

2.1.3

Nouvelle convention fiscale franco-luxembourgeoise : analyse du point de vue de la France

**Bruno GIBERT**

Avocat associé, CMS Francis Lefebvre Avocats
Président du groupement français de l'IFA

**Frédéric ROUX**

Avocat, CMS Francis Lefebvre Avocats

La nouvelle convention fiscale entre la France et le Luxembourg sera, sauf surprise, applicable aux revenus perçus à compter du 1^{er} janvier 2020. Cette convention, la première intégralement renégociée par la France de l'ère BEPS, est présentée comme un modèle pour les

conventions que la France serait amenée à renégocier. Ses stipulations ont donc un intérêt qui va au-delà de sa seule application. La présente étude en analyse les principales et insistera sur les changements les plus significatifs.

Introduction

1. La France et le Luxembourg ont signé une nouvelle convention fiscale en matière d'imposition des revenus et de la fortune, à l'occasion du séminaire gouvernemental franco-luxembourgeois organisé à Paris le 20 mars 2018. Cette nouvelle convention fiscale est destinée à remplacer la précédente en date du 1^{er} avril 1958. En effet, cette convention de 1958, pouvait apparaître dépassée sur bien des aspects, puisqu'elle était antérieure aux modèles standards de l'OCDE, malgré les quatre révisions dont elle avait fait l'objet depuis sa signature, dont trois en moins de dix ans¹.

Il est évident à la lecture du texte de la nouvelle convention que celle-ci reprend un nombre important de stipulations des derniers modèles de convention OCDE de 2014 et de 2017, généralement issues des travaux BEPS², tout en intégrant certaines

spécificités de la politique conventionnelle suivie par la France (par exemple sur la définition de dividendes ou l'imposition des plus-values sur titres de sociétés à prépondérance immobilière).

2. On a pu s'interroger sur l'intérêt d'une refonte de la convention de 1958, alors que la France et le Luxembourg ont tous deux signé le 7 juin 2017 la Convention multilatérale de l'OCDE pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir le BEPS (« l'Instrument multilatéral »), adoptée le 24 novembre 2016, dès lors que la convention de 1958 faisait partie des conventions fiscales visées au titre de celles impactées par ses nouvelles stipulations. Ainsi, l'Instrument multilatéral aurait été, en principe, effectivement applicable aux stipulations de la convention de 1958 dès le 1^{er} janvier 2020, après l'achèvement des procédures d'échange des instruments de ratification entre les deux États.

Mais le Luxembourg a émis un nombre important de réserves sur les stipulations facultatives de l'Instrument multilatéral, qui diffèrent généralement des positions notifiées par la France, notamment sur les dispositifs anti-abus. La France a donc cherché, par le biais de cette nouvelle convention, à imposer au Luxembourg, dans un cadre bilatéral, la plupart de ses positions afférentes à l'Instrument multilatéral. On relèvera donc que les stipulations de la nouvelle convention

1 Avenant du 8 septembre 1970, l'avenant du 24 novembre 2006, l'avenant du 3 juin 2009 et l'avenant du 5 septembre 2014.

2 Les travaux anti-BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) sont issus d'un projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices lancé par le G 20 en 2012 et ont abouti à 15 actions adoptées lors du sommet d'Antalya en novembre 2015.

afférentes aux sujets traités dans l'Instrument multilatéral reprennent la plupart des choix de la France et vont bien au-delà des positions minimalistes du Luxembourg.

Du point de vue de la France, la nouvelle convention a donc clairement pour objectif de lutter contre l'optimisation fiscale via le Luxembourg et suit les deux axes principaux suivants : prévenir les doubles exonérations et renforcer, en particulier pour l'administration fiscale française, les moyens de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales.

Les travaux parlementaires français sur la loi autorisant la ratification de la nouvelle convention³ reconnaissent clairement que le Luxembourg a cédé sur de nombreux points aux demandes de la France, à l'exception du régime des retraités luxembourgeois vivant en France⁴, et que cette révision de la convention fiscale s'est faite « *plutôt en faveur de la France* »⁵.

3. La nouvelle convention fiscale a été ratifiée le 14 février 2019 en France et le 2 juillet 2019 au Luxembourg. Elle devrait donc entrer en vigueur avant la fin de l'année 2019. Dès lors, sauf surprise, **la plupart de ces nouvelles stipulations seront applicables aux revenus perçus à compter du 1^{er} janvier 2020**. Toutefois, avant même d'être appliquée, la nouvelle convention fiscale a déjà été modifiée par un avenant signé le 10 octobre 2019 (V. § 27).

Il s'agit de la première convention fiscale intégralement renégociée par la France de l'ère BEPS. Dans la mesure où les travaux parlementaires français présentent la nouvelle convention comme un modèle pour les conventions que la France serait amenée à renégocier à présent avec ses partenaires économiques⁶, ses stipulations ont donc un intérêt qui va au-delà de l'application de cette convention. La présente étude en analysera les principales stipulations et insistera sur les changements les plus significatifs.

I. La résidence fiscale

A. Nouvelle condition d'assujettissement à l'impôt dans un État de résidence

4. L'article 4 de la nouvelle convention reprend la définition classique du modèle OCDE quant à la notion de résidence au sens de la convention fiscale, qui comprend ainsi une personne qui est traitée comme résident par l'un des États contractants et est assujettie dans cet État à l'impôt sur une base mondiale. Les personnes imposables dans un État uniquement au titre des revenus ou de la fortune qui y sont situés sont donc exclues.

La condition d'un assujettissement à l'impôt ne figurerait

pas dans le texte de la convention de 1958 au titre des critères requis pour caractériser un résident de France ou du Luxembourg. Cette lacune permettait de défendre qu'une entité ou une personne non imposable au Luxembourg pouvait, malgré cette circonstance, prétendre au bénéfice de cette convention fiscale tant que son domicile luxembourgeois, au sens du droit civil ou commercial, n'était pas remis en cause. La définition de la résidence, telle que prévue par la nouvelle convention, ne permettra plus de soutenir une telle position.

La nouvelle formulation autorise la France à appliquer les solutions retenues par la jurisprudence administrative quant à la condition d'assujettissement effectif à l'impôt dans l'État de résidence pour prétendre à la qualité de résident au sens d'une convention fiscale⁷. Les **entités non imposables, ou figurant dans le champ de l'impôt mais exonérées** en vertu d'un régime spécifique, notamment les fonds d'investissements, ne pourront plus être traitées comme des résidents au sens de la nouvelle convention.

Toutefois, le paragraphe 2 du protocole, prévoit, sous certaines conditions, la possibilité de faire bénéficier les **organismes de placements collectifs** des avantages prévus par la nouvelle convention en matière de dividendes et d'intérêts (notamment le taux réduit de retenue à la source sur les dividendes), même si la qualité de résident fiscal conventionnel est déniée à ces organismes.

1^{re} La résidence des personnes morales

5. La convention de 1958 prévoyait une règle de conflit de résidence très particulière pour les personnes morales. Lorsque le siège réel d'une personne morale, le « *centre effectif de direction* » selon la dénomination employée par le texte de la convention⁸, ne se situait ni en France ni au Luxembourg, mais dans un État tiers, la personne morale considérée devait être, malgré tout, considérée comme ayant son domicile dans l'État de son siège social. La rédaction de cette clause permettait à une société, dont le siège statutaire était enregistré au Luxembourg, mais dont la direction effective se situait hors du Luxembourg et hors de France, de prétendre au statut de résident fiscal luxembourgeois et ainsi de bénéficier des stipulations conventionnelles en cette qualité. L'article 4, § 3 de la nouvelle convention ne reprend pas cette stipulation particulière et la remplace par la **règle de conflit classique issue du modèle OCDE**. Selon cette dernière, qui figure généralement dans les conventions fiscales signées aujourd'hui par la France, en cas de concurrence de caractérisation du siège d'une personne morale, ce conflit est réglé en recherchant si le siège de direction effective se situe dans l'un ou l'autre des deux États cocontractants. En application de cette règle, dans l'hypothèse d'une personne morale ne disposant d'un siège de direction effective ni en France ni au Luxembourg mais dans un État tiers, cette personne morale devrait ainsi se voir refuser la qualité de résident conventionnel au regard de la nouvelle convention.

3 L. n° 2019-130, 25 févr. 2019 : JO 26 févr. 2019, texte n° 4.

4 Cf. Sénat, Comm. fin., rapport n° 190, 12 déc. 2018, p. 34.

5 AN, Comm. fin., avis n° 1670, 11 févr. 2019, p. 20.

6 Par ex. Sénat, Comm. fin., rapport n° 190, 12 déc. 2018, p. 21 – AN, Comm. aff. ét., rapport n° 1663, 6 févr. 2019, p. 22.

7 Cf. not. CE, 9 nov. 2015, n° 370054, Landesärztekammer Hessen Versorgungswerk (LHV) : RJF 2/16 n° 178. - CE, 20 mai 2016, n° 389994, Sté Easyvista.

8 Art. 2, § 4 de la convention de 1958.

2° La résidence des personnes physiques

6. De même que pour les personnes morales, la règle de conflit prévue par la nouvelle convention en matière de résidence des personnes physiques s'aligne sur **celle du modèle OCDE**. L'ancienne convention de 1958 ne retenait à cet effet que deux critères : celui du foyer permanent d'habitation et, à titre subsidiaire, celui du lieu du séjour principal de la personne considérée. La règle de conflit de résidence pour les personnes physiques prévue à l'article 4, § 2 de la nouvelle convention repose, à présent, sur les quatre critères successifs classiques du modèle OCDE, ajoutant ainsi le critère du centre des intérêts vitaux et celui de la nationalité qui ne figuraient pas dans la convention de 1958.

3° Les sociétés de personnes

7. N'étant pas personnellement soumises à une imposition, les sociétés de personnes luxembourgeoises soumises à un régime fiscal de transparence ne peuvent prétendre à la qualité de résident du Luxembourg en application de la nouvelle convention. Comme indiqué plus haut, la convention de 1958 ne faisait pas référence à un critère d'imposition, dès lors un doute était permis quant à la possibilité pour une société de personnes luxembourgeoise de se prévaloir de la qualité de résident pour l'application de cette dernière.

Toutefois, la nouvelle convention prévoit un **traitement fiscal par transparence en présence d'une société de personnes luxembourgeoise**. En effet, l'article 1^{er}, § 2 précise que les stipulations conventionnelles s'appliquent aux revenus transitant via une société de personnes dont les associés sont des résidents français ou luxembourgeois, à condition que le droit interne de l'État de résidence de l'associé et celui l'État d'implantation de la société appliquent eux-mêmes un traitement fiscal par transparence dans cette configuration. Sous cette condition, la société de personnes peut également être établie dans un État tiers, si ce dernier est lié à l'État de résidence de l'associé par une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales. La qualification fiscale appliquée par le droit interne à la situation de la société de personnes influera donc sur la possibilité de se prévaloir ou non du traitement conventionnel.

Ainsi, à titre d'exemple, si un revenu de source luxembourgeoise est perçu via un *partnership* situé d'un État tiers lié à la France par une convention administrative et détenu par un résident français, et si le Luxembourg et l'État tiers en question admettent un traitement fiscal par transparence au revenu perçu via le *partnership*, mais que la France considère le *partnership* étranger comme opaque en vertu des critères développés par la jurisprudence du Conseil d'État quant à l'appréhension en France des sociétés de personnes étrangères fondée sur leurs caractéristiques juridiques⁹, alors l'associé ne pourra se prévaloir en France du traitement conventionnel sur ce revenu.

8. En revanche, les **sociétés de personnes françaises, n'étant pas soumises à un régime de transparence mais de translucidité fiscale en vertu de l'article 8 du CGI, ne sont pas concernées par cette stipulation**. L'article 4, § 4 prévoit expressément, à cet effet, que les sociétés de personnes françaises translucides sont traitées comme des résidents pour la nouvelle convention. Cette stipulation conventionnelle est ainsi conforme à l'approche française quant au traitement des sociétés de personnes françaises pour l'application des conventions fiscales.

Le paragraphe 5 du protocole comporte une **stipulation spécifique dans le cas de figure d'un associé luxembourgeois d'une société de personnes française**, afin d'éviter qu'une dissymétrie d'appréhension du traitement fiscal entre les deux États ne crée une situation de double imposition. Cet associé a ainsi droit à un crédit d'impôt égal au montant de l'impôt français payé au titre de sa participation dans cette dernière, qu'il peut imputer sur l'impôt luxembourgeois.

La rédaction de ces textes ne ferait pas obstacle à la possibilité d'appliquer aux sociétés de personnes françaises le traitement par transparence de l'article 1^{er}, § 2, si le vieux projet de mettre fin au régime de translucidité fiscale des sociétés de personnes en droit interne français devait finalement aboutir¹⁰.

II. L'imposition des bénéfices des sociétés

A. Une nouvelle définition de l'établissement stable

9. La France a pu imposer au Luxembourg ses vues quant à la redéfinition des contours de l'établissement stable. L'article 5 de la nouvelle convention, qui traite des conditions de caractérisation d'un établissement stable, correspond exactement aux options initiales la France pré-notifiées sur les articles 12 à 15 de l'Instrument multilatéral, alors que, de son côté, le Luxembourg avait émis des réserves sur presque tout le contenu de ces articles à l'exception de la clause anti-fragmentation en matière d'activité préparatoire ou auxiliaire¹¹.

10. La **définition de l'agent dépendant** qui figure dans la nouvelle convention correspond ainsi à celle proposée à l'article 12 de l'Instrument multilatéral. Constitue donc, à présent, un établissement stable dans les relations entre les deux États, un agent agissant pour le compte d'une entreprise de l'autre État et qui, ce faisant, conclut habituellement des contrats ou joue habituellement le rôle principal conduisant à la conclusion de contrats, acceptés de façon routinière par l'entreprise de l'autre

9 Cf. Grille d'analyse développée par le Conseil d'État dans l'arrêt CE, plén. fisc., 24 nov. 2014, n° 363556, Sté Artémis SA : Dr. fisc. 2015, n° 3, comm. 57, concl. E. Cortot-Boucher, note P. Derouin ; RJF 2/2015 n° 102, chron. N. Labrunerie, p. 83.

10 La dernière tentative remonte à la loi de finances rectificative pour 2010.

11 Le Luxembourg a retenu l'option B de l'article 13 de l'Instrument multilatéral.

État sans modification substantielle, lorsque ces contrats sont conclus au nom de cette entreprise ou pour le transfert de la propriété ou pour accorder le droit d'utiliser un bien détenu par cette entreprise ou dont l'entreprise a le droit d'usage ou encore pour la fourniture de services par cette entreprise. Ces **nouveaux critères élargissent donc considérablement le champ de la définition de l'agent dépendant**, qui n'est plus circonscrit aux seules personnes habilitées à signer des contrats au nom et pour le compte de l'entreprise étrangère. Cette définition devrait permettre de qualifier un établissement stable dans l'hypothèse de schémas de commissionnaires ainsi que dans la situation de filiales prestataires de services marketing.

11. Conformément aux choix de la France et du Luxembourg, la faculté de se prévaloir de l'exception au titre des **activités préparatoires ou auxiliaires** n'est pas restreinte par la nouvelle convention¹².

Toutefois, une **règle anti-fragmentation** identique à celle figurant à l'article 13 de l'Instrument multilatéral, a été introduite pour limiter l'utilisation abusive de l'exception des activités préparatoires ou auxiliaires. Selon cette règle, l'exception au titre des activités préparatoires ou auxiliaires doit être appréciée à l'aune de l'ensemble des activités de la même entreprise ou d'une entreprise étroitement liée, réalisées dans la même installation ou dans une autre installation située dans le même État. Ainsi, le caractère préparatoire ou auxiliaire pourra être dénié si les activités exercées par l'entreprise étrangère, seule ou avec des entreprises étroitement liées, dans cette ou ces installations, constituent entre elles des fonctions complémentaires qui font partie d'un ensemble cohérent d'activités. L'article 5, § 6 de la nouvelle convention introduit également la définition de la dépendance, figurant à l'article 15 de l'Instrument multilatéral, qui repose sur la notion d'« *entreprises étroitement liées* », permettant une appréciation transversale de la dépendance économique ou juridique ou regard de l'ensemble des entités d'un même groupe auquel appartient l'entreprise étrangère concernée.

On notera toutefois que l'article 5, § 3.1 de la nouvelle convention reprend la règle anti-abus relative au fractionnement des **contrats de construction ou de montage**, figurant à l'article 14 de l'Instrument multilatéral. Selon cette règle anti-fractionnement, afin d'apprécier si la période de 12 mois, nécessaire pour qualifier un établissement stable au titre d'un chantier, a été atteinte, la durée de plusieurs contrats afférents à une même opération, ayant fait l'objet d'une scission artificielle, est globalisée. La France avait initialement opté pour l'application de cette disposition dans ses choix pré-notifiés sur l'Instrument multilatéral. Elle y avait finalement renoncé à l'issue de débats devant le Parlement et avait formulé une réserve, à l'instar de la position retenue par le Luxembourg. Dans la mesure où ce changement de position est intervenu après la signature de la nouvelle convention,

la clause anti-fractionnement en matière de chantier figure donc dans le texte de cette dernière, qui va, ainsi, au-delà des choix de la France dans l'Instrument multilatéral.

B. Détermination et modalité d'imposition des bénéfices de l'établissement stable

12. L'article 7 de la nouvelle convention reprend l'approche autorisée de l'OCDE sur l'attribution des bénéfices aux établissements stables.

L'articulation des articles 7 et 22 de la nouvelle convention conduit à un **traitement fiscal du résultat des établissements stables luxembourgeois de sociétés française moins favorable que celui résultant du droit interne français**. En application de ces articles, si le Luxembourg est en droit d'imposer le résultat de l'établissement stable luxembourgeois d'une société française, celui-ci est également imposable en France avec un crédit d'impôt égal à l'impôt luxembourgeois. Le principe de territorialité de l'IS français résultant de l'application de l'article 209 du CGI aurait conduit, en présence d'une entreprise exploitée hors de France, à une absence d'imposition à l'IS. Le principe de subsidiarité des conventions fiscales ne devrait pas constituer un obstacle à l'imposition en France du résultat de l'établissement stable luxembourgeois d'une société française en raison du renvoi prévu par l'article 209 du CGI lui-même¹³. Se faisant, la nouvelle convention instaure, en pratique, un dispositif comparable à celui prévu dans les conventions fiscales conclues par la France avec les États de la péninsule arabique, à propos de sociétés françaises détenant un établissement stable situé dans l'État étranger, dont il résulte un effet très proche de celui produit en cas d'application de l'article 209 B du CGI. L'avenant du 10 octobre 2019, même s'il modifie le contenu de l'article 22 sur l'élimination de la double imposition, ne devrait pas modifier cette solution, comme développé plus loin.

13. Le § 5 de l'article 10 de la nouvelle convention, qui est assez classique, **interdit au Luxembourg d'appliquer une branch tax sur le résultat des établissements stables de sociétés françaises situés sur son sol**. Toutefois l'inverse n'est pas vrai, puisque le § 7 du protocole autorise la France à faire application de l'article 115 quinquies du CGI, en vertu duquel les profits imposables à l'IS en France afférents à l'établissement stable français d'une société étrangère peuvent être soumis une retenue à la source. Néanmoins, on peut s'interroger sur l'impact réel de cette faculté, sachant que l'article 115 quinquies du CGI est, en principe, neutralisé en présence d'une société mère établie dans un État de l'UE, ce qui inclut bien entendu le Luxembourg.

14. Il convient de noter enfin que le § 1 du protocole prévoit une disposition particulière s'agissant des **établissements stables de fonds d'investissement immobilier**, lorsque l'établissement stable en question bénéficie dans son État d'implantation des exonérations prévues par le droit interne

¹² La France et le Luxembourg ont tous deux refusé l'option A de l'article 13 de l'Instrument multilatéral qui aurait consisté à ajouter un paragraphe précisant que le caractère préparatoire ou auxiliaire des activités figurant dans la liste mentionnée à l'article traitant de ces exceptions ne se présume pas et qu'il doit être démontré au regard des autres activités de l'entreprise.

¹³ Cf. not. CE, 5 avr. 2006, n° 281098, Sté Midex : RJF 7/06 n° 909 ; BDCF 7/06 n° 92, concl. L. Vallée.

applicables aux véhicules d'investissement immobiliers (notamment le régime fiscal des SIIC en France). Dans ce cas de figure, l'État d'implantation de l'établissement stable dispose du droit d'imposer les revenus immobiliers réputés distribués par ce dernier à son siège étranger. Il s'agit d'une nouvelle illustration de la volonté claire de lutter contre toute évasion fiscale entre la France et le Luxembourg via la nouvelle convention.

II. Imposition des revenus passifs (dividendes, intérêts et redevances)

A. Une référence au bénéficiaire effectif

15. À titre liminaire, il convient de remarquer qu'une référence au « bénéficiaire effectif » du revenu a été introduite dans chacun des articles 10, 11, et 12 de la nouvelle convention, qui traitent respectivement des dividendes, intérêts et redevances. L'objet est évidemment de pouvoir refuser l'octroi de l'avantage induit par la clause conventionnelle correspondante, lorsque la personne percevant le revenu n'est que le bénéficiaire apparent de celui-ci. **On doit tempérer l'effet produit par l'ajout de cette référence**, qui ne figurait pas dans le texte de la convention de 1958. En premier lieu, la nouvelle convention comporte déjà à son article 4, § 5 une clause générale permettant de refuser les avantages conventionnels à une personne qualifiée de « bénéficiaire apparent », c'est-à-dire agissant au profit d'une personne qui serait le bénéficiaire effectif et ne pourrait être regardée elle-même comme résident conventionnel de France ou du Luxembourg. D'autre part, la jurisprudence du Conseil d'État admet déjà la possibilité de refuser l'application d'une clause conventionnelle en matière de retenue à la source, lorsque la personne qui le reçoit n'est pas le bénéficiaire réel du revenu en question, même en l'absence de stipulation conventionnelle explicite faisant référence à la notion de bénéficiaire effectif, considérant que cette condition est implicite¹⁴.

B. Traitement des dividendes

16. En matière de dividendes, la nouvelle convention permet désormais, d'un point de vue français, une **appréhension large de la notion de dividendes soumis à la retenue à la source conventionnelle**, puisque la définition du texte englobe également « les revenus soumis au régime des distributions par la législation fiscale » des États parties. Cette formulation permettra donc à la France d'appliquer la retenue à la source sur des revenus réputés distribués, tels que les distributions occultes, entrant dans le champ des articles 109 et 111 du CGI, ce que la rédaction de la convention de 1958 ne permettait pas.

Le taux maximum de retenue à la source prévu par la nouvelle convention est de 15%.

Toutefois, une exonération de retenue à la source est prévue lorsque le bénéficiaire de la distribution détient au moins 5% du capital de la société qui paie les dividendes, pendant une période de 365 jours incluant le jour du paiement des dividendes. Cette condition est donc plus souple que celle prévue par l'article 119 ter du CGI, sur les distributions entre sociétés d'un même groupe au sein de l'UE, qui requiert de détenir pendant au moins deux ans une participation supérieure à 10%, ou 5% mais à condition pour la société mère de pouvoir prouver l'impossibilité d'imputer la retenue à la source sur son impôt sur les bénéfices. Ce dispositif d'exonération des distributions est présenté comme conforme à la directive du 30 novembre 2011 applicable aux distributions entre filiales et sociétés mères.

17. Le paragraphe 6 de l'article 10 de la nouvelle convention vise clairement, sans pourtant nommer explicitement les entités concernées, les **revenus distribués par des OPCI français constitués sous forme de SPPICAV ou des SIIC**, bien que ces entités ne devraient pas pouvoir, en principe, se prévaloir de la qualité de résident conventionnel¹⁵. En effet, sont visés les dividendes payés à partir de revenus ou gains tirés de biens immobiliers par un véhicule d'investissement qui distribue la plus grande partie de ces revenus annuellement et dont les revenus ou gains immobiliers sont exonérés. De telles distributions peuvent bénéficier du taux conventionnel de retenue à la source limité à 15% à la condition que le bénéficiaire détienne moins de 10% du capital du véhicule d'investissement immobilier distributeur. Si la participation excède ce seuil de 10%, la distribution sera soumise au taux de retenue à la source prévu par le droit interne de l'État de résidence du véhicule d'investissement (soit actuellement, en présence d'un véhicule français, 30% lorsque le bénéficiaire est une personne morale et 12,8% lorsqu'il s'agit d'une personne physique). L'article 22, § 2, b de la nouvelle convention doit normalement permettre à un investisseur résident du Luxembourg, percevant de telles distributions, d'imputer sur son impôt luxembourgeois un crédit d'impôt correspondant à la retenue à la source française, quelle que soit la configuration. Ce dispositif institué à l'article 10, § 6 de la nouvelle convention a clairement pour objet de contrer un schéma d'investissement dans un fonds immobilier français, sous forme de SPPICAV, via une société luxembourgeoise, pouvant bénéficier d'une fiscalité légère sur le fondement de la convention de 1958. Dans ce type de structure d'investissement immobilier assez classique, les dividendes versés par la SPPICAV française, exonérée d'impôt sur ses bénéfices, au profit d'un investisseur luxembourgeois pouvaient bénéficier des taux de retenue à la source conventionnelles de 15% ou même 5% en France, compte tenu du fait que les sociétés d'investissement étaient considérées comme des résidents au sens de la convention de 1958. Sachant que l'investisseur luxembourgeois était susceptible de bénéficier au Luxembourg d'une exonération d'impôt en vertu du régime de participation

14 CE, 13 oct. 1999, n° 191191, Min. c/ SA Diebold Courtage : RJF 1999 n° 1492.

15 La question peut néanmoins se poser à propos des SIIC partiellement exonérées d'IS.

exemption sur cette distribution, l'investissement sous-jacent supportait donc, au final, une imposition totale égale au taux de la retenue à la source française.

C. Traitement des intérêts

18. S'agissant des intérêts, par opposition au modèle de convention OCDE et à la convention 1958, **aucune retenue à la source conventionnelle n'est désormais prévue**, ce qui signifie une imposition exclusive dans l'État de résidence du bénéficiaire du revenu d'intérêt. Cette disposition ne modifiera pas le traitement en France, où le droit interne prévoit déjà l'absence de retenue à la source sur les produits d'intérêts payés à des créanciers étrangers.

D. Traitement des redevances

19. S'agissant des redevances, la nouvelle convention instaure à l'article 12 une **retenue à la source de 5% dans l'État de la source**. Cette retenue à la source est une nouveauté par rapport à la convention de 1958, qui prévoyait une imposition exclusive dans l'État de résidence du bénéficiaire. L'objectif exprimé par les travaux parlementaires quant à cette modification repose sur l'idée que la faible imposition des redevances au Luxembourg aurait pu conduire par le passé à une évasion fiscale importante, qu'il s'agirait maintenant de restreindre¹⁶. Il semble que, lors des négociations, la France ait demandé un taux de 10% pour cette retenue à la source sur les redevances et a finalement obtenu du Luxembourg un taux à 5%.

On remarque que le § 6 de l'article 12 prévoit la possibilité d'appliquer la retenue à la source dans une **situation dite triangulaire**, lorsque le débiteur de la redevance est un établissement stable français ou luxembourgeois d'une entreprise pouvant être située dans un État tiers.

E. Refus des avantages conventionnels en cas de redressement prix de transfert

20. Il convient d'indiquer que, dans l'hypothèse d'une rectification sur la base des prix de transfert, les stipulations de la nouvelle convention, prévues aux articles 11, § 4 pour les intérêts et 12, § 5 pour les redevances, permettent d'écarter le bénéfice conventionnel, respectivement de l'exonération et du taux réduits, à des revenus d'intérêts ou de redevances qui ne respecteraient pas des conditions de marché. Cette limitation, qui reprend une disposition issue du modèle de convention OCDE de 2017, permettrait ainsi, par exemple, à la France d'appliquer le taux de retenue à la source prévu par son droit interne, soit 33, 1/3 % actuellement, à une redevance payée par une entreprise française à une entreprise liée luxembourgeoise, qui serait considérée comme excessive dans son montant par rapport à une rémunération de marché.

IV. Imposition des revenus d'activité salariée

21. L'article traitant des **rémunérations salariées** de la convention de 1958 diffère de la clause classique du modèle OCDE sur ces revenus, en particulier sur les modalités de mise en œuvre de la clause de mission temporaire. En effet, la convention de 1958 prévoyait que le salarié d'une entreprise d'un des deux États était imposable dans cet État sauf s'il exerçait une activité dans l'autre État qui l'amène à effectuer un séjour supérieur à 183 jours dans cet autre État. Dès lors, un résident de France employé d'une société luxembourgeoise et travaillant à ce titre en France mais pour une période inférieure à 183 jours n'était pas imposable sur la fraction de son salaire afférente à son activité française, à condition que ce dernier reste payé et supporté par son employeur luxembourgeois¹⁷.

L'article 14 de la nouvelle convention remplace cette stipulation par une rédaction conforme au modèle OCDE de 2014. Ainsi, en principe, les salaires perçus par un résident de France au titre d'une activité exercée en France mais dans le cadre d'un emploi salarié auprès d'une entreprise luxembourgeoise sont désormais imposables en France, même si la durée de l'activité exercée dans l'État de résidence, c'est-à-dire en France dans cette hypothèse, n'excède pas 183 jours.

22. Toutefois, la **nouvelle convention maintient une spécificité quant à la clause de mission temporaire**, puisque le § 3 du protocole précise qu'un travailleur exerçant provisoirement son activité dans un autre État reste imposable dans l'État de son employeur si cette période totale d'activité en dehors de ce dernier n'excède pas 29 jours au cours d'une année fiscale. Les travaux parlementaires français présentent cette dérogation au modèle standard OCDE comme ayant été demandée par le Luxembourg pour simplifier le traitement administratif et fiscal de travailleurs frontaliers résidents de France et travaillant au Luxembourg. Cette exception doit leur permettre de télé-travailler depuis la France moins de 30 jours par an, sans que cette circonstance n'entraîne pour eux une modification de leurs obligations fiscales en France et au Luxembourg. En effet, le Luxembourg a introduit des clauses similaires dans les conventions renégociées avec ses voisins, comme celle conclue en 2010 avec la Belgique dans laquelle la durée est de 19 jours et celle conclue avec l'Allemagne en 2015 dans laquelle la durée est de 24 jours. Mais cette règle des trente jours vise également les périodes d'activité exercées dans un État tiers. Or, de façon générale, l'activité exercée par un salarié en dehors de son État de résidence ou de l'État de son employeur n'est pas couverte par la convention bilatérale conclue entre ces deux États, selon la jurisprudence française lorsque l'État de résidence est la France, permettant ainsi à cette dernière d'imposer pleinement la rémunération y afférente¹⁸. La nouvelle convention permettra de déroger à cette

17 Sens de la RM Eckert, n° 124412 : JOAN 24 avr. 2012, p. 3171, non reprise au BOFiP.

18 Cf. CE, 19 juin 2013, n° 342340, Léandri.

16 Cf. Sénat, Comm. fin., rapport n° 190, 12 déc. 2018, p. 35.

solution pour un salarié luxembourgeois résident de France, tant que la durée du temps d'activité réalisée en France et/ou dans un État tiers n'excède pas au total 29 jours.

Toutefois cette clause ne répondait initialement qu'à un seul souci de simplification administrative, puisqu'en vertu de la version originale de la convention, la France restait en droit d'imposer *in fine* ces rémunérations salariales, mêmes imposables au Luxembourg, du fait de la clause d'élimination des doubles impositions figurant à l'article 22 de la nouvelle convention. Toutefois, **le 10 octobre 2019 la France et le Luxembourg ont conclu un avenant à la nouvelle convention**, qui revient à la situation antérieure quant au traitement des revenus d'emploi entre la France et le Luxembourg, puisque la France accepte d'accorder un crédit d'impôt égal à l'impôt français pour des revenus salariés de source luxembourgeoise imposables au Luxembourg, perçus par un résident de France.

V. Gains en capital

A. Plus-values immobilières

23. En matière de plus-values immobilières, les stipulations telles que résultant des avenants du 24 novembre 2006 puis du 5 septembre 2014, permettant l'imposition des plus-values sur la cession d'immeubles puis sur la cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière, restent dans l'ensemble inchangées. La France conserve ainsi le droit d'imposer les gains résultant de la cession d'un bien immobilier français ou de titres dans une société à prépondérance immobilière en France, c'est-à-dire dont plus de 50% provient directement ou indirectement de biens immobiliers français qui ne sont pas affectés à la propre activité de la société en cause.

Toutefois, **pour l'appréciation de la prépondérance immobilière, un délai de 365 jours précédant la cession, a été ajouté, au cours duquel le ratio de 50% peut être dépassé à tout moment**. Le but de cette mention d'une période de référence de 365 jours est de permettre de faire échec à des montages ayant pour objet de faire baisser le seuil de prépondérance immobilière juste avant la cession. Cet ajout est conforme au modèle de convention OCDE pour 2017.

B. Plus-values de cession de titres de participation

24. Les gains de cession des titres de sociétés qui ne sont pas considérées comme à prépondérance immobilière sont imposables uniquement dans l'État de résidence du cédant.

25. Par exception, le § 5 de l'article 13 permet à un État contractant d'imposer les gains résultant de la cession de titres d'une **participation substantielle** dans une société de cet État par une personne physique – excluant ainsi les personnes morales – résidente de l'autre État. Une participation

substantielle est qualifiée lorsqu'une personne possède seule ou avec des personnes apparentées, directement ou indirectement, 25 % ou plus des droits à bénéfices d'une société. Néanmoins, l'État de la société dont les titres sont cédés ne peut imposer ce gain que si le cédant en a été résident à un moment quelconque au cours des cinq années précédant la cession. Cette mesure vise donc uniquement à prévenir les cas où le transfert de résidence est suivi, à court ou moyen terme, de la vente de titres d'une société de l'État de départ.

On peut **s'interroger sur les modalités d'articulation de cette stipulation conventionnelle avec, d'une part, l'exit tax prévue à l'article 167 bis du CGI et, d'autre part, l'article 244 bis C du CGI**, lorsque le cédant des titres d'une société française est un résident luxembourgeois, ayant été résident de France au cours des cinq années précédant la vente. Cette hypothèse a été largement évoquée dans les travaux parlementaires¹⁹. En effet, l'*exit tax* serait déjà susceptible de s'appliquer à telle situation, peu important la convention fiscale, puisque l'imposition française correspondante est réputée intervenir avant le transfert de résidence hors de France. On peut toutefois imaginer des hypothèses où l'*exit tax* prévue par le droit interne ne s'applique pas ou plus, par exemple si les seuils de déclenchement de l'*exit tax* ne sont pas atteints, notamment si la valeur totale des titres détenus par le cédant au moment du départ n'excède pas 800 000 euros, ou si l'*exit tax* a été dégrevée à l'issue d'une période de conservation de deux ans suivant le départ lorsque la valeur des titres n'excède pas 2,57 millions d'euros. La question sera donc de déterminer si la France pourrait se fonder sur cet article de la nouvelle convention pour imposer un résident luxembourgeois sur le gain de cession de titres français, hors du champ de l'*exit tax* et de l'article 244 bis B du CGI. Toutefois, le principe de subsidiarité des conventions fiscales et la rédaction de l'article 244 bis C du CGI, qui encadre les modalités d'imposition des plus-values sur titres de sociétés françaises non immobilière par des non-résidents, devraient conduire à interdire une imposition dans ce cas de figure, si les conditions prévues par l'article 244 bis B du CGI ne sont pas réunies²⁰ (par exemple en cas de cession de titres d'une société non soumise à l'IS).

VI. Modalités d'élimination de la double imposition

26. L'article 22 de la nouvelle convention comprend les stipulations afférentes à l'élimination des doubles impositions entre la France et le Luxembourg. En présence d'un résident de France, le texte initial signé le 20 mars 2018, généralisait la méthode du crédit d'impôt égal à l'impôt luxembourgeois pour tous les revenus de source luxembourgeois imposables

19 Not. AN, Comm. fin., rapport n° 1663, 6 févr. 2019, p. 20.

20 Cf. TA Montreuil, 18 nov. 2011, n° 1005653, Griveau, à propos de la convention fiscale franco-chinoise donnant le droit à la France d'imposer une plus-value sur titres exonérée en vertu de l'article 244 bis C du CGI.

au Luxembourg, à l'exception des seules pensions versées en vertu d'un régime de sécurité sociale luxembourgeois et des salaires et pensions publiques de source luxembourgeoise payés à des ressortissants luxembourgeois²¹ imposables en France avec un crédit d'impôt égal à l'impôt français. Ainsi, ces nouvelles modalités de règlement de la double imposition devaient conduire, en principe, à ce qu'un résident de France percevant des revenus de source luxembourgeoise ne soit pas soumis à une charge d'imposition inférieure à celle prévue par le droit interne français. Par ce biais, la France marquait sa volonté selon laquelle l'application de la convention fiscale ne devait pas conduire à réduire le montant de l'impôt d'un résident de France réalisant des opérations ou exerçant des activités au Luxembourg, par rapport à celle supportée dans un cadre franco-français.

27. Toutefois, le Luxembourg et la France ont signé le 10 octobre 2019 un avenant à la nouvelle convention, avant même que cette dernière ne soit applicable. Cet avenant modifie la clause d'élimination de la double imposition pour les revenus de source luxembourgeoise perçus par un résident de France, en substituant comme principe général à la méthode du crédit d'impôt égal à l'impôt luxembourgeois, la méthode du crédit d'impôt égal à l'impôt français. Le **résultat de la modification induite par l'avenant est redevenu conforme aux stipulations traditionnelles des conventions fiscales conclues par la France en vigueur**. Si l'élimination de la double imposition au titre d'un revenu perçu par un résident de France imposable au Luxembourg en application de la convention est, en principe, assurée au moyen d'un crédit d'impôt égal à l'impôt français, par exception, les dividendes, redevances, gains de cession de biens immobiliers ou de titres de sociétés à prépondérance immobilière, gains de cession de titres formant une participation substantielle, jetons de présence, et bénéfices d'entreprises ou gains de cession d'actif mobilier d'un établissement stable lorsque ces bénéfices ou gains sont soumis à l'IS en France, bénéficient d'un crédit d'impôt égal à l'impôt luxembourgeois.

Il semble que cette modification soit le résultat d'un infléchissement de la France au regard des **contestations exprimées par de nombreux frontaliers français travaillant au Luxembourg craignant la fin d'une imposition exclusive au Luxembourg sur les salaires de source luxembourgeoise**. Le retour au système plus classique d'un crédit d'impôt égal à l'impôt français est toutefois conditionné par une imposition effective au Luxembourg du revenu en question.

28. On peut toutefois s'interroger sur la portée d'une **précision apportée au traitement des bénéfices d'entreprise**. Le texte de l'avenant précise que les revenus de source luxembourgeois imposables au Luxembourg conformément aux stipulations de la convention sont pris en compte pour le calcul de l'impôt français « *lorsqu'ils ne sont pas exemptés de*

l'impôt sur les sociétés en application de la législation interne française ». Or, les développements suivants de ce texte indiquent que les bénéfices d'entreprises de source luxembourgeoise perçus par une société française soumise à l'IS sont imposables en France avec un crédit d'impôt égal à l'impôt luxembourgeois. En présence d'un bénéfice attaché à un établissement stable luxembourgeois, on peut se demander si le droit interne français prévoit une « exemption d'impôt » telle que visée par l'avenant dans le développement précité, au titre d'une entreprise exploitée hors de France selon l'article 209 du CGI. On peut toutefois en douter dans la mesure où l'article 209 du CGI fixe exclusivement les critères de territorialité de l'IS et ne prévoit pas une exonération expresse d'IS au titre des entreprises exploitées hors de France.

VII. Dispositifs anti-abus

29. La nouvelle convention reprend les standards récents en matière de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales inspirés du nouveau modèle OCDE et des travaux BEPS. Il en est de même pour l'échange de renseignements ou l'assistance au recouvrement.

Toutefois, **de nombreuses mesures anti-abus semblent se superposer au point de faire doublon les unes avec les autres**, et donnant ainsi l'impression d'un caractère superfétatoire pour un certain nombre d'entre elles. L'enchevêtrement de ces différentes mesures anti-abus conventionnelles, en parallèle des dispositifs anti-abus du droit français dont l'application est également prévue par la nouvelle convention, laisse à penser que le négociateur français a entendu se prémunir contre tout risque de brèche dans le dispositif, quitte à répliquer plusieurs fois les mêmes mesures.

A. Le préambule

30. En premier lieu, le préambule de la nouvelle convention, reprenant la formulation de l'article 6 de l'Instrument multilatéral, précise que **l'objet de la convention fiscale est notamment d'éliminer la double imposition sans créer de possibilité de non-imposition**. L'objet d'une telle mention serait d'influencer l'interprétation qu'un juge serait amené à faire sur les stipulations conventionnelles, si l'une des options d'interprétation devait mener à une double exonération, celle-ci pourrait être écartée car non conforme à l'intention du négociateur figurant expressément en préambule.

B. La clause « PPT »

31. L'article 28 retient la clause anti-abus générale contre les montages ayant un objectif principalement fiscal sur le modèle de la clause dite *Principal Purposes Test* (PPT) qui

²¹ Il semble que, le Luxembourg ait obtenu gain de cause dans les négociations en maintenant le statut antérieur quant au traitement des pensions de source luxembourgeoise, alors que la France poussait initialement pour une imposition des pensions dans l'Etat de résidence.

permet de refuser l'application d'une disposition légale ou conventionnelle en présence d'un montage dont l'objectif principal ou l'un des objets principaux serait de bénéficier de l'octroi d'un avantage procuré par cette disposition. Cette clause reprend la formulation proposée par l'article 7 de l'Instrument multilatéral, alors que le Luxembourg avait, une fois encore, émis une réserve sur cet article. L'objet de cette disposition est clairement de **contrer les stratégies de « treaty shopping » entre la France et le Luxembourg**, c'est-à-dire le fait de chercher à tirer parti des avantages prévus par la nouvelle convention pour obtenir des bénéfices auxquels il n'aurait pas été possible d'accéder autrement. Dans ce cas de figure, la clause anti-abus générale permet aux États de ne pas appliquer le traitement conventionnel indûment recherché par les parties.

Du point de vue de la France, l'intérêt d'une clause PPT est de permettre d'abaisser le seuil de déclenchement sans avoir à prouver le but exclusivement fiscal du montage. Néanmoins, on peut faire observer que **le Conseil d'État avait déjà fait une application assez large de la notion d'abus de convention fiscale** par le biais de la fraude, permettant, sur le fondement de l'article L. 64 du LPF, d'écarter les effets de celle-ci, et notamment à propos de la convention de 1958 dans l'arrêt du 25 octobre 2017 *Consorts Verdannet*²² traitant d'une affaire où un résident de France avait acquis un immeuble français via une société holding luxembourgeoise. Cette dernière, avait réalisé la plus-value à l'issue de la revente de l'immeuble, qui n'était pas imposable en France en application de la convention de 1958 non encore amendée par l'avenant du 24 novembre 2006. Bien que la société luxembourgeoise interposée n'ait pas été dépourvue de substance, le Conseil d'État avait accepté d'écarter l'exonération conventionnelle, sur le fondement de l'article L. 64 du LPF, en considérant que l'interposition de la société luxembourgeoise était artificielle, son but étant d'éluder l'impôt français en recherchant le bénéfice de la convention de 1958. Cette solution avait donc été rendue possible, alors même que la convention de 1958 ne mentionnait pas explicitement la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales et ne contenait aucune clause anti-abus de cette sorte. Si l'article 28 ne devrait donc pas constituer une révolution quant à la faculté pour l'administration française de lutter contre l'utilisation abusive d'une convention, le test du caractère principal devrait néanmoins accroître les risques d'une remise en cause des avantages conventionnels pour les contribuables, lorsque le bénéfice économique d'une opération entre la France et le Luxembourg ne semble pas prédominant au regard de l'éventuelle économie d'impôt en résultant.

C. L'exclusion des bénéficiaires apparents

32. L'article 4, § 5 de la nouvelle convention introduit une disposition générale qui exclut expressément de la qualité de résident au sens de la convention, les personnes qui ne sont que « bénéficiaires apparents » du revenu en cause. Cette exclusion vise les **personnes, qui bien que remplissant par**

elles-mêmes les conditions pour se prévaloir de la convention (domicile, assujettissement à l'impôt, etc.), agissent uniquement en tant qu'intermédiaires dans la perception du revenu en question, pour le compte d'un bénéficiaire effectif qui n'est pas lui-même résident conventionnel. Cette clause peut apparaître comme un doublon par rapport aux articles traitant des dividendes, intérêts, redevances, qui incluent également une référence au « bénéficiaire effectif » du revenu en question. L'article 4, § 5 cite expressément les trustees ou fiduciaires, comme étant visés par cette exclusion générale²³, dans la mesure où ces entités sont réputées gérer des actifs pour le compte de tiers. On peut toutefois s'interroger sur le caractère automatique ou non de cette exclusion dans le cadre d'une fiducie, sur le fondement de cet article.

D. Faculté pour la France d'appliquer les dispositifs anti-évasion fiscale de son droit interne

33. En outre, le § 7 du protocole de la nouvelle convention précise expressément que les stipulations conventionnelles n'empêchent pas la France de faire application des dispositifs anti-évasion fiscale prévus par son droit interne, figurant aux articles 115 quinquies, 123 bis, 155 A, 209 B, 212, 238 A et 238-0 A du CGI, ainsi que « *d'autres dispositions analogues qui amenderaient ou remplaceraient celles de ces articles* ». On peut s'interroger sur la portée réelle de cette précision sachant que ces dispositions anti-évasion fiscale du droit interne français sont d'application très restrictive dans le cadre de l'Union européenne, puisqu'elles sont réservées aux cas de montages artificiels dans lesquels le bénéfice des stipulations conventionnelles pourrait vraisemblablement être également écarté sur le fondement de la clause PPT issue de l'article 28 de la nouvelle convention ou de celui de l'article L. 64 du LPF.

Sur la coexistence et l'articulation entre les mesures anti-abus d'origine conventionnelle, telles qu'exposées ci-dessus, et celles résultant du droit interne français, il est intéressant de noter que, dans le cadre des travaux parlementaires sur le projet de loi autorisant la ratification de la nouvelle convention, le député Xavier Paluszkiwicz, rapporteur de l'avis présenté devant la Commission des finances de l'Assemblée nationale, indiquait que « *l'intention des auteurs de la convention n'est pas de priver d'effet les clauses anti-abus au niveau national mais bien d'affiner un arsenal déjà existant* » et plaidait ainsi en faveur d'une faculté pour l'administration d'utiliser conjointement ces dispositions du droit interne et les stipulations prévues par la nouvelle convention, sans hiérarchie²⁴.

²² CE, plén. fisc., 25 oct. 2017, n° 396954, Verdannet et a. : RJF 1/18 n° 70.

²³ Cette solution n'est cependant pas nouvelle en droit français : v. par ex. TA Versailles, 11 juill. 2003, n° 9905645, Sté SCDM, refusant l'application de la convention fiscale franco-américaine à des dividendes versés à une société américaine agissant comme *nominee* au titre d'actions détenues pour le compte d'une société panaméenne, même en l'absence d'une stipulation conventionnelle expresse justifiant ce refus.

²⁴ AN, Comm. fin., avis n° 1670, 11 févr. 2019, p. 27-28.

Conclusion

34. Dans le cadre de la négociation du contenu de cette nouvelle convention avec le Luxembourg, **la France est allée plus loin que la simple exigence de modernisation d'une de ses plus vieilles conventions fiscales encore en vigueur le commandait.** Elle a clairement imposé ce qui apparaît comme le nouveau modèle de convention fiscale « à la française » comprenant à la fois les standards en matière de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales issus des derniers travaux de l'OCDE qu'elle a acceptés de retenir et les clauses particulières pour tenir compte de certaines spécificités de son droit interne. Toutefois, on peut s'interroger sur la capacité

de la France à renégocier des conventions bilatérales avec ses partenaires économiques sur la base de ce modèle, en imposant ses choix avec le même succès que celui rencontré dans ses discussions avec le Luxembourg. En effet, il est clair que ce dernier subissait une certaine pression pour avoir pu favoriser par le passé l'évasion fiscale internationale en raison de son système fiscal. Il sera intéressant de voir si d'autres États, comme la Belgique ou les Pays-Bas, avec lesquels des négociations sont en cours pour moderniser les conventions fiscales qui les lient avec la France, acceptent également de se voir imposer un tel résultat.

B. GIBERT et F. ROUX ■