



Avis du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg

concernant

- 1) les amendements gouvernementaux au projet de loi n°6500 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2013
- 2) le projet de loi n°6497 portant modification
 - de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu;
 - de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune;
 - de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 („Abgabenordnung“);
 - de la loi modifiée du 30 juin 1976 portant 1. création d'un fonds pour l'emploi; 2. réglementation de l'octroi des indemnités de chômage complet;
 - de la loi modifiée du 22 décembre 2006 promouvant le maintien dans l'emploi et définissant des mesures spéciales en matière de sécurité sociale et de politique de l'environnement;
 - de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée;
 - de la loi modifiée du 30 juillet 2002 déterminant différentes mesures fiscales destinées à encourager la mise sur le marché et l'acquisition de terrains à bâtir et d'immeubles d'habitation

Le présent avis du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg vise les amendements gouvernementaux au projet de loi concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2013 présentés en date du 5 novembre 2012 et concernant également le projet de loi n° 6497. Le Conseil de l'Ordre a limité son examen à un point particulier, à savoir l'imposition minimum des sociétés telle que envisagée par les amendements proposés. Cette imposition minimum présente deux volets :

- tout d'abord, pour les SOPARFI, les amendements envisagent de relever l'impôt minimum de 1.500 euros à 3.000 euros ;
- ensuite, il est prévu d'introduire une imposition minimale pour les autres sociétés dont le montant serait basé sur le total du bilan, l'impôt ainsi fixé allant de 500 euros à 20.000 euros.

Sur les montants ainsi dus, une contribution au fonds pour l'emploi de 7% est à ajouter. Ces propositions posent, de l'avis du Conseil de l'Ordre, un certain nombre de problèmes (I) qui ont amené le Conseil de l'Ordre à faire un certain nombre de recommandations (II).

I. Les problèmes d'une imposition minimum

Les problèmes sont à la fois d'ordre financier et juridique.

1.1 Les risques financiers

D'après les auteurs du projet de loi, le relèvement de l'imposition minimum des SOPARFI de 1.500 euros à 3.000 euros devrait permettre à l'Etat d'encaisser 50 millions d'euros supplémentaires dans le cadre de l'impôt sur le revenu des collectivités. Si cette recette fiscale supplémentaire est certainement la bienvenue dans une optique d'efforts de réduction du déficit budgétaire, il ne faut cependant pas perdre de vue les risques financiers que cette mesure fait peser sur le secteur des SOPARFI.

Le total des recettes fiscales collectées au titre d'impôt sur le revenu des collectivités s'établit en effet à quelques 1.600 millions d'euros. La ventilation du produit de l'IRC s'effectue approximativement comme suit : SOPARFI - 34% ; Société de gestion de fonds d'investissement - 16% ; Banques - 27% ; reste l'économie (industrie, commerce) - 23%. L'Etat luxembourgeois collecte donc à l'heure actuelle déjà approximativement 540 millions d'euros auprès des SOPARFI, soit plus que le commerce et l'industrie pris dans leur globalité. Les recettes indirectes et les emplois substantiels (notamment au sein des SOPARFI elles-mêmes, des nombreux PSF domiciliataires, cabinets d'audit, etc. de la place) générés par les SOPARFI ne doivent pas non plus être perdus de vue. De ce fait, il faut éviter de prendre des mesures qui, certes, seraient susceptibles de faire entrer à court terme des recettes additionnelles dans les caisses du Trésor Public, mais qui s'avèreraient préjudiciables sur le long et le moyen terme. Le chiffre de 540 millions d'euros collectés auprès des SOPARFI peut a priori apparaître étonnant, en raison du fait que ces structures ont normalement pour but de collecter des revenus qui de toute façon sont exonérés d'impôts sur le revenu en droit luxembourgeois. Sont visés les dividendes et gains en capital en raison de participations importantes dans des filiales assujetties à l'impôt. Mais les SOPARFI ne limitent pas toujours leurs fonctions à ce rôle restreint de holding : de nombreuses SOPARFI réalisent des marges sur des activités de prêt ; d'autres perçoivent des redevances ; beaucoup ont des activités, notamment de gestion de trésorerie et de placements financiers, qui génèrent un revenu imposable, parfois important. Le point important qu'il y a lieu de garder à l'esprit est que les SOPARFI constituées au Luxembourg par des groupes étrangers ne le sont qu'en raison du régime fiscal y applicable, permettant une défiscalisation complète de certains revenus (notamment les dividendes et les plus-values sur participations importantes) dans un cadre législatif stable. Dès lors que la défiscalisation totale des revenus de participation n'est plus assurée, et elle ne l'est plus à partir du moment où on prélève un impôt minimum le risque devient réel que non seulement l'afflux d'activités nouvelles de l'étranger vers le Luxembourg se tarisse, mais également que certaines SOPARFI déjà installées au Luxembourg quittent le pays, afin de s'installer dans des pays où aucun régime d'imposition minimum n'existe et où les règles fiscales paraissent davantage stables dans le temps. L'enjeu financier, de l'avis du Conseil de l'Ordre, n'est dès lors pas limité à 50 millions d'euros, mais est beaucoup plus important



en termes de risque de perte de recettes fiscales existantes que le relèvement de l'impôt minimal ne saurait pouvoir compenser. Il est nettement préférable de l'avis du Conseil de l'Ordre de ne pas percevoir d'imposition minimale sur quelques 35.000 SOPARFI, ou pour le moins d'en rester à l'imposition minimum existante de 1.500 euros sur ces sociétés, et de continuer à collecter un impôt de l'ordre de 490 millions d'euros sur les autres 5.000 SOPARFI (soit les 540 millions d'euros collectés annuellement auprès de l'ensemble des SOPARFI à l'heure actuelle moins l'impôt minimum de 1.500 euros sur les 35.000 SOPARFI ne réalisant pas de profits imposables), que de risquer voir ce dernier groupe quitter en partie le pays en raison de changements qui interviendraient dans le cadre d'une modification de l'imposition minimum des SOPARFI.

Le risque financier ci-avant n'existe bien évidemment qu'en présence d'un risque réel de délocalisation des SOPARFI. Or, il est un fait que les investisseurs (notamment ceux issus de l'industrie du *private equity*) sont inquiets face à ce projet de nouvelle disposition fiscale. En effet, le Luxembourg a de tout temps bâti sa réputation dans le domaine particulier des SOPARFI sur la sécurité juridique et fiscale dont ce cercle de contribuables pouvait bénéficier. Une introduction de l'impôt minimal en 2011, dont le montant se trouverait doublé déjà deux années après, enlèverait une grande partie de la crédibilité du Luxembourg en ce qui concerne la lisibilité sur le long terme de l'environnement juridique et fiscal des opérateurs internationaux. L'insécurité juridique ainsi créée pourrait s'avérer rapidement fatale à cette branche d'activité, alors que les SOPARFI sont par essence extrêmement mobiles, la circulation des sociétés étant largement soutenue par la réglementation européenne : si une entreprise ne peut facilement fermer une usine de production (l'exemple récent de l'usine à Florange montre cependant que même ceci reste possible), une SOPARFI peut aisément transférer son siège social vers des cieux plus cléments. En outre, pour les groupes ou fonds d'investissement internationaux désireux de quitter le Luxembourg, il est aisé de prévoir que tout nouvel investissement (même pour un fonds existant) sera structuré par le biais de sociétés holdings situées dans un autre pays que le Luxembourg. Les Pays-Bas constituent un bon exemple de ce qui peut arriver lorsque l'environnement législatif devient défavorable. En effet, jusqu'à la fin des années 90, les Pays-Bas étaient très clairement le centre d'excellence en matière de holdings internationaux, le Luxembourg ne détenant qu'une part modeste de ce marché important. Au début des années 2000, durant une très courte période qui n'a pas dépassé 6 mois, un certain nombre de mesures fiscales défavorables avaient été adoptées aux Pays-Bas, mesures visant principalement les holdings internationaux. Même si ces mesures ont été rapidement abrogées, cela a entraîné un transfert d'activité des Pays-Bas vers d'autres pays dont le Luxembourg, ce dont les Pays-Bas ne se sont jamais remis par la suite. Le capital-confiance des opérateurs internationaux avait en effet été entamé, et comme le Luxembourg constituait une alternative intéressante, les opérateurs internationaux ont décidé de s'installer au Luxembourg et d'y rester, principalement en raison de la stabilité juridique et fiscale que ce pays leur offrait. Si le Luxembourg venait à suivre la voie néerlandaise d'imposition des sociétés holding, d'autres pays, y compris dans l'Union européenne (Malte, Chypre, etc.), seraient sur les rangs pour récupérer nos SOPARFI. Le cas de l'Irlande est également éminemment instructif. Le budget de l'Irlande en 2011 est en effet déficitaire à hauteur de 13,1% du PIB, l'endettement public irlandais s'établissant à 108%. Le besoin d'assainissement des finances publiques irlandaises est donc autrement plus pressant qu'au

Luxembourg. Pourtant, le gouvernement irlandais n'a jamais laissé de doute quant à sa volonté de maintenir des taux d'imposition extrêmement bas des sociétés irlandaises (taux de 12,5%), car il a bien compris que toute hausse du taux d'imposition de ces activités-là, plutôt que d'engendrer des recettes fiscales supplémentaires, ne ferait qu'augmenter le gouffre financier irlandais en raison des délocalisations d'entreprises. Trop d'impôt tue l'impôt.

Ces raisons-là à elles seules suffisent, de l'avis du Conseil de l'Ordre, à laisser inchangée l'imposition minimum des SOPARFI (déjà critiquable en son principe) en raison des risques financiers qu'une hausse de cette imposition minimum ne manquerait de créer pour l'équilibre budgétaire luxembourgeois sur le long terme.

Concernant les sociétés autres que les SOPARFI, il s'agit de ne pas perdre de vue l'impact des mesures proposées sur l'industrie en expansion des fonds d'investissement immobiliers, responsable de la création de nombreuses sociétés holding immobilières au Luxembourg. En raison du critère unique du total du bilan utilisé en vue de déterminer l'imposition minimale de ces sociétés, celle-ci atteindrait dans de nombreux cas 20.000 euros, que les actifs des sociétés concernées soient situés au Luxembourg où à l'étranger. Il va de soi qu'une telle mesure serait éminemment dissuasive pour les nombreux promoteurs de fonds d'investissements immobiliers actifs au Luxembourg et créerait non seulement un risque important de déplacement des sociétés holding immobilières vers d'autres juridictions, mais également une migration des fonds d'investissements détenant le capital de ces sociétés.

1.2 Les risques juridiques

Les mesures actuellement proposées posent par ailleurs un certain nombre de risques juridiques tant sur le plan du droit interne que de droit international.

Du point de vue du droit interne se pose la question de la constitutionnalité des mesures proposées. En effet, le système fiscal luxembourgeois, en matière d'imposition du revenu, est basé sur le principe de l'imposition des contribuables en fonction de leurs capacités contributives. Cependant, une société qui doit payer une cote d'impôt minimum en absence de tout bénéfice se trouve nécessairement exposée à une imposition qui ne respecte pas ses facultés contributives. Le Conseil d'Etat, lors de l'introduction initiale de l'imposition minimum, avait déjà émis des réserves importantes à ce sujet. La problématique sera donc exacerbée cette fois-ci. Par ailleurs, l'imposition minimum ne sera pas la même, selon qu'on est en présence d'une SOPARFI ou d'un autre type de société. Le principe d'égalité devant l'impôt exigeant qu'on traite de la même manière tous les contribuables se trouvant essentiellement dans la même situation au regard de la finalité de l'impôt, une imposition différente des SOPARFI et des autres sociétés ne se justifie que si ces deux groupes de société se trouvaient effectivement dans une situation différente au regard des objectifs poursuivis par le législateur.



De l'avis du Conseil de l'Ordre, une telle différenciation ne peut se justifier rationnellement. Un exemple suffira à cet égard. Les sociétés de titrisation sont tantôt soumises à la supervision de la CSSF, tantôt elles ne s'y trouvent pas soumises. De ce fait, en conséquence du projet de loi sous rubrique, les sociétés de titrisation soumises à la supervision par la CSSF échapperaient à l'imposition minimum prévue pour les SOPARFI (pour tomber dans le champ d'application de l'imposition minimum au barème progressif), tandis que toutes les autres sociétés de titrisation y seraient soumises. Pourtant, les deux groupes de sociétés de titrisation ne se distinguent pas selon la nature des investissements effectués, ni selon les sources des financements utilisées. La différence de traitement fiscal ne pouvant être justifiée, la mesure devrait être qualifiée d'inconstitutionnelle.

La problématique créée par l'imposition minimum ne s'épuise cependant pas dans une problématique de droit interne. Imposer, à total de bilan identique, moins lourdement une SOPARFI qu'une autre société pourrait en effet constituer une aide d'État au sens du droit européen. On sait que le droit communautaire interdit qu'un État membre favorise certaines entreprises ou certains secteurs d'entreprises au moyen de mesures fiscales dérogatoires au droit commun entraînant une charge fiscale moins lourde pour les sociétés concernées. Il est vrai qu'avec un nombre de 40.000, la population des SOPARFI est plus importante que celle des autres sociétés opérant sur le territoire luxembourgeois, de sorte que l'on pourrait penser que la problématique serait dénuée de tout fondement. Toutefois, l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne en matière de réforme du système fiscal de Gibraltar montre bien que ce risque est loin d'être théorique. Le gouvernement de Gibraltar avait en effet créé un système fiscal permettant à 99,9% des sociétés y établies d'échapper à l'impôt en raison du fait que leurs activités s'effectuaient essentiellement à l'extérieur du territoire de Gibraltar. La Cour de Justice des Communautés Européennes, plutôt que de considérer que l'exonération des sociétés offshore serait la règle de base par rapport à laquelle il fallait juger les dérogations, a retenu dans son arrêt que le régime de droit commun serait l'imposition telle que prévue pour les sociétés de Gibraltar et opérant sur son territoire, les sociétés offshore soit la quasi-totalité de la population des sociétés, constituant l'exception à la norme. En appliquant ce même raisonnement à l'imposition minimum, la Cour de Justice des Communautés Européennes pourrait retenir que l'imposition progressive des autres sociétés serait le régime de droit commun, l'imposition minimum des SOPARFI constituant une dérogation à cette règle. Comme par ailleurs cette dérogation aboutit dans une majorité des cas à une charge fiscale moins élevée pour les SOPARFI que celle résultant du barème progressif de l'imposition minimum, un complément d'impôt pourrait être dû au titre de la récupération de l'aide d'Etat. Ce serait clairement la fin de l'industrie des SOPARFI au Luxembourg.

Se pose d'ailleurs potentiellement un autre problème de droit international public. En effet, dans sa rédaction actuelle, le projet de loi fait abstraction de la localisation des avoirs détenus par les sociétés, lorsqu'il s'agit de faire le test de bilan aux fins de la fixation de l'imposition minimum. De ce fait, les avoirs étrangers se trouvent inclus dans la base de calcul, même s'ils se trouvent localisés dans des pays avec lesquels le Luxembourg a signé une convention contre la double imposition. L'exemple des immeubles détenus à l'étranger illustrera à suffisance la problématique en résultant. En effet, d'après toutes les conventions contre la double imposition signées par le Luxembourg, les



revenus immobiliers sont uniquement imposables dans le pays de localisation de l'immeuble. De ce fait, si une société luxembourgeoise possède un immeuble en Allemagne, seule l'Allemagne pourra imposer les revenus y relatifs. Or, l'imposition minimum d'une société luxembourgeoise qui ne détient qu'un seul actif immobilier en Allemagne aboutit dans les faits à une imposition déguisée de ce revenu immobilier. En raison de la suprématie du droit conventionnel international sur le droit national, l'imposition minimum serait de toute façon à écarter par les tribunaux dans le cadre de recours fiscaux. Le même raisonnement s'applique aux biens détenus dans le cadre d'établissements stables étrangers, puisque les revenus y relatifs sont également exonérés au Luxembourg. En sens inverse, les contribuables non-résidents détenant des immeubles au Luxembourg ne sont imposables dans notre pays que dans la mesure où ils perçoivent des revenus positifs, c'est-à-dire un excédent de recettes sur les dépenses. L'imposition minimum intervenant justement en l'absence de tout bénéfice, le texte actuellement proposé ne devrait pas avoir de conséquences pratiques pour les non-résidents, à défaut d'un texte de droit interne prévoyant l'imposition des non-résidents en l'absence de tout revenu net positif.

II. Les recommandations de l'Ordre

En raison des problèmes soulevés ci-avant, le Conseil de l'Ordre estime nécessaire de faire les recommandations suivantes, qui devraient générer des recettes additionnelles de 15 à 20 millions d'euros :

2.1 Ne pas changer les taux d'imposition minimum des SOPARFI

En raison des risques très réels de délocalisation d'activités, le Conseil de l'Ordre est d'avis que le taux d'imposition minimum des SOPARFI devrait rester inchangé. A défaut, il faudrait que le montant minimum soit fixé à un chiffre plus faible que celui actuellement envisagé et que le gouvernement communique de manière positive sur la stabilité de la réglementation en matière de SOPARFI. Si une augmentation de l'imposition est jugée indispensable, le Conseil de l'Ordre est d'avis qu'une refixation de l'imposition minimum des SOPARFI à 2.000 euros représenterait le maximum acceptable pour les opérateurs internationaux, c'est-à-dire n'entraînerait vraisemblablement pas de déchets fiscaux pour l'Etat en raison de délocalisations de sociétés.

2.2 Fusion des barèmes proposés

Il faudrait fusionner les deux barèmes proposés en un barème unique d'imposition minimum (concernant tant les SOPARFI que les autres sociétés). Ce barème devrait tenir compte non seulement du total de bilan, comme actuellement envisagé, mais également du chiffre d'affaires et des effectifs employés par la société. Le barème pourrait avoir la forme suivante, sachant que la société concernée se trouverait imposée dans la tranche d'imposition dont elle aurait dépassé au

moins deux des trois seuils inférieurs (ex. : effectif – 120 ; total du bilan – 11m ; chiffre d'affaires – 10m → imposition selon la tranche 5) :

Tranches	Total du bilan	Moyenne du personnel employé (temps plein)	Chiffre d'affaires (net)	Montant de l'impôt minimum (EUR)
1	Jusqu'à 350.000 EUR	0 à 15	0 à 2 millions	0
2	De 350.001 à 2.000.000 EUR	16 à 25	2 à 5 millions	1.500
3	De 2.000.001 EUR à 5.000.000 EUR	26 à 50	5 à 10 millions	2.000
4	De 5.000.001 EUR à 10.000.000 EUR	51 à 100	10 à 15 millions	5.000
5	De 10.000.001 EUR à 15.000.000 EUR	101 à 150	15 à 25 millions	10.000
6	De 15.000.001 EUR à 20.000.000 EUR	151 à 250	25 à 35 millions	15.000
7	A partir de 20.000.000 EUR	251 et au-delà	35 millions et au delà	20.000

Les sociétés n'employant pas de personnel et ne réalisant pas de chiffre d'affaires seraient, au lieu d'être exonérées de tout impôt, exceptionnellement soumises à une imposition minimale sur base du total de leur bilan, d'après la grille suivante :

Total du bilan	Montant de l'impôt minimum (EUR)
Jusqu'à 350.000 EUR	0
De 350.001 à 2.000.000 EUR	1.500
A partir de 2.000.001 EUR	2.000

Ceci permettrait de garantir une imposition effective des SOPARFI à un montant de 2.000 euros, non pas en tant que mesure favorable dérogatoire à une norme, mais plutôt dans le cadre d'une surimposition non critiquable en droit européen.

2.3 Limiter l'imposition minimum aux sociétés résidentes détenant des actifs au Luxembourg

Afin d'éviter les contrariétés avec le droit international, il faudrait limiter, pour les sociétés résidentes, les avoirs à prendre en considération pour les besoins de la détermination du total du bilan aux seuls avoirs localisés sur le territoire luxembourgeois. Cette limitation aux avoirs géographiquement situés dans notre pays se trouve d'autant plus justifiée que les nuisances causées par les sociétés (coûts d'infrastructure ; pollution ;...) n'existent que dans la mesure où les activités se trouvent effectivement exercées sur le sol luxembourgeois.

Par ailleurs, la loi luxembourgeoise ne prévoyant l'imposition des non-résidents dans le cadre de l'impôt sur le revenu uniquement en présence de revenus nets positifs, l'idée d'une imposition minimum pour les non-résidents devrait être abandonnée.



Barreau
de Luxembourg

Le Conseil de l'Ordre serait en mesure de soumettre à très brève échéance des propositions de textes législatifs dans l'hypothèse où une telle demande lui serait faite.

Fait à Luxembourg, le 29 novembre 2012

René DIEDERICH
Bâtonnier