

Doctrine

LA DÉTENTION DE BIENS IMMOBILIERS EN FRANCE VIA LE LUXEMBOURG À L'AUNE DES DISPOSITIONS DE LA NOUVELLE CONVENTION FRANCO-LUXEMBOURGEOISE

FRÉDÉRIC FEYTEN

AVOCAT, ASSOCIÉ – CMS LUXEMBOURG



THIERRY GRANIER

AVOCAT, ASSOCIÉ – CMS FRANCIS LEFEBVRE



DELPHINE DANHOUI

AVOCAT – CMS LUXEMBOURG



YACINE BOUSRAF

AVOCAT – CMS FRANCIS LEFEBVRE



Le 1^{er} janvier 2020 sont entrés en vigueur la nouvelle convention signée le 20 mars 2018 entre le Grand-Duché de Luxembourg et la France en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (la « **Convention** ») ainsi que son protocole (le « **Protocole** »).

La Convention remplace la convention initialement signée le 1^{er} avril 1958 (la « **Convention de 1958** ») qui a fait l'objet de plusieurs modifications ponctuelles par le biais de quatre avenants successifs¹. L'objectif de ces modifications était notamment de corriger certaines doubles exonérations en matière immobilière qui étaient particulièrement dommageables pour les finances publiques françaises. Ainsi, l'avenant du 24 novembre 2006 a supprimé la double exonération dont bénéficiaient les revenus provenant de biens immobiliers situés en France et qui étaient détenus directement par des sociétés luxembourgeoises². Cette double exonération résultait d'une interprétation diamétralement opposée des dispositions de la Convention de 1958 par les juridictions françaises³ et les juridictions luxembourgeoises⁴. La France traitait les revenus issus de ces biens immobiliers comme des bénéfices commerciaux au sens de la Convention de 1958 et par conséquent octroyait le droit d'imposition au Luxembourg en l'absence d'un établissement stable en France. Le Luxembourg, en revanche, traitait ces mêmes revenus comme des revenus immobiliers et attribuait le droit d'imposition exclusivement à la France, lieu de situation des immeubles. Cet

avenant a ainsi permis à la France d'exercer son droit d'imposition sur les revenus de nature immobilière (i.e. loyers, d'une part, et plus-values en cas de cession directe, d'autre part) en cas de détention directe. L'avenant de 2014 a quant à lui mis un terme à l'absence d'imposition des plus-values immobilières en cas de cession indirecte et a permis à la France de récupérer le droit d'imposer les plus-values dégagées lors de la cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière⁵.

Cette refonte complète de la Convention de 1958 opérée en 2018 souligne une volonté du Luxembourg d'être en conformité avec les nouveaux standards fiscaux développés au niveau international et qui résultent des travaux de l'OCDE sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (« **BEPS** »)⁶ et de la convention multilatérale signée le 17 juin 2017. Tel que mentionné dans son préambule, l'objectif de la Convention est d'éliminer les situations de double imposition sans pour autant créer des situations de non-imposition ou d'imposition réduite par l'évasion ou la fraude fiscale, y compris par des mécanismes de chalandage fiscal⁷.

Un an et demi après leur entrée en vigueur et compte tenu des changements majeurs apportés par la nouvelle Convention et son Protocole, l'heure est à présent de s'interroger sur l'attractivité du Luxembourg en tant que juridiction privilégiée pour la structuration des investisse-

1. Les quatre avenants ont été signés respectivement le 8 septembre 1970, le 24 novembre 2006, le 3 juin 2009 et le 5 septembre 2014.
2. M. KLEYR et R. STEINER, « Détention de résidences de plaisance en France via une société de capitaux luxembourgeoise : l'heure des premiers comptes approche ! », *Les Cahiers du droit fiscal luxembourgeois*, février 2009.
3. C.E. France (9 / 8 SSR), 18 mars 1994, n° 79971, Société d'investissement agricole et forestier.

4. Cour adm. Luxembourg, 23 avril 2002, n° 14442C du rôle, LexNow Référence/ID 2589.

5. F. CHAOUCHE, « Les relations conventionnelles franco-luxembourgeoises en vue d'éviter les doubles impositions. Lumière sur la nouvelle convention fiscale signée le 20 mars 2018 », *Revue européenne et internationale de droit fiscal*, n° 4, 2019.

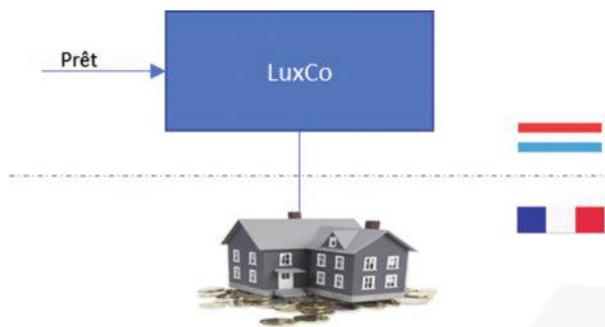
6. Base erosion and profit shifting.

7. Préambule de la nouvelle Convention.

ments immobiliers français comme ce fut le cas pendant de nombreuses années. La présente contribution a pour objectif de faire un point sur les impacts fiscaux applicables aux flux issus de la détention directe ou indirecte d'actifs immobiliers français par une société de capitaux luxembourgeoise pleinement imposable à l'aune des dispositions de la nouvelle Convention.

I. LA DÉTENTION DIRECTE DE BIENS IMMOBILIERS

Cette structure vise la situation où une société luxembourgeoise pleinement imposable détient directement un bien immobilier en France.



La Convention n'apporte pas de changements particuliers par rapport à la Convention de 1958 telle que modifiée par l'avenant du 24 novembre 2006. Conformément aux dispositions du modèle de convention OCDE, le droit d'imposer les revenus tirés d'un bien immobilier ainsi que la fortune constituée par ce bien est octroyé à l'État de *situs*. Cette pratique se justifie par le fait qu'il existe un lien économique étroit entre la source du revenu et l'État de la source.

En France, les revenus locatifs perçus par une société de capitaux luxembourgeoise sont soumis à l'impôt sur les sociétés (« IS ») dans les conditions de droit commun⁸. Il n'est pas fait application de règles dérogatoires liées à sa qualité de non-résident. En outre, la détention d'un actif immobilier français n'est pas de nature à caractériser l'existence d'un établissement stable en France de la société luxembourgeoise. Aucun impôt de distribution ne vient donc frapper le rapatriement des profits immobiliers au Luxembourg.

De la même manière, la plus-value de cession du bien est imposée en France selon les règles d'assiette et de taux prévues en matière d'IS dans les mêmes conditions que celles applicables à la date de la cession aux personnes

morales résidentes de France (26,5 % pour l'année en cours, 25 % à compter du 1^{er} janvier 2022)⁹.

Conformément à sa politique conventionnelle, le Luxembourg exonère ces revenus (loyers et plus-values de cession) sous réserve de l'application de la clause de progressivité¹⁰. Pour rappel, la méthode de l'exemption avec réserve de progressivité consiste à prendre en considération les revenus exonérés pour déterminer le taux d'imposition applicable aux autres revenus du contribuable luxembourgeois¹¹. De la même manière, le Luxembourg exonère la fortune constituée par ces biens immobiliers sis en France.

II. DÉTENTION DU BIEN IMMOBILIER VIA UNE STRUCTURE SOCIÉTAIRE STANDARD

En droit fiscal français, on peut schématiquement distinguer, d'une part, les sociétés de capitaux, qui sont soumises en principe de plein droit à l'IS et, d'autre part, les sociétés de personnes, qui relèvent d'un régime de transparence fiscale (dans ce dernier cas, le résultat fiscal est déterminé au niveau de la société de personnes, mais l'impôt est supporté par l'associé). Aussi, pour les besoins du présent article, nous analyserons les situations où l'investissement est réalisé par une société luxembourgeoise soit via (A) une société soumise à l'IS en France, soit via (B) une société de personnes dite transparente en France.

En présence d'investisseurs internationaux, les structures d'investissement impliquant la superposition d'une société française et d'une société luxembourgeoise soumises à l'IS doivent faire l'objet d'une attention particulière. L'interposition de la holding luxembourgeoise doit, en effet, être justifiée par des motifs non fiscaux. Elle doit donc présenter un intérêt juridique, économique et/ou financier (e.g., véhicule de co-investissement constitué entre plusieurs investisseurs internationaux, détention d'un portefeuille d'actif paneuropéen...).

En ce sens, il convient de préciser que le 18 mai dernier la Commission européenne a publié une communication sur la fiscalité des entreprises pour le vingt-et-unième siècle qui vise à promouvoir un système fiscal solide, efficace et équitable pour les entreprises dans l'Union européenne¹². La Commission européenne définit dans cette communication diverses mesures à mettre en place à court et à long terme afin d'aider l'Europe à se relever de la pandémie liée au Covid-19 et de garantir des recettes publiques suffisantes pour les années à venir. Parmi ces mesures

8. Art. 209, I, du Code général des impôts (« CGI ») et art. 6, § 1, de la Convention.

9. Art. 244bis A du CGI et art. 13, § 1, de la Convention.

10. Art. 22, § 2, a), de la Convention.

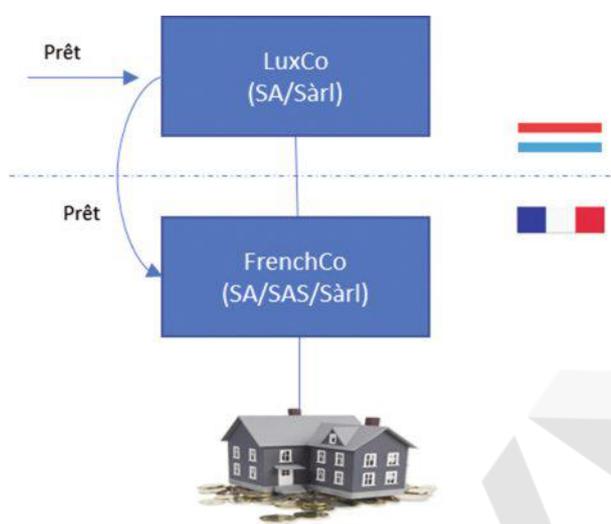
11. À noter que les tranches d'imposition pour les sociétés sont limitées au Luxembourg.

12. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Business taxation for the 21st Century, Brussels, 18 May 2021.

figure la lutte contre l'utilisation abusive de sociétés écrans sans ou avec un niveau de substance économique peu élevé.

A. Détention via une société de capitaux soumise à l'IS en France

Cette structure implique la détention par une société de capitaux luxembourgeoise pleinement imposable d'une société de capitaux française également pleinement imposable à l'IS en France.



Les profits immobiliers (loyers et plus-values de cession) dégagés par le véhicule d'investissement français sont soumis au taux plein de l'IS (26,5 % pour l'année en cours, 25 % à compter du 1^{er} janvier 2022).

De même, la plus-value de cession des titres de la société française est également imposée en France selon les règles d'assiette et de taux prévues en matière d'IS¹³.

Les distributions effectuées par la société française au profit de son actionnaire luxembourgeois sont, en principe, soumises à une retenue à la source dont le taux correspond à celui de l'IS. L'application de la retenue à la source peut toutefois être écartée en application de l'article 10-2 de la Convention ou sur le fondement de l'article 119^{ter} du CGI qui transpose en droit interne français la Directive européenne 90/435/ CEE dite « mère-filles ».

Dans ces deux cas, l'exonération implique que la holding luxembourgeoise soit pourvue d'une réelle substance économique et qu'elle soit le bénéficiaire effectif des distributions. Son interposition doit notamment pouvoir

être justifiée par des motifs non fiscaux. S'agissant d'une société dont l'activité se limite à gérer passivement des valeurs mobilières, l'importance des moyens matériels et humains de la holding a une portée très limitée sur l'appréciation de la validité du montage.

La holding luxembourgeoise doit, en outre, être le véritable « propriétaire » économique des distributions. Elle doit disposer d'un pouvoir direct d'utilisation et d'affectation des liquidités qui lui sont distribuées ainsi que d'un intérêt social propre et distinct de celui de ses associés. Cela implique que la holding ne soit pas tenue par une obligation contractuelle ou légale de redistribuer lesdites liquidités. L'absence d'obligation de redistribution doit ressortir de la documentation juridique en place et du fait que les distributions reçues par la holding ne sont pas systématiquement appréhendées par ses associées.

Enfin, aucune retenue à la source n'est due en France au titre des intérêts payés par la société française à sa société mère luxembourgeoise. Toutefois, sauf à pouvoir démontrer que le taux pratiqué correspond à un taux de marché, les intérêts qui excèdent le taux prévu par l'article 39.1.3^o du CGI ont la nature de revenus réputés distribués. À ce titre et conformément à l'article 10-3 de la Convention qui a élargi la définition de la notion de dividendes pour y inclure les revenus réputés distribués, une retenue à la source pourrait potentiellement avoir vocation à s'appliquer en France. Une attention particulière doit donc être portée à la justification du taux d'intérêt pratiqué sur les financements intragroupes même si, en pratique, la retenue à la source française peut être réduite à 15 % ou écartée en application de l'article 10-2 de la Convention.

D'un point de vue luxembourgeois, la Convention met fin au régime d'exonération qui était prévu sous l'empire de la Convention de 1958 lorsque l'associé personne morale luxembourgeoise détenait au moins 25 % du capital de la société française qui payait le dividende. Désormais, le dividende est pleinement imposable au Luxembourg au taux de 24,94 % (pour Luxembourg-Ville en 2021) et la double imposition le cas échéant est évitée par l'application d'un crédit d'impôt¹⁴. Ce changement instauré par la Convention devrait toutefois n'avoir qu'un impact subsidiaire puisque le dividende perçu par l'associé luxembourgeois devrait sous réserve du respect de certaines conditions bénéficier du régime d'exonération mère-filles de droit interne¹⁵. Dans l'hypothèse où le régime d'exonération total ne serait pas applicable, l'associé luxembourgeois devrait, sous réserve du respect de certaines

13. Art. 244bis A du CGI et art. 13, § 4, de la Convention.

14. Art. 22, § 2, b), de la Convention.

15. Art. 166 de la loi de l'impôt sur le revenu du 4 décembre 1967 (« LIR »).

conditions, bénéficiaire de l'exonération partielle de 50 % prévue en droit interne¹⁶.

Les intérêts perçus par la société luxembourgeoise sont en principe pleinement imposables mais seront compensés par la charge d'intérêts due par cette dernière à condition que le taux pratiqué soit en ligne avec les règles de prix de transfert applicables au Luxembourg. La société luxembourgeoise reste donc en principe imposable uniquement sur une marge à supposer qu'aucune des règles visant à limiter la déduction des intérêts au Luxembourg ne soit applicable. Si l'intérêt payé par la société luxembourgeoise est supérieur au taux de marché, la partie excédentaire pourrait être requalifiée en distribution cachée et entraîner la non-déduction de la partie d'intérêts excessive ainsi que l'application éventuelle de la retenue à la source de 15 % en fonction notamment du statut fiscal de l'associé de la société luxembourgeoise.

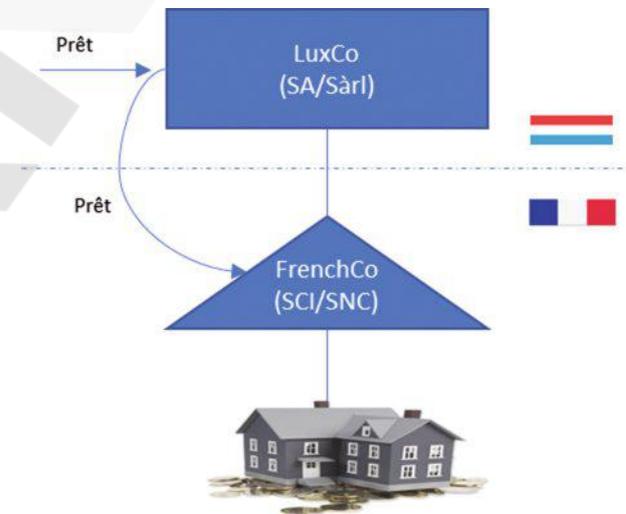
La plus-value de cession réalisée par l'associé luxembourgeois lors de la cession ultérieure des parts détenues dans la société française est exonérée au Luxembourg¹⁷ en raison de la prépondérance immobilière¹⁸ de la société française. En l'absence de prépondérance immobilière, la plus-value est alors imposable au Luxembourg¹⁹. Sous certaines conditions, cette plus-value peut cependant être exonérée en application du régime mère-filles de droit interne²⁰. Néanmoins, la plus-value reste imposable à hauteur de la somme algébrique des charges en rapport avec la participation française (y inclus les réductions pour dépréciation) lorsque ces charges ont réduit la base d'imposition de l'associé luxembourgeois durant l'année de la cession ou au cours d'exercices antérieurs.

Enfin, la participation détenue par l'associé luxembourgeois dans la société française est en principe soumise à l'impôt sur la fortune au Luxembourg²¹. En effet, l'exonération prévue à l'article 21-1 de la Convention ne concerne que la fortune constituée par les biens immobiliers visés à l'article 6 de ladite Convention et non pas la fortune constituée par les actions ou parts détenues dans des sociétés à prépondérance immobilière. Toutefois, cette participation peut être exonérée sous certaines conditions en application des dispositions de droit interne²².

B. Détenue via une société de personnes française dite translucide

La Convention fait une distinction entre deux catégories de sociétés de personnes dont le régime fiscal est sensiblement opposé. D'une part, les sociétés de personnes transparentes qui n'ont pas la qualité de résidente pour les besoins de la Convention. Au terme de l'article 1-2 de la Convention, les associés de sociétés de personnes considérées comme transparentes peuvent se prévaloir directement des dispositions de la Convention à la double condition que l'État considère la société de personnes comme totalement ou partiellement transparente et qu'il traite ce revenu, aux fins de l'imposition, comme le revenu d'un résident de cet État. D'autre part, les sociétés de personnes françaises dites translucides qui sont considérées comme résidentes de la France et par conséquent bénéficient des dispositions de la Convention.

Le présent article, comme mentionné précédemment, se limite au schéma suivant lequel la détention des biens immobiliers en France est réalisée via une société de personnes française dite translucide.



Du fait de l'application du régime de « translucidité », l'associé luxembourgeois est directement soumis à l'IS en France sur sa part dans le bénéfice de la société de personnes française. Plus particulièrement, le bénéfice est calculé au niveau de la société de personnes française et imposé au niveau de l'associé selon les règles d'assiettes applicables

16. Art. 115, § 15, a), de la LIR.

17. Art. 13, § 4, de la Convention et art. 22, § 2, a), de la Convention.

18. D'après l'article 13, § 4, de la Convention, « les gains qu'un résident d'un État contractant tire de l'aliénation d'actions, parts ou autres droits dans une société, une fiducie ou toute autre institution ou entité sont imposables dans l'autre État contractant si, à tout moment au cours des 365 jours qui précèdent l'aliénation, ces actions, parts ou autres droits tirent plus de 50 %

de leur valeur, directement ou indirectement, de biens immobiliers, tels que définis à l'article 6, situés dans cet autre État ».

19. Art. 13, § 6, de la Convention.

20. Art. 1, § 1, du règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 portant exécution de l'article 166, § 9, 1), LIR.

21. Art. 21, § 4, de la Convention.

22. Par. 60 de la loi d'évaluation des biens et valeurs du 16 octobre 1934 (« BewG »).

en matière d'IS. Comme en cas de détention directe, il n'est pas fait application de règles dérogatoires pour tenir compte de la qualité de non-résident de l'associé. En outre, les répartitions de bénéfices effectuées par les sociétés de personnes translucides ne sont pas, au sens fiscal, des dividendes. Elles ne souffrent donc d'aucune retenue à la source en France. À ce titre, le niveau de substance de l'associé luxembourgeois est totalement indifférent.

Les modalités de financement de la société de personnes française doivent, là encore, faire l'objet d'une attention particulière. Comme détaillé ci-après, la société de personnes est totalement transparente au regard du droit luxembourgeois. L'associé est considéré comme détenant directement les actifs de la société de personnes et les intérêts qu'il perçoit de cette dernière ne constituent pas des revenus imposables. Or, en France, ces mêmes intérêts sont, en principe, déductibles du résultat de la société de personnes (imposé au niveau de ses associés). Cette asymétrie donne lieu à une charge déductible en France qui n'est pas incluse dans les revenus imposables de l'associé luxembourgeois (non-prise en compte du paiement au Luxembourg). Il s'agit donc d'un dispositif hybride visé par les mesures anti-abus prévues par la Directive ATAD II²³. Les intérêts ne sont donc pas déductibles des résultats de la société de personnes imposables, en France, au niveau de son associé luxembourgeois.

Enfin, la plus-value de cession des parts de la société de personnes française est imposable en France selon les règles d'assiette et de taux prévues en matière d'IS²⁴.

Au Luxembourg, en l'absence de dispositions concernant le traitement fiscal d'une société de personnes de droit étranger, il importe de déterminer si cette dernière doit être considérée comme une société transparente ou opaque et de lui appliquer le traitement fiscal correspondant. Une analyse des caractéristiques de la société de personnes étrangère (e.g. formalité de constitution, durée d'existence, responsabilité des associés, etc.) s'avère

nécessaire afin de déterminer sa ressemblance juridique avec des sociétés de droit luxembourgeois. Dans l'hypothèse où la transparence de la société de personnes française est confirmée, son associé luxembourgeois est considéré comme détenant directement ses actifs (y inclus les actifs immobiliers) à hauteur de son pourcentage de détention. Un bilan fiscal reprenant les actifs et passifs ainsi que les revenus et dépenses qui lui sont attribuables (du fait de la transparence de l'entité française) est donc en principe dressé au niveau de l'associé luxembourgeois.

Selon les dispositions de la Convention, la société de personnes française est considérée comme résidente en France²⁵. Le revenu tiré des biens immobiliers qu'elle détient est traité comme étant perçu par elle. L'article 1-2 de la Convention²⁶ relatif à la transparence des sociétés de personnes n'est pas applicable en l'espèce, les sociétés de personnes françaises n'étant pas considérées comme transparentes en France. Cette situation impliquerait, d'après la Chambre de commerce²⁷, que le Luxembourg ne puisse pas imposer le revenu sous-jacent au moment où il est perçu par la société de personnes française. Toujours selon l'avis de la Chambre de commerce et les commentaires des articles du projet de la loi portant approbation de la Convention, ce n'est qu'au moment où ce revenu sera appréhendé par l'associé luxembourgeois, sous forme de produits de participation, que le Luxembourg retrouvera *éventuellement* son droit d'imposition²⁸. En vertu du point 5 du Protocole²⁹, la double imposition est alors évitée par l'octroi d'un crédit d'impôt égal au montant de l'impôt payé en France, la déduction ne pouvant excéder la fraction de l'impôt correspondant à ces revenus et calculé avant l'application du crédit d'impôt³⁰.

La combinaison des dispositions conventionnelles avec celles de droit interne soulève certaines questions d'interprétation et engendre ainsi des incertitudes. Il convient tout d'abord de noter, comme l'a relevé à juste titre relevé la Chambre de commerce dans son avis sur le projet de loi portant approbation de la Convention, que la déten-

23. Art. 205 B et s. du CGI.

24. Art. 244bis A du CGI et art. 13, § 4, de la Convention.

25. Art. 4, § 4, de la Convention.

26. D'après l'article 1, § 2, de la Convention, « Aux fins de l'application de la présente Convention, le revenu perçu par ou via une société de personnes dotée ou non de la personnalité morale ou toute autre entité analogue dotée de la personnalité morale (y compris un groupement de personnes) considérée comme totalement ou partiellement transparente sur le plan fiscal selon la législation fiscale de l'un des États contractants est considéré comme étant le revenu d'un résident d'un État contractant, mais uniquement dans la mesure où ce revenu est traité, aux fins de l'imposition par cet État, comme le revenu d'un résident de cet État. [...] Les dispositions du présent paragraphe ne s'appliquent pas à un revenu perçu par ou via une société de personnes dotée ou non de la personnalité morale ou toute autre entité analogue dotée de la personnalité morale (y compris un groupement de personnes) qui est un résident de France conformément au paragraphe 4 de l'article 4 ».

27. Projet de loi n° 7390 portant approbation de la Convention, avis de la Chambre de commerce, p. 6.

28. À cet effet, la Chambre de commerce précise dans son avis p. 5 qu'une distribution de dividendes par une société de personnes française à un associé

luxembourgeois est à considérer comme un dividende sous la Convention, cette qualification serait indépendante de la qualification de la société de personnes française comme entité transparente pour les besoins fiscaux domestiques.

29. D'après les commentaires du projet de loi n° 7390, p. 15, « Le point 5 du Protocole concerne l'élimination de la double imposition par le Luxembourg quant aux revenus perçus par un résident du Luxembourg via une société mentionnée au paragraphe 4 de l'article 4 qui régit la résidence fiscale des sociétés translucides françaises. Le point 5 ne concerne pas les revenus touchés par la société translucide française elle-même mais se limite aux produits de participation que l'associé résident du Luxembourg peut percevoir ultérieurement de la part de la société translucide française et que le Luxembourg impose éventuellement en raison de la qualification qu'il confère à ces produits de participation en vertu de sa législation fiscale ».

30. D'après le point 5 du protocole, « En ce qui concerne l'article 22, il est entendu qu'afin d'éliminer la double imposition concernant les revenus perçus par un résident du Luxembourg via une société mentionnée au paragraphe 4 de l'article 4, le Luxembourg accorde sur l'impôt afférent à ce revenu une déduction égale au montant de l'impôt payé en France. Cette déduction ne peut toutefois excéder la fraction de l'impôt, calculé avant déduction, correspondant à ces revenus ».

tion d'une participation dans une société de personnes étrangère considérée comme transparente est ignorée d'un point de vue fiscal luxembourgeois et les distributions réalisées par cette dernière « ne reçoivent aucune "qualification" à strictement parler »³¹. En reconnaissant que le revenu tiré par la société de personnes de ses biens immobiliers doit être traité comme étant perçu par elle, faut-il comprendre que l'effet supplétif des conventions est ignoré permettant ainsi de ne pas tenir compte de la qualification de la société de personnes française comme société transparente pour les besoins de droit interne luxembourgeois ?

Si tel est le cas, une autre difficulté encore soulignée par la Chambre de commerce devrait exister lorsque la perception des revenus immobiliers par la société de personnes française et la distribution de bénéfices effectuée ultérieurement par cette dernière à son associé luxembourgeois interviennent sur des exercices comptables différents. D'un point de vue fiscal luxembourgeois, du fait de la transparence de la société de personnes française, le revenu est en principe enregistré dans les comptes fiscaux de l'associé luxembourgeois au moment où il est perçu par la société de personnes française. Toutefois, la Convention semble accorder au Luxembourg le droit d'imposer ce revenu qu'au moment de sa distribution effective par la société de personnes française, alors même qu'aucun revenu ne serait enregistré dans les comptes fiscaux de l'associé luxembourgeois cette année-là (cette distribution étant ignorée d'un point de vue fiscal luxembourgeois). Une clarification de la part des autorités fiscales luxembourgeoises s'avère primordiale au nom du principe de sécurité juridique pour les contribuables luxembourgeois.

En ce qui concerne l'application du crédit d'impôt, il convient de noter que la rédaction du point 5 du Protocole³² qui s'applique aux produits de participation que l'associé luxembourgeois peut percevoir ultérieurement de la part de la société translucide française, diffère sensiblement de celle de l'article 22-2 (b)³³ de la Convention. En effet, l'article 22-2 (b) précise que le cré-

dit d'impôt devrait s'appliquer également sur l'impôt sur le revenu des collectivités, sans référence à l'impôt commercial communal. Le point 5 du Protocole adopte quant à lui une formulation plus générale en faisant référence à « l'impôt afférent à ce revenu », laissant ainsi penser que le crédit d'impôt pourrait également s'appliquer sur l'impôt commercial communal. Si telle est la position acceptée par les autorités fiscales luxembourgeoises, la double imposition résiduelle éventuelle à hauteur de 6,75 % pour les sociétés dont le siège social est situé à Luxembourg-Ville pourrait ainsi être évitée. Il est d'ailleurs étonnant compte tenu des difficultés que posait déjà l'article 19-2³⁴ sous l'empire de la Convention de 1958 que le Luxembourg n'ait pas tout simplement opté pour la méthode de l'exonération.

En cas de cession des parts de la société de personnes française, la Chambre de commerce précise qu'indépendamment de la qualification interne luxembourgeoise, la plus-value réalisée est imposable exclusivement en France si la société de personnes française est à prépondérance immobilière³⁵. Conformément à la clause d'exonération avec réserve de progressivité de l'article 22-2 (a) de la Convention, le Luxembourg exonère cette plus-value. En l'absence de prépondérance immobilière, la plus-value est pleinement imposable au Luxembourg³⁶ sans *a priori* de possibilité d'exonération. La société de personnes française n'étant pas soumise de plein droit à l'IS en France, cette dernière ne devrait pas qualifier pour les besoins du régime mère-filles de droit interne. Il convient de noter qu'une telle approche reviendrait à ignorer la qualification d'entité transparente qui pourrait être retenue en application du droit interne.

Si la cession intervient au niveau des actifs immobiliers détenus directement par la société de personnes, la situation est alors similaire à celle décrite précédemment pour les revenus perçus par un résident du Luxembourg via une société visée à l'article 4-4 de la Convention. La plus-value de cession est alors considérée comme étant réalisée par la société de personnes française en tant qu'entité résidente pour les besoins

31. Projet de loi n° 7390 portant approbation de la Convention, avis de la Chambre de commerce, p. 6.

32. D'après le point 5 du Protocole « En ce qui concerne l'article 22, il est entendu qu'afin d'éliminer la double imposition concernant les revenus perçus par un résident du Luxembourg via une société mentionnée au paragraphe 4 de l'article 4, le Luxembourg accorde sur l'impôt afférent à ce revenu une déduction égale au montant de l'impôt payé en France. Cette déduction ne peut toutefois excéder la fraction de l'impôt, calculé avant déduction, correspondant à ces revenus ».

33. D'après l'article 22, § 2, b), de la Convention, « Lorsqu'un résident du Luxembourg reçoit des éléments de revenu qui, conformément aux dispositions des articles 10, 12 et 16, sont imposables en France, le Luxembourg accorde sur l'impôt sur le revenu des personnes physiques ou sur l'impôt sur le revenu des collectivités de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt payé en France. Cette déduction ne peut toutefois excéder la fraction de l'impôt, calculé avant déduction, correspondant à ces éléments de revenus reçus de France ».

34. D'après l'article 19, § 2, de la Convention de 1958, « Nonobstant les dispositions de la présente Convention, chacun des deux États contractants conserve le droit d'imposer suivant les règles propres à sa législation les produits de participation dans des entreprises constituées sous forme de sociétés civiles, de sociétés en nom collectif, de sociétés de fait et d'associations en participation ainsi que pour les parts des commandités dans les sociétés en commandite simple. En ce qui concerne ces produits, la double imposition sera évitée de la façon suivante : a) Le Luxembourg imputera, sur l'impôt afférent aux produits dont il s'agit ayant leur source en France et compris dans les bases d'imposition de l'impôt sur le revenu des personnes physiques ou de l'impôt sur le revenu des collectivités, et dans la limite de ces impôts, l'impôt auquel lesdits produits auront été assujettis en France. [...] ».

35. Art. 13, § 4, de la Convention.

36. Art. 13, § 6, de la Convention.

de la Convention. Ce n'est que lorsque le revenu est appréhendé par l'associé luxembourgeois à la suite d'une distribution que le Luxembourg retrouve éventuellement son droit d'imposition avec application du crédit d'impôt prévu au point 5 du Protocole afin de limiter une double imposition. Les incertitudes et interrogations soulevées précédemment s'appliquent également à la situation d'espèce.

Enfin, en ce qui concerne l'impôt sur la fortune, se pose à nouveau la question de la primauté des dispositions conventionnelles sur le droit interne. Comme le souligne la Chambre de commerce³⁷, il est important toujours dans un souci de sécurité juridique que le pouvoir d'imposition du Luxembourg ainsi que les actifs composant la base d'imposition de l'associé luxembourgeois soient clarifiés. En effet, la société de personnes française étant transparente d'un point de vue fiscal luxembourgeois, elle n'est en principe pas prise en compte pour le calcul de la valeur unitaire, seuls les actifs détenus par cette dernière le sont. Ainsi, si la transparence de la société de personnes française est ignorée pour les besoins fiscaux luxembourgeois, cette dernière ne devrait *a priori* pas qualifier pour l'exonération de droit interne en application du régime mère-filles puisqu'elle n'est pas soumise de plein droit à l'IS.

Une autre approche pour déterminer le traitement fiscal applicable à l'associé luxembourgeois pourrait consister à appliquer les règles de droit interne et à analyser les caractéristiques de l'entité étrangère afin de définir si cette dernière doit être considérée comme une entité opaque ou transparente d'un point de vue fiscal luxembourgeois. Une fois la transparence fiscale confirmée, il conviendrait de qualifier le revenu perçu par l'associé luxembourgeois. Enfin, une application de la Convention devrait permettre de déterminer l'État auquel sera octroyé le droit d'imposer le revenu. En application de ce qui précède, du fait de la transparence fiscale de la société de personnes française, les revenus immobiliers perçus par cette dernière seraient considérés comme étant perçus directement par son associé luxembourgeois. La Convention n'octroyant pas un droit d'imposition exclusif à l'État de *situs*³⁸, le Luxembourg devrait exonérer les revenus afin d'éviter une double imposition³⁹. Il convient de noter que la nouvelle Convention ne contient pas de clause identique à l'article 19 de la Convention de 1958 qui avait donné lieu

à de nombreux contentieux dans le passé. De surcroît, les commentaires du projet de loi concernant le point 5 du Protocole rappellent que le Luxembourg peut, sans pour autant que cela soit une obligation, imposer le revenu perçu par l'associé luxembourgeois de la société de personnes française en raison de la qualification donnée aux produits de participations en vertu de son droit interne.

La même approche devrait être observée dans le cas d'une cession des parts de la société de personnes française. Du fait de la transparence fiscale de la société de personnes française, cette aliénation devrait être analysée comme une cession par l'associé luxembourgeois des biens immobiliers sous-jacents (à proportion de son pourcentage de détention dans l'entité française). La plus-value de cession serait donc exonérée au Luxembourg en application de la Convention⁴⁰. Le même traitement fiscal serait applicable en cas de cession des biens immobiliers par la société de personnes française. Cette dernière étant transparente, la cession serait analysée comme ayant été réalisée directement par l'associé luxembourgeois.

En ce qui concerne l'impôt sur la fortune, toujours du fait de la transparence fiscale de la société de personnes française, les biens immobiliers détenus par cette dernière devraient être considérés comme étant détenus directement par son associé luxembourgeois. La fortune constituée par ces biens serait donc exonérée au Luxembourg en application de la Convention⁴¹.

Afin de justifier l'approche qui précède, il convient de rappeler le principe selon lequel la législation interne de l'État qui applique l'impôt régit l'ensemble des questions concernant les conditions d'imposition et l'entité entre les mains de laquelle le revenu est imposé⁴². Les conventions internationales jouent un rôle de norme subsidiaire, ce qui signifie que les dispositions de droit interne luxembourgeois sont examinées en premier lieu (avant les dispositions de la Convention) et l'imposition est établie d'après les règles de droit interne après que la Convention a attribué le droit d'imposer au Luxembourg. Aux motifs que les conventions fiscales n'ont pas pour objet une application intrinsèque (et ne devrait pas modifier l'interprétation du droit interne), les règles de droit interne priment donc en principe sur les règles de droit conventionnel même si, en cas de contrariété entre une disposition de droit interne et

37. Avis de la Chambre de commerce sur le projet de loi n° 7390 concernant l'approbation de la Convention, p. 8 : « [...] Parallèlement, le Luxembourg aurait donc un pouvoir d'imposition sur la participation dans la société de personnes française alors que celle-ci n'est pas incluse dans la valeur unitaire en droit interne dans la mesure où cette société est transparente. La Chambre de commerce demande que soit clarifié le pouvoir d'imposition du Luxembourg et sur quels actifs dans cette configuration particulière. »

38. Art. 6, § 1, de la Convention.

39. Art. 22, § 2, a), de la Convention.

40. Art. 13, § 1, de la Convention et art. 22, § 2, a), de la Convention.

41. Art. 21, § 1, de la Convention et art. 22, § 2, a), de la Convention.

42. L'application du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes, R(15) – 34, point 102.

une règle fixée par une convention fiscale, cette dernière prévaut en ce qui concerne l'attribution du droit d'imposer un revenu entre deux États contractants. Les conventions préventives de la double imposition ont ainsi pour seul but de restreindre les compétences d'imposition découlant du droit interne des États signataires, mais ne créent pas une nouvelle obligation fiscale et n'augmentent pas l'obligation fiscale posée par le droit interne⁴³. Il s'agit là de l'application du principe de non-aggravation en vertu duquel une convention ne peut créer une imposition là où le droit interne ne l'a pas prévue⁴⁴. Ainsi, le Luxembourg ne devrait pas pouvoir prélever un impôt uniquement en vertu d'une convention fiscale si son droit interne ne le lui permet pas. Quelle que soit la solution retenue, il apparaît important que le traitement fiscal retenu par les autorités fiscales luxembourgeoises ne soit pas plus désavantageux qu'en l'absence de la Convention.

III. DÉTENTION VIA UN ORGANISME DE PLACEMENT COLLECTIF IMMOBILIER FRANÇAIS (OPCI)

La détention de biens immobiliers par une société de capitaux luxembourgeoise via un OPCF français était une structure communément utilisée sous l'empire de la Convention de 1958. En effet, l'utilisation de ce type de structure présentait de nombreux avantages aussi bien au niveau des dividendes payés par l'OPCF français qui supportait uniquement une retenue à la source de 5 % qu'au niveau de la société de capitaux luxembourgeoise actionnaire puisque les dividendes étaient exonérés dès lors que cette dernière détenait une participation d'au moins 25 % dans le capital de l'OPCF (régime mère-filles sous la Convention 1958).

Les changements substantiels apportés par la nouvelle Convention ainsi que l'implémentation en droit luxembourgeois de nouvelles règles anti-abus telles que la règle de limitation de déduction des intérêts ont fait perdre toute l'attractivité de la structure décrite ci-dessus. L'un des changements concerne la modification de la notion de résidence. Afin de bénéficier des dispositions de la Convention, le contribuable doit être assujéti à l'impôt dans son pays de résidence. Pour les besoins de l'article 10-2 (b) de la Convention, ce critère qui s'applique aussi bien au niveau de l'entité qui distribue le dividende qu'au niveau de celle qui le perçoit entraîne en principe

l'exclusion du champ d'application de la Convention des entités exonérées d'impôt (comme le sont très souvent les organismes de placement collectif)⁴⁵. Toutefois, cette exclusion reste partielle puisque le point 2 du Protocole admet « nonobstant toute autre disposition de la Convention, qu'un organisme de placement collectif bénéficie des avantages des articles 10 et 11 pour la fraction de ses revenus correspondant aux droits détenus par des personnes résidentes de l'un ou de l'autre des États contractants [...] s'il reçoit des dividendes ou des intérêts provenant de cet État ».

En outre, le taux de retenue à la source applicable en cas de distribution de dividende par un OPCF a sensiblement augmenté. Cette situation est adressée à l'article 10-6 de la Convention qui traite spécifiquement des véhicules d'investissement immobiliers. Ainsi, la retenue à la source « ne peut excéder le taux de 15 % du montant brut des dividendes si le bénéficiaire effectif est un résident de l'autre État contractant et s'il détient directement ou indirectement une participation représentant moins de 10 % du capital de ce véhicule. Lorsque le bénéficiaire effectif de tels dividendes détient directement ou indirectement, une participation représentant 10 % ou plus du capital de ce véhicule, les dividendes sont imposables au taux prévu par la législation nationale de l'État contractant d'où ils proviennent ».

Enfin, le régime d'exonération prévu à l'article 19-3 (a) de la Convention de 1958 qui permettait aux sociétés luxembourgeoises pleinement imposables d'exonérer les dividendes perçus par un organisme exonéré tel qu'un OPCF sous respect d'un pourcentage de détention minimum de 25 % a été supprimé. Ce dividende est désormais pleinement imposable à l'impôt sur le revenu des collectivités et l'impôt commercial communal avec la possibilité d'appliquer un crédit d'impôt pour limiter la double imposition. Toutefois, le crédit d'impôt prévu à l'article 22-2 (b) de la Convention peut laisser subsister une double imposition résiduelle.

Compte tenu des frottements fiscaux non négligeables engendrés par les nouvelles dispositions de la Convention, le marché s'est adapté et s'est progressivement orienté vers une structure impliquant un fonds d'investissement spécialisé (**FIS**) luxembourgeois constitué sous la forme

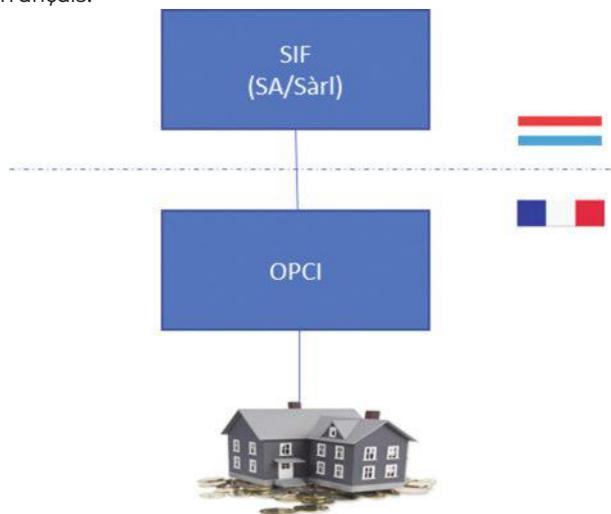
43. H. DOSTERT, « La double imposition internationale en matière d'impôts sur le revenu et la fortune et les conventions tendant à l'éliminer », *Études fiscales*, n° 57-58, p. 9, n° 25.

44. J. SCHAFFNER, *Droit fiscal international*, 3^e éd., Windhof, Promoculture-Larcier, 2014, p. 25.

45. Sous l'empire de la Convention de 1958, afin de bénéficier du taux réduit de retenue à la source prévu à l'article 8 de la Convention de 1958, seule l'entité

bénéficiaire desdits revenus devait apporter la preuve via une attestation des autorités fiscales de son État de résidence que ces revenus seraient soumis aux impôts directs dans les conditions de droit commun dans l'État où elle a son domicile fiscal. Cette condition était donc remplie par l'associé luxembourgeois qui détenait les parts de l'OPCF français qui était lui non imposable.

d'une société à capital variable ou fixe qui détient un OPCI français.



L'OPCI (prenant la forme d'une SPPICAV) est totalement exonéré d'IS. Cette exonération porte sur l'intégralité des revenus et profits réalisés par la société dans le cadre de son objet, sous réserve qu'elle respecte ses obligations de distribution : 85 % des revenus locatifs afférents aux produits des immeubles détenus directement ou par l'intermédiaire de sociétés translucides interposées ; 50 % des plus-values nettes de cession d'actifs immobiliers ou de titres de sociétés immobilières ; 100 % du résultat net afférent aux produits distribués par les sociétés de capitaux filiales ayant opté pour le régime SIIC.

Le droit interne français prévoit l'application d'une retenue à la source au taux de 26,5 % (et au taux de 25 % à compter du 1^{er} janvier 2022) pour les produits prélevés sur les résultats d'un OPCI et distribués à ses associés personnes morales non-résidents. Toujours en application des dispositions de droit interne, le taux de la retenue à la source est toutefois ramené à 15 % lorsque la distribution est effectuée au profit d'organismes de placement collectif français ou constitués sur le fondement d'un droit étranger et situés dans un État membre de l'Union européenne ou dans un autre État ou territoire ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales et qui remplissent cumulativement les deux conditions suivantes⁴⁶ :

- lever des capitaux auprès d'un certain nombre d'investisseurs en vue de les investir, conformément à une politique d'investissement définie, dans l'intérêt de ces investisseurs ;

- présenter des caractéristiques similaires à celles de certains organismes de placement collectif de droit français.

Si la deuxième condition est généralement remplie par un FIS luxembourgeois, se pose la question de l'appréciation de la première condition. Un FIS doit-il toujours, en pratique, lever des capitaux auprès d'une pluralité d'investisseurs ou suffit-il qu'il puisse juridiquement le faire ? Les rapports parlementaires ayant concouru à l'adoption de la loi n° 2012-958 de finances rectificative pour 2012 précisent que cette condition a été prévue afin de pouvoir définir avec suffisamment de précision les organismes de placement collectif étrangers équivalents à des organismes collectifs de placement français et qu'elle constitue une reprise des termes exacts de « l'article 4 de la directive 2011/61/UE du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs ». En revanche, les travaux parlementaires n'apportent aucune précision sur les modalités précises d'appréciation du respect de cette condition. Les commentaires de l'administration fiscale sont également muets sur ce point. Selon nous, l'économie de cette condition devrait pouvoir être restituée dans le contexte général du dispositif juridique duquel elle est tirée, l'article 4 de la directive 2011/61/UE du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs (codifié à l'article L 214-24, I du code monétaire et financier) auquel le législateur fait expressément référence.

À ce titre, l'Autorité des marchés financiers, reprenant l'ensemble des orientations émises par l'Autorité européenne des marchés financiers, est venue préciser dans une position n° 2013-16 qu'une entité à laquelle son droit national, son règlement ou ses documents constitutifs ou toute disposition ayant un effet juridique contraignant n'interdisent pas de lever des capitaux auprès de plus d'un investisseur doit être assimilée à une entité levant des capitaux auprès d'un certain nombre d'investisseurs. La condition devrait donc être remplie en présence d'un FIS mono-investisseur dont la documentation constitutive ne lui interdit pas de lever des fonds auprès d'une pluralité d'investisseurs. Selon nos informations, l'administration fiscale française a déjà confirmé ce raisonnement dans le cadre de demandes individuelles. Bien entendu, là encore, l'interposition du SIF doit pouvoir être justifiée par des motifs non fiscaux.

Enfin, la plus-value de cession des actions de l'OPCI est imposable en France selon les règles d'assiette et de taux prévues en matière d'IS⁴⁷.

46. Art. 119bis 2 du CGI.

47. Art. 244bis A du CGI.

Au Luxembourg, le FIS n'est redevable d'aucun impôt à l'exception du droit d'apport frappant les rassemblements de capitaux dans les sociétés civiles et commerciales et de la taxe d'abonnement annuelle au taux de 0,01 %. En pratique, cela signifie que les dividendes perçus par le FIS luxembourgeois ne sont pas imposables au Luxembourg ni à l'impôt sur le revenu des collectivités (y inclus le fonds de solidarité pour l'emploi) ni à l'impôt commercial communal. En l'absence d'imposition au Luxembourg, le crédit d'impôt prévu à l'article 22-2 (b) de la Convention n'est donc pas applicable puisque « la déduction ne peut toutefois excéder la fraction de l'impôt, calculé avant déduction, correspondant à ces éléments de revenus reçus de France ».

La plus-value de cession réalisée par le FIS est imposable au Luxembourg en l'absence d'application de la Convention⁴⁸. Toutefois, le FIS étant exonéré d'impôt, les plus-values dégagées par cette cession ne seront pas frappées d'impôt au Luxembourg.

De la même manière, les parts détenues dans l'OPCI ne sont donc pas imposables à l'impôt sur la fortune au Luxembourg.

Si l'OPCI constitue un véhicule d'investissement intéressant pour la détention à long terme d'actifs immobiliers de rendement, la gestion dynamique d'un portefeuille d'actif via la réalisation d'opérations d'achat-revente ou de construction-vente lui est totalement proscrite.

La pratique se tourne donc vers d'autres types de fonds lorsqu'il s'agit de déployer des stratégies d'investissement diversifiées ou de type *value added* : par exemple, les fonds professionnels de capital-investissement (FPCI) et les sociétés d'investissement professionnelles spécialisées (SIPS, fonds professionnel spécialisé prenant la forme d'une société d'investissement à capital variable).

En fonction des modalités de détention des actifs et de la structuration du désinvestissement, les FPCI et les SIPS offrent des régimes fiscaux très favorables aux investisseurs luxembourgeois.

48. En effet, le point 2 du Protocole permet à un organisme de placement collectif établi dans un État contractant et qui est assimilé selon la législation de l'autre État contractant à ses propres organismes de placement collectif

de bénéficier des dispositions de la Convention. Toutefois, cette éligibilité reste partielle puisqu'elle est limitée aux avantages des articles 10 et 11 de la Convention.