

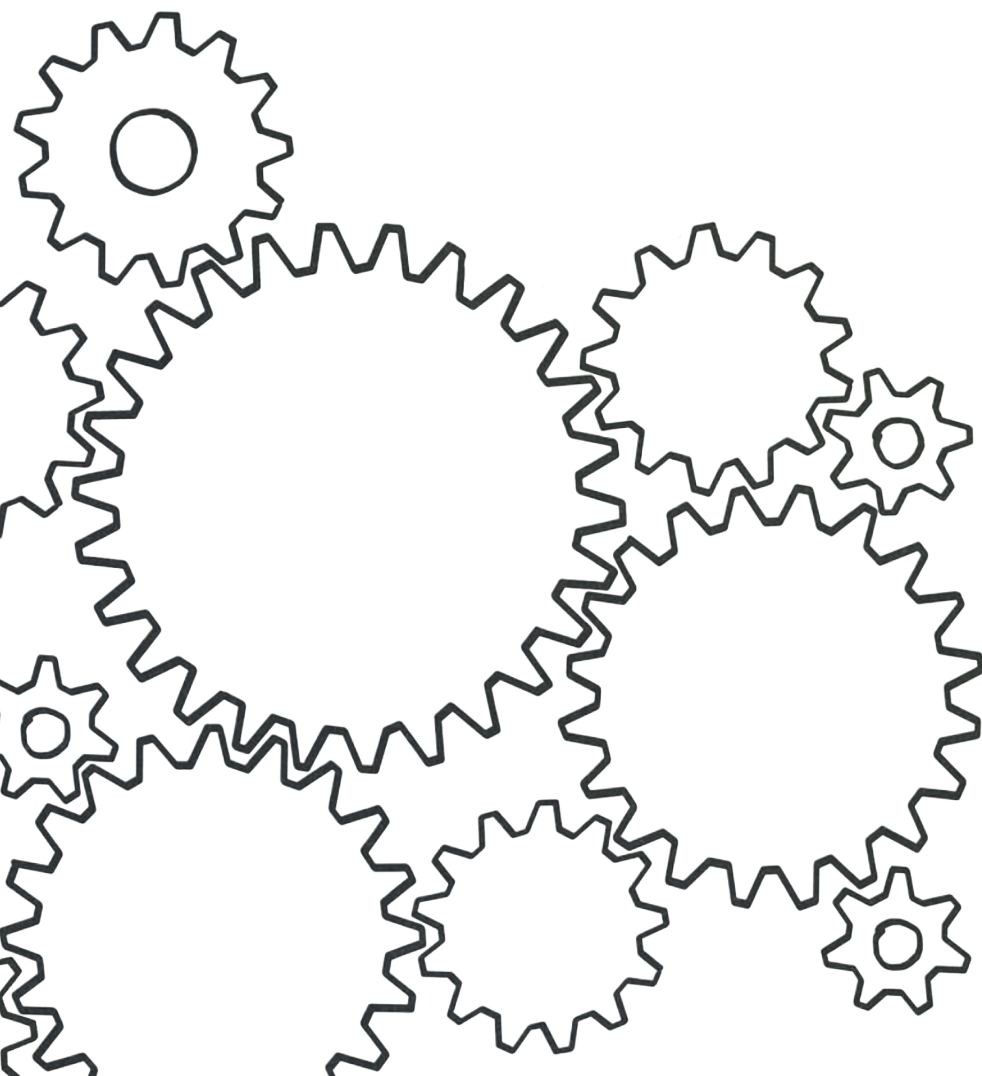
ATOZ REPORTS

Extended Analysis on Current Tax Topics | November 2017

Le nouveau régime PI luxembourgeois

Opportunités pour l'ère post-BEPS

Par Oliver R. Hoor, Keith O'Donnell et Marie Bentley



Détails concernant les auteurs

Oliver R. Hoor



Tax Partner
Head of Transfer Pricing and
German Desk

Keith O'Donnell



Managing Partner

Marie Bentley



Knowledge Manager

ATOZ Tax Advisers (Taxand Luxembourg)

Pour contacter les auteurs :

oliver.hoor@atoz.lu

keith.odonnell@atoz.lu

marie.bentley@atoz.lu

Tel. +352 269 401

www.atoz.lu

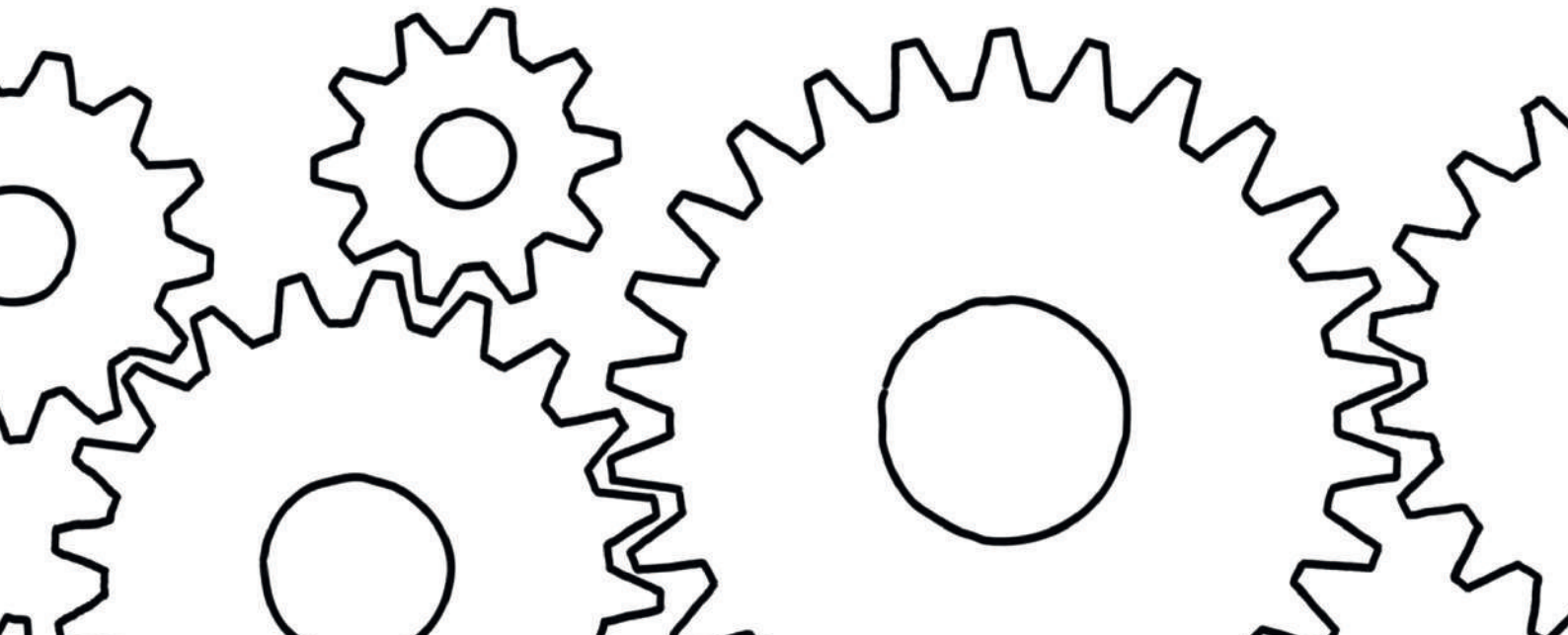
Remerciements

L'auteur remercie les personnes suivantes pour leur aide précieuse pour la rédaction de ce rapport:



Samantha Schmitz

Chief Knowledge Officer
ATOZ Tax Advisers (Taxand Luxembourg)



SOMMAIRE

1. INTRODUCTION	7
2. L'APPROCHE DU LIEN MODIFIEE	7
3. LE NOUVEAU REGIME DE PROPRIETE INTELLECTUELLE LUXEMBOURGEOIS	9
3.1. CHAMP D'APPLICATION DU REGIME DE PI	9
A. LES CONTRIBUABLES ADMISSIBLES	9
B. ACTIFS DE PI ELIGIBLES	9
3.2. DETERMINATION DES REVENUS BENEFICIANT DE L'AVANTAGE FISCAL	9
A. REVENUS ELIGIBLES DE PI	9
3.3. DEPENSES ELIGIBLES ENCOURUES POUR DEVELOPPER DES ACTIFS DE PI	10
3.4. CONSIDERATIONS RELATIVES A L'EXTERNALISATION	10
3.5. DEPENSES TOTALES ENCOURUES POUR DEVELOPPER DES ACTIFS DE PI	10
3.6. LE TRAITEMENT FISCAL LUXEMBOURGEOIS DES REVENUS ELIGIBLES DE PI	12
A. IMPOT SUR LE REVENU (DES COLLECTIVITES)	12
B. IMPOT COMMERCIAL COMMUNAL	12
C. IMPOT SUR LA FORTUNE	12
4. CONCLUSION	12

Le nouveau régime luxembourgeois de propriété intellectuelle a été introduit par un projet de loi récemment publié. À compter du 1er janvier 2018, les revenus provenant de brevets et de logiciels protégés par un droit d'auteur bénéficieront d'un régime fiscal attractif compatible avec l'approche du lien modifiée.

Le 4 août 2017, le texte du projet de loi introduisant le nouveau régime luxembourgeois de propriété intellectuelle ("PI") a été publié. Le nouveau régime PI est conforme à l'approche dite du « lien » modifiée telle qu'adoptée par l'OCDE et les pays membres du G-20 dans le cadre de l'Action 5 du projet relatif à l'érosion de la base d'imposition et au transfert de bénéfices («Projet BEPS»). Cet article donne un aperçu de l'approche du lien modifiée et du nouveau régime luxembourgeois de PI.

1. Introduction

Avec pour objectif de devenir un endroit privilégié pour l'économie européenne de la connaissance, en 2008, le Luxembourg a mis en place un premier régime de PI prévoyant une exonération d'impôt de 80% applicable aux redevances et plus-values générées par une large gamme de droits de PI, perçues par les contribuables luxembourgeois.

En 2013, le plan d'action du Projet BEPS de l'OCDE a identifié certains régimes fiscaux préférentiels incluant, notamment, les régimes de PI et des brevets comme un domaine clé. En effet, l'Action 5 du Projet BEPS a appelé à l'élaboration de propositions pour le développement de règles afin de lutter plus efficacement contre les régimes fiscaux dommageables, en tenant compte de facteurs tels que la transparence et la substance.

En Septembre 2014, l'OCDE a publié un document relatif à l'Action 5 qui propose d'appliquer l'approche dite du « lien » qui ferait concorder les dépenses de recherche et développement (« R&D ») avec l'octroi d'avantages: sur base de ce modèle, l'Allemagne et le Royaume-Uni ont publié une déclaration conjointe proposant une « approche de lien modifiée » en novembre 2014. Dans le cadre de l'approche du lien modifiée, qui a été adoptée dans le Rapport Final sur l'Action 5, les avantages procurés par des brevets sont liés aux dépenses admissibles de R&D encourues par le contribuable lui-même.

Conformément au consensus atteint sous l'Action 5, le Luxembourg a aboli son premier régime de PI avec effet au 30 juin 2016. Cette suppression s'accompagne toutefois d'une clause de grand-père d'une durée de 5 ans, prenant fin le 30 juin 2021, pour les actifs de PI qui bénéficiaient précédemment du régime PI abrogé. A compter du 1er janvier 2018, les revenus issus de brevets et de logiciels protégés bénéficieront d'un régime fiscal attractif qui sera conforme avec l'approche du lien modifiée et, par conséquent, adapté à l'ère post-BEPS. Bien que le projet de loi publié par le gouvernement luxembourgeois puisse encore évoluer et être modifié durant la procédure législative, les principaux aspects du nouveau régime ne devraient pas changer.

2. L'approche du lien modifiée

En vertu de l'approche du lien, un revenu de PI ne peut bénéficier du régime de PI que dans la mesure où le contribuable a lui-même effectué des dépenses de R&D en créant un actif de PI. L'approche du lien est dénommée ainsi parce qu'elle établit un « lien » entre les dépenses de R&D effectuées par le contribuable, le revenu de PI et l'avantage qui peut être obtenu en vertu du régime de PI. Comme illustré dans la formule ci-dessous, la proportion des dépenses R&D constitue la donnée de référence pour calculer le montant des revenus de PI qui peuvent bénéficier du régime de PI.

$$\frac{\text{Dépenses éligibles encourues pour développer un actif de PI}}{\text{Dépenses totales encourues pour développer un actif de PI}} \times \text{revenus nets éligibles d'un actif de PI} = \text{revenus bénéficiant de l'avantage fiscal}$$

Selon le Rapport Final de l'Action 5, les juridictions sont autorisées à considérer l'avantage fiscal calculé selon cette formule comme une présomption réfutable, qui peut être renversée si les contribuables rapportent des preuves suffisantes démontrant un lien direct entre leurs dépenses et leurs revenus de PI et prouvant que davantage de revenus devraient pouvoir bénéficier du régime de PI. Cependant, les Etats devraient limiter l'application de cette présomption réfutable à des situations présentant des circonstances exceptionnelles et sous réserve du respect de conditions strictes.

Dès lors que l'approche du lien a soulevé plusieurs préoccupations sérieuses, l'Allemagne et le Royaume-Uni ont fait une proposition qui a modifié l'approche du lien proposée précédemment par l'OCDE. En février 2015, l'OCDE a approuvé l'approche du lien modifiée, avec pour conséquence que celle-ci a été incluse dans le rapport final sur l'Action 5 BEPS tel que publié le 5 octobre 2015.

La proposition faite par l'Allemagne et le Royaume-Uni a modifié l'approche du lien initiale dans les deux domaines suivants :

1) En vertu de l'approche du lien modifiée, les juridictions sont autorisées à permettre aux contribuables d'appliquer une majoration de 30% afin de compenser l'exclusion des frais engendrés par des parties liées ou des frais engendrés pour l'acquisition des droits de PI. Le but de cette majoration est d'assurer que l'approche du lien modifiée ne pénalise pas injustement les contribuables pour avoir acquis des PI ou pour avoir externalisé des activités de R&D à des parties liées.

2) En ce qui concerne le calendrier, les Etats ayant des régimes de PI en place ont dû modifier leurs règles avec pour objectif d'être conforme à l'approche du lien modifiée pour le 30 juin 2016 au plus tard. Par ailleurs, le procédé législatif pour réaliser ce changement devait débuter en 2015. En outre, il existe, selon cette nouvelle approche, une clause de grand-père qui autorise les contribuables qui ont bénéficié d'un régime de PI préexistant, de continuer à en bénéficier jusqu'au 30 juin 2021.

Cependant, malgré ces modifications, l'approche du lien modifiée n'est pas exempte de controverse. Dans un contexte européen, la limitation d'une activité économique à un territoire particulier pourrait en effet aller à l'encontre des libertés fondamentales de l'UE. Il en est ainsi parce que, nonobstant la disponibilité de la majoration de 30%, cette approche pourrait encore avoir pour conséquence d'exclure la plupart des dépenses de R&D engendrées dans un Etat membre de l'UE du bénéfice d'un régime de PI d'un autre Etat Membre.

Dans le passé, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé, à plusieurs reprises, que les régimes qui limitent les avantages tels que les déductions ou crédits d'impôt pour frais aux dépenses nationales, au lieu d'étendre de tels avantages aux dépenses réalisées dans d'autres Etats Membres, ne sont pas conformes au droit européen (voir, par exemple, CJUE, Arrêt du 8 Juillet 1999, affaire C-254/97, Société Baxter, B. Braun Médical SA, Société Fresenius France and Laboratoires Bristol-Myers Squibb SA v. Premier Ministre, Ministère du Travail et des Affaires sociales, Ministère de l'Economie et des Finances et Ministère de l'Agriculture, de la Pêche et de l'Alimentation et CJUE, Arrêt du 10 Mars 2005, Affaire C-39/04, Laboratoires Fournier SA v. Direction des vérifications nationales et internationales). Il est difficile de voir comment l'approche du lien modifiée pourrait être alignée avec les exigences décrites dans la jurisprudence pertinente de la CJUE. Malgré cela, le groupe « Code de Conduite » de l'UE a complètement ignoré les arguments pertinents soulevés dans le cadre de la procédure de consultation. Il reste à voir comment la CJUE évaluera la cohérence des régimes de PI conçus en accord avec l'approche du lien modifiée, avec les libertés fondamentales.

3. Le nouveau régime de propriété intellectuelle luxembourgeois

3.1. Champ d'application du régime de PI

A. Les contribuables admissibles

Le nouveau régime de PI s'appliquera à tous les contribuables luxembourgeois, incluant les personnes physiques et les sociétés.

B. Actifs de PI éligibles

Le champ des actifs de PI éligibles comprend les brevets et les autres actifs de PI qui sont fonctionnellement équivalents aux brevets s'ils sont tous les deux juridiquement protégés et soumis à des procédures similaires d'autorisation et d'enregistrement. Plus précisément, les droits de PI couverts par le nouveau régime luxembourgeois de PI sont :

- Les brevets, au sens large : une invention protégée, en vertu de dispositions nationales ou internationales en vigueur, par un brevet, un modèle d'utilité, un certificat complémentaire de protection, une prorogation d'un certificat complémentaire de protection au titre d'un médicament à usage pédiatrique, un certificat d'obtention végétale, une désignation de médicament orphelin ; et
- Les logiciels protégés par un droit d'auteur : les logiciels protégés par un droit d'auteur en vertu de dispositions nationales ou internationales en vigueur.

Les droits de PI susmentionnés tombent dans le champ d'application du nouveau régime de PI dans la mesure où ils ne sont pas des actifs de PI à caractère commercial et ont été créés, développés ou améliorés après le 31 décembre 2007 (le régime de PI précédent prévoyait la même limitation dans le temps) dans le cadre des activités de R&D.

Les actifs de PI liés à des activités de commercialisation comme, par exemple, les marques ou les noms de domaine sont explicitement exclus du champ des actifs éligibles. Dès lors, le champ d'application du nouveau régime de PI est conforme avec les conclusions atteintes dans le Rapport Final sur l'Action 5 du Projet BEPS.

3.2. Détermination des revenus bénéficiant de l'avantage fiscal

A. Revenus éligibles de PI

Selon l'approche du lien modifiée, un revenu de PI ne peut bénéficier d'un régime de PI que dans la mesure où le contribuable a encouru des dépenses de R&D en créant, seul, l'actif de PI. En conséquence, les contribuables ne peuvent bénéficier du régime PI que dans la mesure où il peut être démontré qu'ils ont exposé des frais, tels que des dépenses de R&D, lesquels ont généré des revenus de PI.

Le revenu net éligible produit par des actifs de PI est multiplié par un rapport formé par la somme des dépenses éligibles encourues et la somme des dépenses totales.

Les revenus éligibles de PI comprennent les revenus générés par des actifs de PI, notamment (i) les redevances, (ii) les plus-values dégagées lors de la cession d'un actif éligible, (iii) les revenus qui sont incorporés dans le prix de vente d'un produit ou d'un service (ayant un rapport direct avec l'actif éligible), et (iv) les indemnités obtenues dans le cadre d'une procédure judiciaire ou d'un arbitrage portant sur un actif éligible. En particulier, les revenus pris en considération sont les revenus nets, obtenus après déduction des dépenses encourues au cours de l'exercice d'exploitation et qui sont attribuables aux revenus de PI (des revenus brut perçus pendant l'année).

Le calcul des revenus éligibles de PI devrait en principe être assez simple. Cependant dans les cas où le revenu de PI est incorporé dans le prix de vente d'un produit ou d'un service, une analyse de prix de transfert sera nécessaire afin de justifier la part du prix de vente imputable aux droits de PI.

Les revenus bénéficiant de l'avantage fiscal sous le nouveau régime de PI sont déterminés selon la formule suivante :

$$\frac{\text{Dépenses éligibles encourues pour développer un actif de PI}}{\text{Dépenses totales encourues pour développer un actif de PI}} \times \text{revenus nets éligibles d'un actif de PI} = \text{revenus bénéficiant de l'avantage fiscal}$$

Dès lors, lorsqu'une société a uniquement un seul actif de PI et encourt toutes les dépenses pour développer elle-même ce bien, l'approche du lien permettra à tous les revenus produits par cet actif de PI de bénéficier des avantages fiscaux.

Tant les dépenses éligibles encourues pour développer les actifs de PI que les dépenses totales pour développer les actifs de PI doivent être prises en considération au moment où elles sont réalisées, peu importe leur traitement à des fins fiscales ou comptables.

Le projet de loi prévoit en outre un mécanisme d'ajustement et de compensation en ce qui concerne le revenu net éligible. L'objectif de l'ajustement est d'assurer que le revenu net éligible engendré par un actif de PI éligible pendant un exercice d'exploitation ne puisse bénéficier d'une exemption partielle qu'à condition que la totalité des revenus nets éligibles excède les dépenses d'exploitation (ex : les dépenses directes et indirectes en connexion avec l'actif). Par ailleurs, la compensation est applicable lorsque le contribuable détient plus d'un actif de PI éligible. Dans ce cas, le revenu net éligible ajusté positif généré par un actif de PI éligible devra être compensé avec les revenus nets éligibles ajustés négatifs de tout autre actif PI éligible. Le revenu net éligible positif après de tels ajustements et compensations bénéficiera de l'exemption partielle de 80%.

3.3. Dépenses éligibles encourues pour développer des actifs de PI

Les dépenses éligibles sont les dépenses nécessaires aux activités de R&D, en rapport direct avec la constitution, le développement, ou l'amélioration d'un actif éligible, et qui sont faites par le contribuable pour des activités de R&D effectuées par le contribuable lui-même.

Les dépenses qui ne sont pas directement liées aux actifs de PI éligibles ne sont pas prises en considération. Il s'ensuit que les dépenses suivantes ne sont pas considérées comme des dépenses éligibles :

- i) les coûts d'acquisition ;
- ii) les intérêts et frais de financement ;
- iii) les coûts immobiliers ;
- iv) les autres coûts qui ne se rattachent pas directement à un actif éligible.

Les dépenses d'externalisation payées à une partie tierce (non-liée) par l'intermédiaire d'une partie liée sont considérées comme des dépenses éligibles pour autant qu'aucune marge ne soit réalisée par la partie liée sur ses activités en lien avec l'actif de PI éligible.

Les dépenses éligibles incluent également les dépenses encourues par un établissement stable pour autant que celui-ci soit situé dans un Etat partie à l'Accord sur l'EEE autre que le Luxembourg, qu'il soit opérationnel au moment de la réalisation du revenu éligible et qu'il ne bénéficie pas d'un régime fiscal de PI similaire dans l'Etat dans lequel il est situé.

Enfin, lors du calcul du montant des dépenses éligibles, les contribuables peuvent appliquer une majoration de 30% des dépenses qui sont incluses dans les dépenses éligibles (à condition que le montant ainsi majoré des dépenses éligibles n'excède pas celui des dépenses totales engagées). Dès lors, la majoration peut augmenter le montant des revenus de PI qui bénéficient du nouveau régime de PI.

Il apparaît, à la lumière de ce qui précède, que si le contribuable réalise toutes les activités de R&D et développe lui-même la PI, le pourcentage bénéficiaire serait de 100% et tous les revenus produits par une telle PI pourraient bénéficier du régime de PI. Toutefois, si la PI est entièrement acquise d'une entité tierce, par un contrat de vente ou de licence, les frais d'acquisition (par exemple, les frais d'achats ou les redevances) ne peuvent pas être inclus dans les dépenses éligibles mais devraient être inclus dans les dépenses totales. Ainsi, aucun des revenus de PI ne peut bénéficier de l'avantage fiscal du nouveau régime de PI.

Entre ces deux scénarios extrêmes, il existe une situation dans laquelle le contribuable acquiert une PI et la développe davantage par lui-même. Les dépenses encourues pour l'amélioration de l'actif de PI, après son acquisition, seront incluses tant dans les dépenses éligibles que dans les dépenses totales et, en conséquence, une part proportionnelle du revenu de PI pourra bénéficier du régime de PI.

3.4. Considérations relatives à l'externalisation

En principe, l'approche du lien modifiée requiert que le contribuable réalise lui-même les activités de R&D. Cependant les frais payés à un prestataire de service, qui n'est pas une entreprise liée, pour des activités de R&D sont inclus dans les dépenses éligibles. Par contraste, les dépenses d'externalisation payées à des parties liées ne doivent pas être prises en considération afin de déterminer les dépenses éligibles.

La raison sous-jacente d'une telle distinction selon l'approche du lien modifiée est qu'il a été considéré comme peu probable qu'une société externalise les activités de R&D créatrices de valeur à une partie tierce, alors que cela pourrait être le cas quand ces activités sont externalisées à une partie liée. Il existe une présomption simple que dans tous les cas d'externalisation à des parties liées, le contribuable ne réalise pas d'activités substantielles. Cependant, en pratique, beaucoup d'entreprises multinationales externalisent une large part de leurs activités de R&D à des prestataires de services tiers, avec pour résultat qu'elles réalisent des dépenses éligibles sous le nouveau régime de PI.

3.5. Dépenses totales encourues pour développer des actifs de PI

Les dépenses totales pour développer des actifs de PI correspondent à la somme (i) des dépenses éligibles tel que définies ci-dessus (mais sans la majoration de 30%), (ii) des coûts d'acquisition des actifs de PI éligibles ; ainsi que (iii) des dépenses d'externalisation faites à une entreprise liée.

3.6. Le traitement fiscal luxembourgeois des revenus éligibles de PI

A. Impôt sur le revenu (des collectivités)

Les sociétés qui ont leur siège statutaire ou leur administration centrale (le lieu de l'administration centrale est généralement similaire au siège de direction effective) sur le territoire du Grand-Duché sont soumises à l'impôt sur le revenu des collectivités luxembourgeois sur leurs revenus mondiaux à un taux actuel de 19%, et qui sera réduit à 18% en 2018 au moment où le nouveau régime de PI entrera en vigueur, augmenté de la contribution au fonds pour l'emploi de 7%. Cependant, le régime fiscal de PI luxembourgeois prévoit que les revenus nets de PI provenant de droits de PI éligibles ainsi que les plus-values réalisées lors de leur cession sont exemptés d'impôt à hauteur de 80% (article 50ter (7) de la loi concernant l'impôt sur le revenu (« LIR ») tel qu'introduit par le projet de loi).

Lorsqu'une personne physique résidente luxembourgeoise exploite des droits de PI éligibles, le revenu engendré par les droits de PI devrait être imposable en tant que revenu commercial soumis à l'impôt sur les revenus à un taux progressif variant entre 0% et 42% (augmenté de la contribution au fonds pour l'emploi). Ici, une exemption fiscale de 80% peut s'appliquer pour ce qui concerne les revenus des actifs de PI éligibles.

B. Impôt commercial communal

Les sociétés résidentes luxembourgeoises sont présumées être des sociétés commerciales et donc soumises à l'impôt commercial communal (Gewerbebetrieb kraft Rechtsform ; section 2 (2) N°2 de la loi sur l'impôt commercial communal (« LICC »)). Le taux de l'impôt commercial communal varie en fonction de la commune dans laquelle la société est située et s'élève à Luxembourg-Ville à 6,75%.

La base imposable à l'impôt commercial communal est le revenu commercial (Gewerbebetrieb, section 6 (1) LICC) qui correspond au revenu imposable selon la loi sur l'impôt sur le revenu, ajusté en application des sections 8 et 9 de la LICC (section 7 LICC).

Les dispositions de la loi luxembourgeoise sur l'impôt sur les revenus ont un impact direct sur la base imposable pour les besoins de l'impôt commercial communal, et l'exemption fiscale de 80% applicable aux revenus nets éligibles des actifs de PI et aux plus-values n'est pas une exception à cette règle.

C. Impôt sur la fortune

Les sociétés luxembourgeoises sont soumises à un impôt sur la fortune à un taux de 0,5% par an sur leur valeur unitaire (qui correspond à la valeur de l'actif net ajusté). En principe, tous les actifs et passifs sont inclus dans la base imposable aux fins de l'impôt sur la fortune.

Fondamentalement, une exonération totale de l'impôt sur la fortune peut être obtenue à compter du 1er janvier 2018 pour les droits de PI éligibles (section 60 ter de la loi sur l'évaluation des biens et valeurs (« BewG »), tel qu'introduit par le projet de loi). Les dettes en connexion économique avec les droits de PI éligibles sont, cependant, non déductibles aux fins de l'impôt sur la fortune (section 74 (2) BewG).

Dès lors qu'il est recommandable de financer des droits de PI éligibles par des fonds propres (ex. : les dépenses d'intérêts viendraient réduire le revenu net de PI bénéficiant de l'exonération fiscale de 80%), l'exemption totale de l'impôt sur la fortune constitue un élément fondamental de l'attractivité du régime PI.

4. Conclusion

L'innovation est l'un des éléments essentiels pour promouvoir le développement économique à long terme. Dès lors, l'introduction d'un nouveau régime de PI est positive pour les contribuables luxembourgeois comme pour le Grand-Duché puisque ce régime devrait attirer de nouvelles activités de R&D au Luxembourg et renforcer les activités existantes de management et de développement de PI.

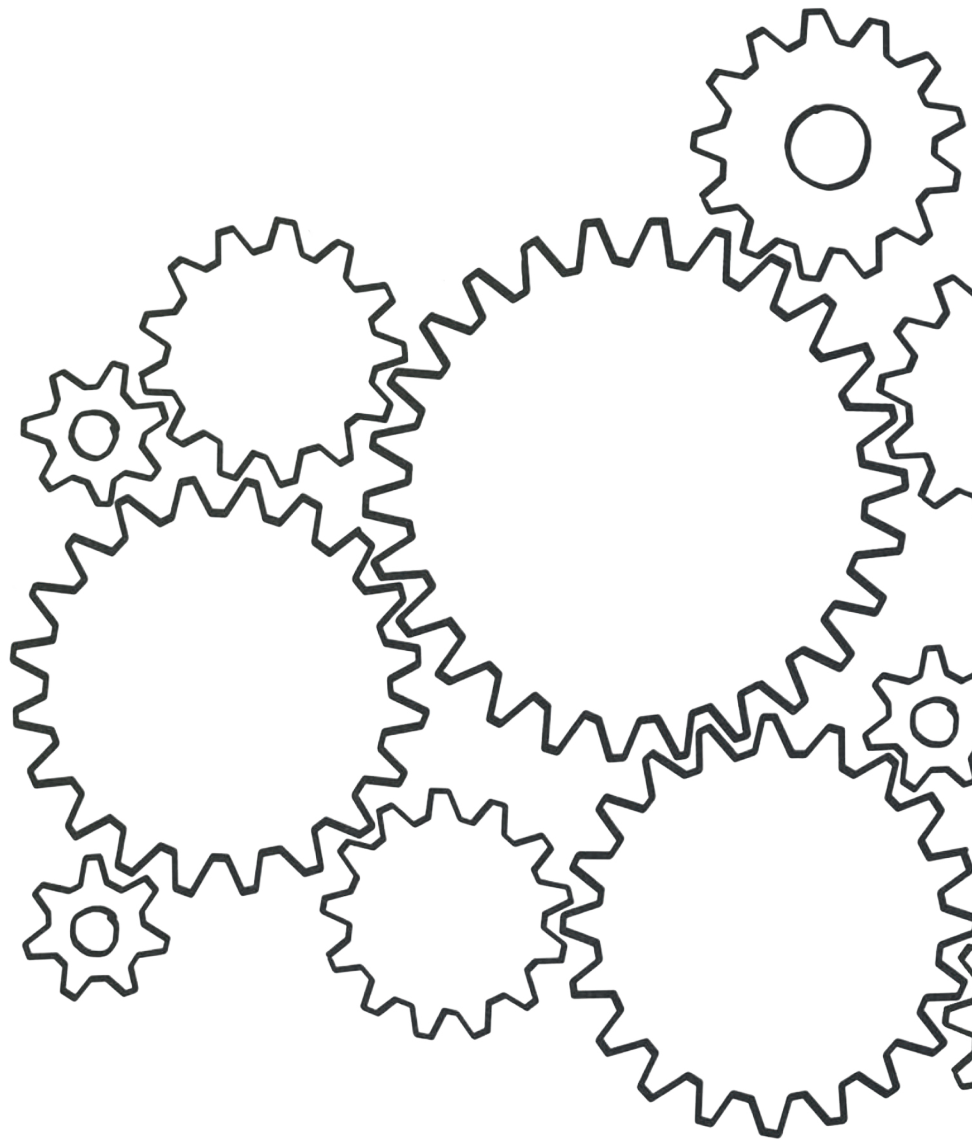
A partir du 1er Janvier 2018, une exonération de 80% s'appliquera sur les revenus bénéficiant du nouveau régime de PI. Dès lors, les sociétés luxembourgeoises devraient être soumises à un taux d'imposition total pour l'impôt sur le revenu des collectivités et l'impôt commercial communal de 5,2% à Luxembourg-Ville (c.-à-d. 26,01% de taux d'imposition global standard* 20%). En outre, les actifs de PI éligibles bénéficieront d'une exonération totale de l'impôt sur la fortune, ce qui rend le financement par fonds propres plus attractif.

Alors que les régimes de PI implémentés par les Etats participants au Projet BEPS deviendront de plus en plus semblables, étant donné que ces régimes doivent se conformer avec l'approche du lien modifiée, il était important que le Luxembourg fasse les choix adéquats, épuisant toutes les options fournies dans le Rapport Final sur l'Action 5. Le législateur luxembourgeois a décidé, en particulier, d'adopter la majoration optionnelle de 30% sur les dépenses éligibles. Par ailleurs, même les revenus de PI qui sont intégrés dans le prix de vente des produits et services peuvent bénéficier du régime de PI. Pour conclure, le nouveau régime de PI présente des opportunités intéressantes pour l'ère post-BEPS.

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.

Copyright © ATOZ 2017

1B, Heienhaff - L-1736 Senningerberg - Phone: +352 26 940-1 - info@atoz.lu
www.atoz.lu



Follow us



ATOZ Community



ATOZ Tax Advisers Luxembourg



@ATOZLuxembourg



ATOZ Tax Advisers Luxembourg