorse à la règle de droit fiscal interdisant toute compensation ou transfert de résultat entre sociétés liées. En effet, l'article 164 LIR dispose à ce sujet que tout transfert de bénéfice à un associé, sociétaire ou intéressé constitue une distribution de bénéfice inapte à diminuer la base d'imposition dans le chef de la société distributrice* ».

Or, la pratique administrative récente⁶ semble exiger, comme condition supplémentaire au régime d'intégration fiscale, que la recherche d'un avantage fiscal ne soit pas l'une des motivations essentielles qui guident les sociétés mettant en œuvre une intégration fiscale. C'est ainsi que l'Administration des contributions directes a estimé au sujet de l'article 164bis LIR que : « *Il résulterait des documents parlementaires que l'objectif primordial de l'intégration fiscale consisterait dans la suppression de certaines contraintes d'ordre fiscal susceptibles d'entraver une*

³ Cf. commentaire des articles p. 21, § 2.

⁴ Ibid. p. 21, § 4.

⁵ Cf. Circulaire L.I.R. n° 164bis/1 du 27 septembre 2004, section 1.2.

⁶ Cf. notamment la position de l'Administration dans l'arrêt de la Cour administrative du 18 mars 2014, n° 32984C du rôle ainsi que dans le jugement du Tribunal administratif du 24 juin 2015, n° 34530 du rôle.

modernisation ou une restructuration des structures des groupes d'entreprises. Par contre, l'intérêt fiscal de l'intégration fiscale et notamment l'avantage découlant de la compensation des profits et pertes du groupe, ne devrait pas constituer la motivation essentielle de la demande des entreprises »⁷.

Le Conseil d'État relève que si cette référence aux travaux parlementaires de la loi du 1^{er} juillet 1981 instaurant le régime d'intégration fiscale – lequel régime était alors repris à l'article 164*bis* LIR – est exacte, il faut cependant replacer les exigences qui en sont issues dans leur contexte. En effet, le régime d'intégration fiscale exigeait alors pour les sociétés demanderesse la preuve de l'existence d'une intégration financière, économique et organisationnelle, ainsi que l'obtention de l'agrément du ministre des Finances⁸. Or, cette dernière série de conditions a été supprimée par la loi du 21 décembre 2001 portant réforme de certaines dispositions en matière d'impôts directs et indirects⁹ dont les travaux parlementaires indiquent que : « *L'objectif du régime d'intégration fiscale est de supprimer les contraintes d'ordre fiscal susceptibles d'entraver la mise en place de groupes d'entreprises. Ainsi, ce régime optionnel permet la compensation des pertes avec les bénéficiaires dégagés par les sociétés admises dans le périmètre de l'intégration fiscale et assure ainsi la neutralité fiscale du groupe* »¹⁰. Ces travaux révélaient au demeurant la rigidité du système institué ainsi que les discussions qui en ont dérivé entre l'Administration des contributions directes et les entreprises¹¹.

Ces considérations amènent le Conseil d'État à penser que la quête d'un objectif fiscal, en l'occurrence la neutralité fiscale, est inhérente au régime d'intégration fiscale et ne saurait, partant, être sujet de discussions. Il n'est pas vain de relever à ce propos, à titre de comparaison, que le régime français d'intégration fiscale dont s'inspire très largement l'article 164*bis* LIR indique expressément qu'il a pour but de « *mieux assurer la neutralité de la fiscalité à l'égard des structures économiques et de renforcer la compétitivité des entreprises françaises* »¹².

À la lecture des commentaires, le Conseil d'État comprend que l'article 164*bis* en projet et relatif aux conditions à remplir afin de bénéficier du régime d'intégration signifie qu'il est sous-entendu que la demande conjointe doit renfermer les informations pertinentes permettant au bureau d'imposition compétent pour l'imposition de la société mère intégrante ou la société filiale intégrante de vérifier si les conditions d'application posées par l'article 164*bis* LIR ou le règlement grand-ducal pris en son exécution se trouvent remplies.

Ainsi, le rôle du bureau d'imposition compétent est uniquement de vérifier si les conditions d'application objectives du régime d'intégration fiscale telles que prévues à l'article 164*bis* LIR sont remplies (*adde* circulaire LIR n° 164*bis*/1 du 27 septembre 2004, section 1.4.4). Ceci

⁷ Cf. moyens développés par le délégué du Gouvernement dans le jugement précité du 24 juin 2015, précisement p. 9, § 1.

⁸ Cf. à cet égard le texte original de l'article 164*bis* L.I.R. ainsi que la circulaire n° 164*bis*/1 précitée, section 1.4.4.

⁹ Mémorial A, n° 157 du 27 décembre 2001.

¹⁰ Cf. doc. parl. n° 4855, p. 37.

¹¹ Ibid.

¹² Cf. Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts, Identifiant juridique : BOI-IS-GPE-20120912.

s'entend en conséquence qu'il n'est pas exigé des contribuables concernés qu'ils fournissent des explications ou des justifications quant aux raisons les ayant conduit à opter pour le régime d'intégration fiscale ou à choisir certaines modalités plutôt que d'autres.

Il est par ailleurs rappelé que le but de l'intégration fiscale étant d'assurer une neutralité fiscale entre sociétés d'un même groupe, l'existence d'une motivation fiscale n'est pas en elle-même contraire au but de la loi.

Le Conseil d'État tient au demeurant à relever qu'une telle précision n'exclut nullement l'éventuelle application du paragraphe 6 de la loi précitée du 16 décembre 1934 (*Steueranpassungsgesetz*) à un stade ultérieur, si les conditions posées par les textes ainsi que les règles issues de la jurisprudence administrative sont réunies *in concreto*.

Point 2

Ce point se propose de modifier l'article 166 LIR. Les auteurs du projet de loi exposent dans le commentaire relatif à ce point qu'il s'agit de limiter le champ d'application de l'actuel article 166 LIR, lequel définit les conditions dans lesquelles les revenus d'une participation sont exonérés, afin de le rendre conforme aux dispositions des directives 2014/86/UE et 2015/121/UE.

Le Conseil d'État renvoie aux observations faites ci-avant à propos de l'article 147 LIR, précisément en ce qui concerne une transposition *a minima* des directives. Il y a en conséquence lieu de ne pas étendre le champ d'application de la règle anti-abus à des situations non visées par ces textes, à savoir les distributions de dividendes à des sociétés européennes qui rempliraient les conditions d'application de l'article 166, paragraphe 2, point 3 LIR.

Pour rappel, le Grand-Duché de Luxembourg s'est doté de sa propre règle anti-abus, laquelle prévoit une condition de soumission à un impôt comparable pour les distributions de dividendes faites par des sociétés de capitaux résidentes de pays étrangers. Le Conseil d'État renvoie dans ce contexte aux observations préliminaires du présent avis où il a indiqué que les règles prévues actuellement dans la législation fiscale nationale peuvent être considérées comme étant suffisantes et équivalentes aux dispositions de la clause générale anti-abus de la directive 2015/121/UE.

Toutefois, à titre subsidiaire, si les auteurs du projet de loi sous examen entendent prévoir une transposition particulière de la directive 2015/121/UE en matière de règle anti-abus, le Conseil d'État demande d'insérer les modifications proposées au point 2^o du projet de loi qui modifie l'article 166 LIR de la manière suivante :

« Art. 166. (1) (...)

(2) L'exonération s'applique aux revenus qui proviennent d'une participation au sens de l'article 1^{er} détenue directement dans le capital social :

1. d'un organisme à caractère collectif visé par l'article 2 de la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents,

2. d'une société de capitaux résidente pleinement imposable non énumérée à l'annexe de l'alinéa 10,

(...)

(2bis) Par dérogation à l'alinéa 2, point 1, l'exonération ne s'applique pas aux revenus visés par la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, qui proviennent d'une participation détenue directement dans le capital social d'un organisme à caractère collectif qui est un résident d'un autre État membre de l'Union européenne et visé par l'article 2 de la directive 2011/96/UE, dans la mesure où ils sont déductibles dans cet État membre ou lorsqu'ils sont alloués dans le cadre d'un montage ou d'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 de cette directive, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Au sens de la présente disposition, un montage, qui peut comprendre plusieurs étapes ou parties, ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.

(...). »

Pour ce qui est de la règle anti-abus, il convient de préciser que celle-ci doit en principe s'interpréter de manière autonome. Dès lors, si un État membre décide d'appliquer la règle anti-abus à une distribution de profits faite à une société luxembourgeoise, le Luxembourg ne sera pas tenu par l'analyse faite de cette disposition par l'État de la source et restera par conséquent libre de considérer, sur la base de sa propre interprétation, si la règle anti-abus doit ou non être appliquée.

Il y a en outre lieu de préciser les modalités d'imposition en cas d'application de la règle anti-abus. En effet, il est à prévoir que le Luxembourg ne pourra pas exonérer les dividendes reçus sur la base de l'article 166, paragraphe 2, point 1 LIR. Par contre, les autres dispositions de droit interne dont notamment celles des articles 166, paragraphe 2, point 3, 115, point 15a ou 134bis LIR resteront applicables le cas échéant et ce, dans la mesure où leurs conditions d'application se trouvent concrètement réunies.

Pour ce qui est de la règle « anti-hybrides », il s'avère utile d'en préciser les modalités d'application. Ainsi, l'exonération prévue à l'article 166, paragraphe 2, point 1 LIR ne trouvera pas à s'appliquer si les profits sont déductibles dans l'État de source. Il en résulte qu'il y a lieu d'indiquer au moins de manière sommaire, d'une part, quelles seront les pièces justificatives à fournir par le contribuable aux fins de prouver que les distributions en cause n'ont pas été déduites localement et, d'autre part, à quel moment ces pièces devront être fournies.

Article 3

Cet article qui modifie l'annexe figurant au paragraphe 60, alinéa 4 de la loi précitée du 16 octobre 1934 (*Steueranpassungsgesetz*) n'appelle aucune observation particulière de la part du Conseil d'État.

Article 4

Cet article n'appelle pas d'observation particulière de la part du Conseil d'État.

Article 5

Cet article comporte deux points et vise à modifier et à compléter les paragraphes 114 et 127, alinéas 2 et 3 de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« *Abgabenordnung* »).

Point 1

Le point 1 de l'article 5 du projet sous avis vise à modifier le paragraphe 114 de l'*Abgabenordnung*. Il traite du sort des dettes fiscales ainsi que des intérêts de retard, frais et astreintes y relatifs en cas d'application du régime d'intégration fiscale. Ce point n'appelle aucune observation de la part du Conseil d'État.

Point 2

Le point 2 de l'article 5 en projet a pour objet la modification du paragraphe 127, alinéas 2 et 3 de l'*Abgabenordnung*. Cette modification vise à transposer en droit luxembourgeois la jurisprudence de la CJUE en matière de fiscalité applicable aux transferts d'entreprise ou d'établissement stable à l'étranger, connue sous l'expression d'*exit tax*¹³.

Dans la mesure où l'*exit tax* est par nature une restriction aux libertés fondamentales du TFUE, celle-ci doit en conséquence être proportionnée aux objectifs fixés par la mesure d'*exit tax* à savoir assurer la perception de l'impôt déterminé au jour du transfert mais dû de manière différée dans le temps (par exemple au jour de la réalisation effective de l'actif). À cet égard, le Conseil d'État relève que l'extension du bénéfice du sursis aux États avec lesquels le Grand-Duché du Luxembourg a conclu une convention de non double imposition – renfermant une clause sur l'échange d'informations en matière fiscale substantiellement conforme à celle de la convention modèle de l'OCDE – est à approuver comme satisfaisant à l'exigence de proportionnalité.

En effet, l'existence d'une telle mesure d'échange d'informations permet d'assurer à l'Administration fiscale luxembourgeoise l'accès à l'information nécessaire pour une imposition effective au jour où l'impôt est dû et ne paraît par ailleurs pas attenter de manière excessive aux libertés garanties par le TFUE.

Finalement, l'exposé des motifs fait en effet référence à un « *transfert de siège de biens de l'actif net investi vers un État tiers* »¹⁴. Cette expression, reprise de manière à peu près similaire dans le paragraphe suivant de l'exposé des motifs, est trompeuse en ce qu'elle pourrait laisser

¹³ Cf. par exemple CJUE, aff. C-371/10 National Grid indus du 29 novembre 2011 ; Commission Vs Portugal (C-38/10 ; DI VI (C-380/11) ; Commission Vs Pays-Bas (C-301/11) ; Commission Vs Espagne (C-64/11) ; Commission Vs Danemark (C-261/11) et DMC (C-164/12).

¹⁴ Cf. Exposé des motifs p. 16, § 5.

croire que le sursis d'imposition s'applique également dans l'hypothèse d'un transfert de bien isolé de l'actif net investi. Le Conseil d'État conçoit l'application du texte en ce sens que seules les branches d'activités, les parties autonomes d'entreprises ou les migrations de sociétés sont visées par le sursis.

Article 6

Cet article vise à modifier la loi modifiée du 24 décembre 1996 portant introduction d'une bonification d'impôt sur le revenu en cas d'embauchage de chômeurs.

Le Conseil d'État note qu'il est fait état dans l'exposé des motifs du projet sous avis d'une bonification d'impôt pour une période de deux ans. La fixation de la date de la fin de ladite bonification au 31 décembre 2016 n'appelle aucune observation particulière de la part du Conseil d'État, dès lors qu'il est indiqué que cette disposition entre en vigueur à partir de l'année d'imposition 2015.

Article 7

Les dispositions de cet article précisent les modalités d'entrée en vigueur de la loi en projet. Elles n'appellent aucune observation particulière de la part du Conseil d'État.

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Le Conseil d'État tient à rappeler qu'au regard de la nature technique du projet sous avis, une très grande précision est requise dans l'utilisation et le maniement de concepts fiscaux nouveaux, d'où l'exigence de définitions ou de critères objectifs devant servir à l'appréciation ou à l'application de tels concepts. À ce propos, il est de bonne pratique de regrouper les définitions dans un article placé en tête du dispositif, à moins que la définition ne se rapporte exclusivement qu'à une partie déterminée dudit dispositif ou à une annexe. Il conviendra donc d'en tenir compte dans la mise en œuvre des recommandations faites par le Conseil d'État en ce qui concerne les définitions.

En outre, il n'est pas inutile d'insister sur la concision des articles dont la structure ne doit pas être trop complexe, au risque de susciter des ambiguïtés.

Par ailleurs, il est de règle en matière de structure des articles dans un texte normatif que l'article soit subdivisé en alinéas, voire en paragraphes. L'alinéa ne peut cependant pas être introduit par un signe distinctif, c'est-à-dire par une lettre ou un numéro.

La division de l'article en paragraphes ne s'impose que dans la mesure où le nombre d'alinéas est susceptible de compliquer les références qui y seraient faites. Le paragraphe se distingue quant à lui par un chiffre cardinal arabe, placé entre parenthèses à savoir par exemple (1), (2)... L'usage de parenthèses sert à éviter toute confusion avec le mode de numérotation

employé pour caractériser les énumérations, étant entendu que dans un tel mode le chiffre est suivi d'un point.

Le projet sous avis fait à chaque fois référence aux alinéas, lesquels sont cependant introduits avec des chiffres cardinaux arabes placés entre parenthèses. À titre d'exemple, l'article 2 du projet se réfère aux alinéas, alors que ceux-ci sont introduits par des chiffres cardinaux arabes placés entre parenthèses. En outre, l'article 5, point 2, du projet qui, tout en indiquant la modification des alinéas 2 et 3 du paragraphe 127, introduit lesdits alinéas par (2) et (3).

Une telle subdivision a contraint le Conseil d'État à se référer dans le présent avis aux paragraphes et non aux alinéas.

L'ensemble du projet doit donc être revu à cet égard.

Article 1^{er}

Point 1

Le numéro 2 de l'article 147 LIR modifié doit être corrigé et indiquer que : « Sont exclus du bénéfice des lettres a) et d) ci-dessus (...) ».

Article 2

Point 1

Le point 1 du paragraphe 1^{er} de l'article 164*bis* modifié doit être corrigé de la manière suivante :

« 1. société intégrée : une société de capitaux résidente pleinement imposable ou un établissement stable indigène d'une société de capitaux « non résidente pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités ; »

En outre, le libellé du paragraphe 3 de l'article 164*bis* en projet doit être reformulé pour plus de clarté de la manière suivante :

« (...) de façon à faire masse de leurs résultats fiscaux respectifs avec celui de la société filiale intégrante sous réserve que la société filiale intégrante occupe dans la hiérarchie du groupe un rang dont le degré de parenté avec la société mère non intégrante est au moins aussi proche que celui des autres membres du groupe ».

Point 2

Le point 1 du paragraphe 2 de l'article 166 LIR modifié doit être repris au début du paragraphe 2*bis* nouveau en projet de la manière suivante :

« (2*bis*) Par dérogation à l'alinéa 2, point 1, (...) ».

En outre, lorsqu'il est question d'insérer un nouveau paragraphe dans un texte promulgué, le chiffre figurant entre parenthèses est à faire suivre du qualificatif *bis*, *ter*, etc., à mettre en italique et directement rattaché au chiffre. Il y a ainsi lieu de rectifier le point 2 de l'article 2 du projet sous avis et d'écrire : (...) Il est inséré un nouveau paragraphe 2*bis* libellé comme suit : (2*bis*) ...

Articles 3 à 7

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 10 décembre 2015.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Viviane Ecker