

Nouveautés fiscales applicables aux personnes physiques

JANIQUE BULTOT, IF GROUP

1. *Step-up fiscal pour les personnes physiques transférant leur résidence au Luxembourg*

En droit fiscal luxembourgeois, les plus-values réalisées par un contribuable résident dans le cadre de la gestion de son patrimoine privé sont imposables uniquement si elles portent sur des titres détenus depuis moins de six mois (plus-values spéculatives) ou si elles portent sur une participation importante détenue depuis plus de six mois.

Une participation est considérée comme importante¹ si le cédant a détenu, seul ou ensemble avec son conjoint ou son partenaire et ses enfants mineurs, directement ou indirectement, à un moment quelconque au cours des 5 années antérieures à la date de la vente, plus de 10 % du capital de la société.

En principe, la plus-value imposable correspond à la différence entre le prix de vente et le prix d'achat des actions ou titres, détenus dans des sociétés luxembourgeoises ou dans des sociétés de droit étranger.

Sur base de la législation existante, la personne physique non-résidente détenant une participation importante, qui décide de venir s'installer au Luxembourg et qui cède ensuite sa participation, devrait être imposée sur la totalité de la plus-value accumulée dans son pays d'origine depuis la date d'acquisition des titres.

Par la loi du 18 décembre 2015 (publiée au Mémorial du 24 décembre 2015), le législateur a introduit une dérogation à ce principe par le biais du mécanisme du « step-up »².

En cas de cession d'une participation importante³ postérieurement au transfert de résidence au Luxembourg, la plus-value réalisée se calcule dorénavant sur base de la différence entre le prix de vente et la valeur estimée de réalisation des titres (soit la valeur de marché) au moment du transfert de la résidence fiscale au Luxembourg (et non plus la valeur historique des titres au jour de leur acquisition).

¹ Article 100 L.I.R.

² Article 102 al. 4a L.I.R. nouveau.

³ Sont visés les actions, parts en capital, parts bénéficiaires et autres participations de toute nature détenues dans des organismes à caractère collectif considérées comme participations importantes ainsi que l'emprunt convertible lorsque le contribuable détient une participation importante dans l'organisme ayant émis l'emprunt.

Cette nouvelle disposition s'applique aux plus-values réalisées après le 31 décembre 2015.

De manière unilatérale, le Luxembourg renonce ainsi à son droit d'imposer la plus-value latente accumulée dans l'ancien pays de résidence, l'objectif étant d'éviter une potentielle double imposition.

Avant l'adoption de cette nouvelle mesure, les contribuables quittant un pays dans lequel ils devaient s'acquitter de l'impôt sur les plus-values latentes au moment de leur départ (exit tax) s'exposaient en effet au risque d'être imposé une seconde fois au Luxembourg sur la plus value accumulée dans leur ancien pays de résidence en cas de vente de leurs participations.

Afin d'éviter les abus, il est prévu que le mécanisme du step up ne s'applique pas au cas où, avant la date du transfert de sa résidence au Luxembourg, le contribuable a été résident dans ce pays pendant plus de 15 ans, puis non résident pendant moins de 5 ans.

Cette nouvelle disposition s'inscrit dans le cadre des diverses mesures prises au cours de ces dernières années, afin d'attirer les particuliers fortunés au Luxembourg (l'abolition de l'impôt sur la fortune, l'instauration de la retenue à la source libératoire de 10 % sur les intérêts, etc.) ainsi que les travailleurs hautement qualifiés (régime fiscal donnant droit à l'exemption des frais d'installation au Luxembourg lorsqu'ils sont pris en charge par leur employeur).

2. Régularisation fiscale

La loi de budget du 18 décembre 2015 (publiée au Mémorial du 23 décembre 2015) introduit un régime temporaire de régularisation des avoirs et des revenus qui n'ont, volontairement ou involontairement, pas été déclarés au Luxembourg⁴.

Ce régime s'inscrit dans le cadre des échanges internationaux entre administrations fiscales en vertu notamment de la Directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la Directive 2011/16/UE.

En dehors d'une telle mesure de régularisation, les contribuables défaillants s'exposent aux sanctions prévues en cas de fraude ou d'escroquerie fiscale. Dans le cadre des dispositions temporaires qui viennent d'être adoptées, les contribuables bénéficient de la levée de ces sanctions à condition de déposer spontanément une déclaration rectificative avant le 31 décembre 2017 et de s'acquitter du montant intégral des impôts éludés endéans le délai d'un mois à compter de la notification du bulletin d'impôt rectificatif. Il peut s'agir de l'impôt sur le revenu, des droits de succession ou encore des droits d'enregistrement.

⁴ Paragraphe 489 nouveau de la loi générale des impôts du 22 mai 1931.

La déclaration rectificative, accompagnée des pièces justificatives requises, doit être unique et exhaustive, en ce sens qu'elle doit reprendre l'ensemble des avoirs détenus et revenus perçus qui n'ont pas été déclarés.

Dans le cadre de la régularisation, le contribuable se verra appliquer des majorations supplémentaires sur le montant des impôts éludés. La majoration d'impôt s'élèvera à 10 % s'il dépose une déclaration rectificative entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2016. Cette majoration sera portée à 20 % s'il dépose une déclaration rectificative entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2017.

Dans le projet initial, le bénéfice de cette mesure de régularisation fiscale était réservé aux contribuables ayant leur résidence fiscale au Luxembourg. Suite à l'avis du Conseil d'Etat mettant en avant le risque que cela constitue une discrimination au regard du droit européen, le projet a été modifié afin de viser toute personne, résidente ou non résidente ayant perçu des revenus imposables au Luxembourg.

Le bénéfice de cette mesure est cependant exclu pour les personnes à l'encontre desquelles une procédure administrative ou judiciaire en relation avec les impôts éludés a été engagée avant la date du dépôt de la déclaration rectificative.

En parallèle, le paragraphe 410 de la loi générale des impôts du 22 mai 1931 qui prévoyait un régime de régularisation spontanée est abrogé en raison du fait qu'il serait tombé en désuétude.

3. Stock options versus warrants

Le directeur de l'administration des contributions directes a publié, en date du 28 décembre 2015, une circulaire L.I.R. 104/2bis qui vient compléter la circulaire L.I.R. 104/2 du 20 décembre 2012 concernant le régime d'imposition des plans d'options sur acquisitions d'actions.

Le traitement fiscal des stock-options n'est pas modifié par cette nouvelle circulaire. Il reste en effet applicable tel qu'il est décrit dans la circulaire 104/2 du 20 décembre 2012.

En revanche, la nouvelle circulaire introduit une obligation de notification préalable des plans au bureau RTS compétent.

Traitement fiscal

Dans le cadre d'un plan d'options sur actions « classique » (SOP), l'objectif est de permettre aux salariés éligibles (généralement les cadres dirigeants et les cadres supérieurs) d'acquérir des actions de la société qui les emploie ou du groupe auquel appartient leur employeur).

Pour rappel, l'octroi d'options sur actions par l'employeur est considéré comme un avantage en nature imposable dans le chef des salariés en tant que revenu non-périodique à soumettre à la retenue à la source⁵.

Si les options allouées au salarié sont cotées en bourse ou sont librement cessibles sur le marché⁶, le salarié est imposable au moment où il reçoit les options, même s'il ne peut les exercer que quelques années plus tard. Dans ce cas, la base imposable est égale à la valeur en bourse ou à la valeur estimée de réalisation des options, déduction faite le cas échéant du prix déboursé par le salarié pour acquérir les options. La valeur estimée de réalisation des options librement négociables mais non cotées en bourse peut être fixée par recours à la méthode d'évaluation Black et Scholes ou à une autre méthode financière comparable. A défaut d'application d'une telle méthode, la valeur des options librement cessibles est présumée s'établir forfaitairement à 17,5 % de la valeur des actions sous-jacentes au moment où le salarié reçoit les options. Une telle évaluation forfaitaire doit être conforme à des conditions raisonnables⁷.

En revanche, si les options allouées au salarié ne sont pas librement cessibles par celui-ci, le moment de l'imposition est différé. Le salarié est imposable non pas au moment où il reçoit les options mais au moment où il les exerce (c'est-à-dire au moment où il paie le prix pour devenir propriétaire des actions sous-jacentes). Dans ce cas, la base imposable correspond à la différence entre la valeur en bourse ou la valeur de marché des actions obtenues au moment de l'exercice et le prix déboursé par le salarié pour acquérir les actions (prix d'exercice). Si le plan prévoit une période d'indisponibilité des actions pendant une certaine période (le salarié ne pouvant pas céder les actions qu'il a acquises dans le cadre du plan pendant une ou plusieurs années), l'administration fiscale admet une décote de 5 % par année de blocage sans toutefois pouvoir dépasser 20 % de la valeur en bourse ou de la valeur estimée de réalisation des actions.

⁵ Maximum 42,80 % ou 43,60 % incluant la contribution au fonds pour l'emploi, à quoi s'ajoute l'impôt d'équilibrage budgétaire temporaire de 0,50 %.

⁶ Le salarié peut à son gré céder à tout moment les options à des tiers, à d'autres salariés de l'entreprise ou encore à son employeur et ainsi, recevoir la contre-valeur financière de ses options.

⁷ Cette exigence a été ajoutée dans la dernière version de la circulaire émise le 20 décembre 2012 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013. Elle vise plus particulièrement les plans war-rants dont il est question ci-après.

En parallèle des plans d'options sur actions « classiques » portant sur les actions de la société ou du groupe, se sont développés les plans warrants lesquels portent sur un sous-jacent tiers non coté en bourse (sans relation avec les actions de la société qui emploie le salarié ou du groupe auquel appartient l'employeur). En tant que titres librement cessibles, les warrants sont imposables dans le chef du salarié au moment où ils lui sont octroyés. Comme pour les options sur actions « classiques », la base imposable correspond à 17,5 % de la valeur des titres sous-jacents. Selon les termes de la circulaire 104/2 du 20 décembre 2012, l'application d'une telle évaluation forfaitaire doit cependant être conforme à des conditions raisonnables.

Dans le cadre de la réponse donnée par le Ministre des Finances à une question parlementaire en juillet 2013, il a été précisé sur base d'une note de service du directeur de l'Administration des contributions directes ce qu'il convenait d'entendre par conditions raisonnables⁸ : la quote-part des options ne doit pas dépasser 50 % de la rémunération brute annuelle totale de chaque salarié, qualifiant pour le statut de cadre supérieur au sens du droit du travail⁹, et le prix de l'option ne peut pas dépasser 60 % de la valeur sous-jacente du titre. Cette note de service ne s'applique pas aux options « classiques » mais uniquement aux warrants dont le sous-jacent n'est pas corrélé avec les titres de la société qui emploie le salarié ou du groupe dont fait partie l'employeur.

Conformément à l'article 99bis L.I.R., les plus-values de cession des options (warrants) ou des actions¹⁰ réalisées par les salariés, résidents au Luxembourg, dans le cadre d'un SOP ou d'un plan warrant ne sont pas imposables si les titres ne constituant pas une participation importante ont été détenus durant plus de six mois. A défaut, les plus-values sont imposables en tant que bénéfices de spéculation.

Obligation de notification préalable

Depuis le 1^{er} janvier 2016, les employeurs qui envisagent de mettre en place un plan d'options sur actions ou un plan warrants sont soumis à une obligation de notification préalable.

⁸ Réponse du Ministre des finances, Luc Frieden, du 1^{er} juillet 2013 à la question parlementaire n° 2549 du 8 février 2013 du Député François Bausch.

⁹ Article L.211-27 (5) du Code du Travail.

¹⁰ Si le laps de temps s'écoulant entre la date de l'exercice des options et la vente des actions n'excède pas sept jours calendrier, les deux opérations sont considérées comme temporellement coïncidentes et la cession est censée porter sur la vente des options, et non des actions récemment acquises, au regard de l'article 99bis L.I.R.

Ils doivent dorénavant en faire la notification au préposé du bureau d'imposition RTS dont ils dépendent au moins deux mois avant la mise en œuvre du plan et communiquer la copie du plan ainsi que la liste des salariés concernés.

Cette circulaire s'applique à tous les plans mis en œuvre à partir du 1^{er} janvier 2016.

En outre, les employeurs sont tenus de communiquer, dans les meilleurs délais, au préposé du bureau d'imposition RTS les plans mis en place avant le 1^{er} janvier 2016 dont les options n'ont pas encore été attribuées aux salariés.

Cette nouvelle obligation s'inscrit dans le cadre d'une volonté d'inventaire et de contrôle des plans mis en place.

DROIT D'ETABLISSEMENT

Transfert de siège de sociétés vers et depuis le Luxembourg – Notions de base¹

SASKIA MYNERS ET LUCILE ARNOUX, MNKS

Il n'est pas rare de voir une société constituée dans un pays étranger devenir une société luxembourgeoise (en plus d'être une société de droit étranger le cas échéant) et être ainsi soumise au droit luxembourgeois. Il n'est pas rare non plus qu'une société luxembourgeoise devienne une société de droit étranger soumise audit droit étranger. En effet, il peut arriver qu'une société voie les règles qui lui sont applicables changer au cours de sa vie en fonction de ses déplacements.

Comment expliquer ce phénomène et quels sont les critères qui, s'ils sont réunis au sein d'une société à un moment donné, conduisent à l'application des dispositions d'une loi d'un Etat plutôt que ou en concurrence avec les lois d'un autre Etat ?

Au Luxembourg, la notion de siège d'une personne morale est l'élément principal qui détermine la nationalité de la société et par conséquent les droits qui lui sont applicables et les obligations auxquelles elle doit se soumettre. Mais les contours et l'appréhension de la nationalité d'une société varient d'un système juridique à

¹ Pour un article plus détaillé sur les transferts de sièges, nous renvoyons le lecteur à l'article des mêmes auteurs paru dans l'ouvrage « Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales » aux éditions Wolters Kluwer.