



Circulaire du directeur des contributions
L.I.R. n° 164ter/1 du 4 mars 2020

L.I.R. n° 164ter/1

I.C.C. n° 41

Objet : Les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées

Sommaire

1. Introduction
2. Les sociétés étrangères contrôlées en matière de l'impôt sur le revenu des collectivités – article 164ter L.I.R.
 - 2.1. Alinéa 1^{er}
 - 2.1.1. Le champ d'application personnel de l'article 164ter L.I.R.
 - 2.1.2. Le contrôle exercé par le contribuable sur la société étrangère contrôlée
 - 2.1.3. Le niveau d'imposition effective de la société étrangère contrôlée
 - 2.1.4. Les seuils d'exonération relatifs au bénéfice suivant le bilan commercial
 - 2.2. Alinéa 2 - La notion d'entreprise associée au sens de l'article 164ter L.I.R.
 - 2.3. Alinéa 3 - L'inclusion des revenus nets non distribués de la société étrangère contrôlée dans le revenu net du contribuable
 - 2.4. Alinéa 4
 - 2.4.1. La détermination des revenus nets de la société étrangère contrôlée à inclure
 - 2.4.2. Les règles préventives de double imposition relatives aux revenus nets inclus
3. Les sociétés étrangères contrôlées en matière de l'impôt commercial – paragraphe 9 GewStG

1. Introduction

La loi du 21 décembre 2018 transposant 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, modifiant la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, modifiant la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial (*Gewerbesteuer*), modifiant la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (*Steueranpassungsgesetz*) et modifiant la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (*Abgabenordnung*) (Mémorial A – N° 1164 du 21 décembre 2018) (« loi du 21 décembre 2018 »), a introduit, avec effet à partir des exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2019, un régime d'imposition de sociétés étrangères contrôlées (« SEC ») dans la législation fiscale nationale.

A cette fin, l'article 2, point 1° de la loi du 21 décembre 2018 a complété le titre II (impôt sur le revenu des collectivités) de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (« L.I.R. ») par l'insertion d'un nouvel article 164^{ter}, tandis que l'article 3 de cette même loi a modifié le paragraphe 9 de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« GewStG ») par l'insertion d'un nouveau numéro 3a.

L'article 164^{ter} L.I.R. tire son origine 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 (« directive ATAD »). Les règles relatives aux SEC, comme d'autres mesures introduites par la directive ATAD, visent à mettre en œuvre de manière coordonnée au niveau de l'Union européenne les résultats du Projet de l'Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE ») contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (« BEPS – *base erosion and profit shifting* »), et plus précisément l'Action 3 du Plan BEPS de l'OCDE.

L'objectif des règles relatives aux SEC reprises à l'article 164^{ter} L.I.R. est d'éviter qu'un contribuable, qui exerce le contrôle, direct ou indirect, sur une filiale ou qui détient un établissement stable, dont les revenus ne sont pas imposables ou sont exonérés au Grand-Duché de Luxembourg, puisse éroder sa base imposable dans son Etat de résidence en transférant ses revenus vers cette filiale ou cet établissement stable soumis à une faible imposition dans leur Etat de résidence ou d'établissement. En application de l'article 164^{ter} L.I.R., les revenus artificiellement détournés vers la filiale ou l'établissement stable constitutif d'une SEC seront inclus dans le revenu net du contribuable et donc soumis à l'impôt sur le revenu des collectivités.

Il échet de souligner que les règles relatives aux SEC remplissent principalement une fonction dissuasive et que leur application vise à freiner le transfert de revenus d'un contribuable vers une SEC.

2. Les sociétés étrangères contrôlées en matière de l'impôt sur le revenu des collectivités – article 164ter L.I.R.

2.1. Alinéa 1^{er}

L'article 164ter, alinéa 1^{er} L.I.R. définit la SEC par référence à deux critères : le contrôle exercé par le contribuable sur la SEC ainsi que le niveau d'imposition effective insuffisant de la SEC. Un organisme à caractère collectif est constitutif d'une SEC lorsque les deux conditions précitées sont simultanément réunies. La condition relative au contrôle exercé par le contribuable, tel que repris à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R., est évidemment sans objet dans l'hypothèse d'un établissement stable constitutif d'une SEC.

L'article 164ter, alinéa 1^{er} L.I.R. délimite le champ des contribuables auxquels s'appliquent les dispositions relatives aux SEC. Sont ainsi visés, d'une part, les organismes à caractère collectif, dont le siège statutaire ou leur administration centrale se trouve sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg et qui sont constitués sous une forme juridique énumérée à l'article 159, alinéa 1^{er} L.I.R., et, d'autre part, les établissements stables indigènes d'un organisme à caractère collectif de l'article 159 L.I.R., qui n'a ni son siège statutaire, ni son administration centrale sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg.

Afin d'aboutir à des règles plus ciblées et efficaces, l'article 164ter, alinéa 1^{er} L.I.R. exclut du champ d'application les SEC qui réalisent des faibles bénéfices ou qui dégagent une faible marge bénéficiaire.

2.1.1. Le champ d'application personnel de l'article 164ter L.I.R.

Selon l'article 164ter, alinéa 1^{er} L.I.R., les SEC comprennent les organismes à caractère collectif de même que les établissements stables, dont les revenus ne sont pas imposables ou sont exonérés au Grand-Duché de Luxembourg. Conformément à l'article 159, alinéa 2 L.I.R., les contribuables résidents sont imposables sur l'ensemble de leurs revenus, c'est-à-dire y inclus aussi les revenus générés par ses établissements stables situés à l'étranger. Or, les établissements stables situés à l'étranger peuvent pourtant soulever les mêmes préoccupations en matière de transfert de revenus imposables qu'un organisme à caractère collectif établi à l'étranger, vu que les revenus des établissements stables situés à l'étranger sont, en principe, exonérés en application des conventions internationales contre les doubles impositions. Ainsi, les établissements stables situés à l'étranger, qu'il s'agisse d'un Etat membre ou d'un Etat tiers avec lesquels le Grand-Duché de Luxembourg a conclu une convention internationale contre les doubles impositions, sont également inclus dans le champ d'application des règles relatives aux SEC.

Il échet de souligner qu'un organisme visé à l'article 175, alinéa 1^{er} L.I.R., établi à l'étranger et qui constitue un établissement stable du contribuable, est également susceptible de constituer une SEC au sens de l'article 164ter, alinéa 1^{er} L.I.R. Tel que souligné par le paragraphe 26 du rapport final de 2015 de l'Action 3 du Plan BEPS de l'OCDE, le champ d'application de l'article 164ter L.I.R. vise à empêcher que les dispositions relatives aux SEC ne puissent être contournées par le biais d'une modification de la forme juridique de la SEC.

2.1.2. Le contrôle exercé par le contribuable sur la société étrangère contrôlée

Dans le cas d'un organisme à caractère collectif, l'article 164^{ter} L.I.R. retient le contrôle exercé par le contribuable sur cet organisme comme premier critère d'identification d'une SEC.

Conformément à l'article 164^{ter}, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R., un organisme à caractère collectif est constitutif d'une SEC lorsque le contribuable, à lui seul ou avec ses entreprises associées, soit détient une participation directe ou indirecte de plus de 50 pour cent des droits de vote dans cet organisme à caractère collectif, soit possède, directement ou indirectement, plus de 50 pour cent du capital dans cet organisme à caractère collectif, soit est en droit de recevoir plus de 50 pour cent des bénéfices de cet organisme à caractère collectif.

Il échet de souligner que la conjonction de coordination « ou » qui lie les termes « directe(ment) » et « indirecte(ment) » ne revêt en l'espèce pas de caractère exclusif, mais un caractère inclusif. Ainsi, il échet de déterminer si le contribuable contrôle un organisme à caractère collectif déterminé en cumulant, le cas échéant, les participations directes et indirectes détenues par le contribuable, ensemble avec ses entreprises associées, dans cet organisme.

L'article 164^{ter}, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R. vise le contrôle, tant juridique qu'économique, exercé par le contribuable, ensemble avec ses entreprises associées, à un moment quelconque de l'exercice d'exploitation concerné. Pour ce qui concerne la notion d'entreprise associée, il est renvoyé au point 2.2. ci-après.

Par contrôle juridique, il y a lieu d'entendre aussi bien le contrôle basé sur les droits de vote détenus, directement ou indirectement, dans l'organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC, que le contrôle basé sur le capital détenu, directement ou indirectement, dans l'organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC.

Le contrôle juridique basé sur les droits de vote donne à son titulaire le droit de délibérer et de voter lors des assemblées générales sur toutes les décisions qui leur sont attribuées, telles que, par exemple, celles portant sur la nomination ou la révocation des membres des organes d'administration, de gestion ou de surveillance, sur les modifications du siège social, de l'objet social, de la dénomination ou encore sur le changement de la nationalité.

Par contrôle économique, il y a lieu d'entendre le droit de participation aux bénéfices de l'organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC et il couvre ainsi le droit de recevoir : des dividendes, les produits réalisés en cas de cession de titres représentatifs du capital de la SEC ou lors de la liquidation de la SEC.

Force est de souligner qu'il y a lieu de déterminer si le contribuable contrôle un organisme à caractère collectif au sens de l'article 164^{ter}, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R. sans tenir compte, d'une part, des titres de participation propres détenus par cet organisme lui-même et, d'autre part, des titres de participation détenus par une filiale de cet organisme. A titre d'illustration, si le capital de l'organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC est représenté par 100 titres et que la SEC en détient 10 elle-même, le contribuable exerce un contrôle juridique sur la SEC s'il détient plus que 45 titres représentatifs du capital de la SEC. De même, lorsqu'une filiale de la SEC, qui est détenue à 100 pour cent par la SEC, détient les 10 titres représentatifs du capital

de la SEC, le contribuable exerce un contrôle juridique sur la SEC s'il détient plus que 45 titres représentatifs du capital de la SEC.

L'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R. fixe le seuil de contrôle à un pourcentage supérieur à 50 pour cent afin de couvrir toutes les hypothèses où le contribuable est en mesure d'artificiallement détourner des revenus imposables vers un organisme à caractère collectif établi à l'étranger.

Conformément à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R. le contrôle qu'exerce le contribuable sur un organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC peut être représenté sous différentes formes, dont notamment des titres représentatifs du capital avec droit de vote, des titres représentatifs du capital privés du droit de vote ou encore des titres non représentatifs du capital. Il n'est pas exclu que le seuil de contrôle, tel qu'établi à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R., soit atteint dans le chef de plusieurs contribuables, lorsque les différents droits ne se trouvent pas réunis dans le même titre. Ainsi, lorsque l'associé A détient plus de 50 pour cent des titres munis d'un droit de vote (contrôle juridique basé sur le droit de vote) d'un organisme à caractère collectif donné et que l'associé B détient plus de 50 pour cent des titres privés d'un droit de vote (contrôle juridique basé sur le capital) mais donnant droit de recevoir plus de 50 pour cent des bénéfices (contrôle économique) de ce même organisme, A et B constituent des contribuables exerçant tous les deux le contrôle de cet organisme au sens de l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R.

Il échet de souligner que le contrôle est en outre à apprécier d'après les critères économiques conformément au paragraphe 11 de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« StAnpG »). Ainsi, les droits de vote d'un organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC détenus par un tiers sont notamment considérés comme étant détenus par le contribuable si, au-delà de l'apparence juridique, ce dernier peut être considéré comme étant le détenteur des droits de vote d'après des critères économiques.

L'article 164ter L.I.R. tient compte du contrôle direct et indirect exercé par le contribuable sur l'organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC. Quant aux participations indirectes, il y a lieu de déterminer le contrôle en multipliant les taux de détention successivement aux différents niveaux le long de la chaîne de participation. La détention d'une participation à travers un organisme visé à l'article 175, alinéa 1^{er} L.I.R. est à considérer comme une participation directe proportionnellement à la fraction détenue par le contribuable dans l'actif net investi de cet organisme.

Conformément à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R., le seuil de contrôle ne doit pas nécessairement être atteint dans le chef d'un seul associé, mais s'apprécie en fonction de la participation détenue par le contribuable ainsi que par ses entreprises associées, résidant au Grand-Duché de Luxembourg ou à l'étranger, au cours de l'exercice d'exploitation concerné. Pour ce qui concerne la notion d'entreprise associée, il est renvoyé au point 2.2. ci-après. Le contrôle que le contribuable, ensemble avec ses entreprises associées, exerce sur l'organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC est égal à la somme, d'une part, des participations directes du contribuable dans cette SEC ainsi que des participations indirectes que le contribuable détient dans cette SEC par le biais d'une participation dans un organisme qui ne constitue pas une entreprise associée du contribuable et, d'autre part, des participations

détenues par les entreprises associées du contribuable dans la même SEC. Il n'y a toutefois pas lieu de tenir compte d'une participation qu'une entreprise associée du contribuable détient dans cette SEC par le biais du contribuable ou encore par le biais d'une autre entreprise associée du contribuable afin d'éviter qu'il ne soit tenu compte de la même participation à plusieurs reprises.

L'exemple 1, repris sous le point 2.2., illustre la détermination du contrôle exercé par le contribuable, ensemble avec ses entreprises associées, sur un organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC.

Si la prise en considération de participations indirectes est susceptible d'être source d'une double imposition, ce sont les dispositions reprises à l'article 164ter, alinéa 4, numéros 6 à 8 L.I.R. qui visent à remédier à divers cas de double imposition.

En outre, il importe de préciser que toute restructuration qui a pour objet de réduire le contrôle exercé par le contribuable sur l'organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC, tout en étant dénuée de motifs commerciaux valables reflétant la réalité économique, constitue un abus au sens du paragraphe 6 StAnpG si les conditions d'application de cette disposition se trouvent réunies. Conformément à l'alinéa 2 de ce paragraphe, il y a lieu de neutraliser les effets fiscaux du contournement des dispositions relatives aux SEC.

2.1.3. Le niveau d'imposition effective de la société étrangère contrôlée

L'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 2 L.I.R. renferme le deuxième critère d'identification d'une SEC, à savoir celui d'un niveau d'imposition effective insuffisant. L'identification de la SEC par son faible niveau d'imposition permet notamment de viser les organismes et les établissements stables qui posent le plus grand risque de transfert de bénéfices.

Ainsi, l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 2 L.I.R. définit la SEC par la comparaison de son niveau d'imposition effective à l'impôt sur le revenu des collectivités qui aurait été supporté par la SEC conformément aux dispositions de la L.I.R. L'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par la SEC, établi et payé par celle-ci, doit être inférieur à la différence entre l'impôt sur le revenu des collectivités qui aurait été supporté par la SEC conformément aux dispositions de la L.I.R. et l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par la SEC, établi et payé par celle-ci. Ainsi, l'impôt réel établi et payé par la SEC doit être inférieur à la moitié de l'impôt luxembourgeois qui aurait été supporté par la SEC si ses revenus étaient imposables au Grand-Duché de Luxembourg. Aux fins de la comparaison, il n'est pas tenu compte de la majoration d'impôt sur le revenu en faveur du fonds pour l'emploi.

La comparaison de l'imposition inclut le taux d'imposition, la base d'imposition ainsi que d'autres dispositions fiscales susceptibles d'avoir un impact sur l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par la SEC, établi et payé par celle-ci. Aux fins de ce calcul, la base d'imposition de la SEC ne se limite, en outre, pas aux seuls revenus visés à l'article 164ter, alinéa 3 L.I.R., mais inclut tout revenu imposable de la SEC. Afin de pouvoir comparer la charge fiscale effective de la SEC avec celle qu'elle aurait supportée si ses revenus étaient imposables au Grand-Duché de Luxembourg, il y a lieu de prendre en compte, dans une première phase, l'impôt réel établi et payé par la SEC. A cette fin, il échet de tenir compte de la charge fiscale finale de la SEC. Les impôts acquittés par la SEC, qui sont comparables à l'impôt sur le revenu

des collectivités luxembourgeoises, sont ainsi à réduire en cas de remboursements ultérieurs ainsi qu'en cas d'absence de recouvrement de ces impôts. En outre, lorsque la SEC détermine son revenu imposable dans une monnaie étrangère, il y a lieu de convertir en euro le montant de l'impôt réel établi et payé par la SEC déterminé dans la monnaie étrangère conformément au cours de change applicable à la date de clôture de l'exercice d'exploitation du contribuable et publié par la Banque centrale européenne.

Le contribuable est tenu de fournir, sur demande, des bulletins d'impôt, quittances de paiement ou toutes autres pièces à l'appui émanant de l'Etat de résidence ou d'établissement de la SEC et documentant l'établissement d'une imposition et le paiement de l'impôt dans cet Etat.

Dans une deuxième phase, il échet de déterminer l'impôt qui aurait été supporté par la SEC selon les dispositions de la L.I.R. et de le comparer à l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par la SEC, établi et payé par celle-ci. A cette fin, il y a lieu d'établir la cote d'impôt due sur le revenu imposable ajusté de la SEC déterminé selon les dispositions de la L.I.R. Les revenus positifs ou négatifs de la SEC sont dès lors à déterminer d'après les mêmes règles et principes que les revenus indigènes. Les déductions et abattements y rattachés sont à retrancher, d'éventuels reports de pertes sont à opérer suivant les dispositions prévues à l'article 114 L.I.R. Une charge fiscale insuffisante au sens de l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R. ne saurait dès lors avoir comme cause une perte réalisée par la SEC au cours de l'exercice d'exploitation en cause, si la SEC réalisait aussi une perte en application des dispositions de la L.I.R. Lors de l'établissement de la charge fiscale de la SEC selon les dispositions de la L.I.R., il est tenu compte des reports déficitaires de la SEC en conformité avec l'article 114 L.I.R. Une perte subie par la SEC au cours d'un exercice d'exploitation clôturé après le 31 décembre 2016 ne saurait donc être compensée qu'au cours d'une année d'imposition endéans les dix-sept années d'imposition suivantes.

Conformément à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 2 L.I.R., ne constitue une SEC que l'organisme ou l'établissement stable établi à l'étranger qui est soumis à un impôt effectif inférieur à la moitié de l'impôt qui aurait été dû en application des dispositions de la L.I.R.

Il y a lieu de rappeler qu'un organisme à caractère collectif établi à l'étranger soumis à un impôt réel, tel que défini à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 2 L.I.R., ne constitue une SEC d'un contribuable que si le contribuable exerce, en outre, un contrôle au sens de l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R. sur la SEC.

Conformément à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 2 L.I.R., l'établissement stable d'un organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC, qui n'est pas imposable ou qui est exonéré d'impôt sur le territoire de l'Etat de résidence de la SEC, n'est pas pris en considération. Cette exclusion vise à éviter que la combinaison du taux d'imposition de la SEC avec le taux d'imposition d'un établissement stable suffisamment imposé dans l'Etat d'établissement de ce dernier n'a pour effet d'indûment soustraire la SEC à l'application de l'article 164ter L.I.R. Par opposition, si les revenus générés par un établissement stable d'un organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC sont inclus dans la base imposable de la SEC, il y a lieu de considérer ces revenus et les impôts établis et payés y relatifs comme revenus réalisés par la SEC et comme impôts établis et payés par la SEC.

2.1.4. Les seuils d'exonération relatifs au bénéfice suivant le bilan commercial

Afin d'aboutir à des règles plus ciblées et efficaces, l'article 164ter, alinéa 1^{er} L.I.R. exclut de son champ d'application les SEC qui réalisent :

- un bénéfice suivant le bilan commercial qui ne dépasse pas 750 000 euros (exonération liée à un faible niveau de bénéfice) ;
- un bénéfice suivant le bilan commercial qui ne dépasse pas 10 pour cent des coûts de fonctionnement pendant l'exercice d'exploitation (exonération liée à une faible marge bénéficiaire).

Par bénéfice suivant le bilan commercial, il y a lieu d'entendre le bénéfice établi conformément à des principes comptables équivalents aux normes comptables généralement reconnues au Grand-Duché de Luxembourg, dont les normes internationales d'information financière (« IFRS »).

L'exonération liée à une faible marge bénéficiaire vise à exclure de l'article 164ter L.I.R. les SEC qui n'exercent que des fonctions à faible valeur ajoutée, notamment des fonctions administratives, de commercialisation et de distribution locale, de centre d'appels ou de traitement de données.

La faible marge bénéficiaire est à déterminer sur la base des coûts de fonctionnement de la SEC. Par coûts de fonctionnement, il y a lieu d'entendre les dépenses courantes assumées par la SEC en relation avec la fourniture de biens ou de services, dont les coûts de distribution, les frais de personnel, les frais administratifs ou les loyers.

Sont cependant exclus des coûts de fonctionnement, les coûts des biens vendus en dehors de l'Etat de résidence ou d'établissement de la SEC, ainsi que les paiements aux entreprises associées. Pour ce qui concerne la notion d'entreprise associée, il est renvoyé au point 2.2. ci-après.

Il y a lieu de préciser que toute restructuration, qui aurait comme objectif de répartir le bénéfice initialement réalisé par une seule SEC sur plusieurs SEC afin de bénéficier du seuil d'exonération, tout en étant dénuée de motifs commerciaux valables reflétant la réalité économique, sera considérée comme un abus au sens du paragraphe 6 StAnpG si les conditions d'application de cette disposition se trouvent réunies. Conformément à l'alinéa 2 de ce paragraphe, il y a lieu de neutraliser les effets fiscaux de l'abus et de refuser l'application du seuil d'exonération aux différentes SEC.

2.2. Alinéa 2 - La notion d'entreprise associée au sens de l'article 164ter L.I.R.

La notion d'entreprise associée est définie par l'article 164ter, alinéa 2 L.I.R. Ainsi, peut constituer une entreprise associée, toute personne physique et tout organisme visé aux articles 159, 160 ou 175 L.I.R., et ce indépendamment de leur Etat de résidence. Force est de souligner que le premier alinéa de l'article 160 L.I.R. vise tout organisme à caractère collectif de l'article 159 L.I.R., qui n'a ni son siège statutaire, ni son administration centrale sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, indépendamment du fait si cet organisme détient un établissement stable indigène.

L'alinéa 2 fixe le seuil d'association à un taux de participation, direct ou indirect, de 25 pour cent. Conformément aux lettres a) et b) de l'alinéa 2, le taux de participation est à déterminer, à l'instar de la détermination du contrôle au sens de l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R., sur la base du capital et des droits de vote détenus ainsi que des droits aux bénéficiaires. L'alinéa 2, lettre a) vise l'hypothèse où le lien d'association est atteint en raison d'une participation du contribuable dans un organisme visé aux articles 159, 160 ou 175 L.I.R. La lettre b) du même alinéa vise l'hypothèse où le taux de participation d'une personne physique ou d'un organisme visé aux articles 159, 160 ou 175 L.I.R. dans le contribuable atteint le lien d'association.

Aux termes de l'article 164ter, alinéa 2 L.I.R., un organisme constitue également une entreprise associée du contribuable lorsqu'une personne physique ou un organisme visé aux articles 159, 160 ou 175 L.I.R. détient, directement ou indirectement, une participation de 25 pour cent ou plus en termes de droits de vote ou de capital du contribuable et de l'organisme concerné. Tous les organismes concernés, y compris le contribuable, sont alors considérés comme des entreprises associées. L'exemple 1, repris ci-après, illustre un tel lien d'association. Il échet en outre de souligner que, conformément à la directive ATAD, le deuxième alinéa de l'article 164ter L.I.R. ne comprend pour ce lien d'association pas le critère du droit de participation au bénéfice, inclus dans les hypothèses d'association reprises aux lettres a) et b) du même alinéa.

Avec un taux d'au moins de 25 pour cent, le lien d'association est censé exister à un taux inférieur à celui du contrôle, fixé à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R. à un seuil de 50 pour cent.

En outre, l'article 164ter, alinéa 2 L.I.R. vise tout lien d'association qui existe à un moment de l'exercice d'exploitation du contribuable, quelle que soit la durée d'existence du lien d'association au cours de l'exercice d'exploitation concerné et sans qu'il y ait lieu de répartir le taux de participation proportionnellement à cette période.

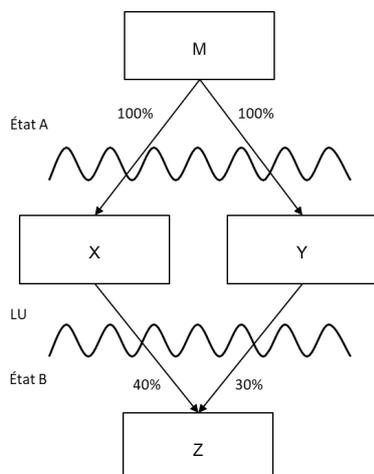
Force est de souligner que toute restructuration qui aurait comme objet de réduire le lien d'association, tout en étant dénuée de motifs commerciaux valables reflétant la réalité économique, constitue un abus au sens du paragraphe 6 StAnpG si les conditions d'application de cette disposition se trouvent réunies. Conformément à l'alinéa 2 de ce paragraphe, il échet de neutraliser les effets fiscaux du contournement des dispositions relatives aux SEC.

Afin de déterminer le seuil d'association, les participations directes et indirectes sont à additionner. Conformément à l'article 164ter, alinéa 2 L.I.R., en ce qui concerne les participations indirectes, il y a lieu de multiplier les taux de détention successivement aux différents niveaux le long de la chaîne de participation.

Force est de souligner qu'il y a lieu de déterminer le lien d'association au sens de l'article 164ter, alinéa 2 L.I.R. entre le contribuable et un organisme donné ou une personne physique donnée sans tenir compte des titres de participation propres détenus par le contribuable lui-même ou l'organisme lui-même. Lors de la détermination du lien d'association entre le contribuable et un organisme donné ou une personne physique, il y a lieu d'exclure, en outre, les titres de participation du contribuable ou d'un organisme donné détenus par une filiale du contribuable ou de cet organisme.

Il échet en outre de ne pas confondre la notion d'entreprise associée au sens de l'article 164ter L.I.R. avec la notion d'entreprise liée, telle que visée à l'article 56 L.I.R.

Exemple 1 :



L'organisme à caractère collectif M détient une participation de 100% dans les organismes à caractère collectif X et Y. X et Y détiennent en outre une participation dans l'organisme à caractère collectif Z, celle de X s'élève à 40% et celle de Y s'élève à 30%.

Il y a lieu d'analyser si Z est susceptible de constituer une SEC des contribuables X et Y.

I. Identification des entreprises associées de X et de Y

Dans une première phase, il y a lieu d'identifier les entreprises associées des contribuables X et Y afin de pouvoir déterminer, dans une deuxième phase, si les taux de participation de X et de Y, ensemble avec leurs entreprises associées, dans Z atteignent le seuil de contrôle tel qu'établi à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R.

De par le fait que M détient une participation de 100% dans X et dans Y, les taux de participation de M dans X et dans Y dépassent le seuil d'association de 25%. Il s'ensuit que M, X et Y constituent des entreprises associées au sens de l'article 164ter, alinéa 2 L.I.R.

II. Seuil de contrôle

Afin de déterminer si les contribuables X et Y exercent sur l'organisme à caractère collectif Z le contrôle au sens de l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R., il y a lieu de tenir compte des participations directes et indirectes détenues par X et par Y, ensemble avec leurs entreprises associées, dans Z.

Le taux de participation de X, ensemble avec ses entreprises associées Y et M, dans Z s'élève à :

participation directe de X dans Z		40%
+ participation directe de Y, entreprise associée de X, dans Z		+30%
+ participation indirecte de M, entreprise associée de X, dans Z	$100\% \times 40\% + 100\% \times 30\%$	+70%
- participation indirecte de M, entreprise associée de X, dans Z qui est déjà prise en compte par le biais de la participation directe de X dans Z et la participation directe de Y, entreprise associée de X, dans Z	$100\% \times 40\% + 100\% \times 30\%$	- 70%
= participation de X, ensemble avec son entreprise associée Y, dans Z		= 70%

Il n'y a pas lieu de tenir compte de la participation indirecte détenue par M, entreprise associée de X, dans Z, vu que la participation indirecte de M dans Z est déjà prise en compte par le biais de la participation directe de X dans Z ainsi que par le biais de la participation directe de Y, entreprise associée de X, dans Z.

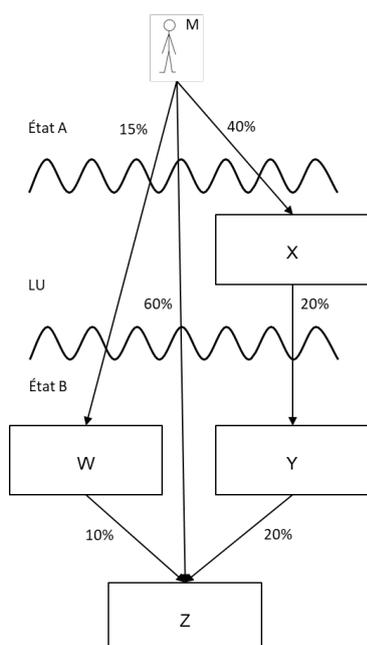
Le taux de participation de Y, ensemble avec ses entreprises associées X et M, dans Z s'élève à :

<i>participation directe de Y dans Z</i>		<i>30%</i>
<i>+ participation directe de X, entreprise associée de Y, dans Z</i>		<i>+40%</i>
<i>+ participation indirecte de M, entreprise associée de Y, dans Z</i>	<i>100% x 40% + 100% x 30%</i>	<i>+70%</i>
<i>- participation indirecte de M, entreprise associée de Y, dans Z qui est déjà prise en compte par le biais de la participation directe de Y dans Z et la participation directe de X, entreprise associée de Y, dans Z</i>	<i>100% x 40% + 100% x 30%</i>	<i>- 70%</i>
<hr/>		
<i>= participation de Y, ensemble avec son entreprise associée X, dans Z</i>		<i>= 70%</i>

Il n'y a pas lieu de tenir compte de la participation indirecte détenue par M, entreprise associée de Y, dans Z, vu que la participation indirecte de M dans Z est déjà prise en compte par le biais de la participation directe de Y dans Z ainsi que par le biais de la participation directe de X, entreprise associée de Y, dans Z.

De ce fait, les taux de participation de X et de Y, ensemble avec leurs entreprises associées, dans Z dépassent le seuil de contrôle de 50% tel qu'établi à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R. Z est donc susceptible de constituer une SEC de X et de Y, si Z satisfait en outre au critère de l'imposition insuffisante tel que repris à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 2 L.I.R.

Exemple 2 :



La personne physique M détient une participation de 15% dans l'organisme à caractère collectif W, une participation de 60% dans l'organisme à caractère collectif Z et une participation de 40% dans l'organisme à caractère collectif X. W détient une participation de 10% dans Z. X détient, en outre, une participation de 20% dans l'organisme à caractère collectif Y et Y détient une participation de 20% dans Z.

Il y a lieu de déterminer les organismes à caractère collectif établis dans l'Etat B susceptibles de constituer une SEC du contribuable X conformément à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R.

I. Identification des entreprises associées de X

Dans une première phase, il y a lieu d'identifier les entreprises associées du contribuable X afin de pouvoir déterminer, dans une deuxième phase, si le taux de participation de X, ensemble avec ses entreprises associées, dans les organismes à caractère collectif établis dans l'Etat B atteint le seuil de contrôle tel qu'établi à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R.

Constituent des entreprises associées de X :

- M : la participation de 40% détenue par M dans X dépasse le seuil d'association de 25%.
- Z : De par le fait que M détient une participation de 63,1% (= 1,5% + 60% + 1,6%) dans Z et une participation de 40% dans X, les taux de participation de M dans Z et dans X dépassent le seuil d'association de 25%. Ainsi, M, X et Z constituent des entreprises associées.

W et Y ne constituent pas des entreprises associées de X vu que les taux de participation n'atteignent pas le seuil d'association de 25%.

II. Seuil de contrôle

Afin de déterminer si le contribuable X exerce sur les organismes à caractère collectif W, Y et Z le contrôle au sens de l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R., il y a lieu de tenir compte des participations directes et indirectes détenues par X, ensemble avec ses entreprises associées, dans W, Y et Z.

X détient, ensemble avec son entreprise associée M, une participation de 15% dans W. W n'est donc pas susceptible de constituer une SEC de X conformément à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R.

Le taux de participation de X dans Y s'élève à 20%. Y n'est donc pas susceptible de constituer une SEC de X conformément à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R. Il n'y a pas lieu de tenir compte de la participation indirecte détenue par M, entreprise associée de X, dans Y, vu que la participation indirecte de M dans Y est déjà prise en compte par le biais de la participation directe de X dans Y.

Le taux de participation de X, ensemble avec son entreprise associée M, dans Z s'élève à :

participation indirecte de X dans Z	$20\% \times 20\% =$	4%
+ participation directe de M, entreprise associée de X, dans Z		+ 60%
+ participation indirecte de M, entreprise associée de X, dans Z	$15\% \times 10\% + 40\% \times 20\% \times 20\%$	+ 3,1%
- participation indirecte de M, entreprise associée de X, dans Z qui est déjà partiellement prise en compte par le biais de la participation indirecte de X, entreprise associée de M, dans Z	$40\% \times 20\% \times 20\%$	- 1,6%
<hr/>		
= participation de X, ensemble avec son entreprise associée M, dans Z		= 65,5%

Il n'y a pas lieu de tenir compte de la participation indirecte détenue par M, entreprise associée de X, par le biais de X et de Y dans Z, vu que cette participation est déjà prise en compte par le biais de la participation indirecte de X dans Z.

Z est donc susceptible de constituer une SEC de X conformément à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R. si Z satisfait en outre au critère de l'imposition insuffisante tel que repris à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 2 L.I.R.

2.3. Alinéa 3 - L'inclusion des revenus nets non distribués de la société étrangère contrôlée dans le revenu net du contribuable

Aux termes de l'article 164ter, alinéa 3 L.I.R., les revenus nets d'un exercice d'exploitation déterminé de la SEC, qui ne sont pas distribués au courant du même exercice d'exploitation au contribuable exerçant le contrôle et qui proviennent de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal, sont à inclure dans le revenu net du contribuable.

L'analyse en vertu de l'article 164ter, alinéa 3 L.I.R. permet d'identifier et de quantifier le revenu faisant l'objet de l'évasion fiscale et réduit en outre le risque de double imposition, les fonctions importantes n'étant en principe exercées que par un seul contribuable.

Quant à la détermination des revenus nets de la SEC à inclure dans le revenu net du contribuable, il est renvoyé au point 2.4 ci-après.

L'article 164ter, alinéa 3 L.I.R. exclut de l'inclusion au revenu net du contribuable les revenus nets d'un organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC d'un exercice d'exploitation déterminé distribués au contribuable au courant du même exercice d'exploitation. Ainsi, toute avance sur le bénéfice de l'exercice d'exploitation en cours distribuée au contribuable ainsi que les revenus nets distribués en affectation du bénéfice d'un exercice d'exploitation antérieur au contribuable sont à porter en diminution du montant des revenus nets d'un organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC à inclure dans le revenu net du contribuable en application de l'article 164ter, alinéa 3 L.I.R. Les revenus nets positifs alloués par un organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC au contribuable sous la forme d'une distribution

cachée de bénéfices sont à assimiler aux revenus alloués sous la forme d'une distribution ouverte de bénéfices aux fins de l'article 164ter, alinéa 3 L.I.R. L'exemple 7, repris sous le point 2.4.2., illustre l'inclusion des revenus nets non distribués d'un organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC dans le revenu net du contribuable.

Il échet de préciser qu'une distribution d'un organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC à un organisme visé à l'article 175, alinéa 1^{er} L.I.R., et dont le contribuable détient soit une participation directe, soit une participation indirecte par l'intermédiaire d'un ou de plusieurs organismes visés à l'article 175, alinéa 1^{er} L.I.R., est à considérer, d'un point de vue fiscal, comme une distribution de la SEC au contribuable proportionnellement à la fraction détenue par le contribuable dans l'actif net investi de cet organisme.

L'article 164ter, alinéa 3 L.I.R. définit un montage ou une série de montages comme non authentique lorsque la SEC 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 n'était pas contrôlée par un contribuable 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, sont visées les SEC qui, sur la base des actifs possédés, des fonctions exercées et des risques assumés, ne seraient pas en mesure de générer elles-mêmes le revenu litigieux.

2.4. Alinéa 4

L'article 164ter, alinéa 4 L.I.R. détermine les revenus nets de la SEC à inclure dans le revenu net du contribuable et prévoit des règles préventives de double imposition relatives à ces revenus.

2.4.1. La détermination des revenus nets de la société étrangère contrôlée à inclure

L'article 164ter, alinéa 4 L.I.R. énonce aux numéros 1 à 5 les modalités de la détermination des revenus nets de la SEC à inclure dans le revenu net du contribuable. Aux termes de l'article 164ter, alinéa 4, numéro 1 L.I.R., les revenus nets à inclure rangent dans la catégorie de revenu du bénéfice commercial du contribuable indépendamment de la nature du revenu retenue dans le chef de la SEC.

Le libellé limite les revenus à inclure en outre aux montants générés par les actifs et les risques qui sont liés aux fonctions importantes assumées par le contribuable exerçant le contrôle. Il incombe au contribuable de tenir à la disposition de l'Administration des contributions directes pour chaque exercice d'exploitation une analyse des fonctions importantes liées aux actifs possédés par la SEC, qui sont la source de tout ou partie de ses revenus et des risques y associés, et qui jouent un rôle essentiel dans la création des revenus de la SEC. En outre, les revenus nets de la SEC à inclure sont à déterminer selon le principe de pleine concurrence, tel que visé aux articles 56 et 56bis L.I.R. Les dispositions relatives aux SEC visent à compléter les règles applicables aux prix de transfert. Quant aux dépenses d'exploitation de la SEC, ne sont déductibles que celles qui sont en connexion économique avec les revenus nets à inclure.

Le traitement des revenus nets négatifs de la SEC est visé par l'article 164ter, alinéa 4, numéros 2 et 3 L.I.R. Conformément au numéro 2, lorsque le total des revenus nets de la SEC à inclure est négatif, il n'y a pas lieu de procéder à une inclusion auprès du contribuable afin d'éviter que les revenus nets négatifs de la SEC ne réduisent indûment la charge fiscale du contribuable.

Toutefois, conformément au numéro 3, il est tenu compte des revenus nets négatifs de la SEC lors d'une inclusion ultérieure de revenus nets positifs de la SEC, étant donné que le contribuable peut déduire jusqu'à concurrence du total des revenus nets positifs de la SEC à inclure les revenus nets négatifs qui n'ont pas été déductibles conformément au numéro 2 au titre d'un exercice d'exploitation antérieur et qui n'ont pas pu être déduits pendant aucun exercice d'exploitation postérieur par application des dispositions de l'article 164ter, alinéa 4 L.I.R. Les revenus nets négatifs de la SEC ne sont donc imputables que sur les revenus nets positifs ultérieurs de la SEC. Le numéro 3 de cet alinéa spécifie en outre que seuls les revenus nets négatifs réalisés par la SEC après l'entrée en vigueur de l'article 164ter L.I.R. sont déductibles des revenus nets positifs de la SEC à inclure.

Force est en outre de souligner que les reports déficitaires de la SEC ne sauraient être qualifiés de dépenses spéciales du contribuable. Toute déductibilité de ces reports déficitaires du revenu imposable du contribuable est exclue en vertu de l'article 114, alinéa 2, numéro 3 L.I.R.

Exemple 3 :

Au titre des exercices d'exploitation 2018 à 2020, coïncidant avec les années civiles respectives, la SEC Z, un établissement stable exploité par le contribuable résident M et établi dans un Etat avec lequel le Grand-Duché de Luxembourg a conclu une convention internationale contre les doubles impositions, réalise des revenus nets provenant de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal qui s'élèvent à :

<i>2018 :</i>	<i>- 900 000 euros</i>
<i>2019 :</i>	<i>- 500 000 euros</i>
<i>2020 :</i>	<i>3 000 000 euros</i>

Il échet d'analyser dans quelle mesure les revenus nets positifs et négatifs de la SEC Z sont à prendre en considération au niveau de M qui assume les fonctions importantes liées aux actifs possédés par la SEC Z, qui sont la source de revenus provenant de montages non authentiques et aux risques y associés.

2018 :

L'article 164ter L.I.R. ne s'applique pas au titre de l'exercice d'exploitation 2018 étant donné que ces dispositions ne prennent effet qu'à partir des exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2019. En plus, conformément à l'article 114, alinéa 2, numéro 3 L.I.R., cette perte n'est pas non plus déductible du revenu net de M au titre des années d'imposition postérieures.

2019 :

Etant donné que la SEC Z réalise une perte de 500 000 euros, il n'y a pas lieu de procéder à une inclusion de cette perte dans le revenu net de M. Il sera toutefois tenu compte de cette perte lors d'une inclusion ultérieure d'un bénéfice de la SEC Z dans le revenu net de M. Il est encore précisé que le contribuable M ne peut pas non plus se prévaloir de la perte subie par la SEC vu que la troisième condition de l'article 114, alinéa 2 L.I.R. n'est pas remplie dans le chef de M.

2020 :

Il y a lieu d'inclure dans le revenu net de M les revenus nets de la SEC Z, diminués de la perte de la SEC Z de 2019 qui n'a pas été déductible conformément à l'article 164ter, alinéa 4, numéro 2 L.I.R. Les revenus nets de la SEC Z à inclure auprès de M s'élèvent ainsi à $3\,000\,000 - 500\,000 = 2\,500\,000$ euros.

Exemple 4 :

Les données sont identiques à celles de l'exemple 3. Toutefois, la SEC Z réalise des revenus nets provenant de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal se chiffrant à seulement 400 000 euros au titre de l'exercice d'exploitation 2020. Partant, les revenus nets de la SEC Z à inclure dans le revenu net de M sont à déterminer comme suit au titre de l'exercice d'exploitation 2020 :

2020 :

Les revenus nets de la SEC Z à inclure auprès de M s'élèvent à $400\,000 - 400\,000 = 0$ euro. Le solde des revenus nets négatifs de la SEC Z de 100 000 euros de l'exercice d'exploitation de 2019, qui ne peut pas être déduit des revenus nets positifs de la SEC de l'exercice d'exploitation de 2020, est à reporter sans limite de temps sur les revenus nets positifs futurs de la SEC à inclure.

L'article 164ter, alinéa 4, numéro 4 L.I.R. associe le taux d'inclusion au taux de participation du contribuable sous réserve de la limite prévue par l'article 164ter, alinéa 4, numéro 1 L.I.R. En outre, si, aux fins de l'appréciation du seuil de contrôle, il est tenu compte des participations détenues par le contribuable et de celles détenues par ses entreprises associées, l'inclusion des revenus nets de la SEC se base toutefois sur la participation directe et indirecte détenue par le contribuable lui seul.

Aux fins de la détermination du taux de participation du contribuable servant de taux d'inclusion des revenus nets de l'organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC, il n'est pas tenu compte, d'une part, des titres de participation propres détenus par la SEC elle-même, ni, d'autre part, des titres de participation détenus par une filiale de la SEC.

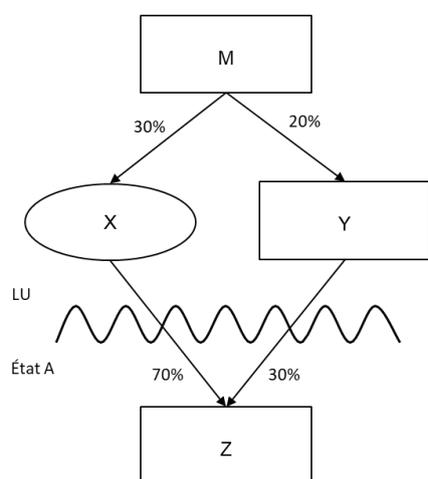
Il y a en outre lieu de noter que lorsque le contribuable exerçant le contrôle change au cours de l'exercice d'exploitation, il y aura inclusion des revenus nets de la SEC dans le revenu net de chaque contribuable qui à un moment de l'exercice d'exploitation concerné détient une participation dans la SEC qui atteint le seuil de contrôle, tel que repris à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R. L'inclusion est à faire au prorata de la participation et de la période de détention de cette participation par le contribuable concerné au titre de l'exercice d'exploitation concerné.

Tel que précisé au point 2.1.2. relatif au contrôle exercé sur l'organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC, les droits des actionnaires, voire des associés d'une SEC peuvent être représentés sous différentes formes et ne doivent pas nécessairement être réunis dans le même titre. Un titre ne doit ainsi pas obligatoirement munir son détenteur d'un droit de vote ainsi que d'un droit au bénéfice, mais peut notamment aussi se limiter à un des deux droits. De même, il n'est pas exclu qu'un contribuable détient dans un organisme à caractère collectif

déterminé une participation qui dépasse plusieurs des seuils de contrôle visés aux lettres a), b) et c) de l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R. à des taux différents. Un contribuable peut, par exemple, détenir 70 pour cent des droits de vote d'un organisme à caractère collectif, mais n'être en droit de recevoir que 60 pour cent des bénéfices de cet organisme à caractère collectif. Afin de déterminer le taux d'inclusion dans de tels cas, il y a lieu d'inclure les revenus nets de la SEC dans le revenu net de chaque contribuable qui atteint au moins un des seuils de contrôle repris aux lettres a), b) ou c) de l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R. jusqu'à concurrence du seuil le plus élevé atteint par le contribuable concerné. Ainsi, si un contribuable détient une participation de 70 pour cent des droits de vote dans la SEC et est en droit de recevoir 60 pour cent des bénéfices de la SEC, 70 pour cent des revenus nets de la SEC seront inclus dans le revenu net du contribuable.

Le numéro 5 précise que les revenus nets de la SEC sont imposés au titre de l'exercice d'exploitation du contribuable au cours duquel l'exercice d'exploitation de la SEC se termine.

Exemple 5 :



L'organisme à caractère collectif M détient une participation de 30% dans X, un organisme visé à l'article 175, alinéa 1^{er} L.I.R. ainsi qu'une participation de 20% dans l'organisme à caractère collectif Y. X et Y détiennent en outre une participation dans l'organisme à caractère collectif Z, celle de X s'élève à 70% et celle de Y est de 30%.

Il y a lieu de déterminer si Z est susceptible de constituer une SEC de chacun des contribuables M et Y ainsi que de calculer, le cas échéant, le seuil d'inclusion. Conformément à l'alinéa 1^{er} de l'article 164ter L.I.R., X n'est susceptible de constituer un contribuable exerçant le contrôle sur une SEC que s'il constitue un établissement stable d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er} L.I.R. Cette hypothèse est exclue aux fins de cet exercice. X n'est dès lors pas susceptible de constituer un contribuable exerçant le contrôle sur une SEC.

I. Identification des entreprises associées de M et de Y

Dans une première phase, il y a lieu d'identifier les entreprises associées des contribuables résidents M et Y afin de pouvoir déterminer, dans une deuxième phase, si les taux de participation de M et de Y, ensemble avec leurs entreprises associées, dans Z atteignent le seuil de contrôle tel qu'établi à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R.

X constitue une entreprise associée de M, étant donné que la participation de M dans X de 30% dépasse le seuil d'association de 25%. X ne constitue cependant pas une entreprise associée de Y, vu que le taux de participation de M, associé commun de X et de Y, de 20% dans Y n'atteint pas le seuil d'association de 25%.

Quant à Z, la participation indirecte de M dans Z s'élève à 27% (30% x 70% + 20% x 30%). La participation de M dans Z dépasse ainsi le seuil d'association de 25% et Z constitue donc une

entreprise associée de M. Z constitue aussi une entreprise associée de Y, vu que la participation de Y dans Z de 30% dépasse le seuil d'association de 25%.

Y ne constitue pas une entreprise associée de M, vu que la participation de M dans Y de 20% n'atteint pas le seuil d'association de 25%.

II. Seuil de contrôle

Afin de déterminer si les contribuables M et Y exercent sur l'organisme à caractère collectif Z le contrôle au sens de l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R., il y a lieu de tenir compte des participations directes et indirectes détenues par le contribuable concerné, ensemble avec ses entreprises associées, dans Z.

Ainsi, le taux de participation de M, ensemble avec son entreprise associée X, sur Z s'élève à :

participation directe de X, entreprise associée de M, dans Z		70%
+ participation indirecte de M dans Z	$20\% \times 30\% + 70\% \times 30\%$	+ 27%
- participation indirecte de M, entreprise associée de X, dans Z qui est déjà partiellement prise en compte par le biais de la participation directe de X, entreprise associée de M, dans Z	$30\% \times 70\%$	- 21%
<hr/>		
= participation de M, ensemble avec son entreprise associée X, dans Z		= 76%

Il n'y a pas lieu de tenir compte de la participation indirecte détenue par M, entreprise associée de X, par le biais de X dans Z, vu que cette participation est déjà prise en compte par le biais de la participation directe de X dans Z.

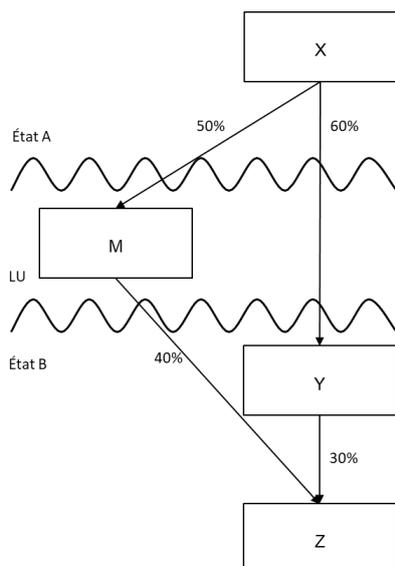
Z est donc susceptible de constituer une SEC de M, si Z satisfait en outre au critère de l'imposition insuffisante repris à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 2 L.I.R.

Quant au taux de participation de Y dans Z, il ne s'élève qu'à 30%. Z n'est donc pas susceptible de constituer une SEC de Y.

III. Revenus nets positifs de Z à inclure dans le revenu net de M

Aux fins de la détermination du seuil d'inclusion, il y a lieu de tenir compte de la participation détenue par M seul. Ainsi, si Z constitue une SEC de M, les revenus nets positifs de Z sont à inclure dans le revenu net de M à hauteur de 27%, sous réserve que M assume toutes les fonctions importantes liées aux actifs possédés par Z, qui sont la source de revenus provenant de montages non authentiques et aux risques y associés.

Exemple 6 :



L'organisme à caractère collectif X détient une participation de 50% dans l'organisme à caractère collectif M ainsi qu'une participation de 60% dans l'organisme à caractère collectif Y. M et Y détiennent en outre une participation dans l'organisme à caractère collectif Z; M détient 40% de Z et Y détient 30% de Z. Il y a lieu de déterminer si Z et Y sont chacun susceptibles de constituer une SEC du contribuable résident M ainsi que, le cas échéant, le seuil d'inclusion.

I. Identification des entreprises associées de M

Dans une première phase, il y a lieu d'identifier les entreprises associées du contribuable résident M afin de pouvoir déterminer, dans une deuxième phase, si le taux de participation de M, ensemble avec ses entreprises associées, dans les organismes à caractère collectif Y et Z atteint le seuil de contrôle tel qu'établi à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R.

La participation que M détient dans Z s'élève à 40% et elle dépasse donc le seuil d'association de 25%. Z constitue ainsi une entreprise associée de M.

X détient une participation de 50% dans M et une participation de 60% dans Y. De par le fait que X, associé commun de M et de Y, détient dans chacune de ses filiales M et Y une participation qui dépasse le seuil d'association de 25%, X et Y constituent des entreprises associées de M.

II. Seuil de contrôle

Afin de déterminer si le contribuable M exerce sur les organismes à caractère collectif Y et Z le contrôle au sens de l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R., il y a lieu de tenir compte des participations directes et indirectes détenues par M, ensemble avec ses entreprises associées, dans Y et dans Z.

Ainsi, afin de déterminer le taux de participation de M dans Y, il y a lieu de tenir compte de la participation directe de X, entreprise associée de M, dans Y. Ainsi, M détient, ensemble avec son entreprise associée X, une participation de 60% dans Y. Y est donc susceptible de constituer une SEC de M, si Y satisfait en outre au critère de l'imposition insuffisante tel que repris à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 2 L.I.R.

Quant à Z, le taux de participation de M, ensemble avec ses entreprises associées X et Y, dans Z s'élève à :

	participation directe de M dans Z		40%
+	participation directe de Y, entreprise associée de M, dans Z		+ 30%
+	participation indirecte de X, entreprise associée de M, dans Z	50% x 40% + 60% x 30%	+ 38%
-	participation indirecte de X, entreprise associée de M, dans Z qui est déjà prise en compte par le biais de la participation directe de M, entreprise associée de X, dans Z ainsi que par la participation directe de Y, entreprise associée de X, dans Z	50% x 40% + 60% x 30%	- 38%
=	participation de M, ensemble avec son entreprise associée Y, dans Z		= 70%

Il n'y a pas lieu de tenir compte de la participation indirecte détenue par X, entreprise associée de M, dans Z. La participation indirecte de X dans Z est déjà prise en compte par le biais des participations directes de M et de Y, entreprises associées de X, dans Z.

Conformément à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R., M détient, ensemble avec ses entreprises associées, une participation de 70% dans Z. Z est donc susceptible de constituer une SEC de M, si Z satisfait en outre au critère de l'imposition insuffisante tel que repris à l'article 164ter, alinéa 1^{er}, numéro 2 L.I.R.

III. Revenus nets positifs de Y et de Z à inclure dans le revenu net de M

Aux fins de la détermination du seuil d'inclusion, il y a lieu de tenir compte de la participation détenue par M seul. Ainsi, si Y constitue une SEC de M, les revenus nets positifs de Y ne sont cependant pas à inclure dans le revenu net de M vu que M ne détient ni une participation directe, ni une participation indirecte dans Y.

Si Z constitue une SEC de M, les revenus nets positifs de Z sont à inclure dans le revenu net de M à hauteur de 40%, sous réserve que M assume toutes les fonctions importantes liées aux actifs possédés par Z qui sont la source de revenus provenant de montages non authentiques et aux risques y associés.

2.4.2. Les règles préventives de double imposition relatives aux revenus nets inclus

L'article 164ter, alinéa 4 L.I.R. prévoit dans ses numéros 6 à 8 des règles préventives de double imposition des revenus nets de la SEC inclus dans le revenu net du contribuable. Sont visées les trois situations suivantes :

- 1) la SEC, un organisme à caractère collectif, distribue des bénéfices au contribuable qui ont déjà été inclus dans le revenu net du contribuable en application de l'article 164ter L.I.R. (article 164ter, alinéa 4, numéro 6 L.I.R.),
- 2) le contribuable cède soit sa participation détenue dans un organisme à caractère collectif qui constitue une SEC, soit l'activité exercée par un établissement stable constitutif d'une SEC et la plus-value y afférente a déjà été incluse dans le revenu net du

contribuable conformément à l'article 164ter L.I.R. (article 164ter, alinéa 4, numéro 7 L.I.R.), et

- 3) les revenus nets de la SEC, qui ont été inclus dans le revenu net du contribuable conformément à l'article 164ter L.I.R., sont également assujettis à un impôt dans l'Etat de résidence ou d'établissement de la SEC (article 164ter, alinéa 4, numéro 8 L.I.R.).

Le numéro 6 dispose que lorsque la SEC distribue des bénéfices au contribuable et que ces bénéfices distribués sont inclus dans le revenu net du contribuable, les montants des revenus nets précédemment inclus sur la base de l'article 164ter L.I.R. en sont déduits jusqu'à concurrence du montant imposable de ces distributions de bénéfices. Le numéro 6 ne s'applique donc pas si les bénéfices distribués sont exonérés en application de l'article 166 L.I.R. ou d'une convention internationale contre les doubles impositions.

Le numéro 6 ne s'applique en outre, évidemment, qu'aux organismes à caractère collectif constitutifs de SEC, les établissements stables n'étant pas susceptibles de distribuer des bénéfices.

Une distribution d'un organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC à un organisme visé à l'article 175, alinéa 1^{er} L.I.R., dont le contribuable détient soit une participation directe, soit une participation indirecte par l'intermédiaire d'un ou de plusieurs organismes visés à l'article 175, alinéa 1^{er} L.I.R., est à considérer, d'un point de vue fiscal, comme une distribution de la SEC au contribuable proportionnellement à la fraction détenue par le contribuable dans l'actif net investi de cet organisme.

Exemple 7 :

Le 1^{er} janvier N, le contribuable établit à l'étranger une filiale, un organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC, dont il détient la totalité des actions, et il assume toutes les fonctions importantes liées aux actifs possédés par la SEC qui sont pour celle-ci la source de revenus provenant de montages non authentiques et aux risques y associés.

La SEC réalise des revenus nets provenant de montages non authentiques :

- *de 1 000 000 euros au titre de l'exercice d'exploitation N*
- *de 450 000 euros au titre de l'exercice d'exploitation N+1*
- *de 100 000 euros au titre de l'exercice d'exploitation N+2*
- *de 200 000 euros au titre de l'exercice d'exploitation N+3.*

La SEC procède à des distributions de bénéfices qui ne sont exonérées ni sur la base de l'article 166 L.I.R. ni sur la base d'une convention internationale contre les doubles impositions. Les distributions s'élèvent à :

- *900 000 euros en N*
- *0 euro en N+1*
- *100 000 euros en N+2*
- *550 000 euros en N+3*

Partant, il y a lieu d'inclure dans le revenu net du contribuable en application de l'article 164ter L.I.R. les montants suivants :

- *1 000 000 – 900 000 = 100 000 euros au titre de l'exercice d'exploitation N*
- *450 000 euros au titre de l'exercice d'exploitation N+1*
- *100 000 – 100 000 = 0 euro au titre de l'exercice d'exploitation N+2*

Conformément à l'article 164ter, alinéa 4, numéro 6 L.I.R., les montants des revenus nets précédemment inclus dans le revenu net du contribuable sont en outre déduits des dividendes jusqu'à concurrence de leur montant imposable.

Etant donné qu'en application de l'article 164ter L.I.R. il y a eu une inclusion d'un montant de 550 000 euros dans le revenu net du contribuable au titre des exercices d'exploitation N et N+1, les dividendes distribués au cours de l'exercice d'exploitation N+2 de 100 000 euros sont exonérés entièrement.

- *200 000 – 550 000 = - 350 000, donc 0 euro au titre de l'exercice d'exploitation N+3*

Quant au traitement fiscal des dividendes distribués au cours de l'exercice d'exploitation N+3, il y a lieu de réduire le montant imposable des dividendes du montant des revenus nets précédemment inclus dans le revenu net du contribuable en application de l'article 164ter L.I.R. pour autant que ces revenus n'ont pas pu être déduits par application de l'article 164ter, alinéa 4, numéro 6 L.I.R. pendant une année d'imposition antérieure.

Si le montant des revenus nets précédemment inclus dans le revenu net du contribuable en application de l'article 164ter L.I.R. se chiffre au titre des exercices d'exploitation N et N+1 à 550 000 euros, une partie des revenus nets précédemment inclus dans le revenu net du contribuable a déjà été déduite du montant imposable des dividendes distribués par la SEC en N+2. Aux fins de l'application de l'article 164ter, alinéa 4, numéro 6 L.I.R., le solde des montants de revenus nets précédemment inclus dans le revenu net du contribuable s'élève ainsi à $550\,000 - 100\,000 = 450\,000$ euros.

Les dividendes distribués au cours de l'exercice d'exploitation N+3 sont donc exonérés à hauteur de 450 000 euros.

Conformément au numéro 7, lorsque le contribuable cède soit des titres d'une participation détenue, directement ou indirectement, dans le capital d'un organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC, soit l'activité exercée par un établissement stable constituant une SEC du contribuable, et que la part de la plus-value afférente à cette cession a été incluse précédemment dans le revenu net du contribuable, il y a lieu de déduire les montants des revenus nets précédemment inclus dans le revenu net du contribuable de la plus-value afférente à cette cession jusqu'à concurrence du montant imposable de cette plus-value. Le numéro 7 ne s'applique dès lors pas si la participation détenue dans le capital de la SEC est éligible à l'exonération des plus-values conformément au règlement grand-ducal modifié du 21 décembre 2001 portant exécution de l'article 166, alinéa 9, numéro 1 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ou si le droit d'imposition de la plus-value réalisée est attribué à une autre juridiction par une convention internationale contre les doubles impositions.

Exemple 8 :

Au titre de l'exercice d'exploitation N, le contribuable acquiert une participation directe de 100% dans un organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC. En N, N+1 et N+2, la SEC ne distribue pas de bénéfices au contribuable. Au titre de chaque exercice d'exploitation, il y a eu inclusion dans le revenu net du contribuable des revenus nets positifs de la SEC qui proviennent de montages non authentiques générés par les actifs et les risques liés aux fonctions importantes assumées par le contribuable en application de l'article 164ter L.I.R. Les revenus nets positifs de la SEC ont été inclus dans le revenu net du contribuable à hauteur de 1 500 000 euros en N, de 2 000 000 euros en N+1 et de 4 000 000 euros en N+2.

En N+3, le contribuable cède ses titres détenus dans le capital de la SEC et réalise une plus-value de cession de 8 000 000 euros. Etant donné que la participation détenue dans la SEC n'est pas éligible à l'exonération ni du règlement grand-ducal modifié du 21 décembre 2001 portant exécution de l'article 166, alinéa 9, numéro 1 L.I.R., ni d'une convention internationale contre les doubles impositions, la plus-value afférente à la cession de la participation est pleinement imposable dans le chef du contribuable.

Dans l'objectif d'éviter une double imposition, il y a lieu d'ajuster le montant de la plus-value afférente à la cession de la participation pour l'exercice d'exploitation N+3.

Ajustement du montant de la plus-value de cession pour l'exercice d'exploitation N+3:

$$\begin{array}{r} 8\,000\,000 \\ - (1\,500\,000 + 2\,000\,000 + 4\,000\,000) \\ \hline 500\,000 \end{array}$$

Le montant de la plus-value de cession ne s'élève donc, après l'ajustement, qu'à 500 000 euros pour l'exercice d'exploitation N+3.

Force est de relever que les déductions conformément à l'article 164ter, alinéa 4, numéros 6 et 7 L.I.R. ne sont à faire que pour autant que les revenus nets de la SEC précédemment inclus dans le revenu net du contribuable n'ont pas pu être déduits pendant une année d'imposition antérieure.

Il est en outre impératif de limiter la déduction des montants des revenus nets positifs précédemment inclus dans le revenu net du contribuable jusqu'à concurrence du montant imposable des distributions de bénéfices (numéro 6), voire de la plus-value afférente à la cession (numéro 7), afin de délimiter l'application de ces dispositions au montant qui est susceptible d'être sujet à une double imposition.

Aux termes du numéro 8, conformément aux dispositions des articles 134bis et 134ter L.I.R., la fraction d'impôt correspondant aux revenus nets à inclure dans le revenu net du contribuable est réduite au prorata de sa participation, directe ou indirecte, à concurrence de l'impôt, qui correspond à ces mêmes revenus nets, y compris des retenues d'impôt à la source, établi et

payé par la SEC. La partie non imputable de l'impôt dû et payé par la SEC en relation avec les revenus nets positifs à inclure est déductible au prorata de la participation, directe ou indirecte, du contribuable dans la SEC, conformément à l'article 13 L.I.R.

Il échet de souligner que si l'impôt établi et payé à l'étranger par la SEC ne peut pas être imputé sur l'impôt sur le revenu des collectivités, notamment dans le cas où aucun impôt ne serait dû par le contribuable au titre de cette année d'imposition, l'impôt établi et payé par la SEC ne sera pas sujet à restitution.

Exemple 9 :

Le contribuable détient une participation directe de 80% dans un organisme à caractère collectif constitutif d'une SEC. Au titre de l'exercice d'exploitation N, des revenus nets positifs de la SEC à hauteur de 10 000 000 euros sont inclus dans le revenu net du contribuable en application de l'article 164ter L.I.R. La fraction d'impôt luxembourgeois, avant la majoration en faveur du fonds pour l'emploi, correspondant à ces revenus inclus dans le revenu net du contribuable s'élève à 1 700 000 euros. La charge fiscale finale subie par la SEC sur les revenus nets positifs inclus dans le revenu net du contribuable s'élève, après la conversion en euros, à 400 000 euros au titre d'impôt sur le revenu.

Afin d'éliminer une double imposition, il y a lieu de réduire, au prorata de la participation détenue par le contribuable, la fraction d'impôt correspondant aux revenus nets inclus dans le revenu net du contribuable à concurrence de l'impôt établi et payé à l'étranger par la SEC, qui correspond à ces mêmes revenus nets :

Ajustement de la fraction d'impôt correspondant aux revenus nets inclus dans le revenu net du contribuable pour l'exercice d'exploitation N :

$$\begin{array}{r} 1\,700\,000 \\ - 400\,000 \times 80\% \\ \hline 1\,380\,000 \end{array}$$

La fraction d'impôt correspondant aux revenus nets inclus dans le revenu net du contribuable s'élève, après l'ajustement, à 1 380 000 euros pour l'exercice d'exploitation.

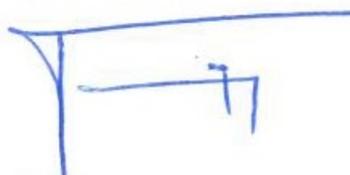
3. Les sociétés étrangères contrôlées en matière de l'impôt commercial – paragraphe 9 GewStG

Le paragraphe 9 GewStG relatif aux diminutions du bénéfice d'exploitation est complété par un nouveau numéro 3a. Il dispose que le bénéfice d'exploitation est à diminuer des revenus nets inclus dans le revenu net du contribuable en application de l'article 164ter L.I.R., si ces revenus ont influencé le bénéfice commercial servant de point de départ pour le calcul du bénéfice d'exploitation. Ainsi, les revenus nets de la SEC inclus dans le revenu net du contribuable aux fins de l'impôt sur le revenu ne sont pas considérés comme avoir été réalisés par le

contribuable, mais sont assimilés à un revenu réalisé par un établissement stable situé à l'étranger et sont partant à exclure du bénéfice d'exploitation, à l'instar de la disposition figurant au numéro 3 du paragraphe 9 GewStG.

Luxembourg, le 4 mars 2020

Le directeur des contributions,

A handwritten signature in blue ink, consisting of a horizontal line at the top, a vertical line on the left, and a horizontal line on the right with a small vertical tick at its end.