

**Objet: Projet de loi n°7333 portant approbation de la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, signée à Paris, le 7 juin 2017. (5171PMR)**

*Auto-saisine*

<b>AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE</b>
---------------------------------------

L'objet du projet de loi n°7333 sous avis (ci-après dénommé, le « Projet ») vise à ratifier la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, signée à Paris, le 7 juin 2017, en abrégé ci-après, le « MLI »<sup>1</sup>.

Alors que le Projet a été déposé à la Chambre des Députés le 3 juillet 2018, la Chambre de Commerce déplore ne pas avoir été saisie à ce stade.

### **Considérations générales**

#### **1. Contexte**

Comme indiqué dans l'exposé des motifs du Projet, l'objectif principal du MLI est de « *modifier les conventions fiscales bilatérales existantes de manière rapide et efficace en vue de mettre en œuvre les mesures se rapportant aux conventions fiscales élaborées au cours du projet BEPS sans devoir consacrer des moyens supplémentaires pour renégocier bilatéralement chacune des conventions existantes* ».

L'exposé des motifs ajoute que le MLI « *ne fonctionnera pas comme un protocole modifiant une convention fiscale mais [...] s'appliquera en parallèle avec les conventions fiscales couvertes dont elle modifiera l'application afin de mettre en œuvre les mesures BEPS. L'élaboration de versions consolidées des conventions fiscales couvertes n'est pas une condition préalable à l'application de la convention multilatérale bien que ces versions consolidées facilitent l'application pratique des conventions fiscales après l'entrée en vigueur de la Convention Multilatérale.* »

Au moment de la signature du MLI en juin 2017, le Grand-Duché de Luxembourg a également soumis une liste de réserves et de notifications en vertu des articles 28, paragraphe 6 et 29, paragraphe 3 du MLI, en abrégé ci-après, la « LRN ».

Le Projet porte donc approbation du MLI et de la LRN. Dans sa LRN, le Luxembourg a inclus 81 conventions fiscales bilatérales existantes comme Conventions fiscales couvertes<sup>2</sup> en application de l'article 2, paragraphe 1, lettre (a), point (ii) du MLI. Sous réserve de signature du MLI par l'autre Etat contractant et de sa ratification, la ratification du MLI par le Luxembourg entraînera modification de ces 81 conventions bilatérales. Peu d'Etats ont à ce stade finalisé leur procédure de ratification.

<sup>1</sup> Acronyme anglais pour « *Multilateral Instrument* ».

<sup>2</sup> Tout terme capitalisé non-autrement défini a la signification lui assignée par le MLI.

En pratique, lorsque les dispositions du MLI seront applicables, il faudra combiner plusieurs normes en même temps pour déterminer si la convention bilatérale concernée sera affectée par le MLI, et lorsque cela sera le cas, essayer de déterminer la formulation susceptible de s'appliquer.

Ainsi, il conviendra de se référer à la convention fiscale bilatérale concernée, aux choix faits par chacun des Etats cocontractants (réserves et notifications), à l'article concerné du MLI ainsi qu'à la « Note explicative portant sur la convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices ». Puis, il faudra faire une lecture combinée des formulations utilisées tant par la convention fiscale concernée que par le MLI, ce qui ne sera pas aisé. En effet, les formulations ne s'imbriqueront pas nécessairement et généreront de fait des difficultés d'interprétation.

## 2. Appréciation globale

Compte tenu de l'impact majeur que l'entrée en vigueur et la prise d'effet du MLI pourrait avoir sur le réseau conventionnel luxembourgeois existant, la Chambre de Commerce estime que l'approbation du MLI et son interprétation méritent des clarifications sur **l'application anticipée** des différents articles du MLI pour lesquels Luxembourg n'a pas émis de réserves, et regrette que les acteurs concernés n'aient pas été impliqués plus tôt dans le processus.

A ce titre plusieurs articles du MLI lui semblent mériter **de plus amples commentaires quant à leur interprétation, leur possible application et l'effet** qu'ils pourront avoir sur l'équilibre actuel des conventions existantes négociées de façon bilatérale. Il serait donc préférable de revisiter les commentaires des articles mentionnés dans ce Projet dans un objectif de sécurité juridique, étant précisé que peu d'Etats ont à ce stade finalisé leur procédure de ratification et que certains sont sûrement confrontés à la même problématique. Ce besoin de sécurité juridique est particulièrement vrai pour l'application de l'article 7 MLI relatif au test de l'objet principal de la transaction. La Chambre de Commerce recommande également la mise en place d'une publication régulière des cas résumés de mise en application concrète par convention couverte des articles du MLI, notamment sur le site internet de l'Administration des Contributions Directes.

Par ailleurs, l'exposé des motifs du Projet précise que « *l'élaboration de **versions consolidées** des conventions fiscales couvertes n'est pas une condition préalable à l'application de la Convention multilatérale bien que ces versions consolidées facilitent l'application pratique des conventions fiscales après l'entrée en vigueur de la Convention multilatérale* ».

Si la Chambre de Commerce concède que l'OCDE n'impose pas ce type de demande, cela ne veut pas pour autant dire qu'un Etat considéré ne devra pas s'organiser pour publier des versions consolidées et ce, afin de respecter les principes qui trouvent à s'appliquer dans son Etat, tel que le principe de sécurité juridique.

Il convient de rappeler que les conventions fiscales bilatérales visent à apporter de la sécurité juridique aux contribuables, en répartissant, pour des revenus perçus dans une situation transfrontière, les droits d'imposition entre les Etats. La Chambre de Commerce rappelle également qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour administrative luxembourgeoise que « *l'Etat de droit n'existe que si le citoyen peut se fier à la lettre du texte de loi, dans la mesure où celui-ci est clair et précis* »<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Bulletin de jurisprudence administrative, Contentieux administratif luxembourgeois, 2017, Pasicrisie luxembourgeoise, page 141, n°287.

Dès lors, la Chambre de Commerce considère que des versions consolidées ne viennent pas seulement faciliter l'application des conventions fiscales mais sont un élément incontournable pour permettre aux contribuables de connaître le traitement applicable à leurs revenus dans un contexte transfrontière. Aussi demande-t-elle que des versions consolidées des conventions fiscales couvertes par le MLI soient être élaborées et publiées avant la ratification de ce dernier par le Luxembourg.

Enfin, la Chambre de Commerce s'étonne que la **fiche financière** du Projet mentionne qu'il ne comprend aucune disposition susceptible de grever le budget de l'Etat. La ratification du MLI par le Luxembourg aura pourtant potentiellement des effets importants, combinés avec ceux du projet de loi n°7318 relatif à la transposition de la 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, ci-après, l' « ATAD1 ». S'il est difficile de chiffrer l'impact du Projet, la Chambre de Commerce ne peut admettre le raccourci visant à écarter tout impact budgétaire.

### Commentaire des articles

#### Concernant l'article 5 du MLI

Le Luxembourg a choisi de ne pas formuler dans la LRN de réserve complète sur l'article 5 du MLI mais a opté pour l'Option A de cet article et s'est réservé le droit de ne pas permettre aux autres Etats parties au MLI qui ont opté pour l'Option C de l'appliquer.

A titre de rappel, l'Option A prévoit :

*« 2. Les dispositions d'une Convention fiscale couverte qui auraient pour effet d'exempter d'impôt le revenu ou la fortune d'un résident d'une Juridiction contractante dans cette Juridiction contractante aux fins d'éliminer la double imposition, ne s'appliquent pas lorsque l'autre Juridiction contractante applique les dispositions de la Convention fiscale couverte pour exempter d'impôt ce revenu ou cette fortune ou pour limiter le taux auquel ce revenu ou cette fortune est imposé. Dans ce dernier cas, la première Juridiction contractante accorde sur l'impôt qu'elle perçoit sur le revenu ou la fortune de ce résident une déduction d'un montant égal à l'impôt payé dans cette autre Juridiction contractante. Cette déduction ne peut toutefois excéder la fraction de l'impôt, calculé avant déduction, correspondant aux éléments de revenu ou de fortune imposables dans cette autre Juridiction contractante.*

*3. Le paragraphe 2 s'applique à une Convention fiscale couverte qui exigerait par ailleurs d'une Juridiction contractante qu'elle exempte d'impôt le revenu ou la fortune décrit dans ce paragraphe. »*

Par ailleurs, l'article 5, paragraphe 10 du MLI prévoit :

*« 10. Toute Partie qui choisit d'appliquer l'une des options prévues au paragraphe 1 notifie au Dépositaire l'option choisie, ainsi que :*

*a) dans le cas où une Partie choisit d'appliquer l'Option A, la liste de ses Conventions fiscales couvertes qui contiennent une disposition décrite au paragraphe 3, en indiquant les numéros de l'article et du paragraphe de chaque disposition concernée ;*

*[...]*

*Une option s'applique à une disposition d'une Convention fiscale couverte uniquement si la Partie qui choisit d'appliquer cette option a formulé une notification à l'égard de cette disposition. »*

L'exercice de l'Option A de l'article 5 du MLI appelle plusieurs commentaires de la part de la Chambre de Commerce.

Tout d'abord, comme l'indique le paragraphe 10 de l'article 5, l'option choisie ne s'applique qu'à l'égard des dispositions de la convention couverte pour lesquelles Luxembourg a formulé une notification à l'égard de la disposition en question.

Si l'on prend par exemple la convention avec la France, la disposition de la convention notifiée et mentionnée dans la LNR est l'article 19, paragraphe 1 de la convention. En ce qui concerne la convention avec la Suisse, la disposition notifiée et mentionnée dans la LNR est l'article 23, paragraphe 1, lettre (a).

Afin d'éviter tout problème d'interprétation, il semblerait opportun de préciser dans les commentaires de l'article 5 du MLI que celui-ci ne sera susceptible de s'appliquer qu'aux dispositions notifiées et mentionnées dans la LNR. En d'autres termes il serait utile de clarifier que l'article 5 Option A ne s'appliquera que de façon limitative. Suivant l'exemple mentionné ci-avant, cet article ne s'appliquera ni à l'article 19, paragraphe 2 de l'actuelle convention avec la France ni à l'article 23, paragraphe 1, lettre (c) de la convention avec la Suisse.

La Chambre de Commerce aimerait par ailleurs avoir une précision par rapport au fait que l'article 5 Option A ne s'applique qu'aux cas de conflits de qualification sous la convention, et qu'il ne s'applique pas si une exonération est accordée dans le pays de la source en vertu du droit interne de cet Etat.

En effet, la note explicative au MLI dans la section relative à l'article 5 et les commentaires de l'article 23 (A) (4) de la convention modèle OCDE précisent bien que ces dispositions visent les cas de conflit de qualification sous les traités. Pour cette raison ils sont abordés dans le rapport final de l'OCDE sur l'action 2 du projet BEPS intitulé « Neutraliser les effets des dispositifs hybrides »<sup>4</sup>.

Enfin, la Chambre de Commerce note à titre ponctuel, en page 20 des LNR, une erreur d'accord. Il conviendrait de remplacer les termes « à les » par « aux ».

---

<sup>4</sup> Les commentaires de l'article 23 (A) (4) de la convention modèle OCDE (version 2014) précisent aux sections 56.1 et 56.2 ce qui suit :

« 56.1 Ce paragraphe a pour objet d'éviter l'absence d'imposition qui résulterait de désaccords entre l'Etat de la source sur les faits d'un cas spécifique ou sur l'interprétation des dispositions de la Convention. Il s'applique lorsque d'une part l'Etat de la source interprète les faits et les dispositions de la Convention d'une manière telle qu'un élément de revenu ou de fortune entre dans le champ d'une disposition de la Convention qui supprime son droit d'imposer cet élément ou limite l'impôt auquel il peut le soumettre tandis que d'autre part l'Etat de résidence adopte une autre interprétation des faits ou des dispositions de la Convention et considère donc que cet élément est imposable dans l'Etat de la source conformément aux dispositions de la Convention ».

56.2 [Le paragraphe ne s'applique pas] « dans le cas où l'Etat de la source considère qu'il peut soumettre à l'impôt un élément de revenu ou de fortune conformément aux dispositions de la Convention mais où aucun impôt n'est effectivement payable sur ce revenu ou cet élément de fortune en vertu des dispositions de droit interne de cet Etat ».

### **Concernant l'article 6 du MLI**

Comme indiqué dans le commentaire des articles, « *l'article 6<sup>5</sup> constitue une norme minimale qui a pour objet d'introduire un nouveau préambule dans les conventions fiscales. Le préambule permet aux Juridictions concernées de déclarer leur intention commune d'éliminer la double imposition sans créer de possibilités de non-imposition ou d'imposition réduite via des pratiques d'évasion ou de fraude fiscale* ».

Les commentaires des articles précisent encore que « *cette déclaration d'intention du préambule est importante pour l'interprétation et l'application des conventions fiscales* ». Référence est faite sur ce point au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 31 de la Convention de Vienne<sup>6</sup> qui prévoit qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans le contexte et à la lumière de son objet et de son but. Le paragraphe 2 de ce même article confirme qu'aux fins d'interprétation d'un traité, le contexte comprend son préambule.

La prise d'effet de l'article 6 du MLI pouvant donc potentiellement avoir un effet sur l'interprétation et l'application de 81 conventions bilatérales, dans un souci de sécurité juridique, la Chambre de Commerce demande de développer les commentaires du Projet pour (i) préciser l'application dans le temps de ce changement possible d'interprétation, (ii) donner des exemples d'application et d'effet de cet éventuel changement d'interprétation et (iii) donner des exemples de non application de ce changement d'interprétation.

### **Concernant l'article 7 du MLI**

La nécessité pour les ressortissants de la Chambre de Commerce d'obtenir des précisions sur l'application et l'interprétation du MLI, telle que relevée ci-avant dans l'appréciation générale du Projet, se manifeste pleinement à l'endroit de l'article 7 du MLI qui introduit, en vertu du choix fait par Luxembourg, la règle des objets principaux, une autre norme minimale.

Le commentaire des articles indique que « *la règle des objets principaux est une règle qui se base sur des critères subjectifs et qui vise les transactions et les montages eux-mêmes tandis que la règle de la limitation des avantages est une règle qui se base sur des critères objectifs* ».

Dans la mesure où cette règle se base sur des critères subjectifs, celle-ci implique une insécurité juridique pour les contribuables. La Chambre de Commerce estime donc essentiel que les commentaires du Projet précisent l'interprétation que le Luxembourg entend faire de cette règle tant pour refuser l'application de la convention aux contribuables luxembourgeois que pour défendre ces mêmes contribuables en cas de tentative d'application de cette règle par une autre juridiction.

La Chambre de Commerce note qu'en se référant à la « *Note explicative portant sur la convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices* », ainsi qu'à la Convention modèle de l'OCDE dans sa version 2017, il est possible de trouver des indications et des exemples pour interpréter cette règle du critère des objets principaux. Toutefois, dans un souci de sécurité juridique, les commentaires devraient préciser l'interprétation que Luxembourg entend faire de cet article 7 du MLI, notamment au moyen d'exemples concrets par industrie.

<sup>5</sup> L'article 6 du MLI précise que l'élimination de la double imposition doit se faire « *sans créer de possibilités de non-imposition ou d'imposition réduite via des pratiques d'évasion ou de fraude fiscale/évitement fiscal (résultant notamment de la mise en place de stratégies de chalandage fiscal destinées à obtenir des allègements prévus dans la présente convention au bénéfice indirect de résidents de juridictions tierces)* ».

<sup>6</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités conclue à Vienne le 23 mai 1969.

L'idéal serait d'organiser un système de publication régulier de cas résumés de mise en œuvre du MLI sur l'article 7 particulièrement mais pas exclusivement.

L'application de la règle des objets principaux, notamment aux entreprises de réassurance, doit être clarifiée et des indications données quant aux motifs non fiscaux qui seront considérés comme suffisants pour le maintien du bénéfice des conventions d'un point de vue luxembourgeois tant pour le bénéfice des conventions au Luxembourg que pour la défense du contribuable luxembourgeois en cas de remise en cause du bénéfice de la convention par un état contractant. Les motifs non-fiscaux sont essentiellement liés à la réalité économique des programmes de réassurance avec leurs caractéristiques propres en termes de fréquence et de volatilité des sinistres.

Par ailleurs, il importe de noter que cette règle du critère des objets principaux existe déjà dans des Etats et que ces derniers ont des approches différentes pour refuser l'application d'un texte sur la base de cette règle anti-abus. Certains Etats testent le niveau de substance de l'entité concernée, d'autres les objectifs commerciaux poursuivis et encore d'autres ces deux aspects en même temps. Certes, au cas particulier, la convention multilatérale prévoit à l'article 32, intitulé « *interprétation et mise en œuvre* », des modalités pour régler les éventuelles questions d'interprétations.

Ainsi, « *toute question relative à l'interprétation ou à la mise en œuvre des dispositions d'une Convention fiscale couverte telles que modifiées par la [MLI] doit être réglée conformément aux dispositions de la Convention fiscale couverte relatives au règlement par accord amiable des questions d'interprétation ou d'application de la Convention fiscale couverte* ». Cette disposition est précisée dans le cadre de la note explicative portant sur la convention multilatérale, qui mentionne que « *les autorités compétentes des Juridictions contractantes peuvent dès lors convenir de la manière dont la Convention s'applique à leurs Conventions fiscales couvertes, pour autant que l'accord conclu soit conforme aux dispositions de la Convention* ». Comme mentionné dans l'exposé des motifs à cette convention, cet alinéa de l'article 32 fait référence aux procédures dites amiables.

Par ailleurs, l'article 32 du MLI prévoit que « *Toute question relative à l'interprétation ou à la mise en œuvre de la présente Convention peut être traitée par une Conférence des Parties convoquée conformément au paragraphe 3 de l'article 31* ». Le paragraphe 3 de l'article 31 précise que « *Toute Partie peut demander la tenue d'une Conférence des Parties en adressant une demande au Dépositaire. Le Dépositaire informe toutes les Parties de toute demande. Le Dépositaire convoque ensuite une Conférence des Parties, à condition que la demande soit soutenue par un tiers des Parties, dans un délai de six mois à compter de la communication de la demande par le Dépositaire* ». La note explicative portant sur le MLI mentionne que « *le verbe pouvoir au paragraphe 2 traduit le fait qu'il peut y avoir d'autres manières de traiter les questions d'interprétation et de mise en œuvre de la Convention, comme par exemple un accord entre les autorités compétentes sur la façon dont la convention s'applique en ce qui concerne une Convention fiscale couverte spécifique* ».

A ce stade, la Chambre de Commerce n'a pas connaissance que cette Conférence des Parties soit fréquente en matière fiscale. Par ailleurs, elle ne semble pas obliger les Etats quant aux résultats à atteindre (pas d'obligation de se réunir ni de délais prescrits pour rendre une décision). Or, pour que cette procédure soit efficace et apporte de la sécurité juridique aux contribuables, il aurait fallu que les Etats soient obligés de la saisir pour régler toutes les difficultés d'interprétation émanant du MLI et que les interprétations communes retenues soient connues des contribuables, par exemple en les publiant sur le site internet de l'OCDE. Aussi, il est dommageable pour les contribuables que cette procédure n'ait pas été rendue obligatoire par le

MLI pour harmoniser l'interprétation et ainsi apporter de la sécurité juridique dans leurs opérations transfrontières.

Toutefois, l'exposé des motifs du projet de loi mentionne sur ce point (page 19) que « *Par contre toute question relative à l'interprétation ou à la mise en œuvre de la présente Convention doit être réglée par une Conférence des Parties* ».

Si l'intention du Luxembourg est en premier lieu de toujours demander la saisine de Conférence des Parties pour résoudre les questions d'interprétation qui se posent, cette intention ne peut être que saluée. Toutefois, et ce dans un but de sécurité juridique, lorsque par exemple la Conférence des Parties ne pourra pas être réunie ou ne sera pas en mesure d'apporter une solution, la Chambre de Commerce est d'avis que le Luxembourg devra alors procéder aux diligences nécessaires avec l'autre Etat contractant en vue d'obtenir une interprétation bilatérale commune satisfaisante dans les meilleurs délais.

### **Concernant l'article 17 du MLI**

L'article 17 concerne les ajustements corrélatifs à faire par une Juridiction contractante de façon unilatérale lorsqu'elle estime que la réclamation du contribuable est fondée et que l'autre Juridiction contractante a fait des ajustements de bénéfice auprès d'une entreprise en respectant les principes de pleine concurrence quant au principe et aux montants.

Des commentaires sur l'interaction des dispositions conventionnelles de l'article 17 du MLI avec l'application des règles concernant les sociétés étrangères contrôlées de l'article 7 alinéa 2 lettre b de l'ATAD1 seraient utiles.

\* \* \*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut marquer son accord au projet de loi que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

PMR/DJI