

La Société européenne

Les aspects fiscaux

Introduction

La SE est une société de capitaux dotée de la personnalité juridique et présentant un rattachement géographique avec au moins deux Etats membres de la Communauté européenne.

Le règlement (CE) N° 2157/2001 du Conseil relatif au statut de la Société Européenne et la directive 2001/86/CE complétant le statut de la Société Européenne (SE) pour ce qui concerne l'implication des travailleurs donneront à partir du 8 octobre 2004 à certains types de sociétés de capitaux la possibilité de se constituer en SE.

Il existe quatre procédures qui permettent de constituer une SE, à savoir :

- la transformation d'une société anonyme (SA) possédant une filiale dans un autre Etat membre depuis au moins deux ans ;
- la fusion de deux SA ou plus, situées dans au moins deux Etats membres différents ;
- la constitution d'une société holding, à l'initiative de SA ou de sociétés à responsabilité limitée situées dans au moins deux Etats membres différents ;
- la constitution d'une filiale commune par des sociétés situées dans au moins deux Etats membres différents.

Avec l'adoption du statut de la SE, des sociétés établies dans plus d'un Etat membre pourront fusionner et opérer dans toute l'UE. Ces sociétés n'auront donc plus besoin de mettre en place un réseau complexe de filiales soumises à des législations nationales différentes. Une SE aura ainsi la possibilité d'exercer plus facilement ses activités sur le territoire de l'Union européenne au travers de succursales.

Le statut de la SE devrait donc surtout faciliter les restructurations et constitutions d'entreprises en permettant les fusions transfrontalières de sociétés et les opérations de transfert de siège au sein de l'espace communautaire. Ainsi une SE immatriculée dans un pays A pourra en effet transférer son siège statutaire dans un Etat membre B, sans devoir, comme c'est le cas actuellement, dissoudre l'entreprise dans l'Etat A.

Le volet du droit des sociétés est déterminé par le susdit règlement communautaire, la participation des travailleurs est organisée par la directive, mais qu'en est-il du régime fiscal applicable à la société européenne ?

Il est intéressant de noter dans ce contexte les dispositions du considérant n° 20 du règlement :

« Le présent règlement ne couvre pas d'autres domaines du droit tels que la fiscalité, la concurrence, la propriété intellectuelle, ou l'insolvabilité. Par conséquent, les dispositions du droit des Etats membres et du droit communautaire sont applicables dans ces domaines, ainsi que dans d'autres domaines non couverts par le présent règlement. »

et de l'article 10 du règlement :

« Sous réserve des dispositions du présent règlement, une SE est traitée dans chaque Etat membre comme une SA constituée selon le droit de l'Etat membre dans lequel la SE a son siège statuaire. »

Selon une interprétation dominante, la SE ne pourra pas bénéficier d'un régime spécial. Il appartient partant au législateur national de soumettre la SE aux dispositions du droit fiscal valant pour les sociétés de capitaux.(1)

Il n'en reste pas moins que le législateur communautaire doit à son tour mettre en place une certaine coordination entre les législations nationales.(2)

Il s'ensuit que l'intervention de l'UEL se situe tant au niveau national qu'au niveau communautaire.

1. L'action de l'UEL vis à vis du législateur luxembourgeois

L'objectif poursuivi par l'UEL est d'inciter les entreprises, implantées dans plusieurs pays et qui se proposent de se constituer en SE, à élire domicile au Luxembourg. Etant donné que les SE disposent en général d'une substance financière importante, l'UEL est d'avis que celles-ci représentent un potentiel équivalent en termes de création d'emploi de haut niveau. Dans cette hypothèse, les recettes fiscales au titre de l'imposition sur les salaires se trouveraient augmentées. Il est à noter que l'élection de domicile de ces sociétés, comportant le transfert de leur administration centrale au Luxembourg et entraînant la présence de décideurs d'entreprises multinationales, ne manquerait pas de faire implanter d'autres activités dans notre pays qui généreraient de la croissance économique et engendreraient la diversification du tissu économique national.

Sans préjudice de ce qui précède, les dispositions du règlement communautaire ne permettent pas au législateur national de créer un régime spécifique pour les SE. Il s'ensuit que la SE sera régie par les dispositions du droit commun et plus particulièrement par celles s'appliquant aux sociétés anonymes. Il est partant important d'ajouter la SE à la liste des sociétés de capitaux énumérées à l'article 159 LIR.

Si le législateur est disposé à doter la SE d'un régime fiscal attrayant, son action doit notamment passer par une adaptation de la législation existante pour les sociétés de capitaux. Cette mesure incitative accompagnerait utilement les visées gouvernementales en

matière de fiscalité de l'épargne, en l'occurrence l'introduction d'une retenue à la source libératoire à un taux favorable. De la complémentarité de ces deux dispositions résulterait en effet une attractivité autrement plus grande.

Il importe dès lors d'analyser le régime fiscal national pour en identifier les dispositions qui entravent les activités économiques transfrontalières et qui dissuadent ainsi les sociétés intéressées à se constituer en SE et de choisir leur siège sur le territoire luxembourgeois.

1.1. Dividendes versés

Le régime d'imposition actuel

Les dividendes versés par une société de capitaux résidente sont frappés par une retenue à la source de 20%. (article 148 LIR)

Les autorités de l'Union européenne ont adopté en 1990 une directive¹ en matière d'harmonisation des impôts directs. Le Luxembourg a transposé le texte dans son droit interne. Cette directive qui institue un régime commun applicable aux sociétés mères et filiales, réduit à 0% la retenue à la source sur les dividendes distribués par une filiale luxembourgeoise à sa maison-mère lorsque celle-ci est établie dans un autre Etat membre.

Il y a donc exemption sur la base du droit interne prévue par l'article 147 LIR :

1. lorsque le bénéficiaire et le débiteur des revenus sont la même personne ;
2. lorsque les revenus sont alloués par une société de capitaux résidente pleinement imposable à :
 - une autre société de capitaux résidente ;
 - une société qui est résidente d'un Etat membre de l'Union Européenne et visée par l'article 2 de la directive (90/435/CEE) du Conseil des CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents ;
 - un établissement stable indigène d'une société qui est résidente d'un Etat membre de l'Union Européenne et visée par l'article 2 de la directive (90/435/CEE) du Conseil des CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents ;
 - un établissement stable indigène d'une société de capitaux qui est résident d'un Etat avec lequel le Grand-Duché du Luxembourg a conclu une convention tendant à éviter les doubles impositions.

à condition que le bénéficiaire s'engage à détenir directement pendant une période ininterrompue d'au moins 12 mois, une participation d'au moins 10% ou d'un prix d'acquisition d'au moins 1.200.000 euros dans le capital du débiteur des revenus.

¹ Directive du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents (90/435/CEE)

Le régime préconisé par l'UEL

Afin d'attirer un grand nombre d'entreprises sur le territoire luxembourgeois, cette retenue à la source de 20% devrait être réduite à 5%, alors que le régime d'imposition des dividendes des sociétés de capitaux est un élément déterminant du choix du pays devant héberger le siège d'une SE. Le déchet fiscal résultant de la diminution du taux d'imposition serait d'ailleurs insignifiant, étant donné que dans beaucoup de cas, grâce aux différentes directives et conventions fiscales en vigueur, les dividendes versés sont exonérés ou imposés à un taux moindre. A noter par ailleurs que certains pays disposent d'une législation plus favorable en la matière, ce qui est notamment le cas pour le Royaume-Uni qui ne pratique pas de retenue à la source sur les dividendes versés.

L'UEL tient à souligner qu'elle estime que cette proposition constitue la mesure-clé de la stratégie visant à créer un environnement favorable à l'implantation de SE au Luxembourg.

1.2. La compensation des pertes entre une société résidente et sa succursale située dans un autre Etat membre de l'UE

Le problème de la compensation transfrontalière des pertes est considéré comme un sujet préoccupant par les entreprises. La compensation de pertes réalisées par un établissement stable non-résident n'est pas acceptée par le fisc luxembourgeois lorsqu'une convention contre la double imposition a été conclue avec le pays du siège de la succursale et ce en raison d'une interprétation contestable de l'administration fiscale. En effet, celle-ci a pour conséquence de désavantager les entreprises dont la succursale est établie dans un pays avec lequel le Luxembourg a conclu une convention contre la double imposition.

Comme cette interprétation risque de préjudicier au plus haut degré à l'implantation future de SE au Luxembourg et étant donnée que le modèle de la SE impliquera dans la plupart des cas que la présence à l'étranger se fera sous forme de succursales et non de filiales, il est dès lors impératif que l'administration fiscale abandonne son interprétation qui est par ailleurs, nous semble-t-il, contraire à la philosophie des conventions fiscales.

Notons par ailleurs que des discussions ont été entamées et que des études, notamment celle sur l'imposition selon les règles de l'Etat de résidence, sont en cours de réalisation par la Commission Européenne afin de lever les barrières fiscales existantes empêchant le marché intérieur de fonctionner correctement.

1.3. Le traitement fiscal des expatriés

S'il est vrai que la charge fiscale à supporter par les personnes physiques a été sensiblement allégée, il n'en reste pas moins que l'imposition des expatriés est plus lourde que cela n'est le cas dans certains de nos pays limitrophes. La raison en est que le Luxembourg ne dispose pas de régime spécifique applicable à ce type de travailleurs comme cela est notamment le cas en Belgique. La nécessité de créer un environnement fiscal attrayant pour des spécialistes étrangers hautement qualifiés est de rigueur.

Il s'y ajoute que l'environnement fiscal luxembourgeois prévoit un certain nombre d'abattements qui permettent au contribuable résident d'atténuer sa charge fiscale. Cependant, dans beaucoup de cas, les salariés étrangers venant travailler au Luxembourg pour une durée limitée ne peuvent pas bénéficier pleinement de ces dépenses spéciales en raison d'une condition temporelle rattachée à la déductibilité des dépenses en question.

L'UEL préconise partant d'instituer un régime spécifique pour les expatriés. A cet effet elle propose :

- soit que les expatriés au Luxembourg bénéficient de la possibilité que l'employeur prenne en charge les dépenses supplémentaires contractées par l'employé du fait de son expatriation (double habitation, frais de scolarité des enfants, déplacements fréquents à l'étranger, ...) et que ces frais ne soient pas considérés comme des avantages en nature et donc pas soumis à l'impôt sur le revenu. Du fait de la prise en charge par l'employeur de ces frais, des comportements abusifs devraient être évités.
- soit d'introduire un abattement forfaitaire limité, le cas échéant, dans le temps en faveur des expatriés, ce qui aurait pour conséquence de réduire la charge fiscale des expatriés.

En introduisant un régime spécifique le législateur, en attirant des personnes hautement qualifiées au Luxembourg, contribuerait de manière significative à la création de richesse.

1.4. Le droit d'apport

Le régime d'imposition actuel

La loi du 29 décembre 1971 met en application la directive (69/335/CEE) du Conseil du 17 juillet 1969, concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux.

Suivant l'article 1^{er} du code fiscal luxembourgeois, volume 5, traitant des impôts indirects de l'Etat:

« Les rassemblements de capitaux dans les sociétés civiles et commerciales² donnent lieu à la perception, au profit de l'Etat, d'un impôt, dénommé droit d'apport, dont la structure et les modalités sont arrêtées par la présente loi et ses règlements d'exécution. »

➤ **En cas de constitution, d'augmentation de capital social ou d'augmentation de l'avoir social d'une société**, le droit d'apport à payer est de 1%. Cependant ce droit d'apport peut être évité dans deux hypothèses, à savoir :

1. en cas d'apport par une ou plusieurs sociétés de la totalité de leur patrimoine, ou d'une ou de plusieurs branches de leur activité (article 4-1 du code fiscal luxembourgeois volume 5 sur les impôts indirects de l'Etat, titre 2 : « Droits d'Enregistrement », chapitre XII) ;
2. en cas d'apport d'une participation d'au moins 65% dans le capital d'une autre société d'un Etat membre de l'UE (article 4-2 du code fiscal luxembourgeois volume 5 sur les impôts indirects de l'Etat, titre 2 : « Droits d'Enregistrement », chapitre XII).

Donc en cas de constitution d'une SE holding ou d'une SE filiale, les sociétés visées seront sous réserve de ce qui précède soumises à un droit d'apport.

² Sont imposés les apports faits à toutes les « sociétés civiles et commerciales » généralement quelconques sans qu'il y ait lieu de distinguer entre sociétés de capitaux d'une part et les sociétés de personnes d'autre part.

Signalons encore pour être complet qu'

- **en cas de transformation** d'une société en une société de type différent (nature juridique, objet), celle-ci n'est pas assujettie au droit d'apport. Toutefois le droit d'apport est perçu sur les apports de biens nouveaux effectués à l'occasion de la transformation, du changement de l'objet ou de la prorogation de durée. (article 4 susdit)
- **en cas de fusion**, il y a exonération du droit d'apport dans les conditions prévues par les articles 4-1 et 4-2 susdits.

Le régime préconisé par l'UEL

Le droit d'apport a été aboli dans de nombreux pays de l'Union européenne, c'est le cas notamment pour la France, l'Allemagne, la Grande-Bretagne, la Suède, le Danemark, la Finlande. D'autres pays ont opté pour une réduction de ce taux. A cet égard, on peut citer les Pays-Bas, qui après une réduction de 1 à 0,9% ont baissé le taux du droit d'apport à 0,55% au 1er janvier 2001.

L'UEL rappelle que cet impôt pénalise les groupes d'entreprises ayant leur siège social au Luxembourg et elle préconise, sans porter préjudice au régime applicable aux sociétés holding, d'instituer un régime non dissuasif pour l'établissement au Luxembourg de sociétés. Il est à noter que le déchet fiscal de cette mesure ne serait que marginal, alors que d'ores et déjà les grands groupes recourent à des montages financiers onéreux, leur permettant d'éviter cet impôt lors de la création de nouvelles sociétés ou d'augmentation de capital. Ainsi une réduction progressive du droit d'apport, voire son abolition, ne manquerait pas de renforcer l'attractivité du Grand-Duché pour de nouveaux investisseurs. Aussi l'UEL encourage-t-elle le législateur à s'engager dans cette voie.

1.5. Risque d'un gain de change sur le passif en cas de financement d'une participation en devise par un emprunt

Lorsqu'une société luxembourgeoise finance une participation importante en devise (par exemple la livre sterling) par un emprunt qui est libellé dans la même devise, il n'y a pas de risque de change d'un point de vue économique. Néanmoins, en cas de dévaluation de la devise par rapport à l'Euro, il y aura d'un point de vue fiscal, un gain de change imposable lors du remboursement de tout ou partie de l'emprunt. Puisque les revenus de la participation sont exonérés, il n'est pas possible de compenser le gain de change sur le passif par la perte de change sur l'actif.

La plupart des pays concurrents du Luxembourg en matière d'implantation de centres décisionnels, ont déjà adapté leur législation fiscale pour supprimer cette « hérésie » fiscale. L'UEL propose dès lors que le gain de change sur le remboursement d'un emprunt soit exonéré lorsque l'emprunt a servi à financer une participation importante ou un actif.

2. L'action au niveau communautaire

La SE étant jusqu'à présent ignorée des directives relatives aux « rassemblements de capitaux » (69/335/CEE), au « régime mère-filiale » (90/435/CEE) et aux « fusions, scission, apports et échanges d'actions » (90/434/CEE) celles-ci devront être modifiées afin d'ajouter la SE à la liste des sociétés qu'elles visent. Une fois ces directives adaptées, les transpositions dans le droit national devront encore se faire. Les conventions tendant à

éviter les doubles impositions devront également inclure dans leurs articles la société européenne comme société de capitaux.

Comme le décollage de la SE en tant que forme de société dépend nécessairement d'un environnement fiscal coordonné, il importe dès lors que les directives soient intégralement transposées dans tous les Etats membres.

En dehors de cet effort d'adaptation de directives existantes le législateur communautaire devrait se consacrer à éliminer certains désavantages que connaissent les entreprises qui sont implantées dans plusieurs pays dont certaines relations qu'elles entretiennent avec des établissements stables situés dans un autre Etat membre. Ceci est d'autant plus judicieux dans la mesure où la constitution de la SE par voie de fusion aura comme conséquence que les sociétés participantes perdront en général leur statut d'entité juridique distincte. Il s'agit en l'occurrence du traitement fiscal des plus-values en cas de cession de succursales et de certains frais dans le chef des succursales d'entreprises.

2.1. Plus-values en cas de cession de succursales

En cas de vente d'une succursale se trouvant dans un pays autre que celui où est établie la société mère, la plus-value réalisée sur cette cession sera imposée dans l'Etat de résidence de la succursale.

L'UEL est d'avis que les plus-values réalisées sur cessions de succursales devraient être exemptes de la retenue d'impôt à la source par analogie au traitement fiscal des plus-values réalisées par une société ayant une personnalité juridique distincte de la société mère.

2.2. Déductibilité des frais

L'UEL promeut la possibilité de pouvoir facturer certains frais occasionnés par la direction centrale de l'entreprise aux différents établissements stables situés dans un Etat membre de l'UE autre que celui du lieu du siège social.

Dans la mesure où ces frais reflètent le coût de prestations réellement effectuées par la direction centrale, ceux-ci devraient être acceptés par le fisc de l'Etat du siège du débiteur des prestations.

2.3. Problèmes des pertes fiscales

En cas de constitution, par voie de fusion d'une société, les pertes fiscales existant dans le chef de la société absorbée ne peuvent pas être apportées à la société absorbante. Le législateur européen devrait remédier à cet état des choses qui constitue un élément de dissuasion non négligeable.

Conclusion

La SE constitue un moyen d'attirer sur le territoire luxembourgeois de nouvelles entreprises à forte valeur ajoutée. La volonté qui a été manifestée par les responsables du monde politique et de l'économie de se prévaloir de cette nouvelle réglementation s'inscrit donc

parfaitement dans le déploiement de la politique de diversification économique, contribuant ainsi à stimuler la croissance économique à terme.

Afin de réussir cette gageure, il importe que le Luxembourg prenne non seulement connaissance des différentes mesures entamées au niveau communautaire, mais se positionne également vis-à-vis de celles-ci et ce au regard également des solutions mises en œuvre dans les autres pays de l'UE dans le but de créer un environnement fiscal et réglementaire attrayant.

L'UEL voudrait finalement attirer l'attention sur le fait que les appréciations quant à l'attractivité du site économique luxembourgeois pour l'implantation des SE comme pour toute autre forme de société portera sur l'ensemble de leur environnement réglementaire. Il est à noter dans ce contexte que d'autres sujets traités actuellement au niveau de la Commission Européenne méritent également une attention particulière en ce moment précis. Il s'agit en l'occurrence de

- l'instauration des normes comptables internationales (International Accounting Standards) dont la directive a définitivement été adoptée par le Conseil de Ministres de l'Union européenne et dont le règlement entrera en vigueur dès le 1^{er} janvier 2005 et au plus tard le 1^{er} juillet 2007,
- la consultation relative à l'introduction d'une assiette consolidée de l'impôt sur les sociétés couvrant l'ensemble de leurs activités dans l'Union européenne ;
- la consultation concernant la mise en œuvre d'un projet pilote relatif à l'imposition des PME de l'UE selon les règles de l'Etat de résidence de la société mère et
- le problème de la TVA pour les activités transfrontalières.

Ces thèmes méritent la même attention du législateur national que celle qu'il entend porter à l'environnement fiscal de la SE, alors qu'ils contribuent également à déterminer le choix de l'implantation de nouvelles sociétés.

UEL, le 24 juin 2003