

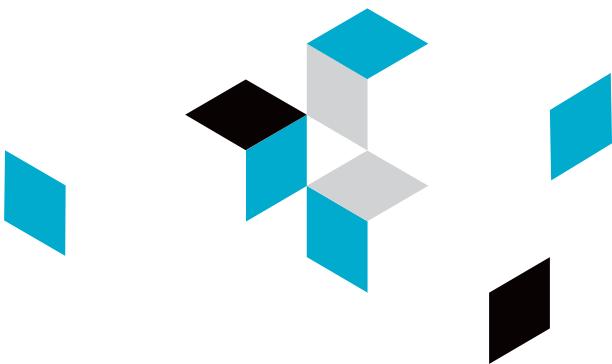
ATOZ REPORTS

EXTENDED ANALYSIS ON CURRENT TAX TOPICS - NOVEMBER 2019

Les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées au Luxembourg

Par Oliver R. Hoor et Fanny Bueb





DÉTAILS CONCERNANT LES AUTEURS



OLIVER R. HOOR
Tax Partner
Head of Transfer Pricing
and German Desk



FANNY BUEB
Tax Director

Atoz Tax Advisers (Taxand Luxembourg)

Pour contacter les auteurs :

oliver.hoor@atoz.lu

fanny.bueb@atoz.lu

Tel. +352 269 401 www.atoz.lu

REMERCIEMENTS

Les auteurs remercient la personne suivante pour son aide précieuse à la rédaction de ce rapport :



MARIE BENTLEY

Knowledge Manager

ATOZ Tax Advisers (Taxand Luxembourg)

marie.bentley@atoz.lu

SOMMAIRE

01. INTRODUCTION	7
02. LE CHAMP D'APPLICATION DES RÈGLES SEC	7
2.1. Les entités visées par les règles SEC	7
2.2. Définition d'une SEC	7
2.3. Entreprises associées	8
2.4. SECs exclues du champ d'application des règles SEC	9
2.5. Bénéfices non distribués	9
2.6. Montages non authentiques	10
2.7. Liste de vérification : application des règles SEC	11
03. CALCUL DES REVENUS DES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES CONTRÔLÉES ET TRAITEMENT FISCAL DES REVENUS DES SECS	13
3.1. Commentaires préliminaires	13
3.2. Calcul des revenus des SECs	13
3.3. Mécanismes pour éviter la double imposition	15
04. LES RÈGLES SEC DANS UN CONTEXTE EUROPÉEN	16
05. ANALYSE CRITIQUE DES RÈGLES SEC	17
5.1. Commentaires introductifs	17
5.2. Les règles en matière de prix de transfert versus les règles SEC	17
5.3. Risque de double imposition	18
5.4. Considérations relatives à la dérogation des règles SEC aux conventions fiscales	20
06. CONCLUSION	21

La réforme fiscale 2019 transpose en droit fiscal luxembourgeois la directive établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur¹ (« ATAD ») et d'autres mesures relatives à l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (« BEPS »). ATAD exige que les Etats membres de l'Union Européenne (« UE ») mettent en place un certain nombre de règles anti-abus, incluant des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (« SEC ») et laisse aux Etats membres une certaine latitude quant à la manière dont ils choisissent de les transposer. Cet article analyse le champ d'application et le fonctionnement des nouvelles règles SEC luxembourgeoises, et considère également les problèmes inhérents aux règles SEC comme par exemple le chevauchement avec les règles en matière de prix de transfert et le risque de double imposition.

¹ Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur.

01 INTRODUCTION

Les sociétés qui font partie d'un même groupe sont généralement imposées séparément en tant qu'entités juridiques distinctes. Lorsqu'une société mère luxembourgeoise a une filiale, les bénéfices de cette dernière sont imposables, au niveau de la société mère, uniquement lorsqu'ils sont distribués. En fonction de l'Etat de résidence et du traitement fiscal de la filiale, les revenus de dividendes peuvent être soit exonérés (entièvement ou en partie), soit imposables avec un droit de créditer les retenues à la source potentiellement prélevées dans l'Etat de source.²

Par conséquent, si une société filiale étrangère est située dans un pays ayant un faible niveau d'imposition, l'imposition des bénéfices de cette entité peut être différée jusqu'au moment de la distribution effective des bénéfices. L'objectif des règles SEC³ est d'éliminer les différences d'imposition (à long terme) causées par l'absence de distribution des bénéfices de filiales soumises à un faible niveau d'imposition.

Dans le cadre du plan BEPS Action 3, l'organisation de coopération et de développement économique (« OCDE ») a développé des recommandations concernant la conception des règles SEC. Toutefois, alors que l'OCDE fournissait de simples recommandations pour les pays qui souhaitent adopter des règles SEC dans leur législation interne, l'UE a inclus, dans ATAD, les règles SEC comme norme minimale.

02 LE CHAMP D'APPLICATION DES RÈGLES SEC

2.1. Les entités visées par les règles SEC

Les règles SEC s'appliquent à tous les organismes à caractère collectif pleinement imposables au Luxembourg, incluant les sociétés listées à l'article 159 de la loi concernant l'impôt sur le revenu (« LIR ») (sociétés luxembourgeoises, associations, etc.) et aux établissements stables (« ES ») luxembourgeois de sociétés non résidentes.⁴

2.2. Définition d'une SEC

Au sens de l'article 164ter LIR, on entend par SEC un organisme à caractère collectif ou un ES, dont les revenus ne sont pas imposables ou sont exonérés au Luxembourg lorsque les conditions suivantes sont simultanément remplies :

- (1) dans le cas d'un organisme à caractère collectif, le contribuable, à lui seul ou avec ses entreprises associées,
 - a. soit détient une participation directe ou indirecte de plus de 50% des droits de vote dans cet organisme à caractère collectif,
 - b. soit possède, directement ou indirectement, plus de 50% du capital dans cet organisme à caractère collectif,
 - c. soit est en droit de recevoir plus de 50% des bénéfices de cet organisme à caractère collectif ; (« critère relatif au contrôle »)⁵et
- (2) l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par l'organisme à caractère collectif ou l'ES est inférieur à la différence entre, d'une part, l'impôt sur le revenu des collectivités (« IRC ») qui aurait été supporté par l'organisme à caractère collectif ou l'ES au Luxembourg et, d'autre part, l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par l'organisme à caractère collectif ou l'ES, établi et payé par celui-ci (« critère relatif au faible niveau d'imposition »).

² Article 97, (1), n°1 de la loi sur l'impôt sur le revenu au Luxembourg (« LIR ») en lien avec l'article 166 (1) LIR (régime mère-fille luxembourgeois), article 115, n°15a LIR (exonération de 50% pour les dividendes reçus de certaines filiales lorsque les conditions du régime mère-fille ne sont pas remplies) ou l'article 134bis LIR (crédit d'impôt).

³ Le Rapport Final concernant l'Action 3 a été publié en octobre 2015. Voir :

<https://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/neutraliser-les-effets-des-dispositifs-hybrides-action-2-rapport-final-2015-9789264255104-fr.htm>.

⁴ Article 160 (1) LIR.

⁵ Article 164ter (1) n°1 LIR.

En d'autres termes, le montant de l'impôt effectivement payé est inférieur à 50% de l'impôt qui aurait été dû au Luxembourg. Etant donné que le taux de l'IRC est de 17%,⁶ les règles SEC ne seront applicables que si l'imposition des profits au niveau de l'organisme à caractère collectif ou de l'ES est inférieure à 8.5% sur une base comparable.⁷

Lorsqu'on analyse si le critère relatif au faible niveau d'imposition est rempli pour ce qui concerne une filiale directe ou indirecte, l'article 164ter (1) n°2 LIR précise que les bénéfices attribuables à un ES (i) qui n'est pas imposable ou (ii) qui est exonéré d'impôt sur le territoire où il est situé, ne sont pas pris en considération.⁸ Il s'ensuit que seul le traitement fiscal des bénéfices attribuables à la filiale dans son Etat de résidence est pertinent pour évaluer le critère relatif au faible niveau d'imposition.

Enfin, lorsqu'on doit analyser l'impôt effectivement payé par la filiale ou l'ES, seuls les impôts qui sont comparables à l'IRC doivent être pris en compte.

2.3. Entreprises associées

Quant au critère relatif au contrôle qui doit être rempli dans le cas des organismes à caractère collectif, il faut vérifier si la société luxembourgeoise a elle-même ou avec des sociétés liées, directement ou indirectement, une participation minimale dans cette entité.

L'article 164ter LIR définit ainsi le terme d'entreprise associée :

1ère catégorie : un organisme à caractère collectif dans lequel le contribuable détient, directement ou indirectement, une participation de 25% ou plus des droits de vote, ou du capital, ou dont il est en droit de recevoir 25% ou plus des bénéfices ;

2ème catégorie : une personne physique ou un organisme à caractère collectif qui détient, directement ou indirectement, une participation de 25% ou plus des droits de vote ou du capital du contribuable, ou qui est en droit de recevoir 25% ou plus des bénéfices de ce contribuable ;

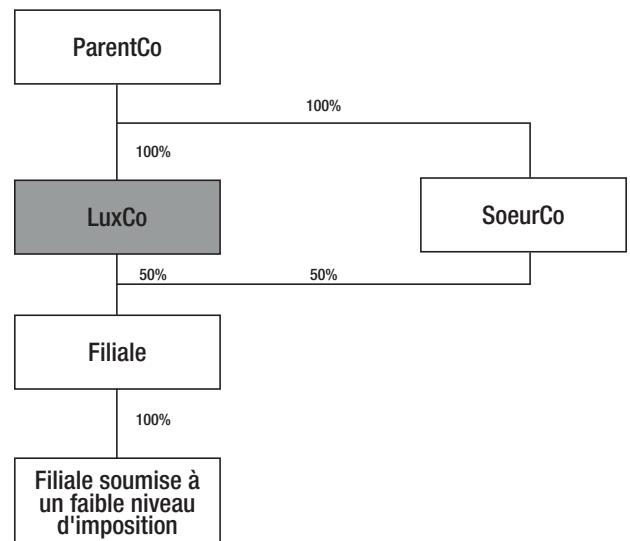
3ème catégorie : un organisme à caractère collectif dans lequel des entreprises associées telles que définies dans la catégorie 2 détiennent, directement ou indirectement, une participation de 25% ou plus des droits de vote ou du capital du contribuable, ou qui est en droit de recevoir 25% ou plus des bénéfices de cette entité.⁹

A cet égard, le terme organisme à caractère collectif comprend les sociétés opaques et les entités transparentes, indépendamment du fait qu'elles soient résidentes au Luxembourg ou à l'étranger.¹⁰

Exemple : Entreprises associées

Une société luxembourgeoise (« LuxCo ») détient une participation de 50% dans une filiale (« Filiale ») qui détient quant à elle une participation dans une société fiscalement résidente dans un pays à faible fiscalité (« Filiale soumise à un faible niveau d'imposition »). Une société sœur de LuxCo (« SoeurCo ») est quant à elle détenue par le même actionnaire que LuxCo (« ParentCo ») et détient les 50% restants dans la Filiale.

Dans le cas présent, ParentCo, SoeurCo, Filiale et la Filiale soumise à un faible niveau d'imposition sont toutes des entreprises associées de LuxCo. Dès lors, LuxCo (avec ses entreprises associées) est considérée comment détenant 100% des actions de la Filiale soumise à un faible niveau d'imposition. Par conséquent, la Filiale soumise à un faible niveau d'imposition est techniquement une SEC de LuxCo.



⁶ Le taux à l'impôt sur le revenu des collectivité (« IRC ») a été réduit à 17% à partir du 1er janvier 2019 suite à une annonce récente du gouvernement luxembourgeois.

⁷ Article 164ter (1) n°2 LIR : pour les besoins du critère relatif au faible niveau d'imposition, le revenu imposable de la participation directe ou indirecte dans la filiale doit être déterminé comme si c'était un contribuable luxembourgeois, en appliquant les règles fiscales luxembourgeoises. Le résultat de ce calcul est la comparabilité de la base imposable.

⁸ Article 164ter (1) n°2 LIR : les profits alloués à l'ES étranger d'une filiale directe ou indirecte doivent être ignorés lors de la détermination de l'hypothétique base imposable des profits de l'entité.

⁹ Article 164ter (2) LIR.

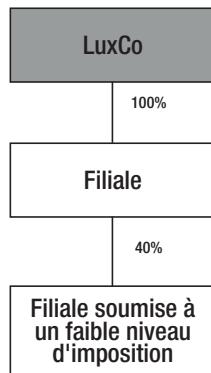
¹⁰ Ici, l'article 164ter (2) LIR se réfère aux organismes au sens de l'article 159 LIR (sociétés luxembourgeoises). L'article 160 LIR (sociétés non-résidentes) et l'article 175 LIR (entités qui sont considérées comme transparentes d'un point de vue du droit fiscal luxembourgeois).

Il est intéressant de noter que la définition d'entreprises associées au sens de l'article 164ter LIR est plus large que le concept d'entreprises associées tel que défini à l'article 9 du Modèle de Convention Fiscale de l'OCDE.

Lorsqu'il s'agit de calculer le pourcentage d'une participation indirecte, les pourcentages de participation de la chaîne de détention doivent être multipliés entre eux.¹¹

Exemple : Participation indirecte dans une Filiale soumise à un faible niveau d'imposition

Une société luxembourgeoise (« LuxCo ») détient une participation de 100% dans une filiale (« Filiale ») qui à son tour détient une participation de 40% dans une société qui remplit le critère relatif au faible niveau d'imposition (« Filiale soumise à un faible niveau d'imposition »).



En l'espèce, LuxCo est considérée comme détenant une participation de 40% dans la Filiale soumise à un faible niveau d'imposition (i.e. $100\% * 40\% = 40\%$). Dès lors, la Filiale soumise à un faible niveau d'imposition n'est pas une SEC de LuxCo.

2.4. SECs exclues du champ d'application des règles SEC

Les organismes à caractère collectif ou ES exclus du champ d'application des règles SEC sont les suivants :

- Un organisme à caractère collectif ou un ES réalisant un bénéfice commercial inférieur à 750.000 euros ;
- Un organisme à caractère collectif ou un ES réalisant un bénéfice commercial qui ne dépasse pas 10% des coûts de fonctionnement pendant l'exercice d'exploitation.¹²

Ces exceptions déterminent des seuils minimaux afin d'exclure du champ d'application de l'article 164ter LIR les SECs qui génèrent des bénéfices insignifiants, afin de limiter la charge administrative qui pèse sur les contribuables et les autorités fiscales.

2.5. Bénéfices non distribués

L'article 164ter LIR s'applique uniquement lorsque la SEC ne distribue pas ses revenus nets au cours de l'exercice d'exploitation pendant lequel ils ont été réalisés. Dès lors, lorsqu'une SEC distribue ses bénéfices avant la fin de l'année, les règles SEC ne sont pas applicables.¹³

Dans le cas de SECs indirectes, qui sont détenues au travers d'une ou plusieurs sociétés intermédiaires, les revenus nets devraient être considérés comme distribués seulement à condition que la société mère luxembourgeoise reçoive un dividende. En revanche, la distribution des revenus nets d'une SEC à une société intermédiaire ne devrait pas être considérée comme une distribution au sens des règles SEC luxembourgeoises.

¹¹ Article 164ter (2) LIR.

¹² Article 164ter (1) LIR : il s'agit des options de transposition telles qu'édictées par ATAD.

¹³ Le remboursement de capital ou de primes d'émission ne devrait pas être considéré comme une distribution en ce sens.

Les bénéfices sont généralement distribués après la fin de l'exercice d'exploitation au cours duquel ils ont été réalisés, et seulement lorsque les états financiers ont été approuvés. La distribution des bénéfices avant la fin de la période d'exploitation implique un certain niveau de complexité du fait de, par exemple, la préparation de comptes intérimaires (potentiellement soumis à l'approbation d'un audit externe) et l'organisation d'un conseil d'administration supplémentaire afin de prendre la décision relative à la distribution. De plus, il est possible que la SEC ne soit pas en position de payer un dividende à défaut de liquidités, étant donné que ce revenu (par exemple des revenus d'intérêts ou de redevances) peut seulement être couru mais non payé.

Les coûts et la charge administrative liés à la distribution de bénéfices avant la fin de l'année peuvent être encore plus importants dans le cas de SECs indirectes qui devraient distribuer leurs revenus nets au travers d'une chaîne de plusieurs entités jusqu'à la société mère luxembourgeoise.

2.6. Montages non authentiques

L'article 164ter LIR est une règle anti-abus spécifique qui prévoit que les revenus nets non distribués¹⁴ d'un organisme à caractère collectif ou d'un ES, qui qualifie de SEC, sont imposables au Luxembourg à condition que les revenus nets non distribués proviennent de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal.

Par ailleurs, un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique lorsque l'entité ou l'ES ne posséderait pas les actifs qui sont la source de tout ou partie de ses revenus ni n'aurait pris les risques qui y sont associés si elle ou il n'était pas contrôlé(e) par une société luxembourgeoise où les fonctions importantes liées à ces actifs et risques sont assurées et jouent un rôle essentiel dans la création des revenus de la SEC.

Dès lors, les règles SEC ne devraient pas s'appliquer lorsqu'une société luxembourgeoise n'exerce pas des fonctions importantes liées aux actifs et risques de la SEC. Toutefois, le seul fait que la société luxembourgeoise exerce des fonctions ou rend des services au profit de la SEC, ne permet pas, en soi, de conclure que le montage ou la série de montages n'est pas authentique.

Etant donné que la définition de montages non authentiques telle que prévue à l'article 164ter LIR n'est pas vraiment claire, l'interprétation de ce concept pourrait être réalisée à la lumière de la définition de montages non authentiques telle qu'insérée dans la clause anti-abus générale (« **GAAR** ») dans ATAD.¹⁵ Cette clause précise qu'un montage 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.¹⁶

Par conséquent, lorsqu'un contribuable luxembourgeois peut établir l'existence de raisons économiques valables et peut prouver que ce montage reflète la réalité économique, les règles SEC ne devraient pas s'appliquer, quelles que soient les fonctions importantes exercées par le contribuable luxembourgeois. Au lieu de cela, la société mère luxembourgeoise devrait recevoir une rémunération de pleine concurrence pour les services rendus au profit de la SEC.

Les règles SEC semblent également inclure un test subjectif étant donné que les règles SEC s'appliquent uniquement à condition que le montage ait été mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal. A nouveau, lorsqu'un contribuable peut prouver qu'il y a des raisons commerciales valides justifiant un montage, ce dernier ne devrait pas être considéré comme existant dans le seul but d'obtenir un avantage fiscal.

En pratique, les groupes multinationaux centralisent généralement certaines fonctions comme les activités de trésorerie ou de gestion des actifs immatériels au sein d'une seule entité qui rend des services à d'autres membres du groupe. Lorsqu'un groupe multinational a une plateforme d'investissement au Luxembourg qui gère certaines activités au profit d'autres entités du groupe, en ce compris les SECs, les règles SEC ne devraient s'appliquer qu'à condition que ce contribuable ne puisse pas établir des raisons commerciales

¹⁴ Les revenus nets non distribués de la SEC sont les revenus nets réalisés par la SEC pendant la période comptable (les revenus nets reportés des années comptables précédentes ne sont pas pris en compte). Les revenus de la SEC doivent être pris en compte pendant l'année d'imposition de la société luxembourgeoise au cours de laquelle l'année comptable de la SEC se termine.

¹⁵ Cette définition a également été incluse dans le concept d'abus de droit en droit fiscal luxembourgeois (section 6 de la loi d'adaptation fiscale) qui a été modifié au cours de la réforme fiscale 2019 afin d'être en ligne avec la GAAR édictée par ATAD. Étant donné que l'article 164ter LIR est une règle anti-abus spécifique qui cible des montages non authentiques, tout comme la GAAR, il ne devrait pas y avoir de place pour l'application de la GAAR lorsque les règles SEC ne sont pas applicables (dans le cas de filiales ou d'ES soumises à un faible niveau d'imposition).

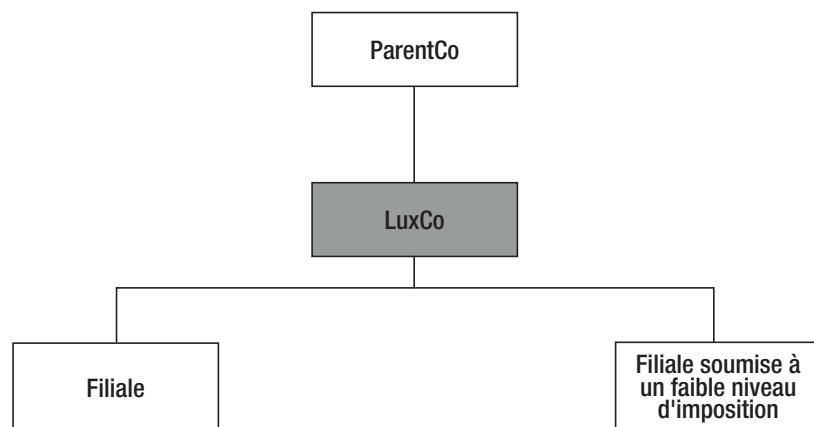
¹⁶ Voir article 6, n°2, ATAD.

valides pour ce montage. Dans ce cas, la substance (appropriée) de la SEC est un élément important permettant de justifier le rationnel commercial de la structure du groupe.

Exemple : l'activité centralisée de trésorerie

Un groupe multinational exerce son activité commerciale en Europe au travers d'une société luxembourgeoise (« LuxCo ») qui a le rôle d'une plateforme européenne d'investissement. Entre autres, LuxCo emploie une équipe de trésorerie qui est en charge de toutes les fonctions de trésorerie relatives à l'activité européenne.

LuxCo a une filiale qui est soumise à un faible niveau d'imposition au sens de l'article 164ter (1) n°2 LIR et exerce plusieurs activités, en ce compris le financement d'autres sociétés du groupe. En ce qui concerne les emprunts intra-groupes de la SEC, LuxCo gère les fonctions de trésorerie en échange d'une rémunération de pleine concurrence. En termes de substance, la SEC a une réelle présence dans son Etat de résidence.



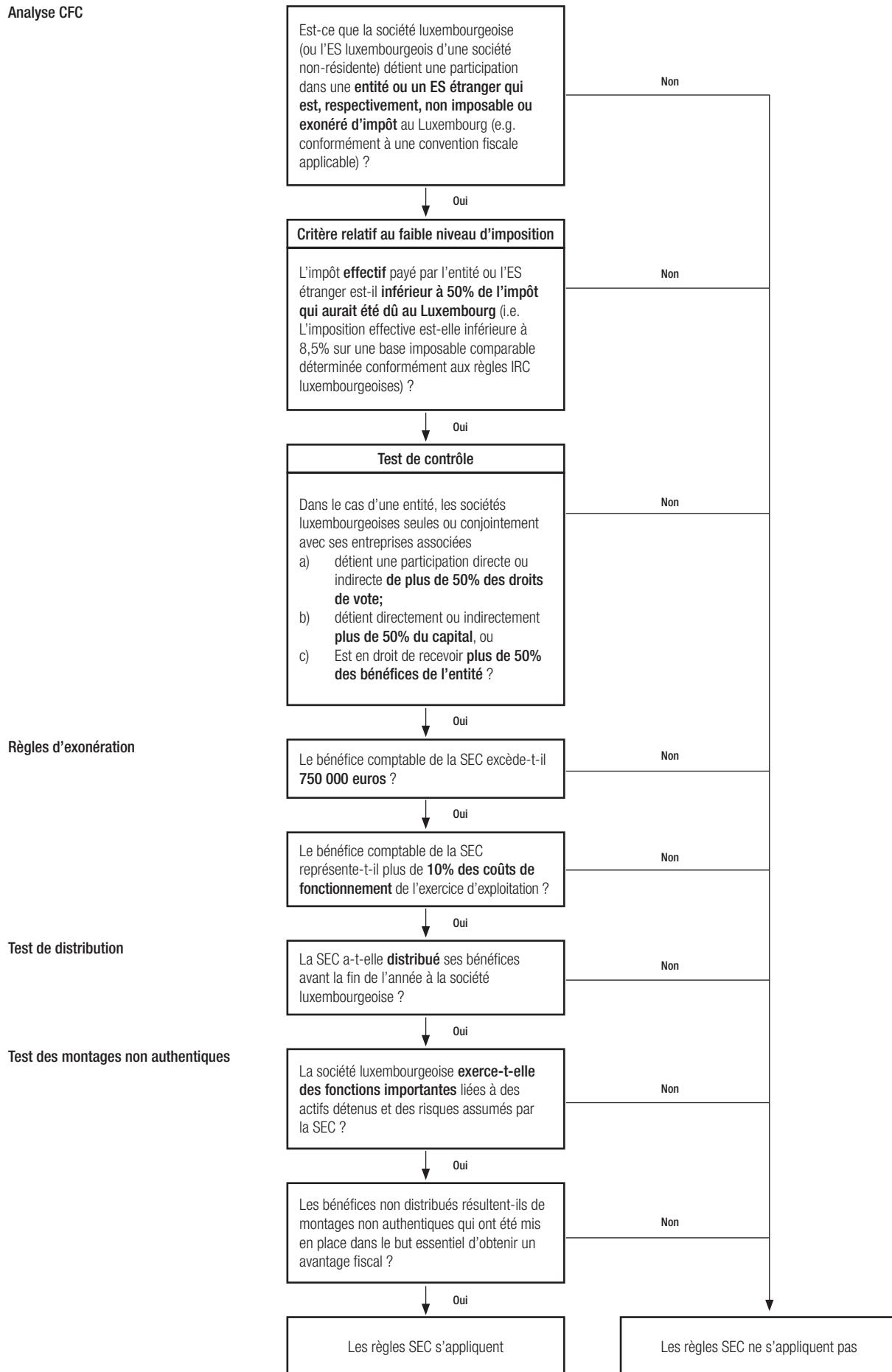
Dans le cas présent, LuxCo détient une participation de 100% dans une entité qui qualifie de SEC. En outre, les fonctions en relation avec l'activité de trésorerie sont centralisées au niveau de LuxCo.

Toutefois, il y a un certain nombre de raisons commerciales valides justifiant l'existence de la SEC (gestion des opérations commerciales dans l'Etat de résidence de la SEC, activités de recherche et développement, financement d'autres sociétés du groupe, etc.). Par conséquent, les règles SEC ne devraient pas s'appliquer dans le cas présent.

A la lumière de ce qui précède, les règles SEC ne devraient pas automatiquement s'appliquer lorsqu'une société imposable au Luxembourg détient une SEC. Au contraire, il doit être démontré que les revenus nets non distribués d'une SEC proviennent de montages non authentiques qui ont été mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal. A cet effet, les contribuables luxembourgeois devraient être à même de fournir des preuves qui devront être analysées au cas par cas par les autorités fiscales luxembourgeoises.

2.7. Liste de vérification : application des règles SEC

Analyse CFC



3.1. Commentaires préliminaires

Le cadre pour la mise en œuvre des règles SEC en vertu d'ATAD prévoit une définition commune des SECs, mais fournit deux options alternatives concernant le champ d'application fondamental des règles SEC (i.e. l'option des revenus passifs ou l'option des montages non authentiques). Ici, le Luxembourg a choisi l'option des montages non authentiques.

Selon cette option, les revenus nets non distribués de l'entité ou de l'ES qui qualifie de SEC sont imposables au Luxembourg à condition que ces revenus nets non distribués proviennent de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal.

Lorsque les règles SEC s'appliquent, les revenus des SECs sont soumis à l'IRC au taux actuel de 17%. Concernant l'impôt commercial communal (« ICC »), une disposition spécifique a été ajoutée dans la loi ICC selon laquelle les revenus de SEC doivent être exclus de la base ICC¹⁷. Dès lors, les revenus de SEC sont uniquement inclus dans la base IRC.

3.2. Calcul des revenus des SECs

D'après l'article 164ter LIR, les revenus nets d'une SEC sont généralement à inclure dans la base d'imposition de la société imposable luxembourgeoise si, et dans la mesure où, les activités de la SEC qui ont généré ces profits sont gérées par le contribuable luxembourgeois (i.e. lorsque les fonctions importantes liées aux actifs possédés et aux risques assumés par la SEC sont effectuées par la société luxembourgeoise).

A l'inverse, lorsqu'une société mère luxembourgeoise ne réalise pas de fonctions importantes liées aux activités de la SEC, les revenus de la SEC ne sont pas à inclure dans la base IRC de la société mère luxembourgeoise.¹⁸

Lorsqu'une société luxembourgeoise est impliquée dans la gestion des activités de la SEC, les revenus de la SEC à inclure dans la base IRC devraient être limités aux montants générés par des actifs et risques qui sont en lien avec des fonctions importantes exercées par le contribuable luxembourgeois. Dans ce cas, l'allocation des revenus de la SEC doit être calculée en appliquant le principe de pleine concurrence^{19, 20}.

Dès lors, il en ressort qu'il y a un certain chevauchement entre les règles SEC et les règles luxembourgeoises en matière de prix de transfert. Toutefois, si l'application du principe de pleine concurrence a déjà entraîné l'intégration de revenus de la SEC dans la base IRC au niveau de la société mère luxembourgeoise, les règles SEC ne devraient pas être applicables.²¹

Dans le cas d'un ES SEC, le concept de fonctions importantes est la base pour l'allocation des revenus nets.²² Lorsqu'une société luxembourgeoise a un ES étranger, les profits liés aux actifs et risques gérés par le siège luxembourgeois devraient être imposables au Luxembourg et ne devraient pas bénéficier de l'exonération fiscale en vertu d'une convention fiscale applicable²³. Il s'ensuit que tant que le principe de pleine concurrence est correctement appliqué, les règles SEC ne devraient généralement pas s'appliquer aux ES SEC.

¹⁷ Section 9 (3a) de la loi sur l'impôt commercial communal.

¹⁸ Article 164ter (4) n°1 LIR.

¹⁹ Le principe de pleine concurrence est formellement stipulé aux articles 56 et 56bis LIR.

²⁰ Article 164ter (4) n°1 LIR.

²¹ Les règles de prix de transfert luxembourgeoises sont à appliquer dans le cadre de la détermination du revenu imposable d'une société luxembourgeoise (avant la potentielle application des règles anti-abus) et doivent par conséquent être appliquées avant les règles SEC.

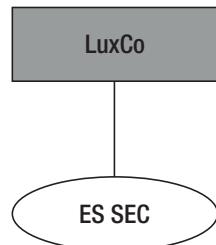
²² Voir article d'Oliver R. Hoor, Etablissements stables – Concept et traitement fiscal selon le droit fiscal interne et les conventions fiscales en vigueur, Legitech, Luxembourg, 2015

²³ Le Luxembourg adopte généralement la méthode de l'exemption pour l'élimination des doubles impositions.

Exemple : l'ES SEC

Une société luxembourgeoise (« **LuxCo** ») a un ES dans un pays avec lequel le Luxembourg a conclu une convention fiscale. L'ES remplissant le critère relatif au faible niveau d'imposition tel que stipulé à l'article 164ter (1) n°2 LIR, il devrait techniquement être considéré comme un ES SEC. Sur base de la convention fiscale applicable, les profits alloués à l'ES sont exonérés d'impôts au Luxembourg.

Les profits réalisés au travers des activités réalisées par l'ES s'élèvent à 2 millions d'euros. Dans le cas présent, il est présumé que 40% des profits réalisés au travers de l'ES sont liés à des fonctions importantes exercées par le siège luxembourgeois.



En l'espèce, 40% des revenus réalisés par l'ES devraient être alloués au siège luxembourgeois en respectant le principe de pleine concurrence. Ici, les revenus devraient être soumis à l'IRC et l'ICC.²⁴ Etant donné que les règles SEC peuvent uniquement s'appliquer aux profits qui sont alloués à des fonctions importantes exercées par le siège luxembourgeois, les règles SEC ne sont pas applicables.

Comme variante au présent exemple, supposons que toutes les fonctions importantes soient exécutées au niveau de l'ES, les règles de prix de transfert luxembourgeoises et les règles SEC ne donneraient lieu à l'inclusion daucun profit au niveau du siège luxembourgeois.

Lorsqu'une société mère luxembourgeoise exerce des fonctions importantes au profit d'une SEC, la société mère luxembourgeoise devrait recevoir une rémunération de pleine concurrence pour les services rendus. En fonction des faits et circonstances spécifiques, la société mère luxembourgeoise pourrait, en pleine concurrence, avoir droit aux (à une partie des) bénéfices de la SEC. Toutefois, si les bénéfices de la SEC ont déjà été inclus dans la base imposable de la société mère luxembourgeoise, les règles SEC ne sont pas applicables.

Il est important de distinguer les fonctions importantes exercées par la société mère luxembourgeoise au profit de la SEC et les fonctions de surveillance réalisées par le contribuable luxembourgeois en sa qualité d'actionnaire. Ces dernières ne devraient pas entraîner l'intégration des revenus de la SEC dans la base imposable de la société luxembourgeoise.

Les revenus de la SEC qui doivent être intégrés dans la base imposable doivent être calculés au prorata de la participation de la société mère luxembourgeoise dans la SEC. Au niveau de la période considérée, les revenus nets de la SEC devraient être intégrés au titre de l'exercice d'exploitation de la société luxembourgeoise au cours duquel l'exercice d'exploitation de la SEC se termine.²⁵

Les dépenses encourues par la société mère luxembourgeoise devraient être déductibles dans la mesure où elles sont en relation économique avec les revenus de la SEC.²⁶

Les pertes encourues par une SEC sont ignorées lors de la détermination du revenu imposable de la société luxembourgeoise.²⁷ Toutefois, ces pertes peuvent être reportées et réduire les revenus de la SEC lors des exercices d'exploitation suivants.²⁸

Lorsque le revenu de la SEC doit être intégré dans la base imposable de l'IRC, les sociétés luxembourgeoises peuvent compenser ce revenu par les pertes fiscales réalisées pendant le même exercice d'exploitation ou reportées des années d'imposition ou exercices d'exploitation précédents.²⁹

²⁴ Tandis que les revenus générés par l'ES étranger devraient être exclus de la base luxembourgeoise ICC, les profits alloués au siège luxembourgeois sont soumis à l'ICC.

²⁵ Article 164ter (4) n°4 et 5 LIR.

²⁶ Article 164ter (4) n°1 LIR.

²⁷ Article 164ter (4) n°2 LIR.

²⁸ Article 164ter (4) n°3 LIR. Cette règle ne s'applique qu'aux pertes encourues par une SEC à partir de 2019.

²⁹ Article 114 LIR ; les pertes fiscales reportables peuvent compenser l'intégralité du revenu de la SEC.

3.3. Mécanismes pour éviter la double imposition

L'inclusion des revenus nets non distribués de la SEC dans la base imposable aux fins de l'IRC d'une société résidente fiscale luxembourgeoise pourrait conduire à une double imposition. Dans le cas où les SECs sont détenues au travers de plusieurs sociétés qui sont résidentes fiscales dans différentes juridictions, il est difficile de ne pas exclure que les mêmes revenus d'une SEC soient inclus dans la base imposable de deux ou plusieurs sociétés. Cette double ou multiple imposition peut avoir différentes explications, telles que :

- Les règles SEC dans les différentes juridictions ne sont pas coordonnées et peuvent conduire à l'inclusion du même revenu d'une SEC ;
- Les distributions de profits d'une SEC peuvent être imposables au niveau d'une société intermédiaire détenant une participation dans la SEC, tandis que les mêmes revenus nets doivent être inclus en tant que revenus de SEC dans la base imposable de la société mère indirecte ;
- Le chevauchement des règles en matière de prix de transfert et des règles SEC peuvent résulter en une double imposition lorsque les ajustements en matière de prix de transfert sont réalisés sur les mêmes revenus nets.

Concernant une potentielle double imposition des revenus de la SEC au Luxembourg, l'article 164ter LIR prévoit plusieurs règles qui ont pour objectif d'éliminer la double imposition.

(i) En cas de distribution de profits

Lorsque la SEC distribue ses profits à une société luxembourgeoise, et que ces profits distribués avaient été inclus dans la base imposable aux fins de l'IRC du contribuable luxembourgeois au cours des années précédentes, les montants des revenus nets de la SEC précédemment inclus dans la base imposable (en vertu de l'article 164ter LIR) devraient être déduits de la base imposable lors du calcul du montant de l'impôt dû sur les bénéfices distribués.³⁰

(ii) En cas de cession

Lorsque le contribuable cède sa participation dans la SEC ou l'activité réalisée par un ES SEC, et qu'une partie des produits de cession avait précédemment été incluse dans la base imposable (en ligne avec l'article 164ter LIR), ce montant devrait être déduit du montant des plus-values réalisées par le contribuable luxembourgeois au moment de la cession.³¹

Les règles précitées devraient toutefois seulement s'appliquer dans le cas où la société luxembourgeoise détient directement la SEC. Lorsqu'une SEC est indirectement détenue par une ou plusieurs sociétés intermédiaires, les mécanismes susmentionnés ne devraient pas s'appliquer.

En outre, une déduction de la base imposable de l'IRC ne devrait être possible que dans la mesure où le revenu des dividendes ou les plus-values sont imposables au Luxembourg. Au contraire, lorsqu'une exonération est applicable, aucun ajustement fiscal en accord avec l'article 164ter (4) n°6 et 7 LIR ne devrait être applicable.³² Les dividendes payés par une filiale étrangère peuvent, par exemple, être exonérés en accord avec une convention fiscale applicable, en dépit du traitement fiscal de la filiale étrangère.³³

(iii) En cas d'une SEC soumise à imposition

Lorsqu'une SEC ou un ES est soumis à imposition dans son Etat de résidence ou Etat d'accueil, le Luxembourg autorisera la déductibilité des impôts payés par la SEC ou l'ES de la charge d'IRC de la société luxembourgeoise. Dans ce cas, la méthode du crédit d'impôt telle que stipulée à l'article 134bis et 134ter LIR est applicable. Le crédit d'impôt à considérer est proportionnel à la participation de la société mère luxembourgeoise dans la SEC.³⁴ Lorsque la méthode du crédit d'impôt ne peut pas être appliquée en l'absence d'une charge d'IRC luxembourgeois, l'impôt acquitté par la SEC ou l'ES est néanmoins déduit du revenu imposable.³⁵

Les montants des crédits d'impôts sont limités aux impôts payés par la SEC elle-même. En revanche, lorsqu'une SEC est indirectement détenue par une ou plusieurs sociétés intermédiaires, les impôts prélevés sur les revenus distribués ou non distribués de la SEC, au niveau des sociétés intermédiaires ne devraient pas faire l'objet d'un crédit d'impôt au Luxembourg. Dès lors, dans ces circonstances, une double et potentiellement une multiple imposition pourrait intervenir.

³⁰ Article 164ter (4) n°6 LIR.

³¹ Article 164ter (4) n°7 LIR.

³² Les conventions fiscales conclues par le Luxembourg devraient prévoir que les dividendes payés par une filiale étrangère ou les plus-values réalisées lors de la cession de participation sont exonérées d'impôts au Luxembourg, même si cette entité remplit le critère relatif au faible niveau d'imposition en vertu des règles SEC.

³³ A titre d'exemple, la convention conclue entre la Suisse et le Luxembourg prévoit l'application de la méthode de l'exemption pour les dividendes payés par une société suisse à une société mère luxembourgeoise si certaines conditions sont remplies (i.e. une participation d'au moins 10% du capital de la société suisse depuis le début de l'année comptable). Cette exonération ne dépend pas d'un traitement fiscal particulier de la filiale suisse (i.e. imposition minimum). Voir article 23 (1) c) de la convention Suisse / Luxembourg.

³⁴ Article 164ter (4) n°7 LIR.

³⁵ Article 13 LIR.

04 LES RÈGLES SEC DANS UN CONTEXTE EUROPÉEN

Les filiales ou ES européens d'une société luxembourgeoise ne devraient généralement pas être soumis à un faible niveau d'imposition au sens de l'article 164ter (1) n°2 LIR. Toutefois, lorsqu'une telle entité ou un tel ES entre dans le champ d'application des règles SEC, le droit européen et la jurisprudence de la Cour de Justice de l'UE (« CJUE ») devraient être pris en considération.

En vertu des règles SEC, l'avantage d'investir dans une filiale soumise à un faible niveau d'imposition est neutralisé puisque les profits sont inclus dans la base imposable de la société mère luxembourgeoise lorsque ladite filiale ne distribue pas ses revenus nets dans le courant de la période d'exploitation où elle les a réalisés. La question de savoir si ce traitement est compatible avec le droit européen (et particulièrement, la liberté d'établissement) a déjà été clarifiée par la décision historique de la CJUE dans le cas Cadbury Schweppes.³⁶

Par principe, toutes les mesures qui interdisent, empêchent ou rendent moins attractif l'exercice de la liberté d'établissement doivent être considérées comme des limitations à cette liberté.³⁷ Ces limitations sont uniquement possibles si elles sont relatives à des situations qui ne sont objectivement pas comparables ou si elles sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général reconnues par le droit européen. Dans ces circonstances, il est nécessaire que cette limitation soit adaptée aux fins d'assurer la réalisation de l'objectif poursuivi et qu'elle n'aile pas au-delà de ce qui est nécessaire pour ladite réalisation.

Au sein de l'UE, les règles anti-abus telles que les règles SEC doivent cibler des mesures visant à éviter des « montages purement artificiels » qui ne reflètent pas la réalité économique et dont l'objet est d'obtenir indûment un avantage fiscal.

Par conséquent, les Etats membres de l'UE sont libres de protéger leurs bases d'imposition par des règles anti-abus qui ciblent exclusivement des « montages purement artificiels ». Néanmoins, au sein de l'UE, les restrictions ne peuvent être justifiées que par la nécessité d'empêcher l'évasion fiscale lorsqu'une règle anti-abus spécifique cible des « montages purement artificiels destinés uniquement à éluder l'impôt national normalement dû ».

Ainsi, une situation abusive ne dépend pas seulement de l'intention du contribuable d'obtenir un avantage fiscal (« test subjectif ») mais requiert l'existence (ou l'absence) de certains facteurs objectifs.³⁸ Parmi ces facteurs objectifs, la CJUE insiste sur l'importance de l'existence d'un « établissement réel » dans l'Etat d'accueil (par exemple, des locaux, du personnel, des installations et des équipements) et d'une « véritable activité économique » réalisée par la société étrangère.³⁹

Concernant l'existence d'un établissement réel, la CJUE ne semble pas exiger un niveau de substance excessif. En règle générale, la substance doit être en accord avec les activités réalisées par la société.

La notion de véritable activité économique doit être comprise de façon très générale et devrait inclure la simple exploitation d'actifs tels des participations, créances et actifs incorporels dans le but de réaliser des revenus dits « passifs ». La nature de cette activité ne devrait pas être compromise si ces revenus passifs sont principalement réalisés en dehors de l'Etat d'accueil de cette entité.⁴⁰

Par ailleurs, aucune connexion ou lien particulier entre les activités économiques attribuées à l'entité étrangère et le territoire de l'Etat d'accueil de cette entité, ne peut être exigé par les dispositions anti-abus locales.

Par conséquent, dans la mesure où le marché intérieur européen est concerné, le seul fait qu'une SEC soit considérée comme « active » dans la réalisation des fonctions et actifs alloués à cette dernière (plutôt que d'être une simple entreprise boîte aux lettres) devrait être suffisant pour être hors du champ d'application des règles SEC.

³⁶ Voir CJUE, décision du 12 septembre 2006, affaire C-196/04, Cadbury Schweppes plc et Cadbury Schweppes Overseas Ltd contre Commissioners of Inland Revenue.

³⁷ Voir paragraphe 70 de la décision.

³⁸ Voir Cadbury Schweppes, note 3 paragraphe 55.

³⁹ Voir Cadbury Schweppes, note 3 paragraphe 54.

⁴⁰ Par ailleurs, le simple fait que la structure permet de transférer des revenus d'une juridiction à haute fiscalité dans une juridiction ayant un faible niveau d'imposition ne permet pas à lui seul de conclure que cette structure est « abusive » (même si la structure est innovante) ; Voir Dr. Eric Robert, Driss Tof, « The Substance Requirement and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market », European Taxation, IBFD, Novembre 2011, p. 438.

05 ANALYSE CRITIQUE DES RÈGLES SEC

5.1. Commentaires introductifs

La transposition des règles SEC au sein de l'UE et au-delà va créer une complexité considérable pour les contribuables ainsi que pour les administrations fiscales. Même au sein de l'UE, les règles SEC transposées par les Etats membres varient significativement malgré le fait qu'elles soient basées sur, ou au moins en ligne avec, ATAD. Cela peut engendrer une augmentation considérable des frais de compliance des contribuables.

De plus, le chevauchement avec les règles en matière de prix de transfert ainsi que le manque d'interaction et de coordination avec les règles SEC et d'autres mesures BEPS comme la règle de la limitation à la déductibilité des intérêts (BEPS Action 4) et les règles anti-hybrides (BEPS Action 2) transposées dans d'autres juridictions entraîne un risque de double ou multiple imposition.

5.2. Les règles en matière de prix de transfert versus les règles SEC

Le Luxembourg a transposé l'option des montages non authentiques qui requiert l'inclusion des bénéfices non distribués d'une SEC à condition que la société luxembourgeoise exerce les fonctions importantes liées à ces actifs détenus et risques assumés de la SEC.

Le concept de fonctions importantes provient des recommandations de l'OCDE concernant l'attribution des profits aux ES.⁴¹ De ce fait, il ne va pas de soi d'utiliser ce concept, propre aux prix de transfert, comme mécanisme de déclenchement d'une règle anti-abus. Les règles en matière de prix de transfert et les règles SEC reposent sur des concepts de bases différents et ne sont certainement pas complémentaires.

En fonction de la manière dont les règles SEC prévues par ATAD sont transposées par les Etats membres de l'UE, elles risquent d'être utilisées comme un mécanisme d'ajustements (secondaires) dans les cas où les règles en matière de prix de transfert sont inapplicables. Cela crée en soi un risque de double imposition et change le caractère des règles SEC en complément méthodologique aux règles en matière de prix de transfert.

Alors que les revenus de la SEC sont inclus pendant l'année courante⁴², les ajustements en matière de prix de transfert sont souvent effectués lors d'une année d'imposition ultérieure, par exemple au cours d'un audit fiscal couvrant plusieurs années d'imposition. En effet, lorsque les revenus d'une SEC sont inclus au niveau de la société mère luxembourgeoise, et que plus tard, un ajustement du prix de transfert est effectué au regard des activités réalisées au profit de la SEC, cela pourrait résulter en une double imposition.

Concernant les ES SEC, les profits ne devraient être alloués à l'ES étranger que si, et dans la mesure où, des fonctions importantes sont exercées par les employés ou les gérants de l'ES. Sinon, si (une partie de) ces fonctions sont exercées par le siège luxembourgeois, ce dernier devrait recevoir une rémunération de pleine concurrence pour ces services ou une quote-part des profits de l'ES et, dans un cas extrême, l'allocation des actifs et des profits à l'ES peut être remise en cause dans sa totalité. Compte tenu de ce qui précède, la correcte application du principe de pleine concurrence au regard de l'attribution des profits à un ES étranger ne devrait laisser aucune place pour l'application des règles SEC étant donné que tant les règles SEC que les règles en matière de prix de transfert reposent sur le concept des fonctions importantes au regard respectivement de l'allocation des profits et de l'inclusion des revenus de la SEC.

Pour ce qui concerne les entités SEC, la société mère luxembourgeoise devrait recevoir une rémunération de pleine concurrence pour les services rendus à ses filiales. Ici, les revenus de la SEC à inclure dans la base imposable luxembourgeoise devraient être limités aux bénéfices liés aux fonctions importantes exercées par la société mère luxembourgeoise diminués de la rémunération versée à cette dernière.⁴³ Toutefois, lorsqu'un contribuable luxembourgeois peut présenter des raisons commerciales valides pour une certaine structuration du groupe et pour le modèle commercial, les règles SEC ne devraient pas s'appliquer à défaut de montage non authentique.

⁴¹ Voir le rapport de 2010 sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables : <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/prix-de-transfert/45689556.pdf>.

⁴² Par exemple, lorsqu'un ajustement par le haut est effectué en raison de services intra-groupes alors que les profits globaux de la SEC ont déjà été inclus dans la base IRC de la société luxembourgeoise.

⁴³ La rémunération payée pour les services de la SEC à la société luxembourgeoise va dans tous les cas réduire les profits de la SEC qui pourraient être inclus en tant que revenus de la SEC.

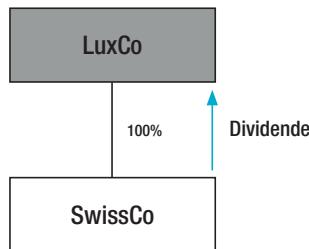
5.3. Risque de double imposition

Les règles SEC entraînent également un risque de double imposition étant donné qu'elles ne sont pas coordonnées avec les règles SEC transposées dans d'autres juridictions et en raison du manque d'interaction avec d'autres règles anti-abus (par exemple, les règles de la limitation à la déductibilité des intérêts ou les règles anti-hybride).

L'article 164ter LIR pourrait également impliquer l'inclusion des revenus nets de la SEC dans des situations dans lesquelles la distribution effective des bénéfices par une SEC bénéficierait d'une exonération fiscale (par exemple, en vertu d'une convention fiscale applicable), alors que cette situation ne devrait en principe pas engendrer des problèmes BEPS.⁴⁴ Dès lors, il pourrait y avoir une imposition des revenus d'une SEC malgré le fait que les paiements de dividendes par cette SEC auraient été exonérés au Luxembourg.

Exemple : SEC résidente dans une juridiction ayant une convention fiscale

Une société luxembourgeoise (« **LuxCo** ») détient une participation de 100% dans une filiale suisse (« **SwissCo** ») qui est soumise à un impôt au taux de 7%. Par conséquent, la filiale est considérée comme une SEC au sens de l'article 164ter (1) LIR. Toutefois, la convention fiscale conclue entre la Suisse et le Luxembourg prévoit une exonération des revenus de dividendes réalisés par une société luxembourgeoise et provenant d'une filiale suisse si la participation est d'au moins 10% et détenue depuis le début de l'exercice d'exploitation (quel que soit le statut fiscal de la filiale suisse).

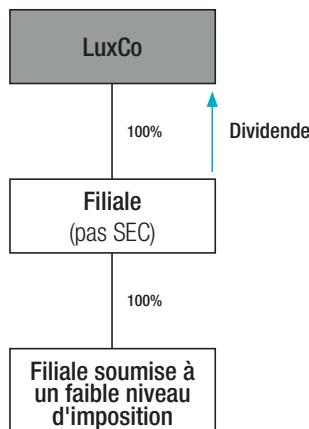


Dans le cas présent, l'article 164ter LIR implique l'inclusion des revenus de la SEC malgré le fait que la distribution des bénéfices bénéficierait d'une exonération fiscale au Luxembourg.

De la même manière, lorsque des sociétés SEC sont indirectement détenues, les dividendes payés par la SEC au travers de la chaîne de détention pourraient bénéficier d'une exonération au Luxembourg si la filiale directe de la société luxembourgeoise qualifie pour le régime d'exonération des participations luxembourgeoises ou si les dividendes sont exonérés en vertu de la convention fiscale applicable. Néanmoins, dans ces circonstances, les règles SEC exigent toujours l'inclusion des revenus nets de la SEC.

Exemple : la SEC indirecte

Une société luxembourgeoise (« **LuxCo** ») détient indirectement une participation de 100% dans une société qui remplit le critère du faible niveau d'imposition (« **Filiale soumise à un faible niveau d'imposition** »). La filiale directe (« **Filiale** ») est une société qui remplit le critère de l'imposition comparable en vertu du régime d'exonération des participations luxembourgeoises. Par conséquent, les revenus générés par la participation dans la filiale directe (dividendes, plus-values, produits de liquidation) bénéficient d'une exonération fiscale.⁴⁵



⁴⁴ Les dividendes distribués par une SEC à une société luxembourgeoise pourraient bénéficier d'une exonération sur base de la convention fiscale applicable.

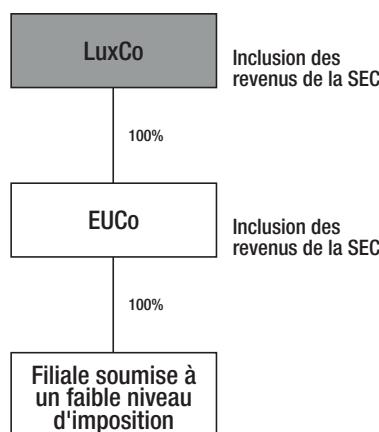
⁴⁵ Voir Article 23 (1) c) de la convention conclue entre la Suisse et le Luxembourg.

En admettant que les conditions des règles SEC sont remplies, les revenus de la SEC devraient être imposés au niveau de LuxCo malgré le fait qu'une distribution des revenus de la SEC tout au long de la chaîne aurait bénéficié d'une exonération en application du régime d'exonération des participations luxembourgeoises.

Dans l'hypothèse d'une chaîne de détention, il se pourrait également que le même revenu d'une SEC soit inclus au niveau de deux (ou potentiellement de plus) sociétés mères. Etant donné qu'il n'y a généralement pas de coordination ou d'ordre de priorité dans les règles SEC des différentes jurisdictions, cela pourrait engendrer une double ou multiple imposition.

Exemple : les SECs indirectes et la non-coordination des règles SEC

Une société luxembourgeoise (« LuxCo ») détient indirectement une participation de 100% dans une société qui remplit le critère du faible niveau d'imposition (« Filiale soumise à un faible niveau d'imposition »). La filiale directe (« EUCo ») est une société qui est fiscalement résidente dans un Etat membre de l'UE. Dès lors, les revenus générés par la participation dans EUCo (dividendes, plus-values, bonus de liquidation) entrent dans le champ d'application du régime d'exonération des participations luxembourgeoises. Il est présumé que le pays de résidence d'EUCo a opté pour l'option des « revenus passifs » lors de la transposition des règles SEC en vertu d'ATAD.



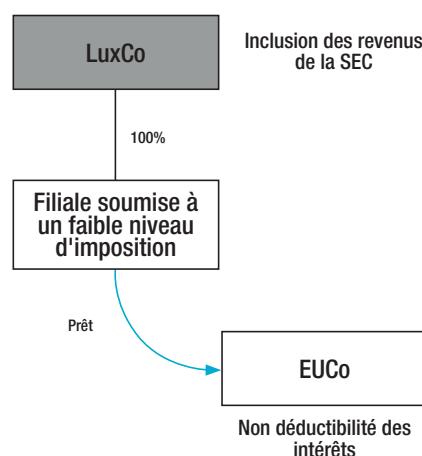
Etant donné que les règles SEC adoptées par le Luxembourg et l'Etat de résidence d'EUCo ne sont pas coordonnées, les mêmes revenus de la SEC pourraient être inclus dans la base IRC de LuxCo et de EUCo, engendrant une double imposition.

Un autre exemple de double imposition engendré par les règles SEC est lié au manque d'interaction et de coordination avec les autres mesures BEPS telles que les règles anti-hybrides (Action 2) et les règles de la limitation à la déductibilité des intérêts (Action 4). Ces deux règles, le cas échéant, impliquent la non-déductibilité des dépenses d'intérêt bien que les revenus d'intérêt soient généralement imposables au niveau du prêteur.

L'application simultanée des règles SEC pourrait engendrer des situations dans lesquelles les dépenses d'intérêt ne sont pas déductibles alors que les revenus d'intérêt sont à inclure dans la base imposable au Luxembourg en tant que revenu d'une SEC. Ironiquement, en utilisant la terminologie BEPS, cela résulterait en une non-déduction avec inclusion.

Exemple : mesures BEPS non coordonnées

Une société luxembourgeoise (« LuxCo ») détient directement une participation de 100% dans une société qui remplit le critère du faible niveau d'imposition (« Filiale soumise à un faible niveau d'imposition »). La Filiale soumise à un faible niveau d'imposition accorde un prêt à une société du groupe qui réside dans un Etat membre de l'UE (« EUCo »). Il est présumé que l'Etat de résidence d'EUCo a transposé la limitation à la déductibilité des intérêts prévue par ATAD, restreignant la déductibilité des dépenses d'intérêt à 30% de l'EBITDA d'EUCo. Il est présumé que les surcoûts d'emprunt d'EUCo sont supérieurs à 30% de son EBITDA (avant les dépenses d'intérêt relatives au prêt accordé par la Filiale soumise à un faible niveau d'imposition).

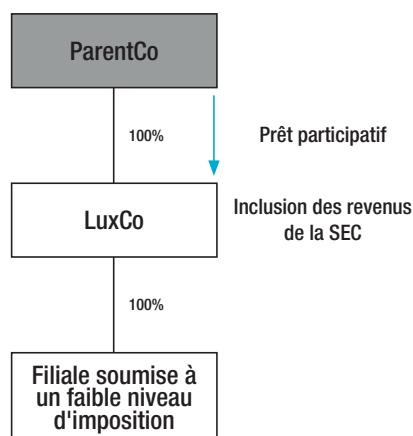


Ici, EUCo ne peut pas déduire les dépenses d'intérêt encourues en relation avec le prêt accordé par la Filiale soumise à un faible niveau d'imposition. Par ailleurs, LuxCo pourrait devoir inclure dans sa base d'imposition de l'IRC, les revenus nets de la Filiale soumise à un faible niveau d'imposition en tant que revenus d'une SEC. Par conséquent, les mesures BEPS non coordonnées appliquées au Luxembourg et par l'Etat de résidence d'EUCo pourraient résulter en une double imposition.

Une autre source potentielle de double imposition est liée au financement des SECs. Une société luxembourgeoise pourrait, par exemple, financer sa participation dans une SEC avec un instrument de dette portant un taux d'intérêt variable correspondant aux revenus générés par la participation à la SEC. Dans ces circonstances, les intérêts ne courront que si des dividendes sont effectivement versés par la SEC, et non quand les revenus nets de la SEC sont inclus dans la base IRC de la société luxembourgeoise pour des besoins fiscaux luxembourgeois. Dès lors, les revenus de la SEC pourraient être pleinement imposables en l'absence de charge d'intérêt relative au financement de la participation.

Exemple : Financement de participations dans des SECs

Une société luxembourgeoise (« **LuxCo** ») détient directement une participation de 100% dans une société qui remplit le critère du faible niveau d'imposition (« **Filiale soumise à un faible niveau d'imposition** ») au sens de l'article 164ter LIR. LuxCo finance principalement la participation dans la Filiale soumise à un faible niveau d'imposition avec un prêt participatif portant un intérêt correspondant à 80% des revenus générés par la participation dans la SEC.



En présumant que les règles SEC sont applicables, les revenus nets de la SEC devraient être inclus, en tant que revenus de la SEC, dans la base imposable à l'IRC de LuxCo tandis qu'aucun rendement variable ne serait comptabilisé au titre du prêt participatif finançant la participation. Dès lors, les revenus de la SEC seraient imposables, tandis que les charges d'intérêt y relatives ne seront comptabilisées que lorsque la Filiale soumise à un faible niveau d'imposition distribuera des dividendes.

5.4. Considérations relatives à la dérogation des règles SEC aux conventions fiscales

Le terme « dérogation à une convention fiscale » se réfère à l'adoption d'une législation interne qui est contraire aux obligations prises dans une convention fiscale contraignante antérieure. Une législation interne conflictuelle pourrait par exemple prendre la forme d'une règle selon laquelle les dispositions telles que stipulées dans la convention fiscale doivent être ignorées dans certaines circonstances.

Il est important de noter que les conventions fiscales sont des conventions internationales contraignantes pour les Etats contractants. Par conséquent, l'adoption ultérieure d'une législation interne qui est contraire à une convention constitue une infraction au droit international et aux obligations internationales de l'Etat.

L'interaction des règles SEC et du droit des conventions fiscales est spécifiquement couvert dans les commentaires sur le modèle de convention fiscale de l'OCDE. A cet effet, il est stipulé qu'étant donné que les règles SEC obligent un Etat à imposer ses propres résidents, le paragraphe 3 de l'article 1 du modèle de convention fiscale de l'OCDE confirme que cela n'est pas contraire aux conventions fiscales. Il est par ailleurs stipulé que la même conclusion doit être tirée dans le cas de conventions qui n'incluent pas de clauses similaires au paragraphe 3 de l'article 1. Donc, l'application des règles SEC dans le contexte d'une convention fiscale ne constitue pas une dérogation illégale à une convention fiscale.

06 CONCLUSION

Lors de la transposition des règles SEC, le Luxembourg a adopté l'option des montages non authentiques telle qu'autorisée par ATAD. Par conséquent, les profits non distribués d'une entité ou d'un ES qui qualifie de SEC sont imposables au Luxembourg à condition que les profits non distribués proviennent de montages non authentiques qui ont été mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal.

Lorsque les règles SEC sont applicables, les revenus nets de la SEC à inclure dans la base IRC luxembourgeoise sont limités aux bénéfices qui sont liés aux fonctions importantes qui ont été exercées en lien avec les actifs et risques de la SEC. Au contraire, lorsqu'une société luxembourgeoise n'exerce pas de fonctions importantes liées aux actifs et risques de la SEC, aucun revenu de la SEC ne devrait être inclus dans la base imposable luxembourgeoise.

Le chevauchement manifeste entre les règles luxembourgeoises en matière de prix de transfert et le manque de coordination avec d'autres mesures BEPS peut potentiellement créer une double imposition à chaque fois que l'article 164ter LIR exige l'inclusion des revenus de la SEC. En définitive, les sociétés luxembourgeoises devraient attentivement revoir les structures de leur groupe dans le but de détecter les potentielles SECs et gérer l'impact des règles relatives aux SECs.

Prior results do not guarantee similar outcome. This publication was not designed to provide tax or legal advice and it does not substitute for the consultation with a tax or legal expert.

ATOZ

TAX ADVISERS LUXEMBOURG

Aerogolf Center 1B, Heienhaff | L-1736 Senningerberg
Phone (+352) 26 940-1

www.atoz.lu



@ATOZLuxembourg



ATOZ Tax Advisers Luxembourg